

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU (GENEL KAMU HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDET
KARŞISINDA DEVLET SORUMLULUĞU
VE
TÜRK HUKUK SİSTEMİ**

Doktora Tezi

Ayşe Seda GÜLSEVEN
(07921805)

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Bülent ALGAN

Ankara-2016

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR	viii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDET VE DEVLET SORUMLULUĞU

I. İNSAN HAKLARI İHLALİ OLARAK KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDET	5
A. KADINA YÖNELİK “ÖZEL ALANDA” ŞİDDET KAVRAMI VE ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ.....	5
1. Kadına Yönelik Özel Alanda Şiddet Kavramı.....	5
2. Kadına Yönelik Özel Alanda Şiddetin Farklı Görünümleri	13
B. KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN TOPLUMSAL CİNSİYET TEMELİ..	20
1. Kadına Yönelik Şiddetin Yaygınlığı.....	20
2. Toplumsal Cinsiyet Kavramı	26
3. "Özel Alan - Kamusal Alan" Karşıtlığının Toplumsal Cinsiyet Açısından Görünümü	33
4. Evrensellik Karşısında Kültürel Görecelik Söylemleri	38
C. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ŞİDDET: AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİ.....	45
1. Kadına Yönelik Ayrımcılık Yasağı	45
a. Kavramsal Çerçeve.....	45
b. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Kadına Yönelik Ayrımcılık Yasağı	50
2. Ayrımcılık Yasağının İhlali Olarak Kadına Yönelik Şiddet.....	54
a. CEDAW ve Tavsiye Kararları.....	54
b. Birleşmiş Milletler Çatısı Altındaki Çalışmalar	56
c. Bölgesel Düzeydeki Belgeler	59
d. İstanbul Sözleşmesi	61

3. Kadına Yönelik Şiddetin Ayrımcılık Yasağının İhlali Olarak Kabul Edilmesiyle Oluşan İnsan Hakları Çerçevesi.....	63
---	----

II. DEVLET SORUMLULUĞU KAVRAMI 65

A. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN

GENEL KURALLAR 65

1. Kavramsal ve Hukuksal Çerçeve	65
2. Uluslararası Yükümlülüğün İhlalini Oluşturma	69
3. Devlete İsnat Edilme.....	73

B. DEVLET DIŞI AKTÖRLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE DEVLETİN SORUMLULUĞU . 77

1. Uluslararası Hukukun Genel Kurallarına Göre Devletin İhmali Davranışından Sorumluluğu	77
2. Uluslararası Hukukun Genel Kurallarının İnsan Hakları Hukukuna Uygulanması	84

C. DEVLETLERİN İNSAN HAKLARI HUKUKUNDAN

KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ 89

1. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Devletin Yükümlülükleri.....	89
2. Negatif ve Pozitif Yükümlülükler Ayrımı	94
3. Devletin Yükümlülüklerine İlişkin Üçlü Tipoloji	98
4. Gereken Özeni Gösterme Yükümlülüğü.....	103

III. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KADINA

YÖNELİK ŞİDDET KARŞISINDA DEVLET SORUMLULUĞU..... 110

A. İNSAN HAKLARI BELGELERİYLE OLUŞTURULAN ÇERÇEVE .. 110

B. CEDAW KOMİTESİ'NİN KARARLARI VE YAKLAŞIMI 116

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KARARLARI VE YAKLAŞIMI..... 122

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Kapsamı	122
2. Kadına Yönelik Özel Alanda Cinsel Şiddet Davaları.....	124
3. Kadına Yönelik Ev İçi Şiddet Davaları	128
a. Bevacqua ve S. - Bulgaristan Davası.....	128
b. Opuz - Türkiye Davası.....	131

c. Mahkeme'nin Yaklaşımının Sonraki Kararlarıyla Birlikte	
Değerlendirilmesi	137
i. İhlal Tespit Edilen Sözleşme Maddeleri	137
ii. Ayrımcılık Yasağının İhlali	139
iii. Şahsi Dava ve Suçun Şikâyeteye Tabi Olması	147
iv. Mağdurun ve Failin Çatışan Hakları	149
v. Mahkeme'nin Etkili Yasal Çerçeve ve Uygulama Örneği	151
D. AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI KOMİSYONU'NUN	
KARARLARI VE YAKLAŞIMI	154

İKİNCİ BÖLÜM

KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDETLE MÜCADELEDE TÜRK HUKUK SİSTEMİ

I. KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDETLE MÜCADELEDE	
DEVLETİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ	163
A. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE ANAYASAL	
DÜZENLEMELER	163
1. Taraf Olunan Uluslararası Sözleşmeler	163
2. Anayasal Düzenlemeler	168
B. DEVLET İRADESİNİN HUKUKİ DÜZENLEMELERE YANSIMASI	173
1. Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet	173
2. Medeni Hukuk ve Ceza Hukukundaki Temel Düzenlemeler	178
a. Medeni Hukuk	178
i. 4721 sayılı Medeni Kanun'a Geçiş	178
ii. Kadının Soyadı	184
iii. Çocuğun Soyadı	187
b. Ceza Hukuku	190
i. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	190
ii. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi	196
C. DEVLET İRADESİNİN HUKUK DIŞI ALANLARA YANSIMASI:	
ŞİDDETLE MÜCADELE POLİTİKALARI	199
1. Uluslararası Yaklaşımlar	199

2. Türkiye’de Şiddetle Mücadele Politikaları	205
--	-----

II. DEVLET SORUMLULUĞUNUN FAİL YÖNÜ: SUÇ HALİNE

GETİRME, SORUŞTURMA VE CEZALANDIRMA

YÜKÜMLÜLÜĞÜ	210
--------------------------	------------

A. SUÇ HALİNE GETİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ	210
--	------------

1. Kadına Yönelik Şiddet Eylemlerinin Suç Haline Getirilmesi	210
--	-----

2. “Namus Saiki”nin Suç Haline Getirmede Farklı Roller ve “Töre Saiki”yle Kasten Öldürme Suçu	216
--	-----

3. Kadına Yönelik Fiziksel Şiddet Suçları.....	221
--	-----

4. Kadına Yönelik Cinsel Şiddet Suçları	224
---	-----

5. Kadına Yönelik Psikolojik ve Ekonomik Şiddet Suçları.....	230
--	-----

6. Encest Suçu	232
----------------------	-----

7. Zorla ve Erken Yaşta Evlendirme.....	233
---	-----

B. ETKİN SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	238
--	------------

1. Etkin Soruşturma Kavramı	238
-----------------------------------	-----

2. Kadına Yönelik Şiddet Suçlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğünün İhlalini Oluşturan Durumlar.....	241
---	-----

a. Soruşturma Makamlarının Tarafı ve Önyargılı Olması.....	241
--	-----

b. Delillerin Toplanması Sürecindeki İhlaller	244
---	-----

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Durmaz - Türkiye Kararı	245
---	-----

C. FAİLİN CEZALANDIRILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ, CEZASIZLIK VE EKSİK CEZA TAYİNİ	248
--	------------

1. Kadına Yönelik Şiddet Suçlarında Cezasızlık	248
--	-----

2. Cezasızlığa ve Eksik Ceza Tayinine Sebep Olan Hukuki Düzenlemeler ve Uygulamalar	250
--	-----

a. Soruşturmanın Başlangıç Koşulları	250
--	-----

b. Haksız Tahrik	254
------------------------	-----

c. “İyi Hal” İndirimi	260
-----------------------------	-----

d. Zamanaşımı	262
---------------------	-----

e. Suçla Orantılı Cezanın Önündeki Diğer Engeller	265
---	-----

III. DEVLET SORUMLULUĞUNUN MAĞDUR YÖNÜ: ŞİDDETİN ÖNLENMESİ, MAĞDURUN KORUNMASI VE MAĞDURUN GİDERİM HAKKI.....	272
A. ÖNLEME VE KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN ÖZEL HUKUKİ ARAÇLAR	272
1. Şiddet Mağduruna Geçici Koruma Sağlayan Yasal Düzenlemeler	272
a. Acil Durum Tedbirleri ve Koruma veya Kısıtlama Kararları	272
b. Uygulama Süreçlerinin Değerlendirilmesi	278
2. Türk Hukuk Sistemindeki Düzenlemeler	284
a. 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun.....	284
b. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun	291
i. Kanun'un Genel Değerlendirmesi	291
ii. Koruyucu ve Önleyici Tedbir Kararları	295
iii. Zorlama Hapsi.....	304
B. ŞİDDET MAĞDURU KADININ CEZA ADALET SİSTEMİ İÇİNDE SUÇ SONRASI KORUNMASI	309
1. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları	309
2. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Şiddet Mağduru Kadının Hakları ve Korunması	314
a. Mağdurun Ceza Adalet Sistemi İçinde Hakları ve Korunması ...	314
b. Şiddet Mağduru Kadının Özel Bir Mağdur Grubu Olarak Hakları ve Korunması	321
3. Türk Hukuk Sisteminde Şiddet Mağduru Kadının Hakları ve Korunması.....	325
a. Şiddet Mağduru Kadının Hakları.....	325
b. Şiddet Mağduru Kadının Korunması Gereken İkincil Mağduriyet Alanları	331
i. Yargının İş Yükünden Kaynaklanan Mağduriyet	331
ii. Şiddet Konusunda Eğitim Almış Yetkili Personel İhtiyacı	332
iii. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması	334
iv. Mağdurun Mahkemede Faille Birlikte Dinlenmesi	339

v. <i>Mükerrer Mağduriyetin Önüne Geçilmesi</i>	342
C. ŞİDDET MAĞDURU KADINLARIN GİDERİM HAKKI.....	343
1. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Giderim Hakkının Hukuki Çerçevesi.....	343
a. Mağdurun Giderim Hakkının Kapsamı	343
b. Giderim Hakkına İlişkin Devletin Yükümlülükleri.....	347
c. Bölgesel İnsan Hakları Mahkemelerinin Yaklaşımları.....	350
d. Şiddet Mağduru Kadının Giderim Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Çerçeve	355
i. <i>Uluslararası Belgelerle Oluşturulan Çerçeve</i>	355
ii. <i>CEDAW Komitesi'nin Yaklaşımı</i>	359
iii. <i>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları</i>	360
iv. <i>Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu'nun Kararları</i> ...	361
2. Türk Hukuk Sisteminde Şiddet Mağduru Kadının Zararının Fail Tarafından Giderilmesi	362
a. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulamaları	362
i. <i>Yaptırıma Etki Eden Mağduriyetin Giderilmesi Yöntemleri</i>	362
ii. <i>Şahsi Hak Davası</i>	371
b. Medeni Hukuk Uygulamaları	373
3. Türk Hukuk Sisteminde Şiddet Mağduru Kadının Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi	381
a. İdare Hukuku Kapsamında Zararın Giderilmesi.....	381
b. Suç Mağdurlarının Zararının Doğrudan Devlet Tarafından Tazmini	387
c. 6284 sayılı Kanun Kapsamında Giderim.....	392
SONUÇ	399
KAYNAKÇA	409
ÖZET	435
ABSTRACT	436
EKLER	437

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
B.	: Baskı, bası
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi
CEDAW Komitesi	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CMK	: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu

CMUK	: 1412 sayılı Eski Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
Çev.	: Çeviren
Derl.	: Derleyen
DEVAW	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge
E.	: Esas
Edt.	: Editör
ETCK	: 765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu
ETMK	: 743 sayılı Eski Türk Medeni Kanunu
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
Harv. Hum. Rts. J.	: Harvard Human Rights Journal
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IACHR	: Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu
Inter-Am.Ct.H.R	: Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜSBFD	: İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
JILP	: New York University Journal of International Law and Politics
K.	: Karar

KSGM	: Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü
K.T.	: Karar tarihi
m.	: Madde
par.	: Paragraf
R.G.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Tulane J. of Int'l & Comp. Law	: Tulane Journal of International and Comparative Law
vd.	: ve devamı, ve diğerleri
Vol.	: Volume
Yay.	: Yayıncılık, yayınları, yayınevi

GİRİŞ

Şiddet, kadınların yaşamlarının geneline yayılmış ve gündemden düşmeyen bir sorun olarak varlığını devam ettirmektedir. Ekonomik, sosyal ya da kültürel açıdan farklı konumlarda olsalar da, dünyanın farklı coğrafyalarında yaşasalar da, kadınların şiddetten tümüyle uzak kalamadıkları bilinmektedir. Bu farklılıklar sadece şiddetin görünümünü ve ağırlığını değiştirmektedir. Şiddet farklı ağırlıklarda ve farklı şekillerde fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik zararlar doğurarak sürmektedir. Bununla birlikte kadına yönelik şiddet günümüz toplumlarının sorunu olduğu kadar, tarihsel kökeni de olan bir sorundur. Geçmişten bugüne, kadının yaşamının tahrip edici bir parçası olmuştur. Bu sebeple, yalnızca günümüz toplumlarının önemli bir sorunu olarak ifade edilen genel şiddet olgusuyla açıklanması ve dayanaklarının bu mecralarda bulunabilmesi mümkün değildir.

Kadına yönelik şiddet, egemen ve bağımlı gruplar olarak erkekler ve kadınlar arasında var olan baskıcı ataerkil ilişkilerin bir yansımasıdır. Kaynağında toplumsal cinsiyet eşitsizliği yatar. Sıklıkla kadının, ailesine ilişkin toplumsal rollerini ya da cinselliği düzenleyen sosyal rolleri ihlal ettiğinde ortaya çıkar ve bu yönüyle erkek egemen sistemin devamının bir aracıdır. Kadını terbiye etme amacı, köklü ve etkili erkek egemen güç dengesini yerinde tutma amacıyla örtüşür. Aynı zamanda şiddet, kadınları, insan olmaktan kaynaklanan en temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarını engelleyecek şekilde sınırlar. Kadınlara psikolojik ve fiziksel zarar vererek, kadının maddi ve manevi gelişimini engeller. Bu şekilde, kadının toplumdaki bağımlı rolünün sürdürülmesine katkı sağlar. Kadına yönelik şiddet, kaynağını oluşturan erkek egemen sistemin devamına da katkı sunarak kadınları içinden çıkamadıkları bir şiddet sarmalının içerisinde bırakır. Bu haliyle, erkekten kadına yönelen şiddet, şiddetin kaynağı ve hedefi itibarıyla bir toplumsal cinsiyet sorunudur.

Kadınların maruz kaldıkları şiddet, sokaklarda, iş yerlerinde, gözetli ve hapisane koşullarında ya da savaş ve çatışma koşullarında gerçekleştiğinde, şiddetin mekânı kamusal ve kadınlar çoğunlukla faili tanımazlar, tanıdıkları hallerdeyse, kadınların faille yakın bir ilişkisi yoktur. Kadınların şiddet görebileceği kamusal mekânların sayısal çokluğuna karşın, istatistiklerle desteklendiği üzere kadınlar en

çok tanıdıkları, özellikle de yakın ilişkileri olan erkeklerden şiddet görmektedirler. Sıklıkla karşılaşılan haliyle, şiddetin faili, kadının eş, çocuk, kardeş, sevgili ya da nişanlı konumundan kaynaklanan özel alandaki yakın ilişkileri sebebiyle tanıdığı erkeklerdir. Bu çalışmada kadınların tanımadıkları erkeklerden gördüğü şiddetle, tanıdıkları erkeklerden gördükleri şiddet arasındaki fark göz önünde bulundurulmuştur. Kadınların tanıdıkları ve yakın ilişkileri olduğu kişilerden gördükleri şiddet, genel hatlarıyla kadına yönelik “*özel alanda şiddet*” kavramına karşılık olarak kullanılmış ve konu şiddetin bu türüyle sınırlandırılmıştır. Kadına yönelik özel alanda şiddet, sadece ceza hukuku anlamında bir suç olarak nitelendirilerek ve failin cezalandırılması üzerine yoğunlaşarak üstesinden gelinebilecek bir olgu değildir. Bu tür şiddette, kadında sosyal ve ekonomik kaygı ve baskılarla bu şiddet döngüsüne mahkûm olduğu düşüncesi hâkimdir ve bu şiddetten klasik hukuki araçlarla korunabilmesi de kolay değildir. Nitekim sorunun kaynağı kadar çözümü de, kapsamlı yaklaşımları gerektirmektedir.

Bugün uluslararası insan hakları hukukunda kabul edildiği şekliyle, kadına yönelik şiddet, kadınların temel hak ve özgürlüklerini ihlal eden, temelinde kadına yönelik ayrımcılık yatan bir insan hakları ihlalidir. Kadınların ayrımcılığa uğramama hakkı kapsamında, şiddete uğramama hakkı vardır. Kadına yönelik şiddetin bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesinin en önemli sonuçlarından biri, elbet ki devlet sorumluluğunun hukuki anlamda tartışılabilir hale gelmesidir. Bu noktada çalışmada savunulan; şiddetin kamusal ya da özel alanda gerçekleşmesi ya da failin devlet görevlisi veya devlet dışı bir şahıs olması koşullarından bağımsız olarak, kadına yönelik şiddet karşısında devlet sorumluluğunun var olduğudur.

Geleneksel olarak insan hakları hukuku, bireyleri “kamusal” alanda gerçekleşen insan hakları ihlallerine karşı korumaya ve bireylerin devletle ilişkilerine odaklanmıştır. Kadınlara yönelik özel alanda şiddet olgusunda ise, şiddeti gerçekleştiren, devletle bir bağlantısı olmayan üçüncü kişilerdir. İnsan hakları hukukunun bireyler arasındaki ilişkilerde de uygulama alanı bulması ve bireyler arasındaki insan hakları ihlallerinden devletin sorumlu tutulabilmesi, insan hakları hukukunda geleneksel yaklaşımın aşılmasıdır. Bu şekilde devlet dışı aktörlerin insan

haklarını ihlal eden eylemlerinden devletin sorumluluğunun gündeme gelmesi görece yakın zamanlarda gerçekleşebilmiştir.

Devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinde devlet sorumluluğunun teorik kaynağını, esasında uluslararası hukukun genel ilkelerinden biri olan “*devlet sorumluluğu*” kavramı oluşturmaktadır. Uluslararası hukukun bu genel ilkesi, pek çok uluslararası ve bölgesel insan hakları örgütünce, uzun bir süre açıkça belirtilmeyerek uygulanmıştır. Yakın zamanlarda ise, insan hakları örgütlerince uluslararası hukuka doğrudan atıfta bulunulduğu görülmektedir. Bu çalışmada, devlet dışı aktörlerin eylemlerinden devletin sorumluluğu kavramı, uluslararası hukuktaki teorik kaynakları esas alınarak incelenmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde, kavramsal olarak açıklanan kadına yönelik özel alanda şiddet olgusu karşısında devlet sorumluluğunun kapsamı, uluslararası insan hakları hukuku incelenerek ortaya konulmuştur. Kadına yönelik özel alanda şiddet karşısında devletin özen gösterme yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle sorumlu olduğu, günümüzde uluslararası insan hakları hukukunun bağlayıcı olan ve olmayan tüm metinlerinde kabul edilmiştir. Bu doğrultuda, devletin önleme, koruma, soruşturma, cezalandırma ve giderim sağlama yükümlülüklerinin çerçevesi tespit edilmiştir. Bu tespit, bağlayıcı olan ve olmayan uluslararası hukuk metinleri yanında, CEDAW Komitesi’nin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi’nin kararlarının da incelenmesi yoluyla yapılmıştır.

İkinci bölümde, kadına yönelik özel alanda şiddet karşısında uluslararası insan hakları hukukunun ortaya koyduğu çerçeve temel alınarak, Türk hukuk sistemi değerlendirilmiştir. Türk hukuk sistemindeki kadına yönelik şiddetle ilgili yasal düzenlemelerin ve uygulamaların, kadına yönelik şiddetle ilgili olarak ortaya konulmuş olan uluslararası özen gösterme standartlarıyla karşılaştırmalı olarak incelenmesi ve Türk hukuk sisteminin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi içtihatlarından, CEDAW’dan ve İstanbul Sözleşmesi’nden doğan yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin ortaya konulması amaçlanmıştır.

Bu amaç doğrultusunda, devletin yükümlölüklerine ilişkin Türk hukukundaki yasal düzenlemeler ve uygulamalar üç ayrı bölümde incelenmiştir. Devletin yükümlölüklerinin başında, kadın erkek eşitliğinin önündeki engelleri kaldırmanın geldiğı kabul edilerek, anayasal düzeyde ve temel kanunlardaki kadın erkek eşitliğine ilişkin düzenlemeler ele alınmıştır. Bunun yanında, devletin kadına yönelik şiddetle mücadelede hukuk dışı alanlarda da politikalar oluşturması gerektiğı, mücadelenin çok boyutlu olması sebebiyle dikkate alınmıştır.

Devletin yükümlölükleri, genel yükümlölükleri inceledikten sonra, “*şiddetin mağdurunu*” ve “*şiddetin failini*” hedef alanlar olmak üzere ayrı bölümlerde incelenmiştir. Böylesi bir ayırım, kadına yönelik şiddet karşısında devletin tek yükümlölüğünün, sadece şiddet gerçekleştikten sonra failin cezalandırılmasından ibaret olmadığının, söz konusu soruşturma ve cezalandırma yükümlölüğünün önemi göz ardı edilmeksizin, şiddet mağdurunun korunmasının ve gerçekleşen şiddet sonrasında mağdura giderim sağlanmasının daha önemli bir yükümlölük olduğunun vurgulanması için tercih edilmiştir.

Devlet sorumluluğunun fail yönü, kadına yönelik şiddet eylemlerinin suç haline getirilmesini, bu eylemlerin soruşturulmasını, failerin tespit edilmesini ve hakkaniyete uygun şekilde cezalandırılmalarını içerir. Türk hukuku, bu kapsamlı sorumluluğunun yerine getirilmesine yönelik yasal düzenlemeler ve uygulamalar dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Kadına yönelik şiddet karşısında devlet sorumluluğunun mağdur yönü ise, öncelikle şiddetin önlenmesine ve şiddet mağdurunun şiddetten korunmasına ilişkin hukuki araçların incelenmesini gerekli kılmıştır. Bunlar ceza hukuku dışında, medeni hukuk çerçevesinde oluşturulmuş yasal düzenlemelerdir. İkinci aşamada şiddetin gerçekleşmesi halinde, şiddet mağduru kadının, failin yargılanması sırasında, ceza adalet sistemi içinde korunması da önemli olduğu için ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Bu kapsamda, kadına yönelik şiddet vakalarında, sıklıkla ikinci planda kalan, şiddet mağduru kadının adalete ulaşma ve adil muamele görme hakkının ön plana çıkarılması amaçlanmıştır. Son aşamada ise, mağdura yaşadığı şiddete karşın adil bir giderim sağlanmasının ve bunun hukuki araçlarının oluşturulmasının da devletin mağdura yönelik yükümlölükleri olduğunun altı çizilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDET VE DEVLET SORUMLULUĞU

I. İNSAN HAKLARI İHLALİ OLARAK KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDET

A. KADINA YÖNELİK “ÖZEL ALANDA” ŞİDDET KAVRAMI VE ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

1. Kadına Yönelik Özel Alanda Şiddet Kavramı

Kadına yönelik şiddet, yaşamın her alanında karşılaşılan, kimi zaman sıradanmışcasına yaşanan ve sayısız kadının hayatını derinden etkileyen bir olgudur. Belirli bir kültür ve sosyo ekonomik yapının sorunu olarak sınırlanamayacak derecede tüm dünyada yaygındır. Kadınları, insan olmaktan kaynaklanan en temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarını engelleyecek şekilde sınırlar. Kadınların yaşamlarına şiddetin yeniden gerçekleşeceğinden korkarak ve bunun yarattığı güvensizlik içerisinde devam etmelerine, ölüm tehlikesi altında yaşamlarına ve hatta ölümlerine neden olur. Bir diğer yönüyle sonuçları itibariyle kadınların fiziksel ve ruhsal sağlıklarını tehdit eden ve cinsel sağlıklarını riske atan bir toplumsal sağlık sorunudur. Aile ve toplum hayatına zarar verir, aynı zamanda toplumda var olan şiddetin diğer türlerini pekiştirir.

Kadına yönelik şiddet eylemleri; şiddetin faili, şiddetin niteliği ya da şiddet sebebiyle ihlal edilen hak esas alınarak çeşitli şekillerde sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Şiddetin failine göre yapılacak bir sınıflandırmada; şiddetin failinin kadının tanımadığı kişiler yani yabancılar olması ve şiddetin failinin kadının kendi yakın çevresindeki kişiler olması iki ayrı şiddet olgusunu ortaya çıkarır. Kadına yönelik şiddet kamusal alanlarda, iş yerlerinde, gözaltı ve hapisane koşullarında ve savaş ve çatışma durumlarında gerçekleştiğinde, şiddetin failleri, kadının evi dışında yaşayan ve kadının sınırlı bir ilişki içinde olduğu veya hiç tanımadığı kişilerdir. Aynı şiddet eylemleri, kadınların aile bireyleri, eşleri ya da birlikte oldukları kişiler tarafından gerçekleştirildiğinde ise, şiddetin niteliğinde bir farklılaşma söz

konusudur. Bu şiddet türü “ev içi şiddet” ya da “aile içi şiddet” kavramlarında karşılık bulmaktadır.

Türk hukuk sisteminde kadına yönelik şiddet eylemlerine ilişkin yürürlükteki mevzuatta, ikinci tür şiddeti ifade etmek için, daha ziyade “aile içi şiddet” kavramı kullanılmaktadır. Ev içi şiddet Türk hukuk mevzuatında kullanımı tercih edilmeyen, bu sebeple mevzuata yabancı bir kavramdır. Bu kavramın tercih edilmemesi sebebiyle, uluslararası sözleşmelerde yer alan “*domestic violence*” kavramı, resmî çevirilerde “ev içi şiddet” olarak değil “aile içi şiddet” olarak karşılık bulmaktadır. Oysaki aşağıda detayları açıklanacak olduğu üzere, “ev içi şiddet” ve “aile içi şiddet” kavramları birbirinin yerine kullanılamayacak şekilde farklılıklar içermektedir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20 Aralık 1993 tarihli toplantısında kabul edilen *Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge*’nin (DEVAW)¹ 2. maddesinde, sınırlayıcı olmayacak şekilde kadına yönelik şiddet biçimleri; ev içinde meydana gelen şiddet, genel olarak toplum içinde meydana gelen şiddet ve devlet tarafından gerçekleştirilen şiddet olarak üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre; “*Tecavüz, cinsel suiistimal, iş yerinde, eğitim kurumlarında veya diğer yerlerde meydana gelen cinsel taciz ve sindirme, kadın ticareti ve fahişeliğe zorlama dâhil olmak üzere genel olarak toplum içinde meydana gelen şiddet*” ve “*Nerede olursa olsun devlet tarafından işlenen veya göz yumulan fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet*” tanımları, kadınlara yabancılardan gelen şiddet eylemlerini açıklamaktadır.

DEVAW’da, kadının yakınlarından gelen şiddet ise şu şekilde ifade edilmiştir: “*Dayak ve hırpalama, ev halkına dâhil olan kız çocuklarının cinsel suiistimali, drahoma bağlantılı şiddet, evlilik içi tecavüz, kadın cinsel organını sakatlama veya kadına zarar veren diğer geleneksel uygulamalar, eş haricinde (ev halkına dâhil) kişilerce uygulanan şiddet, sömürüyle bağlantılı şiddet dâhil olmak üzere aile içinde meydana gelen fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet.*”

¹ UN General Assembly, Declaration on the Elimination of Violence Against Women, A/Res/48/104, New York, 20.12.1993. (Bundan sonra DEVAW olarak anılacaktır.)

Bu tanım, bu çalışmada kullanılan “kadına yönelik özel alanda şiddet” kavramını kısmen karşılamaktadır. Aile içerisinde kadınlara yönelik şiddeti tanımlamış ancak kadının ailesinden sayılmamasına karşın kadının yakın ilişkisi içerisinde olduğu kişilerden gelen şiddet eylemlerini tanım dışında bırakmıştır. Bu haliyle bu tanım “aile içi şiddet” kavramına karşılık gelmektedir. Kadına yönelik özel alanda şiddet kavramıysa, aile içerisinde veya kişiler arası yakın ilişkiler çerçevesinde kadınlara yönelik gerçekleştirilen şiddettir.

*Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi - Belém do Pará Sözleşmesi*² de, kadına yönelik şiddet eylemlerini tanımlarken, aynı üçlü ayrımı benimsemiştir. Sözleşme’nin ikinci maddesinde, kadınlara karşı şiddetin aşağıda belirtilen durumlarda fiziksel, cinsel ve ruhsal şiddeti içerecek şekilde anlaşılacağı belirtilerek, bu durumlar şu şekilde ifade edilmiştir:

“a) Tecavüz, dayak ve cinsel istismarı kapsayan, ancak bunlarla sınırlı kalmayan bu şiddet olayları, fail kadınla aynı evi paylaşıyor olsun ya da olmasın, aile içinde ya da ev içi bir birimde veya kişiler arasındaki başka bir ilişki çerçevesinde gerçekleşen olaylardır;

b) Tecavüz, cinsel istismar, işkence, insan ticareti, fuhuşa zorlama, çocuk kaçırma, iş yerinde ve ayrıca eğitim kurumları, sağlık kuruluşları ve diğer yerlerde cinsel taciz gibi suçları kapsayan ancak bunlarla sınırlı kalmayan bu olaylar, topluluk içinde gerçekleşir ve herhangi bir kişi tarafından işlenir;

c) Bu gibi olaylar, nerede olduğuna bakılmaksızın, devletin ya da görevlilerinin işlediği ya da göz yumduğu olaylardır.”

Açıkça göze çarpmaktadır ki, kadınlara yakınlarından gelen şiddet tanımında, failin, kadının ailesine mensup bireyler dışında biri olabileceği de kabul edilmiştir.

Birleşmiş Milletler kadına yönelik şiddet, sebepleri ve sonuçları Özel Raportörü *Radhika Coomaraswamy* tarafından ‘Ev İçi Şiddete İlişkin Çerçeve

² Organization of American States, Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women - Convention of Belém do Pará. 06.09.1994 tarihinde imzaya açılmış ve 03.05.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir. (Bundan sonra Belém do Pará Sözleşmesi olarak anılacaktır.)

Mevzuat Örneği³ hazırlanmıştır. Burada belirtildiği haliyle, ev içi şiddetle mücadele için oluşturulacak olan mevzuat, “*aile içerisindeki kadınlara yönelik şiddetin ve kişiler arası ilişkiler çerçevesinde kadınlara yönelik şiddetin ev içi şiddeti teşkil ettiğini açık ve net bir biçimde dile getirmelidir.*”⁴ Bu çalışmada, aile içerisinde ve kişiler arası ilişkiler çerçevesinde kadınlara yönelik şiddet, ev içi şiddet olarak ifade edilmiştir. Yine anılan çalışmada, ev içi şiddetin, aile içerisindeki şiddetle aynı şeyi ifade etmediği üzerinde durulmuş ve ev içi şiddetin, aile içerisindeki şiddetten farklı olarak tanımlanması ve yasal düzenlemenin de buna göre yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵.

Kadına yönelik özel alanda şiddet kavramı için referans alınabilecek olan bir diğer uluslararası belge, resmî adıyla *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi - İstanbul Sözleşmesi*⁶. Sözleşme başlığında yer alan “*Domestic Violence*” kavramı, resmî çeviride “*Aile İçi Şiddet*” olarak karşılık bulmuştur. Sözleşme’deki ev içi şiddet kavramı, Türkçe çeviride aile içi şiddet olarak çevrilmiş olsa da, orijinal metninde bu kavramın “kan bağı” ya da “evlilik” gibi aile tanımında kullanılan unsurlara vurgu yapmadığı, bu bağlamda da, Türkçe çevirideki farklılığın basit bir çeviri hatasından öte anlamı olduğu ifade edilmektedir⁷.

Sözleşme’nin 3. maddesine göre;

³ UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, A Framework For Model Legislation on Domestic Violence, E/CN.4/1996/53/Add.2, 02/02/1996.

⁴ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1996/53/Add.2, par.5.

⁵ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1996/53/Add.2, par.6.

⁶ Council of Europe, Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, 11.05.2011 İstanbul. (Bundan sonra İstanbul Sözleşmesi olarak anılacaktır.) Türkiye, İstanbul Sözleşmesi’ni 29.11.2011’de imzalamış ve Sözleşme 08.03.2012 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷ Feride ACAR, “CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 61-77.

“Kadına yönelik şiddet”, bir insan hakları ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak anlaşılmaktadır ve ister kamusal ister özel alanda meydana gelsinler; söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dâhil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleridir. “Ev içi şiddet”, şiddetin gerçekleştiği zamanda ya da öncesinde, failin mağdurla aynı haneyi paylaşıp paylaşmadığını bakılmaksızın, aile içinde veya bir ev içi birimde, şimdiki ya da önceki eşler ve birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik şiddet eylemleri olarak anlaşılabacaktır⁸.

İstanbul Sözleşmesi, kadına yönelik şiddet kavramını, temelinde kadına yönelik ayrımcılık olan ve kamusal ve özel alanlarda kadına yönelik gerçekleştirilen, failleri kadının yakınları ve yabancılar olan tüm şiddet eylemleri olarak tanımlamıştır. Ev içi şiddet kavramıysa, aile içerisinde ve kişiler arası ilişkiler çerçevesinde gerçekleşen ancak mağdurun, kadınlar dışında erkekler ve çocuklar da olduğu kabul edilerek düzenlenmiştir. Nitekim Sözleşme’nin 3. maddesinde “mağdur” kavramı “belirtilen davranışlara maruz kalan herhangi bir şahıs” olarak ifade edilmiştir. Sözleşmede, ev içi şiddetin mağdurlarının genelde kadınlar, faillerininse erkekler olduğunu gösteren veriler dikkate alınmaksızın, ev içi şiddet toplumsal cinsiyet konusuna duyarsız bir şekilde tanımlanmıştır.

İstanbul Sözleşmesi, hem “kadına yönelik şiddet” hem de “ev içi şiddet” eylemlerine ilişkin düzenlemeler içeren iki başlı bir yapıya sahiptir. Tanımlardan da anlaşıldığı gibi, “kadına yönelik şiddet” kavramı toplumsal cinsiyet temeline dayalı bir sorun olarak tarif edilmektedir. “Ev içi şiddet” kavramıysa, daha ziyade toplumda var olan genel şiddet sorununun bir parçası olarak kadınların kadar, erkeklerin ve çocukların da maruz kaldıkları bir şiddet biçimini ifade etmektedir. Bu haliyle ev içi şiddet kavramı, toplumsal cinsiyet temeli olmayan bir kavram haline dönüşmektedir. Sözleşme’nin bu iki başlı yapısı, Sözleşme’nin hazırlanma aşamasında da tartışmaların yaşanmasına sebep olmuştur. Türkiye’nin de içinde bulunduğu bir grup

⁸ Sözleşme’nin İngilizce metnine sadık kalınarak Türkçe’ye çevrilmiştir. Resmî çeviride, madde başlığındaki “*Domestic Violence*” terimi, “*Aile İçi Şiddet*” ve madde metnindeki “*the family or domestic unit*” terimi, “*aile içinde ve aile biriminde*” olarak çevrilmiştir.

ülke, özellikle kadınların maruz kaldıkları şiddetin toplumsal cinsiyet temelini ve sistematik yapısını vurgulayan ve buna uygun önlemlere odaklanan bir sözleşme yapılmasını savunmuştur. Buna karşılık, muhafazakâr ülkelerle toplumsal cinsiyet sorunlarından kaynaklanan eşitsizliklerin azaldığı iddiasıyla toplumun tüm bireylerini şiddetten koruma çabasını ön plana alan Kuzey Avrupa ülkeleri farklı bir yaklaşım içerisinde olmuşlardır. Bu ülkeler, ev içinde erkeklere ve çocuklara karşı gerçekleşen şiddeti de kapsayacak bir sözleşmeden yana tavır almışlar ve sözleşmenin toplumsal cinsiyet dinamiklerini kesmek istemişlerdir. Yaşanan tartışmalar sonunda, Kuzey Avrupa ülkeleri, sözleşmede toplumsal cinsiyete vurgu yapılmasından yana tavır alarak bu görüşte olan ülkelere destek vermişlerse de, muhafazakâr ülkeler sözleşmenin bir ev içi şiddet sözleşmesi olması yönündeki yaklaşımlarının arkasında durmuşlardır⁹.

Görüldüğü üzere, kadınlara yönelik şiddete karşı uluslararası bağlayıcılığı olan ilk sözleşme olma özelliğine sahip İstanbul Sözleşmesi, “ev içi şiddet” kavramını, toplumsal cinsiyet bağlamından çıkarmıştır. Bu kavramlaştırmadan sonra, ev içi şiddet kavramının çağrışımları farklılaşacaktır. Ev içi şiddet kavramı söz konusu olduğunda, mağdur sadece kadınlar olmadığından, bu kavram mağdur yönünden geniş bir kavramdır ve toplumsal cinsiyet bağlamının dışında kaldığı için, toplumdaki genel şiddet sorununun bir parçası olarak algılanmaya mahkûm hale gelmiştir.

Diğer taraftan benzer eylemleri nitelendirmek için kullanılan aile içi şiddet kavramı ise yukarıda açıklandığı üzere kısmen kısıtlayıcı bir kavramdır. Özellikle Türk hukuk mevzuatındaki kullanımı dikkate alındığında, kısıtlayıcı özelliğinin yanında, farklı bir tercihi de ortaya koyduğu görülmektedir. Örneğin, Türkiye’nin taraf olduğu sözleşmelerde yer alan “domestic violence - ev içi şiddet” kavramı

⁹ Prof. Dr. Feride ACAR’la yapılan görüşmeye dayanarak aktaran; Şehnaz Kıymaz **BAHÇECİ**, Evaluation of Istanbul Convention: Its Contributions and Constraints For Elimination of Violence Against Women In Turkey, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012, s. 92-93.

Müzakere sürecinin sonunda, bir blok olarak görülen Kuzey Avrupa ülkeleri içerisinde ciddi çatlamalar oluşmuştur. Bu blok içerisinde yer alan İsveç ve Norveç, daha güçlü ve kadınlara yönelik şiddet konusunu ön plana çıkaran bir sözleşme isteyen bir tutum sergilemelerine karşın, Danimarka “tutucu” denilebilecek bir yaklaşım göstermiş ve ev içi şiddet vurgusunu öne çıkarmıştır. Açıklamalar için bkz. ACAR, CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne, s.74.

yerine resmî çevirilerde “aile içi şiddet” kavramı tercih edilmiştir. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 2. maddesinde “ev-içi şiddet” ve “kadına yönelik şiddet” kavramlarının ayrı ayrı tanımı yapılmasına karşın, Kanun başlığında ailenin ön plana alındığını gösterir şekilde “ailenin korunması” kavramı kullanılmıştır. Kadına yönelik şiddetle mücadele etmeyi amaçlayan tüm hukuki düzenlemelerde “aile” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir¹⁰. Söz konusu tercih Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığı’nın “Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı” olarak yeniden yapılandırılmasında da etkili olmuştur¹¹. Kadınların şiddetten uzaklaşmak için sığındıkları evlere “sığınma evi” ya da “sığınak” demek yerine “konuk evi” ya da “koruma evi” denilmesinin altında da aynı tercih bulunmaktadır.

Açıklananlar, kadına yönelik şiddetle mücadele edilirken, kadının aile kurumunun bir parçası olduğunu vurgulayan ve aile kurumunun / aile bütünlüğünün korunmasını ön plana alan bir tercihin sonuçlarıdır. Bu tercih doğrultusunda, evlilik

¹⁰ “Bir yılı bulan yoğun çalışma ile 4320 sayılı Yasa kadın örgütleri ve Genel Müdürlük (Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü) ortaklığında düzenlendi. Kadın dernekleri ve Genel Müdürlük, Yasa’nın adının ‘Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Yasası’ olması konusunda çok direndi. Ancak dönemin Kadından Sorumlu Bakanı Işıl Saygın, TBMM’nin erkek yapısından, bu isimle, Yasa’nın çıkmasının olanaksız olduğunu ifade etti. Gerçek de buydu. Kadınlara kısmi bir koruma gelsin diye bu isme razı olmak zorunda kalındı.” Şenal **SARIHAN**, “4320 sayılı Yasa’dan 6284 Sayılı Yasa’ya: Biz Bir Adım İlerideyiz, Şiddetse 1000 Adım!!!”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 143-153.

6284 sayılı Kanun’la ilgili olarak; “... kadın dernekleri, yeniden, yasanın”Kadının Korunması Yasası” adı ile çıkması için ısrar ettiler. Yasa, bu ismi taşımadığı sürece bizim on iki yıl önce rıza gösterdiğimiz alandan bugüne hiçbir adım atılmamış olacaktı. Tam o sırada İstanbul Sözleşmesi imzalanmış ve Türkiye ilk imzacı devlet olmuştu. İstanbul Sözleşmesi ilk kez kadına yönelik şiddetin bir insan hakkı ihlali olduğunun altını çiziyordu. Bu nedenle yasanın temel ilkeleri içine, kadına yönelik şiddetin insan hakları ihlali ve en büyük ayrımcılık olduğunun açık ve net girmesini önerdik. Bu öneriler ne yazık ki bugün yürürlüğe girmiş olan metinde hala açıkça bulunmamaktadır.” **SARIHAN**, s.147.

¹¹ 08.06.2011 tarih ve 27958 Mükerrer sayılı Resmî Gazete’de, 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin yayımlanmasıyla söz konusu değişiklik gerçekleşmiştir.

“ ... bundan birkaç yıl öncesinde Kadından Sorumlu Devlet Bakanlığı’nın lağvedilerek Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na dönüştürülmesinin basit bir isim değişikliğinden ibaret olmayıp diğer politikalarla birlikte kadınları birey olarak görmekten ziyade ailenin bir parçası olarak konumlandırın anlayışın yerleştirilmesine hizmet etmekte olduğuna yakından tanıklık ediyoruz.” Sevinç **ERYILMAZ**, “2014 Biterken Kadın Hakları, Fitrat Mı Eşitlik Mi?”, Güncel Hukuk, Ocak 2015, s. 20-21.

birliği devam ederken gereken tedbirlerin alınması yoluyla ailenin korunmasına ve kadının da korunan bu aile içindeyken korunmasına özen gösterildiği anlaşılmaktadır¹². Diğer taraftan bu tercihin, ailenin korunması esas alınırken kadına yönelik şiddet konusunda kısmi düzenlemeler yapılması olduğu da ifade edilmektedir. Buna göre amaç, kadına yönelik şiddet konusunda özel önlemler almak değildir. Yaşlıların, engellilerin, çocukların genel olarak korunması, toplumda özel önlemlere ihtiyacı olan bu özel gruplar için yapılacak düzenlemeler gibi, kadınların da maruz kaldıkları şiddet sebebiyle bu tür özel düzenlemelere konu edilmesi tercih edilmektedir¹³.

Oysaki bu çalışmada uluslararası insan hakları hukukunun da sahip olduğu yaklaşım çerçevesinde, kadın haklarının tanınması ve yaşama geçirilmesi açısından kadını her şeyden önce toplumun bir bireyi olarak kabul eden yaklaşım tercih edilmiştir. Bu doğrultuda, aile içi şiddet kavramının söz konusu tercihten kaynaklanan farklı çağrışımlarından uzak durabilmek için çalışma kapsamında aile içi şiddet kavramının kullanılması tercih edilmemiştir.

Kadına yönelik özel alanda şiddet kavramı ise, “özel alan” vurgusu sebebiyle olumsuz yargılara mahal verebileceği için eleştirilebilir. Liberal haklar teorisi içinde, kadının konumlandırıldığı ev ve aile yaşamını ifade eden ve hukuki düzenlemelerin

¹² “... Günümüz Türkiye’sinde, hızlı değişen güç ilişkileri bağlamında, kadını aile içinde görmek ve korumak mümkün mü? İmamaları devreye sokmak, cezaların caydırıcılığını artırmak ve aileyi sosyal politikalarla desteklemek gibi yeni yönelimlerin yapısal sınırları neler? Bir kere, bu tür aileci politikaların söylemsel ve politik başarı-etkisi büyük olsa da, gerçekte son derece kısmi ve zayıf. Kadınların bütün olarak, ekonomik, toplumsal, siyasi, kültürel güçlenmesinin yolunu açmayan her siyaset kadınları baskılamaya devam etmek zorunda. En fazla kadınların baskılanmasının yüzeye vuran sonuçlarını idare etmeye, sorunu yönetmeye aday.”. Alev ÖZKAZANÇ, “Cinsel Şiddet ve Muhafazakarlık Üzerine, Cumhuriyet Dergi ile Söyleşi”, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk içinde, Dipnot Yay., Ankara 2013, s. 241-246.

¹³ “Aileye vurgu uluslararası platformlarda hep tartışmalı bir konu olarak yerini almıştır. 2013’te İnsan Hakları Konseyi’ne Mısır tarafından sunulan “ailenin korunması”na yönelik karar taslağı 14 Ağustos 2014’te 14 hayır oyuna karşı 26 evet oyuyla kabul edilmiştir. Oylamada 6 ülke temsilcisi çekimser kalmış ve Küba oylamaya katılmamıştır. “Geleneksel” aile anlayışından hareket eden karar, tek ebeveynli aile, geniş aile, aynı cins dayalı evliliklerin oluşturduğu aile gibi farklı aile tiplerini tanınamaktadır. “Ailenin korunması” anlayışının, dünyanın pek çok yerinde kadın haklarının, cinslerarası eşitliğin ve aynı cins evliliklerin önlenmesi için kullanıldığına dair pek çok delil bulunmaktadır. BM İnsan Hakları Konseyi bünyesinde böyle bir kararın kabul edilmiş olması hak ihlallerine yol açan bu yöndeki uygulamaların meşrulaştırılmasından başka bir anlam taşımamaktadır.” Yakın ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, Metis Yay., İstanbul 2015, s. 128.

dışında tutulması tercih edilen “özel alan” algısı, kadın hakları savunucularının haklı olarak savunduğu üzere mücadele edilmesi gereken olumsuz çağrışımlar barındırmaktadır. Bu kavramın kullanılmasının, bu algıyı güçlendirebileceği ileri sürülebilirse de, özel alan kavramının, bu algıyla tezat olan devlet sorumluluğu kavramıyla birlikte kullanılması yoluyla bu algının tersine çevrilmesi mümkün hale gelecektir. Kadına yönelik özel alanda şiddetin, ev ve aile yaşamına ve kadının özel hayatına karşılık gelen “özel alan”da, bizzat “özel aktörler” tarafından gerçekleştirilen şiddet olduğu ve bu alanda bu kişilerce gerçekleştirilen şiddet eylemleri sebebiyle de devlet sorumluluğunun var olduğu ortaya konulmaktadır. Bu haliyle, söz konusu kavram özellikle bu çalışmanın konusu için doğru bir tercihtir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, çalışmanın temel kavramlarından olan “kadına yönelik özel alanda şiddet” kavramı; kadınlara ve kız çocuklarına karşı aile bireyleri tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemleri kadar, kadınların aynı evi paylaştıkları ya da ayrı evlerde ilişki yaşadıkları kişilerden, önceden ilişki yaşadıkları kişilerden veya eski eşlerinden, diğer bir ifadeyle kadınların özel ve/veya yakın bir ilişki sebebiyle tanıdıkları kişilerden gelen her türlü şiddet eylemini kapsayan bir kavramdır. Şiddetin ev içinde ya da dışında gerçekleşmesinin bir önemi yoktur. Önemli olan failin kimliği ve şiddet mağduruyla ilişkisidir. Buna göre kadına yönelik özel alanda şiddet içerisine dâhil olacak şiddet eylemlerinde, fail ve mağdur arasındaki ilişkilere göre mağdurlar şu kişilerdir: İlişki sona ermiş olsa bile evli kadınlar, evlilik bağı olmaksızın bir erkekle birlikte yaşayan kadınlar, aynı evde yaşamayan kız arkadaşlar da dâhil olmak üzere kız arkadaşlar, özellikle kız kardeşler, kız çocuklar ve anneler dâhil olmak üzere ancak bunlarla sınırlı olmayacak şekilde tüm kadın akrabalar¹⁴.

2. Kadına Yönelik Özel Alanda Şiddetin Farklı Görünümleri

Kadına yönelik özel alanda şiddet, sadece ilk akla gelen şiddet türü olan fiziksel şiddetle sınırlı değildir. Cinsel, psikolojik veya duygusal ya da ekonomik şiddet şeklinde farklı görünüşleri de vardır. Aynı zamanda bu şiddet türlerinin birbirinden kesin çizgilerle ayrılmasının mümkün olmadığına da dikkat çekilmesi

¹⁴ Benzer bir tanım için bkz. UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1996/53/Add.2, par.7.

gerekir. Birçok somut olayda şiddet türleri birbirlerine eşlik etmekte ve birbirini takip etmektedir. Bu da kadına yönelik özel alanda şiddetin, diğer şiddet türlerinden farklı olan bir yönünü ortaya koymaktadır.

Fiziksel şiddet; vurmak, tokat atmak, itmek, bıçak silah gibi aletlerle tehdit etmek ya da bunları kullanmak şeklinde gerçekleşen ve fiziksel acı veren eylemlerdir. Belirgin ve yasa dışı güç kullanımı sonucunda bedenlen maruz kalınan hasarı anlatır¹⁵. Kadının sağlık hizmetlerinden yararlanmasına engel olarak bedensel zarar görmesine neden olmak da fiziksel şiddetin bir türüdür¹⁶. Fiziksel şiddetin en görünür ve en ciddi biçimi kadınların öldürülmesidir¹⁷. Fiziksel şiddet, bazı topluluklara özgü ya da bazı topluluklarda daha yaygın olan; kadınların genital mutilasyonu (sünneti) ya da diğer bir ifadeyle kadınların cinsel organlarının sakatlanması¹⁸, çeyiz (ya da drahoma) bağlantılı şiddet ve cinayetler, zina fiiline bağlanan bir ceza olarak recmedilme yani beline kadar toprağa gömölüp taşlanarak öldürölme, dul kadınları intihara teşvik etme dâhil dul kadınlara yapılan kötü muameleler, namus adına işlenen cinayetler gibi şiddet görünümlerini de kapsar. Doğum öncesinde cinsiyet seçimine dayalı olarak kürtaj, kız çocuklarının tıbbi bakım

¹⁵ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, Explanatory Report, 07.04.2011, par.188.

¹⁶ Ekin Bozkurt **ŞENER**, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, Ankara 2011, s. 11-15.

¹⁷ UN General Assembly, Report of the Secretary-General, In-depth Study on All Forms of Violence Against Women, A/61/122/Add.1, 06.07.2006, par.115.

¹⁸ İstanbul Sözleşmesi'nin 38. maddesinde "Kadının Genital Mutilasyonu" kadına yönelik şiddet türleri arasında kabul edilmiş ve Taraf Devletlerin bu şiddet türünü suç olarak tanımlamak için gereken yasal düzenlemeleri yapmakla yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır.

Kadının genital mutilasyonu, cinsel haz alma işlevli kadın genital organı olan klitoris kesildiği ya da çıkarıldığı bir kültürel uygulamadır. Gerçekleştirildiği toplumlarda, bu uygulamaya "kadın sünneti" adı verilir. Kadının genital mutilasyonu ile kadının cinsel organı çıkarılır ama üreme organları sağlam olarak kalır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nahid **TOUBIA**, "Kadın Genital Mutilasyonu Nedir?", Müslüman Topumlarda Kadın ve Cinsellik içinde, (Derl. Pınar İLKARACAN), İletişim Yay., B. 3, İstanbul 2011, s. 265-277.

Farklı bir değerlendirme için bkz. Berke **ÖZENÇ**, "Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşım Doğru", İÜHFİM, C. UOV, S.2, 2006, s. 145-166.

ve yiyeceğe yeterince ulaşamaması sonucunda ölümüne sebep olabilen eylemler de fiziksel şiddet eylemleridir¹⁹.

Cinsel şiddet; kadını istemediği yerde, istemediği zamanda, istemediği biçimde, küçük düşürücü ya da aşağılayıcı şekilde cinsel ilişkiye zorlamak, başkalarıyla cinsel ilişkiye zorlamak, çocuk doğurmaya ya da doğurmamaya, kürtaja, enste, fuhuşa zorlamak, zorla ve/veya erken yaşta evlendirmek; telefonla, mektupla ya da sözlü olarak cinsel içerikli rahatsızlık verici eylemlerde bulunmak gibi çeşitli eylemleri içerir. Bu eylemlerin evli ya da birliktelik yaşayan çiftler arasında gerçekleşmesi halinin de cinsel şiddet olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Cinsel şiddet eylemlerinde kadınların cinsel kimliklerini kontrol altında tutma amacı da vardır ve bu, kadınlar üzerinde egemenlik kurabilmek için güçlü bir araçtır²⁰.

İstanbul Sözleşmesi, “Tecavüz Dâhil Olmak Üzere Cinsel Şiddet” başlıklı 36. maddesiyle, karşı tarafın özgürce verilmiş onayı olmaksızın ve kasıtlı olarak gerçekleştirilen her tür cinsel eylemi, cinsel şiddet olarak kabul etmiştir. Rızanın, mevcut koşullar bağlamında değerlendirilmek üzere, şahsın özgür iradesi sonucunda gönüllü olarak verilmesi gerektiği maddede açıkça belirtilmiştir. Metni hazırlayanlar, suçu oluşturan öğeleri değerlendirirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının dikkate alınması gerektiğini belirtmişlerdir. Rıza konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin *M.C. - Bulgaristan* kararına atıfta bulunmuşlardır²¹. Farklı şekillerde gerçekleşebilen “Cinsel Taciz” eylemleri de İstanbul Sözleşmesi’nde özel bir madde olarak yer almıştır. Sözleşme metnine göre; cinsel taciz eylemi, “bir şahsın onurunu ihlal etme etkisi yaratan veya bu maksatla gerçekleştirilen ve özellikle de aşağılayıcı, düşmanca, hakaretamiz, küçük düşürücü veya saldırgan bir ortam yaratan”, her türlü istenmeyen, cinsel mahiyette, sözlü veya sözlü olmayan veya

¹⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. UN Commission on Human Rights, Ninth Report and Final Report on the Situation Regarding the Elimination of Traditional Practices Affecting the Health of Women and the Girl Child, Prepared by Ms. Halima Embarek Warzazi, E/CN.4/Sub.2/2005/36, 11.07.2005.

²⁰ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü-Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, Ankara 2009, s. 36; ŞENER, s. 13; UN General Assembly, A/61/122/Add.1, par.128-138.

²¹ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par.191; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *M.C./Bulgaristan* Kararı, Başvuru No: 39272/98, 04.12.2003. Mahkemenin bu kararı “Kadına Yönelik Cinsel Şiddet Davaları” başlığı altında incelenmiştir.

fiziksel davranıştır²². Sözel davranış, fail tarafından ifade edilen veya iletilen sözler veya seslerdir. Şakalar, sorular, yorumlar sözel olarak veya yazıyla ifade edilebilir. Sözel olmayan davranışsa failin, söz veya ses olmayan, örneğin yüz ifadesi, el hareketleri veya kimi sembollere başvurusu gibi eylemleri içerir. Fiziksel davranış, failin, mağdurun bedeniyle temas ettiği durumları da içermek üzere cinsel içerikli herhangi bir davranıştır²³.

Zorla evlendirme İstanbul Sözleşmesi'nde özel bir şiddet türü olarak ele alınmıştır. Sözleşme'de kabul edilen haliyle, zorla evlendirilen küçük ya da yetişkin olabilir. “Zorlanma” kavramı, baskı veya zorlamaya başvuru fiziksel veya psikolojik gücü kasteder. Önemli olan unsur, bir evlilikte taraflardan en az birinin, gönüllü onayı olmaksızın evlilik işleminin gerçekleştirilmesidir. Taraf Devletlerin zorla evliliklerin hukuken batıl sayılması, feshedilmesi ya da gerektiği gibi sonlandırılabilmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri almaları gerektiği düzenlenmiştir²⁴.

Kürtaja ve kısırlaştırmaya zorlama, hem fiziksel hem de cinsel şiddet içeren eylemlerdir. Kadının doğal üreme kapasitesine yönelik kasıtlı olarak gerçekleştirilen şiddet eylemleridir. İstanbul Sözleşmesi'ne göre bir kadına, önceden bilgilendirilmiş oluru almadan, kürtaj uygulamak zorla kürtaj eylemini ifade eder. Bir kadının önceden bilgilendirilmiş oluru olmaksızın ve kadın söz konusu usulün mahiyetini anlamadığı halde, kadının doğal üreme kapasitesini sona erdirmeye maksatlı veya bu etkiyi doğuran bir ameliyat yapmak zorla kısırlaştırma²⁵. Bu düzenlemeyle, kaç çocuk sahibi olacağını ve hangi aralıklarla çocuk sahibi olacağını kadının özgürce belirlemesinin, doğal üreme ve aile planlaması bilgilerine erişmesini sağlayarak kadının üreme haklarına saygı gösterilmesinin öneminin vurgulanması amaçlanmıştır²⁶.

²² İstanbul Sözleşmesi, m. 40.

²³ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 208.

²⁴ İstanbul Sözleşmesi, m. 32 ve 37.

²⁵ İstanbul Sözleşmesi, m. 39.

²⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 206.

Psikolojik veya duygusal şiddetse, gündelik yaşamda en sık rastlanan şiddet türüdür. Buna karşın tespiti oldukça güçtür. Fiziksel ve cinsel şiddette olduğu gibi somut fiziksel bulgular yoktur ve genellikle fiziksel ve cinsel şiddete eşlik eder. Diğer taraftan bu tür şiddete hangi tür eylemlerin dâhil olduğunu belirlemek de zordur. Genel olarak hakaret etme, küçük düşürme, aşağılama, korkutma, özellikle kadını çocuğundan ayırmakla tehdit etme, eşyalara zarar verme, baskı yapma, kadını ev içinde tutarak yakınlarıyla görüşmesini engelleme, evden çıktığında her hareketini denetleme, kadını gözetim altında tutma, çeşitli şekillerde tecrit etme gibi eylemler yoluyla gerçekleştirilen bir psikolojik zarar verme biçimidir. Ayrıca kadına bir hizmetçi gibi davranmak, tüm büyük ve önemli kararları verirken kadına danışmamak, evin sahibi gibi davranmak, kadının hal ve hareketleriyle dalga geçmek gibi tutum ve davranışlar da duygusal/psikolojik şiddet eylemlerinin diğer önemli görünümüdür²⁷.

İstanbul Sözleşmesi'nin, psikolojik şiddet tanımında, “zorlama” veya “tehdit” unsurları aranmış ve “kişinin psikolojik bütünlüğünü ciddi bir şekilde bozan kasıtlı davranışlar”ın psikolojik şiddeti oluşturduğu ifade edilmiştir. Sözleşme’de “ciddi biçimde bozulma” ile neyin kastedildiği açıklanmamış, bu husus Taraf Devletlerin iç hukuklarına bırakılmıştır. Sözleşme metninde ifade edilmemiş olsa da, bu hüküm tek bir olaydan ziyade bu tür davranışların sürekliliğine ilişkindir²⁸.

Psikolojik şiddet içine dâhil edilebilecek bir başka şiddet türü taciz amaçlı ya da ısrarlı takiptir. İstanbul Sözleşmesi'nin 34. maddesine göre; ısrarlı takip Taraf Devletlerce cezalandırılması gereken bir şiddet türüdür. Madde metninde; “*başka bir şahsa yönelik olarak gerçekleştirilen ve bu şahsı, şahsın kendisini güvende hissetmesini önleyecek şekilde korkutacak, kasıtlı bir biçimde tekrarlanan tehditkâr davranışlar*” şeklinde ifade edilmiştir. İsrarlı takip; belirli bir kişiye yönelik, kişinin kendisinin güvenliğinden endişeye kapılmasına yol açacak tehditkâr, kasıtlı ve süreklilik taşıyan davranışlardır. Bir kişinin sürekli olarak takip edilmesi ve bir kişiyle kendisi istemediği halde iletişime geçilmesi ısrarlı takibin örnekleridir.

²⁷ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü-Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, s.35; ŞENER, s. 12-13; UN General Assembly, A/61/122/Add.1, par.113-117.

²⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par.179-181.

Kişinin mülkünün ya da özel eşyalarının tahrip edilmesi, beslediği evcil hayvanların hedef alınması tehdit edici davranışın farklı şekilleridir. İstanbul Sözleşmesi'nde önemli olan unsurlar, süreklilik taşıyan eylemlerin kasıtlı olarak ve mağdurda korku uyandırma amacıyla yapılmasıdır²⁹.

Yaygın olarak yaşanmasına karşın, kadına yönelik özel alanda şiddetin üzerinde en az durulan biçimi ekonomik şiddettir³⁰. Ekonomik şiddet, genel olarak kadınların temel kaynaklara ulaşmasının ve bu kaynakları kontrol etmesinin engellenmesidir. Ev harcamaları için para vermemek veya kısıtlı para vermek; ailenin tasarrufları, gelir ve giderleri konusunda bilgi vermemek; aileyi ilgilendiren ekonomik konularda kadının fikrini almadan tek başına karar vermek ya da kadının gelirini elinden almak şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Kadının çalışmasına engel olmak ve işten ayrılmasına neden olmak kadar, kadını istemediği işte zorla çalıştırmak ya da iş hayatını olumsuz etkileyecek kısıtlamalar getirmek de ekonomik şiddettir. Ekonomik şiddet özel alanda ve kamusal alanda farklı şekillerde gerçekleşmektedir. Örneğin bir kadının kazandığı paraya kocası tarafından el konulması durumunda kadın, özel alanda ekonomik şiddete uğramaktadır. Kadın işyerinde aynı işte erkeklere göre daha az ücret aldığı durumda da kamusal alanda ekonomik şiddete uğramaktadır³¹.

Türk hukuk sisteminde, ekonomik şiddete destek veren bir uygulama 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi sırasında yaşanmıştır. 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'yla, 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren evlilik içinde edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Ancak yasakoyucu, evliliğin başından itibaren bu mal rejiminin geçerli olabilmesi için evli çiftlerin buna ilişkin noterde anlaşma yapmaları şartını

²⁹ İstanbul Sözleşmesi, m. 34; Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 182-186.

³⁰ Yoksulluk, karşılıksız emek ve ekonomik şiddet arasındaki bağlantıya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Emel MEMİŞ, “*Ekonomik Şiddet Kapsamında Karşılıksız Emek*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s.167-179.

³¹ Gülriiz UYGUR-İrem ÇAĞLAR, “*Şiddet*”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s.120.

getirmiştir. Bu düzenleme İsviçre’de 1988 tarihinde yürürlüğe konulan hükmün tam tersi bir uygulama içermektedir. Yasakoyucunun, İsviçre’de olduğu gibi, edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliğin başından itibaren geçerli olduğuna ilişkin bir düzenleme yapmaması, kadına yönelik ekonomik şiddetin devamından yana bir tavır aldığını göstermiştir³².

Ekonomik şiddet, kadını barınma, gıda ve giyecek gibi temel ihtiyaçların karşılanması konusunda, şiddet uygulayana tamamen bağımlı hale getirmektedir. Bu bağımlılık kadının şiddet gördüğü koşulları değiştirememesine sebep olmaktadır, bu sebeple çok ciddi bir şiddet biçimidir. Kadın, şiddet gördüğü evden ayrıldığı takdirde yoksulluk ve ciddi bir barınma sorunuyla karşı karşıya kalmaktadır³³.

Kadına yönelik özel alanda şiddet, temelinde kadına yönelik ayrımcılık olan bir insan hakları ihlalidir ve farklı şiddet eylemleriyle kadınların farklı hakları ihlal edilmekte ve temel hak ve özgürlüklerden yararlanmalarının önüne geçilmektedir. Kadına yönelik özel alanda şiddet eylemleri, kadınların yaşam hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkı, işkence ve kötü muameleye maruz kalmama hakkı, yasalar önünde eşit korunma hakkı, aile içinde eşitlik hakkı, ulaşılabilir en yüksek standartta fiziksel ve zihinsel sağlığa sahip olma hakkının ihlalini oluşturmaktadır³⁴. Bu eylemler sebebiyle kadınların fiziksel ve ruhsal sağlıkları zarar görmektedir. Şiddet yoluyla kadınların eğitim, çalışma ve barınma olanakları engellenmekte ve kamusal yaşama katılmalarının önüne geçilmektedir. Böylece, kadınların ikincil konumu perçinlenmekte ve temel gereksinimlerini karşılamakta zorluk yaşayan kadınların olumsuz koşulların dayattığı döngüden çıkmaları da zorlaşmaktadır.

Açıklanan hususlar, kadına yönelik özel alanda şiddetin toplumdaki diğer şiddet görünümlerinden farklarını ortaya koymaktadır. Mağdura yakın bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi sebebiyle daha fazla ruhsal zarar doğuran, genellikle tekrar ve süreklilik içeren, kadın üzerinde ağır duygusal ve fiziksel etkilerine rağmen

³² Canan **ARIN**, “Kadına Yönelik Şiddet Türleri”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, C. 3, s. 148-157.

³³ ŞENER, s. 14; UN General Assembly, A/61/122/Add.1, par. 222.

³⁴ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, Kadına Yönelik Şiddet, 1992, par. 7.

toplum nazarında kimi zaman meşru görülebilen bir şiddet türüdür³⁵. Bu tespitler, kadına yönelik özel alanda şiddetin, sadece toplumdaki genel şiddet sorununun bir parçası olarak görülemeyeceğini, toplumsal cinsiyet eşitsizliğinin de bir parçası olduğunu ortaya koymaktadır. Aynı zamanda bu tespitler, kadına yönelik özel alanda şiddetin önlenmesi ve kadınların şiddetten korunması için, klasik ceza hukuku yöntemleri yanında farklı koruma mekanizmalarının da uygulamaya konulmasının neden gerekli olduğunu da açıklamaktadır.

B. KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN TOPLUMSAL CİNSİYET TEMELİ

1. Kadına Yönelik Şiddetin Yaygınlığı

En genel ifadesiyle kadına yönelik şiddet; kadının fiziksel, cinsel, psikolojik ya da ekonomik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan her türlü davranıştır. Açıklandığı üzere öldürme, tecavüz ya da cinsel suistimal, fiziksel şiddet, duygusal ve ekonomik sömürü, kadının genital mutilasyonu/sünneti, erken yaşta evlendirme, kadının ev içi emeğinin yok sayılması, kadın ticareti gibi çok farklı şiddet türleri kadına yönelik şiddet kavramına dâhildir. Şiddetin faili kimi zaman kadının eşi ya da birlikte olduğu kişi veya akrabalarından biridir. Kimi zaman fail bir üçüncü kişi yani bir yabancısıdır.

Kavramın kapsamının genişliğine karşın, kadınlar yaşamları boyunca en çok eşlerinin ya da birlikte oldukları kişilerin şiddetine maruz kalmaktadırlar³⁶. Türkiye’de 2006–2007 yılları arasında yürütülen bir çalışmanın sonuçlarına göre; hayatı boyunca eşinden en az bir kez şiddet görmüş kadınların oranı yüzde 34’tür³⁷. Daha büyük bir çoğunluğunun alışverişi çıkmaktan, aileleriyle görüşmeye kadar

³⁵ D. Çiğdem **SEVER**, “Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz v. Türkiye Kararı”, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, C. 1, S. 2, s. 19-46.

³⁶ World Health Organization (**WHO**), Global And Regional Estimates of Violence Against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence, 2013, s.2. http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf (Erişim: 03.04.2015)

³⁷ Ayşe Gül **ALTINAY**-Yeşim **ARAT**, Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, Metis Yay., B. 1, İstanbul 2007, Tablo 21.

attıkları her adım eşlerinin denetimine tabi tutulmakta, her on kadından yalnızca biri başka bir şehre/köye eşinden izin almadan gidebilmekte, üçü eşinden izin alma ihtiyacı duymadan ailesini ziyaret edebilmekte veya alışverişe/çarşıya gidebilmekte, dördü eşinin iznine tabi olmadan komşu/arkadaş ziyareti yapabilmektedir³⁸. Hem kadının hem de eşinin eğitim durumunun artması kadının maruz kaldığı fiziksel şiddet oranını azaltmakta ancak yine de azımsanmayacak şekilde her on yüksekokul veya üniversite mezunu kadından en az biri eşinin fiziksel şiddetine maruz kalmakta³⁹ ve yükseköğrenim görmüş altı erkekten biri eşine fiziksel şiddet uygulamaktadır⁴⁰. Çarpıcı bir bulguysa kadınların eşlerinden daha fazla gelir elde etmesiyle fiziksel şiddet arasındaki ilişkidir. Buna göre kadının eşinden daha fazla gelir elde etmesi, fiziksel şiddet riskini en az iki misli artırmaktadır. Bu çalışmadaki bulgulara göre, bu durumda olan kadınların % 63'ü eşlerinden en az bir kez fiziksel şiddet gördüklerini ifade etmişlerdir⁴¹.

Türkiye’de kadına yönelik şiddet konusunda yapılan en kapsamlı çalışma, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü ile Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü tarafından birlikte yürütülen bir proje kapsamında gerçekleştirilmiştir. Araştırmanın ilki 2008 yılında yapılmıştır⁴². 2014 yılındaki ikinci araştırma, 2008 yılında yapılan araştırmadan 2014 yılına kadar geçen süre içerisinde kadına yönelik şiddetle ilgili değişimi yansıtmaları açısından özellikle önem taşımaktadır⁴³. Her iki araştırma sonunda elde edilen sonuçlar, birbirine yakındır ve bu haliyle kadına yönelik şiddetin yaygınlığını daha açık bir şekilde ortaya sermektedir. Bu araştırmalara göre, yaşamının herhangi bir döneminde, eşinin ya da birlikte olduğu kişinin fiziksel şiddetine maruz kalan kadın oranı, 2008 verilerine göre yüzde 39,

³⁸ ALTINAY-ARAT, Tablo 20.

³⁹ ALTINAY-ARAT, Tablo 25.

⁴⁰ ALTINAY-ARAT, Tablo 26.

⁴¹ ALTINAY-ARAT, Tablo 28.

⁴² Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü- Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Ankara 2009.

⁴³ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü-Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Özet Rapor, Ankara Aralık 2014.

2014 verilerine göre 36'dır⁴⁴. 2008 yılı verilerine göre kadınların yüzde 15'i cinsel şiddet içeren davranışlara ve yüzde 42'si fiziksel ya da cinsel şiddetten en az birine maruz kalmıştır⁴⁵. 2014 yılı verilerindeyse, cinsel şiddet içeren davranışlara maruz kalan kadınların oranının yüzde 12'ye, fiziksel ya da cinsel şiddetten en az birine maruz kalmış kadınların oranının ise yüzde 38'e düştüğü görülmektedir⁴⁶.

Yaşamının herhangi bir döneminde, evlenmiş kadınların yüzde 44'ü duygusal şiddet içeren davranışlardan birine maruz kalmıştır ve bu oran 2008 ve 2014 yıllarına ait verilerde değişmemiştir⁴⁷. 2008 yılı verilerine göre her on kadından dördü ekonomik şiddet içeren davranışlara maruz kalmıştır. 2014 verilerindeyse her dört kadından birinin ekonomik şiddete maruz kaldığı tespit edilmiştir⁴⁸.

Kadınların hayatlarını kontrol etmeye yönelik davranışlar da bu araştırmalar kapsamında yer almıştır. Buna göre, 2008 yılı verilerine göre, Türkiye'deki kadınların yüzde 68.8'inin eşi veya birlikte olduğu kişi, kadınların her zaman nerede olduğunu bilmek istemektedir. Kadınların yüzde 44.1'inin başka erkeklerle konuştuğunda eşi veya birlikte olduğu kişi sinirlenmektedir ve çarpıcı bir şekilde kadınların yüzde 30.8'i bir sağlık kuruluşuna izinsiz gidememektedir⁴⁹. 2014 yılındaki araştırma sonuçlarında, kısmen azalmalar olduğu göze çarpsa da, rakamlar, kadınların eşleri ya da birlikte oldukları erkekler tarafından hayatlarının sıkı bir şekilde kontrol edilmeye devam edildiğini göstermektedir⁵⁰.

⁴⁴ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2009), Tablo 4.1-Fiziksel veya Cinsel Şiddetin Yaygınlığı; Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (2014), Şekil 1-Fiziksel Şiddet Yaygınlığı.

⁴⁵ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2009), Tablo 4.1-Fiziksel veya Cinsel Şiddetin Yaygınlığı.

⁴⁶ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2014), Şekil 10.

⁴⁷ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2014), Şekil 10.

⁴⁸ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2009), s. 58; Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (2014), Şekil 9-Çalışmaya Engel Olma/İşten Ayrılmaya Neden Olma Yaygınlığı.

⁴⁹ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2009), s. 57, Tablo 4.3-Kadınların Hayatını Kontrol Etmeye Yönelik Davranışlar.

⁵⁰ Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, (2014), Şekil 20- Kadınların Hayatını Kontrol Etmeye Yönelik Davranışlar.

Bu çalışmaların açıkça ortaya koyduğu haliyle, Türkiye’de kadına yönelik şiddetin pek çok türü oldukça yaygındır. Diğer taraftan bu rakamların, bütünüyle gerçeği yansıttığını söylemek de zordur. Nitekim kadına yönelik şiddet, suç istatistiklerinin güvenilirliği sorununun en çok görünür olduğu, başka bir ifadeyle kara rakamların yüksek olduğu bir alandır.

Kara rakamlar, gizli kalmış suç ve suçluları ifade eder. İşlenmekle birlikte birçok suç ortaya çıkmaz ya da çıkanlar kimi zaman ihbar edilmez; ihbar edilen birçok suçta failin bulunması mümkün değildir veya suç ispat edilemez; ispat edilebildiğinde de dava edilemeyebilirler veya failin mahkûm edilmesi mümkün olmayabilir⁵¹. Kara rakamların oluşmasında mağdurun davranışı da oldukça önem taşır. Mağdur ve suçlu arasındaki ilişkiler, mağduru suçu ihbar etmekten alıkoyabilir. Özellikle mağdurla fail arasındaki yakın ilişkiler, mağdurun suçu ihbar etmekten korkmasına ya da çekinmesine neden olabilmektedir. Aynı zamanda mağdurun şikâyet etmesi halinde, sonuç alamayacağını düşünmesi, adalet mekanizmasına güvenmemesi de suçun ortaya çıkmasının önüne geçebilir. Mağdur, suçlunun ceza görme olasılığının az olduğu kanısında olursa, kolluk makamlarını harekete geçirmekten imtina edecektir⁵².

Açıklanan sebeplerle, kadınların eşlerinden veya diğer yakınlarından gördükleri şiddetin yaygınlığını ölçmek, kadınların yaşadıkları şiddeti açıklamak konusunda çekimser davranmaları ve pek çok kadının şiddeti hayatlarında olağanlaştırmış olması sebepleriyle, kolay değildir. Bu iki çalışmayla ortaya konulan çarpıcı rakamlar, bu sebeple gerçek durumun ancak bir bölümünü ortaya koymaktadır.

Türkiye’de kadına yönelik şiddetin her biçiminin yaygın olmasının yanında, şiddet içeren eylemlerin yıllar içinde arttığına da tanık olmaktayız. şiddetin en görünür ve en ağır biçimi olan kadın cinayetleri de benzer şekilde n alınamaz bir

⁵¹ Timur **DEMİRBAş**, Kriminoloji, Seçkin Yay., B. 5, Ankara 2014, s. 88.

⁵² Füsun Sokullu **AKINCI**, Kriminoloji, Beta Yay., B. 11, İstanbul 2014, s. 75-86.

şekilde devam etmektedir⁵³. Kesin rakamları ifade etmese de, 2014 yılında 294, 2015 yılında 303 kadın öldürülmüştür⁵⁴. Rakamlar her zaman olaylardaki can yakıcılığı bastırıldığından, rakamlardan uzak durup yaşanan şiddetin içeriğine baktığımızda, konunun vahameti ve karmaşıklığı ortaya çıkmaktadır. Basına yansıyan olaylar üzerinden yapılan değerlendirmelere göre, 2014 ve 2015 yıllarında kadınlar çoğunlukla hayatlarına dair bir karar almak istediklerinde veya ayrılmak ya da boşanmak istediklerinde, kocaları, kardeşleri, babaları, oğulları ya da sevgilileri tarafından öldürülmüşlerdir. Bu cinayetlerin bir kısmı, kadınlar hakkında koruyucu veya önleyici tedbir kararları verildiği halde ya da kadınlar mülki amirliklere veya kolluk kuvvetlerine şiddet ve ölüm tehditleri sebebiyle başvuruda bulundukları halde işlenmiştir⁵⁵.

Türkiye için ortaya konulan bu tablonun dünya ölçeğinde de farklı olmadığına dikkat çekmek gerekir. Bu konuda, küresel ölçekte elde edilen verilerden hareketle, kadınların eşleri ya da birlikte oldukları kişilerden kaynaklanan fiziksel ve cinsel şiddetle üçüncü kişilerin cinsel şiddeti konusunda karşılaştırmalı olarak hazırlanan ilk rapor olan Dünya Sağlık Örgütü'nün 2013 tarihli raporuna göre⁵⁶;

⁵³ Türkiye’de son yıllarda kadına yönelik şiddetin artmasının sebebinin ataerkil pazarlığın çözülmesine bağlayan görüşleri için bk. ÖZKAZANÇ, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk, s.230, 231, 243.

Ayrıca “Ataerkil Pazarlık” kavramı için bkz. Deniz **KANDIYOTI**, “İslam ve Ataerkillik, Karşılaştırmalı Bir Perspektif”, Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar, Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler içinde, Metis Yay., B. 4, İstanbul 2013, s.119-146.

⁵⁴ “Kadın Cinayetlerini Durduracağız” Platformu tarafından, Platforma başvuran ailelerden ve iletişim araçlarından elde edilen kayıtların derlenmesiyle ulaşılan rakamdır. Gerçek rakamın daha fazla olduğu, her cinayetin mutlaka haber yapılmadığı ya da ailelerin bu konuda Platforma başvurmamış olduğu gerçeğinden hareketle ifade edilmektedir. <http://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/1878/2014-yili-kadin-cinayeti-gercekleri>; <https://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/2551/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2015-yili-raporu> (Erişim: 27.03.2016)

⁵⁵ Basın haberlerinden yapılan değerlendirmeler için bkz. <http://bianet.org/bianet/kadin/161558-erkekler-2014-te-281-kadin-oldurdu> ve <http://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/1878/2014-yili-kadin-cinayeti-gercekleri>; <https://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/2551/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2015-yili-raporu> (Erişim: 27.03.2016)

⁵⁶ World Health Organization (WHO), Global And Regional Estimates of Violence Against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence, s. 31-32.

- Eşleri ya da birlikte oldukları kişilerin fiziksel ve/veya cinsel şiddetine maruz kalan ya da birlikte oldukları kişiler dışındaki kişilerin cinsel şiddetine maruz kalan kadınların oranı yüzde 35.6'dır.
- Eşleri ya da birlikte oldukları kişilerin fiziksel ve/veya cinsel şiddetine maruz kalan kadınların oranı yüzde 30'dur. Bu oran düşük ve orta gelir grubuna dâhil olan kadınlar arasında Güney-Doğu Asya ülkelerinde yüzde 37.7, Afrika'da yüzde 36.6, Doğu Akdeniz'de yüzde 37 iken, Avrupa'da yüzde 25.4'tür ve yüksek gelir grubuna dâhil olan kadınlar arasında yüzde 23.2'ye düşmektedir.
- Genel olarak dünya çapında işlenen cinayetlerin yüzde 13'ünde kadınlar öldürülmekte olup, kadınların öldürüldüğü olayların %38'inde fail kadının eşi ya da birlikte olduğu kişidir. Bu oran erkeklerde ise %6'dır.

Dünya ölçeğindeki rakamların da gösterdiği gibi, kadına yönelik şiddet evrenseldir; dünya kadınlarının şiddetten korunabildiği herhangi bir ülke ya da bir coğrafya bulunmamaktadır. Kadınlar kültürel, sosyal ve ekonomik olarak pek çok farklılık taşıyan toplumlarda yaygın olarak şiddete maruz kalmaktadırlar. Şiddet herhangi bir ırka, sınıfa ya da dine ait değildir. Cinsiyet eşitsizliği ve bununla ilişkili şiddet, bütün “medeniyetlerin” kesiştiği tarihsel olarak ortak öğelerden biridir⁵⁷.

Kadına yönelik şiddet bir azgelişmişlik ya da bir kültür sorunu değildir. Genel olarak insan haklarına saygının yüksek olduğu birçok gelişmiş ve gelişmekte olan ülkede de, kadına yönelik şiddet yaygın ve mücadele edilmesi gereken bir insan hakları sorunudur⁵⁸. Kanada'daki ve İngiltere'deki veriler bu açıklamalara örnek oluşturabilecek mahiyettedir. Ulusal bir sivil toplum örgütü olan Kanadalı Kadınlar Vakfı'nın verilerine göre, Kanada'daki kadınların yarısı on altı yaşından sonra fiziksel ya da cinsel şiddet içeren en az bir olay yaşamıştır. Kadınların %67'si

⁵⁷ UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences Yakın Ertürk, Intersections Between Culture and Violence Against Women, A/HRC/4/34, 17.01.2007, par. 24.

⁵⁸ Kadına yönelik şiddetin dünya çapında yaygınlığı tezini destekler mahiyette, Kuzey ve Güney yarımküredeki farklı ülkelerde kadına yönelik şiddet olgusunun farklı görünümüne ilişkin BM kadına yönelik şiddet özel raportörünün özel raporları için bkz. ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 167-405.

fiziksel ya da cinsel saldırıya maruz kalmış en az bir kadın bildiklerini beyan etmişlerdir. Her altı günde bir Kanadalı kadın birlikte olduğu kişi tarafından öldürülmektedir. Her gün tahminen 3.000 Kanadalı kadın ve onların 2.500 çocuğu ev içi şiddetten kaçmak için sığınma evlerinde yaşamaya başlamaktadır. 2009 yılı verilerine göre 460.000 kadın cinsel istismar mağdurudur ve cinsel istismar suçlarının ancak %10'unun şikâyet konusu edildiği tespit edilmiştir⁵⁹. İngiltere'de şiddet mağduru olan kadın ve erkeklerin karşılaştırılması sonucu ortaya konulan verilere göre; on altı yaşından sonraki bir dönemde, yakın ilişki içerisinde oldukları kişilerin şiddetine maruz kalan kadınların oranı %30 iken, bu oran erkeklerde %16.3'tür; kadınlar erkeklere oranla yedi kat daha fazla cinsel şiddet olayına maruz kalmaktadırlar; kadınların birlikte oldukları kişilerin şiddetine maruz kalma oranları erkeklerin iki katıdır⁶⁰.

2. Toplumsal Cinsiyet Kavramı

Kadına yönelik şiddetin coğrafi ve kültürel sınırların ötesine geçmiş şekilde yaygın olması, kadına yönelik şiddetin kaynağının, her ülkede ve toplumda değişiklik gösterebilecek kültürel ya da ekonomik sebeplere bağlanamayacağını, şiddetin sebebinin psikolojik faktörler ya da sosyo ekonomik koşullar olmadığını ortaya koymaktadır. Kadına yönelik şiddetin kaynağını, siyasal rejimler, kültürel ve/veya ekonomik sistemler değişse de, tüm bunların üstünde, egemen bir sistem olarak hüküm süren ataeril sistemde aramak gerekir.

Ataeril sistem, farklı feminist teoriler tarafından farklı şekillerde tanımlanmışsa da temelde, iktidar aygıtlarının, egemen erkeklik değerlerine sahip erkeklerin denetiminde olmasını ve onların temsil edip yönettiği bir toplumsal düzeni ifade eder. Erkek egemen toplum, birbirinden çok farklı erkeklik tarzlarının

⁵⁹ Canadian Women's Foundation, The Facts About Violence Against Women, <http://www.canadianwomen.org/facts-about-violence> (Erişim: 13.02.2015)

⁶⁰ Ministry of Justice, Statistics on Women and the Criminal Justice System 2013, Nov. 2014, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/380090/women-cjs-2013.pdf (Erişim: 13/02/2015)

merkezinde, egemen erkeklik değerlerinin olduğu ve her tür farklı erkeklik ve kadınlık konumunun da buna göre denetim altında tutulduğu bir iktidar düzenidir⁶¹.

Ataerkil sistem, bir cins olarak kadınların toplumda ezilmesi sonucunu doğuran kurumsal ve kültürel düzenleme ve uygulamaları belirtir. Genel olarak kullanıldığında erkek iktidarını ifade eder. Bu anlamına karşılık, ataerkil sistemin örgütlenmesinin ve uygulanmasının tarihsel ve kültürel olarak farklılıklar gösterdiği gerçeğinin kabul edilmesi gerekir. Ataerkil sistem yalnızca kadının emeğini değil, aynı zamanda kadın cinselliğini, bedenini ve doğurganlığını denetleyen bir toplumsal sistemdir. Bu sistem içinde korunan esas olarak erkek çıkarları olmakla birlikte, sistem, erkeklerin iradelerinden bağımsız bir şekilde nesnel bir gerçeklik olarak varolmaktadır⁶².

Ataerkil sistemin en etkin egemenlik alanı cinsiyettir. “Cinsiyet” kavramı, esasen fizyolojik ve/veya genetik özellikleri ifade eden biyoloji bilimine ilişkin bir kavramdır. Ancak toplumsal yaşam içerisinde, belirli ölçütleri ifade eden bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda toplumsal yaşamda var olan, kadınlar ve erkekler arasındaki sosyal farklılığın, biyolojik bir farklılığın doğal sonucu mu, yoksa biyolojik farklılığın çok ötesinde toplumsal yaşamın içinde yaratılmış bir farklılık mı olduğu sorusu⁶³, bizi önemli bir tartışma alanına götürür. Yapılan araştırmalar, cinsiyetler arasında var olan biyolojik farklılıkların, mevcut toplumsal farklılıkları açıklayacak veya cinsiyet eşitsizliğini meşru gösterecek özellikler olmadığını göstermektedir⁶⁴. Kadınların farklı olduklarını ya da farklı yaratılmış olduklarını söylemekse onları erkeğe tabi kılmayı haklılaştırmaz. Fiziksel, kimsayal, biyolojik farklılıkların varlığına karşılık, bu farklılıkların ne anlam ifade edeceklerini kültürler, toplumlar, insanlar, yani toplumsal, ekonomik, tarihsel çıkarlar, iktidar

⁶¹ Serpil **SANCAR**, “Erkeklik”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, s. 172.

⁶² Fatmagül **BERKTAY**, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Yay., B. 4, İstanbul 2012, s. 24.

⁶³ Cemal Bali **AKAL**, İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara 2005, s. 267.

⁶⁴ Yıldız **ECEVİT**, “*Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç*”, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 2-25

ilişkileri belirlemiştir⁶⁵. Bu nedenlerle, kadın ve erkek arasında varolan eşitsizliğin kaynağının, tabii bir farklılıkta değil, tabii olmayan bir sosyal yapılanma biçiminde, diğer bir deyişle ataerkillikte aramak gerekir⁶⁶.

Ataerkil sistem, cinsiyetin toplumsal olarak kurulduğuna işaret eden “toplumsal cinsiyet” kavramıyla yakından ilişkilidir. Toplumsal cinsiyet kavramının odağında kişi vardır ve cinsiyeti sadece biyolojik/kişisel bir gerçeklik olmaktan çıkarır. Bunun devamı olarak ataerkil sistem kadınlık ve erkekliğin içinde örüldüğü toplumsal ilişkileri işaret eder. Bu iki kavram ancak birlikte düşünüldüğünde analitik bir çerçeve sunarlar. Hem özneye hem de toplumsal yapı ve ilişkilere bakabilme imkânı sağlarlar⁶⁷.

Toplumsal cinsiyet, biyolojik cinsiyetin yanında, toplum içinde yaşam biçimlerini belirleyen ve birbirini besler şekilde toplum içindeki yaşam biçimleri tarafından şekillendirilen bir olgudur. Toplumsal cinsiyet kavramı, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, kadınla erkeğin sosyal ve kültürel açıdan tanımlanmasını, toplumların bu iki cinsi birbirinden ayırt etme biçimini, onlara verdiği toplumsal rolleri anlatmak için kullanılan bir kavramdır. Aynı zamanda kadınlar ve erkekler arasındaki güç ilişkilerini anlamaya, eşitsizlikleri sorgulamaya yarar⁶⁸. Biyolojik cinsiyet kadın ve erkek arasındaki gerçek/tabii farklılıklara karşılık gelirken, toplumsal cinsiyet toplum içinde yaratılmış bir nevi yapay/suni farklılıkları ifade eder. Toplumsal cinsiyet, bir “cinsiyet konumu” ya da “cins kimliği”dir. Toplumsal ve kültürel olarak belirlendiğinden, içeriği toplumdan topluma ve tarihsel olarak da değişebilir. Yalnızca cinsiyet farklılığını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda cinsler arasındaki eşitsiz güç ilişkilerini de belirler⁶⁹.

⁶⁵ Zeynep **DİREK**, “Şiddet Kavramı Üzerine”, Güncel Hukuk, Mart 2013, s. 22-23.

⁶⁶ Murat **YÜKSEL**, Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri, Beta Yay., İstanbul 2003, s. 162 vd.

⁶⁷ Aksu **BORA-İlknur ÜSTÜN**, “Sıcak Aile Ortamı”, Demokratikleşme Sürecinde Kadın ve Erkekler, Tesev Yay., İstanbul 2005, s. 13.

⁶⁸ ECEVİT, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç, s. 2-25.

⁶⁹ BERKTAY, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, s. 16.

Toplumsal cinsiyet kavramı, kız ya da oğlan bebekler olarak dünyaya gelen insan teklerinin bu dünyada başlarına gelen pek çok şey sonucu kadınlar ve erkeklere dönüşme sürecidir. Basitçe “sosyalleşme” olarak adlandırılmayacak bir süreçtir. Kişinin çeşitli biçimlerde müdahil olduğu karmaşık ilişkileri içerir ve bir yandan kişisel düzeyde kadınlık ve erkekliğe, diğer yandan toplumsal düzeyde ataerkil sisteme işaret eder. Bu kavram, cinsiyetin kişisel özelliklerin ötesinde, toplumsal yapılarla ve ilişkilerle bağlantılı bir öznellik boyutu olduğu düşüncesini de içerir⁷⁰. Diğer bir ifadeyle, toplumsal cinsiyet farklı cinsler arasındaki iktidar ilişkilerine işaret etmenin yanında, bütün toplumsal iktidar ilişkilerini tanımlayan, anlamlandıran ilişkiler inşa eder. Toplumsal ilişkiler insan bedeninin cinselliğini şekillendirir. Bedenler arasındaki cinsiyet farkları aslında cinsellikle ilgili değildir, toplumsal olanın cinsellik üzerinden anlamlandırılmasıyla ilgilidir⁷¹.

Kadınlık ve erkekliğe ilişkin yaygın inançlar ve değerler, ataerkil sistemin en kritik noktasıdır. Bu inançlar ve değerler, ataerkil sistemin somut ilişkiler içinde nasıl görüldüğünün, nasıl üretildiğinin ve nasıl yeniden üretildiğinin anlaşılması için ipuçları sunar⁷². Toplumsal değerler erkeksi ve kadınsı olarak ayrılmıştır ve erkeksi olanlar daha değerli görülür. Toplumsal olgular “eril” ve “dişil” anlamlar kazanmış ve cinsiyet eşitsizlikleriyle diğer toplumsal eşitsizlikler birbirine eklemlenmiştir. Akıl, rasyonel düşünme becerisi, rekabeti göze alma ve doğru karar alma yeteneği gibi özellikler modern toplumların *eril değerleridir* ve bu değerlere diğer toplumsal değerlere göre üstünlük ve ayrıcalık atfedilir. Diğer taraftan duygusallık, merhamet, başkaları için fedakârlık yapmak, uyumlu ve itaatkâr olmak gibi davranışlar *dişil değerlerdir* ve modern toplumsal ilişkilerde bu tür davranışlar yaygın olarak insanın güçlü ve başarılı olmasını sağlamada gerekli ve arzulanan davranışlar olamaz. *Dişil değerler* ancak özel yaşamda, aile ve çocuklarla ilişkilerde, cinsellik ve dostluk ilişkilerinde geçerliliği olan değerlerdir. Bu değer farklılıkları cinsiyet farklarıyla doğrudan bağlantılıdır. Dişil değerler kadınların; eril değerler erkeklerin sahip

⁷⁰ BORA-ÜSTÜN, “Sıcak Aile Ortamı”, Demokratikleşme Sürecinde Kadın ve Erkekler, s. 41.

⁷¹ Serpil **SANCAR**, Erkeklik: İmkansız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yay., B. 3, İstanbul 2013, s. 178.

⁷² BORA-ÜSTÜN, “Sıcak Aile Ortamı”, Demokratikleşme Sürecinde Kadın ve Erkekler, s. 42.

oldukları özellikler olarak kabul edilir. Bütün bunlar, gündelik yaşamımızda, araba kullanmanın neden erkeksi, çamaşır yıkamanın neden kadınsı olduğu düşüncesine rasyonel bir sorgulamayla ulaşmamız mümkün değilken, bu işlerin neden erkeksi ya da kadınsı olduğunu anlamamıza yarar. Cinsiyet farkları rejiminin işlevi eril ve dişil değerleri belirlemektedir⁷³.

Toplum, içeriğini ataerkil sistemin biçimlendirdiği şekilde, bireylerden “kadın-dişil” ve “erkek-eril” olmalarını, bu kimliklere uygun özellikler taşımalarını ve bu kimliklerin gerektirdiği rolleri yerine getirmelerini beklemektedir. Ancak bu biçimde olursa kabul görecektir oldukları, kadına ve erkeğe ayrı ayrı araçlarla ve toplumsal ve özel yaşamın her alanında bildirilmektedir. Bu şekilde oluşan toplumsal cinsiyet rolleri kadınları ve erkekleri verili kalıplar içerisine yerleştirmekte ve bu kalıpların dışına çıkan kadın ya da erkek bireye uygulanan şiddet, ataerkil sistemin devamı için bir araç olarak kullanılmaktadır.

Kadına yönelik şiddet, kadının davranışlarının ve bedeninin erkek tarafından kontrolü anlamına gelmektedir. Bu güç ilişkisini destekleyen başlıca şeyler kadınlık ve erkeklik rolleridir⁷⁴. Toplumsal cinsiyete dayalı rol dağılımı, kadın aleyhine, eşitsizliği artıran ya da eşitsizliği yaratan bir işlev görür⁷⁵. Kadın ve erkek rolleri erkeklerin kadınlar üzerinde güç sahibi oldukları ve kadınları kontrol ettikleri bir hiyerarşik düzeni devam ettirecek şekilde inşa edilmiştir. Nitekim kadına yönelik şiddet, bu noktada karşımıza erkeğin kadın üzerindeki tahakkümünün araçlarından

⁷³ SANCAR, “Erkeklik”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, s. 169-170.

“Temel işbölümü Durkheim’ın (1933) ve diğerlerinin belirttiği gibi yaşa ve cinsiyete göre yapılır. Yaş eninde sonunda erişilen bir kategoridir. Cins ise daimi ve değişmezdir. Erkek ve kadın arasındaki biyolojik farklar yalnız kadının doğurma, emzirme ve yalnız erkeğin gebe bırakabilme kabiliyeti olmasına neden olmuştur. Bu görünür değişikliklerin hiçbiri bir çeşit işi kadına diğerini erkeğe yüklemek için gerekçe oluşturamaz. Gerçekten de herhangi bir kültürde ya da tarihi dönemde bir işin yalnız kadınlar ve yalnız erkekler tarafından yapılan çok az iş sıralanabilir. Kadınlar tarlalarda ve madenlerde çalışmışlardır ve hala çalışmaktadır. Erkekler de çamaşır yıkamış meyva toplamış ve çocuklara bakmışlardır. Avcılık ve savaşıklık hemen her zaman erkek işleri, küçük ve hastalara bakmak da kadın işi sayılmıştır. Ancak işlerin dağılımında yaş önemli bir etken olmuştur. Bu yüzden genç erkekler avlanırken, kadınların ve yaşlı erkeklerin çocuklara bakmış olması, yaşlı kadınlar yemek yaparken genç kadın ve erkeklerin tarlada veya madende çalışmış olması mümkündür.” Diana GITTINS, Aile Sorgulanıyor, Pencere Yay., B. 2, İstanbul 2011, s. 91-92.

⁷⁴ UYGUR-ÇAĞLAR, Şiddet, s. 124.

⁷⁵ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay., Ankara 2013, s. 41.

biri olarak çıkmaktadır. Bir erkeğin bir kadına şiddet uygulaması, onu öldürmesi, genel olarak bir cinsin diğeri üzerinde kurduğu evrensel boyuttaki tahakkümün görünümüdür⁷⁶. Bu anlamda şiddet, erkek otoritesinin sürdürülmesiyle bağlantılı bir mekanizmadır: Hem kadınların erkeklere tabi olmalarını sürdürmek için bir araç, hem de tabi olmalarına ilişkin bir sonuçtur.

Kadına yönelik şiddetle toplumsal cinsiyet arasındaki ilişki bu noktada oldukça önemlidir. Nitekim şiddetin kaynağında toplumsal cinsiyet eşitsizliği vardır ve şiddet toplumsal olarak oluşturulan, kadın üzerindeki erkek egemenliğiyle doğrudan bağlantılıdır. Toplumsal cinsiyet, şiddeti yaratan bir nedendir. Bu haliyle, erkekten kadına yönelen şiddet, şiddetin niteliği itibarıyla, bir toplumsal cinsiyet sorunudur. Kadına yönelik şiddet, erkek egemenliğine dayalı bir yapının sonucu ve toplumda egemen ve bağımlı gruplar olarak erkek ve kadın arasında var olan baskıcı ataerkil ilişkileri yansıtan davranış örneğidir. Toplumsal cinsiyete dayalı kadına yönelik şiddet, kadınların iradesini ve özgürlüğünü kısıtlayıp, psikolojik ve/veya fiziksel zarar veren, kişiliğini olumsuz etkileyen ve kadınla erkek arasında ayrım yapan bir şiddettir. Kadının toplumdaki bağımlı rolünü sürdürür ve kadınlık ve erkeklik rolleri dışına çıkmak isteyenlere izin vermez. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, kadın ve erkekliğe dair eşitsiz rol dağılımlarıyla doğrudan bağlantılıdır. Bütün bunlar kadına yönelik şiddetle ataerkillik arasındaki bağı açığa çıkarmaktadır⁷⁷. Kadına yönelik şiddet olgusunun temelinde tüm kurumları biçimlendiren köklü ve etkili ataerkil güç yapısı ve kadını yerinde tutma amacı yatmaktadır⁷⁸.

Dünya Sağlık Örgütü'nün eşlerden gelen şiddet ve HIV/AIDS konusuna ilişkin raporundaki tespitlerden birine göre; *“Erkekler, kadınlara yönelik şiddeti, geleneksel kadın rollerinin ihlallerinde ya da yaşanan sorunları erkekliklerine ilişkin*

⁷⁶ DİREK, Şiddet Kavramı Üzerine, s. 22-23.

⁷⁷ UYGUR-ÇAĞLAR, Şiddet, s. 118 vd.

Ataerkillik ve şiddet arasındaki ilişkinin psikanaliz kuramı kapsamında değerlendirilmesi için bkz. ÖZKAZANÇ, “Psikanaliz, Feminizm ve Şiddet”, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk içinde, s. 21-67.

⁷⁸ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 39.

sorunlar olarak algıladıklarında bir terbiye etme yöntemi olarak”⁷⁹ kullanılmaktadırlar. Bu tespit kadınlar ve erkekler arasındaki hiyerarşik ilişkiyi ve şiddetin bu ilişkide ne tür bir araç olduğunu ortaya koyması sebebiyle dikkate değerdir.

Bir kadının, cinselliğini düzenleyen sosyal normları ihlal ettiği ya da ailesine ilişkin toplumsal rollerini yerine getirmediği gerekçesiyle şiddete maruz kalması halinde şiddet bireysel bir olay değildir. Bu yolla, cezalandırma ve kontrol etme işlevleriyle toplumsal cinsiyet rollerini hâkim kılmakta kullanılmaktadır⁸⁰.

Kadına yönelik şiddetle ataerkil sistem arasındaki organik bağ, Türkiye ölçeğinde yapılan istatistiksel araştırmaların sonuçlarında da görülmektedir. 2006 - 2007 yılları arasında yapılan ve detaylarına yukarıda yer verilen araştırmada, kadınların aileye kocalarından daha çok gelir getirmelerinin, dayak riskini en az iki misli artırdığına ilişkin tespit organik bağa önemli bir örnektir. Bu bulgu ekonomik gücünü kaybeden erkeklerin ataerkil otoritelerini fiziksel güce başvurarak perçinlemeye çalışmaları olarak yorumlanabilir⁸¹ ve kadına yönelik şiddetin erkek otoritesinin sürdürülmesine hizmet eden bir mekanizma olduğu tespitini güçlendirmektedir.

Kadına yönelik şiddet eylemlerinin cezasız kalması da, şiddetin bir kontrol mekanizması olarak kullanılmasındaki etkiyi şiddetlendirmektedir. Devlet failleri yakalayıp cezalandırmadığı takdirde, şiddetin ikincilleştirme ve güçsüzleştirme hedefini pekiştirmekle kalmamakta, aynı zamanda topluma, kadına yönelik şiddetin kabul edilebilir ve kaçınılmaz olduğu mesajını da yaymaktadır⁸².

⁷⁹ World Health Organization (**WHO**), Violence Against Women and HIV/AIDS: Critical Intersections Intimate partner violence and HIV/AIDS, WHO Information Bulletin Series, Number 1, s.5. <http://www.who.int/hac/techguidance/pht/InfoBulletinIntimatePartnerViolenceFinal.pdf> (Erişim: 13.04.2015)

⁸⁰ UN General Assembly, A/61/122/Add.1. par. 69-78.

⁸¹ ALTINAY-ARAT, s. 104.

⁸² UN General Assembly, A/61/122/Add.1., par. 69-78.

Kadın ve çocuklara yönelik fiziksel şiddet, taciz ve tecavüz, ataerkilliğin ve ataerkil ilişkilerin en ilkel uç noktasıdır. Eş ve çocukların kocanın malı olarak tanımlanmadığı günümüzde bu tür şiddetin ısrarla sürmesi ataerkil sürekliliğin göstergesidir⁸³. Kadına yönelik fiziksel şiddet, cinsel suistimal ve pornografiyle birlikte, günümüzdeki ataerkil tutumların kendisini gösterdiği üç temel alandan biridir⁸⁴.

3. "Özel Alan - Kamusal Alan" Karşıtlığının Toplumsal Cinsiyet Açısından Görünümü

Toplumsal cinsiyetten kaynaklı sorunlar hukuk alanında da açıkça kendini gösterir. Geleneksel manada hukuk, toplumsal cinsiyet rollerini pekiştirmiş ve toplumsal cinsiyet sorunlarını görmezden gelmiştir. Hukukun bu işlevine en büyük katkısı liberal haklar teorisinin “kamusal alan - özel alan” ayrımı sunmuştur. Bu ayrım kadının varolan bağımlı ve ikincil konumunu daha da sağlamlaştırmıştır.

“Kamusal alan - özel alan” ikiliği, içinde akılcılık, düzen ve siyasi otorite bulunan, siyasi ve hukuki faaliyetlerin gerçekleştiği bir “kamusal alan” ile hukuki düzenlemeler yapılmasının gerekli olmadığı bir “özel alan” olduğu varsayımdır. Ev içi aile yaşamı bu özel alanın merkezi olarak değerlendirilir⁸⁵.

Kadınlar, aile ve özel yaşam içerisinde konumlandırılmışlardır. Esas olarak bu, kadının doğurgan bedeni nedeniyle doğaya, duygulara, aileye ve özel alana ait ve dolayısıyla yönetmeye değil yönetilmeye uygun olduğuna ilişkin bir varsayımdır. Diğer taraftan bedeni temsil eden kadına karşı erkeğin akli temsil ettiği ve uygarlığı/kültürü yarattığı varsayılarak onun kamusal alana uygun ve dolayısıyla da yönetmeye ehil olduğu kabul edilir⁸⁶. Yaratılan bu ikiliğin kaynağı Eski Yunan

⁸³ GITTINS, s. 72-73.

⁸⁴ Hilaire **BARNETT**, Introduction to Feminist Jurisprudence, Cavendish Publishing Limited, London 1998, s. 69-76.

⁸⁵ Hilary **CHARLESWORTH**, “What are 'Women's International Human Rights?' ”, Human Rights of Women National and International Perspectives, (Edt. Rebecca J. COOK), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, s. 59-84.

⁸⁶ Fatmagül **BERKTAY**, “Hayalin Hakikatine... Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Kadınların Kamusal Özgürlük Özlemi” https://www.academia.edu/6394111/Hayalin_Hakikatine (Erişim: 13.04.2015)

felsefesinden kaynaklanan düşünce geleneğinde bulunabilir. Eski Yunan felsefesi evreni, aydınlık/karanlık; iyi/kötü; süreklilik/değişiklik; sınırsızlık/sınırlılık; kuru/yaş; tek/çift; gündüz/gece; akıl/duygu; ruh/beden; eril/dişil gibi karşılıklar üzerinden kavrar. Bu karşıtlıklar birbiriyle bir denge ve eşitlik ilişkisi içinde değil, hiyerarşik bir ilişki içinde görülür. Daha da önemlisi, birinci olumlular kümesi "eril" ile, ikinci olumsuzlar kümesi ise "dişil" ile ilişkilendirilmiştir⁸⁷.

Bu konudaki başka bir yaklaşıma göre, kadının aile ve ev içinde konumlandırılması, Batı düşüncesindeki bu ikiliklerle anlaşılamaz. Modern anlamıyla kamusal alan özel alan ayrımı, antik çağdaki biçimine göre köklü farklılıklar içermekte ve modern kapitalist toplumlara özgü bir bölünmeyi ifade etmektedir. Buna göre, sanayi dönemi öncesinde ataerkil hane yapısında, kentte ve kırdaki ev içi/işyeri ayrımından söz etmek güçtür. Hane halkının günlük yaşamı iş etrafında döner ve bu yaşamın tümü ataerkil denetim altındadır. Sanayileşme dönemiyle evin anlamı ve işlevi değişmiş, malların üretimi hane dışına taşınmıştır. Ev ve iş hayatı arasındaki ayrım büyüdükçe kamu ve özel kavramları farklılaşmış ve ev / işyeri ayrışması sonucunda modern anlamda “özel alan” doğmuştur⁸⁸.

Ev, dünyanın pisliklerinden uzak, masum ve temiz bir yer olarak tasarlanmıştır. Ev kavramıyla ifade edilen, erkeklerin “dış” dünyaya açılırken, kadın ve çocukları bıraktığı temiz bir mekândır. Ev ve ailenin bu şekilde kutsallaştırılması sonucunda, evde olup bitenler tamamen görünmez hale gelmiştir. Aile içindeki eşitsizlikler, özellikle bu çalışmanın konusunu oluşturan, şiddet ve tahakküm, istismar ve baskı, görmezden gelinen “özel” alanın sorunlarının başında gelmektedir⁸⁹.

Özel alan kamusal alan ikiliği, özel alanın sorunlarının doğal olgular gibi sunulmasına da hizmet etmektedir. Aile, ev işi, birlikte yaşama, yakınlık kolaylıkla

⁸⁷ BERKTAY, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, s. 131.

⁸⁸ Gülnur Acar **SAVRAN**, Beden Emek Tarih: Diyalektik Bir Feminizm İçin, Kanat Kitap, İstanbul 2004, s. 97-159; GITTINS, s. 68.

⁸⁹ Aksu **BORA**, Kadınların Sınıfı, Ücretli Ev Emegi ve Kadın Öznelliğinin İnşası, İletişim Yay., B. 5, İstanbul 2012, s. 59-60.

toplumsal ilişkilerin karşıtları olarak, yani *doğal* olgular olarak sunulduğunda, kadınların özel alanda maruz kaldıkları baskı ve ezilme biçimleri de doğallaştırılmaktadır. Özel alanın içindeki deneyimler, sevgi, aşk, cinsellik, annelik, ev işi gibi kavramlar toplumsal sistemin bir parçası olarak kavrandığında, özel alanda bürünmüş oldukları doğallık peçesinden sıyrılır. Erkeklerin öznel, fevri gibi görünen davranışları sistematik bir erkek şiddeti, kadınların sevdiklerine yönelik vericilikleri olarak adlandırılmış olan davranışları “görünmeyen” ya da “karşılıksız” emek olarak adlandırıldığında, artık özel alanın kapalı kapılarının aralanıp içeride olup bitenin kamusal tartışma konusu haline getirilmesine başlanmış olur⁹⁰.

Liberal devlette özel alan, özgürlüğe ilişkin negatif, yani müdahaleden kaçınan anlayışla bireyin kendi özel alanında istediği gibi davranması esasına dayanır. Söz konusu varsayımda, bu “birey”in, aile içinde güç ve iktidara sahip somut bir erkek olduğu devlet tarafından dikkate alınmamıştır. Kadınlara yönelik şiddeti bu bireylerin yani “özel aktörler”in uyguladığı gerekçesi ortaya konulduğunda, devlet bu şiddete müdahale etmekten kaçınabilmiştir. Bu anlayış, kadınlara uygulanan baskının gizli kalmasına katkıda bulunmuştur⁹¹. Devletin kamusal alana ilişkin olan hususlarda düzenlemeler yapması, özel alanın devletin karışmadığı bir alan olarak bırakılması, ev içinde yaşananların tamamen görünmez ve bilinmez bir hale sokulmasına sebep olmuştur. Bu ayrım, kadına yönelik şiddet söz konusu olduğunda, toplumsal cinsiyet eşitsizliğine yol açan ve şiddeti meşrulaştıran bir anlam taşır⁹². Böylece kamusal alan özel alan ayrımı, özel alanda gerçekleşen insan hakları ihlallerine karşı koruyucu bir kalkan oluşturmuştur. Oysaki kadına yönelik şiddet, özel alanda gerçekleşmiş olması sebebiyle ailevi ya da kültürel bir mesele değildir. Özel alanda kadına yönelik şiddetin sosyal ve yapısal bir sorun olduğu ve devletin sorumlu tutulabildiği bir insan hakları meselesi olduğunun kabul edilmesi bu sebeple önemlidir.

⁹⁰ SAVRAN, *Beden Emek Tarih*, s. 97-159.

⁹¹ Fatmagül **BERKTAY**, “*Kadınların İnsan Hakları: İnsan Hakları Hukukunda Yeni Bir Açılım*”, *Tarihin Cinsiyeti* içinde, Metis Yay., B. 4., İstanbul 2012, s. 35-65.

⁹² SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, s. 46-49.

Gündelik hayatta da, devletin özel alana, aile hayatına, insanların kişisel yaşamlarına müdahale etmemesi gerektiği söylemi, devletin bireylerin tercihlerine ve özgürlüklerine müdahale edip, insanların yaşamlarını sınırlayacak olduğu kaygısının bir ifadesidir. Bu, insanların tercihleriyle belirleyebildikleri bir alanı devletin ideolojik tutumuna göre şekillendireceği korkusundan kaynaklanır. Oysaki devlet müdahalesinden uzak bir özel alan algısı, gerçekleşmesi mümkün olmayan ve üzerine yüklendiği olumlu anlamlardan uzak bir idealdir. Devletin özel alana müdahale etmemesi gerektiği yönündeki liberal söylemde, teorik olarak özel alan hukuki düzenlemelerin dışında tutularak, kadının konumlandırıldığı aile yaşamına dair, kadın aleyhine sonuç doğuran pek çok hususta iyileştirici ya da koruyucu yönde düzenleme yapılmamıştır. Diğer taraftan, hukuk, özel alanı tümüyle düzenleme dışı bırakmamıştır. Devletler özel alanın içerisinde olan, evliliğin ve hatta nişanlılığın çerçevesini çizen, çocukların nasıl yetiştirileceğini ve eğitileceğini belirleyen yasal düzenlemeleri kabul etmişlerdir. Devletin özel alana müdahale etmemesinin yarardan çok zarar getireceğine dikkat çekmek gerekliyse de, bu müdahalenin ne şekilde, ne amaçla ve ne hedeflenerek yapılacağı kadın hakları için ayrı bir önem taşımaktadır.

Türk hukukunu ele aldığımızda elbette, hukuki düzenlemelerde kadın hakları konusunda, Türkiye Cumhuriyeti'nin kurulmasıyla birlikte köklü değişimler yaşandığı, altının çizilmesi gereken bir gerçektir⁹³. Özellikle 1926 tarihinde kabul

⁹³ Cumhuriyetin ilanıyla birlikte, kadınların, modernleşme projesinin görünür yüzü ya da modernleşmenin araçları olduğu ve “devlet feminizmi”nin bir cinsiyet eşitliği hedefinden ziyade, milliyetçilik hedefi olduğu ve toplumsal cinsiyete dayalı hiyerarşiyi perçinlediği iddiaları, Türkiye’de kadın hareketinin önemli tartışma konularındandır. Bu konudaki detaylı çalışmalar için bkz. Şirin **TEKELİ**, “*Tek Parti Döneminde Kadın Hareketi Bastırıldı*”, Sol Kemalizme Bakıyor içinde, (Derl. Ruşen ÇAKIR-Levent CİNEMRE), Metis Yay., İstanbul 1991; Selda **ŞERİFSOY**, “*Aile ve Kemalist Modernizasyon Projesi, 1928-1950*”, Vatan, Millet, Kadınlar içinde, (Derl. Ayşe Gül ALTINAY), İletişim Yay., İstanbul 1998, s. 167-201.

Aksu BORA, bu dönemde Osmanlı kadınlarının hak taleplerinin unutulduğunu; kadınların Cumhuriyet öncesinden taşıdıkları mücadele deneyimi ve hareketinin, iz bırakmadan ortadan kalktığını; Mısır gibi Ortadoğu ülkelerinde kesintisiz olarak varlığını sürdüren ve önemli bir siyasi figür olan “bağımsız” kadın hareketinin Türkiye’de yeniden doğuşunun ancak 1980 darbesinden sonra mümkün olabildiğini ifade eder. Bütün bunların yanında, hukuki alandaki kazanımları görmezden gelmekse mümkün değildir. Aksu’nun da ifade ettiği gibi; “*Yine de, Mısır kadın hareketi yirmi yıl boyunca evlenme yaşının yükseltilmesi gibi son derece sınırlı kazanımlar elde edebilirken, Türkiye’de başta seçme ve seçilme haklarının kazanılması olmak üzere, ciddi reformlar yapıldı; tek parti döneminde kadınlar Meclis’te hep temsil edildiler.*” Aksu **BORA**, “*Mazinin Lekeleri: Döpiyesle Örtünmek*”, Feminizm Kendi Arasında, Ayizi Yay., İstanbul 2011, s. 185-205. Ayrıca bkz. Aksu **BORA**, “*Ortadoğu’da Kadın Hareketleri: Farklı Yollar, Farklı Stratejiler*” İÜSBFD, No: 39, Ekim 2008, s. 55-69.

edilen Medeni Kanun, yürürlüğe girdiği zamandaki toplum koşullarına ve hukuki düzenlemelere göre, son derece ilerici bir Kanundur⁹⁴. Bu geçiş döneminde yapılan hukuki düzenlemelerin Osmanlı döneminden önemli bir “kopuş” olduğu ileri sürülmekle birlikte, toplumsal cinsiyet bağlamından bakıldığında, Cumhuriyetle birlikte hukuki düzenlemelerde meydana gelen bu kopuşun, İslami ataerkilliğin yerini Batılı ya da ulus devlet ataerkilliğinin alması şeklinde olduğu ifade edilmektedir⁹⁵. Diğer bir ifadeyle, modernleşmenin getirdiği yeni cinsiyet rejimi erkek egemenliğinin yeniden kurulması anlamına gelmektedir⁹⁶. Bir başka yaklaşıma göre, Cumhuriyetle birlikte, Osmanlıdan ataerkilliğin biçimi de devranılmıştır ve bu ataerkillik biçiminin belli bir sürekliliği de vardır. Osmanlıdaki ataerkilliği belirleyen tek şey İslam ve onun hukuku değildir, gelenekler, kültürel pratikler ve üretim ilişkileri de Osmanlı’daki ataerkilliği belirler. Bu sebeple, Osmanlı İmparatorluğu’ndan Türkiye Cumhuriyeti’ne geçiş, bir kopuş değil bir “eklemlenme” olarak düşünülmelidir⁹⁷.

Kopuş ya da eklemlenme olarak farklı şekillerde ifade edilen anılan geçiş sürecinin önemli hukuki belgeleri olan 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu, devletin özel alana müdahale etmesine ya da etmemesine ilişkin, bu bağlamda pek çok örnek düzenleme içermektedir. Örneğin 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu, aile içinde “reisliği” erkeğin görevi ve hakkı olarak kabul etmiştir. Diğer taraftan 2005 tarihli Türk Ceza Kanunu’na kadar, evlilik içi tecavüz kavramı

⁹⁴ Osmanlı İmparatorluğunda Müslüman olanlar için İslam Hukuku esaslarına göre bir aile hukuku uygulaması vardı. Tanzimat dönemiyle birlikte başlayan kanunlaştırma hareketi kapsamında, 1917 yılında Musevi, Hristiyan ve Müslümanların evlilik hukukuna ilişkin Hukuk-i Aile Kararnamesi yürürlüğe konulmuş ve iki yıl dolmadan da yürürlükten kaldırılmıştır. Hüseyin **HATEMİ**, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, B. 3, İstanbul 2013.

Osmanlı’da Tanzimattan önce aile hukukuna devletin müdahaleleri konusunda ve yazarın Türk aile hukuku kodifikasyonu açısından ileri ve önemli bir adım olarak gördüğü, devletle aile arasındaki ilişkiyi kuran başarılı bir kanuni eser olarak nitelendirdiği, Osmanlı İmparatorluğu’nun bugünkü Türkiye topraklarında 1 yıl 9 ay 11 gün yürürlükte kalan ancak Irak, Lübnan ve Suriye’de uzun yıllar uygulanan 1917 tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi’nin özelliklerine ilişkin olarak bkz. Mehmet **ÜNAL**, “Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi” AÜHFD, C.34, S. 1-4, Ankara 1977, s. 195-231.

⁹⁵ BERKTAY, “Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Feminizm”, Tarih Cinsiyeti içinde, s. 88-112.

⁹⁶ BORA, Ortadoğu’da Kadın Hareketleri, s. 55-69.

⁹⁷ SAVRAN, s. 97-159.

herhangi bir hukuki düzenlemede yer almamıştır. Bunlardan biri devletin özel alanda erkeğin ataerkil iktidarına zemin kazandıran özel alana müdahalesini, diğeri devletin özel alana müdahale etmemesini örnekler. Bu kapsamda, hukukun özel alanda *neyi düzenlemediği* kadar, *neyi düzenlediği* de anlamlıdır⁹⁸. Hukuk her iki durumda da, toplumsal ve kültürel olarak şekillenmiş toplumsal cinsiyet rollerini pekiştirmiş ve geleneksel olarak kadının tali konumunu devam ettirmiştir.

Bütün feminist teoriler kadının erkeğe tabi oluşunun nedeninin, kadının özel alana hapsedilmesi olduğu konusunda birleşir. Ataerkil sistemin getirdiği toplumsal cinsiyet rolleriyle, fiilî eşitsizlik tarihsel olarak varolagelmıştır. Kamusal alan - özel alan ayrımıyla şekillenen hukuki düzenlemelerle, hukuk alanında da cinsiyet ayrımcılığı, diğeri bir ifadeyle hukuki eşitsizlikler meydana gelmiştir. Hukuki eşitliğin sağlanması ve kadının kamusal alana taşınması, kadının ataerkil bağımlılığının ve ikincil konumunun önüne geçilmesinde önemli bir aşamadır⁹⁹.

Kadına yönelik “özel alanda” şiddete karşı hukuki düzenlemelerin yapılması, bu müdahale edilemez özel alan algısının aşılmasıdır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, özel alanda ve özel aktörler tarafından gerçekleştirilen kadına yönelik şiddet eylemleri sebebiyle Sözleşme maddelerinin ihlal edildiği yönündeki tespitleri, uluslararası hukukun kamusal alan - özel alan ayrımına ilişkin liberal yaklaşımı aştığının en önemli kanıtıdır. Devletin “özel aktörler” tarafından gerçekleştirilen şiddete müdahale etmesi ve bunu gerçekleştirmediği takdirde sorumluluğunun gündeme gelmesi, uzun süren bir mücadelenin sonucunda kadın haklarına ilişkin katedilmiş aşamaları göstermektedir.

4. Evrensellik Karşısında Kültürel Görecelik Söylemleri

Uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde de kadına yönelik şiddete yukarıda ortaya konulan perspektiften yaklaşıldığı görülür. *Kadınlara Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildirge* (DEVAW)’nin girişinde, Genel Kurul’un; “*Kadınlara yönelik şiddetin, erkeklerin kadınların üzerinde egemenlik*

⁹⁸ BERKTAY, Kadınların İnsan Hakları, s. 39.

⁹⁹ YÜKSEL, s. 155 vd.

kurmalarına ve onlara karşı ayrımcılık yapmalarına ve kadınların azami derecede ilerlemelerine engel olmasına yol açan, kadınlar ve erkekler arasındaki tarihten gelen eşit olmayan güç ilişkisinin bir tezahürü olduğunu ve kadınlara yönelik şiddetin, kadınları erkeklerle karşılaştırıldığında ikincil konuma zorlayan can alıcı sosyal mekanizmalardan biri olduğunu” kabul ettiği belirtilmiştir. 1995 tarihli Pekin Deklerasyonu’nda da, kadınlara yönelik şiddetin, erkeklerin hâkimiyetine ve kadınlara yönelik ayrımcılığa yol açan, kadınların ilerlemesini engelleyen, kadınla erkek arasında çağlar boyunca sürmüş eşit olmayan güç ilişkilerinin görünürdeki yüzü olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁰. İstanbul Sözleşmesi’yle kadınlara yönelik, namus adına yapılanlar da dâhil olmak üzere, herhangi bir şiddet eyleminin örf, adet, kültür, inanış gibi gerekçelerle kabul edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Buna göre Taraf Devletler şiddet eylemlerine karşı başlatılan cezai işlemlerde kültür, örf, adet, gelenek ve sözde ‘namus’un, bu eylemlerin gerekçesi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere yasal ve diğer tedbirleri almakla yükümlüdürler. Sözleşme’ye göre, bunların arasına, özellikle, mağdurun, kültürel, dinî, toplumsal ya da geleneksel olarak kabul gören uygun davranış normlarını ve âdetlerini ihlal ettiği iddiaları da dâhildir¹⁰¹.

Kadın erkek eşitliği ve kadına yönelik şiddetin engellenmesi uluslararası toplum tarafından paylaşılan değerler arasındadır ve uluslararası insan hakları belgeleri ve deklarasyonlar gibi araçlarla belirli standartlar oluşturulmuştur. Bu standartlar evrenseldir ve bütün kadınlar uluslararası sözleşmelerde yer alan tüm haklardan yararlanır.

Uluslararası insan hakları değerlerine karşıt bir siyasi duruş olarak ortaya çıkan kültür/din referanslı söylemler, hakların evrensel meşruluğunu sorgulamaktadır. Bu görüş doğrultusunda yapılan eleştiriler, insan hakları normlarının Batı kökenli olduğu gerekçesiyle diğer toplumlara uygun olmayacağı tezine dayanmaktadır¹⁰². Kültürel görecelik düşüncesi, kültürel farklılık ve

¹⁰⁰ Beijing Declaration and Platform for Action, A/CONF.177/20 (1995) and A/CONF.177/20/Add.1, 15.09.1995.

¹⁰¹ İstanbul Sözleşmesi, m. 42.

¹⁰² ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 121.

çeşitliliklerden yola çıkılarak, evrensellik iddiasına tepki olarak ortaya konulmaktadır. Buna göre; toplumların yerel gelenekleri savunulabilir ve bunlara karşı, dışarıdan insan hakları gerekçeleriyle gelen tepkiler haksız müdahalelerdir. Batının kendi kültürel çerçevesinde gelişmiş olan insan hakları tek bir kültüre ait bir standarttır ve tüm kültürler açısından kabulü beklenemez¹⁰³.

Kültürel görecelik söylemlerinin en çok ortaya çıktığı alan kadının insan haklarıdır. Özellikle, Batılılar Ortadoğu’da kadınlara yapılan ayrımcılığı eleştirdiklerinde, bu eleştirilerin karşısına kültürel görecelik söylemleri çıkmaktadır. Bu söylemlerde, kadınlara yönelik ayrımcılığa karşı çıkış bir Batılı kültür emperyalizmiyle özdeşleştirilmekte ve özellikle Müslüman ülkelerdeki ayrımcı davranışlar kültürel farklılıklar adına haklı çıkarılmaktadır¹⁰⁴. Bu yaklaşım, 19. yüzyıldan itibaren, “kadın sorunu”nun, sömürgecilik politikalarıyla iç içe geçmesiyle yakından ilgilidir. Kadın sorunu, sömürgeci söylemin bir parçasıdır¹⁰⁵. Buna bir tepki olarak, İslam toplumlarında (genel olarak Doğu toplumlarında) kadınların “geleneksel” konumlarını sürdürmeleri sömürgeciliğe karşı direnişin bir biçimi haline gelmiştir. Sömürgeciliğe direnmek ve kadın haklarının savunucusu olmak birlikte sürdürülmesi oldukça zor konumlardır¹⁰⁶.

İnsan hakları belgeleri arasında en fazla çekince konulmuş olan belge olan 1979 tarihli *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi* (CEDAW)¹⁰⁷ karşısında, İslam ülkelerinin konumu bu

¹⁰³ Hamdi Gökçe ZABUNOĞLU, “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, Prof. Dr. Yahya K. Zabunoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 789-812.

¹⁰⁴ BERKTAY, Kadınların İnsan Hakları, s. 56.

¹⁰⁵ “Örneğin Afrika ve Hindistan’da sömürgeci güçler, “medenileştirme” misyonlarını sadece bazı kadın sorunlarına odaklamışlar, Batılı kadın hareketinin bazı söylemlerini kendi sömürgeci gündemlerini geliştirmek için kullanmışlardır.” Bkz. ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 130.

¹⁰⁶ Bu kapsamda Müslüman kadınların özgürlük mücadelesi karmaşık, ikilemlerle ve çatışmalarla doludur. Sömürgeci politikalarla bunlara direnen kadın hakları savunucularının ikilemleri ve İslami feminizm olarak adlandırılan yaklaşım için bkz. BORA, Ortadoğu’da Kadın Hareketleri, s. 56-69.

¹⁰⁷ CEDAW İngilizce metninde “elimination” kelimesi kullanılmıştır. “Elimination” kelimesinin Türkçe karşılığının, ortadan kaldırma, yok etme olmasına karşın resmî çeviride Sözleşme’nin adı “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın **Önlenmesi** Sözleşmesi”dir. Çeviri hatası olarak da nitelendirilebilecek olan bu hususun kavramsal bir boyutu bulunmaktadır. Şöyle ki, olmayan bir şey önlenemez, olan bir şey ise ancak yok edilebilir, ortadan kaldırılabilir ve “Ortadan Kaldırma” ifadesi “Önleme” ifadesinden daha etkilidir. CEDAW’ın özünde kadına karşı ayrımcılığın bir evrensel

ikilemle açıklanabilir. İslam ülkelerinin bir çoğunluğu Sözleşme’yi imzalamamış, imzalayanlar da dinsel gerekçelerle önemli çekinceler koymuşlardır. Mısır, Bangladeş, Libya ve Tunus dinsel gerekçeleri koydukları çekincelerde göstermiş, örneğin Mısır, Sözleşme’nin eşitlikle ilgili olan hükümlerini, “İslami Şeriat’e aykırı olmadığı sürece” uygulayacağını belirtmiştir¹⁰⁸.

Kültürel savlar, Batı’da, her iki durumda da kadınların aleyhine işleyen başka bir ikilemle karşımıza çıkmaktadır. Bir taraftan kadına yönelik şiddetin, özellikle namus suçlarının, Doğulu toplumlara özgü olduğu, göçlerle Batı topraklarında yayıldığı söylemleriyle ırkçı yaklaşımların ortaya konulmasında bir araç olarak kullanılmaktadır¹⁰⁹. Diğer taraftan azınlık grupları arasındaki uyumu teşvik etmek gibi olumlu sonuçları hedefleyen çokkültürcülük söylemleriyle, kimi zaman azınlık grupları içindeki kadınların sorunlarına gereken karşılığın verilmemesi sonucunu doğurmaktadır¹¹⁰. Kültürel uygulamalardan kaynaklı toplumsal cinsiyet temelli şiddet biçimleri, genellikle hoşgörü ve saygı gerektiren “geleneksel ya da kültürel uygulamalar” olarak sunulduklarında, şiddetin gözden kaçan biçimlerini oluştururlar.

gerçeklik olduğu olgusu olduğu dikkate alınarak, çalışma kapsamında Sözleşme’nin resmî çevirideki adı yerine “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi” ifadesi kullanılmıştır.

11 Haziran 1985 tarihli ve 3232 sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 25 Haziran 1985 tarihli ve 18792 sayılı *Resmî Gazete*’de yayımlanmıştır.

¹⁰⁸ CEDAW’ı çekincelerle imzalayan ülkeler sadece Müslüman ülkeler değildir. Belçika, Brezilya, Kanada ve Tayland gibi pek çok devlet çeşitli çekincelerle Sözleşme’yi imzalamıştır. Bu gerçek, her ülkede varolan ataerkilliği ve ayrımcılığı ortaya çıkarmakta, yasal hakların tek başlarına değil, egemen toplumsal ve kültürel ortamda varolduklarını göstermektedir. Bkz. BERKTAY, Kadınların İnsan Hakları, s. 58.

¹⁰⁹ Timuçin **KÖPRÜLÜ**, “Töre Saikiyle İşlenen Suçlar-Brezilya ve ABD Örnekleri”, Güncel Hukuk, Mayıs 2007, s. 44-46.

¹¹⁰ Hannana **SIDDIQUI**, “‘Aile İçi Şiddet Namus Değil Yüz Karasıdır!’, Birleşik Krallık’ta ‘Namus’ Suçlarına Karşı Kadınların Mücadelesi”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 267-286.

Kültürel faktörün ceza hukukuna etkisine ilişkin karşıt görüşlerin mahkeme kararlarıyla birlikte incelemesi için bkz. Ozan Ercan **TAŞKIN**, “Göçmen Fail ve Ceza Hukuku: Kültürel Savunma”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2015, s. 1091-1136.

Bu gibi durumlarda, kültürel görecelik, kadın haklarının aile içinde ayrımcı uygulamalar yoluyla ihlalinin mazeretidir¹¹¹.

Azınlık kültürünün değerleriyle yetişen bir kişinin, bu kültürel değerler bağlamında kınanmayan, hatta bazı hallerde takdir edilen bir eylemi, baskın kültürün ortaya koyduğu ceza hukuku kapsamında suç oluşturduğunda, kapsamı oldukça geniş bir tartışma gündeme gelmektedir. Kültürel görecelik yaklaşımı, bu gibi hallerde failinin ceza hukuku yaptırımlarından muaf tutulması taleplerini ileri sürebilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, işlenen iki ayrı suçun yargılaması sırasındaki çarpıcı savunmalar bu kapsamda ele alınabilir:

Bunlardan ilki, kocasının bir metresi olduğunu öğrenmesi üzerine bu utancı kendisinin ve çocuklarının üzerinden atmak için, çocuklarıyla birlikte intihara kalkışan, çocuklarının ölümü ve kendisinin kurtulması sonrasında cinayetten yargılanan bir Japon kadının davasıdır. Ebeveynle çocuğun birlikte intiharı olarak adlandırılan bu davranışın, Japon geleneklerinde bir yeri vardır ve bu değerlerle yetişmiş olan kadın, kendisinin ölümünden sonra geride kalacak olan çocuklarına, kendi utancını bırakmamak için onları da ölüme götürmeyi seçmiştir¹¹². Bir diğer olayda Çinli bir erkek, karısının kendisini aldattığını öğrenmesi üzerine karısını öldürmüştür. Her iki davadaki kültürel savlar dikkat çekicidir. İlk davanın yargılaması sırasında Los Angeles şehrindeki Japon toplumu 4000 imzalı bir dilekçeyle, kadının eyleminin Japonya'da suç olmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme, kadının fiil anında akıl sağlığının yerinde olmadığını değerlendirerek, yargılandığı kasten ve tasarlayarak öldürme suçuna göre daha hafif bir şekilde, bir yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve beş yıl denetimli serbestliğe tabi tutulmasına karar vermiştir. İkinci davadaysa, failin algılama yeteneğini azaltan şeyin kültürel baskı

¹¹¹ Radhika **COOMARASWAMY**, “Kadına Yönelik Şiddet ve ‘Namus Suçları’ ”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet* içinde, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 17-21.

¹¹² Yargılama sırasında Amerika Birleşik Devletleri'nde yaşayan Japon toplumu ile diğer Amerikalılar arasındaki tartışmalar ve yaklaşım farklılıkları için bkz. http://articles.chicagotribune.com/1985-06-10/features/8502060678_1_first-degree-murder-suicide-fumiko-kimura (Erişim 25.06.2016)

Fumiko Kimura davasının “kültürel savunma” kavramı üzerinden değerlendirilmesi için bkz. Rashmi **GOEL**, “*Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in the Cultural Defense*”, *Seattle Journal for Social Justice*, V. 3, I. 1, Article 42, 2004, s. 442-464.

olduğu, bu baskının tasarlayarak öldürmekten mahkûmiyet için gerekli kastı oluşturmayacağı savunma avukatınca ileri sürülmüştür. Mahkemece dinlenen antropolog, Çin kültüründe bir erkek için aldatılmanın zayıf karakterli olduğu anlamına geldiğini ve boşanmanın da utanç verici olduğunu beyan etmiştir. Kültürel savlar bu davada Mahkemece dikkate alınmış ve fail verilebilecek en düşük ceza olan beş yıl hapis cezasına mahkûm edilmiştir¹¹³.

Kültürel savların etkili olduğu çarpıcı bir başka karar 2005 yılında Avusturalya’da verilmiştir. Elli beş yaşında Avustralyalı yerli bir erkek, oğlunun on dört yaşındaki sözlüsünü dövmüş, anal yolla tecavüz etmiş ve bütün bu suçlar karşılığında bir ay hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. Kararı veren hâkim, faile yönelik sempatisini ortaya koyarak, failin, yaptığı şeyin yasal olmadığını bilmeyen geleneksel bir erkek olduğunu ifade etmiştir¹¹⁴.

Bü tür kararlar, hâkim kültürün dışında kalan, yani azınlık kültürlerine mensup kadınlara şiddet uygulayanların, hâkim kültüre mensup kadınlara şiddet uygulayanlara göre daha az ceza alacağı algısını yayarak, azınlık kültürüne mensup kadınları daha fazla şiddete açık ve korumasız hale getirmektedir. Aynı zamanda bu durum sonuçları itibariyle, azınlık kültürüne mensup kadınlarla, hâkim ceza hukukunun korumasından tam olarak yararlanan diğer kadınlar arasında, sonuçları itibariyle açık bir ayrımcılıktır.

Kültürel görecelik söylemleri, evrensellik iddiasının karşısındaki önemli teorik sorunlardan biridir. Açıklanan şekilde kadının insan haklarına ilişkin standartların evrensel meşruluğuna kültürel söylemlerle karşı çıkılmaktadır. “Kültür”, “töre”, “gelenek” ya da “din” adına (ya da ardına gizlenerek) kadına karşı uygulanan şiddet, toplumun ve bazı durumlarda yasaların da onayıyla, yaygın şekilde devam etmektedir. Kadına karşı ayrımcılığın ve şiddetin kültürel değerlerle meşrulaştırılması, esas itibariyle kadın erkek eşitliğine karşı bir yaklaşımdır. Bu

¹¹³ KÖPRÜLÜ, s. 44-46.

¹¹⁴ UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences Yakın Ertürk, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women, E/CN.4/2006/61, 20.01.2006, par. 66.

durum devletleri uluslararası yükümlölüklerini yerine getirmekte isteksiz ve başarısız kılmaktadır¹¹⁵.

Kadınlara karşı ayrımcılık ve kadınların insan haklarının ihlali niteliğinde olan hiçbir inanç, düzenleme veya uygulama, “kültürel görecelik” diye ifade edilen anlayış doğrultusunda savunulamaz. Kültürel, sınıfsal ya da etnik kökene ilişkin farklılıkların kadınların yaşam deneyimlerinin farklı olması sonucunu doğurduğu kabul edilmesi gereken bir gerçekliktir. Kadınlar arasındaki farklılıkların gözden kaçırılmaması için bile olsa, bu gerçeklikten yola çıkılarak, kadınların sorunlarının evrensel olmadığını söylemek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. Çünkü bu farklılıklara rağmen, kadınlara özgü deneyimler temelde evrensel bir nitelik taşımaktadır.

Ataerkil sistemin yarattığı kadın ve erkek arasındaki ikilik, kadınların sosyal ve kültürel kurallarla baskı altında tutulması ve toplumsal cinsiyet sorunlarının başında gelen kadına yönelik şiddet, evrensel nitelikteki kadın deneyimlerine örnektir. Tek başına kadına yönelik şiddeti ele aldığımızda; kültürel, sınıfsal ya da etnik kökene ilişkin farklılıklardan kaynaklanan, kadının yaşam deneyimine dair farklılığın, şiddetin biçimine ve görünürlüğüne ilişkin olduğu ortaya çıkmaktadır. Bir coğrafyada kadına yönelik şiddetin “tutku cinayetleri” şeklinde ortaya çıkmasına karşılık, başka bir coğrafyada kadına yönelik şiddetin “genital mutilasyon-sünnet” şeklinde ortaya çıkması arasında, şiddetin var oluş temeline dair bir farklılık yoktur. Şiddet, kadın erkek eşitsizliğinden, ataerkil sistemden ve toplumsal cinsiyetten beslenmektedir. Nitekim kadına yönelik şiddetin ya da eşitsizliklerin var olmadığı bir coğrafya ya da ülke yoktur. Bu tespiti, kadına yönelik şiddetin dünya ölçeğindeki yaygınlığını gösteren veriler de desteklemektedir. Şiddetin evrenselliği karşısında, kadınların şiddetten korunmayı talep etme hakları da evrenseldir ve bu hak kültürel görecelik yaklaşımıyla bertaraf edilemez.

Devletlerin hiçbir durumda kültürel söylemleri, gelenek, töre ya da dinden kaynaklanan anlayışları, kadına yönelik şiddeti haklılaştırmak için kullanmayacaklarına ve kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılması için gelenek,

¹¹⁵ UN Commission on Human Rights, A/HRC/4/34, par. 16-21.

töre ya da benzer kültürel değerlerden kaynaklanan unsurları değiştirmekle yükümlü olduklarına uluslararası belgelerde yer verilmiştir¹¹⁶. Bu düzenlemelere karşı çıkan kültürel görecelik söylemleriyle, cinsiyet ayrımcılığının ve şiddetin meşrulaştırılmakta olduğunun altı çizilmelidir. Bu da ataerkil sistemi ve kadın erkek arasındaki hiyerarşik toplumsal yapıyı sağlamlaştıracaktır. Açıklanan haliyle, kültürel görecelik söylemleri kadına yönelik şiddetle mücadelede aşılması gereken engellerden biridir.

C. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ŞİDDET: AYRIMCILIK YASAĞININ İHLALİ

1. Kadına Yönelik Ayrımcılık Yasağı

a. Kavramsal Çerçeve

Ayrımcılık yasağı, insan hakları hukukunun önemli bir parçasıdır. Eşitlik ilkesiyle iç içe geçmiş bir kavramdır ve bu iki kavram bazen aynı bazen farklı anlamlarda ama genellikle yan yana kullanılır. Eşitlik ilkesine yaklaşım, ayrımcılık yasağının içeriğini belirler.

Eşitlikten bahsedildiğinde, iki şeyin aynı ya da özdeş olduğu anlaşılabilmeğe de, doğada hiçbir şeyin ve durumun aynı olmadığı, bir eşitsizliğin var olduğu bilinmektedir. İnsanların sahip oldukları haklar ve özgürlükler bakımından eşit olduğu ifadesi bir gerçeklik yargısını değil, insanların ortak bir “*insan doğasına*” sahip oldukları ve “*insan onuru*” açısından eşit oldukları yönünde bir değer yargısını ifade etmektedir. Bu kabul üzerinden hareket edilmesi, insanların özellikleri, içinde bulundukları durum ve ihtiyaçları bakımından farklı olduklarının yok sayıldığı anlamına gelmez. Bu, mutlak eşitliğin var olmadığına diğer bir ifadesidir. Aynı zamanda, bütün insanların eşit olduğu yargısıyla, herkese eşit işlem yapılması veya eşit davranılması gerektiği ilkesel olarak ifade edilmektedir. Hukuki anlamda eşitlik bir sınıflandırmadır. Diğerlerinden ayrılan ortak özellikleri ve kendi

¹¹⁶ Örnek olarak bkz. DEVAW, m. 4; CEDAW 19 Nolu Tavsiye Kararı, par. 24; İstanbul Sözleşmesi, m. 12.

içinde benzerlikleri nedeniyle soyut düzeyde oluşturulan bir grubun, kendi içindeki eşitliğine ve tutarlığına odaklanmıştır¹¹⁷. Konumuz bağlamında hukuken kadın ve erkeğin benzer ve karşılaştırılabilir durumda olduğu ve dolayısıyla eşit oldukları kabul edilmektedir¹¹⁸.

Eşitlik ilkesi insan hakları hukukunun temel ilkelerinden biri olarak, bütün insan hakları belgelerinde ve ulusal mevzuatın çoğunda yer alır. Ancak bu belgelerde eşitlik tanımına yer verilmediği görülmektedir. Temel değer olarak kabul edilmesine karşın eşitlik kavramına, farklı yaklaşımlarla farklı anlamlar yüklenmiştir¹¹⁹. Toplumsal cinsiyete dayalı eşitsizlikler ve cinsiyet ayrımcılığı yasağı kapsamında, farklı sonuçlar doğuran temel iki yaklaşım; “şekli eşitlik” ve “maddi eşitlik” yaklaşımlarıdır¹²⁰.

Şekli eşitlik, benzerlere benzer, farklı olanlara farklı muamelede bulunulması ilkesine dayanır. Herkesin tüm verili koşullarda eşit olduğu ve ayrımcılık yapılmadığı sürece mevcut eşitlik durumunun korunacağı varsayımından yola çıkar. Uluslararası insan hakları belgelerinde ve ülkelerin iç hukuklarında egemen olan yaklaşım budur. Doğrudan ayrımcılığın önlenmesini hedefler. Eşitliğin asgari ölçüsü,

¹¹⁷ Merih ÖDEN, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay., Ankara 2003, s. 17-25; Sibel İNCEOĞLU, “Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, C. 18, Ankara 2001, s. 41-70.

¹¹⁸ Kadriye BAKIRCI, Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuk ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı-Cinsel Ayrımcılığın Yasağı ve Türkiye, Seçkin Yay., B.2, Ankara 2012, s. 40.

¹¹⁹ BAKIRCI, s. 38.

¹²⁰ Kadın haklarına ilişkin uluslararası hukuki belgelerin “eşitlik” kavramını esas almasına karşın, kadın hakları konusunda “hakkaniyet” kavramının esas alınmasına yönelik yaklaşımlar kadın haklarının evrensel olarak gerçekleşmesinin önündeki engellerden biridir. “... ataerki toplumsal cinsiyet rejimleri dünyanın her yerinde, farklı biçimlerde de olsa, erkek egemen değer ve yargıların sürekliliğini sağlamaktadır. Kadın haklarına yönelik müdahaleler birçok yerde, bu toplumsal cinsiyet yapılanmasını sarsmayacak bir biçimde “eşitlik” [equality] yerine “hakkaniyet” [equity] esasına göre sağlanmak istenmektedir. Uluslararası hukuki normaların “eşitlik” üzerindeki ödünsüz ısrarına karşın, dünyanın birçok yerinde ulusal siyasetler hakkaniyet ilkesini muhafazakâr toplumsal bakış açılarında ya da neoliberal iktisat anlayışlarına daha yakın bulmakta ve bu iki kavramı eşitlemeye gayret etmektedirler...” Bkz. Feride ACAR-Yakın ERTÜRK, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”, Birkaç Arpa Boyu..., 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar, Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan içinde, (Derl. Serpil SANCAR), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, s. 281-305.

“kanun önünde eşitlik” ve “kanunların eşit koruma öngörmesi” olarak ifade edilir¹²¹.

Şeklî eşitlik yaklaşımı, açık ayrımcılıkla mücadelede basit ve etkili bir modeldir ve Batılı demokrasilerin pek çoğunun politik ve hukuksal çerçevesine uygun düşer¹²². Nitekim şeklî eşitlik, liberal devletle ilişkilendirilen, devletin tarafsızlığı, bireyselliği ve özerkliği amaçlarını sağlamaya ve geliştirmeye yönelmiş üç temel değer üzerinden yükselmektedir¹²³. Liberal düşüncenin öncülerinden *John Stuart Mill*, liberal feminist düşüncenin halen önemli eserlerinden biri olarak kabul edilen “*Kadınların Boyun Eğdirilmesi (The Subjection of Women)*” adlı eserinde şeklî eşitliği savunmuştur. *Mill*’e göre, kadın ve erkeğin yasal olarak eşit konuma gelmeleri, zaten doğal olarak eşit olan bu iki cinsin toplumsal olarak da eşit olmalarını sağlayacaktır¹²⁴.

Kadın erkek eşitliği bağlamında ele alındığında şeklî eşitlik yaklaşımı, teorik olarak iki aşamada sorunludur. İlk aşamada, karşılaştırma noktası olarak, toplumdaki egemen grup olan, erkeği esas almaktadır. İkinci aşamada ise, duruma uygun karşılaştırılabilir erkek yoksa eşitlik analizinin yapılabilmesi mümkün değildir¹²⁵.

Şeklî eşitlik esas olarak gerçek eşitliği sağlamaktan uzaktır. Bu anlayış, mevcut durumu kabul eder ve kişiler arasında var olan eşitsizlikleri ortadan kaldırma yükümlülüğünü öngörmez. Doğrudan ayrımcılığın yasaklanmasını yeterli görür. Farklı niteliklere sahip kişileri, toplumun baskın gruplarının özellikleri gözetilerek konulmuş kurallara ve oluşturulmuş yapılara uymaya zorlar¹²⁶. Hukuki anlamda, bir

¹²¹ İdil Işıl GÜL-Ulaş KARAN, *Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 6.

¹²² BAKIRCI, s. 44.

¹²³ Kübra Doğan YENİSEY, “*Kadın Erkek Eşitliği Bakımından İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları*”, *Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan*, C.6 , S. 4, 2002, s. 31-72.

¹²⁴ Catharine A. MACKINNON, *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Metis Yay., İstanbul 2003, s. 63.

¹²⁵ Alice EDWARDS, *Violence Against Women Under International Law*, Cambridge University Press, 2011, s. 142.

¹²⁶ GÜL-KARAN, s. 6.

hukuk kuralıyla şekli eşitlik sağlandığında, söz konusu hukuk kuralının kadınlar ve erkekler üzerinde aynı etkiyi doğuracağını varsayar. Bu varsayım üzerine inşa edilmiş pek çok hukuki düzenlemenin varlığına karşın, kadın erkek eşitsizliğinin devam ettiği gerçeği karşısında, şekli eşitliğin tek başına kadın erkek eşitliğini sağlamakta olanaklı olmadığı görülmüştür.

Şekli eşitlik yaklaşımının yetersizlikleri karşısında, hukuk kurallarının etki ve sonuçlarını dikkate alan maddi eşitlik yaklaşımı gelişmiştir. Maddi eşitlik yaklaşımı, şekli eşitlik yaklaşımının ötesine geçen bir anlayışı ifade eder. Kişiler arasındaki farklılıkları göz önünde bulundurur. Bu yaklaşıma göre eşitlik, farklılıkları göz ardı etmekten ziyade farklılıkları gözetmekle sağlanabilir¹²⁷. Maddi eşitlik yaklaşımında, farklı olana farklı muamelenin gerekli olduğu ve devletin ayrımcılığı önlemek, ayrımcılığa karşı koruma sağlamak gibi olumlu yükümlülüklerini yerine getirmekle yükümlü olduğu ifade edilir¹²⁸.

Maddi eşitlik yaklaşımında, eşitsizliklerin ortadan kaldırılmasında devletin yükümlülüklerinin olduğu kabul edilir. Devlet ilk olarak ayrımcılıktan kaçınmalıdır. Bu devletin negatif yükümlülüğüdür. Ancak bu tek başına yeterli değildir. Devletin eşitliği sağlamak için önlemler alma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bunlar da devletin pozitif yükümlülükleri olarak ifade edilir. Pozitif yükümlülükler, ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına ve önlenmesine yönelik olduğu gibi, ayrımcılığın geçmişten gelen etkilerini ortadan kaldırarak eşitliği sağlamaya yönelik geçici özel önlemler alınmasını da içermektedir¹²⁹.

Eşitlik kavramı, feminist hukukun temel konularından biridir. Farklı feminist ekollerce, farklı özellikler ön plana çıkarılarak tanımlanmıştır¹³⁰. Yaklaşımlardaki

¹²⁷ GÜL-KARAN, s. 7.

¹²⁸ BAKIRCI, s. 45-46.

¹²⁹ GÜL-KARAN, s. 8.

¹³⁰ Feminizmin birinci dalgası olarak ifade edilen ve 19. yüzyıl feminizmine kadar götürülebilecek ekollerde, kadınların erkeklerle eşit olma mücadelesi ön plandayken, 1970'lerde çeşitli ülkelerde, 1980'lerde Türkiye'de gelişen feminizmin ikinci dalgasını ve sonrasını kapsayan ekollerde, "farklılık" kavramının ortaya çıktığı görülmektedir. Eşitlik ve farklılık ikilemi olarak ifade edilen yaklaşımlara ilişkin bilgi için bkz. SAVRAN, "*Feminizmin İkilemleri (Teoride Aşılabilir Mi?)*", *Beden Emek Tarih*

çeşitliliğe karşın, günümüzde feminist ekollerin, eşitlik kavramına ilişkin asgari üç ortak noktada uzlaştıkları ifade edilebilir. İlk olarak, şekli eşitlik yaklaşımının, mevcut cinsiyet hiyerarşisiyle ya da temeldeki sosyal dezavantajlarla mücadele etmekte yetersiz olduğu kabul edilmektedir. Çünkü bu yaklaşımda, eşitsizliğe sebep olan yapısal sorunlar dikkate alınmaksızın, kadınların erkeklerle aynı duruma konulması hedeflenmektedir. Kadınların özel farklılıkları asgari ölçüde dahi dikkate alınmamaktadır. İkinci olarak, şekli yaklaşım, erkekleri standart olarak kabul etmekte ve bunu yaparak kadınların yaşamlarındaki gerçeklikleri göz ardı etmektedir. Üçüncü olarak, mevcut eşitlik yasalarının yetersizliklerine karşılık verebilmek amacıyla; kadınların yaşamlarında gerçekte ne olduğunun tespiti ve bu gerçeklik üzerine politika ve programların inşa edilebilmesi için, sosyal adaletsizlik ya da sosyal dezavantajlar, baskı ve hiyerarşi gibi alanlardaki eşitsizliklerle ilgili geniş bir bakış açısı benimsenmelidir¹³¹.

Şekli eşitlik yaklaşımı, eşitlik kavramına yüklenen anlam bakımından, geleneksel olan baskın konumunu devam ettirmekteyse de, insan hakları kuruluşlarınca kadın erkek eşitliği konusunda maddi eşitlik yaklaşımının benimsendiği görülmektedir. Böylece kadın erkek eşitliği kavramı günümüzde, maddi eşitlik yaklaşımıyla birlikte insan hak ve özgürlüklerinden eşit yararlanmayı güvence altına alma yükümlülüğünü içeren, şekli eşitlik yaklaşımına göre geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bu dönüşüm, temelde şekli eşitlik yaklaşımının, özellikle özel alana ilişkin olmak üzere kadınların yapısal sorunlarının dikkate alınmaması sebebiyle oluşan yetersizliğinin bir sonucudur¹³².

içinde, s. 169-214; BORA, "Projeler: Yeni Bir Bağlam, Eski Sorunlar", Feminizm, Kendi Arasında içinde, s. 67-83.

¹³¹ EDWARDS, s. 148.

¹³² EDWARDS, s. 144; GÜL-KARAN, s. 7-8.

Maddi eşitlik yaklaşımının kabul edildiği, uluslararası insan hakları belgelerinin yanında, ulusal mevzuat açısından 1982 Anayasası'nın 10. maddesinde açıkça görülmektedir. Anayasa ile cinsiyete dayalı ayrımcılık yasaklanırken, devletin kadın erkek arasındaki eşitliği sağlama yükümlülüğü ifade edilmiştir. Anayasa m. 10/2: "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz."

Eşitlik ilkesiyle iç içe geçmiş bir kavram olduğu ifade edilen ayrımcılık yasağının kapsamı, eşitlik konusunda benimsenen yaklaşıma göre şekillenmektedir. Şekli eşitlik yaklaşımı benimsendiğinde, ayrımcılık yasağı kavramı, devletin negatif yükümlülüğünü yerine getirmesiyle sınırlıdır. Yani ayrımcılık yasağı, sadece aynı durumda olan kişilere aynı muamelenin yapılması, aynı durumda olan kişilere farklı muamele yapılmamasını kapsar. Maddi eşitlik yaklaşımı benimsendiğindeyse, ayrımcılık yasağı, aynı durumda olanlara aynı muamelenin yapılmasının yanında, farklılıkların dikkate alınmasını ve bu farklılıkların ortadan kaldırılması için özel önlemlerin alınmasını da kapsar.

Uluslararası insan hakları hukukunda bugün kabul edilen haliyle; aynı durumdakilere farklı muamele ve farklı durumdakilere aynı muamele ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindedir. Bunlar eşitsizlik yaratma, eşitsizlikleri pekiştirme ve eşitsizlikleri artırma potansiyeline sahiptir. Farklı durumdakilere yapılan farklı muameleler ise, muamelenin nitelik ve ölçüsüne göre ayrımcılık yasağının ihlali olabilir. Nitekim farklı durumdakilere farklı muamele yapılması belirli durumlarda eşitsizlikleri artırabilir ya da eşitsizlikleri muhafaza edebilir. Ancak farklı durumdakiler arasındaki eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik farklı muamele, ayrımcılık yasağının ihlali değildir¹³³. Aksine bu amaçla yapılan farklı muamele maddi eşitliğin sağlanması için gereklidir. Devletin maddi eşitliği sağlamak için üstlendiği pozitif yükümlülükler bu kapsamda değerlendirilir. Kadına yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılması için, kadınların yapısal sorunları dikkate alınarak, özel önlemlerin alınması beklenir. Bu önlemlerin alınması erkekler yönünden ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemez. Belirli koşullarda, özel önlemlerin alınmaması ise kadına yönelik ayrımcılık yasağının ihlali olarak kabul edilebilir.

b. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Kadına Yönelik Ayrımcılık Yasağı

Kadınlar ve erkekler arasında ayrımcılık yasağı, ilk olarak 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartının Giriş bölümünde, kadınların ve erkeklerin eşit haklara

¹³³ GÜL-KARAN, s. 13.

sahip olduğunun ifade edilmesiyle genel bir karşılık bulmuştur. Birleşmiş Milletler'in amaçları arasında, cinsiyet ayrımcılığı yapmaksızın herkesin insan hakları ile temel özgürlüklerden yararlanmasını ve insan hakları ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesini kolaylaştırmak ve saygı gösterilmesini teşvik etmek de vardır.

Modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi ve temel kaynağı olarak kabul edilen¹³⁴ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile tüm insanların özgür, haklar ve onur bakımından eşit doğdukları, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılmaksızın Bildiri'deki haklardan yararlanacakları ifade olunmuştur¹³⁵. Evrensel Bildiri kadınlar hakkında özel olarak fazla bir şey söylemese de, ayrım gözetmeksizin herkese aynı hak ve özgürlüklerin tanınmasını güvence altına almıştır. Bu açıdan liberal haklar teorisi içerisindeki “ayrım yapmama” ilkesine dayanır¹³⁶.

Eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin Evrensel Bildiri'deki temel ilke, Birleşmiş Milletler'in ikiz sözleşmeleri, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne de çok küçük değişikliklerle taşınmıştır. Devletlerin, her iki Sözleşme'de yer alan bütün haklardan kadınlarla erkeklerin eşit yararlanmalarını güvence altına almakla yükümlü oldukları hüküm altına alınmıştır¹³⁷. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ne göre, eşitlik ve ayrımcılık yasağı, olağanüstü hallerde devletlerin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kısıtlamalarında bir sınırı da ifade eder. Buna göre, olağanüstü bir durumun ortaya çıkması halinde Taraf Devletler, *“ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da toplumsal kökene dayalı bir ayrımcılık içermemesi kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde olmak üzere, bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden ayrılan tedbirler alabilirler.”*¹³⁸

¹³⁴ Mehmet Semih **GEMALMAZ**, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yay., B. 7, İstanbul 2010, s. 57.

¹³⁵ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, m. 1-2.

¹³⁶ BERKTAY, Kadınların İnsan Hakları, s. 47.

¹³⁷ İkiz Sözleşmeler, m. 3.

¹³⁸ Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, m. 4.

İnsan hakları belgelerinde düzenlenen haklar, sadece erkeklerin değil kadınların da haklarıdır. Görüldüğü gibi temel insan hakları belgelerinde kadın erkek eşitliği de açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla insan hakları denildiğinde, kadının insan hakları da bu kavrama dâhildir. Bu kapsamda kadının insan hakları kavramı, kadınlara özgü bir insan hakları anlayışı anlamına gelmemekte, insan haklarının gereklerini belirlemede cinsiyetin ve toplumsal cinsiyetin önemli olduğu anlamına gelmektedir. Nitekim kadınlar, cinsiyetleri nedeniyle insan hakları ihlallerine maruz kaldığı için insan haklarının gerekleri kadınlar için farklılaşmaktadır. Bu sebeple, uluslararası insan hakları belgelerinde toplumsal cinsiyet bakımında nötr bir dil kullanılmış olması, toplumsal cinsiyet bakımından varolan önyargıları ortadan kaldıramamıştır. İnsan hakları hukukunda, nötr bir dil yerine, toplumsal cinsiyet eşitsizliğini göz önüne alan bir dil geliştirilmesine ihtiyaç duyulmuştur¹³⁹.

Sadece cinsiyet eşitliğine odaklanan ve kadınlara yönelik ayrımcılığı açıkça insan hakları ihlali olarak ele alan ve kadınların insan hakları konusundaki en kapsamlı belge kuşkusuz 1979 tarihli “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi (CEDAW)”dır. CEDAW Birleşmiş Milletlere üye devletlerce en yaygın şekilde onaylanan sözleşmedir¹⁴⁰. CEDAW bu tarihe kadar oluşturulmuş insan hakları belgelerindeki eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin genel ilkelerin kadınlar açısından yeterli koruma sağlamadığı düşüncesinden doğmuştur¹⁴¹. Kadınlarla erkeklerin her alanda eşitliğini sağlama amacı taşır ve kadınlara karşı ayrımcılığın her alanda ortadan kaldırılmasını hedefler. CEDAW’a Taraf Devletler, kadına yönelik ayrımcılığı salt kamusal alanda değil, aynı zamanda özel alanda da ortadan kaldırmak için politikalar izlemek taahhüdü altındadırlar.

¹³⁹ Gülriz **UYGUR**-İrem Çağlar **GÜRGEY**, “Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları İhlali ve Bunun Bir Örneği Olarak Kadına Yönelik Şiddet”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 9-61.

¹⁴⁰ Feride **ACAR**, “Kadınların İnsan Haklarında Ulusalüstü Standartlar ve Denetim: CEDAW Örneği Bağlamında Bazı Gözlemler”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde, (Derl. Hülya DURUDOĞAN-Fatoş GÖKŞEN-Bertil Emrah ODER-Deniz YÜKSEKER), İstanbul Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 197-207.

¹⁴¹ BERKTAY, Kadınların İnsan Hakları, s. 47.

Diğer bir ifadeyle CEDAW’la, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen ayrımcılık da yasaklanmıştır¹⁴².

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)’nin 1. maddesinde “kadınlara karşı ayrımcılık” şu şekilde tanımlanmaktadır:

“(...) ‘kadınlara karşı ayırım’ deyimi kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir.”

CEDAW, bir genel ilke olarak benimsenen ayrımcılık yapmama ilkesini, kadınlar açısından geliştirmiştir. Kadınlara yönelik ayrımcılığın kendine has niteliğine yanıt verecek bir hukuksal yaklaşıma sahiptir. Kadına yönelik ayrımcılık yasağının uluslararası standardının temelini oluşturur. Kadına yönelik ayrımcılığın kapsamlı ve sistemli niteliğini ve kadın erkek eşitsizliğinin toplumsal nedenlerinin de dikkate alınması gerektiğini Başlangıç bölümünde ortaya koymuştur. Böylece önceki insan hakları sözleşmelerinden daha ileri bir tutum almakta ve kadınların karşılaştıkları ayrımcılığın özel niteliğine ve farklılığına karşılık verebilmektedir¹⁴³.

¹⁴² CEDAW’ın 2. maddesine göre, Taraf Devletler kadınlara karşı her türlü ayrımı ortadan kaldırıcı bir politika izlemeyi kabul ederler ve bu amaçla diğerleri yanında, “Herhangi bir kişi veya kuruluşun kadınlara karşı ayırım yapma girişimini önlemek için bütün uygun önlemleri alma”yı da taahhüt ederler. (m. 2-e)

¹⁴³ BERKTAY, Kadınların İnsan Hakları, s. 47-48.

CEDAW’ın eşitlik kavramı hem fırsatta hem de sonuçta eşitliği içerse de, Sözleşme’nin büyük ölçüde 1963’te kabul edilen Her Türlü Irk Ayrımcılığının Yok Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme modeline dayanılarak kaleme alınmış olması sebebiyle, CEDAW hükümlerinin doğal olarak kamu alanındaki ayrımcılık üzerinde yoğunlaştığı ifade edilmektedir. Bkz. ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 66.

2. Ayrımcılık Yasağının İhlali Olarak Kadına Yönelik Şiddet

a. CEDAW ve Tavsiye Kararları

Kadınlarla erkeklerin hukuk önünde eşit oldukları ve hukukun eşit korumasına sahip oldukları, yukarıda anılan uluslararası insan hakları belgeleriyle 1945'ten beri kabul edilmişse de, kadına yönelik şiddet 1990'lara kadar uluslararası toplumun gündeminde ciddi bir şekilde yer almamıştır. Bunun başlıca nedenlerinden biri insan hakları hukukunun kamusal alandaki insan hakları ihlalleriyle ilgilenmesi ve özel alana devletlerin müdahale etmekten kaçınmasıdır. İkinci nedense, insan hakları hukukunun devletten gelen insan hakları ihlallerini konu etmesi ve kişilerden gelen insan hakları ihlallerinin insan hakları korumasının dışında kalmış olmasıdır¹⁴⁴.

CEDAW Sözleşmesi, kadına yönelik şiddete ilişkin düzenleme içeren bir belge değildir. CEDAW Sözleşmesi 1979'da hazırlandığında, BM Genel Kurulu'ndaki uluslararası siyasi ve kültürel ortam, dönemin düşünce yapısı, kadınlara yönelik şiddet konusunun Sözleşme metni içerisine alınmasına imkân tanımamıştır. Görüşmeler sırasında kadına yönelik şiddeti dile getiren heyetlerin olmasına karşın, bu konunun bir "özel alan" konusu olduğu vurgulanmıştır. Sözleşme'nin yapıldığı dönemde, kadına yönelik şiddetin kadınlara karşı ayrımcılıkla ilişkisi ve bir insan hakları ihlali olarak görülmesi yönünde uluslararası bir mutabakat bulunmamaktadır¹⁴⁵. Bu tarihlerde kadına yönelik şiddet konusunun, evrensel insan hakları kavramının dışında kalmış olmasının nedenlerinin başında, 1970'li yıllarda anaakım insan hakları kavramının ve özellikle de ataerkil toplum anlayışının henüz yeterince sorgulanamamış olması gelmektedir¹⁴⁶.

Bu boşluk, CEDAW Komitesi'nin 12 ve 19 sayılı tavsiye kararlarıyla doldurulmuştur. CEDAW Komitesi 1989 tarihli "Kadına Yönelik Şiddet" başlığını taşıyan 12 sayılı Tavsiye Kararında¹⁴⁷ kadına yönelik şiddetle ilgili herhangi bir

¹⁴⁴ UYGUR-GÜRGEY, Kadınların ve Kız Çocuklarının, s. 43.

¹⁴⁵ ACAR, CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesi'ne, s. 64.

¹⁴⁶ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 66.

¹⁴⁷ CEDAW Komitesi, 12 Sayılı Tavsiye Kararı, Kadınlara Karşı Şiddet 1989.

tanıma ya da açıklamaya yer vermeksizin, Sözleşme'nin 2, 5, 11, 12 ve 16. maddelerinin, Taraf Devletlerin kadınları aile içinde, işyerinde veya toplumsal hayatın herhangi bir düzeyinde kendilerine yönelik her türlü şiddetten korumak amacıyla hareket etmesini gerektirdiğini ifade etmiştir. Ayrıca Taraf Devletlerin Komite'ye sundukları periyodik raporlarına, kadınların günlük hayatta karşılaştıkları her türden şiddet vakasına karşı (cinselliğe dayalı şiddet, aile içi istismar, işyerinde cinsel taciz, vb.) kadınları korumaya yönelik yürürlükteki mevzuatı, bu şiddeti ortadan kaldırmak amacıyla alınan diğer tedbirleri ve kadına yönelik şiddete ilişkin istatistikleri de dâhil etmelerini tavsiye etmiştir.

CEDAW Komitesi'nin aynı başlığı taşıyan 19 sayılı Tavsiye Kararı¹⁴⁸ kadına yönelik şiddeti ayrımcılıkla ilişkilendirilerek devletleri şiddeti önleme konusunda sorumlu kılmıştır. Anılan Tavsiye Kararı'nda cinsiyete dayalı şiddet, *“kadınların, erkeklerle eşit olarak hak ve özgürlüklerini kullanmalarını ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimi”*¹⁴⁹ olarak tanımlanmıştır. Kadına yönelik ayrımcılığın, cinsiyete dayalı şiddeti yani *“bir kadının sırf kadın olması nedeniyle maruz kaldığı veya kadınları artan oranlarda etkileyen şiddeti”*¹⁵⁰ de içerdiği ifade edilmiştir. Daha açık haliyle, cinsiyete dayalı şiddet, CEDAW'ın 1. maddesi kapsamında bir ayrımcılık biçimini oluşturmaktadır¹⁵¹. CEDAW Komitesi'ne göre; *“Bu şiddet, kadına fiziksel, zihinsel ya da cinsel yönden zarar veya acıya neden olan davranışları, bu davranışlara ilişkin tehditleri, zorlamayı ve özgürlüklerin kaybedilmesine neden olan diğer davranışları kapsamaktadır. Cinsiyete dayalı şiddet, ilgili Sözleşme hükümleri açıkça şiddeti vurgulamasa da, bu hükümlerin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.”*¹⁵²

¹⁴⁸ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, Kadına Yönelik Şiddet, 1992.

¹⁴⁹ 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 1.

¹⁵⁰ 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 6.

¹⁵¹ 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 7.

¹⁵² 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 6.

Tavsiye Kararında, “*aile içi şiddet*”in¹⁵³, kadına yönelik şiddetin en sinsi biçimlerinden biri olduğu ifade edilmiştir. Buna göre; aile içi şiddete, her tür toplumda yaygın olarak rastlanmaktadır ve her yaştan kadın, aile içi ilişkilerde; dayak, tecavüz, diğer cinsel saldırı türleri, ruhsal ve diğer şiddet biçimleri dâhil olmak üzere geleneksel davranışlardan beslenen her türlü şiddete maruz kalmaktadır¹⁵⁴.

Esasen CEDAW Komitesi’nin tavsiyeleri, CEDAW’ın yorumlanması için araç niteliğinde olan ve taraf devletler üzerinde hukuken bağlayıcılığı olmayan “esnek hukuk” (*soft law*) nitelikli metinlerdir. Buna karşın CEDAW Komitesi’nin, kadınlara yönelik şiddeti CEDAW’ın birçok maddesiyle doğrudan ilişkilendirmesi zaman içerisinde bütün devletler tarafından kabul gören bir yaklaşım olmuştur. Böylece kadınlara yönelik şiddet kavramının CEDAW kapsamında ayrımcılık olarak değerlendirilmesi olağan hale gelmiştir¹⁵⁵.

b. Birleşmiş Milletler Çatısı Altındaki Çalışmalar

Kadınların insan haklarının tanınması yönünde önemli bir adım 1993 yılında toplanan Viyana Dünya İnsan Hakları Konferansı’dır. Bu konferansta kadın haklarının, insan hakları olarak kabul edildiği ifade edilmiş ve kadına yönelik şiddet, Konferans’ın temel tartışma konularından biri olmuştur. Kadına karşı ayrımcılık ve şiddet konularındaki bilinçlenme hareketleri Konferans’tan sonra ivme kazanmıştır¹⁵⁶.

Kadına yönelik şiddeti ele alan ilk uluslararası insan hakları aracı Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda 1993 yılında kabul edilen “*Kadına Yönelik Her Türlü Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi* (DEVAW)”dır. DEVAW uluslararası hukuk açısından bağlayıcı bir nitelik taşımasa da, Birleşmiş Milletler bünyesinde ilk

¹⁵³ Orijinal metindeki “*family violence*” kavramı yerine kullanılmıştır.

¹⁵⁴ 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par.23.

¹⁵⁵ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 73.

¹⁵⁶ Şükran ERTÜRK- Demet ÖZDAMAR, “Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı: 2010), s.1169-1218; UN General Assembly, A/61/122.Add.1, par. 32.

ve tek normatif çerçeveyi oluşturan belge olması sebebiyle önemlidir¹⁵⁷. Bu Bildirge’de, kadınlara yönelik şiddetin, erkeklerin kadınların üzerinde egemenlik kurmalarına ve onlara karşı *ayrımcılık yapmalarına* ve kadınların azami derecede ilerlemelerine engel olmasına yol açan, kadınlar ve erkekler arasındaki tarihten gelen eşit olmayan güç ilişkisinin bir tezahürü olduğunun ve kadınlara yönelik şiddetin, kadınları erkeklerle karşılaştırıldığında ikincil konuma zorlayan can alıcı sosyal mekanizmalardan biri olduğunun kabul edildiği ifade edilmiştir.

Viyana Konferansı’nın sonuçlarından biri olarak, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu’nca 1994 yılında Kadına Yönelik Şiddet, Sebepleri, Sonuçları Özel Raportörü atanmıştır. Kadına yönelik şiddet konusuyla ilgili geniş görevlere sahip Raportör tarafından farklı konulara ilişkin olarak hazırlanan raporlar, bağlayıcı olmayan bir uluslararası hukuk aracı olmasına karşın yine de bu alanda oldukça etkilidir¹⁵⁸. Raporlar kadına yönelik şiddet konusunda gelişen normatif çerçeve için, şiddetin sebep ve sonuçlarının analizi ve devletin ve diğer ilgili aktörlerin şiddetin önlenmesindeki rol ve yükümlülüklerinin tanımlanması konularında önemli birer kaynaktır¹⁵⁹. Raporların amacı, analizler, tavsiyeler ve ülke ziyaretleri yoluyla, kadına yönelik şiddetin sebepleri ve sonuçlarına ilişkin farkındalığın artırılması, bu alandaki uluslararası standartların ayrıntılı olarak ortaya konulması ve uluslararası insan hakları sistemi çerçevesinde kadına yönelik şiddetin ve sebeplerinin ortadan kaldırılması ve sonuçlarına ilişkin gideriminin sağlanmasına yönelik tavsiyelerin oluşturulmasıdır.

İlk rapor, Özel Raportör *Radhika Coomaraswamy* tarafından 1995 yılında sunulmuştur. Bu raporda Özel Raportör, kadına yönelik şiddetin nedenleriyle birlikte devletin ve uluslararası hukukun kadına yönelik şiddeti önlemede sorumluluklarını ele almıştır¹⁶⁰. 1996 tarihli raporunda ev içi şiddet konusunu ele alan Özel Raportör,

¹⁵⁷ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 74.

¹⁵⁸ EDWARDS, s. 9.

¹⁵⁹ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 78.

¹⁶⁰ UN Commission on Human Rights, Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1994/45, E/CN.4/1995/42, 22.10.1994.

ev içi şiddetin türleri ve yaygınlığı konusunu değerlendirirken devletlerin ev içi şiddetle mücadelede kullandıkları hukuki araçları da incelemiştir¹⁶¹. 2006 yılında Özel Raportör *Yakın Ertürk* “Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesinde Bir Araç Olarak ‘Gereken Özeni Gösterme’ Standardı” başlıklı raporuyla kadınlara yönelik şiddet konusunda devlet sorumluluğunu değerlendirme konusu yapmıştır¹⁶². 2013 yılında Özel Raportör *Rashida Manjoo* tarafından hazırlanan “Devlet Sorumluluğu ve Kadına Yönelik Şiddet” başlıklı raporla, bu konudaki bölgesel uygulamalar değerlendirilmiştir¹⁶³. Diğer raporların yanında özellikle anılan raporlar, uluslararası insan hakları hukukunda, kadına yönelik şiddet olgusunun bir ayrımcılık biçimi ve bir insan hakları ihlali olarak kabulüne oldukça önemli katkı sunmuştur.

1995 yılında gerçekleştirilen Pekin Dünya Konferansı sonunda açıklanan Pekin Deklerasyonu’nda, on iki öncelikli kritik alanda kadın ve erkek arasındaki eşitliğin sağlanması için bir eylem planı oluşturulmuştur. Kadına yönelik şiddet de bu öncelikli kritik alanlar arasında sayılmıştır. Kadınlara yönelik şiddetin, erkeklerin hâkimiyetine ve kadınlara yönelik ayrımcılığa yol açan, kadınların ilerlemesini engelleyen, kadınla erkek arasında çağlar boyunca sürmüş eşit olmayan güç ilişkilerinin görünürdeki yüzü olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁴. 2000 yılının Haziran ayında, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda yapılan özel oturumda açıklanan Pekin + 5 Sonuç Belgesi ile kamusal ya da özel alanda gerçekleşen kadına yönelik şiddet eylemlerinin birer insan hakları ihlali olduğu ve bu tür şiddete karşı devlet sorumluluğunun var olduğu vurgulanmıştır¹⁶⁵. 2005 yılında New York’ta yapılan

¹⁶¹ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1996/53/Add.2.

¹⁶² UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61.

¹⁶³ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Rashida Manjoo, Addendum, Summary Report of the Regional Consultations On State Responsibility And Violence Against Women (2011 to 2013), A/HRC/23/49/Add.5, 23.04.2013.

¹⁶⁴ Beijing Declaration and Platform for Action, par. 118.

¹⁶⁵ Further actions and initiatives to implement the Beijing Declaration and Platform for Action, A/RES/S-23/3, 10.06.2000.

Pekin + 10 Özel Oturumunda, Pekin Eylem Platformundaki on iki alana ilişkin gelişmeler değerlendirilmiştir¹⁶⁶.

Özel Raportörlerin anılan raporları, Birleşmiş Milletler bünyesinde Kadının İnsan Hakları Projesi kapsamındaki çalışmalar ve kadın hakları savunucularının katkılarıyla, kadın erkek eşitliğinin ve kadına yönelik şiddetle mücadelenin uluslararası standardının temeli oluşturulmuştur. Diğer taraftan Birleşmiş Milletler’de hukuki bağlayıcılığı olmayan beyannamelerin, bağlayıcılık içeren sözleşmeler için ilk adım olması geleneği dikkate alındığında, DEVAW’ın aradan geçen uzun süreye karşın yasal bağlayıcılığı olan bir sözleşmeye dönüşmemiş olmasına da dikkat çekmek gerekir. Bu, uluslararası toplulukça kadına yönelik şiddetin bir insan hakları ihlali olarak nitelendirilmesi karşısındaki direncin kolay kırılamadığının bir göstergesidir¹⁶⁷.

c. Bölgesel Düzeydeki Belgeler

1990’lı yıllarla birlikte başlayan farkındalığın etkisiyle, bölgesel düzeyde ilk olarak Amerikan Devletleri Örgütü tarafından, 1994 yılında *Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi (Belém do Pará Sözleşmesi)* kabul edilmiş ve 1995 yılında yürürlüğe girmiştir. Sözleşme’nin girişinde, kadınlara yönelik şiddetin kadınların

¹⁶⁶ Ten-year Review and Appraisal of the implementation of the Beijing Declaration and Platform for Action and the outcome of the twenty-third special session of the General Assembly held during the forty-ninth session of the CSW, from 28 February to 11 March 2005.

“Pekin+5 süreci, kadın hakları konusunda Pekin’de yaşanan coşkunun yerini gerilimlerin aldığını açıkça göstermekteydi. Yıllar içinde elde edilen başarı, aynı zamanda “medeniyetler” ittifakına dayalı muhafazakâr ve agresif bir geri tepkiyi de harekete geçirmişti. Pekin sürecinin “en tehlikeli” olay olduğu nitelemesiyle aylar öncesinden harekete geçen muhafazakâr koalisyon, özel oturum sırasında BM koridorlarında adeta terör estirerek kadınları sindirmeye ve delegeleri etkilemeye çalışmışlardır. Delege sıralarında oturan yandaşları da eksik değildi. Çok sayıda sivil toplum temsilcisiyle oturuma katılan Türkiye heyetinin, Pekin+5 süreci boyunca ve özellikle de müzakereler sırasındaki performansı takdire şayandır. Bu zorluklara rağmen, özel oturumun sonunda, mütavizi de olsa bazı yenilikler içeren sonuç belgesi kabul edilebildi. Pekin+5, kadın hakları gündemini çetin bir geleceğin beklediğinin habercisiydi. Bu durum Pekin+10’a gelindiğinde daha somut bir biçimde gösterdi ve uluslararası topluluk geçmişte kabul edilen belgeleri onaylamakla yetindi. Geçmişteki kazanımların da tehlikeye girebileceği endişesi, kadınları, müzakere gerektirebilecek beşinci dünya konferansı gibi faaliyetler konusunda temkinli olma noktasına getirdi. ... ” ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 83.

¹⁶⁷ ACAR-ERTÜRK, Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar, s. 281-305.

insan haklarına ve temel özgürlüklerine ilişkin bir ihlal teşkil ettiği ve bu hak ve özgürlüklere riayet edilmesini, bunların hayata geçirilmesini ve kullanılmasını zedelediği veya yok ettiği, kadınlara yönelik şiddetin insan onuruna karşı bir suç ve kadınlara erkek arasında tarihsel olarak var olan eşitsiz güç ilişkilerine dair bir tezahür oluşturduğu; kadınlara yönelik şiddetin sınıf, ırk veya etnik grup, gelir, kültür, eğitim seviyesi, yaş veya din gözetmeksizin toplumun her kesimine yayıldığı ve toplumu en temelinden sarstığı ifade edilmiştir. Her kadının, kamusal ve özel alanda şiddetten uzak bir yaşam sürme hakkı olduğu¹⁶⁸ ve kadına yönelik şiddetin kadınların medeni, siyasi, ekonomik, sosyal ve kültürel haklarını kullanmalarını önlediği ve yok ettiği kabul edilmiştir¹⁶⁹. Belém do Pará Sözleşmesi'yle, kadına yönelik şiddet eylemlerinde devlet sorumluluğuna yönelik özel usuller öngörülmiştir.

Bölgesel düzeydeki ikinci hukuki düzenleme, “*Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü*”dür. 2003 yılında kabul edilmiş ve 2005 yılında yürürlüğe girmiştir¹⁷⁰. Taraf Devletlerin, her kadının onuruna saygı gösterilmesi hakkının korunmasını ve kadınların başta cinsel ve sözlü şiddet olmak üzere her türlü şiddetten korunmasını sağlamak için uygun tedbirleri alacakları ve bu tedbirleri uygulayacakları hüküm altına alınmıştır¹⁷¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, doğrudan kadınlara yönelik şiddete veya kadın erkek eşitliğine ilişkin bir hüküm içermese de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarıyla gelişen haliyle, kadına yönelik şiddet konusunda oldukça önemli bir belgedir. Şöyle ki, AİHS’in farklı maddelerinde eşitlik ilkesine ilişkin düzenlemeler vardır. Sözleşme’nin 14. maddesinde ve 12. Protokol’ün 1. maddesiyle ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir. AİHM’in içtihatlarında kadına yönelik

¹⁶⁸ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 3.

¹⁶⁹ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 5.

¹⁷⁰ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü’nün (*Protocol to the African Charter on Human and Peoples’ Rights on the Rights of Women in Africa*) orijinal Metin için bkz. <http://www.achpr.org/instruments/women-protocol> (Erişim: 25.10.2014).

¹⁷¹ Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı’na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü, m. 3.

şiddet, bir ayrımcılık biçimi ve bu haliyle bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmiştir¹⁷².

d. İstanbul Sözleşmesi

2011 yılına geldiğimizde, uluslararası arenaya “*Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi-İstanbul Sözleşmesi*” çıkar. Bu Sözleşme, kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda uluslararası bağlayıcılığı ve yaptırım gücü olan bir bağımsız denetim mekanizması kurulmasına yer veren ilk uluslararası sözleşmedir. Avrupa Konseyi bünyesindeki çalışmalar sonunda kabul edilmiş ve Avrupa Konseyi’ne üye olmayan devletlerin de kabul ve onayına açık bir belge olarak hazırlanmıştır. Bu alanda diğer insan hakları kuruluşları tarafından belirlenen standartları tanımlamış ve bu standartların kapsamını genişletmiştir¹⁷³. Birleşmiş Milletler çatısı altındaki diğer siyasi ya da “esnek hukuk” belgelerinde kabul edilen, kadınlara yönelik şiddetin kadınlara yönelik ayrımcılık olduğu yaklaşımının, hukuki bağlayıcılığı olan bir metinde kabul edilmiş olması açısından bölgede ilktir¹⁷⁴. CEDAW metninde olmayan kadına yönelik şiddet konusunu ayrıntılı olarak düzenleyerek, CEDAW’ı tamamlamış ve CEDAW’ı daha ileriye taşımıştır¹⁷⁵. Türkiye, Sözleşme’yi imzaya açıldığı 11.05.2011 günü imzalamış ve 10.02.2012 tarihli sözleşmenin onaylanması kararı 08.03.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır¹⁷⁶. Sözleşme 01.08.2014 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷⁷.

¹⁷² Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Opuz/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009; *Eremia/Moldova* Kararı, Başvuru No: 3564/11, 28.05.2013; *Mudric/Moldova* Kararı, Başvuru No: 74839/10, 16.07.2013; *T.M. ve C.M./Moldova* Kararı, Başvuru No: 26608/11, 28.01.2014.

¹⁷³ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 6.

¹⁷⁴ ACAR-ERTÜRK, Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar, s. 293.

¹⁷⁵ ACAR, CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne, s. 65.

¹⁷⁶ 8 Mart 2012 tarihli ve 28277 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

¹⁷⁷ Sözleşme’nin 75. maddesinde öngörülen usule göre, sekizi Avrupa Konseyi üyesi devlet olmak şartıyla on devletin onay ve kabul belgelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine teslimleriyle beraber üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci günü sözleşme yürürlüğe girmiştir. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=210&CM=&DF=&CL=ENG>

İstanbul Sözleşmesi'nde Kadına yönelik şiddet kavramı; *“ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan toplumsal cinsiyete dayalı her türlü eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma anlamına gelir ve bir insan hakları ihlali ve kadınlara yönelik ayrımcılığın bir biçimi olarak anlaşılmaktadır.”*¹⁷⁸ Bu tanım, Sözleşme'nin amaçları arasında bulunan, “kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve kadınların güçlendirilmesi yolu da dâhil olmak üzere, kadın ve erkek arasındaki somut eşitliği teşvik etmek” amacıyla uyumlu olarak, kadına yönelik şiddet olgusunun bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık biçimi olarak anlaşılması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır¹⁷⁹.

İstanbul Sözleşmesi, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasıyla kadınlara karşı şiddetin ortadan kaldırılması arasında sağlam bir bağlantı kurmuştur. Oldukça uzun olan Başlangıç bölümünde kadınlara yönelik şiddetin yapısal niteliğini tanımış ve bu olgunun kadınlarla erkekler arasındaki tarihsel olarak eşitsiz gelişen güç ilişkilerinin bir görünümü olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca toplumsal cinsiyete dayalı olan kadına yönelik şiddetin yapısal bir sorun olduğu ve kadınların erkeklere göre tali bir konumda tutulmalarında önemli bir toplumsal mekanizma olarak kullanıldığı kabul edilmiştir.

Sözleşme, Avrupa'da ilk kez kadınlara karşı şiddeti önlemeye, mağdurlarını korumaya ve faillerini cezalandırmaya yönelik hukuksal olarak bağlayıcı standartlar belirlemiştir. Devletler kadına yönelik şiddetin önlenmesi konusunda yükümlü kılınmıştır. Ayrıca Sözleşme'nin uygulanmasını denetleyecek bir mekanizmaya da yer verilmiştir. Bu haliyle Sözleşme, insan haklarının korunması alanında önemli bir boşluğu doldurmuştur¹⁸⁰.

¹⁷⁸ İstanbul Sözleşmesi, m. 3 (a).

¹⁷⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 40.

¹⁸⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 21.

3. Kadına Yönelik Şiddetin Ayrımcılık Yasağının İhlali Olarak Kabul Edilmesiyle Oluşan İnsan Hakları Çerçevesi

Kadına yönelik şiddetin sistematik yapısı ve tüm dünyada tehlikeli bir şekilde yayılan bir görünüm sergilemesine karşın, şiddetin yaygın ve özel bir türü olarak sınıflandırılması, tek başına bir insan hakları ihlali oluşturduğunun kabul edilmesi ve uluslararası toplumun kadınların insan haklarına odaklanması, hatırı sayılır çabalar sonucunda, ancak yakın zamanlarda gerçekleşmiştir¹⁸¹. 1980'lerden beri kadın hakları savunucuları, uluslararası insan hakları hukuku anlayışını ve Devlet sorumluluğu doktrinini dönüştürmek için çalışmaktadırlar. Bu, kadına yönelik şiddetin, failin kamusal veya özel bir aktör olması önemli olmaksızın Devletin sorumlu tutulabileceği bir insan hakları ihlali olarak tanınması için bir yol oluşturmuştur¹⁸². Bu çabalar sonucunda, uluslararası insan hakları hukukunda, kadına yönelik şiddet, eşitlik ve ayrımcılık yasağı kavramları üzerinden tartışılarak bir ayrımcılık türü ve bu haliyle bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmiştir. Diğer bir ifadeyle kadının insan hakları bağlamında “ayrımcılığa uğramama hakkı” ve bu çerçevede de “şiddete uğramama hakkı” uluslararası insan hakları hukukunda kabul edilmiştir.

Yukarıda açıklanan seyir içerisinde, kadına yönelik şiddetin, kadına yönelik ayrımcılık/cinsiyet ayrımcılığı zemine oturtularak, uluslararası insan hakları hukukunda bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmesiyle, uluslararası insan hakları hukukundaki, kadına yönelik şiddete karşı açık bir bağlayıcı yasağın olmamasından doğan büyük boşluk doldurulmuştur. Bu, kadına yönelik şiddeti açıkça yasaklayan ve bir insan hakları ihlali olarak kabul eden özel bir sözleşme ya da yasal hüküm yürürlüğe girene kadar veya bu içerikte bir sözleşmeye taraf olmayan devletlere karşı uygulanabilecek en iyi geçici çözüm olmuştur¹⁸³.

¹⁸¹ Benedetta Faedi, **DURAMY**, “Judicial Developments in the Application of International Law to Domestic Violence”, *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, 21:2, 2012, s. 413-436.

¹⁸² UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61, par. 57.

¹⁸³ EDWARDS, s. 183 vd.

Uluslararası insan hakları hukukundaki bu gelişmelerin son halkası İstanbul Sözleşmesi'dir. İstanbul Sözleşmesi, kadınlara yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasını, kadınlarla erkekler arasında gerçek eşitliğin sağlanması olarak daha geniş bir çerçeve içine yerleştirmiş, dolayısıyla kadınlara karşı şiddetin bir ayrımcılık türü olarak tanınmasında daha ileri bir adım atmıştır¹⁸⁴.

Kadına yönelik şiddetin bir insan hakları ihlali olarak kabulünün sonuçları insan hakları hukuku açısından oldukça önemlidir. Bu kabul, öncelikle, devletlerin kadına yönelik şiddeti önleme, ortadan kaldırma ve şiddet gerçekleştiğinde olayı soruşturma yükümlülüklerini ortaya koymaktadır. Bunların yerine getirilmemesi halinde insan hakları hukuku açısından devletlerin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu yükümlülükler devletlerin insan haklarına saygı duyma, koruma ve gereğini yerine getirme ödevlerinden doğmaktadır.

Kadına yönelik şiddet, kadına yönelik ayrımcılığın bir türü olarak kabul edildiğinde, devletin soruşturma yükümlülüğünün iki yönü vardır. İlk olarak devlet şiddet uygulayan faili tespit etmek ve bu kişiyi yargılamakla yükümlüdür. Diğer taraftan iç hukukta yetkililerin bu şiddet olaylarına karşı hoşgörülü ve pasif şekilde yaklaştıklarının iddia edildiği her durumda Taraf Devletlerin bu iddiaları soruşturma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Nitekim kadına yönelik şiddet olayının şiddet uygulayanın ayrımcı saikleriyle gerçekleşmiş olup olmadığı meselesiyle, yetkili makamların olaya yaklaşımında ayrımcı saiklerin olup olmadığı meselesi birbirinden ayrıdır¹⁸⁵.

Kadına yönelik şiddetin bir insan hakları ihlali olarak kabulüyle devletlerin kadına yönelik şiddete gereği gibi karşılık vermek için uygun önlemleri almalarına ilişkin talepler, devletlerin takdir alanından çıkarak yasal kurumlara kavuşmuştur. İnsan hakları çerçevesi, uluslararası ve bölgesel düzeyde devletlerin sorumluluğunu gündeme getirecek bazı araçları ve mekanizmaları ulaşılabilir hale getirmiştir. Bu çerçeveye, insan hakları sözleşmelerinin oluşturduğu kurumlar, uluslararası ceza

¹⁸⁴ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 21.

¹⁸⁵ Nisan **KUYUCU**, AİHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet, Seçkin Yay., Ankara 2014, s. 123.

mahkemeleri ve Afrika, Avrupa ve Amerikalılararası insan hakları sistemleri dâhildir¹⁸⁶.

II. DEVLET SORUMLULUĞU KAVRAMI

A. ULUSLARARASI HUKUKTA DEVLET SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN GENEL KURALLAR

1. Kavramsal ve Hukuksal Çerçeve

Uluslararası hukukta, devletlerin sorumluluğu ilkesi, devletlerin egemenlikleri ve eşitlikleri kadar eski bir kavramdır ve bu kavramlarla birlikte değerlendirilmektedir. Devletlerin eşitliği, haklarda olduğu kadar, sorumluluklarda da eşitlik olarak kabul edilmiştir. Dolayısıyla, devletlerin uluslararası sorumluluğu ilkesi, kuramsal olarak, devletlerin eşitlikleri ve egemenlikleriyle bağlantılı ve bu kavramların zorunlu bir sonucudur.

Devlet sorumluluğu kavramının hukuki çerçevesinin tam olarak ortaya konulabilmesi için, hem uluslararası yükümlülük yükleyen bir kurallar bütünü, hem de bu yükümlülüklerin ihlal edilmesinden sonra uygulanacak sorumluluk kurallarının ele alınması gerekir. Bu ise, niteliklerinin farklı olduğu kabul edilmiş olan uluslararası hukuktaki birincil kurallar ile ikincil kuralların incelenmesi demektir. Uluslararası hukukta, “birincil kurallar” ile “ikincil kurallar” arasındaki ayrıma göre; “birincil kurallar” sözleşme ve teamül hukukundan doğan, diplomatik ve konsolosluk dokunulmazlığı, yabancıların hak ve özgürlükleri, devletlerin toprak bütünlüğüne ve egemenliğine saygı gibi uluslararası hukuk alanlarında devletlere asli yükümlülükler yükleyen kurallarken, “ikincil kurallar” hangi koşullarda birincil kuralın ihlal edildiğinin kabul edileceğine ve bu ihlalin sonuçlarına ilişkin düzenlemeler içeren kurallardır¹⁸⁷.

¹⁸⁶ UN General Assembly, A/61/122/Add.1, par. 39-42.

¹⁸⁷ Hakkı Hakan **ERKİNER**, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yay., İstanbul 2010, s. 3-4; Antonio **CASSESE**, International Law, B. 2, s. 250-251'den

Birincil kuralların, çalışmanın konusunu oluşturan kadına yönelik özel alanda şiddete ilişkin devlet sorumluluğu kapsamında ilerleyen bölümlerde değerlendirilecek olması sebebiyle, bu başlık altında devlet sorumluluğu, ikincil kurallar kapsamında, yani yükümlülüğün ihlalinin ne anlaşılması gerektiği ve yükümlülüğün ihlalinin doğurduğu sorumluluk kavramları kapsamında ele alınmıştır.

Sorumluluk kavramı, hukuki açıdan, “uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş olan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme.” olarak tanımlanabilir¹⁸⁸. Uluslararası hukuka göre, uluslararası sorumluluk, “bir uluslararası hukuk kişinin neden olduğu uluslararası hukuka aykırı fiillerin ya da uluslararası hukuka uygun faaliyetlerinden kaynaklanan belirli bir takım zararların etkilerini, zarar gören uluslararası hukuk kişisine karşı ortadan kaldırma amacına yönelik bir uluslararası hukuk kurumudur”¹⁸⁹. Bu tanıma göre, sorumluluğun sahibi ve sorumluluğun muhatabı “uluslararası hukuk kişisi”dir. Diğer bir ifadeyle gerek fail gerekse mağdur, bir uluslararası hukuk kişisi olarak kabul edilmektedir. Uluslararası hukuk kişisi, uluslararası hukuktan kaynaklanan haklara ve yükümlülüklerle sahip olma yeteneği taşıyan ve uluslararası hukuktan doğan haklarını, uluslararası düzeyde doğrudan koruyabilme yeteneğine sahip kurumlardır. Dar ve teknik anlamıyla değerlendirildiğinde, yalnızca devletleri ve uluslararası örgütleri kapsamaktadır¹⁹⁰. Bu tanımlardan hareketle, “devlet sorumluluğu” uluslararası hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün devlet tarafından ihlal edilmesinin sonuçlarına ilişkin bir kavramdır.

Uluslararası hukukta ikincil kurallar, yani bir devletin uluslararası hukukun öngördüğü bir yükümlülüğü ihlal etmesiyle devreye girecek olan sorumluluk kuralları, Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun uzun süren çalışması sonunda kodifiye edilmiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, başlangıçta

aktaran, Robert P. **BARNIDGE**, “*The Due Diligence Principle Under International Law*”, International Community Law Review, S.8, No.1, 2006, s. 81-121.

¹⁸⁸ Ejder **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., B. 5, Ankara 1996, Sorumluluk maddesi, s. 734.

¹⁸⁹ Hüseyin **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Turhan Kitabevi, B. 4, Ankara 2005, s. 151.

¹⁹⁰ Hüseyin **PAZARCI**, Uluslararası Hukuk, B. 10, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 137-139.

devletin yabancılara karşı gerçekleştirdiği zararlardan sorumluluğu konusuna odaklanmış, daha sonra çalışmanın alanı, bir devletin başka bir devletin ya da vatandaşlarının zararını doğuran tüm durumları kapsar şekilde genişlemiştir¹⁹¹. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, “*Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu*”¹⁹² başlıklı çalışması, mevcut kurallarla birlikte olması gereken kuralları da ihtiva etmektedir¹⁹³. 9 Ağustos 2001 tarihinde Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından kabul edilen metin, 12 Kasım 2001 tarihinde, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’na, ekindeki kapsamlı şerhiyle birlikte sunulmuş ve Genel Kurul’un yetkilendirmesiyle, Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği tarafından üye devletlerin görüşüne sunulmuştur. Uluslararası Hukuk Komisyonu, Genel Kurul’a çalışmanın bir sözleşme olarak yürürlüğe konulmasını önermemiştir¹⁹⁴. Bu haliyle, anılan belge, açıklamaya çalıştığımız devlet sorumluluğu kavramına ilişkin ikincil kuralların mahiyetini ortaya koyan bir Genel Kurul kararıdır. Bir anlaşma olarak kabul edilmemiş olduğu için açıkça bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır.

Uluslararası hukukun konusu olan devlet sorumluluğu kavramıyla uluslararası ceza hukuku birbirinden farklı sorumluluk türleri doğurmaktadır. Uluslararası ceza hukukunun konusunu; savaş suçu, barışa ve insanlığa karşı suç ya da soykırım suçu gibi suçlar sebebiyle “bireylerin” uluslararası “cezai” sorumluluğu oluşturmaktadır. Bugün ele alındığı haliyle, devletin uluslararası sorumluluğuyorsa “devletlerin” uluslararası düzeyde “hukuki” sorumluluğu esasına dayanır¹⁹⁵. Diğer

¹⁹¹ Jan Arno **HESSBRUEGGE**, “*The Historical Development of The Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law*”, JILP, S. 36, No. 4, 2004, s. 265-307.

¹⁹² UN General Assembly, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/56/83, 28.01.2002.

¹⁹³ ERKİNER, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 4.

¹⁹⁴ Dinah **SHELTON**, Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, New York 2005, s. 84-97.

¹⁹⁵ PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2005, s. 151-190; ERKİNER, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 64-65.

Bugün ele alındığı haliyle denilmesinin sebebi, devletin uluslararası sorumluluğunu cezai bir karaktere büründürmeye yönelik yaklaşımların da mevcut olmasıdır. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, 2001 tarihli çalışmanın ortaya çıkışından önceki çalışmalardan biri olan 1996 tarihli Devlet Sorumluluğuna Dair Taslak’ta yer alan yaklaşımında, devletin cezai sorumluluğu öngörülmüştür. Taslak’ın 19. maddesinin 2. fıkrasında “*Devletin, uluslararası topluluğun temel*

bir ifadeyle, mağdur devlet, sorumlu devleti cezalandırmak amacıyla hareket edemez, yani uluslararası hukukta devletin cezai sorumluluğu söz konusu değildir. Sorumluluğun karşılığı, eski hale getirme, tazminat ve tarziye (*satisfaction – tatmin*) yoluyla zararın onarımıdır.

BM Uluslararası Hukuk Komisyonu, *Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu*'na ilişkin çalışmasında, devlet sorumluluğunun temel ilkesini şu şekilde belirtmiştir; “Bir devletin uluslararası bakımdan her haksız fiili, o devletin sorumluluğunu doğurur.”¹⁹⁶. Diğer bir ifadeyle, devletin uluslararası sorumluluğu, uluslararası hukukun öngördüğü bir yükümlülüğün ihlaline yol açan her davranış sonucunda doğar. Uluslararası Daimi Adalet Divanı, devletin uluslararası bakımdan her haksız fiilinin, devletin sorumluluğunu doğuracağı ilkesini, uluslararası hukukta yerleşmiş bir ilke olması sebebiyle, birçok kararında uygulamıştır¹⁹⁷.

Devletin bir uluslararası haksız fiilinin var olduğunun kabulüne ilişkin şartlar, Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin çalışmanın 2. maddesinde “Devletin uluslararası haksız fiilinin unsurları” başlığı altında şu şekilde kaleme alınmıştır;

“Şayet, icrai surette ya da ihmal suretiyle işlenen bir davranış:
a) Uluslararası hukuka göre Devlete isnat edilebiliyorsa ve
b) Devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlalini oluşturuyorsa,
Devletin bir uluslararası haksız fiili vardır .”¹⁹⁸

Bu tanımda, öncelikle dikkate alınması gereken, devletin sorumluluğunu doğuracak olan davranışın, bir veya birden fazla icrai davranış ya da ihmal ya da

menfaatlerini korumak için esaslı öneme haiz yükümlülükleri”nin ihlali “suç” olarak tanımlanmıştır. Bkz. UN International Law Commission, Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, State Responsibility, Document A/CN.4/476 and Add.1, 1996.

¹⁹⁶ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 1.

¹⁹⁷ Uluslararası Daimi Adalet Divanı'nın 1. maddede ortaya konulan ilkeyi uyguladığı davalar arasında şu davalar gösterilebilir: *Fas Fosfatları davası* (1938, CPJI, serie A/B, n. 74), *Wimbledon davası* (1923, CPJI, serie A, n.1), *Chorzow Fabrikası davası* (1927, CPJI, serie A, n.9). Ayrıntılar için bkz. ERKİNER, , Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 102.

¹⁹⁸ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 2.

bunların bir araya gelmesiyle oluşabileceğine ilişkin kabuldür. İcrai davranışın ne şekilde gerçekleşeceği tahlili nispeten daha kolay bir konu iken, ihmal suretiyle gerçekleşen yükümlülük ihlallerine ilişkin davranışı belirlemek çeşitli güçlükler içermektedir. Aynı zamanda “ihmal suretiyle yükümlülük ihlali”nin kabulü, ilerleyen bölümlerde detaylı olarak açıklayacak olduğumuz, “üçüncü kişilerin eylemleri sebebiyle devletin sorumluluğu”nun zeminini oluşturduğu için özellikle önemlidir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, inşa ettiği teori içinde, *zarar ve kusur*, sorumluluğun unsurları içinde yer almamıştır. Zarar bu teori içinde giderim hususunda önem taşıyan bir unsurdur. Zarar meydana gelmese dahi, devlet ihlal sebebiyle sorumludur ancak somut bir zararın varlığı halinde, devletin sorumluluğundan giderim yükümlülüğü doğacaktır. Benzer şekilde bu teori içinde, kusur (kast ya da taksir), uluslararası haksız fiilin bir unsuru olarak aranmamaktadır. Komisyonun çalışmasındaki temel yaklaşımlardan biri objektif sorumluluktur. Bu haliyle, haksız fiil bir kusur sorumluluğu değil, sadece hukuk kuralına bir aykırılıktır. Birincil kural, yani ilgili asli yükümlülük, özel olarak kusur unsurunu gerektirmedikçe ve davranış devlete isnat edilebildiği sürece, kusur, genel olarak sorumluluğun doğması için aranmamaktadır¹⁹⁹.

2. Uluslararası Yükümlülüğün İhlalini Oluşturma

Sorumluluğu gündeme getiren davranışın uluslararası yükümlülüğün ihlalini oluşturması, birincil kuralların ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Birincil kurallar, yani devletin yükümlülükleri; teamül hukuku kurallarından, antlaşmalardan, hukukun genel ilkelerinden kaynaklanabilir. Somut olarak ihlal edilen yükümlülüğün ne olduğunun cevabı, birincil kuralların kaynaklarında aranmalıdır. Devletlere uluslararası yükümlülükler yükleyen deniz hukuku, diplomatik ve konsolosluk ilişkileri, ekonomik ilişkiler ve insan hakları gibi çok farklı hukuki alanlar bulunmaktadır. Bu alanların her birinde yer alan yükümlülükler birbirinden oldukça farklıdır ve bazı konularda bölgesel ya da küresel düzeyde veya ikili ilişkilerde farklı yükümlülükler düzenlenmiştir. Ayrıca her alanda farklı sorumluluk biçimleri söz konusu olabilir. Birincil uluslararası hukuk kurallarının tümünün bir çalışmayla

¹⁹⁹ ERKİNER, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 109-115; UN Report of the International Law Commission, Fifty-Third Session, A/56/10, 2001, s. 69-70, par. 3-4.

derlenmesi, kuralların kapsamı sebebiyle pek mümkün değildir. Bu tür bir çalışma, *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*'nde²⁰⁰ olduğu gibi sadece belirli bir alandaki kuralların derlenmesi şeklinde yapılabilir.

Diğer taraftan, her hukuki alanın kendi içinde derlenmesi çabası da, her hukuki alanın kendine has özellikleri sebebiyle her zaman sonuç vermeyebilir. İnsan hakları gibi, evrensel olduğu düşünülen değerlerin derlenmesinde bile, devletlere pek çok yükümlülük yükleyen kuralların küresel, bölgesel ve ikili sözleşmelerle kapsamlı olarak geliştirilmiş olduğu dikkate alındığında, bunların uzlaşısı içinde derlenmesi zordur. Ayrıca tek bir metin farklı sözleşmelerle oluşturulmuş kurallar bütünüdür yerini tutamaz ve farklı kaynakları bulunan bu yükümlülüklerin derlenmesi de pek anlamlı değildir²⁰¹.

Devletlere yükümlülükler yükleyen kuralların derlenmesine ilişkin bu sorunları dikkate alan Uluslararası Hukuk Komisyonu, yarı politik bir değerlendirmeye, birincil ve ikincil kurallar arasındaki ayrımı kabul etmiş ve ikincil kuralların derlenmesine ilişkin bir çalışma yapmayı tercih etmiştir. Bu haliyle, birincil kurallar, Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin çalışmanın dışında tutulmuştur²⁰². Bunun sonucu olarak, devlet sorumluluğunun doğumuna sebep olan uluslararası yükümlülüklerin kodifiye edildiği tek bir referans belge bulunmamaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu, uluslararası haksız fiilin ne olduğunu, ne zaman uluslararası bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olacağını, devletin başka bir devletin ya da devlet dışı şahısların eylemlerinden ya da ihmallerinden nasıl sorumlu tutulabileceğini, hangi koşullarda hukuka aykırılığın ortadan kalkabileceğini, uluslararası haksız fiil karşısında devletin ne tür bir onarım sağlamak zorunda olduğunu, devletin sorumluluğuna ne şekilde

²⁰⁰ Sözleşme'nin orijinali için bkz. "United Nations Convention on the Law of the Sea", http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf (Erişim : 25.10.2014)

²⁰¹ James **CRAWFORD**, "The ILC's Articles on Responsibility of States For Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", American Journal of International Law, S. 96, No.4, 2002, s. 874-890.

²⁰² CRAWFORD, The ILC's Articles, s. 874-890.

başvurulabileceğini ve hangi koşullarda ne tür karşı önlemlerin uygulanabileceğini ortaya koymak gibi temel konuları söz konusu çalışmanın konusu yapmıştır²⁰³.

Devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, devletin bir uluslararası yükümlülüğünün ihlaline neden olması gerekmektedir. Bu yükümlülüğün kaynağının ya da niteliğinin ne olduğunun, ihlal açısından önemi yoktur²⁰⁴. Buna göre, bir devletin yapması gereken davranışla, gerçekte yaptığı davranış arasında bir uygunsuzluk olduğunda veya devletin gerçekte yapmış olduğu davranış, yükümlülük uyarınca yapması gereken davranışa göre noksansa, devlet uluslararası bir yükümlülüğü ihlal etmiş olacaktır²⁰⁵. İhlal halindeyse devletin sorumluluğu söz konusudur. Bu sorumluluk kapsamında, sorumlu devlet ihlale rağmen yükümlülüğünü yerine getirme ödeviyle bağlıdır ve ihlale son vermekle ve gerekirse ihlalin tekrar etmeyeceğine dair uygun güvence vermekle yükümlüdür. Ancak sorumlu devletin esas yükümlülüğü, ihlal sonucu oluşan zararı onarmaktır²⁰⁶.

Yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, devletin bu yükümlülüğe uymaması, ihlalin varlığını ortaya çıkaracak ve sorumluluğu gündeme getirecekse de, ihlal edilen yükümlülüğün mahiyeti ve ihlalin niteliği sorumluluğun kapsamını belirlemek açısından önem taşımaktadır. Uluslararası Hukuk Komisyonu söz konusu çalışmasında, her ne kadar birincil kuralların neler olduğunu belirtmemişse de, belirli nitelik taşıyan ihlaller söz konusu olduğunda bunlara ilişkin sorumluluğun da farklılaşacağını kabul etmiştir. Bu tür ihlallere özel bir nitelik kazandıran karakteristik husus, iki unsur içermektedir: İhlal edilen yükümlülüğün mahiyetiyle ilgili olarak, yükümlülüğün *uluslararası hukukun emredici bir*

²⁰³ Daniel **BODANSKY**-John R. **CROOK**, “Introduction and Overview”, American Journal of International Law, “Symposium: the ILC’s State Responsibility Articles”, S. 96, No. 4, 2002, s. 773-791.

²⁰⁴ Madde 12: “Devletin fiili, uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, söz konusu Devlet tarafından, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, bir uluslararası yükümlülüğün ihlâline neden olunmuştur.”

²⁰⁵ ERKİNER, , Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 11-12 ve 150-152.

²⁰⁶ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 28-39.

kuralından kaynaklanması ve ihlalin boyutu ve niteliğiyle ilgili olarak, emredici kuralın ihlalinin “*ciddi*” bir nitelik arz etmesi²⁰⁷.

Uluslararası hukuktan kaynaklanan yükümlülükler arasında niteliksel bir ayırım yapıp yapılamayacağı, önemli bir tartışma konusu olup, Uluslararası Adalet Divanı, *Barcelona Traction Davası*’nda bu meseleyi şu şekilde ortaya koymuştur;

*“ ... temel bir ayırım, devletin uluslararası topluluğun geneline karşı olan yükümlülükleri ile diplomatik himaye çerçevesinde doğan, bir başka devlet ile karşı karşıya olduğundaki yükümlülükleri arasında, özellikle kurulmalıdır. Kendi doğaları itibariyle birinciler, bütün devletleri ilgilendirir. Söz konusu olan hakların önemi göz önüne alındığında, korunan hakların korunmasından bütün devletlerin hukuki bir menfaatleri olduğu düşünülebilir; söz konusu olan yükümlülükler erga omnes yükümlülüklerdir.”*²⁰⁸

Divan, devletlerin uluslararası sorumlulukları hakkında, bazı yükümlülüklerin, uluslararası topluluğa karşı, genel olarak ileri sürülebilir olduğunu belirtmiş ve ilgili hakların önemi nedeniyle bütün devletlerin, bu hakların korunmasında hukuki bir menfaatleri olduğu savından hareketle, ilk kez bu davada uluslararası sorumlulukta, uluslararası hukukun çeşitli ihlalleri arasında bir nitelik ayrımı yerleştirmeyi denemiştir. Uluslararası Hukuk Komisyonu, Uluslararası Adalet Divanı’nın belirtilen kararlarıyla ortaya koyduğu yaklaşımı takip ederek, genel uluslararası hukukun emredici kurallarından kaynaklanan yükümlülüklerin ağır ihlallerini farklı bir kategori olarak değerlendirmeyi uygun görmüştür. Bu kategoriye dâhil edilebilecek nitelikteki yükümlülük ihlalleri, diğer yükümlülüklerin ihlaline bağlanan sonuçlarla birlikte özel sonuçlar da doğuracaktır. Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun çalışmasında bunlar, bu tür bir ihlale son verilmesi için devletlerin işbirliği yapma yükümlülüğü ve hiçbir devletin bu tür bir ihlalden doğan bir durumu meşru olarak tanımaması ve bu durumun muhafazası için yardım etmemesi ya da destek vermemesi şeklinde ifade edilmiştir²⁰⁹.

²⁰⁷ UN Report of the International Law Commission, A/56/10, s. 110, par. 1; UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 40-41.

²⁰⁸ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgement, I.C.J. Reports, 1970, s. 32, par. 33. <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> (Erişim: 18.04.2015)

²⁰⁹ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 41.

3. Devlete İsnat Edilme

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu'na ilişkin çalışmasının 2. maddesinde düzenlendiği haliyle; uluslararası bir yükümlülüğün ihlalinin, devlet sorumluluğu doğurabilmesinin koşullarından bir diğeri, ihlalin uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebilmesidir. Devlete bir davranışın isnadı ancak uluslararası hukukun öngördüğü ve kabul ettiği kurallar çerçevesinde mümkündür. Bu isnat basit bir nedensellik bağı sonucunda yapılmamaktadır²¹⁰. Uluslararası hukuk, kendi nam ve hesabına davranan şahısların eylemleriyle devletin eylemlerini ayırmak konusunda oldukça titiz yöntemler izlemektedir. Temel kabul, devletin kamu otoritelerinin faaliyetlerinden sorumlu olmasıdır. Bununla birlikte devlet görevlilerinin kamusal yetkilerini aştıkları durumların ya da üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin de devlete atfedilmesi mümkündür. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun anılan çalışmasında da bu hususa dikkate değer şekilde ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Bu çalışmada, bir kademelendirmeye sorumluluğun tasvir edildiği görülmektedir. Öncelikle, devlet organlarının davranışlarının, devletin bir eylemi olarak kabul edileceği genel kural olarak belirtilmiştir²¹¹. Devlet organından kastedilen, devlet teşkilatı içinde yer alan ya da onun adına davranan tüm kişi ve kurumlardır. Bu haliyle genel kural, her ne kadar “Bir Davranışın Devlete İsnat Edilmesi” başlığı altında yer almakta ise de, bir davranışın devlete isnat edilmesinden ziyade, devletin kendi yetkilendirdiği kişi ve kurumlar aracılığıyla işlem ve eylemlerini gerçekleştirdiği gerçeği karşısında, davranışın bizzat devlet tarafından gerçekleştirilmesini ifade etmektedir.

Devlet organlarının ya da kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin davranışları söz konusu olduğunda, bu kişinin sadece yetkilerini aştığı veya talimatlara aykırı davrandığı ortaya konularak, devlet sorumluluktan kurtulamaz. Söz konusu davranışın, devlet otoritesinin tamamen

²¹⁰ Hakkı Hakan **ERKİNER**, “Devletin Haksız Fiilinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları”, MÜHF-HAD, C.13, S.3-4, 2007, s. 145-180.

²¹¹ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 4.

dışında, çok özel şartlar altında ve kişinin resmî sıfatıyla ilgisi olmaksızın kişisel olarak gerçekleşmesi halinde, sorumluluğun devlete isnat edilemeyeceği düşünülebilir²¹².

Söz konusu kural, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Velásquez Rodríguez* kararında da uygulanmıştır. Mahkeme'ye göre; Sözleşmenin ihlal edildiği kararına varılması, organın ya da memurun, iç hukuka aykırı hareket ettiğini veya yetkilerinin sınırını aştığının bilinmesinden bağımsızdır: Uluslararası hukukta devlet, ajanlarının resmî sıfatıyla yaptığı eylemlerinden ve ihmallerinden, bu ajanlar yetki sahalarının dışında hareket etmiş olsalar ya da iç hukuku ihlal etmiş olsalar dahi sorumludur²¹³.

Uluslararası hukuk, ilke olarak şahısların ve kurumların gerçekleştirdikleri eylemlerde bağımsız olduklarını kabul eder ve ayrıca devleti sorumluluk açısından kendi vatandaşlarından ayrı görür. Bu haliyle, genel ilke şu şekildedir: Olayın gerçekleştiği şartlara az ya da çok bağlı olmak şartıyla, devlet dışı üçüncü kişilerin davranışları devlete isnat edilebilir değildir. Genel ilkenin istisnasını meydana getiren ve üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen davranışın devlete hangi koşullarda isnat edilebileceğini belirleyen, olayın gerçekleştiği şartlara ilişkin değerlendirmedir²¹⁴.

Bunun ortaya çıkabileceği ilk durum, devletin organı ya da memuru olmayan bir üçüncü kişinin, kamu gücü yetkilerini kullanması halidir. Bu durum, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasının 5. maddesindeki düzenlemeyle örtüşmektedir. Bu maddeyle, ilgili devletin hukuku tarafından kamu gücü yetkilerini kullanmak için yetkilendirilmiş bir kişinin ya da bir birimin kamu gücü yetkisini kullanırken gerçekleştirdiği davranışının uluslararası hukuka göre bir devlet fiili olarak kabul

²¹² UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 7.

²¹³ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988, (Ser. C) No. 4 (1988), par. 170.

²¹⁴ James **CRAWFORD**, “*Human Rights and State Responsibility*”, 12th Raymond & Beverly Sackler Distinguished Lecture Series, Thomas J. Dodd Research Centre University of Connecticut, 2006. <http://thedoddcenter.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/319/2013/10/10.25.2006-Sackler-Lecture-James-Crawford-Transcript.pdf> (Erişim: 18.04.2015)

edileceği düzenlenmiştir²¹⁵. Devlet dışı kişilerin kamu gücü yetkilerini kullandıkları çeşitli durumlar olabilir. Özellikle hapishanelerin yönetiminin özel güvenlik şirketlerine devredildiği kimi ülkelerde, kamu gücünü kullanmakta olan şirketin davranışları uluslararası hukuka göre devlete isnat edilecektir²¹⁶. Benzer şekilde özel güvenlik şirketlerinin kamu gücü yetkilerini kullanan personelinin davranışları, özel ya da kamuya ait hava ve tren yolu şirketlerinde çalışanların, kolluğa ait çeşitli görevleri sebebiyle gerçekleştirdikleri davranışları devlete isnat edilebilecek mahiyettedir²¹⁷. Açıklananlardan anlaşılacağı üzere, bu kuralda davranışın devlete isnat edilebileceğini belirleyen husus, kamu gücü yetkilerini kullanan üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğidir.

Uluslararası yargı organlarının çeşitli sebeplerle ele almak durumunda kaldığı ikinci bir durum ise, devlet dışı üçüncü kişilerin, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında hareket ediyor olmasıdır. Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devlet Sorumluluğu'nun 8. maddesinde²¹⁸, bir kişi ya da bir grup kişinin davranışının, davranışı gerçekleştirdiği sırada, devletin talimatları, emri ya da denetimi altında olması halinde, davranışın devletin fiili olarak kabul edileceği düzenlenmiştir. Bu durum, bir devletin diğer bir devlette gerçekleşen isyan hareketlerini desteklemesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir iç savaşta, hükümet güçleriyle çatışan silahlı muhalif grupların gerçekleştirdikleri eylemler, normal şartlarda devlete isnat edilemez. Ancak bazı durumlarda, bu grupların davranışları, eylemlerini gerçekleştirdikleri topraklarda bulunan devlete ya da bir başka devlete isnat edilebilir. Silahlı muhalif grupların eylemleri, bir başka devletin talimatı doğrultusunda ya da onun yönlendirmesi veya denetimi altında gerçekleşmiş olabilir. Burada esas sorun; bu bağın tespit edilmesi ve niteliğinin belirlenmesidir.

²¹⁵ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 5.

²¹⁶ CRAWFORD, Human Rights and State Responsibility, s. 4.

²¹⁷ ERKİNER, Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, s. 128-129.

²¹⁸ Madde 8: “Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup bu davranışı yaparken, Devletin talimatları, emri ya da denetimi altında ise, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir.”

Devlet dışı aktörlerin eylemlerinin ortaya çıkabileceği üçüncü durum, resmî otoritenin kaybolduğu ya da etkisizleştiği koşullardır. Bu koşullar sıra dışı durumlarda ortaya çıkar. Devrim, silahlı çatışma, işgal gibi, olağan otoritenin kaybolduğu ya da etkisini yitirdiği süreçlerde içinde bulunulan durumlardır. İran’da İslam Devrimi’nin gerçekleştiği süreçte olduğu gibi, özellikle devrim öncesi durumlar bunun tipik örneğidir²¹⁹. Uluslararası Haksız Fiilden Kaynaklanan Devlet Sorumluluğu çalışmasının 9. maddesi²²⁰, bu istisnai duruma ilişkin kuralları derlemiştir. Buna göre “koşulların bu yetkilerin kullanılmasını gerektirmesi” halinde kamu gücünü kullanan kişi ya da bir grup kişinin davranışı devletin fiili olarak devlete isnat edilecek ve devlet sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada esas olarak üçüncü kişilerin kamuya ait olan yetkileri kullanması söz konusudur. Başka bir ifadeyle, üçüncü kişiler bu kez koşulların bunu gerektirmesi sebebiyle, kamusal mahiyeti olan bir davranışta bulunmaktadırlar.

Yukarıda açıklanan üç durumda, üçüncü kişilerin, devlet organlarının denetiminde hareket etmeleri veya koşulların gerektirmesi sebebiyle devlete ait olan kamu gücünü kullanmaları ya da devlet organlarına tabi olarak ya da devlet organlarının etkin denetimi altında bir takım eylemleri gerçekleştirmeleri söz konusudur. Daha genel bir ifadeyle, davranışı gerçekleştirenler devlet adına eylemde bulunabilecek kişilerdir. Bu örneklerde, kamu gücü yetkileri veya devlet organlarının davranışları, üçüncü kişilerin eylemlerinin mahiyetini belirlemektedir.

Devlet dışı üçüncü kişiden kastedilen, devlet organlarının ya da bu organlara tabi ya da bunların denetiminde faaliyet gösteren şahısların ya da makamların dışındaki özel hukuk kişileri ya da tüzel kişiler olduğunda devletin sorumluluğunun söz konusu olup olmadığı hususu ise, bu çalışma açısından özel önem taşımaktadır. Bu konu, devletin ihmali davranışından sorumlu olmasına ilişkindir. Uzun süre genel ilkenin dışında tutulmuşsa da, belirli koşullar altında, kamu gücüne ilişkin bir yetki kullanmayan ve devletle organik bir bağı olmayan üçüncü kişilerin eylemleri de, belirli koşullar altında, devletin sorumluluğunu doğuracak mahiyettedir.

²¹⁹ CRAWFORD, Human Rights and State Responsibility, s. 6.

²²⁰ Madde 9: “Bir kişinin ya da bir grup kişinin davranışı, şayet bu kişi ya da grup, resmî otoritelerin yokluğunda ya da yetersizliği halinde, kamu gücü yetkilerini kullanıyorsa ve koşullar bu yetkilerin kullanılmasını gerektiriyorsa, milletlerarası hukuka göre Devletin fiili olarak kabul edilir.”

Bu konu Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasında özel bir isnat kuralı olarak yer almamıştır. Ancak devletin ihmali davranışıyla gerçekleşen olaylardan da sorumlu olduğuna ilişkin kurala yer verilmiş olması, üçüncü kişilerin davranışlarından, devletin ihmali davranışı sebebiyle sorumlu tutulabilmesine de kapı aralamaktadır. Devletin ihmali davranışı sebebiyle üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olduğu, devlet sorumluluğu kavramına ilişkin geçmişten beri yapılan teorik tartışmalarda da kendisine yer bulmuştur. Ayrıca uluslararası hukukun uygulamalarında da bu tür bir sorumluluğa yer verilmektedir. Bu doğrultuda, devletin ihmali davranışının ne anlama geldiğinin ve uygulamadaki örneklerinin ortaya konulması gereklidir.

B. DEVLET DIŞI AKTÖRLER TARAFINDAN GERÇEKLEŞTİRİLEN İNSAN HAKLARI İHLALLERİNDE DEVLETİN SORUMLULUĞU

1. Uluslararası Hukukun Genel Kurallarına Göre Devletin İhmali Davranışından Sorumluluğu

Devlete isnat edilebilen devletin sorumluluğunu doğuran davranış, yukarıda açıklandığı üzere icrai surette ya da ihmal suretiyle meydana gelebilir. İhmal, bir uluslararası hukuk kuralını ya da yükümlülüğü yerine getirmeme ya da savsaklama şeklinde gerçekleşir. Bir anlaşma gereği çıkarılması gereken yasaları çıkarmamak ya da ulusal yargı organının bir yabancıнын davasını olağan olmayan bir biçimde savsaklaması, ihmal suretiyle gerçekleştirilen uluslararası sorumluluk doğuracak nitelikteki olgulara örnektir²²¹. İhmal suretiyle gerçekleşen davranışları belirlemek kolay olmadığı için, olayın şartları değerlendirilerek ve kendisini çevreleyen diğer davranışlardan ayırtarak ihmalin belirlenmesi gereklidir²²².

²²¹ PAZARCI, Uluslararası Hukuk, 2011, s. 411.

²²² UN Report of the International Law Commission, A/56/10, 2001, s. 70.

İhmal suretiyle yükümlülüğün ihlali konusu, Uluslararası Adalet Divanı'nın, 1949 tarihli *Korfu Boğazı Davası*'nda²²³ tartışılmıştır. Dört İngiliz savaş gemisinin Korfu Boğazı'ndan geçerken, mayınların patlaması sonucu zarar görmesi sonrasında olay Uluslararası Adalet Divanı'na taşınmıştır. Bu davada, Divan, Arnavutluk'un mayınların kendi karasularında bulunduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiğini belirtmiş, buna rağmen diğer devletleri uyarmak için hiçbir şey yapmayan Arnavutluk'un, ihmal suretiyle yükümlülüğünü ihlal ettiği ve sorumluluğunun doğduğu sonucuna ulaşmıştır.

Devletin ihmali davranışı sebebiyle sorumluluğunun doğması, üçüncü kişilerin eylemleri sebebiyle de söz konusu olabilir. Üçüncü kişilerin eylemleri konusunda genel kural, belirtildiği üzere üçüncü kişilerin davranışlarının devlete isnat edilemeyeceğidir. Yukarıda açıklanan, üçüncü kişilerin davranışlarının devlete isnat edilebileceğine ilişkin sınırlı durumlar, bu genel kuralın istisnasını oluştururlar. Bunların yanında, uluslararası bir yükümlülüğü ihlal eder mahiyette bir üçüncü kişi eylemi gerçekleştiğinde, zarara sebep olan eylemin engellenmesi, zararın onarılması ya da zarara sebep olan eylemi gerçekleştirenlerin cezalandırılması için, devlet normal şartlar altında, alması gereken önlemleri almakta ihmal göstermişse, devletin sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu durumda, devletin gereken özeni göstermekte yetersizliği söz konusudur²²⁴. Burada devlete isnat edilen davranış, ihmal suretiyle gerçekleşen bir davranıştır. Bu davranış, gereken tüm makul ve elverişli önlemleri almamaktır.

Bu konu Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu başlıklı çalışmada ayrı bir madde olarak yer almamıştır. Ancak çalışmanın 2. maddesiyle, "Devletin uluslararası haksız fiilinin unsurları" başlığı altında, uluslararası hukuka göre devlete isnat edilebilen ve devletin bir uluslararası yükümlülüğünü ihlal eder mahiyetteki "*icrai surette ya da ihmal suretiyle*" gerçekleştirdiği davranışlarından sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu haliyle,

²²³ *Corju Channel Case* Judgement, I.C.J. Reports, 1949. Kararın orijinal metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>, (Erişim: 18.04.2015)

²²⁴ SHELTON, s. 59-62.

devletin ihmal suretiyle gerçekleştirdiği davranışlarından sorumlu olduğu çalışma kapsamında açıkça ifade edilmiştir.

Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından, anılan çalışmayla birlikte Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na sunulan şerhte; ister kasta, ister ihmale isterse de gereken özeni göstermekte yetersizliklere dayansın, sorumluluğa sebep olan haksız fiilin ölçütlerinin, uygulanan uluslararası hukuk kuralına bağlı olduğu belirtilmiştir. Buna göre; ihlal edilen asli yükümlülük, yani birincil kurallar, özel olarak kusuru gerektirmiyorsa, davranış devlete isnat edilebildiği sürece, kusur (kast veya taksir), sorumluluğun doğumu için gerekli bir unsur değildir. Sorumluluğun ölçütleri, ihlal edilen birincil uluslararası hukuk kuralının özelliklerine bağlı ve bulunduğu bağlama özeldir²²⁵. Diğer bir anlatımla, Uluslararası Hukuk Komisyonu, devlet sorumluluğunu doğuracak olan davranışın bir uluslararası yükümlülüğün ihlali olduğunu kabul etmiş ve ihlal edilen yükümlülüğün ne tür bir sorumluluktan kaynaklanacağı konusunun ihlal edilen birincil kuralın özellikleri üzerinden değerlendirileceğini belirtmiştir. Bu haliyle, bu çalışmadaki temel yaklaşımlardan biri “objektif” sorumluluktur²²⁶.

Daha önce de ifade edildiği gibi, devlet sorumluluğu haksız fiile ilişkin hukuki bir sorumluluktur. Haksız fiil sorumluluğu, kusura dayanan sorumlulukla birlikte, tehlike veya hakkaniyet esasına dayalı objektif (kusursuz) sorumluluk ile “fedakârlığın denkleştirilmesi” esasına dayalı sorumluluk hallerini de kapsar. Kusur sorumluluğunun doğabilmesi için, haksız fiilin hukuka aykırı olması, zararın, kusurun ve nedensellik bağının varlığı gereklidir. Objektif sorumluluk ise, tehlike sorumluluğu, hakkaniyet sorumluluğu ya da nezaret ve ihtimam gösterme yükümünden doğan sorumluluk şeklinde ortaya çıkan ve farklı koşulların arandığı ancak temelde haksız fiile ilişkin kusur unsuru sebebiyle değil, kanunun koruma amacı ile zarar arasındaki bağ sebebiyle sorumluluğun ortaya çıktığı bir sorumluluk türüdür. Gereken özeni göstermemek sebebiyle doğan sorumluluk, “*objektif özen*

²²⁵ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Ms. Rashida Manjoo, A/HRC/23/49, 14.05.2013, par. 12.

²²⁶ HESSBRUEGGE, s. 267; UN Report of the International Law Commission, A/56/10, s. 69-70, par. 3-4.

gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dayanan ve sorumluluk çerçevesine giren bir zararın meydana gelmesi halinde, gerekli özenin gösterilmemiş olduğu ve zararın bu yüzden meydana geldiği karinesi”dir. Bu sorumluluğa “olağan sebep sorumluluğu” adı da verilmektedir²²⁷.

Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun, Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu başlıklı çalışmasına göre, devletin ihlal ettiği yükümlülüğün, kusur sorumluluğundan ya da özen sorumluluğundan kaynaklanan bir yükümlülük olmasının, sorumluluğun doğumu için önemi yoktur. “*Devletin uluslararası nitelikteki her haksız fiili o devletin sorumluluğunu doğurur.*” Sorumluluğun türü, birincil kurallarla ilgilidir ve bu kurallara bağlı olarak değişir. Birincil kuralların, devletlere, kusur sorumluluğuna ilişkin yükümlülükler yüklemesi mümkünken, objektif sorumluluğa ilişkin yükümlülükler yüklemesi de mümkündür. Devlet dışı aktörlerin eylemlerinden kaynaklanan ihlallerde, ihlal edilen birincil uluslararası hukuk kuralının özelliklerine göre devletin sorumluluğu, ihlalin gerçekleşmemesi için özen gösterme yükümü içeren bir özen sorumluluğudur.

Devletin ihmali davranışı sebebiyle devlet dışı aktörlerin eylemlerinden sorumlu olduğu konusu, devlet sorumluluğu kavramının modern yaklaşımı olarak nitelendirilen Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun çalışmasından önce de devlet sorumluluğu teorisi içinde kendisine yer bulan bir konudur. Yirminci Yüzyılın başlarında, 1912 yılında *Oppenheim*, “vekâleten sorumluluk teorisi”ni, devletin kendi topraklarında devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen şüpheli eylemlere sahip çıkmamak ve onaylamamak konusunda eksiklik göstermesi halinde, söz konusu şüpheli eylemlerden sorumlu olacağı yönünde geliştirmiştir. *Triepel*, 1920 yılındaki çalışmasıyla gereken özeni göstermek konusunda yetersiz olmaları halinde gerçekleşen sonuçtan devletlerin sorumlu olacağına ilişkin devlet sorumluluğu doktrinini açıkça dile getirmiştir²²⁸.

²²⁷ M. Kemal OĞUZMAN-M. Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, B. 2, İstanbul 1998, s. 465-473 ve 565-566.

²²⁸ Lawrence OPPENHEIM, International Law, 1912, s. 218 ve Heinrich TRIEPEL, Droit International et Droit Interne, Paris, 1920’dan aktaran, UN Human Rights Council, A/HRC/23/49, par.11; HESSBRUEGGE, s. 265-307.

Benzer yaklaşımı, o dönemdeki uluslararası yargı kararlarında da görmek mümkündür. 1923 tarihli *Tellini Davası*²²⁹, devlet dışı aktörlerin eylemlerinin devlete isnat edilemeyeceğine ilişkin genel kuralın bir uygulaması olarak ele alınan bir örnektir. Dava, Yunanistan ile Arnavutluk sınırını belirlemekle görevlendirilmiş bir İtalyan Generali olan *Tellini* ve mahiyetinin Yunanistan’da öldürülmesinden sonra, İtalya’nın olaydan Yunanistan’ı sorumlu tutmasına ilişkindir. Milletler Cemiyeti Konseyi’nce hukukçulardan oluşan özel bir komite kurulmuş ve Komite yaptığı incelemede şu hususu belirtmiştir:

*“Bir devletin, kendi ülkesinde yabancılara karşı işlenen bir siyasi suçtan dolayı sorumluluğu ancak bu devletin suçu önlemeye ilişkin elverişli bütün önlemleri almamakta ya da suçlunun yakalanması ve yargılanmasında bir ihmali bulunmakta ise söz konusu olur.”*²³⁰

Bu kararda ortaya konulan yaklaşıma göre; devlet dışı aktörlerin davranışları devlete isnat edilebilir değildir ve bir siyasi cinayetin devlete isnat edilmesinin gereken koşulları yokken sadece kendi topraklarında işlenmesi sebebiyle o devletin bu cinayetten sorumlu olduğu kabul edilemez. Ancak bu yaklaşımdan çıkan önemli bir diğer sonuç, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen bir ihlalin önlenmesi için elverişli bütün önlemleri almayan ya da suçlunun yakalanması ve yargılanmasında bir ihmali olan devletin, bu ihlal sebebiyle sorumlu olacağının kabul edilmesidir. Esasen, devlet dışı üçüncü kişilerin davranışlarından devletlerin sorumlu olmayacağına ilişkin bir örnek olarak ortaya konulan bu kararın karşıt anlamından şu sonuç çıkmaktadır: Devlet üçüncü kişilerin eylemlerinden, kendi ihmali davranışı sebebiyle belirli koşullar altında sorumludur. Burada devlete isnat edilen davranış gereken önlemleri almamaktadır. Bu, ihmal suretiyle gerçekleştirilen bir davranıştır. Devletin sorumluluğu bu ihmali davranışın devlete isnat edilebilir olmasından ve ihmalin burada niteliği itibarıyla kendiliğinden bir haksız fiil olmasından kaynaklanmaktadır.

²²⁹ *Tellini* davasını, SDN, Journal officiel quatrieme anne, n.1, 1923’ten aktaran, ERKİNER, Devletin Haksız Fiilinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği Isnat Kuralları, s. 146-148.

²³⁰ UN Report of the International Law Commission, A/56/10, s. 81.

Bu yaklaşıma başka bir örnek, Uluslararası Adalet Divanı'nda görülen 1980 tarihli *Tahran'daki Diplomatik ve Konsolosluk Personeline İlişkin Dava*'dır²³¹. Bu davaya konu olan olay; 4 Kasım 1979 tarihinde, Tahran'da, ABD Büyükelçiliği'ne baskın yapılması ve o anda orada bulunan elli iki kişinin dört yüz kırk dört gün boyunca rehin tutulmasıdır. Divan, İran Devleti'nin olayda sorumluluğunun olup olmadığını tespit ederken, gelişen olaylar karşısında, İran'ın Amerika Birleşik Devletleri Elçiliği'nin bulunduğu araziye, Elçilik personeline ve arşivini militanlar tarafından gerçekleştirilen saldırıya karşı korumakta, bu saldırıyı önlemekte ya da saldırının tamamlanmasının önüne geçerek saldırıyı durdurmakta gereken önlemleri almakta yetersiz olduğu²³² tespitini de yapmıştır. Bu tespit yine devlet dışı üçüncü kişilerin davranışları söz konusu olduğunda, ilgili devletin, üçüncü kişilerin davranışını önlemek ve mağduru korumak için gereken önlemleri almakta yetersiz kalması, diğer bir ifadeyle ihlal oluşturan davranışın gerçekleşmesinde ihmalinin olması halinde devlet sorumluluğunun tartışılabilir olduğunu göstermektedir.

Aynı yaklaşımı Uluslararası Hakem Kararlarında daha açık bir şekilde görmek mümkündür. Örneğin, Meksika ve Amerika arasında 1923 tarihli andlaşma ile kurulan Komisyon, Meksika topraklarında bir Meksikalı tarafından öldürülen bir Amerika Birleşik Devletleri vatandaşıyla ilgili olaya ilişkin kararında, ölümden devletin sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Komisyon, Meksika Devletini, katilin yakalanmaması üzerine, olay sonrasında katili yakalamak için hızlı ve etkili şekilde harekete geçilmemesi sebebiyle sorumlu bulmuş ve anılan Devleti bu sebeple tazminat ödemekle yükümlü tutmuştur²³³. Aynı Komisyon, yaklaşık bin kişinin katıldığı bir ayaklanma sonucunda öldürülen üç Amerika Birleşik Devletleri vatandaşının ölümüne ilişkin davada, Meksika Devleti'ni iki sebeple sorumlu tutmuştur. İlk olarak Meksika Devleti'nin kalabalığın öfkesi sebebiyle ölen üç kişiyi korumada gereken özeni gösterip göstermediğini değerlendirmiş ve anılan Devletin

²³¹ *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment of 24 May 1980. Kararın İngilizce metni için bkz. <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6293.pdf> (Erişim: 18.04.2015)

²³² *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, par. 63.

²³³ Reports of International Arbitral Awards, *Laura M. B. Janes et al. (U.S.A.) v. United Mexican States*, 16.11.1925. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/82-98.pdf (Erişim: 18.04.2015)

bu üç kişiyi korumak için gereken önlemleri almadığı sonucuna ulaşmıştır. İkinci olarak; suçluların yakalanması, soruşturulması ve cezalandırılması konusunda, Meksika Devleti'nin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği değerlendirilmiştir. Olayın ardından yapılan soruşturma sonucunda, yakalanan on sekiz kişi, az miktarda kefaletle serbest bırakılmış, para cezasına çarptırılanların cezaları indirilmiş ve üç kişinin öldürülmesiyle sonuçlanan yaklaşık bin kişinin katıldığı ayaklanmada ölümlerden doğrudan sorumlu olanlar tespit edilememiştir. Komisyon, söz konusu soruşturma ve kovuşturma sonucunda, Meksika Devleti'nin yabancı devlet vatandaşlarına karşı işlenen suçlarda, sorumluların yakalanması ve cezalandırılması yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır²³⁴. Komisyonun bir diğer kararı, Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olan patronunu öldüren bir Meksika vatandaşının, yakalanıp cezaevine konulduktan kısa bir süre sonra kaçması olayına ilişkindir. Komisyon, bu olayda da, yabancı bir devlet vatandaşının öldürülmesiyle ilgili titizlikle soruşturma yapılması ve uygun bir şekilde sorumluların cezalandırılması yükümlülüğünü yerine getirmeyen Meksika Devletini sorumlu tutmuştur²³⁵.

Üçüncü kişilerin eylemlerinden ihmali davranışı sebebiyle devletin sorumluluğu konusunda örnek olarak alınan ve yukarıda açıklanan kararlardan da görüldüğü üzere, devletlerin sorumlu tutuldukları üçüncü kişilerin eylemleri daha ziyade, ülke topraklarında bulunan yabancı ülke vatandaşlarına karşı gerçekleştirilen eylemlerdir. Devletlerin kendi topraklarında bulunan yabancıları, üçüncü kişilerin haksız eylemlerinden korumak ve böyle haksız eylem oluştuğunda, bundan sorumlu olanları yakalamak ve cezalandırmak konusunda uluslararası hukukta birincil kurallar bulunmaktadır. Bunlardan iki yükümlülük çıkmaktadır: İlk olarak korumaya ilişkin uluslararası kuralı garanti edecek yasal ve idari devlet aygıtları sağlamak, ikincisi bu devlet aygıtlarını, koşulların gerektirdiği şekilde çalıştırmaktır. Bu “gereken özeni gösterme” sorumluluğudur ve örnek alınan davalarla bu sorumluluğun uluslararası hukukça kabul edildiği açıkça ortaya konulmuştur. Diğer

²³⁴ Reports of International Arbitral Awards, *Thomas H. Youmans (U.S.A.) v. United Mexican States*, 23.11.1926. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/110-117.pdf (Erişim: 18.04.2015)

²³⁵ Reports of International Arbitral Awards, *Gertrude Parker Massey (U.S.A.) v. United Mexican States*, 15.04.1927. http://legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/155-164.pdf (Erişim: 18.04.2015)

taraftan, uluslararası hukuk tarafından korunan yabancıların haklarının ihlali, uluslararası insan hakları hukuku ihlallerine en yakın uluslararası hukuk ihlalleridir²³⁶. Bu sebeple, yabancıların haklarının korunmasına ilişkin devletlerin gereken özeni gösterme yükümlülüğü, uluslararası insan hakları hukuku açısından yol gösterici olmuştur.

2. Uluslararası Hukukun Genel Kurallarının İnsan Hakları Hukukuna Uygulanması

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu başlıklı çalışmasının 12. maddesine göre:

“Devletin fiili, uluslararası yükümlülük uyarınca kendisinden istenen fiile uygun olmadığında, yükümlülüğün kaynağı ya da niteliği ne olursa olsun, söz konusu devlet tarafından bir uluslararası yükümlülüğün ihlaline neden olunmuştur.”

Madde metninden anlaşılaçağı üzere, Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından ortaya konulan husus; birincil yükümlülüğün şekli kaynağı ya da niteliği fark etmeksizin ihlali halinde, devlet sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanacağıdır. Madde metninin uygulama alanı geneldir. Bunun, devlet sorumluluğunun uygulanma alanının da her tür uluslararası yükümlülüğü kapsaması sebebiyle genel olduğı saptamasıyla birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Yükümlülüğün kaynağı bir uluslararası teamül hukuku kuralı, antlaşma kuralı ya da uluslararası hukuk düzeninde geçerli bir genel hukuk kuralı olabilir. Yükümlülük, niteliği itibariyle, kuvvet kullanmanın yasaklanması gibi münhasıran uluslararası hukukun bir alanına ilişkin olabileceğı gibi, insan hakları hukukuna ilişkin de olabilir. Ayrıca yükümlülüğün niteliğinin ne olduğı da sınırlandırılmamıştır. Yükümlülüğün bir “sonuç yükümlülüğü” ya da bir “davranış yükümlülüğü” olmasının da bir önemi yoktur²³⁷.

²³⁶ SHELTON, s. 58-84.

²³⁷ UN Report of the International Law Commission, A/56/10, s. 124-133.

İnsan hakları hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, esas olarak insan haklarının korunması mekanizmalarının konusunu oluşturur. Uluslararası hukukun genel kuralları içinde yer alan devlet sorumluluğu kurumuyla uluslararası düzeyde insan haklarının korunması mekanizmaları, içerdikleri pek çok farklılıkla birlikte öncelikle amaçları itibariyle birbirinden farklıdır. Devlet sorumluluğunda öncelikli amaç zararın giderilmesidir. İnsan haklarının korunmasında zararın giderilmesi bir amaç olsa da öncelikli amaç insan kişiliğinin ve değerlerinin korunması, kişilerin hak ve özgürlüklerinin garanti altına alınmasıdır²³⁸.

Bu haliyle, bir davranış, insan hakları hukukundan kaynaklı bir yükümlülük ihlalini oluşturuyorsa ve devlet sorumluluğuna ilişkin isnat kuralları uyarınca devlete isnat edilebiliyorsa, farklı hukuki kurumlar açısından farklı mekanizmalar devreye girebilir. Koşulları olduğu takdirde, bu davranış, uluslararası hukuk açısından devlet sorumluluğunu doğurur. Devlet sorumluluğunun doğması için hukuki mekanizmayı harekete geçirecek olanlar, devletler ve öteki uluslararası hukuk kişileridir. Uluslararası hukuka göre devlet sorumluluğunun kişiler tarafından harekete geçirilmesi ve işletilmesi mümkün değildir. Böyle bir ihlalin uluslararası hukuk açısından sonuçları, Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasında yer aldığı şekliyle, yükümlülüğünü ihlal eden devletten ihlale son vermesini ve tekrar etmemesini isteme ve yine koşulları varsa onarım talep etmektir²³⁹. Uluslararası insan hakları hukuku açısından ise, insan haklarının korunması mekanizmaları gündeme gelecektir. Bu, evrensel ya da bölgesel düzeyde devletler tarafından kabul edilmiş sözleşmelerle oluşturulmuş insan haklarının korunması mekanizmalarının, hakları ve özgürlükleri ihlal edilen kişiler, kişi grupları ya da sözleşmenin tarafı olan başka bir devlet tarafından harekete geçirilmesi demektir. Bu mekanizmanın amacı insan hak ve özgürlüklerinin korunması ve mağdurların zararını gidermektir.

Uluslararası insan haklarını koruma mekanizmaları çerçevesinde, hem bir devletin vatandaşlarının hem de yabancıların haklarının korunması olanaklıdır. Ancak geleneksel uluslararası hukuk açısından devlet sorumluluğu, kişiler bakımından yalnızca yabancılar için işlemektedir. Bir devletin kendi egemenlik

²³⁸ SHELTON, s. 97-104; PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2005, s. 151 vd.

²³⁹ UN General Assembly, A/RES/56/83, m. 28-31.

yetkisi altında bulunan, bir başka devlet vatandaşına karşı haksız fiili sebebiyle, uluslararası sorumluluk kurumunun çalıştırılması olanağı vardır. Burada, haksız fiilin mağduru olan kişinin vatandaşlık bağıyla bağlı olduğu devletin doğrudan zararı olduğu kabul edilir.

Diğer taraftan, ilgili devletin kendi vatandaşlarına karşı gerçekleştirdiği davranışlar söz konusu olduğunda, Uluslararası Hukuk Komisyonu, bu davranışın *erga omnes* yükümlülüklerin ihlalini oluşturması halinde, devlet sorumluluğu mekanizmasının işletilebileceğini kabul etmiştir. Bir devlet, bir sözleşmeden ya da bir teamül hukuku kuralından kaynaklanan insan haklarına ilişkin uluslararası bir yükümlülüğünü, örneğin soykırım yapmama yükümlülüğünü ihlal ediyorsa, bu başka bir devletin doğrudan zarar görmesi sonucunu doğurmaz. Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasında, zarar gören devlet kavramı genişletilerek, böyle bir durumda, ihlal edilen yükümlülüğün konusu olan sözleşmenin tarafı olan ya da o teamül kuralıyla bağlı olan diğer devletlerin çıkarlarının etkilenmiş olduğu varsayılmıştır. Böyle bir yükümlülüğün ihlali halinde tüm devletler zarar gören devlettir²⁴⁰.

Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun bu yaklaşımı, devletlerarası yükümlülüklerle, tüm uluslararası topluma karşı olan yükümlülükler arasında niteliksel bir ayrım yapılmasının mümkün olduğu görüşüne dayanır. Böyle bir ayrımın kabul edilebileceğini, Uluslararası Adalet Divanı, daha önce ele alındığı üzere, *Barcelona Traction Davası*'nda ortaya koymuştur. Buna göre; bir devletin uluslararası topluluğun geneline karşı yükümlülükleri, bütün devletleri ilgilendirir. Bu hakların önemi sebebiyle, korunmalarında tüm devletlerin hukuki menfaatleri vardır ve bu yükümlülükler *erga omnes* yükümlülüklerdir²⁴¹. İnsan haklarının birçoğu *erga omnes* yükümlülüktür ve bu nedenle bütün devletler tarafından korunması gerekir. Bu sebeple *erga omnes* nitelikteki insan hakları ihlalleri, bir devlet

²⁴⁰ SHELTON, s. 97-104; PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2005, s. 151 vd.

²⁴¹ *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgement, par. 33.

tarafından kendi vatandaşlarına karşı gerçekleştirilse bile uluslararası hukuk çerçevesinde devlet sorumluluğuna başvurulabilecektir²⁴².

İnsan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, insan hakları mekanizmalarının devletler tarafından harekete geçirilmesi de, uluslararası hukuk çerçevesinde devletin sorumluluğuna başvurulması da çok sık görülen uygulamalar değildir. Bu, insan hakları yükümlülüklerinin uluslararası hukuktaki diğer hak ve yükümlülüklerden farklı olmasının bir sonucudur. Uluslararası hukuktaki diğer hak ve yükümlülükler, yapıları gereği karşılıklıdır. Sözleşmenin taraflarının eşit çıkarları vardır ve taraflar karşılığında eşit yükümlülükler üstlenirler. Bir sözleşmeyi ihlal eden bir davranış, doğrudan diğer devletin çıkarlarına zarar verir. Bu şekilde haksız fiili gerçekleştiren devlet, kendi sorumluluğunu yaratır ve zararı giderme yükümü altına girer. Bunun aksine, insan hakları yükümlülükleri, devletler arasında karşılıklı yükümlülükler kurmaktan ziyade kişilerin bu hak ve özgürlüklerden faydalanmasını garanti altına almayı amaçlar. Bu sebeple de, bir devletin bir insan hakları yükümlülüğünü ihlal etmesi, başka bir devletin doğrudan zarar görmesi sonucunu doğurmaz. Bunun sonucu olarak, devletler insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda, bu sorunu belli bir gizlilik içinde, diplomatik yollardan çözmeyi tercih ederler. Devletler, bu tür şikâyetlerin ekonomik ve politik maliyetinin yüksek olduğunu düşünürler. Devletlerarası ilişkilerde, ilgili devletin doğrudan bir zararı yokken ve başkaca bir siyasi saik içermiyorsa, bir devletin başka bir devleti insan haklarını ihlal etmekle suçlamasıyla çok sık karşılaşılmaz²⁴³. Bu sebeple insan haklarının korunması amacıyla en etkin yöntem, mağdur kişi ya da kişi gruplarının harekete geçirdiği uluslararası insan hakları koruma mekanizmalarıdır.

Her iki kurum açısından ortak olan nokta, yükümlülük kavramı ve yükümlülük ihlalinin devlete isnat edilmesine ilişkin kurallardır. Nasıl ki uluslararası hukuka göre devlet sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için devletin bir yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğuran bir davranışın varlığı ve bu davranışın

²⁴² SHELTON, s. 97.

²⁴³ SHELTON, s. 97-104; PAZARCI, Uluslararası Hukuk Dersleri, 2005, s. 151 vd; Feyyaz GÖLCÜKLÜ-Şeref GÖZÜBÜYÜK, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, B. 6, Ankara 2005, s. 31-33.

devlete isnat edilebilmesi gerekmekte ise, insan hakları hukuku açısından da aynı kurallar uygulanmaktadır. Nitekim Uluslararası Hukuk Komisyonu, çalışmayla birlikte sunduğu şerhte, kuralları açıklarken, pek çok kez uluslararası insan hakları kuruluşlarının kararlarına atıfta bulunmuştur.²⁴⁴ Benzer şekilde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yakın tarihli kararlarında da Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmasındaki isnat kurallarının özellikle devlet dışı aktörlerin eylemleri sonucu doğan insan hakları ihlallerine ilişkin davalarda, doğrudan ve kaynak gösterilerek kullanıldığı görülmektedir.²⁴⁵ Esasen Mahkeme bu kararlarında, eski kararlarında atıf yapmaksızın kullandığı uluslararası hukuka ilişkin isnat kurallarını, doğrudan kaynak göstermek suretiyle kullanmıştır.

Sonuç olarak; bir insan hakları ihlali söz konusu olduğunda, bu ihlalin icrai ya da ihmali davranışı sebebiyle devlete isnat edilmesi mümkünse, insan hakları hukuku açısından da devletin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Uluslararası hukukta devlet sorumluluğunu doğuran yükümlülük ihlallerinin niteliği sınırlanmadığı gibi, devlete isnat edilebilecek insan hakları ihlalinin niteliği de sınırlı değildir. Devletin insan hakları hukuku kapsamında üstlendiği her türlü yükümlülüğün ihlalinden, belirli koşullar altında, insan hakları hukuku açısından devlet sorumluluğu doğabilir. Aynen uluslararası hukukta olduğu gibi bu yükümlülüğün bir “sonuç yükümlülüğü” ya da bir “davranış yükümlülüğü” olmasının da bir önemi yoktur.

²⁴⁴ Örnek olarak bkz. UN Report of the International Law Commission, A/56/10, s. 86, par.6; s.97, par. 7; s.101, par.6; s.130, par.11; s.139-140, par. 4; s. 141-142, par. 9; s. 142, par.11; s. 151, par. 4.

²⁴⁵ Örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Haklar Mahkemesi, *Bures/Çek Cumhuriyeti* Kararı, Başvuru No: 37679/08, 18.10.2012, par.74; *Catan ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* Kararı, Başvuru No:43370/04, 8252/05, 18454/06, 19.10.2012, par. 74; *Guiso-Gallisay/İtalya* Kararı, Başvuru No: 58858/00, 22.12.2009, par. 53-55 ve 60.

C. DEVLETLERİN İNSAN HAKLARI HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

1. Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinde Devletin Yükümlülükleri

İnsan hakları hukukuna göre, devletler, kendi toprakları üzerinde yaşayan ve kendi egemenlik yetkisine tabi tüm insanların hak ve özgürlüklere sahip olduklarını tanıma ve bu hak ve özgürlüklerini ihlal etmeme yükümlülüğünün yanında, bu haklardan ve özgürlüklerden etkili olarak faydalanılmasını sağlamak üzere farklı yükümlülükler de üstlenirler. Bu yükümlülüklerin kaynağı, ikili ya da çok taraflı sözleşmeler, teamül hukuku ya da özellikle devletlerin anayasaları olmak üzere kendi iç hukuklarındaki düzenlemelerdir.

Devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak üstlendikleri yükümlülükler ilk olarak 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, 1793 tarihli Fransız Anayasası ve 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi'nde görülür²⁴⁶. Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nde açık bir şekilde ifade edildiği haliyle, her siyasal toplumun amacı, insanın özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnme haklarını korumaktır. 1793 tarihli Fransız Anayasası'na göre, devlet insanın doğal ve devredilmez haklarından yararlanmasını güvence altına almak için kurulmuştur.

Devletlerin üstlendiği bu yükümlülükler temel insan hakları belgelerinde farklı şekillerde ifade edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin giriş bölümünde, Bildiri'nin, toplumun tüm bireyleriyle kuruluşlarının, Bildiri'de yer alan hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye ve devletlerin bu hak ve özgürlüklerin evrensel ölçüde ve etkin olarak tanınıp uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla ilan edildiği belirtilmiştir²⁴⁷. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, modern insan

²⁴⁶ Bülent **ALGAN**, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yay., Ankara 2007, s. 82.

²⁴⁷ “Toplumun bütün bireyleriyle kuruluşlarının bu Bildiriye her zaman göz önünde tutarak öğretim ve eğitim yoluyla *bu hak ve özgürlüklere saygıyı geliştirmeye*, giderek artan ulusal ve uluslararası tedbirlerle gerek üye devletler ve gerek onların yönetimleri altındaki ülkeler halkları arasında *sözö edilen hak ve özgürlüklerin evrensel ölçüde ve etkin olarak tanınıp uygulanmasını sağlamaya çaba göstermeleri amacıyla* tüm halklar ve uluslar için erişilecek ortak ülküleri belirleyen bu İnsan Hakları

hakları hukukunun kurucu belgesi ve temel kaynağı olarak kabul edilmektedir²⁴⁸. Bildiri’de, insan hakları söz konusu olduğunda, devletlerin yükümlülüklerinin, hak ve özgürlükleri ihlal etmemekten ibaret olmadığı ifade edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nda oylama sonucunda kabul edilmiş bir karardır. Teknik olarak bağlayıcı bir etkisi yoktur. Buna karşın, Uluslararası Adalet Divanı Statüsü’ne göre (m. 38, 1/c), İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde belirtilmiş ilkeler, “*Hukukun, uygar uluslarca tanınmış, genel ilkeleri*”ndendir. Ayrıca Bildiri’nin sadece yüksek bir moral ve siyasal otoriteyi temsil eden bir belge olmadığı, uluslararası teamül hukukunun (m. 38, 1/b) bir parçası olarak güç ve işlerlik kazandığı görüşlerinin de mevcut olduğu dikkate alındığında, Bildiri’nin giriş bölümündeki bu yaklaşım daha da önem kazanmaktadır²⁴⁹.

Birleşmiş Milletlerin ikiz sözleşmeleri, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi de devletlerin yükümlülüklerine ilişkin hükümler içermektedir. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi’nin ikinci bölümünde, Sözleşme’nin tarafı olan devletin “*genel yükümlükleri*” düzenlenmiştir. Bu bölüm altında yer alan Sözleşme’nin 2. maddesine göre; Sözleşme’nin tarafı olan her devlet, kendi ülkesinde yaşayan ve yetkisi altında bulunan bütün bireylere ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından hiçbir ayırım gözetmeksizin bu Sözleşme’de tanınan hakları sağlamayı (temin etmeyi/güvence altına almayı) ve bu haklara saygı göstermeyi taahhüt eder. Sözleşme’de tanınan hakları temin etmek ya da kullanılmasını güvence altına almak için devletlerin pozitif adımlar atması gerekmektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi’nin 2. maddesine göre; Sözleşme’nin tarafı olan her devlet, münferiden ve ekonomik ve teknik plan başta

Evrensel Bildirisini ilan eder.” Münci **KAPANİ**, İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları, Bilgi Yayınevi, B. 2, Ankara 1991.

²⁴⁸ GEMALMAZ, s. 57.

²⁴⁹ GEMALMAZ, s. 61-65; Rona **AYBAY**, Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 113, TBB İHAUM Dizisi: 7, 2006.

olmak üzere uluslararası yardım ve işbirliği yoluyla, mevcut kaynakların azamisini kullanarak, bilhassa yasal düzenleme suretiyle alınacak tedbirleri de içerecek şekilde her türlü uygun yöntem vasıtasıyla, bu *Sözleşme'de tanınan hakların tam olarak kullanılmasını aşamalı olarak sağlamak amacıyla tedbirler almayı* taahhüt eder. Taraf Devletlerin Sözleşme'de düzenlenen haklara ilişkin yükümlülüklerini düzenleyen bu maddede, “*aşamalı gerçekleştirme/uygulama*” ifadesine yer verilerek, Taraf Devletlere, üstlenecekleri yükümlülükler bakımından daha esnek ya da geniş hareket alanı bırakıldığı görülmektedir. Bu ifade şekli, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'ndeki ifade şekliyle karşılaştırıldığında, Taraf Devletlerin Sözleşme'de yer alan haklar bakımından bir “yükümlülük” üstlenmedikleri, daha ziyade Sözleşme'deki bu ifadenin, Sözleşme'de düzenlenen hakların Taraf Devletlerce “tanınması” anlamına geldiği yorumlarını ortaya çıkarmaktadır²⁵⁰. İkiz sözleşmelerin de bu ifade tarzıyla destek olduğu, medeni ve siyasi hakların öncelikli haklar olarak insan hakları sisteminin özünü oluşturduğu, buna karşın ekonomik ve sosyal hakların temenni olarak kaldığı yargısı, kadın erkek eşitsizliğinin temelinde yatan yapısal ve maddi sorunların çözümünü zayıflatmaktadır²⁵¹.

İkiz Sözleşmelerin 2. maddesinin kaleme alınma tarzındaki bu farklılık, düzenledikleri haklar yönünden, Taraf Devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerin anlamını değiştirecek şekilde yorumlanmamalıdır. Temel ayırım, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nde Taraf Devletlerin yükümlülüğünün, belirtilen hakları hemen hayata geçirme sorumluluğu olmasına karşın; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde Taraf Devletlerin yükümlülüklerini zamanla hayata geçirebilme ya da aşamalı olarak sağlayabilmelerine ilişkindir²⁵². Yükümlülük derecelerine ilişkin böylesi bir ayırımın varlığı, her iki Sözleşme'yle de, Taraf Devletlerin sözleşmedeki hakları tanıma ve ihlal etmeme dışında farklı yükümlülüklerinin olduğunun kabul edildiği gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.

²⁵⁰ Bu görüşler için bkz. ALGAN, s. 178.

²⁵¹ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 160.

²⁵² Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No: 3, “Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin İçeriği”, E/1991/23, 1990, par.9, (Derl. Lema **UYAR**), Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 139-140.

İkiz Sözleşmelerde düzenlenen hakların ve özgürlüklerin uygulanmasını izlemek ve değerlendirmek ve tanınan hak ve özgürlüklere Taraf Devletlerin uymalarını sağlamak ve denetlemek üzere kurulan İnsan Hakları Komitesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından çeşitli maddeler yorumlanarak hükümlerin kapsamı netleştirilmektedir. Bu amaçla yapılan, İnsan Hakları Komitesi'nin 3 Sayılı Genel Yorum'unda, Sözleşme'nin iç hukukta uygulanması açısından sadece anayasal faaliyetler veya yasama faaliyetlerinin yeterli olmadığı, Sözleşme'deki yükümlülüğün sadece insan haklarına saygıyı değil, aynı zamanda *“Taraf Devletin otoritesi altındaki tüm bireylerin de haklardan yararlanmasının sağlanmasını”* içerdiği belirtilmiştir²⁵³. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin Taraf Devletlerin Yükümlülüklerinin İçeriğine ilişkin 3 Sayılı Genel Yorumu'nda, benzer şekilde Taraf Devletlerin yükümlülüklerinden birinin, belirli hakların *“ayrım gözetilmeden kullanılmasını güvence altına alma”* yükümlülüğü ve diğer yükümlülüğün ise, göz önünde tutulması gereken diğer durumlarla sınırlandırılmayan ya da nitelendirilmeyen bir yükümlülük olan *“gerekli tedbirlerin alınması”* olduğu belirtilmiştir²⁵⁴.

İnsan Hakları Komitesi, 1981 tarihli 3 Sayılı Genel Yorumu'nda belirtilen ilkeleri 2004 tarihli 31 Sayılı Genel Yorumu'nda genişletmiştir. Devletlerin, Sözleşme'deki haklara saygı gösterme ve bu hakları ülkelerinde yaşayan ve yargı yetkileri altındaki tüm bireyler için güvence altına alma genel yükümlülüğünü üstlendiklerini, bu yükümlülüğün içerik açısından hem negatif hem de pozitif bir yükümlülük olduğunu, devletlerin bu hakların ihlalinin kaçınması ve aynı zamanda bu hakların sürekli ve etkili şekilde korunmasını sağlamasının gerektiği belirtilmiştir²⁵⁵. Bu yoruma göre ayrıca, devletler, bireylerin Sözleşme'deki haklarını sadece devlet organları tarafından değil aynı zamanda Sözleşme uygulanabildiği ölçüde, gerçek ve tüzelkişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallere karşı da güvence

²⁵³ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 3, “Madde 2: Sözleşme'nin İç Hukukta Uygulanması”, 1981, par.1, UYAR, s. 6-7.

²⁵⁴ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No: 3, par. 1-2, UYAR, s. 136-137.

²⁵⁵ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 31, “Taraf Devletlerin Genel Hukuki Yükümlülüklerinin İçeriği”, 2004, par. 3-8, UYAR, s. 117-119.

altına almalıdır. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, devletlerin gerçek ya da tüzelkişilerin eylemlerini engelleyememe, cezalandıramama, soruşturamama, oluşan zararları telafi etmeme şeklindeki hak ihlallerine sebep olabilir²⁵⁶.

İnsan Hakları Komitesi'nin, Sözleşme'de yer alan haklarla ilgili Genel Yorumlarında da, devletlerin farklı yükümlülüklerine yer verilmiştir. Örneğin, devletler yaşam hakkının korunması için *olumlu tedbirler almalıdır*²⁵⁷; herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahip olmakla birlikte, bu hak aynı zamanda, *herkesin istediği düşünceye sahip olma hakkının korunmasını* da gerektirir²⁵⁸; hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfî ya da yasadışı olarak müdahale edilemez, aynı zamanda devlet, *bu hakkı korumayı hedefleyen yasama tedbirlerini ve gerekli tüm tedbirleri alma yükümlülüğü* altındadır²⁵⁹. Benzer ifadeleri Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi'nin yorumlarında da görmek mümkündür. Komite'ye göre; “*Yeterli beslenme hakkı, diğer bütün insan hakları gibi Taraf Devletlere üç tür yükümlülük yüklemektedir. Bu yükümlülükler, saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüğüdür. Bu bağlamda, yerine getirme yükümlülüğü, hem destek olma hem de sağlama yükümlülüğünü içermektedir.*”²⁶⁰; “*Devletler, eğitim hakkının, ‘herhangi bir ayırım gözetilmeksizin’ uygulanmasını güvence altına almayı ve 13. maddenin tam anlamıyla gerçekleştirilmesi için ‘tedbirler almayı’ taahhüt etmektedirler.*”²⁶¹

²⁵⁶ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 31, par. 8, UYAR, s. 118-119.

²⁵⁷ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 6, “Madde 6: Yaşam Hakkı”, 1982, par.5, UYAR, s. 11.

²⁵⁸ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 10, “Madde 19: Düşünce Özgürlüğü”, 1983, par.1, UYAR, s. 18.

²⁵⁹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 16, “Madde 17: Özel Hayatın Gizliliği”, 1988, par.1, UYAR, s. 33.

²⁶⁰ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No: 12, “Madde 11: Yeterli Beslenme Hakkı”, E/C.12/1999/5, 1999, par. 15, UYAR, s. 208.

Benzer bir yorum için bkz. Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No: 14, “Madde 12: Ulaşılabilecek En Yüksek Sağlık Standardına Sahip Olma Hakkı”, 2000, par. 33, UYAR, s. 250.

²⁶¹ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Genel Yorum No: 13, “Madde 11: Eğitim Hakkı”, 1999, par. 43, UYAR, s. 230.

Yukarıda ele alınan sözleşmeler, insan hakları hukukunun temel belgeleri olarak kabul edildiği için, devletlerin yükümlülüklerine ilişkin yaklaşımları öncelikli olarak değerlendirme konusu yapılmıştır. Bu belgeler dışında bölgesel sözleşmelerde ya da belirli haklara ilişkin olarak yapılan insan hakları sözleşmelerinde de devletlerin farklı yükümlülükler üstlendiklerine dair ifadeler bulunmaktadır. Sözleşmelerde, bu yükümlülükler farklı şekillerde kaleme alınmıştır. İnsan haklarına “saygı göstermek ve temin etmek” genel bir yükümlülük olarak, her insan hakları belgesinde hukuki dayanağını bulmaktadır²⁶². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesiyle, Taraf Devletlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme’nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden “yararlanmasını sağlayacakları” hüküm altına alınmıştır. Daha açık bir şekilde, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1. maddesinde; “Sözleşme’nin Tarafı olan Devletler, burada tanınan haklara ve özgürlüklere saygı göstermeyi ve kendi yargı yetkilerine tabi tüm kişilerin, söz konusu hak ve özgürlükleri, ... özgürce ve tam olarak kullanabilmelerini temin etmeyi üstlenirler.” hükmüne yer verilmiştir. Bu yükümlülükler Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihatlarıyla geliştirilmiştir.

2. Negatif ve Pozitif Yükümlülükler Ayrımı

İnsan haklarının devletlere farklı türlerde yükümlülükler yüklediği uluslararası insan hakları belgelerinden yukarıda açıklandığı şekilde çıkarılabilir. Bu yükümlülükler, sözleşmelerde çeşitli şekillerde kaleme alındığı gibi, teorik alanda da, farklı şekillerde tasnif edilmişlerdir. İlk olarak, devletlerin insan haklarından doğan yükümlülüklerinin “negatif” ve “pozitif” yükümlülükler olarak ayrılarak ele alındığı görülür.

Hakka müdahale etmeme şeklinde karşılık bulan negatif yükümlülük, devletin hak ve özgürlüklere saygı göstermesi ve hakların özgürce kullanılmasına karışmamasıdır. Hakkın etkili kullanımını, yani bireylerin haklardan yararlanmasını

²⁶² GEMALMAZ, s. 1234.

sağlama yönünde, devletin aktif eylemde bulunmasını gerektiren yükümlülüklerse devletin pozitif yükümlülükleridir²⁶³.

Bu ayırım Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında da yer bulmuştur. AİHS'in maddelerinin negatif ve pozitif olmak üzere iki boyuta sahip olduğu kabul edilir. Bu kabul, Sözleşme'nin birinci maddesinde yer alan, Taraf Devletlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden “yararlanmasını sağlayacakları” hükmüne dayanır. Sözleşme'nin Taraf Devletlere hem negatif hem de pozitif yükümlülükler yüklediği yorumu, Sözleşme'nin ilk maddesinde yer alan bu ifade üzerinden açıklanmaktadır²⁶⁴.

Mahkeme'nin pozitif yükümlülük kavramını kullandığı ilk karar 27.07.1968 tarihli *Belçika dil hakları davasıdır*²⁶⁵. Mahkeme bu kararında, pozitif yükümlülük kavramına “hak” teriminden yola çıkarak ulaşmıştır. Mahkeme'nin değerlendirilmesine göre; Birinci Protokol'ün 2. maddesinde yer alan “Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.” hükmüyle, eğitim bir hak olarak düzenlenmiştir. Bir hak var olduğuna göre, Sözleşme'nin 1. maddesi doğrultusunda devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınmalıdır. Her ne kadar madde metninde negatif bir ifade tarzı kullanılmışsa da, bu ifade tarzından, devletin eğitim hakkını sağlamada pozitif bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz²⁶⁶.

Mahkeme pozitif yükümlülük içtihadını, *Marckx - Belçika*²⁶⁷, *Airey - İrlanda*²⁶⁸ ve *X ve Y - Hollanda*²⁶⁹ kararlarıyla geliştirmiştir. Mahkeme'nin bu

²⁶³ ALGAN, s.82-83; GEMALMAZ, s. 239.

²⁶⁴ David **HARRIS**-Micheal **O'BOYLE**-Colin **WARBRICK**, Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, New York 2009, s. 18.

²⁶⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Belçika Dil Hakları Davası/Belçika Kararı*, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.

²⁶⁶ *Belçika Dil Hakları Davası/Belçika*, par. 3.

²⁶⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Marckx/Belçika Kararı*, Başvuru No: 6833/74, 13.07.1979.

²⁶⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Airey/İrlanda Kararı*, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979.

²⁶⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *X ve Y/ Hollanda Kararı*, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985.

kararlarında, devletin “karışmama” ödevi yanında pozitif yükümlülüklerinin de var olduğu, özel yaşama saygı hakkının düzenlendiği Sözleşme’nin 8. maddesi kapsamında ele alınmıştır. İlk olarak açıklıkla, *Marckx - Belçika* kararında ifade edildiği şekliyle; Sözleşme’nin 8. maddesinin temel amacı, bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır; bununla birlikte, bu madde, bir devleti sadece aile yaşamına müdahale etmemeye zorlamakla kalmaz aynı zamanda aile yaşamına “saygı” kavramı gereği pozitif yükümlülükler de madde kapsamına dâhildir²⁷⁰. Bununla birlikte *Airey - İrlanda* kararında, adil yargılanma hakkının düzenlendiği Sözleşme’nin 6. maddesi kapsamında da, devletin böyle bir pozitif yükümlülüğünün olduğu değerlendirilmiştir. Buna göre; devletin adil yargılanma hakkı kapsamında, mahkemeye ulaşma hakkını etkili bir biçimde koruma yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için pozitif tedbirler alması gerekir²⁷¹.

Görüldüğü üzere, pozitif yükümlülük kavramına ilişkin Mahkeme içtihadı, ilk olarak *Belçika dil hakları davasıyla*, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar bağlamında ele alınmışsa da, medeni ve siyasal haklar alanında devam etmiş ve gelişmiştir. Mahkeme “hak”, “saygı” ve “yararlanma” kavramlarına dayanarak artan şekilde pozitif yükümlülük türetmiştir. AİHM içtihatlarında, negatif ve pozitif yükümlülüğü ayıran şey, ele alınan hakkın ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan ya da medeni ve siyasal haklardan biri olmasına ilişkin değildir. Pozitif yükümlülükler bütün haklar için kabul edilmiştir²⁷². Pozitif yükümlülüklerle negatif yükümlülükleri ayıran, hakkın niteliğinden ziyade, o haktan bireylerin yararlanmasını sağlamak konusunda devletin ne şekilde davranması gerektiğidir. Şöyle ki; pozitif yükümlülükler devletlerin pozitif müdahalesini gerektirmesine karşın, negatif yükümlülükler müdahaleden imtina etmeyi gerektirdiğinden, Sözleşmenin ihlali ilk durumda

²⁷⁰ *Marckx/Belçika*, par. 31.

²⁷¹ *Airey/İrlanda*, par. 25.

²⁷² Yaşam hakkından doğan pozitif yükümlülükler örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *LCB/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 23413/94, 09.06.1998; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Öneryıldız/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 48939/99, 18.06.2002. İşkence yasağından doğan pozitif yükümlülükler örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Aksoy/Türkiye* Kararı, 21987/93, 18.12.1996; *Aydın/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 23178/94, 25.10.1997. Kölelik ve zorla çalıştırma yasağından doğan pozitif yükümlülükler örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Siliadin/Fransa* Kararı, Başvuru No: 73316/01, 26.07.2005.

eylemsizlikten, ikinci durumda ise pozitif eylemler yoluyla söz konusu hakkın kullanımının kısıtlanmasından ve/veya engellenmesinden kaynaklanacaktır²⁷³.

Pozitif yükümlülük teorisi, devlet dışı şahıslar tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden devletlerin sorumluluğuna ilişkin AİHM içtihadının da zeminini oluşturur. Bu içtihadın kaynağı, daha önce değinilen Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan Taraf Devletlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden *"yararlanmasını sağlayacakları"*na ilişkin hükümdür. Bir devletin, devlet dışı şahısların insan hakları ihlaliinden sorumlu tutulması, genel hatlarıyla, kendi yetki alanındaki bireyleri, ihlale sebep olan haksız eylemin gerçekleşmesinden koruyamamış olmasından, dolayısıyla Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayamamış olmasından kaynaklanır²⁷⁴.

İnsan haklarından doğan yükümlülüklerin negatif ve pozitif yükümlülükler olarak ele alınması, AİHM içtihatlarıyla, Sözleşme kapsamında koruma altına alınmış olan hak ve özgürlüklerin genişletilmesinde önemli bir rol oynamış ve AİHM içtihatlarının gelişimine olumlu katkıda bulunmuştur. Buna karşın, bu ayrım, olumsuz çağrışımlara yol açtığı için eleştirilere de muhatap olmaktadır. Negatif ve pozitif yükümlülükler ayrımı, insan haklarının negatif haklar ve pozitif haklar olarak sınıflandırılmasıyla kısmen örtüşmekte ve yanlış çıkarımlara sebep olarak, kişisel ve siyasal haklarla, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar arasındaki ayrıma karşılık gelecek şekilde yorumlara yol açmaktadır. Buna göre, kişisel ve siyasal haklar devletlere negatif yükümlülükler yükleyen haklardır. Buna karşın ekonomik, sosyal ve kültürel haklar, devletlere pozitif yükümlülükler yükler. Devletin yükümlülüklerine ilişkin bu sınıflandırma, belirli hak ve özgürlükler için devletin pozitif, belirli hak ve özgürlükler için negatif yükümlülükler üstlendiği yaklaşımıyla paralel olarak yorumlanmıştır.

²⁷³ Jean-François **AKANDJI-KOMBE**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2008, s. 11, 54.

²⁷⁴ HARRIS-O'BOYLE-WARBRICK, s. 20-21.

Esasen bu yorum hakların özü açısından hatalıdır. Çünkü temelinde bütün insan hakları, devletin hem pozitif hem de negatif edimini gerektirir. Bunu şu örnekte açıkça görmek mümkündür: Bir kişisel ve siyasal hak olan işkenceye karşı korunma hakkının tipik bir negatif hak olduğu ileri sürülür. Devletin yükümlülüğü, kişisel özgürlük ve vücut bütünlüğüne müdahale etmeme şeklinde negatif edim içerir. Ancak, bu negatif yükümlülüğün yerine getirilmesi için devletin, polisin ve güvenlik güçlerinin eğitim ve denetimiyle ilgili pozitif edimlerde bulunması gerekmektedir. Adil yargılanma hakkı ve seçme ve seçilme hakkı için de aynı durum geçerlidir.²⁷⁵ Diğer taraftan, insanların sahip olduğu temiz su kaynaklarına devletin saygı göstermesi ve bu kaynakların özgürce kullanılmasına karışmaması da, kimi durumlarda ekonomik ve sosyal haklara ilişkin devletin negatif ediminin de gerekli olduğuna ilişkin bir örnektir. Bunlar, her hakkın pozitif ve negatif boyutlarının olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.²⁷⁶ Bu haliyle devletlerin yükümlülüklerinin negatif yükümlülükler ve pozitif yükümlülükler olarak tasnif edilmesi, aynı zamanda hakların da negatif ve pozitif bir öze sahip oldukları yönünde yanlış anlaşılmalara sebep olmakta ve bu, hakların ve yükümlülüklerin kapsamı ve çeşitliliğinin anlaşılmasını engellemektedir²⁷⁷.

3. Devletin Yükümlülüklerine İlişkin Üçlü Tipoloji

Yanlış ve eksik değerlendirmelere yol açabilecek negatif ve pozitif yükümlülük ayrımı karşısında, teorik alandaki bir başka yaklaşımla, devletin yükümlülükleri üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bu ayrımda bütün insan hak ve özgürlüklerinin devletlere birden fazla yükümlülük yüklediği kabul edilmektedir. Pozitif ve negatif yükümlülük ayrımına göre daha ziyade hakkın kapsamına ilişkin bir tasniftir. Buna göre; devletlerin “saygı gösterme (*respect*)”, “koruma (*protect*)” ve “gereğini yerine getirme/gerçekleştirme (*fulfill*)” yükümlülükleri vardır.

²⁷⁵ Ida Elisabeth KOCH, “The Justiciability of Indivisible Rights”, Nordic Journal of International Law, S. 72, 2003, s. 3-39.

²⁷⁶ Jack DONELLY, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin Yay., Ankara 1995 s. 38-47.

²⁷⁷ ALGAN, s. 82-83; DONELLY, s. 38-47.

Bu ayrımın, insan haklarının tümü açısından geçerli olduğu kabul edilmekle birlikte²⁷⁸, daha ziyade ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla ilgilenen kişi ve kurumlar bu ayrımı kullanmaktadırlar²⁷⁹. 22-26 Ocak 1997 tarihinde Maastricht şehrinde gerçekleştirilen toplantı sonucunda ilan edilen “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların İhlallerine İlişkin Maastricht İlkeleri”nde de bu ayrım kabul edilmiştir. Maastricht İlkeleri, ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin olarak açıklanmışsa da, Maastricht İlkeleri’nde haklar arasındaki kategorik ayrım reddedilmektedir. Maastricht İlkeleri’nde bu ayrımın tüm insan hakları bakımından geçerli olduğunu belirtir şekilde, kişisel ve siyasal haklar gibi, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların da devletlere üç tür yükümlülük yüklediği açıkça belirtilmiştir²⁸⁰. Benzer şekilde bu terminolojiyi ilk olarak geliştiren ve “Beslenme Hakkı” üzerine çalışmasını 7 Temmuz 1987 tarihinde Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konseye sunan özel raportör Asbjorn Eide, ekonomik, sosyal, kültürel haklarla kişisel ve siyasal haklar arasında bir ayrım yapmaksızın, tüm haklarla uyumlu olarak devletlerin bu üç yükümlülüğüne çalışmasında yer vermiştir²⁸¹. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ilişkin çalışmalarda olduğu kadar, kadının insan haklarına ilişkin çalışmalarda da bu üçlü ayrımın kabul edildiği görülmektedir²⁸².

Bu üçlü ayrım içinde, devletlerin ilk yükümlülüğü insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğüdür. Devletin insan haklarının kullanılmasına engelleyici şekilde müdahale etmemesi anlamına gelir. Devletin negatif edimini ve insan

²⁷⁸ Andrew C. **BYRNES**-Maria Herminia **GRATEROL**-Renee L. **CHARTRES, R.**, “*State Obligation and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*”, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, S. 48, 2007, s. 26.

²⁷⁹ ALGAN, s. 84-85.

²⁸⁰ Maastricht Guidelines on Violations of Economic, Social and Cultural Rights, Maastricht, 22-26.01.1997, par. 6-7; ALGAN, s. 81-83.

²⁸¹ United Nations, “The Right to Adequate Food as a Human Right.” Final Report submitted by Asbjørn Eide, Special Rapporteur. E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987.

²⁸² Örnek olarak bkz. CEDAW Komitesi, 24 Sayılı Tavsiye Kararı, Madde 12, Kadın ve Sağlık, 1999, A/54/38/Rev.1; CEDAW Komitesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin 2. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin En Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 Sayılı Tavsiye Kararı, 16.12.2010, CEDAW/C./GN/28; UN General Assembly, “In-depth study on all forms of violence against women, Report of the Secretary-General” 06.07.2006, A/61/122/Add.1.

haklarını ihlal eder mahiyetteki eylemlerden kaçınmasını gerektirir. Kısaca “karışmama” edimi olarak özetlenebilir.²⁸³.

İnsan haklarını koruma yükümlülüğü ise, devlet dışı aktörlerin insan haklarını ihlal eder mahiyetteki eylemlerine ilişkin bir yükümlülüktür. Bu yükümlülük, her ikisi de temel hak ve özgürlüklere sahip olan bireyler arasında gerçekleşen insan hakları ihlallerinde, insan hakları hukukunun uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin tartışmayla yakından ilgilidir. Daha önce de ele alındığı gibi, insan hakları hukukuna ilişkin sorunlar geleneksel olarak devlet - birey ilişkileri çerçevesinde ortaya çıkar. İnsan haklarının *dikey etkisi* olarak nitelendirilen bu durumun yanında, hak ve özgürlüklerin üçüncü kişilere etkisi olarak nitelendirilen ve kökleri Alman hukukuna dayanan *yatay etki (drittwirkung)* kavramı çerçevesinde de insan haklarının uygulama alanı vardır. Bu konuda, yatay etkinin doğrudan ve dolaylı olduğuna ilişkin iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. Buna göre doğrudan yatay etki temel hakların özel hukuk uyumsuzluklarına sınırlı da olsa doğrudan mahkemeler tarafından uygulanması; dolaylı yatay etki ise temel hakları oluşturan değerlerin özel hukuk uyumsuzluklarının yorumlanmasında mahkemeler tarafından dikkate alınması anlamına gelmektedir. Her iki yaklaşımdan çıkacak ortak sonuca göre, insan haklarını koruma yükümlülüğü devletler için bir *yatay sorumluluk* doğurmaktadır. Devletin dikey ilişkilerde, diğer bir ifadeyle, kendisine bağlı olan organların gerçekleştirdiği hak ihlallerinden doğrudan sorumlu olduğu kuşkusuzdur. Bu, devletin insan haklarına saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal etmesiyle ilgilidir. Ancak ihlali, devlet dışı üçüncü kişilerin gerçekleştirmesi halinde de, zarar gören kişiyi korumak için gerekenleri yapmayan, bu şekilde üzerine düşen pozitif yükümlülükleri yerine getirmeyen devletin, dolaylı olarak sorumluluğu doğar²⁸⁴.

²⁸³ ALGAN, s. 85-91; United Nations, E/CN.4/Sub.2/1987/23, KOCH, s. 3-39.

²⁸⁴ Oya **BOYAR**, “Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde, (Edt. Sibel İNCEOĞLU), Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 53-81; Andrew **CLAPHAM**, “The ‘Drittwirkung’ of the Convention”, The European System for the Protection of Human Rights içinde, (Edt. R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H. PETZOLD), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, s. 165.

İnsan haklarını koruma yükümlülüğü ilk aşamada, bireylerin hak ve özgürlüklerden yararlanmalarına karşı üçüncü şahısların müdahalelerinin devlet tarafından engellenmesi anlamına gelmektedir. Devletin pozitif edimini gerektirir. Devlet, üçüncü şahıslar tarafından bireylerin haklarının ihlal edilmesinin önüne geçmeli yani bireyleri olası ihlallere karşı korumalıdır. Kişisel ve siyasal haklar açısından ele alındığında, kolluk gücü ve adalet sisteminin etkililiğini gerektirir. Eğitim hakkının ya da çalışma hakkının devlet dışı kişiler tarafından engellenmesi hallerinde olduğu gibi, sosyal hakların korunmasını gerektirir durumlarda da devletin bu yükümlülüğünü yerine getirmesi beklenir²⁸⁵. Bu, kadına yönelik özel alanda gerçekleşen şiddet konusunda devletin en önemli yükümlülüğüdür. Özel alanda, kadına yönelik şiddetin faili, kadının yakın çevresindeki bireylerdir. Başka bir ifadeyle, failler devlet dışı kişilerdir. Devlet dışı kişilerin eylemlerine karşı kadını korumak için yasal ve idari tedbirleri almak devletin yerine getirmesi beklenen edimidir.

Devlet görevlileri, makul bir şekilde önceden tahmin edilebilir ve gerçekleşmesi şüpheli olan insan hakları ihlallerini önlemek ve gerçekleşen bir ihlali kovuşturmak konusunda hareketsiz kalmışlarsa, devlet sorumluluğu devletin bu ihmalden doğar. Uluslararası insan hakları hukukunda, aynen yabancılarla ilgili klasik uluslararası hukukta olduğu gibi, makul önleme ve kovuşturma ödevi karşısında devletin hareketsiz kalması, haksızlığın failine bakmaksızın devlete atfedilebilecek bir davranıştır²⁸⁶. Buna göre koruma ödevi kapsamında devlet, ikinci aşamada ihlal gerçekleştiğinde etkili bir soruşturma yapmak, ihlalden sorumlu olanları tespit etmek ve bu kişileri cezalandırmakla yükümlüdür. Tüm bunların yanında devletin mağdur haklarına ilişkin ödevlerinin de var olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim adalet kavramı, tamamen failin cezalandırılmasına ilişkin bir kavram değildir. İnsan hakları hukuku açısından, Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Velasquez Rodriguez* kararında belirtildiği gibi, uluslararası insan hakları hukukunun amacı bir yönüyle, ihlallerden sorumlu olan kişilerin cezalandırılmasından ziyade, mağdurların korunması ve devletlerin sorumlu olduğu

²⁸⁵ ALGAN, s. 85-91; United Nations, E/CN.4/Sub.2/1987/23; KOCH, s. 3-39.

²⁸⁶ Rebecca J. **COOK**, “*State Responsibility for Violation of Women’s Human Rights*”, 7 Harv. Hum. Rts. J., 1994, s. 125-175.

eylemlerden doğan zararlar için bir giderim sağlanmasıdır²⁸⁷. Bu doğrultuda, üçüncü aşama olarak, mağdurun, iddiaları esasında dava hakkı ve gördüğü zarar kapsamında zararının giderilmesini talep etme hakkının da devlet tarafından tanınması ve bu hakların kullanılmasının devletçe garanti altına alınması gerekmektedir.

Devletin üçüncü yükümlülüğü olan, insan haklarını yerine getirme/gerçekleştirme yükümlülüğü, bireylerin insan haklarından yararlanabilmeleri için devletin tüm alanlarda önlemler almasını gerektirir. Devlet bu yükümlülüğünü yerine getirebilmek için tümüyle olumlu edimler üstlenmektedir. Devletten beklenen elindeki olanakları insan haklarının tam olarak faydalanılmasını sağlamaya yöneltmesidir. Başka bir ifadeyle, hakların kullanılması için gerekli koşulları yaratmasıdır²⁸⁸. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için, ilk aşamada yasama organının, insan hak ve özgürlükleriyle ilgili olarak ekonomik ve sosyal alanda yasal düzenlemeler yapması gerekir. Bu, özellikle yasama organının üzerine düşen bir yükümlülüktür. İkinci aşama, bu düzenlemelerin hayata geçirilmesiyle ilgilidir. Yasal düzenlemelerin, hakların somut ve etkili bir biçimde gerçekleştirilmesi için yeterli derecede uygulanması gerekmektedir. Bu ise hem yürütme hem de yargı organının yükümlülüğüdür²⁸⁹.

Esasen devletin yükümlülüklerine ilişkin bu üçlü ayırım, devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin farklı bir şekilde ifade edilmesidir. Devletin saygı gösterme yükümlülüğü, ikili ayırmada devletin negatif yükümlülüğüne karşılık gelmektedir. Kısaca, devletin bireyleri insan hakları ihlallerine karşı koruması anlamına gelen koruma yükümlülüğü ve devletin insan haklarının tüm bireyler için gerçekleştirilmesi için güçlerini seferber ederek bir şeyler yapması gerekliliğini ifade eden yerine getirme yükümlülüğü, ikili ayırmada, devletin pozitif edimler üstlendiği pozitif yükümlülükler kavramına karşılık gelmektedir²⁹⁰. Birbiriyle örtüşür mahiyetteki ayrımlardan üçlü ayırım, ikili ayırmada kullanılan pozitif yükümlülük

²⁸⁷ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 134.

²⁸⁸ ALGAN, s. 85-91; United Nations, E/CN.4/Sub.2/1987/23; KOCH, s. 3-39.

²⁸⁹ BOYAR, s. 53-81.

²⁹⁰ HARRIS-O'BOYLE-WARBRICK, s. 19.

kavramının salt ekonomik, sosyal ve kültürel haklarla bağlantılı olarak yorumlanmasından doğan hatalı yaklaşımın önüne geçmek amacıyla tercih edilebilir. Diğer taraftan üçlü ayrımının çalışma konusu sebebiyle de tercih edilmesi gereklidir. Şöyle ki, özel alanda kadına yönelik şiddet söz konusu olduğunda, yaşam hakkı, özel hayatın gizliliği ya da eğitim hakkı gibi farklı hakların ihlali söz konusu olabilmektedir. Devletin her hakka ilişkin farklı ödevlerinin var olduğunun açık bir şekilde ortaya konulabilmesi için; saygı gösterme, koruma ve yerine getirme/gerçekleştirme yükümlülüklerine ilişkin ayrım, daha açıklayıcıdır. Bu sebepler dikkate alınarak, bu çalışmada devletin yükümlülüklerine ilişkin üçlü tipolojinin kullanılması tercih edilmiştir.

4. Gereken Özeni Gösterme Yükümlülüğü

Devletlerin, taraf olduğu uluslararası sözleşmelerle ya da iç hukukları yoluyla üstlendiği, insan hakları hukukuna ilişkin saygı gösterme, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerini ihlal etmeleri halinde, insan hakları hukukundan doğan sorumlulukları söz konusu olacaktır. Uluslararası hukuktaki devlet sorumluluğu doktrininin, insan hakları hukukundaki uygulaması bu şekilde ortaya çıkmaktadır. İnsan haklarını ihlal eder mahiyetteki davranış devlete isnat edilebiliyorsa, devletin saygı gösterme yükümlülüğünü ihlal etmesi sebebiyle sorumluluğu doğmaktadır. Davranışı gerçekleştirenin kim olduğunun bilinmemesi ya da davranışı gerçekleştirenin devlet dışı üçüncü bir kişi olması hallerinde olduğu gibi, davranış doğrudan devlete isnat edilemiyorsa da, devletin, ihlalin gerçekleşmesinde ihmali olabilir. Bu da, devletin üstlendiği insan haklarını koruma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması sebebiyle, belirli koşullar altında devletin sorumluluğunu doğuracaktır. Teorik olarak, bireylerin insan haklarından yararlanabilmeleri için önlerinde bulunan engelleri kaldırmayan ve bu şekilde insan haklarını “yerine getirme/gerçekleştirme” yükümlülüğünü ihlal eden devletin, gereken pozitif adımları atmaması sebebiyle de sorumluluğunun olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Devlet dışı aktörler tarafından icrai surette ya da ihmal suretiyle gerçekleştirilen davranışlardan devletin sorumluluğu, ihlali önlemek ya da ihlal gerçekleştikten sonra yasal olarak yapması gerekenleri yapmak için makul ve elverişli önlemleri almamasından kaynaklanmaktadır. Devletin gereken önlemleri

alıp almadığının belirlenmesi, diğer bir ifadeyle üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen ihlallerden devletin sorumluluğunun yasal olarak tespiti amacıyla, insan hakları hukukuna “gereken özeni gösterme standartları” dâhil edilmiştir²⁹¹. Gereken özeni gösterme standartları, devlet dışı üçüncü kişilerden kaynaklanan insan hakları ihlallerinde devlet sorumluluğunun değerlendirilmesi için bir ölçüdür. Diğer bir yönüyle de insan hakları hukukunun “özel alan”a uygulanmasıdır. Devletlerin saygı gösterme, koruma ve yerine getirme/gerçekleştirme yükümlülükleri, gereken özeni gösterme standartlarıyla kavramlaştırılmış ve daha somut hale gelmiştir²⁹².

Teorik olarak, devletin kendi otoritesi ve egemenlik yetkisi altında bulunan tüm bireyleri, insan hakları ihlallerinden “koruma” ve insan haklarından faydalanmaları için insan haklarını “yerine getirme/gerçekleştirme” yükümlülükleri oldukça geniş olarak yorumlanabilir. Bu yükümlülükler, devletin ihlali önlemek ya da ihlalin sorumlularını bulmak için makul ve elverişli adımları atıp atmadığından ibaret değildir. Gereken özeni gösterme standartlarının insan hakları alanına dâhil edilmesiyle, devlet dışı aktörlerin davranışlarından devletin sorumluluğunun sınırları, devletin pozitif yükümlülüklerinin ihlalden kaynaklanan sorumluluğunu aşacak bir şekilde anlaşılmaya başlanmıştır²⁹³. Kadına yönelik şiddetin büyük bir bölümünün devlet dışı aktörler tarafından gerçekleşiyor olması sebebiyle, kadınların insan hakları bağlamında, devletin gereken özeni gösterme yükümlülüğü özel bir yere sahiptir. Bu açıdan, gereken özeni gösterme sorumluluğu, bir devletin kadına yönelik şiddetle mücadelede yükümlülüklerini yerine getirmekte başarılı olup olmadığını belirlemede bir kıstas sağlamaktadır. Bununla birlikte, gereken özeni gösterme standartlarının kapsam ve içeriğinin halen net olmaması, bu alandaki bir problem olarak yerini muhafaza etmektedir²⁹⁴.

²⁹¹ Carin **BENNINGER-BUDEL**, *"Introduction"*, Due Dilligence and its Application to Protect Women From Violence içinde (Edt. Carin BENNINGER-BUDEL), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, s. 13.

²⁹² Christine **CHINKIN**, *"Addressing Violence Against Women in the Commonwealth Within States' Obligations Under International Law"*, Commonwealth Law Bulletin, Vol. 40, No. 3, 2014, s. 471-501.

²⁹³ BENNINGER-BUDEL, *Introduction*, s. 13.

²⁹⁴ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61, par. 14.

Hukukun erken dönemlerindeki teorik çalışmalarda karşılık bulan ve uluslararası hukukta yabancı ülke vatandaşlarının uğradıkları zararlarla ilgili olarak gelişen gereken özeni gösterme standartları, uluslararası hukukun pek çok farklı alanında kullanılmaktadır. Uluslararası şirketler hukuku, yatırım anlaşmazlıklarının düzenlenmesi, uluslararası çevre hukuku ve kültür varlıklarının yasa dışı olarak ülke dışına çıkarılması ya da çalınmasına ilişkin yasal çerçeve, gereken özeni gösterme standartlarının uygulanmakta olduğu hukuk alanlarına ilişkin örneklerdir. İnsan hakları konularına uygulanması ise görece daha yakın zamanlarda gerçekleşmiştir. Gereken özeni gösterme standartları insan hakları hukukuna, özel olarak Latin Amerika’da gerçekleşen zorla kaybedilme olgusuyla ilgili olarak dâhil olmuştur²⁹⁵.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi’nin *Velásquez Rodríguez - Honduras* kararı, bu alandaki içtihatlarda bir dönüm noktasıdır. Bu karar, insan hakları ihlalini gerçekleştirenin kim olduğunun bilinmediği ya da ihlalin devlet dışı üçüncü bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde devletin sorumluluğunun kapsamının ortaya konulduğu, bu tür vakalarda gereken özeni gösterme standartlarının içeriğini ve kapsamını değerlendiren bir karardır. Mahkeme’ye göre; devletin insan haklarına saygı yükümlülüğü, Sözleşme’de yazılı hak ve özgürlüklerin devlet tarafından ihlal edilmemesini gerektirmektedir. Bu “müdahale etmeme” ödevi yükleyen, bir negatif ödev olan “saygı gösterme” ödevinin açıklamasıdır. Ancak tek başına bu ödevin yerine getirilmiş olması devletin sorumluluğunun kalmadığı anlamına gelmez. Taraf Devletlerin, Sözleşme’yle tanıdıkları hak ve özgürlükleri, yargı yetkisi içerisindeki herkes için gerçekleştirme ve sağlama sorumluluğu da bulunmaktadır²⁹⁶. Mahkeme’ye göre; devletin sorumluluğunun söz konusu olması için, *Angel Manfredo Velásquez Rodríguez*’in kaybolmasının doğrudan devlet yetkililerinin eliyle gerçekleşmesi gerekmez. *Rodríguez*’in kaybolması sonrasında, Hükümet, tatmin edici ve etkili bir soruşturma yapmamıştır. Olayın akıbetinin ortaya çıkarılması ve sorumluların bulunarak cezalandırılması konusunda yeterli soruşturma

²⁹⁵ Joanna **BOURKE-MARTIGONI**, “The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women Against Violence”, Due Dilligence and its Application to Protect Women From Violence içinde, (Edt. BENNINGER-BUDEL), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, s. 47-61.

²⁹⁶ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 165.

yapılmaması da devletin sorumluluğunu doğurur. Bu kararla Mahkeme, Honduras Hükümetinin, 1981 - 1984 yılları arasında gerçekleşen zorla kaybedilme olaylarını gerçekleştiren ya da gerçekleştirilmesine göz yuman bir politika izlemiş olduğu sonucuna ulaşmıştır²⁹⁷. Kararda, “*eylemin kendisinden kaynaklı olarak değil ama ihlalin gerçekleşmemesi için gereken özeni göstermemesi veya ihlal gerçekleştikten sonra Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin gerektirdiği şekilde karşılık vermemesi sebebiyle devletin uluslararası sorumluluğunun*”²⁹⁸ doğduğu ifade edilmiştir.

Mahkeme’ye göre, koruma ödevi;

“...insan haklarını korumayı teşvik edecek yasal, politik, idari ve kültürel araçları kullanma, yasa dışı olduğu kabul edilen her türlü hak ihlalinde, sorumlunun cezalandırılmasını sağlama ve mağdurun zararını tazmin etme ödevini içerir.”²⁹⁹

Yine Mahkeme’ye göre;

“Devlet, insan hakları ihlallerini önlemek için uygun adımları atmalı ve yargı yetkisi içinde gerçekleşen ihlal için ciddi bir soruşturma yapmalı, sorumluları tespit etmeli ve gereken şekilde (layıgınca) cezalandırmak için elindeki tüm araçları kullanmalı ve mağdura yeterli bir tazminat sağlamalıdır.”³⁰⁰

Bu karara göre, gereken özeni gösterme yükümlülüğü, devlet tarafından “makul” ve “ciddi” adımların atılıp atılmadığı sorusuyla ilgilidir. Devlet, ihlali önlemek için makul önlemleri almışsa ve insanların özel alanlarında gerçekleşen insan hakları ihlallerine karşı ciddi soruşturma ve kovuşturma yapmak ve mağdurun zararını gidermek konusunda üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmişse, bu çabalara rağmen sonuç değişmemiş olsa bile devletin sorumluluğu söz konusu

²⁹⁷ Zorla kaybedilme olgusuna ilişkin, Latin Amerika ülkeleri de dâhil olmak üzere dünya deneyimlerinden örnekler için bkz. Mithat **SANCAR**, Geçmişle Hesaplaşma, Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yay., İstanbul 2007, s. 161 vd.

²⁹⁸ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 172.

²⁹⁹ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 175.

³⁰⁰ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 174.

olmayacaktır³⁰¹. Bu haliyle devletlerin gereken özeni gösterme yükümlülüğü, bir sonuç yükümlülüğü değil bir davranış yükümlülüğüdür. Başka bir ifadeyle, gereken özenin gösterilmediğini ortaya koyan, belirli bir ihlalin varlığından ziyade, koruma önlemlerinin makul düzeyde alınmaması ve/veya gerçekleşen haksız eyleme karşı - soruşturmaya, kovuşturmaya ve giderime ilişkin- atılan adımların ciddi olmamasıdır³⁰². Bunun anlamı, devletin mutlak suretle her ihlalin önüne geçmesi değil, koruma önlemlerini ihlalin önüne geçebilir ölçüde, makul ve ciddi düzeyde alıp almadığıdır. Ya da ihlal sonrasında yapılacak olan soruşturmanın sonucunda mutlaka birilerinin sorumlu bulunup cezalandırılması gerekliliği değil ancak soruşturmanın tarafsız ve bağımsız merciler tarafından etkin soruşturma ilkelerine uygun bir şekilde yapılması gerekliliğidir. Bununla birlikte, burada davranış yükümlülüğünün önemine dikkat çekmek gerekir. Davranış yükümlülüğü kapsamında olan bir eksiklik, büyük olasılıkla, sonuç yükümlülüğüne ilişkin bir eksikliği de doğuracaktır³⁰³.

Benzer bir yaklaşımı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ilk olarak, üçüncü kişilerin şiddeti sonucu gerçekleşen bir ölüm sebebiyle önüne gelen *Osman - Birleşik Krallık*³⁰⁴ kararında ortaya koymuştur. Başvurucular, devlet dışı bir aktörün saldırısı sonucu ölen *Ali Osman*'la ilgili olarak, Birleşik Krallık'ın, Sözleşme'nin 2. maddesinde düzenlenmiş olan yaşam hakkını koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme'ye göre; böylesi bir suç karşısında devletin sorumluluğunun doğabilmesi için, o sırada yetkililerin belirli bir kişi ya da kişilerin yaşamına karşı üçüncü bir kişinin cezayı gerektirecek eylemlerinden doğan gerçek ve yakın bir tehlikenin varlığını bildiklerinin ya da bilmeleri gerektiğinin ve bu riski ortadan kaldıracabilecek, yetkileri kapsamında olan tedbirleri almadıklarının ispat

³⁰¹ Danwood Mzikenge **CHIRWA**, "The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights", Melbourne Journal of International Law, S. 5, 2004.

³⁰² Elizabeth A.H. **ABI-MERSHED**, "Due Diligence and the Fight Against Gender- Based Violation in the Inter-American System", Due Dilligence and its Application to Protect Women From Violence içinde, (Edt. BENNINGER-BUDEL), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, s. 127-138.

³⁰³ UN Human Rights Council, A/HRC/23/49, par. 16.

³⁰⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Osman/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 23452/94, 28.10.1998.

edilmesi gerekmektedir³⁰⁵. Mahkeme *Osman - Birleşik Krallık* kararında, trajik ölüme yol açan olayların hangi aşamasında *Osman* ailesinin saldırgandan gelen gerçek ve yakın bir tehlike nedeniyle yaşamlarının risk altında olduğunun polis tarafından bilindiğinin veya bilinmesi gerektiğinin ortaya konulamadığı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir³⁰⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Osman - Birleşik Krallık* kararıyla ortaya koyduğu devlet sorumluluğu standartlarını *M.C. - Bulgaristan* kararıyla teyit etmiş ve güçlendirmiştir³⁰⁷. Bu davada başvuru *M.C.*, iki kişinin cinsel saldırısına karşı direndiğine ilişkin bir kanıt bulunamaması sebebiyle, bu kişileri tecavüz suçundan cezalandırmayan Bulgar makamlarının Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesini, özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesini, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesini ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme *Osman* kararındaki yaklaşımı tekrar etmiş ve devletin özel yaşama saygı hakkını korumada da pozitif yükümlülüklerinin olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, devletlerin bu pozitif yükümlülükleri; “*bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile tedbirler alınmasını içerebilir. Üçüncü kişilerin eylemlerine karşı koruma konusunda Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu sağlamak için vasıtaların seçimi, kural olarak devletin takdir alanı içinde kalmakla birlikte, temel değerlerin ve özel yaşamın esaslı yönlerinin tehlikeye girdiği tecavüz gibi ağır eylemleri etkili bir şekilde caydırmak için etkin cezai hükümler gerekir. Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler, etkili bir şekilde korunma hakkına sahiptirler.*”³⁰⁸ Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte değerlendirerek; “*...Sözleşme'nin 8. maddesine göre devletin pozitif yükümlülüğünün, bireyin fiziksel bütünlüğünün korunması için cezai soruşturmanın etkililiğiyle ilgili sorunları da kapsayabileceği ihtimalini*

³⁰⁵ *Osman/Birleşik Krallık*, par. 116.

³⁰⁶ *Osman/Birleşik Krallık*, par. 121-122.

³⁰⁷ Lee HASSELBACHER, “*State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, and International Legal Minimums of Protection*”, *Northwestern Journal of International Human Rights*, S.8(2), 2010, s. 190-215.

³⁰⁸ *M.C./Bulgaristan*, par. 150.

dışlamamıştır.”³⁰⁹ ve “... devletin tecavüzü etkili bir şekilde cezalandıran ceza hükümleri koyma ve bunları etkili soruşturma ve kovuşturma suretiyle uygulamaya geçirme konusunda Sözleşme’nin 3. ve 8. maddelerine içkin bir pozitif yükümlülüğü bulunduğunu kabul” etmiştir³¹⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Osman - Birleşik Krallık ve M.C. - Bulgaristan* kararlarında ve benzer konudaki sonraki içtihatlarında “gereken özeni gösterme” kavramına yer vermemiştir. Buna karşın, bu kavramla eşit düzeyde standartlar geliştirmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ve Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi’nin benimsediği ortak görüşe göre; devletin gerçekleşen insan hakları ihlallerinden sorumluluğunun tespiti, insan haklarının korunması ve ihlal gerçekleştiğinde sorumluların tespiti ve cezalandırılması için ilgili devletin makul ve elverişli önlemleri alıp almadığına bağlıdır³¹¹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kadına yönelik özel alanda şiddet konusunda bir mihenk taşı olan *Opuz - Türkiye* kararındaysa, gereken özeni gösterme kavramını açıkça kullanmış ve bu kararında, ulusal makamların başvurucunun annesini korumak için gereken özeni göstermedikleri sonucuna vararak Sözleşme’nin 2. maddesindeki yaşam hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, devletin gereken özeni gösterip göstermediğini tespit ederken, devletin, yaşamı tehlike içinde olan bir bireyi korumak için önleyici operasyonel tedbirler alma şeklinde pozitif yükümlülüğünün bulunduğuna işaret etmiştir³¹². Nitekim teorik olarak kabul edildiği haliyle de, gereken özeni gösterme yükümlülüğü, devletin pozitif adımlarını, yani harekete geçmesini gerektirir, bu husus mahkeme kararıyla da “operasyonel tedbirler” kavramıyla ifade edilmiştir.

³⁰⁹ *M.C./Bulgaristan*, par. 152.

³¹⁰ *M.C./Bulgaristan*, par. 153.

³¹¹ CHIRWA, s.18; BOURKE-MARTIGONI, s. 47-61.

³¹² *Opuz/Türkiye*, par. 148.

III. ULUSLARARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA KADINA YÖNELİK ŞİDDET KARŞISINDA DEVLET SORUMLULUĞU

A. İNSAN HAKLARI BELGELERİYLE OLUŞTURULAN ÇERÇEVE

Devletin insan hakları hukukuna ilişkin yükümlülüklerini yerine getirirken gereken özeni gösterme standartlarına aykırı davranmış olması halinde üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinden sorumlu olacağı geniş çevrelerce kabul edilmiştir. Buna karşın, gereken özeni gösterme yükümlülüğünün kapsamı ve içeriği konularında kesin bir açıklık sağlanamamıştır. Özen yükümlülüğünün kapsamı ve içeriği, gerçekleşen ihlale göre değişiklik göstermekle birlikte farklı insan hakları kuruluşlarının yaklaşımları da farklılık içermektedir.

Kadına yönelik şiddet konusuna odaklandığımızda, uluslararası insan hakları hukukuna göre; devletler, kadına yönelik şiddet eylemlerinde koruma, soruşturma, cezalandırma ve telafi sağlama (giderim) ödevleriyle ilgili olarak gereken özeni göstermekle yükümlüdürler. Bu yükümlülüklerin açıklığa kavuşturulması bazı sorulara net cevaplar verilmesiyle mümkündür. Gereken özeni gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için devlet ne şekilde harekete geçmelidir? Bir devletin, kadına yönelik şiddet konusunda ihlal gerçekleştiğinde buna karşılık verme yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğinin tespitinde hangi ölçütler kullanılmalıdır? Bu konuda genel bir asgari özen gösterme standartları oluşturulabilir mi? Yoksa her olayın kendi özelliklerine göre mi asgari özenin gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesi ve uygulanması mümkündür? Devletin bir bireyi, diğerinden korumasının sınırları nedir, birinin yararına gerçekleştirilecek olan korumanın diğerinin özgürlüklerini kısıtlaması makul görülebilir mi? Özel bir şahsı başka bir özel şahıstan korumak için devletin müdahale edip edemeyeceği durumların belirlenmesi mümkün müdür?³¹³

Görüldüğü üzere kadına yönelik şiddet konusunda devletin sorumluluğuna ilişkin sorular oldukça kapsamlıdır. Bu soruların cevaplarını oluşturabilmek için, öncelikle kadına yönelik şiddet konusunda özen yükümlülüğüne ve devlet sorumluluğuna yer veren uluslararası insan hakları araçlarının incelenmesi gerekir.

³¹³ BENNINGER-BUDEL, Introduction, s. 15.

Kadına yönelik şiddet konusunda devletin yükümlülükleri ve gereken özeni gösterme sorumluluğuna ilişkin düzenlenmeler, kadının insan haklarına ilişkin yaklaşık son otuz yılda oluşturulan bağlayıcı olan ya da olmayan hemen hemen tüm belgelerde yer bulmuştur.

Cinsiyet eşitliğini hedef alan ve kadınları insan hakları ihlallerinin mağduru olarak kabul eden ilk kapsamlı uluslararası araç olan, 1979 tarihli Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nde (CEDAW), kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması konusunda devletlerin gereken özeni gösterme sorumluluğuna ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca CEDAW'da kadına yönelik şiddet konusunda da bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu eksikliğin sebebi, sözleşmenin hazırlandığı tarihlerde, bu konuların insan hakları hukuku alanına henüz dâhil edilmemiş olmasıdır.

Kadına yönelik şiddetin CEDAW'ın alanına dâhil olduğu, CEDAW Komitesi'nin 12 ve 19 sayılı Tavsiye Kararları bu konuda başlangıç metinleri olması sebebiyle önemlidir. 1989 tarihli CEDAW Komitesi'nin 12 sayılı Tavsiye Kararında hem metnin bir tavsiye kararı olması sebebiyle bir bağlayıcılığının bulunmaması, hem de bu konunun insan hakları alanında yakın zamanlarda tartışılır hale gelmiş olması sebebiyle, sınırları ve kapsamı belirsiz olarak devletin yükümlülüklerinden bahsedildiği görülmektedir. “Kadına Yönelik Şiddet” başlığını taşıyan 12 sayılı Tavsiye Kararında, Sözleşme'nin, *“Taraf Devletleri, kadınları aile içinde, iş yerinde veya toplumsal hayatın başka herhangi bir alanında meydana gelen her türlü şiddetten korumak amacıyla hareket etmesini”* gerekli kıldığı belirtilmiştir.

Yıllar içerisinde uluslararası insan hakları hukuku belgelerinde konuya yaklaşım değişmiş, devletlerin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen kadına yönelik şiddet konusunda gereken özeni gösterme yükümlülüğünün olduğu daha açık olarak ifade edilir hale gelmiştir. CEDAW Komitesi'nin 1992 tarihli 19 sayılı Tavsiye Kararıyla CEDAW'ın 2. maddesinin (e) fıkrasının, devletleri, herhangi bir kişi, kuruluş veya teşebbüsün kadınlara karşı ayrımcılık yapılmasını önlemek için bütün önlemleri almaya davet ettiği ifade edilmiştir. Ayrıca uluslararası hukuk ve özel bazı konulara özgülenmiş insan hakları sözleşmeleri bağlamında devletlerin,

kamu görevlisi sıfatı taşımayan gerçek kişilerce veya özel hukuk tüzel kişilerince gerçekleştirilen eylemlere ilişkin olarak da, bu eylemlerin yol açtığı hak ihlallerini önleme veya şiddet eylemlerini soruşturma ve cezalandırmada gereken özenin gösterilmesi ve mağdurun uğradığı zararın giderilmesi için harekete geçmemeleri halinde sorumlu olabileceği belirtilmiştir.

CEDAW Komitesi'nin 19 sayılı Tavsiye Kararında, kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılması için, medyanın kadınlara yaklaşımı, kadınların eşitliğini engelleyen önyargıların ortadan kaldırılması, eğitim programları ve kamuyu bilgilendirmeyi içeren önleyici tedbirler dâhil farklı alanlarda özel tavsiyelere yer verilmiştir. Devlet sorumluluğu kapsamında, devletlerin gerek kamu gerek özel kişiler tarafından gerçekleştirilmiş eylemler olsun, toplumsal cinsiyet temelli şiddetin tüm biçimlerini ortadan kaldırmak için uygun ve etkili tedbirleri almaları gerektiği³¹⁴, bu doğrultuda yasaların tüm kadınlara yeterli koruma sağlaması ve kadınların bütünlük ve onurlarına saygı göstermesi gerektiği³¹⁵ tavsiyelerine de yer verilmiştir. Tavsiye Kararında şiddet mağduru kadınla ilgili olarak devletin yükümlülükleri de yer almıştır. Buna göre, mağdurlar için uygun koruyucu ve destekleyici hizmetler³¹⁶, etkili başvuru yolları ve tazminat dahil etkili giderimler³¹⁷ sağlanmalıdır; mağdurlar için sığınak, özel eğitim almış sağlık çalışanları hizmeti, rehabilitasyon ve danışma gibi hizmetler oluşturulmalı veya mevcut olanlar desteklenmelidir³¹⁸, ayrıca şiddet mağduru ya da şiddet tehdidi altındaki kadınlar için barınma, danışma, rehabilitasyon ve destek hizmetleri içeren koruyucu tedbirler alınmalıdır³¹⁹.

Tavsiye Kararında aile içi şiddetin³²⁰ ortadan kaldırılması için alınacak tedbirlere de özel bir yer verilmiştir. Buna göre, (i) Ev içi şiddet³²¹ vakalarında

³¹⁴ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (a).

³¹⁵ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (b).

³¹⁶ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (b).

³¹⁷ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (i).

³¹⁸ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (k).

³¹⁹ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (t).

³²⁰ Orijinal metindeki “family violence” kavramı yerine kullanılmıştır.

gerektiğinde cezai müeyyideler ve hukuki giderimler; (ii) Kadın aile bireyinin öldürülmesi veya saldırıya uğramasına ilişkin olarak namus kavramına dayalı bir savunma imkânının yasalarından çıkarılması; (iii) Aile içi şiddet mağdurlarının güvenliğini ve emniyetini sağlamak için sığınak, danışma ve rehabilitasyon programları gibi hizmetler; (iv) Aile içi şiddetin failleri için rehabilitasyon programları; (v) Ensest veya cinsel istismarın gerçekleştiği aileler için destek hizmetleri sağlanmalıdır³²².

CEDAW Komitesi'nin 2010 tarihli 28 sayılı Tavsiye Kararında, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin, Sözleşme'nin belli hükümlerini ihlal ediyor olabileceği belirtildikten sonra, Taraf Devletlerin bu tür toplumsal cinsiyete dayalı şiddet girişimlerini önlemek, soruşturmak, kovuşturmak ve cezalandırmak hususunda özen yükümlülüğüne sahip olduğu belirtilmiştir. Kadına yönelik şiddet konusundaki bu son Tavsiye Kararıyla, CEDAW sisteminde, devletin özen gösterme yükümlülüğünün var olduğunun kabul edildiği ortaya konulmuştur³²³.

Kadına yönelik şiddeti ele alan ilk uluslararası insan hakları aracı olan “Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Her Türlü Şiddetin Ortadan Kaldırılması Bildirgesi (DEVAW)”nda, CEDAW Komitesi'nin 19 sayılı Tavsiye Kararında bulunan hükümler, daha eksiksiz ve açık bir şekilde ifade edilmiştir. DEVAW'ın 4. maddesine göre, devletler kadına yönelik şiddeti kınamalı, önlenmesine yönelik yükümlülüklerinden kaçınmak için hiçbir âdeti, geleneği veya dinsel düşüncüyü ileri sürmemeli ve tüm uygun yolları kullanarak ve gecikmeksizin kadınlara yönelik şiddeti önlemeye yönelik bir politika izlemelidir. Bu amaca yönelik olarak, devletler, “gerek devlet tarafından gerekse özel kişiler tarafından işlenen *kadınlara yönelik şiddet eylemlerini önleme, soruşturma* ve ulusal mevzuatı uyarınca *cezalandırma* konusunda *gereken özeni göstermelidirler*.”³²⁴ Ayrıca şiddete maruz kalmış kadın yönünden devletlerin yükümlülüklerinin, verilen zararın tazmini için yaptırımlar

³²¹ Orijinal metindeki “domestic violence” kavramı yerine kullanılmıştır.

³²² CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (r).

³²³ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 13-19.

³²⁴ DEVAW, m. 4 (c).

geliştirmek, kadınlara adalet mekanizmalarına başvuru imkânı ve uğradıkları zararın ulusal hukuk uyarınca adil ve etkin biçimde tazmin edilmesini sağlamak ve bu mekanizmalara başvurarak arayabilecekleri hakları konusunda kadınları bilgilendirmek olduğu da belirtilmiştir³²⁵. Şiddete maruz kalmış kadınların ve uygun olduğunda çocuklarının destek yapılarının yanı sıra; rehabilitasyon, çocuk bakımında yardım, tedavi, danışmanlık ve sağlık ve sosyal hizmetler, kolaylıklar ve programlar gibi, uzmanlaşmış yardım almalarını sağlamaya çalışmalı ve onların güvenliğini ve fiziksel ve psikolojik rehabilitasyonlarını sağlayıcı diğer her türlü uygun tedbiri almalıdırlar³²⁶.

Bölgesel düzeyde, 1994 tarihli Belém do Pará Sözleşmesi, kadına yönelik şiddet konusuna gereken özeni gösterme standartlarını dâhil eden ilk insan hakları sözleşmesidir³²⁷. Sözleşme'ye göre; "Taraf Devletler, kadınlara karşı yapılan her türlü şiddeti kınar ve uygun tüm araçlarla ve gecikmeksizin bu tür şiddetin *önlenmesi, cezalandırılması ve ortadan kaldırılması için* politikalar izlemeyi kabul ve taahhüt eder."³²⁸ Sözleşme'yle devletlerin kabul ve taahhüt ettikleri bu yükümlülüklerini yerine getirmek için "*gereken özeni gösterme*"³²⁹ yükümlülüklerinin olduğu açıkça belirtilmiştir. Öncelikle devletlerin gereken hukuki düzenlemeleri yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna göre devletlerin, "Kadınlara karşı şiddetin önlenmesi, cezalandırılması ve ortadan kaldırılması ve gerekli durumlarda uygun idari önlemleri almak için ihtiyaç duyulabilecek hükümleri ceza hukuku, medeni hukuk, idare hukuku ve diğer iç hukuk hükümlerine dâhil etmeleri"³³⁰ gerekmektedir.

Belém do Pará Sözleşmesi'yle şiddet mağduru kadına karşı devletin yükümlülükleri de düzenlenmiştir. Devletler, şiddete maruz kalan kadınlar için, adil

³²⁵ DEVAW, m. 4 (d).

³²⁶ DEVAW, m. 4 (g).

³²⁷ UN Human Rights Council, A/HRC/23/49, par. 36.

³²⁸ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 7.

³²⁹ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 7(b).

³³⁰ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 7(c).

ve etkili hukuksal usuller tesis etmelidir. Bunlar; diğerleri yanında, koruyucu önlemler, davanın zamanında görülmesi ve söz konusu hukuksal usullere etkili biçimde erişimdir³³¹. Ayrıca, devletler şiddete maruz bırakılan kadınların, tazmin, telafi veya diğer adilane ve etkili hukuk yollarından yararlanmalarını sağlamak için gerekli tüm hukuksal ve idari mekanizmaları oluşturmalarıdır³³². Kadınların şiddetten uzak yaşama hakkı kapsamında devletlerin alması gereken özel tedbirlerin yanında, özel olarak şiddete maruz kalmış kadınlara yönelik olarak, kamu ve özel sektör kuruluşları aracılığıyla, sığınma evleri, gereken hallerde rahatsız aile üyeleri için danışma hizmetleri ve durumdan etkilenen çocukların bakımı ve vesayeti gibi özel hizmetler sunma yükümlülüğüne de yer verilmiştir³³³.

Bunlara ek olarak özen gösterme standardının uygulanmasında bir diğer önemli gelişme, 1994 yılında İnsan Hakları Komisyonu tarafından, kadına yönelik şiddet, nedenleri ve sonuçları Özel Raportörü'nün görev alanının oluşturulması olmuştur. İnsan Hakları Komisyonu'nun 1994/45 sayılı kararıyla söz konusu görev alanı kurulmuş ve "hükümetlerin, kadına yönelik şiddet eylemlerine katılmaktan kendini alıkoyma, kadına yönelik şiddeti engelleme, soruşturma ve ulusal mevzuatına uygun biçimde cezalandırma konularında özen gösterme standardını uygulama, devlet veya devlet dışı aktörlerce işlenmiş olması fark etmeksizin kadına yönelik şiddet eylemlerine ilişkin uygun ve etkili eylemlerde bulunma ve de mağdurlara adil ve etkili telafi ve uzman yardımı sağlama görevi" vurgulanmıştır³³⁴.

Özel Raportör *Radhika Coomaraswamy*, "Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet" başlıklı 1999 tarihli raporunda, devletin özen gösterme konusunda yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin tespiti için gereken standartları şu şekilde belirlemiştir: Devletin CEDAW dâhil uluslararası insan hakları araçlarını onaylaması; kadınlar için anayasal düzeyde eşitlik güvenceleri; şiddetin kadın mağdurlarına yeterli giderimi

³³¹ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 7(f).

³³² Belém do Pará Sözleşmesi, m. 7(g).

³³³ Belém do Pará Sözleşmesi, m. 8.

³³⁴ UN Commission on Human Rights, Office of the High Commissioner for Human Rights, 1994/45 'Question of integrating the rights of women into the human rights mechanisms of the United Nations and the elimination of violence against women.', par. 2.

sağlayan ulusal mevzuatın ve/veya idari yaptırımların varlığı; kadına yönelik şiddetle ilgili eylem, plan veya politikalar; ceza adaleti sisteminin ve polisin toplumsal cinsiyet duyarlılığı; destek hizmetlerinin erişilebilirliği ve kullanılabilirliği; farkındalık geliştirmek için ve eğitim, medya ve kadına yönelik şiddete ilişkin bilgi ve istatistik toplanması alanlarında ayrımcı politikaları değiştirmek için önlemlerin varlığı³³⁵. Özel Raportör *Yakın Ertürk*, “Kadınlara Karşı Şiddetin Önlenmesinde Bir Araç Olarak ‘Gereken Özeni Gösterme’ Standardı” başlıklı 2006 tarihli raporunda ise; özen gösterme standartlarına ilişkin mevcut uygulamaları önleme, koruma, cezalandırma ve giderim kavramları altında ayrı ayrı değerlendirmiş ve bu standartları geliştirmiştir³³⁶.

Avrupa Konseyi içinde kadına yönelik şiddetle mücadelede ayrıntılı düzenlemeler öngören İstanbul Sözleşmesi'nde de devlet sorumluluğuna yer verilmiştir. Sözleşmenin 5. maddesinde; “Devlet yükümlülükleri ve gereken özeni gösterme sorumluluğu” başlığı altında, Taraf Devletlerin, kadına yönelik herhangi bir şiddet eylemine girişmekten kaçınacağı ve devlet adına hareket eden devlet yetkililerinin, görevlilerinin, organlarının, kurumlarının ve diğer aktörlerin bu yükümlülüğe uygun davranmalarını sağlayacağı ayrıca bu Sözleşme'nin kapsamında olup *devlet dışı aktörler tarafından işlenen şiddet eylemlerini gereken özeni göstererek önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve bu eylemlerden kaynaklı mağduriyet için tazminat sağlamak* amacıyla gereken yasal veya diğer tedbirleri alacağı düzenlenmiştir.

B. CEDAW KOMİTESİ’NİN KARARLARI VE YAKLAŞIMI

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Tasfiyesi Komitesi (CEDAW Komitesi), CEDAW’ın uygulamasına ilişkin gelişmeleri incelemek üzere oluşturulmuş bir

³³⁵ UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective Violence Against Women, Violence against women in the family, E/CN.4/1999/68, 10.03.1999, par. 25.

³³⁶ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61.

kurumdur. CEDAW’a Taraf Devletlerin, ülkelerinde CEDAW ilkeleri gereğince gerçekleşen gelişmeleri CEDAW Komitesi’ne sunması bir denetim mekanizması olarak kabul edilmiştir. Ancak CEDAW’ın etkili bir denetim mekanizmasına kavuşması “Ek İhtiyari Protokol” ile mümkün hale gelmiştir. 6 Ekim 1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca onaylanarak, Taraf Devletlerin imzasına açılan Protokol, 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ek İhtiyari Protokol, Sözleşme’yle koruma altına alınmış haklarının ihlal edildiğini iddia eden birey ve grupların şikâyetlerini kabul ve inceleme yetkisini Komite’ye vermiştir.

Böylece Taraf Devletlerin raporlarına ek, iki denetim mekanizması getirilmiştir. Bunlardan biri “Kişisel Başvuru Yöntemi”, bir diğeri ise “İnceleme Yöntemi”dir. Kişisel Başvuru Yöntemi, CEDAW kapsamında korunan haklarının ihlal edildiği iddiasında olan kadınların veya kadınlar grubunun, Komite’ye başvurması usulüdür. İnceleme Yöntemi’ndeysen, Komite, ağır ve sistematik insan hakları ihlalleri hakkında bir ülkede inceleme yürütebilir. Her iki denetim mekanizmasında da, Komite’nin sadece tavsiye kararları vermesi mümkündür, Komite’nin kararları bir mahkeme kararı mahiyetinde değildir. Her ne kadar tavsiye mahiyetinde olsa da Komite kararlarının, uluslararası insan hakları hukukunda kadın haklarının gelişmesine önemli bir katkı sunduğuna dikkat çekilmesi gerekir. CEDAW Komitesi’nin kararları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları gibi yaptırım içermese de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin kararlarında atıfta bulunulan, kadın hakları alanındaki uluslararası hukuk içtihatları arasındadır³³⁷.

Kadına yönelik şiddet konusunda Komite’ye yapılan bireysel başvurulardan ilki, *A.T. - Macaristan*³³⁸ başvurusudur. Bu olayda başvuru, kocasından dört yıldır şiddet gördüğünü, kocasının kendisini öldürmekle ve çocuklarına tecavüz etmekle tehdit ettiğini ileri sürmüştür. Başvuru, Macaristan hukuk sisteminin, kendisini kocasından koruyacak, koruma kararı ya da uzaklaştırma kararı mahiyetinde bir hukuki olanak sağlamadığını iddia etmiştir. Bununla birlikte başvuru, çocuklarından biri engellidir ve başvurucuya göre Macaristan, engelli çocuğuyla

³³⁷ Örnek olarak Cedaw Komitesi’nin *A.T./Macaristan* ve *Fatma Yildirim/Avusturya* kararlarına yapılan atıflar için bkz. *Opuz/Türkiye*, par. 76-77.

³³⁸ CEDAW Komitesi, *A.T./Macaristan*, (2/2003), 26.01.2005.

birlikte kalabileceği donanımlı bir sığınma evi de sağlamamaktadır. Komite değerlendirmesinde, Macaristan hukuk sisteminde aile içi şiddete ve cinsel istismara ilişkin bir düzenleme olmadığını, bu tür eylemlere karşı koruma kararı ya da şiddet uygulayanı evden ve mağdurdan uzaklaştırma kararı verilmesinin düzenlenmediğini, ev içi şiddet mağdurlarına derhal bir koruma sağlayacak sığınma evlerinin olmadığını tespit etmiştir. Bu haliyle, Macaristan'daki hukuki ve idari düzenlemeler ev içi şiddet mağdurlarına kapsamlı ve etkin bir koruma ve destek sağlamamaktadır. Komite, bu olayda Taraf Devletin, Sözleşme'nin 2., 5. ve 16. maddelerinde sayılan yükümlülüklerini yerine getirmeyerek, başvuranın "kişi güvenliği hakkı"nı ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Komite'nin kararı açık bir şekilde Macaristan'ın özen gösterme konusunda bir eksikliğini belirtmiyor olsa da, Komite'nin, Devletin CEDAW'da belirtilen A.T'ye karşı şiddeti engelleme ve onu bu şiddetin sonuçlarından koruma yükümlülüklerini yerine getirmede başarısız olduğunu belirlemesiyle özen gösterme standardı ifade edilmiştir³³⁹.

Taraf Devletin, Sözleşme'nin 2. maddesine ilişkin olarak ihlal ettiği kabul edilen yükümlülükleri şunlardır;

“(a) Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi ulusal anayasalarına ve diğer ilgili yasalara, henüz girmemişse dâhil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlama,

(c) Kadın haklarının erkeklerle eşit olarak yasal himayesini tesis etmeyi ve yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığıyla kadınların her türlü ayırma karşı etkin himayesini sağlama,

(f) Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, tadil veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dâhil gerekli bütün uygun önlemleri alma,”

Bu kararla, Komite'nin, Taraf Devletin, Sözleşme'nin oldukça önemli bir maddesi olan 5. maddesindeki yükümlülüklerini, Taraf Devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara belirtilen

³³⁹ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61, par. 23.

hakları sağlayacaklarına ilişkin 16. maddesiyle bağlantılı olarak, ihlal ettiğini kabul etmesi oldukça önemlidir.

Sözleşmenin 5. maddesinin (a) bendine göre, Taraf Devletler;

“a- Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirme, ...” yükümlülüğü altındadır.

Komite, bu başvuru kapsamında, Taraf Devlete, (a) A.T’nin ve ailesinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü sağlayacak acil ve etkili önlemler almasını ve (b) A.T.’nin çocuklarıyla birlikte yaşayabileceği güvenli bir eve yerleştirilmesi, hukuki destek verilmesi, ihlal edilen haklarının önemi ve fiziksel ve ruhsal zararıyla orantılı olarak bir giderim sağlanmasını tavsiye etmiştir. Komite ayrıca, kadınların ev içi şiddete karşı korunması konusunda iyileştirmeler sağlamak bakımından Macaristan’a, etkili soruşturma yapma, gereken yasal ve yargılamaya ilişkin süreçleri tesis etmek ve tedavi ve destek kaynaklarını artırmak gibi birçok genel tavsiyede bulunmuştur³⁴⁰.

Birbiriyle oldukça benzer olaylara ilişkin olan *Yıldırım - Avusturya*³⁴¹ ve *Gökçe - Avusturya*³⁴² başvuruları, CEDAW Komitesi’ne yapılan aile içi şiddet konusundaki diğer başvurulardır. Her iki başvuruda da, *Fatma Yıldırım* ve *Şahide Gökçe* isimli kadınlar, kocaları tarafından uzun süren ve pek çok şiddet içeren olaylar sonucunda öldürülmüşlerdir. Başvurular Komite’nin önüne, Viyana merkezli, cinsiyete dayalı şiddet mağduru kadınları koruyan ve destekleyen iki sivil toplum örgütü tarafından getirilmiştir. Kocaları tarafından öldürülen kadınlar, öncesinde kocalarının çok sayıda ölümle tehdit edilme ve saldırıya uğrama gibi şiddet içeren davranışına maruz kalmışlardır. Birden fazla kez kocaları için evden uzaklaştırma kararları verilmiş ve mahkemeler tarafından kocalarının kadınlara yaklaşmasının

³⁴⁰ CEDAW Komitesi, *A.T./Macaristan*, par. 9.6.

³⁴¹ CEDAW Komitesi, *Fatma Yıldırım /Avusturya* Kararı, (6/2005), 06.08.2007.

³⁴² CEDAW Komitesi, *Şahide Goekce/Avusturya* Kararı, (5/2005), 01.10.2007.

engellenmesi için geçici tedbirler alınmıştır. Her iki olayda da, polis savcılığa kocanın mağdura yönelik tehditlerini bildirerek, kocanın alıkonulmasını talep etmiş ancak savcılık tarafından bu talepler reddedilmiştir. *Şahide Gökçe*, 06.12.2002 gecesi kocasının eve gelmesini engellemesi için polise başvurmuş ve 07.12.2002 günü kocası tarafından silahla vurularak öldürülmüştür. *Fatma Yıldırım* ise, boşanma talebiyle mahkemeye başvurduktan ve mahkeme tarafından bir dizi geçici tedbirin uygulanmasına karar verilmişken, on gün sonra 11.09.2003 günü kocası tarafından evinin yakınlarında bıçaklanarak öldürülmüştür.

Her iki başvuruda da, Komite, Avusturya Hükümeti'nin aile içi şiddet konusunda, yasal, cezai ve hukuki yollar, farkındalığı artırma, eğitim, sığınma evleri, şiddet mağdurlarına danışmanlık ve şiddet failleriyle çalışmanın yer aldığı, oldukça kapsamlı bir model oluşturduğunu ancak bu modelin devlet görevlileri tarafından *gerekli özen gösterilerek* desteklenmesi gerektiğini vurgulamıştır³⁴³. Komite'ye göre, yetkililer, kadınların kocalarının ne derecede tehlikeli olduklarını bilmektedirler ya da bilmeleri gerekmektedir. Kadınlardan gelecek yardım çağrılarına, tehlikenin düzeyinin farkında olunarak, gereken şekilde karşılık verilmesi gerekmektedir.

Başvuruya konu her iki olayda da, kadınlar kocalarının alıkonulması talebiyle polise başvurmuşlar ve polis de savcılıktan kadınlara şiddet uygulama ihtimali bulunan bu kişilerin alıkonulmasını talep etmiştir. Buna karşın savcılık bu talebi reddetmiştir. Komite'nin bu başvurularda, şiddet tehdidinde bulunan kişilerin alıkonulması talebinin reddedilmesine ilişkin değerlendirmeleri önemli bir tartışma konusudur. Hükümet bu noktada mağdurların kocalarının alıkonulmalarının orantısız bir önlem olacağını, bunun kişi özgürlüğü ve adil yargılanma haklarına aykırı olacağını ve masumiyet karinesinin ihlali anlamına geleceğini savunmuştur. Komite, savcının yaşanan olaylarda şiddetin belirli bir eşiği aştığının farkında olması gerektiğini ve olası yeni şiddet olaylarına karşı da, şiddet uygulayacak olan şahısların, şiddeti önleme amacıyla alıkoymasının makul bir tedbir olduğunu ifade etmiştir. Kadınların yaşam hakkı ve fiziksel ve ruhsal bütünlükleri, belirli bir eşik aşıldığında, failin haklarından daha üstün tutulmalıdır. Bu koşullar altında şiddetin

³⁴³ *Fatma Yıldırım/Avusturya*, par. 12.1.2; *Şahide Goekce/Avusturya*, par. 12.1.2.

failleri olan kocaların alıkonulması, keyfi bir alıkoyma değildir. Bunun yapılmamış olması, Taraf Devletin mağduru koruma konusunda gereken özeni gösterme yükümlülüğünün ihlalidir³⁴⁴. Ancak Komite'nin önleyici alıkoyma sisteminin nasıl uygulanacağı konusundaki yaklaşımının açık olmadığına da belirtilmesi gerekir³⁴⁵.

Komite, her iki başvuru yönünden de, öldürülen kadınların yaşam haklarının ve fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Bu şekilde Komite'ye göre; Taraf Devlet, Sözleşme'nin 2. maddesinin (a), (c), ve (f) bentleriyle, Sözleşme'nin 1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 3. maddesini ve Komite'nin 19 sayılı Tavsiye Kararına ilişkin yükümlülüklerini ihlal etmiştir³⁴⁶. Komite'nin bu kararlarında, A.T. - Macaristan kararından farklı olarak Sözleşme'nin 5. maddesi yönünden bir yükümlülük ihlaline karar vermemiş olmasına karşın, Sözleşme'nin 1. maddesiyle bağlantılı olarak, Sözleşme'nin 3. maddesindeki yükümlülüğün ihlal edildiğine karar vermiş olması dikkat çekicidir. Komite, ev içi şiddetle kadınları erkeklere göre ikincil bir konumda gören geleneksel tutumlar arasında bir bağlantı olduğunu kabul etmiş ancak 5. madde yönünden bir yükümlülük ihlali olduğuna ilişkin bir tespitte bulunmamıştır³⁴⁷.

Sözleşme'nin 3. maddesinde hüküm altına alınan, Taraf Devletin yükümlülükleri şu şekildedir:

“Taraf Devletler özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel sahalarda olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek amacıyla, kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için yasal düzenleme dâhil bütün uygun önlemleri alacaklardır.”

Ayrıca Komite, tespit ettiği yükümlülük ihlallerine karşın ve bu tür olaylar için uygun bir tavsiye olduğu halde, her iki kararda da öldürülen kadınların ailelerine

³⁴⁴ Fatma Yildirim/Avusturya, par. 12.1.4; Şahide Goekce/Avusturya, par. 12.1.5.

³⁴⁵ Andrew **BYRNES**-Eleanor **BATH**, “Violation against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Recent Developments”, Human Rights Law Review, 8:3, 2008, s. 517-533.

³⁴⁶ Fatma Yildirim/Avusturya, par. 12.1.6; Şahide Goekce/Avusturya, par. 12.1.6.

³⁴⁷ Fatma Yildirim/Avusturya, par. 12.2; Şahide Goekce/Avusturya, par. 12.2.

tazminat ödenmesi yönünde bir tavsiyede bulunmamıştır. Öldürülen kadınlar adına başvuranlar da, başvuruyu mirasçılara bir tazminat sağlamaktan ziyade, Taraf Devletin eksiklikleri ve ihmalleri sebebiyle sorumlu tutulması amacıyla yaptıklarını beyan etmişlerdir³⁴⁸.

Komite'nin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bu olaylara ilişkin tespitlerinde öne çıkan sonuç, devletin iki farklı yükümlülüğü arasındaki bağlantıdır. Devletin koruma yükümlülüğünü yerine getirmek için uygun adımları atma ödeviyle cezalandırma ödevi arasında bir bağlantı vardır. Ortada “önlenebilir bir şiddet” varsa, bu, ilgili devletin gereken özeni gösterme yükümlülüğünü yerine getirmediği için meydana gelmiştir. Devlet dışı aktörlerle ilgili olaylarda, devletin sorumluluğu özen gösterme sorumluluğudur. Devlet şiddeti önlemek için makul ve elverişli önlemleri almalıdır, şayet buna karşın şiddet yine de meydana gelmişse bu sefer cezalandırma yükümlülüğü doğar. Cezalandırma yükümlülüğü, tek başına gerçekleşmiş olan önceki şiddete ilişkin bir ıslah sağlamasa da, sonraki ihlallerin önüne geçilmesi için önemlidir³⁴⁹.

C. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ'NİN KARARLARI VE YAKLAŞIMI

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Kapsamı

Kadına yönelik ev içi şiddet, cinsel şiddet ve ekonomik şiddet olgularını da kapsayan kadına yönelik özel alanda şiddet, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde farklı özellikler içeren olaylarla dava konusu edilmiştir. Bu kapsamda AİHS'in yaşam hakkını düzenleyen 2. maddesi, işkence yasağını düzenleyen 3. maddesi, özel ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi ve bu maddelerle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. maddesi, ihlal saptanan Sözleşme maddeleridir. Mahkeme söz konusu ihlal kararlarıyla özel alanda kadına yönelik şiddet olgusu karşısında devletlerin yükümlülüklerini de ortaya koymaktadır.

³⁴⁸ *Fatma Yildirim/Avusturya*, par. 3.11; *Şahide Goekce/Avusturya*, par. 3.11.

³⁴⁹ BYRNES-BATH, s. 517-533.

Kadınlara, birlikte yaşadıkları aile bireyleri tarafından uygulanan özel alanda ekonomik şiddet olgusuna ilişkin Mahkeme'nin önüne gelmiş bir dava bulunmamaktadır. Kadına yönelik ekonomik şiddet davaları, devletlerin çalışma yaşamı ve emeklilik mevzuatına ilişkin kadın ve erkek arasındaki farklı yasal düzenlemelere dayanmaktadır. Mahkeme, emeklilik yaşının cinsiyete göre farklılık oluşturması sebebiyle, başvuru sahiplerinin haklarının ihlal edildiğini iddia ettikleri *Stec ve diğerleri - Birleşik Krallık*³⁵⁰ ve *Barrow - Birleşik Krallık*³⁵¹ davalarında, bu hususun devletlerin takdir marjı içinde kaldığını beyan etmekle, başvuru sahipleri yönünden bir ihlal tespit etmemiştir. Çalışmayan evli kadınlarla çalışmayan evli erkekler arasında farklı düzenlemeler içeren yasal mevzuatın dava konusu edildiği *Wessels/Bergervoet - Hollanda*³⁵² davasında, bu yasal mevzuatın 14. maddenin ihlali olduğu sonucuna ulaşmıştır. *Schuler - Zraggen/İsviçre*³⁵³ davasında ise, çalışmasını engelleyen hastalığı sebebiyle malullük aylığı bağlanan başvuru sahibinin, çocuk doğurduktan ve tekrar sağlık kontrolünden geçirildikten sonra, yüzde 60-70 oranında evine ve çocuğuna bakabilecek durumda olduğu gerekçesiyle malullük aylığı kesilmiştir. Başvuru sahibinin, İsviçre Mahkemelerine yaptığı başvuru, yerel Mahkeme tarafından reddedilmiş ve kadınların ilk çocuklarını doğurduktan sonra bir süre çalışmadıklarına ilişkin bir ön kabule dayanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal makamların hiçbir araştırma yapmaksızın çocuk doğuran kadınların işlerini bıraktıkları şeklindeki bir ön kabule dayanarak hüküm kurmasını, cinsiyete dayalı farklı bir muamele olarak kabul etmiş ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

³⁵⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Stec ve Diğerleri /Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006.

³⁵¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Barrow/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 42735/02, 22.08.2006.

³⁵² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Wessels-Bergervoet/Hollanda* Kararı, Başvuru No: 3446/97, 04.06.2002.

³⁵³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Schuler/Zraggen-İsviçre* Kararı, Başvuru No: 14518/89, 24.06.1993.

Mahkemenin ev içi şiddet konusundaki *Bevacqua ve S. - Bulgaristan*³⁵⁴ ve *Opuz - Türkiye* kararları, Mahkeme içtihadında ve uluslararası insan hakları hukukunda bir dönüm noktasıdır. Mahkeme bu kararlarında, ev içi şiddet bağlamında gereken özeni gösterme yükümlülüğünü kabul etmiş ve buna ilişkin standartları geliştirmiştir. Özellikle, bir devletin koruma, soruşturma ve kovuşturma ilkelerine bağlı olarak hareket edip etmediğinin tespitine ilişkin pek çok asgari standardı ifade etmiştir³⁵⁵. Yakın çevrelerinde bulunan kişiler tarafından kadınlara yönelik gerçekleştirilen cinsel şiddet eylemlerine ilişkin olarak da, Mahkeme kararlarıyla yine koruma, soruşturma ve kovuşturma yükümlülüklerine ilişkin Mahkemenin standartlarının ortaya konulduğu görülmektedir. Mahkeme kararlarıyla gereken özeni gösterme standartlarını tespit etmek amacıyla, ev içi şiddet ve cinsel şiddet olgularına ilişkin davalar iki ayrı başlık altında incelenmiştir.

2. Kadına Yönelik Özel Alanda Cinsel Şiddet Davaları

Kadınlara yönelik tecavüz ve cinsel istismar eylemlerinde, failin, kadınların yakın ilişki içerisinde bulunduğu kişilerden biri olduğu durumlar, kadına yönelik özel alanda cinsel şiddet vakaları olarak ele alınmıştır. Bu başlık altında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, önüne gelen davalarla, bu tür suçların işlenmesi halinde devletin yükümlülüklerini ne şekilde belirlediğinin ortaya konulması amaçlanmıştır. Bu kapsamda, Mahkeme'nin *M.C. - Bulgaristan* kararı kadına yönelik cinsel şiddet söz konusu olduğunda, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin ortaya koyulduğu önemli bir karardır. Bu karara göre, daha yakın tarihli olan *D.J. - Hırvatistan*³⁵⁶ kararı da, Mahkemece ortaya koyulan ilkelerin uygulandığı bir karar olması sebebiyle inceleme konusu yapılmıştır.

M.C. - Bulgaristan davasında, daha önce de değinildiği gibi, başvuru *M.C.*, iki kişinin cinsel saldırısına karşı direndiğine ilişkin bir kanıt bulunamaması sebebiyle, bu kişileri tecavüz suçundan cezalandırmayan Bulgar makamlarının,

³⁵⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Bevacqua ve S./Bulgaristan* Kararı, Başvuru No: 71127/01, 12.06.2008.

³⁵⁵ HASSELBACHER, s. 190-215.

³⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *D.J./Hırvatistan* Kararı, Başvuru No: 42418/10, 24.07.2012.

Sözleşme'nin işkence ve kötü muamele yasağını düzenleyen 3. maddesini, özel hayata saygı hakkını düzenleyen 8. maddesini, etkili başvuru hakkını düzenleyen 13. maddesini ve ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

M.C. - Bulgaristan davasında, Bulgar makamları başvuruçunun cinsel saldırıya karşı direndiğine ilişkin bir kanıt bulunamadığı gerekçesiyle, failleri bu suçtan cezalandırmamıştır. Mahkeme, bu başvuruda tecavüz suçunun unsurlarını tartışma konusu yapmıştır. Avrupa ülkelerindeki yasal düzenlemeleri, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 2002 tarihli Kadının Şiddete Karşı Korunması Tavsiye Kararını ve Eski Yugoslavya için Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin içtihadını ele alan Mahkeme; cinsel suçlarda fiziksel direncin modern yaklaşımda artık suçun bir unsuru olarak görülmediğini, suçun temel unsurunun rıza yokluğu olduğunu ortaya koymuştur³⁵⁷. Mahkeme'ye göre; cinsel suçların soruşturulmasında fiziksel direncin kanıtlanmasını gerektiren katı bir yaklaşım, bazı tecavüz türlerini cezasız bırakma riski doğurur ve böylece bireyin cinsel özerkliğinin etkili bir şekilde korunmasını tehdit eder. Bu alandaki çağdaş standartlara ve eğilimlere uygun olarak, Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerine göre Sözleşmecî Devletlerin, rızaya dayalı olmayan herhangi bir cinsel fiili, mağdurun fiziksel direnci olmadığı hallerde de etkili bir şekilde soruşturmayı ve cezalandırmayı gerektiren pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır³⁵⁸. Mahkeme bu olayda, başvuruçuyla ilgili soruşturmanın ve özellikle olaydaki soruşturmacı ve savcılarının gösterdikleri yaklaşımın, devletin her türlü tecavüzü ve cinsel istismarı ortaya çıkarma ve bunları cezalandırmak için ceza hukuku sistemini etkili olarak uygulama şeklindeki pozitif yükümlülüklerinin gerisinde kaldığını ve böylece Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini tespit etmiştir³⁵⁹. Başvuruç, Bulgar Ceza Kanunu'nun "eşcinsel çocukları" tecavüzden, "heteroseksüel çocuklara" göre daha iyi koruduğu gerekçesiyle, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal

³⁵⁷ *M.C./Bulgaristan*, par. 154-165.

³⁵⁸ *M.C./Bulgaristan*, par. 166.

³⁵⁹ *M.C./Bulgaristan*, par. 185-187.

edildiğini iddia etmiş, Mahkeme, bu iddianın Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında incelenmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir.

D.J. - Hırvatistan davasının konusu da yine bir tecavüz vakasıdır. Başvurucu, aynı teknede çalıştığı *D.S.*'nin kendisine tecavüz ettiğini iddia etmiş ve tekneye polis çağırmıştır. *D.S.*, soruşturma kapsamında verdiği ifadesinde olay günü başvurunun sarhoş olduğunu ve kendisinin onu kamarasına taşıdığını söylemiş ancak suçlamaları kabul etmemiştir. Başvurucu şikâyetle bulunduğu gün bir jinekolog tarafından muayene edilmiş; başvurunun genital bölgesinde herhangi bir yaralanma tespit edilmemiştir. Makul şüphe bulunmadığından soruşturma izni verilmemiştir. Başvurucu olaydan iki gün sonra iki ayrı sağlık raporu almıştır. Bunlardan birinde genital bölgesinde çürükler olduğu, bir diğerinde akut stres bozukluğu geçirdiği tespit edilmiştir. Olay gecesi giydiği eteği gereken incelemenin yapılması için polisler teslim etmiş ancak polisler başvurunun inceleme yapılması talebine karşılık vermemişlerdir. Başvurunun eteği ve iç çamaşırı incelenmeden adli tıp raporu hazırlanmış ve soruşturma delil yetersizliğinden dava açılmaksızın sona ermiştir³⁶⁰. Başvurucu, tecavüz iddialarına ilişkin soruşturmanın etkili, eksiksiz ve bağımsız bir şekilde yürütülmediği ve bu anlamda etkili başvuru hakkına sahip olmadığı gerekçesiyle AIHS'nin 3., 8. ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir³⁶¹. Ayrıca başvuru, tecavüz iddiasını soruşturan ulusal makamların toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık yaptığını beyan ederek, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir³⁶².

Mahkeme, bu tür olaylarda, tecavüzü cezalandırmak ve tecavüzü soruşturmakla ilgili olarak, devletlerin pozitif yükümlülüğünün var olduğunu teyit etmiştir. Mahkeme'ye göre; Taraf Devletlerin egemenlik alanları içinde bulunan herkese bu Sözleşme'de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanıma konusundaki Sözleşme'nin 1. maddesinden doğan yükümlülüğü, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte ele alındığında; Taraf Devletlerin egemenlik alanları içinde bulunan

³⁶⁰ *D.J./Hırvatistan*, par. 6-33.

³⁶¹ *D.J./Hırvatistan*, par. 53.

³⁶² *D.J./Hırvatistan*, par. 105.

bireylerin özel kişilerden kaynaklanan kötü muameleler dâhil olmak üzere, herhangi bir şekilde kötü muamele görmelerini engellemek için tedbirler almaları gerekir. Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkı kapsamında da devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile tedbirler alınmasını içerebilir. Özel şahısların eylemlerine karşı koruma konusunda, Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu sağlamak için araçların seçimi, kural olarak devletin takdir marjı içinde kalmakla birlikte, temel değerlerin ve özel yaşamın esaslı yönlerinin tehlikeye girdiği tecavüz gibi ağır eylemlerin etkili bir şekilde caydırıcı olabilmesi için etkin cezai hükümler gerekir. Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler, etkili bir şekilde korunma hakkına sahiptirler.

Mahkeme'ye göre; Sözleşme'nin 3. maddesi resmî bir soruşturma yapılması konusunda pozitif bir yükümlülük getirmektedir. Bu tür bir pozitif yükümlülük, kural olarak sadece devlet görevlilerinin kötü muamele yaptıkları olaylarla sınırlı değildir. Ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesine göre; devletin pozitif yükümlülüğü, bireyin fiziksel bütünlüğünün korunması için cezai soruşturmanın etkililiğiyle ilgili sorunları da kapsayabilir. Bu bağlamda, devletin, tecavüzü etkili bir şekilde cezalandıran ceza hükümleri koyma ve bunları etkili soruşturma ve kovuşturma suretiyle uygulamaya geçirme konusunda Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerine içkin bir pozitif yükümlülüğü vardır³⁶³.

Mahkeme, *D.J. - Hırvatistan* kararında, soruşturmanın başlangıcında olay yerine gelen polislerin olay yerinde yaptıkları ilk incelemenin özensiz olduğunu, başvurunun tecavüze uğradığı iddiasına karşın en etkili ve önemli olacak delillerden biri olan başvuranın iç çamaşırlarının olay yerindeki çöp kutusunda olmasına karşın toplanmadığını ve bu şekilde soruşturmanın ilk aşamasının gereken titizlikten yoksun olarak tamamlandığını tespit etmiştir³⁶⁴. Ayrıca başvurunun olay günü giydiği eteği soruşturma makamlarına teslim etmesine karşın eteğin adli tıba gönderilmediğini, olayla ilgili bilgisi olabilecek bir tanığın dinlenmediğini de

³⁶³ *M.C./Bulgaristan*, par. 149-153; *D.J./Hırvatistan*, par. 84.

³⁶⁴ *D.J./Hırvatistan*, par. 94-95.

tespit ederek soruşturmanın sonraki aşamalarında da kusurlarının bulunduğunu ifade etmiştir³⁶⁵. Bununla birlikte, soruşturmanın başında görev alan polisler hakkında görevlerini yerine getirmedikleri iddiasıyla soruşturma yapılması talebi de reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre; tecavüz mağdurunun alkollü olması ya da davranışlarını etkileyen başka koşullar altında bulunması ya da kişiliği, etkili soruşturma yapma ödevini ortadan kaldırmaz³⁶⁶. Mahkeme, soruşturmada tespit ettiği eksiklikler sebebiyle, Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin usul yönünden ihlal edildiğine karar vermiş, 13. madde yönünden ayrıca bir inceleme yapılmasına gerek görmemiştir.

Başvurucu, tecavüz iddiasıyla ilgili soruşturma yapan devlet görevlilerinin toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığına uğradığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre; cinsel şiddetin mağdurları çoğunlukla kadınlardır. Hırvatistan hukuk uygulayıcılarının bu alandaki duyarlılığı ve bilgisi düşüktür; soruşturma yargıcı, soruşturma izni vermediğinde ve başvurucuyu kamu düzenini rahatsız eden ve yüksek miktarda alkol tüketen biri olarak etiketlediğinde başvurucuya karşı önyargısıyla hareket etmiş ve davanın esasını görmezden gelmiştir³⁶⁷. Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 14. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bu iddiasını, Sözleşme'nin 3. ve 8. maddesinin incelenmesinde değerlendirilen hususlarla aynı nitelikte olduğunu, ayrı bir sorun oluşturmadığını ifade ederek, bu iddiayı incelemeye gerek görmemiştir³⁶⁸.

3. Kadına Yönelik Ev İçi Şiddet Davaları

a. Bevacqua ve S. - Bulgaristan Davası

Mahkeme ev içi şiddete ilişkin ilk kararını, *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* davasında vermiştir. Eşinden fiziksel şiddet gören başvurucu, üç yaşındaki oğlunu (ikinci başvurucu) da alarak eşini terk etmiştir. Açmış olduğu boşanma davası devam ederken de eşinden şiddet görmeye devam etmiştir. Davanın devamı sırasında

³⁶⁵ D.J./Hırvatistan, par. 95-103.

³⁶⁶ D.J./Hırvatistan, par. 101.

³⁶⁷ D.J./Hırvatistan, par. 105-106.

³⁶⁸ D.J./Hırvatistan, par. 108.

başvurucunun oğlu eşi tarafından kaçırılmıştır ve başvuru oğluya sınırlı zamanlarda görüşebilir hale gelmiştir. Yaşadığı şiddet olaylarını belgeleyen tıbbi raporlarına rağmen başvurunun suç duyuruları; tedbir kararı ve geçici olarak çocuğunun velayetinin kendisine verilmesi talepleri sonuçsuz kalmıştır. İlgili makamlar, başvurunun yaralanmalarının hafif yaralanmalar kategorisinde olması sebebiyle tazminat davası açabileceğini belirterek, ceza davası açılması talebini reddetmişlerdir. Başvurucunun İçişleri Bakanlığı'na yazdığı, çocuğunun velayetinin kendisine verilmesi ve polisin şikâyetleriyle ilgili bir şey yapmadığını iddia ettiği dilekçesine, Bakanlık, polislerin yasaya aykırı bir eylemlerinin olmadığını, polisin bu konuyla ilgili olarak elinden geleni yaptığını ve geriye kalan konuların “özel meseleler” olduğunu belirtir şekilde cevap vermiştir³⁶⁹.

Mahkeme, bu davada özel hayata saygı hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasını değerlendirirken, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi kavramının içinde doğası gereği pozitif yükümlülükler olduğunu, bu yükümlülüklerin bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında da tedbirler alınmasını içerebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre; “özel hayat” kavramı, kişinin “fiziksel ve psikolojik bütünlüğü”nü de kapsadığından, bu pozitif yükümlülükler, özel kişiler tarafından gerçekleştirilecek şiddet eylemlerine karşı koruma sağlayacak elverişli bir yasal mevzuat oluşturma ve pratikte uygulama ödevini de içerir³⁷⁰.

Mahkeme, Bulgar makamlarının, başvuranın kocasını cezalandırmak ve denetim altına almak için gerekli tedbirleri almamaları ve çocuğun refahını olumsuz olarak etkileyen durumda geçici velayet hakkını düzenlememeleri sebebiyle Sözleşme'nin aile hayatına saygı hakkının düzenlendiği 8. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki sorunun “özel mesele” olarak görülmesinin, Taraf Devletin başvuru sahiplerinin aile hayatını koruma yükümlülüğüne aykırı olduğunun altını çizmiştir³⁷¹.

³⁶⁹ *Bevacqua ve S./Bulgaristan*, par. 11-38.

³⁷⁰ *Bevacqua ve S./Bulgaristan*, par. 64.

³⁷¹ *Bevacqua ve S./Bulgaristan*, par. 68-84.

Olayın gerçekleştiği dönemde, Bulgaristan ceza mevzuatında, darp sonucu oluşan orta ve hafif dereceli fiziksel zararlar eş ya da başka bir aile üyesi tarafından gerçekleştirildiği takdirde, bu suçlar savcı tarafından kamu adına yapılan bir soruşturmaya konu edilmemekte, bu tür suçlar mağdurun şahsi soruşturma hakkı kapsamında kalmaktadır. Buna karşın orta dereceli fiziksel zararın bir yabancı tarafından gerçekleştirilen darp sonucu meydana gelmesi halinde, kamu adına soruşturma yapılmaktadır. Başvurucunun eşinden gördüğü şiddet sonrasında tespit olunan fiziksel zararı hafif ve orta dereceli olduğundan, kamu adına soruşturma yapılmamıştır. Başvurucu, bu tür suçlar konusunda kamu soruşturması yapılmamasının, Devletin ev içi şiddete karşı koruma ödeviyle uyumlu olmadığını ve yasadaki bu eksikliğin kadınlar yönünden orantısız bir ayrımcılığa sebep olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, ceza hukukunda bu tür suçların mağdur tarafından şahsen soruşturulmasına ilişkin düzenlemenin 8. maddenin ihlali olmadığını ve bu konudaki düzenlemenin Devletlerin takdir marjı içerisinde kaldığına karar vermiştir³⁷².

Mahkeme başvurucunun Sözleşme'nin 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin iddiasıyla ilgili olarak ayrıca bir karar vermemiştir. Esasen, Bulgar Ceza Kanunu'nun uygulamasının sonucunda bir ayrımcılık doğmaktadır. Örneğin bir kadın sokakta tanımadığı birinin saldırısına uğrasa ve saldırı orta derecede fiziksel zararlarla sonuçlansa, devlet saldırganı soruşturacaktır. Ancak kadın aynı şekilde eşi tarafından yaralandığında kamu soruşturması söz konusu olmayacaktır. 1996 yılında Bulgaristan'da bir savcıyla yapılan görüşmede, savcı, "kadın bu konuda kendi kendine bir karar vermelidir. Aile ilişkilerinin soruşturma yoluyla zarar görmesini istiyor mu istemiyor mu? Devlet kadına yardımcı olarak aileyi zarara uğratmayacaktır." demiştir. Böylesi bir hukuki uygulama, aile içi şiddetin bir özel mesele olduğu ve soruşturulmasında genellikle bir kamusal fayda bulunmadığı anlayışını bir kez daha ortaya koymaktadır³⁷³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, önüne gelen ev içi şiddete ilişkin bu ilk davada, ev içi şiddet olaylarının "özel meseleler" olarak görülmesinin, devletin

³⁷² *Bevacqua ve S./Bulgaristan*, par. 82-84.

³⁷³ Minnesota Advocates for Human Rights, *Domestic Violence in Bulgaria*, Minneapolis: MN; 1996(b)'den aktaran HASSELBACHER, s. 208.

aile hayatını koruma yükümlülüğüne aykırı olduğu tespitini yapmış olması önemlidir. Bu haliyle, eşler arasında gerçekleşen şiddet olaylarında devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğu açıkça ifade edilmiştir. Devletlerin şiddeti önlemek için gereken tedbirleri almak, şiddet uygulayanı cezalandırmak ve çocuğun refahını olumsuz olarak etkileyen durumlarda zaman kaybetmeden çocuğun yararına olacak şekilde velayet hakkını düzenlemesi devletin koruma yükümlülüğü kapsamındadır.

b. Opuz - Türkiye Davası

Kadına yönelik şiddet konusunda Mahkemenin kararlarındaki dönüm noktası *Opuz - Türkiye* kararıdır. Bu kararla, kadına yönelik özel alanda şiddet olgusunda devletin koruma, soruşturma ve kovuşturma yükümlülüklerinin, *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* kararında tespit edilenlerden çok daha fazla olduğu ortaya konulmuştur. Ayrıca ev içi şiddetin, devletlerin ortadan kaldırması ve giderim sağlaması gereken bir ayrımcılık biçimi olduğu ifade edilmiştir.

Dava konusu olayda, başvuru, annesinin dini nikâhlı eşi A.O.'nun oğlu H.O. ile evli ve bu evlilikten üç çocuğu olan Diyarbakır'da yaşayan bir kadındır. Başvuru ve annesiyle H.O. ve babası A.O. arasında yedi yıllık bir süreç içerisinde hayati tehlike yaratacak boyutta pek çok şiddet olayı gerçekleşmiş ve bu olaylar polise ve yargı makamlarına yansımıştır. Ancak başvuru ve annesi, H.O.'nun tutuksuz yargılandığı ya da salıverildiği olaylarda şikâyetlerini geri almışlardır. Bunun da etkisiyle, H.O. gerçekleştirdiği suçlar sebebiyle ceza almamıştır. Yalnızca 29 Ekim 2001 tarihinde başvuru yedi bıçak darbesiyle yaralandığı olay sebebiyle para cezası almıştır. Bu cezası da taksitlendirilmiştir. Başvuru ve annesi koruma taleplerine de cevap alamamışlardır. Başvuru 29 Ekim 2001 tarihindeki olaydan sonra annesiyle birlikte yaşamaya başlamıştır. 19 Kasım 2001 tarihinde başvuru annesi, H.O., A.O. ve akrabalarının kendisini ve kızını tehdit ettiklerini, H.O.'nun bıçaklı ve silahlı halde evinin çevresinde dolanarak kendisini taciz ettiğini iddia ederek, şikâyetçi olmuştur. Şikâyet üzerine soruşturma yapılmış, H.O.'nun ifadesi alınmış, ölümle tehdit suçundan hakkında dava açılmıştır. Ancak davanın açılmış olması H.O.'nun eylemlerini durdurmamış ve başvuru annesi 27 Şubat 2002 tarihli dilekçesiyle H.O.'nun tehditlerini yoğunlaştırdığını ileri sürmüştür. Başvuru annesinin yeniden boşanma davası açması, H.O.'nun tehditlerini daha da

artırmıştır. 11 Mart 2002 tarihinde başvurunun annesi ev eşyalarını İzmir’e taşımak üzere kamyonetle yoldayken bir taksi kamyoneti durdurmuş ve içinden çıkan *H.O.* başvurunun annesini öldürmüştür. *H.O.* kasten adam öldürme suçundan yargılanmış ve sonucunda 15 yıl 10 ay hapis ve 180 Yeni Türk Lirası para cezası almıştır. Kararın temyiz edilmesi üzerine, *H.O.*’nun tutuklu olarak geçirdiği süre dikkate alınarak serbest bırakılmasına karar verilmiştir. *H.O.* serbest kaldığında başvuruycuyu öldüreceğini söyleyerek adresini soruşturmaya başlamıştır. Başvurunun 14 Nisan 2008’de yaşamının korunması için yaptığı tedbir talebi üzerine herhangi bir işlem yapılmamıştır. Bu tarihlerde dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin önünde olduğundan, başvurunun temsilcisi Mahkeme kanalıyla Hükümet’in tedbir almasını talep etmiştir. Bu kanalla Hükümet 21 Kasım 2008 tarihinde Mahkeme’ye, polis makamlarının başvuruycuyu korumak için özel tedbirler almış olduğunu bildirmiştir³⁷⁴.

Mahkeme, yetkili makamların, başvurunun annesinin öldürülmesini engellemek için gereken özeni göstermediğini tespit ederek, yaşam hakkının düzenlendiği Sözleşme’nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır³⁷⁵. Mahkeme, *Osman - Birleşik Krallık* kararıyla ortaya koyduğu ilkelerden hareket ederek, yetkili makamların, yaşamı başkasının suç niteliğindeki eylemleri sebebiyle tehlikede olan bir kişiyi korumak için önleyici işlevsel tedbirler alması gerektiğini dile getirmiştir. Bu pozitif yükümlülüğün doğması için, yetkili makamların belirli bir kişinin, bir üçüncü kişinin suç niteliğindeki eylemlerinden ötürü gerçek ve yakın bir tehlike altında bulunduğunu bildiklerinin veya bilmeleri gerektiğinin ortaya konulması ve yetkili makamların bu tehlikeyi önlemek için, yetkileri kapsamında makul bir değerlendirmeye, almaları beklenebilecek tedbirleri almadıklarının tespiti gerekmektedir. Mahkeme, yerel makamların *H.O.* tarafından öldürücü bir saldırı gerçekleştirileceğini öngörebilecek durumda olduğunu ve yetkililerin başvurunun annesinin öldürülmesini engellemek için gereken tedbirleri almadıkları sonucuna varmıştır.

³⁷⁴ *Opuz/Türkiye*, par. 1-70.

³⁷⁵ *Opuz/Türkiye*, par. 137-153.

Mahkeme, yetkili makamların başvuruçunun kişisel bütünlüğüne kocası tarafından yöneltilen ciddi ihlallere karşı etkili caydırıcılık sağlayacak koruma tedbirleri almamasının sonucu olarak, işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁷⁶. Mahkeme'ye göre, kötü muamelenin 3. madde kapsamına girebilmesi için asgari bir ağırlık seviyesi taşıması gerekmektedir ki, somut olayda başvuruçunun maruz kaldığı şiddet 3. madde anlamında kötü muameleyle yol açmaya yetecek ağırlıktadır. Devlet dışı aktörler tarafından uygulanan kötü muamele sebebiyle devletin 3. madde kapsamında sorumlu tutulup tutulmayacağı hususu ise, Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte ele alınarak değerlendirilmiştir. Buna göre, devletin kendi yargılama alanı içerisindeki kişilerin, özel kişiler tarafından gerçekleştirilen böylesi kötü muameleler de dâhil olmak üzere, işkenceye maruz kalmamaları için tedbirler alması gereklidir. Özellikle çocuklar ve savunmasız kişiler devlet korumasından yararlanma hakkına sahiptir. Mahkeme, başvuruçunun bu ilkeler ışığında “savunmasız kişiler” grubuna dâhil olduğunu kabul etmiş ve yaptığı değerlendirme sonunda yetkili makamların H.O.'nun saldırılarına karşı başvuruçuyu korumak için gerekli tüm makul önlemleri almadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme bu ihlallere ilişkin tespitlerinde, Taraf Devletin hem mevzuat yönünden hem de yetkililerin şiddet eylemlerine karşı verdikleri karşılıklar yönünden, yerine getirmekle yükümlü olduğu pozitif yükümlülüklerinin gerisinde kaldığını tespit etmiştir. Bunlar içerisinde öne çıkan, mağdurların şikâyetlerini geri çekmelerine karşın yargı makamlarının soruşturma ve kovuşturma işlemlerine devam etmekle yükümlü olup olmadıklarına ilişkin tartışmadır. Olayların yaşandığı dönemde yürürlükte olan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 456. maddesine göre, kasten yaralama suçu sonucunda kişi mutat iştigallerinden mahrum olmamış ya da kişinin mutat iştigallerinden mahrumiyeti on günden fazla değilse, suçun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikâyetine tabidir. Diğer taraftan Kanun'da ev içi şiddet biçimlerine ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır.

³⁷⁶ *Opuz/Türkiye*, par. 154-176.

İşkence suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 94. maddesinde düzenlenmiştir. Suçun faili kamu görevlisidir. *Opuz* kararında, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak, fail kamu görevlisi ya da kamu gücü kullanan bir kişi olmadığı halde, kadının özel alanda maruz kaldığı şiddet, işkence olarak değerlendirilmiş ve bir insan hakları ihlali olarak kabul edilmiştir.

Mahkeme, Taraf Devletler arasında, mağdurun şikâyetini geri çekmesi halinde aile içi şiddet failleri aleyhinde ceza soruşturmasının devamına dair uygulamada bir birlik olmadığını tespit etmiştir. Ancak yetkililerin bir eylem yolu belirlerken, mağdurun 2. madde, 3. madde ile özel hayata saygı hakkının düzenlendiği 8. madde kapsamındaki hakları arasında bir denge gözetme ödevi bulunduğu yönünde bir kabulün var olduğunu belirtmektedir.

Yetkili makamlar şikâyetin geri çekilmesine rağmen soruşturmaya devam etmek için bir takım etkenleri dikkate alabilirler; suçun ağırlığı, mağdurun yaralanmalarının fiziksel mi psikolojik mi olduğu, sanığın silah kullanıp kullanmadığı, bu saldırıya dek herhangi bir tehditte bulunup bulunmadığı, saldırıyı planlayıp planlamadığı, saldırının varsa hanede yaşayan çocuklar üzerindeki (psikolojik de dâhil) etkileri, sanığın tekrar saldırma ihtimali, mağdurun sağlığı ve güvenliğine yönelik devam eden tehdit, mağdurla sanığın ilişkisinin mevcut durumu, mağdurun isteği dışında soruşturmaya devam edilirse bunun ilişki üzerinde yaratacağı etki, ilişkinin geçmişi, geçmişte başka bir şiddet olayının yaşanıp yaşanmadığı, sanığın geçmiş, başka şiddet olaylarından sabıkasının olup olmadığı bu konuda karar vermek için dikkate alınacak hususlar arasındadır³⁷⁷. Esasen dikkate alınması gereken, suç giderek ağırlık kazandıkça veya başka suçlar işlenmesi tehlikesi arttıkça, mağdurlar şikâyetlerini geri çekse dahi kovuşturmanın sürdürülmesinin kamunun yararına olduğudur. Bu haliyle, genel olarak ev içi şiddet vakalarına ilişkin herhangi bir düzenleme içermeyen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve fiziksel şiddet olaylarında kamu adına soruşturma yapılmasını on günlük maluliyet şartına bağlamış olan Kanun'un 456. maddesi, devletin tüm ev içi şiddet biçimlerini cezalandıran ve mağdurlar için yeterli güvenceler sağlayan bir sistem kurma ve bu sistemi etkili bir şekilde uygulamaya ilişkin pozitif yükümlülüğünün gerisinde kalmıştır³⁷⁸.

Yine mevzuat yönünden değerlendirmesinde Mahkeme, yargı kararlarının etkiden yoksun olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, dava konusu olayda

³⁷⁷ Opuz/Türkiye, par. 138.

³⁷⁸ Opuz/Türkiye, par. 145.

polis ve savcılar tamamen pasif kalmamışlardır. *H.O.* gerçekleştirdiği şiddet eylemleri sebebiyle sorgulanmış, iki kez tutuklanmış, ölümle tehdit ve darp suçlarıyla suçlanmıştır. Tüm bunlara rağmen, dava konusu olaylar bir bütün halinde incelendiğinde, başvurucuya ve annesine yönelik olarak süregelen ve şiddet düzeyi tırmanan olaylar silsilesine rağmen, *H.O.* başvurucunun annesini öldürmeden önce, yalnızca 29 Ekim 2001 tarihinde başvurucuyu yedi bıçak darbesiyle yaraladığı olay sebebiyle ceza almıştır. Bu ceza da bir para cezasıdır ve onun da taksitlerle ödenmesine karar verilmiştir. Mahkeme’ye göre, *H.O.*’nun işlediği yoğun şiddet içeren suçlara yargı makamlarınca verilen yanıt, bu suçların ağırlığı karşısında açıkça yetersizdir. Yargı kararları, etkiden yoksundur, belirli bir oranda müsamaha içermektedir ve *H.O.*’nun davranışı üzerinde gözle görülebilir hiçbir önleyici veya caydırıcı etki yaratmamıştır³⁷⁹.

Olayların gerçekleştiği dönemde yürürlükte bulunan 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun”³⁸⁰, kadınların şiddetten korunmasına ilişkin ceza hukuku dışında tedbirler içermektedir. Mahkeme’ye göre, yargı makamları yasal mevzuat gereğince mağdurun bu Kanun’un uygulanması için özel bir talepte bulunmasını beklemişlerdir. Oysaki koca tarafından uygulanan şiddetin bütünü dikkate alındığında, savcılığın bu Kanun kapsamında gerekli olan tedbirleri resen uygulaması gerekmektedir³⁸¹. Bu da yasal mevzuata ilişkin tespit olunan bir eksikliktir. Ayrıca Mahkeme, sığınma evlerinin de geçici bir çözüm olduğunu ve mevcut haliyle mağdurların güvenliğini sağlayacak bir resmî düzenleme bulunmadığını da tespit etmiştir³⁸².

Mahkeme’nin önemli tespitlerinden biri de, kadına yönelik özel alanda şiddet vakalarında önemli bir tartışma konusu olan, mağdurların haklarıyla faillerin

³⁷⁹ *Opuz/Türkiye*, par. 170.

³⁸⁰ 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” 14.01.1998 tarihinde kabul edilmiş, 17.01.1998 tarih ve 23233 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe girmiştir. 08.03.2012 tarih ve 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun”un 23. maddesi uyarınca, bu Kanun’un yürürlüğe girdiği 20.03.2012 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

³⁸¹ *Opuz/Türkiye*, par. 171.

³⁸² *Opuz/Türkiye*, par. 172.

haklarının çatışmasına ilişkindir. Başvurucunun annesinin, H.O.'nun evinin etrafında bıçak ve silahla dolaştığı ve tehditlerine devam ettiği yönündeki iddiasına karşın yetkili makamların gözaltı ya da benzeri bir tedbir uygulamadıklarına dikkat çekilmiştir. CEDAW Komitesi'nin *Fatma Yıldırım - Avusturya ve A.T. - Macaristan* kararlarına atıf yapan Mahkeme, ev içi şiddet olaylarında faillerin haklarının mağdurun yaşam hakkından ve fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkından üstün tutulamayacağını belirtmiştir³⁸³.

Bu kararla kadına yönelik özel alanda şiddet olgusuna ilişkin en önemli tespit, ayrımcılık yasağının düzenlendiği Sözleşme'nin 14. maddesinin, yaşam hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 2. ve işkence yasağının düzenlendiği 3. maddesiyle birlikte ele alındığında ihlal edildiğidir. Başvurucu, olayların gerçekleştiği tarihte yürürlükte olan kanunların ailenin reisini koca olarak belirlediğini, aile birliğinin temsilcisi olan kocanın isteklerine ağırlık verdiğini, bu şekilde kadın ile erkek arasında ayırım yapıldığını iddia etmiştir. Kadının esasen toplum ve aile içerisinde erkeğin malı olarak görüldüğünü, cinsel saldırı eylemlerinin genel ahlaka ve aile düzenine aykırı suçlar başlığı altında tanımlanmasının bunun en önemli örneği olduğunu ifade etmiştir. Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi, kadınlara ikinci sınıf vatandaş muamelesi yapıldığını ve H.O.'nun işlemiş olduğu cinayet sonucunda yalnızca 15 yıl ceza almasının da bu bakış açısından kaynaklandığını iddia etmiştir. 2002 ve 2004 yıllarında Medeni Kanun ve Türk Ceza Kanunu'nda gerçekleştirilen değişikliklerle mevcut durum giderilmeye çalışılsa da aile içi şiddet uygulayan erkeklerin yargısal ve idari makamların hoşgörüsünden yararlanarak, suçlarının cezasızlıkla karşılık gördüğünü söyleyen Başvurucu, Sözleşmeden kaynaklanan haklarının yalnızca kadın olduğu için ihlal edildiğinden ayrımcılığa uğradığını iddia etmiştir³⁸⁴. Mahkeme, ayrımcılık konusunda ilkelerini ortaya koyduğu *D.H. ve Diğerleri - Çek Cumhuriyeti*³⁸⁵ kararındaki tespitlerine atıfta bulunmuş ve sonra CEDAW, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, Belém do Pará Sözleşmesi

³⁸³ *Opuz/Türkiye*, par. 147.

³⁸⁴ *Opuz/Türkiye*, par. 178-179.

³⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti* Kararı, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007.

ve Amerikalılararası Komisyon tarafından kadına yönelik şiddetin bir ayrımcılık türü olarak tanımlandığını ifade etmiştir³⁸⁶.

Mahkeme, başvuru tarafından sunulan raporlardan ve istatistiklerden, ayrıca CEDAW Komitesi'nin Türkiye ile ilgili konuya ilişkin yaptığı tespitlerden yola çıkarak ev içi şiddetin çoğunlukla kadınları etkilediğini ve Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargısal pasifliğinin ev içi şiddeti destekleyici bir ortam yarattığını tespit etmiştir. Türkiye'deki ceza hukuku sisteminin, *H.O.*'nun, başvuru ve annesine karşı gerçekleştirdiği hukuka aykırı eylemleri önleyebilecek etkili bir mekanizma sağlayamadığını belirtmiştir. Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargısal pasifliğin, kasıtlı bir biçimde olmasa da esasen kadınları etkilediği tespitinden hareketle, başvuru ve annesinin maruz kaldığı şiddetin, kadına yönelik ayrımcılığın bir türü olan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu haliyle Mahkeme, 2. ve 3. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir³⁸⁷.

c. Mahkeme'nin Yaklaşımının Sonraki Kararlarıyla Birlikte Değerlendirilmesi

i. İhlal Tespit Edilen Sözleşme Maddeleri

Mahkemenin kadına yönelik özel alanda şiddet konusunda mihenk taşı olan, *Bevacqua ve S. - Bulgaristan ve Opuz - Türkiye* kararları, kadına yönelik şiddet karşısında devletin özen gösterme standartlarını ortaya koyduğu kararlardır. Başvurucunun yaşadığı şiddet olaylarıyla ilgili olarak *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* kararında Mahkeme, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmış, *Opuz - Türkiye* kararında ise özel hayata saygı hakkına ilişkin değil işkence ve kötü muamele yasağının ihlaline ilişkin saptamalarda bulunmuştur. Bu, iki olaydaki şiddet düzeyinin farklılığının ve *Opuz*'un gördüğü kötü muamelenin 3. madde kapsamına girecek asgari bir ağırlık seviyesi taşıdığı değerlendirmesinin bir sonucudur. *Opuz* kararı, kadınların işkence ve kötü muamele yasağı anlamında “savunmasız” bir grup olarak görülerek, kadınların ev içinde maruz kaldıkları fiziksel şiddetin işkence ve

³⁸⁶ *Opuz/Türkiye*, par. 183-191.

³⁸⁷ *Opuz/Türkiye*, par. 199-202.

kötü muamele yasağına ilişkin bir sorun olarak değerlendirildiği ilk karardır³⁸⁸. Yine bu davada ilk kez, ev içi şiddetin Taraf Devletlerin tamamında yaygın olarak görülen ve yakın ilişkilerde ya da kapalı çevrelerde gerçekleştiği için her zaman açığa çıkmayan bir olgu olduğu tespit edilmiştir³⁸⁹.

Mahkeme'nin sonraki kararları bütün olarak incelendiğinde, kadına yönelik ev içi şiddet vakalarına ilişkin önüne gelen davaları aile ve özel hayata saygı hakkının düzenlendiği Sözleşme'nin 8. maddesi ve işkence ve kötü muamele yasağının düzenlendiği Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında değerlendirmeye devam ettiği görülmektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline ilişkin tespitler *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* kararındaki içtihat üzerinden, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlaline ilişkin tespitler *Opuz - Türkiye* kararındaki içtihat üzerinden devam etmektedir. Mahkeme bazı kararlarında Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin bir tespitte bulunduktan sonra ayrıca 8. maddenin ihlal edildiğine ilişkin iddianın incelenmesine gerek olmadığına da karar vermiştir³⁹⁰.

Mahkeme'nin sonraki kararlarında da bir devletin koruma, soruşturma ve kovuşturma ilkelerine bağlı olarak hareket edip etmediğinin tespitine ilişkin ortaya koyduğu asgari standartları takip ettiği görülmektedir. Örneğin Mahkeme A - *Hırvatistan*³⁹¹ kararında, boşandığı eşinin sözlü ve fiziksel şiddetine maruz kalan A.'nın başvurusunda, aynı taraflar arasında gerçekleşen benzer nitelikli eylemlerin Taraf Devletin iç hukukundan kaynaklanan düzenlemeler nedeniyle farklı davalara konu olmasının yetkililerin olayı bir bütün olarak görmesini engellediğini ve verilen cezaların niteliği itibarıyla caydırıcı olmadığını ve dahası infaz edilmediğini belirterek 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Buna karşılık 2. ve 3. madde ihlaliyle ilgili ayrıca inceleme yapmamıştır³⁹².

³⁸⁸ *Opuz/Türkiye*, par. 160.

³⁸⁹ *Opuz/Türkiye*, par. 132.

³⁹⁰ Örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Valiuliene/Litvanya* Kararı, Başvuru No: 33234/07, 26.03.2013; *T.M. ve C.M./Moldova*.

³⁹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *A/Hırvatistan* Kararı, Başvuru No: 55164/08, 10.10.2010.

³⁹² *A/Hırvatistan*, par. 78- 80.

Mahkeme'ye göre; devletlerin Sözleşme'nin 3. maddesine ilişkin pozitif yükümlülüğü, kötü muameleyi önlemek ve faili cezalandırmak amacıyla yasal bir çerçeve oluşturmak ve diğer taraftan yetkililerin belirli bir kişi tarafından gerçekleştirilecek kötü muamele tehlikesinin farkında olduklarında ya da kötü muamele gerçekleştiğinde, mevcut yasaları mağduru koruma ve faili cezalandırmak üzere uygulamalarıdır³⁹³. Mahkeme yasal mevzuat yönünden yasalarla aile üyelerinden gelen şiddet de dâhil olmak üzere, şiddet eylemlerinin suç olarak düzenlenmiş olmasını ve ev içi şiddet olaylarına özel olarak koruma tedbirlerinin öngörülmesi olmasını aramaktadır. Yasal mevzuattaki koruma tedbirlerinin etkililiği konusunda, önüne gelen her olayın kendi özgün koşulları gereği farklı yasal düzenlemeleri değerlendirmiştir. Mahkeme, kadınların şiddetten korunması için, yasal çerçevenin oluşturulmuş olmasını tek başına yeterli görmemiş, bu yasal çerçevenin yetkililer tarafından gereği gibi uygulanmasını da değerlendirme konusu yapmıştır.

Mahkeme'nin yaşam hakkı ihlalleri söz konusu olduğunda, Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiğine karar verdiği görülmektedir. Bu kararlar çoğunlukla gerçek ve yakın bir tehlike altında olan kişiyi korumak için önleyici işlevsel tedbirler alınmaması sebebiyle yaşam hakkının ihlaline ilişkindir³⁹⁴. Bununla birlikte şüpheli ölüm sonrasında etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali sebebiyle de Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği yönünde kararlar da mevcuttur³⁹⁵.

ii. Ayrımcılık Yasağının İhlali

Mahkeme'nin *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* ve *Opuz - Türkiye* kararları arasında ayrımcılık yasağının ihlali yönünden farklılık mevcuttur. *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* kararında, başvurunun Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği

³⁹³ *T.M. ve C.M./Moldova*, par. 43; *Eremia/Moldova* par. 56; *Mudric/Moldova*, par. 47; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *B./Moldova* Kararı, Başvuru No: 53519/07, 15.05.2012, par. 49.

³⁹⁴ Bkz. *Opuz/Türkiye*; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Civek/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 55354/11, 23.02.2016; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Halime Kılıç/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 63034/11, 28.06.2016.

³⁹⁵ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Durmaz/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 3621/07, 13.11.2014.

iddiasına karşın bir değerlendirme yapmayan Mahkeme, *Opuz - Türkiye* kararında, 2. ve 3. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu ihlal, Türkiye’deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğine dayanmaktadır.

Opuz - Türkiye kararı, Mahkeme içtihatlarında önemli bir aşamayı göstermektedir. Nitekim bu davada, kadına yönelik şiddetin kadına yönelik ayrımcılık türlerinden biri olduğu açıkça söylenerek kadına yönelik şiddete karşı etkili koruma sağlanmamasının cinsiyete dayalı olarak eşit hukuksal koruma sağlanmaması anlamına geldiği ortaya konulmuştur³⁹⁶.

A - Hırvatistan kararında Başvurucu, ev içi şiddete ilişkin kuralların yetersiz ve etkisiz olduğunu ve ev içi şiddet olaylarının çoğunlukla kadınlara karşı gerçekleşmesi sebebiyle bu kuralların da ayrımcı olduğunu iddia ederek 14. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme *Opuz - Türkiye* kararında, CEDAW Komitesi, *Diyarbakır Barosu* ve *Uluslararası Af Örgütü* tarafından hazırlanan raporların, Türkiye’deki genel ve ayrımcı yargısal pasifliğin temelde kadınları etkilediğini ve başvurunun kadına yönelik ayrımcılığın bir türü olan toplumsal cinsiyet temelli şiddete maruz bırakıldığını ortaya koyduğunu belirtmiştir. Kadınların, kadına yönelik şiddet şikâyetiyle karakollarda karşı karşıya kaldığı muameleyi, özellikle yetkililerin kadınların şikâyetçi olmayıp evlerine dönmeleri için arabuluculuk yaptığını, yetkililerin kadına yönelik şiddeti bir aile içi mesele olarak görüp bu tür olaylar karşısında pasif davrandıklarını ortaya koyabilecek raporlar ve istatistikler sunulmuş olduğunu tekrar etmiştir. Buna karşılık bu davada, Hırvatistan’a ilişkin olarak bu tür raporlar sunulmamıştır. Başvurucunun boşandığı eşine karşı hem hafif suçlara ilişkin hem ceza yargılamalarına ilişkin yasal düzenlemelerin uygulandığı belirtilerek, yetkililerin toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılık yaptığı sonucuna varılmamıştır. Mahkeme, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini tespit ederken, başvurunun boşandığı eşine verilen cezaların caydırıcılıktan uzak olduğunu belirtmişse de, bu hususta ayrıca toplumsal cinsiyete

³⁹⁶ KUYUCU, s. 125.

dayalı ayrımcılık niyetinin bulunmadığını söylemiştir. Bu nedenlerle Başvurucunun 14. maddenin ihlal edildiğine yönelik iddiası kabul edilmemiştir³⁹⁷.

Mahkeme'nin *A - Hırvatistan* kararındaki değerlendirmesi, cinsiyet temelli ayrımcılık iddiasında bulunan başvuruçuların adalete erişim haklarının kısıtlanması sonucunu doğurmaktadır. *A - Hırvatistan* kararında başvuruçucu, *Opuz* davasındaki kadar ayrıntılı olmasa da, Hırvatistan'daki yargı uygulamalarına ilişkin verileri Mahkeme'ye sunmuştur. Mahkeme'nin, her başvuruçunun *Opuz* davasındaki gibi ayrıntılı bir dosya hazırlamasını beklemesi, daha zayıf dosyalar hazırlayan başvuruçuların adalete daha az erişimleri sonucunu doğuracaktır. Diğer taraftan her ülkede, kadına yönelik şiddete ilişkin yeterli raporlar ve istatistikler bulunmayabilir ya da bunlara erişim zor veya kısıtlı olabilir. Bu durumdaysa, istatistiklerin tutulmaması ya da başvuruçunun bunlara ulaşamamış olması, tek başına ayrımcılık şüphesi yaratmalıdır. Nitekim kadına yönelik şiddete ilişkin istatistiki bilgi tutulması CEDAW nezdinde Taraf Devletlere yüklenmiş bir ödevdir. Bunların bertaraf edilebilmesi için, 14. maddeye ilişkin ihlallerin söz konusu olduğu davalarda, ispat yükünün yer değiştirmesi sağlanmalıdır. Karara doğrudan etki eden istatistiklerin tutulmamış olması ya da başvuruçuların kendi durumlarıyla ilgili istatistiklere ulaşamamaları halinde ispat yükü tersine dönmelidir³⁹⁸.

Mahkemenin, yakın tarihli kararlarına baktığımızda beş kararında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin tespitler olduğu görülmektedir. Bunlar; *Eremia - Moldova*, *Mudric - Moldova*, *T.M., C.M. - Moldova*, *M.G. - Türkiye*³⁹⁹ ve *Halime Kılıç - Türkiye*⁴⁰⁰ kararlarıdır.

Eremia - Moldova kararında, başvuruçucu kadın, kendisi ve iki kızı adına başvuruda bulunmuştur. Polis memuru olan eşi A.'dan boşanmak için dava açtığı 2 Temmuz 2010 tarihinden itibaren, davanın incelendiği 15 Mart 2011 tarihine kadar,

³⁹⁷ *A/Hırvatistan*, par. 93-104.

³⁹⁸ KUYUCU, s. 121-122.

³⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararı, *M.G./Türkiye* Kararı, Başvuru No: 646/10, 22.03.2016.

⁴⁰⁰ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Halime Kılıç/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 63034/11, 28.06.2016.

en az yedi kez başvuru ve kızları, A.'nın fiziksel ve sözlü saldırılarına maruz kalmışlardır. Başvurucunun yaralandığını gösterir tıbbi raporları bulunmaktadır. Başvurucunun, A.'nın cezalandırılması talebiyle yaptığı şikâyetler ve koruma kararı talepleri sonucunda; A. cüzi bir miktar para cezası alır, Mahkeme koruma kararı verir ancak bu karar birkaç kez A. tarafından ihlal edilir ve A.'nın itirazları sonucu koruma kararı da kısmen kaldırılır. Başvurucu polis merkezinde, şikâyetini geri alması için baskıya maruz kalır ve sonuç olarak A. gerçekleştirmiş olduğu ev içi şiddet eylemleri sebebiyle caydırıcı ve etkili bir ceza almaz⁴⁰¹.

Mudric - Moldova davasında ise, başvuru 1939 doğumlu bir kadındır ve 22 yıl önce boşandığı önceki eşi A.M.'den şiddet görmüştür. A.M. 31 Aralık 2009 tarihinde başvurunun evine zorla girer ve başvuru dar eder. Bu tarihten sonra A.M. başvurunun evine yerleşir, başvuru akrabalarının yanında kalmak zorunda kalsa da, çeşitli sebeplerle gerçekleşen karşılaşmalarda, A.M. en az dört kez daha başvuruya saldırır ve onu dar eder. Dava konusu olayda A.M.'nin 1965 yılından beri kronik paranoid şizofreni hastası olduğu, 1981 yılında karısının kendisini zehirlemeye çalıştığı zannına kapıldığı ve bu sebeple hastaneye yatırıldığı, bunun dışında da yıllar içerisinde birkaç kez hastaneye yatarak tedavi edildiği bilinmektedir. Başvurucunun talebi üzerine, yerel mahkemelerce A.M.'nin başvurunun evini tahliye etmesi amacıyla verilen koruma kararları infaz edilemez. Başvurucunun, A.M.'nin cezalandırılması için yaptığı başvuru üzerine başlatılan soruşturma sonunda, A.M.'nin cezai ehliyeti bulunmadığı için kendisine bir ceza verilmez, hastaneye yatırılmak suretiyle tedavi edilmesine karar verilir ve ancak 24 Ocak 2011 günü A.M. polis zoruyla evden çıkarılarak hastaneye yatırılabilir⁴⁰².

Şiddet gören kadın ve kızı tarafından yapılan bir başvuru olan *T.M. ve C.M. - Moldova* kararında ise, başvuru 25 Şubat 2010 tarihinde boşandığı eşi M.M. ile aynı dairede yaşamaya devam ettiği süreçte, dört kez eşinin fiziksel şiddetine ve sözlü tacizlerine maruz kalır. Evin paylaşımı konusunda yaptıkları başvuru sonucunda yerel mahkeme evin $\frac{3}{4}$ 'ünün başvuru ve kızı tarafından, $\frac{1}{4}$ 'ünün ise

⁴⁰¹ *Eremia/Moldova*, par. 6-28.

⁴⁰² *Mudric/Moldova*, par. 6-21.

M.M. tarafından kullanılmasına karar verir. Başvurucunun, *M.M.*'nin psikolojik tacizlerine karşı yapmış olduğu şikâyetler sonucunda, *M.M.*'nin iki kez cüzi miktarda para cezasıyla cezalandırılmasına karar verilir. Başvurucunun ceza soruşturması açılması talebiyse, başvurucunun doktor raporlarıyla tespit edilmiş olan yaralanmalarının yeterince ağır olmaması sebebiyle ev içi şiddet suçunun oluşmadığı gerekçesiyle reddedilir. Bu süreçte sığınma evine yerleşen başvurucular, *M.M.*'nin evden çıkarılması için yerel mahkemeden bir koruma kararı alsalar da, bu kararın infazı mümkün olmaz ve karara karşı *M.M.*'nin yapmış olduğu itiraz sonucunda, koruma kararı da ortadan kaldırılır. Yaşanan bir dizi şiddet olayı sonucunda, *M.M.* herhangi bir etkili ve caydırıcı ceza almaz⁴⁰³.

Mahkeme Moldova'yla ilgili kararlarında, başvuru kadınlar yönünden Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmekle birlikte, 3. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır. *A - Hırvatistan* kararından farklı olarak ve *Opuz - Türkiye* kararıyla benzer şekilde, başvurucular tarafından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiası, ilgili devletle ilgili başvuruya konu olay haricinde hazırlanmış raporlara dayanmaktadır. Şöyle ki, Mahkeme bu üç kararında, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Şiddetin Nedenleri ve Sonuçları Özel Raportörünün, 4-10 Temmuz 2008 tarihleri arasında gerçekleştirdiği Moldova ziyareti sonrası düzenlediği rapora⁴⁰⁴ atıfta bulunmuştur. *T.M. ve C.M. - Moldova* kararında ayrıca Moldova Cumhuriyeti Ulusal İstatistik Bürosunun hazırladığı, kadınların eşlerinden veya birlikte yaşadıkları kişilerden gördükleri şiddete ilişkin verileri içerir 2011 tarihli raporundaki verileri de değerlendirme konusu yapmıştır⁴⁰⁵. Her iki raporda da, kadınlara yönelik ev işi şiddetin yaygın olduğuna ilişkin tespitler yer almaktadır. Bu haliyle, Mahkeme'nin, ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin bir tespitte bulunmak için, bu tür raporlara delil olarak dayanmayı tercih ettiği anlaşılmaktadır.

⁴⁰³ *T.M. ve C.M./Moldova*, par. 5-24.

⁴⁰⁴ UN Human Rights Council, Promotion And Protection Of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right to Development Report of The Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Yakın Ertürk, A/HRC/11/6/Add.4, 08.05.2009.

⁴⁰⁵ *T.M. ve C.M./Moldova*, par. 26.

M.G. - Türkiye davasında, eşinden psikolojik, fiziksel ve cinsel şiddet gören başvuru kadını, Sözleşme'nin 3., 8., 13., 14. maddeleri ve bu maddelerle birlikte 1., 5. ve 6. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuru eşiyle 1997 yılından bugüne devam eden evliliği süresince eşinden şiddet gördüğünü beyanla 18.07.2006 tarihinde Cumhuriyet savcısına şikâyetle bulunmuş, bir süre sığınmaevinde kalmış, 31.08.2006 tarihinde boşanma davası açmış ve 24.09.2007 tarihinde sonuçlanan davayla boşanmıştır. Başvurucunun adli makamlara yapmış olduğu şikâyet sonucunda, 22.02.2012 tarihinde iddianame düzenlenmiştir. Mahkeme'nin elinde olan bilgilere göre, ceza davası halen derdesttir. Mahkeme, başvuru kişinin şikâyetçi olduğu tarihten itibaren beş buçuk yıl süren soruşturma sürecinin tek başına, soruşturmaya hâlel getirecek ve soruşturmanın tamamlanma ihtimalini olumsuz yönde etkileyecek nitelikte olduğunu hatırlatmıştır. Zamanın geçmesinin, mevcut delillerin niceliğini ve niteliğini kaçınılmaz şekilde etkilediğini, özenli davranılmadığının görüldüğünü, soruşturmanın iyi niyetle yürütülmesi konusunda şüphe oluşturduğunu ve şikâyetçilerin endişe duymaya devam etmesine yol açtığını vurgulamıştır⁴⁰⁶. Mahkeme'ye göre Cumhuriyet savcısının dava açmadan önce böylesine uzun bir süre pasif davranmasının açıklanabilecek bir tarafı bulunmamaktadır ve soruşturmanın yürütülme şekli adli pasifliğin göstergesidir⁴⁰⁷. Ayrıca boşandıktan sonra da eşinin şiddet tehditlerine maruz kalan başvuru, boşandığı 24.09.2007 tarihinden 6284 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 20.03.2012 tarihlerine kadar, 4320 sayılı Kanun kapsamındaki koruma tedbirlerinden yararlanamamıştır⁴⁰⁸. Mahkeme anılan tespitleri esas alarak, Devletin Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği kanaatiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, başvuru kişinin boşandığı dönemde 4320 sayılı Kanun'un tedbirlerinden faydalanamadığına dikkat çekerek ve *Opuz* kararındaki Türkiye'de, yargıda genel ve ayrımcı nitelikteki pasifliğin, ev içi şiddeti teşvik eden bir ortam yarattığı yönündeki

⁴⁰⁶ *M.G./Türkiye*, par. 92.

⁴⁰⁷ *M.G./Türkiye*, par. 95-97.

⁴⁰⁸ *M.G./Türkiye*, par. 103.

tespitini yineleyerek, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesinin de ihlal edildiğini tespit etmiştir⁴⁰⁹.

Halime Kılıç - Türkiye kararına konu olayda, başvurusunun kızı *Fatma Babatlı* kendisinin ve çocuklarının hayatından endişe ettiğini belirterek dört kez yetkililere başvurmuş ve koruma tedbiri talep etmiştir. Aile mahkemesinin üç ayrı koruma tedbiri kararına rağmen, başvurusunun kızı *Fatma* 07.11.2008 tarihinde eşi tarafından öldürülmüştür. Mahkeme koruma kararlarının talep edildikten sonra ivedi bir şekilde verilmediğine ve etkili bir şekilde uygulanmadığına dikkat çekmiştir. *Fatma*'nın hayatının korunması için uygun tedbirlerin alınmadığı, 4320 sayılı Kanun'un tedbir kararlarının ihlali halinde hapis cezası öngörmesine karşın bu hükmün uygulanmadığı, şahsın tehlikeli olduğunun farkedilmesine karşın, savcının şahsın tutuklanması talebinin ceza mahkemesince reddedildiği, *Fatma*'nın ölüm tehlikesinin gerektiği gibi değerlendirilmediği gerekçeleriyle Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ulusal makamların *Fatma*'yı etkin şekilde koruyamadıklarını ve eşine bir cezasızlık durumu sağladıklarını ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, bu cezasızlık hali ulusal makamların ev içi şiddet olaylarını ciddiye almadıklarını göstermekte ve bu durum mağdurları savunmasız hale getirmektedir. Mağdura karşı tekrar eden şiddeti görmezden gelen yetkililerin ev içi şiddet için elverişli bir iklim yarattığı ve *Opuz* kararındaki durumun dava konusu olayda da geçerli olduğunu ifade eden Mahkeme Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Mahkeme'nin *Opuz - Türkiye* kararında uluslararası hukuka dayanarak yaptığı tespitlerden sonra, kadına yönelik şiddetle ilgili her türlü davada başlangıç noktasının bu tespitler olması beklenir. Buna göre; kadına yönelik şiddet davalarında, başvuru ileri sürmese de, Mahkeme'nin ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediği konusunda kendiliğinden inceleme yapması, *Opuz - Türkiye* kararıyla ortaya konulan içtihatla uyumlu olacaktır. Nitekim Mahkeme'nin başvurucuların iddialarıyla bağlı olmadığı, Mahkeme tarafından kabul edilmiş genel bir ilkedir. Ancak Mahkeme'nin böyle bir tutum içerisinde olmadığı, *Opuz - Türkiye* kararı sonrasında, ilk olarak *B. -*

⁴⁰⁹ *M.G./Türkiye*, par. 108-118.

Moldova ve *Valiuliene - Litvanya* kararlarıyla ortaya çıkmıştır. Anılan kararlarda, başvuruçuların 14. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bir iddiaları bulunmamaktadır. Ev içi şiddet mağduru olan kadınların başvuruları 3. ve 8. madde kapsamında değerlendirilmiş ve Mahkeme, 14. madde kapsamında bir ihlal olup olmadığına ilişkin kendiliğinden bir değerlendirme yapma yoluna gitmemiştir. Mahkeme'nin bu tutumu, kadına yönelik şiddetin bir toplumsal cinsiyet eşitliği meselesi olduğunu tespit eden *Opuz* kararı karşısında, içtihat bütünlüğü ve tutarlılığı açısından eleştiriye açıktır⁴¹⁰.

Mahkeme'nin kadına yönelik şiddete ilişkin kararlarında ayrımcılık yasağının ihlaline ilişkin değerlendirmesinde tartışmalı bir seyir izlediği, sadece Türkiye'ye karşı yapılan başvurular ele alındığında da ortaya çıkmaktadır. 28.06.2016 tarihli *Halime Kılıç - Türkiye* ve 22.03.2016 tarihli *M.G. - Türkiye* kararlarında ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar veren Mahkeme'nin, benzer nitelikteki 23.02.2016 tarihli *Civek - Türkiye* kararında, başvuruçunun bu yöndeki iddiasına karşın, 2. maddenin ihlal edildiğine ilişkin tespiti dikkate alarak, 14. maddenin ihlaline ilişkin ayrı olarak karar verilmesine yer olmadığına karar vermesindeki gerekçe anlaşılamamaktadır⁴¹¹. Dava konusu olayda, Başvuruçuların annesi *Selma Civek*, eşi tarafından 14.01.2011 tarihinde öldürülmüştür. Öldürülmeden önce *Selma Civek*'in eşinden şiddet gördüğü için birden fazla defa adli makamlara başvurduğu, bir süre sığınmaevinde kaldığı, eşinin evden uzaklaştırılması tedbirini de içerir koruma tedbiri kararı aldığı, boşanma davası açtığı, şikâyetler üzerine eşinin bir süre tutuklandığı, şikâyetinden vazgeçmesi üzerine eşinin serbest bırakıldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Mahkeme, somut olaydaki başvurunun esas konusunun, yetkililerin *Selma Civek*'in eşi hakkında cezalandırıcı ya da önleyici nitelikte uygun tedbirler alarak, *Selma Civek*'in maruz kaldığı şiddet eylemlerini önlemek amacıyla gereken özeni gösterip göstermediklerinin tespiti olduğunu ifade etmiştir⁴¹². Yaptığı değerlendirme sonunda da, ulusal makamların *Selma Civek*'in gerçek ve ciddi şekilde tehdit edildiğini bilmelerine rağmen cinayete engel olmak

⁴¹⁰ KUYUCU, s.125-128.

⁴¹¹ *Civek/Türkiye*, par. 67-69.

⁴¹² *Civek/Türkiye*, par. 38.

amacıyla harekete geçmediklerini, makul olarak alabilecekleri tedbirleri almadıkları sonucuna vararak Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Görüldüğü üzere, *Opuz* ve *Halime Kılıç* davalarından çok da farklı olmayan somut olayda, Mahkeme 14. maddenin ihlali yönünde bir karar vermemesinin gerekçesini kararında açıklamamıştır. Sadece Sözleşme'nin 2. maddesine ilişkin ihlal tespitini dikkate alarak, *mevcut davanın koşullarında*, Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte 14. maddesine dayalı şikâyet hakkında ayrıca karar vermeye gerek olmadığına karar vermiştir. Mevcut davanın koşullarının neden böyle bir kanaati oluşturduğuya belirsizdir.

Eremia - Moldova, Mudric - Moldova, T.M. ve C.M. - Moldova kararlarıyla benzer şekilde *M.G. - Türkiye* kararında, *Mor Çatı Kadın Sığınma Vakfı*'nın hazırladığı başvuru hakkındaki sosyal inceleme raporuyla, Türkiye'deki kadına şiddetle ilgili mevzuatın ve uygulamaların değerlendirildiği Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesinde Mevzuattaki ve Uygulamadaki Noksanlıkların Tespitine İlişkin TBMM raporları ve *İnsan Hakları İzleme Örgütü*'nün raporları karar metninde yerini almıştır. Buna karşın *Civek - Türkiye* davasında, aynı *A - Hırvatistan* davasında olduğu gibi ülkedeki genel uygulamayı gösterir raporlar taraflarca sunulmamıştır. Mahkeme tarafından, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği yönünde karar verilmeyen davalarda, bunun diğer davalardan farkını ortaya koyar bir açıklama yapılmadığından, Mahkeme'nin bu tür raporlara delil olarak dayanmayı tercih ettiğini düşünmek mümkündür. İkna edici olmayan bu yorum, Mahkeme'nin aynı ülkeye ilişkin kararlardaki tezatı da açıklamamaktadır. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin saptama konusunda Mahkeme'nin bu yaklaşımının yarattığı zorluğun bir sonucu olsa gerek, Moldova ve Türkiye dışında, kadına yönelik ev içi şiddet konusunda ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin tespit içerir başka bir Taraf Devletle ilgili karar bulunmamaktadır.

iii. Şahsi Dava ve Suçun Şikâyeteye Tabi Olması

Mahkeme *Valiuliene - Litvanya* kararında, *Bevacqua ve S. - Bulgaristan* kararıyla benzer bir şekilde, ev içi şiddet sonucu gerçekleşen basit fiziksel yaralanmaların mağdur tarafından takip edilecek bir soruşturmaya tabi kılınmış olmasını değerlendirmiştir. Dava konusu olayların gerçekleştiği dönemdeki Litvanya

yasal mevzuatına göre; basit fiziksel yaralanmalar mağdur tarafından şahsi dava konusu edilebilir. Ancak mağdurun kendi çıkarını koruyamayacak durumda olması ya da o suçun soruşturulmasında kamusal bir yarar varsa savcı olayı kamu soruşturmasının konusu da yapabilir. Mahkeme, söz konusu yasal mevzuatı başvurucunun mağduru olduğu suçların soruşturulması için yeterli bulmuştur⁴¹³. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesiyle korunan hakların, bireysel ilişkiler alanında korunmasına ilişkin araçların seçimini devletlerin takdir marjı içinde gördüğünü tekrar etmiştir⁴¹⁴. Bu tür suçların doğrudan kamunun soruşturmasına tabi tutulmamış olması, gerekli korumayı sağlamak için yasal bir eksiklik değilse de, dava konusu olayda, Mahkeme ilgili devletin soruşturmada ciddi kusurlarının olması sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre; başvuranın kendi davasına çok önem vermesine ve failin cezalandırılması için ciddi girişimlerde bulunmasına karşın, dosyanın savcının önüne geldiği iki ayrı seferde de, kapsamlı bir inceleme yapılmaksızın delil yetersizliğinden soruşturmanın askıya alınmış olması ve soruşturmada yasa değişiklikleri sebebiyle yaşanan sorunlar, başvurucunun maruz kaldığı şiddet olaylarına karşı gereken şekilde karşılık verilmediğini ortaya koymaktadır⁴¹⁵.

Böylece bu tür suçların soruşturmasının savcı tarafından yapılmamasının uygulamada yol açtığı aksaklıklar, bir ihlalin doğmasına sebep olmuştur. Bu da yasal mevzuatla getirilen korumanın etkili olmaması sonucunu doğurmuştur. Burada dikkat çekilmesi gereken hususlardan biri de, soruşturmanın mağdur tarafından yürütülecek olmasıyla, soruşturma ve kovuşturmanın mağdurun şikâyetine tabi olmasının birbirinden farklı olduğudur. Mahkeme'nin *Opuz - Türkiye* kararında detaylı olarak değerlendirdiği gibi, bu tür suçların soruşturmasının şikâyetine tabi olması da tek başına yasal mevzuatın etkili olmadığı sonucunu doğurmaz. Ancak suç daha da ağırlık kazandıkça veya başka suçlar işlenmesi tehlikesi arttıkça, mağdurlar şikâyetlerini geri çekse dahi kovuşturmanın sürdürülmesinin kamu yararına olduğuna

⁴¹³ Valiulienė/Litvanya, par.78.

⁴¹⁴ Valiulienė/Litvanya, par.85.

⁴¹⁵ Valiulienė/Litvanya, par. 82.

dikkat çekilmiştir⁴¹⁶ ve kamu yararı söz konusu olduğunda mağdur şikâyetini geri çekse dahi ceza soruşturmasının devam etmesi gerekmektedir. Diğer taraftan bakıldığında, kadına yönelik şiddete ilişkin suçların ağır ya da hafif ayrımı yapılmaksızın bütünüyle kadının şikâyetine tabi tutulmaması ve her durumda bir kamu soruşturmasının söz konusu olması, devlet müdahalesinin sınırının ne olması gerektiği tartışmalarını da doğurmaktadır. Kadının iradesinin yok sayılması sonucunu da doğuran bu tür düzenlemeler, kadın yönünden kamunun koruma saikiyle özel hayata fazlaca müdahale etme riskini gündeme getirmektedir ki, bunun da özel hayata saygı hakkının sınırlarını zorladığı tartışmaya açık bir konudur. Kadının iradesinin yok sayılması yerine, gerçekleşen suçların ağırlığıyla dengeli bir yasal düzenleme yapılarak, belli bir eşiği geçen ağırlıktaki suçların mağdurun şikâyetine tabi tutulmaması bir yöntem olarak seçilebilir.

iv. Mağdurun ve Failin Çatışan Hakları

Şiddet uygulayanla şiddet mağdurunun farklı haklarının çatıştığı kimi durumlarda, Mahkeme bu haklar arasında denge kurulmasına ilişkin değerlendirmeler yapmıştır. Mülkiyet hakkı ile kötü muameleye uğramama hakkı çatıştığında, Mahkeme'nin kesin olarak kötü muameleye uğramama hakkı üstündür demediğine dikkat çekmek gerekir. *B. - Moldova* kararında, şiddet gördüğü eşinden boşanan ancak ortak kullandıkları dairenin paylaşımı konusunda sorunlar yaşamaları sebebiyle aynı dairede oturmaya devam eden eşlerle ilgili olarak Mahkeme, yerel makamların Sözleşme'nin koruduğu iki hak arasında uygun bir denge kurması gerektiğini, başvurucuya gerçek bir koruma sağlamak gerekirken aynı zamanda başvurucunun eski eşinin de mülkiyet hakkını kullanmasının önüne geçilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁴¹⁷. Mahkeme bu kararında, yerel makamların söz konusu haklar arasında bir denge kuramamaları sonucunda, başvurucu kadını evi terk etmeye ya da şiddet tehlikesi altında yaşamaya mahkûm ettiklerini ve bu şekilde ilgili

⁴¹⁶ *Opuz/Türkiye*, par. 138-145.

⁴¹⁷ *B./ Moldova*, par. 59 ve 75.

Devletin Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır⁴¹⁸.

Mahkeme, faillerin haklarının mağdurun yaşam hakkından, fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkından üstün tutulamayacağını belirtmiştir⁴¹⁹. *Opuz - Türkiye* kararında, failin şiddet içeren tehditlerde bulunduğuna ilişkin iddialarına karşılık, yetkili makamların failin ifadesini almak dışında pasif kaldıklarına, failin gözaltına alınmadığına ya da taşıdığı iddia edilen tabancayla ilgili herhangi bir tedbir uygulanmadığına dikkat çekmiştir. Ayrıca o dönemde yürürlükte olan 4320 sayılı Kanun kapsamında bir tedbir alınmamasını veya failin başvurusunun annesiyle temasa veya iletişime geçmesini ya da anneye yaklaşmasını yahut belirlenmiş alanlara girmesini yasaklayan bir tedbir kararı çıkarılmamasını, ulusal makamların başvurusunun annesinin korunması için gereken özeni göstermemiş olduklarının birer delili olduğu tespit edilmiştir⁴²⁰.

Bütün bunlara karşın Mahkeme'nin, bir dizi ev içi şiddet olayının faili olan başvuru tarafından, yargılama öncesi tutukluluk süresinin uzaması sebebiyle Sözleşme'nin özgürlük ve güvenlik hakkının düzenlendiği 5. maddesinin ihlal edildiği iddiasının değerlendirildiği *Lewicki - Polonya*⁴²¹ kararında bu konuya hiç değinmemiş olmasına dikkat çekmek gerekmektedir. Dava konusu olayda, başvuru 3 Eylül 2004 günü eşi tarafından yapılan ev içi şiddete ilişkin bir şikâyet sebebiyle tutuklanmıştır. Başvurusunun tutukluluk süresi soruşturmanın devam ettiği süreçte, yerel mahkemelerin kararlarıyla birçok kez uzatılmış, 21 Aralık 2005 tarihinde tutuklu olduğu suçla ilgili olarak başvurusunun yargılanmasına başlanmış ve 7 Ağustos 2006 günü başvuru 4 yıl hapis cezasına mahkûm edilerek, aynı gün salıverilmiştir. Bu karara karşı, başvurusunun üst mahkemeye yaptığı başvuru sonucunda, başvurusunun cezası 2 yıl hapis olarak değiştirilmiştir. Yerel mahkemenin, tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin kararlarında, başvurusunun

⁴¹⁸ *B./Moldova*, par. 57-59 ve 75.

⁴¹⁹ *Opuz/Türkiye*, par. 147.

⁴²⁰ *Opuz/Türkiye*, par. 147-149.

⁴²¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lewicki/Polonya* Kararı, Başvuru No: 28993/05, 06.10.2009.

mağdura ve tanıklara beyanlarını değiştirmeleri konusunda baskı yapma şüphesi, beklenen cezanın ciddiyeti ve başvurucunun salıverilmesi halinde yeniden ev içi şiddet suçları işleyebileceği ihtimali gerekçe olarak gösterilmiştir⁴²².

Mahkeme, tutuklulukta geçen sürenin makul olmadığı ve tutukluluk süresinin uzatılmasına ilişkin kararların ikisinde başvurucunun itirazlarının süresi içerisinde incelenmediği gerekçesiyle Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. ve 4. fıkralarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme, ev içi şiddetle ilgili diğer kararlarında faillerin haklarının mağdurların yaşam hakkından ve fiziksel ve ruhsal bütünlük hakkından üstün tutulamayacağı hususunun altını kuvvetle çizirken; önüne gelen bu olayda, failin ve mağdurun hakları çatıştığında dengenin nasıl sağlanacağını ortaya koymak için herhangi bir girişimde bulunmamıştır. *Lewicki* kararına kısmen muhalif kalan Hâkimler *Mijovic* ve *Hirvela*, muhalefet şerhlerinde, Mahkeme'nin bu kararıyla, ev içi şiddete ilişkin içtihatlarından farklı bir yaklaşım içinde olduğunu belirtmişlerdir. *Opuz* kararına atıfta bulunarak, Mahkeme içtihadında ev içi şiddet mağdurlarının korunması için, yerel makamların tüm gerekli ve makul önlemleri almamasının Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali olarak değerlendirildiğini ifade ettikten sonra, bu olayda da yetkililerin Mahkeme'nin bu içtihadı çerçevesinde aile bireylerini korumak için en anlamlı tedbir olan "alıkoyma tedbiri"ni uyguladıklarını muhalefet şerhlerinin ek gerekçesi olduğunu açıklamışlardır⁴²³. Başvurucunun 1 yıl 10 ay gibi uzun bir süre tutuklu kalmasının, aile bireylerini korumak için makul ve gerekli bir tedbir olduğu savı oldukça tartışmalı bir husus olmakla birlikte, Mahkeme'nin bu kararında, fail ve mağdurun çatışan hakları konusunda yol gösterici bir değerlendirme yapma fırsatını kullanmamış olması sonucunda, bu haklar arasında nasıl bir denge kurulacağı Mahkeme içtihadında açıklığa kavuşmamıştır.

v. Mahkeme'nin Etkili Yasal Çerçeve ve Uygulama Örneği

Mahkeme'nin yakın tarihli kararlarından biri olan *Rumor - İtalya*⁴²⁴ kararı, başvurucunun Sözleşme'nin 3. maddesinin ve 3. maddesiyle bağlantılı olarak

⁴²² *Lewicki/Polonya*, par. 5-30

⁴²³ *Lewicki/Polonya*, Joint Partly Dissenting Opinion Of Judges Mijović And Hirvelä.

⁴²⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Rumor/İtalya* Kararı, Başvuru No: 72964/10, 27.05.2014.

Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği iddialarına karşılık, herhangi bir ihlal tespit edilmeyen bir karardır. Bu kararıyla Mahkeme, yetkililerin ev içi şiddete dair bir suç işleyen kişilere karşı alınması gereken önlemleri mümkün kılan bir yasal çerçeve oluşturulduğunu, bu yasal çerçevenin başvurunun mağduru olduğu suçların failini cezalandırmak için ve başvurunun fiziksel bütünlüğüne yönelik gerçekleşebilecek şiddetin tekrarlanmaması için etkili olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'nin bu kararı, etkili olduğu kanaatine varılan yasal çerçeve ve uygulamanın nasıl olduğunu görebilmek açısından önemlidir. Ayrıca kararın *Lewicki - Polonya* kararı göz önünde tutularak değerlendirilmesi yararlı olacağından, karara konu olaya detaylı bir şekilde yer verilmiştir.

Başvurucu, 16 Kasım 2008 günü, 2003 yılından beri birlikte yaşadığı ve ortak iki çocukları bulunan hayat arkadaşı *J.C.N.*'nin fiziksel saldırısına uğramıştır. Çocuklarından biri saldırının bir kısmına şahit olmuştur. *J.C.N.* olay günü başvuruycuyu defalarca darp etmiş, darp ettiği süreçte bir bıçak ve bir makasla başvuruycuyu tehdit etmiş, başvuruycuyu eve kilitlemiş ve evden çıkmasının önüne geçmek için anahtarları almıştır. Olay günü komşularından birinin polise haber vermesi üzerine, başvurunun hayat arkadaşı *J.C.N.* yakalanmış, gözaltına alınmış; adam öldürmeye teşebbüs, zorla alıkoyma, ağır derecede şiddet uygulama ve tehdit suçlarından yargılanmış; 2 Nisan 2009 günü 4 yıl 8 ay hapis cezası almış, üst mahkemeye yaptığı itiraz üzerine cezası 3 yıl 4 ay olarak belirlenmiştir⁴²⁵. Söz konusu cezanın infazı sürecinde, *J.C.N.*, 6 Ekim 2009 tarihinde hapis cezasının, başvurunun yaşadığı ilçede bulunan bir merkezde infaz edileceği bir ev hapsine çevrilmesini talep etmiş, bu talebi yerel mahkeme tarafından, *J.C.N.*'nin başvuruycuya yakın olmasının başvuruycuyla iletişime geçme ihtimali taşıması sebebiyle reddedilmiştir. *J.C.N.*, 1 Haziran 2010 tarihinde cezasını başka bir merkezde ev hapsi olarak geçirmesine izin verilmesini talep etmiş ve bu talebi kabul edilmiştir. 18 Haziran 2010 tarihinde, *J.C.N.*'nin başvuruycuya 15 kilometre uzaklıkta bulunan bir merkezde çalışmak suretiyle cezasının ev hapsi olarak infazına karar verilmiştir. *J.C.N.* 2 Ağustos 2011 tarihinde cezasının infaz edilmesi üzerine serbest bırakılmış

⁴²⁵ *Rumor/İtalya*, par. 12-16.

ancak aynı merkezde çalışmaya devam etmiştir⁴²⁶. Bu süreçte başvuru, yerel mahkemeler kanalıyla, çocuklarının velayet hakkını tek başına kullanmak üzere ve *J.C.N.*'nin velayete ilişkin haklarının ortadan kaldırılmasına ilişkin bir karar almıştır⁴²⁷.

Başvuru bu olayda, yetkililerin yaşadığı saldırı sonrasında kendisine yardım ve destekte bulunmadıklarını ve böylesi bir şiddetin tekrarından kendisini koruyamadıklarını beyan ederek, Sözleşme'nin 3. maddesinin ve cinsiyet ayrımcılığı yapılmış olması sebebiyle Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Buna dayanak olarak, ev hapsinden yetkililerin kendisini haberdar etmemesini, ev hapsinden ortak bir arkadaşlarının telefonundan *J.C.N.*'nin kendisini araması üzerine haberdar oluşunu, polisin *J.C.N.*'nin tutulduğu merkezin uygunluğu ve güvenliği konusunda kendisine güven vermemesini, bu merkezin kendi evine yakınlığı sebebiyle kendisinin yeniden saldırıya uğrama tehlikesi altında olmasını, *J.C.N.*'nin cezasını çektiği süre içinde psikolojik bir destek almamasını, kendisinin ve çocuklarının olay sebebiyle travma geçirmelerine karşın yeterli psikolojik destek alamadıklarını, *J.C.N.*'nin cezasının infazının ilk dönemlerinde kendisine tehdit içerir mektuplar göndermesini ve cezasının infazından sonra da e-posta yoluyla kendisiyle yeniden iletişime geçmiş olmasını göstermiştir⁴²⁸.

Mahkeme, başvuru hakkının ihlal edilip edilmediğine ilişkin değerlendirmesinde, *Opuz - Türkiye* kararındaki içtihadını takip ederek öncelikle başvuranın maruz kaldığı şiddetin Sözleşme'nin 3. maddesi kapsamında kötü muamele olduğunu kabul etmiştir. Sonrasında Sözleşme'nin 3. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin ihlal edilip edilmediğine ilişkin inceleme yapmıştır. Öncelikle, başvuru hakkının iddialarının bir kısmının Hükümet sunumlarıyla aksinin ortaya konulduğu, bir kısmınısa başvuru tarafından sunulan delillerle desteklenmediği tespit edilmiştir⁴²⁹. Ayrıca Mahkeme, çocukların velayeti konusunda

⁴²⁶ *Rumor/İtalya*, par. 17-23.

⁴²⁷ *Rumor/İtalya*, par. 24-26.

⁴²⁸ *Rumor/İtalya*, par. 39-48.

⁴²⁹ *Rumor/İtalya*, par.70-71 ve 73-74.

alınan tedbirin de etkili olduğunu belirtmiştir⁴³⁰. Mahkeme, *J.C.N.*'nin başvurusunun evine 15 kilometrelik bir uzaklıkta olmasının başvuru üzerinde olumsuz bir etki oluşturduğunu kabul etmişse de, yerel mahkemenin bu kararı vermeden önce yapmış olduğu detaylı araştırmanın, bu durumun dikkatlice değerlendirildiğini ortaya koyduğunu belirtmiştir⁴³¹. Başvurucunun ceza yargılaması sürecinden ve ev hapsinden haberdar edilmesi gereği, devletin sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiş ve İtalyan hukukuna göre bunlardan başvurusunun haberdar edilmesinin, başvurusunun davaya müdahil olması halinde mümkün olması sebebiyle, burada da bir eksikliğin bulunmadığı tespit edilmiştir⁴³².

16 Kasım 2008 günü yaşanan şiddet sonucunda, *J.C.N.*'nin gözaltına alındığı bu tarihten, serbest bırakıldığı 2 Ağustos 2011 tarihine kadar bir kısmı ev hapsi olarak bu iş için özel olarak oluşturulduğu anlaşılan bir merkezde aldığı hapis cezasının infazı yoluyla tutulması, Mahkeme'ye göre etkili bir cezalandırma örneğidir. *J.C.N.*'nin ev hapsi süresince ya da salıverildikten sonra da başvurucuya karşı yeni bir şiddet tehdidi ya da şiddet girişimi olmamıştır. Dava konusu olayın, incelediğimiz ve kadına yönelik ayrımcılık yapıldığı tespit olunan *Opuz - Türkiye*, *Eremia - Moldova*, *Mudric - Moldova* ve *T.M. ve C.M. - Moldova* kararlarına konu olaylarla ne kadar önemli farklılıklar içerdiği yorum yapılmasına gerek olmayacak denli açıktır. Bu karar, Mahkeme'nin gereken özeni gösterme yükümlülüğüne ilişkin standartların iyi bir örneğini yansıtır şekilde içtihatları arasında yer almıştır.

D. AMERİKALILARARASI İNSAN HAKLARI KOMİSYONU'NUN KARARLARI VE YAKLAŞIMI

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu'nun, kadına yönelik ev içi şiddet olgusuyla ilgili ve bu konudaki gereken özeni gösterme standartlarının ortaya konulduğu iki önemli kararından ilki 2001 tarihli *Maria da Penha Maia Fernandes* -

⁴³⁰ *Rumor/İtalya*, par. 65.

⁴³¹ *Rumor/İtalya*, par. 65-68.

⁴³² *Rumor/İtalya*, par. 72.

*Brezilya*⁴³³ kararı ve on yıl aradan sonra 2011 tarihli *Jessica Lenahan (Gonzales) - Birleşik Devletler*⁴³⁴ kararıdır. *Maria da Penha Maia Fernandes - Brezilya* kararı, kadına yönelik ev içi şiddet konusunda Komisyon'un ilk kararı olmakla birlikte, aynı zamanda Komisyon'un, Belém do Pará Sözleşmesi'ni uyguladığı ilk karardır⁴³⁵.

Maria da Penha ve iki sivil toplum örgütü 1998 yılında, Brezilya aleyhine Komisyon'a başvurduklarında, *Maria de Penha* uzun yıllar eşinin şiddetine maruz kalmış, 1983 yılının Mayıs ve Haziran aylarında iki kez eşi tarafından öldürülmeye teşebbüs edilmiş ve bunlar sonucunda bacaklarında oluşan felç ve başka rahatsızlıkları sebebiyle engelli durumda olan bir kadındır. Başvurucular, on beş yılı aşkın bir süredir defalarca yapılan şikâyetlere karşın, saldırıda bulunan şahsın aleyhine dava açılarak cezalandırılması için etkili önlemler almayan Devlet'in bu duruma göz yumduğunu ileri sürmüşlerdir⁴³⁶.

Komisyon, dava konusu olaylarda devletin sorumluluğunu değerlendirirken, bu konudaki ilkelerini ortaya koyduğu *Velásquez Rodríguez* Davası'ndaki devlet sorumluluğuna ilişkin saptamalarından yola çıkmıştır. Davanın Komisyon'un önünde olduğu tarih itibariyle failin halen serbest olduğunu ve Brezilya Mahkemeleri'nin on yedi yıl sonra nihai bir karar veremediklerini tespit etmiştir. Komisyon, fail hakkında kesin bir hüküm oluşturulması konusundaki bu gecikmeyi, dava konusu olayların karmaşıklığı, ilgili tarafın dava usulüyle ilgili eylemi ve adli makamların tutumuyla birlikte değerlendirildiğinde, makul sayılabilecek bir gecikme olmadığı sonucuna varmıştır⁴³⁷. Bu gecikme, zamanaşımı yüzünden ceza yargılamasının düşmesi sonucunda kesin bir cezasızlık olasılığına neden olmakta ve böylece her halükarda gecikmiş olan, mağdurun tazminat talebinin de karşılanmasını imkânsız kılmaktadır. Komisyon'a göre failin yargılanmasındaki bu gerekçesiz gecikme, Brezilya'da adli makamların etkisizliğini, ihmalini ve ataletini açığa çıkarmıştır. Bu durum, devletin

⁴³³ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, Case: 12.051, 16.04.2001.

⁴³⁴ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, Case: 12.626, 21.07.2011.

⁴³⁵ ABI-MERSHED, s. 132.

⁴³⁶ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, par. 8-24.

⁴³⁷ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, par. 38-41.

kendi kurumlarını, *Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi* ve *Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi* kapsamındaki hakları garanti edecek bir şekilde düzenleyemediğini göstermektedir⁴³⁸. Komisyon’a göre bu durum, bir bütün olarak, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 1.1 maddesindeki haklara saygı gösterme yükümlülüğünün, 8. maddesindeki adil yargılanma hakkının, 25. maddesindeki yargısal korunma hakkının ve 24. maddesindeki eşit korunma hakkının ihlalidir. Ayrıca *Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*’nin yaşam hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğü hakkının düzenlendiği II. maddesi ve adil yargılanma hakkının düzenlendiği XVIII. maddesi ve devletin kadına yönelik şiddete karşı yükümlülüklerinin düzenlendiği Belém do Pará Sözleşmesi’nin 7. maddesi de ihlal edilmiştir. Komisyon bu ihlal halinin, etkisiz bir davayla Brezilya’da kadınlara karşı ev içi şiddete göz yumulduğunu gösteren bir tür ayrımcılık örneği teşkil etmekte olduğu sonucuna ulaşmıştır⁴³⁹.

Komisyon’a göre, *Maria de Penha*’nın maruz kaldığı şiddet, Devlet’in failleri yargılama ve mahkûm etme konusunda ihmalini ve etkili eylemlerin yetersizliğini gösteren genel bir modeldir. Bu nedenle, Komisyon, bu davada, sadece *yargılama* ve *cezalandırma* ile ilgili yükümlülüğün değil, ayrıca aşağılayıcı uygulamaların *önlenmesi* konusunda üstlenilmesi gereken yükümlülüğün de yerine getirilmediği düşüncesindedir. Yargıdaki genel ve ayrımcı etkisizlik, ev içi şiddete neden olan bir ortam oluşturmaktadır, zira toplum, Devlet’in toplumun temsilcisi olarak bu gibi eylemlere karşı yaptırımlar uygulamak üzere harekete geçme konusunda istekli olduğuna dair hiçbir kanıt görmemektedir⁴⁴⁰.

Komisyon ihlallere ilişkin yapmış olduğu tespitlerinden sonra, Brezilya Devleti’ne bir dizi tavsiyelerde bulunmuştur. Tavsiyelerin bir kısmı bireysel olarak başvuru *Maria da Penha Fernandes Maia* hakkında alınması gereken tedbirlere ilişkindir. Bunlardan ilki, hızlı ve etkili bir şekilde *Maria da Penha Fernandes Maia*’ya karşı işlenen saldırı ve cinayete teşebbüs suçlarından sorumlu kişiye karşı

⁴³⁸ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, par. 44.

⁴³⁹ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, par. 60.

⁴⁴⁰ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, par. 56.

açılan ceza davalarının tamamlanmasıdır. Ayrıca failin, hızlı ve etkili bir biçimde yargılanmasını önleyen düzensizliklere veya mazeretsiz bir şekilde yapılan gecikmelere karşı sorumluluğun saptanması amacıyla ciddi, yansız ve ayrıntılı soruşturmalar yürütülmesinin ve uygun idari, yasamaya ilişkin ve adli önlemlerin hayata geçirilmesinin de gerektiği ifade edilmiştir. Tespit olunan ihlallerin karşılığında mağdura Devlet tarafından gerçek bir tazminat verilmesi için gereken önlemlerin alınması da tavsiyeler arasında yer almıştır.

Komisyon'un, Brezilya'da kadınlara yönelik ev içi şiddete ve şiddetin ele alınmasında ayrımcılık yapılmasına Devlet'in göz yummasını sonlandıracak olan reform sürecinin devam ettirilmesi ve daha geniş kesimlere yayılması konusundaki tavsiyeleri oldukça önemlidir. Komisyon, (a) Adli makamların ve uzmanlaşmış polis yetkililerinin ev içi şiddete göz yummamanın önemini kavrayabilmeleri için eğitimini ve onların farkındalıklarının artırılması için önlemler alınmasını; (b) Davalarda geçen sürenin, izlenmesi gereken süreçle ilgili hak ve güvenceleri etkilemeden azaltılabilmesi için ceza davalarının basit hale getirilmesini; (c) Yargı mekanizmalarına alternatif olarak sunulan ve ev içi çatışmanın ivedilikle ve etkili bir biçimde çözülmesini sağlayan ve onun ciddi niteliği ve cezai sonuçlarıyla ilgili bilinci artıran mekanizmaların oluşturulmasını; (d) Kadınların haklarına yönelen ve ev içi şiddete ilişkin tüm şikâyetlerin etkili bir şekilde ele alınması ve soruşturulması için gereken özel kaynaklara sahip ve ayrıca adli raporların hazırlanması sırasında savcılık makamından kaynak ve destek alan özel polis karakollarının sayısının artırılmasını; (e) Kadınlara saygının öneminin ve Belém do Pará Sözleşmesi'yle tanınan hakların ve aile içi çatışmaların ele alınması konusunun anlaşılmasını hedefleyen birimlere öğretim programlarının verilmesini tavsiye etmiştir⁴⁴¹.

Komisyon'un kararı sonrasında, Brezilya Hükümeti, Komisyon'un bireysel olarak *Maria da Penha*'ya ilişkin olan tavsiyelerinden, yargısal gecikmeye sebep olanların sorumluluğunun saptanması amacıyla soruşturmalar yürütülmesine ve uygun idari, yasamaya ilişkin ve adli önlemlerin alınmasına yönelik tavsiyesi dışında kalan tavsiyelerini yerine getirmiştir. Fail yargı önüne çıkarılmış, cezalandırılmış ve

⁴⁴¹ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, par. 61.

aldığı ceza uyarınca bir süre hapis yatmıştır. Ayrıca *Maria da Penha*'ya 35.000 Amerikan Doları tazminat ödenmiştir⁴⁴².

Bu karar, Brezilya'daki sivil toplum örgütlerinin ve feminist hareketlerin katkıları göz ardı edilmeksizin, Brezilya yasalarındaki değişim sürecinde bir başlangıç noktasını oluşturmuş olması sebebiyle ayrıca önemlidir. Komisyon'un kararından sonra ulusal düzeyde pek çok yasal değişiklik yapılmıştır. Bu durum, uluslararası mekanizmaların, yerel düzeyde hükümetlerin insan hakları ihlalinin önlemek ve onarmak konusunda tedbirler almalarında ne derece etkili olduğunu göstermektedir. Karar sonrası medya kadına yönelik şiddet konusunda haberleri yayınlarak ve *Maria da Penha*'yla röportajlar yaparak, soruna dair farkındalığı artırmış ve şiddete maruz kalan kadınları harekete geçirmiştir. 2002 yılında her alanda kadın ve erkeğe karşı eşit muamele getiren yeni Medeni Kanun yürürlüğe girmiştir. 2005 yılında Ceza Kanunu'nda yapılan değişikliklerle kadın ve erkeğe eşit muameleler içeren düzenlemeler yapılmıştır. Brezilya Hükümeti 2004 yılını "Kadın Yılı" ilan etmiş, kadına yönelik şiddete sıfır tolerans kampanyası başlatmış, çok sayıda seminer düzenlemiş ve Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Ulusal Paketi programına 2007 yılında oldukça yüklü bir bütçe ayırarak önemli girişimlerde bulunmuştur. Daha kapsamlı olarak, bu dava ve Komisyon'un kararı, hem yasal düzenlemelerin hem de uygulamanın eksikliklerine dikkat çekmiş ve bu durum 2006 yılında ev içi şiddet ve kadına karşı şiddet konusunda "Maria da Penha Kanunu" olarak bilinen yeni bir kanun çıkarılmasını sağlamıştır. Yeni kanun, Brezilya'da kadına yönelik şiddetle mücadelede toplumsal cinsiyet perspektifini dâhil eden ilk federal kanundur. Kadına yönelik ev içi şiddetin önlenmesi ve bastırılması konusunda CEDAW, Belém do Pará Sözleşmesi ve Anayasa ile uyumlu bir mekanizma oluşturulmuş, koruyucu önlemler devreye sokulmuş, sadece ev içi şiddet konusunda görevli olan uzmanlık mahkemeleri kurulmuş, cezalar artırılmış, bu tür

⁴⁴² Paula **SPIELER**, "The Maria da Penha Case and the Inter-American Commission on Human Rights: Contributions to the Debate on Domestic Violence Against Women in Brazil", Indiana Journal of Global Legal Studies, S.18, 2011, s. 121-143.

davalarda mağduru koruma ve mağdura yardım için kapsamlı tedbirler uygulamaya konulmuştur⁴⁴³.

Komisyon, kadına yönelik ev içi şiddet olgusuna ilişkin ikinci kararı olan, 2011 tarihli *Jessica Lenahan (Gonzales) - Amerika Birleşik Devletleri* kararıyla kadına yönelik şiddet konusunda gereken özeni gösterme standartlarına ilişkin dört ilke ortaya koymuştur. Bu karar, aynı zamanda ev içi şiddet olgusunun, Amerika Birleşik Devletlerine karşı ilk kez uluslararası bir organda ileri sürülmüş olması sebebiyle de özellikle dikkat çekicidir⁴⁴⁴. Dava konusu olayda, başvuru, 22-23 Haziran 1999 gecesi eski eşi hakkında kendisini ve çocuklarını taciz etmemesi ve onların huzurlarını bozmaması için evden uzaklaştırma ve eve belirli bir mesafeden fazla yaklaşmama tedbirlerini içeren mevcut koruma/kısıtlama kararını ihlal ederek üç kızını kaçırdığını yetkililere telefonla defalarca bildirmesine karşı, yetkililerin gereken önlemleri almadığını ve bu şekilde yetkililerin kendisini ve üç kızını eski eşinin şiddetinden korumak konusunda gereken özeni göstermediklerini iddia etmiştir. Olay gecesinin sonunda başvurunun eşi, polis merkezine gelerek polis merkezine ateş etmeye başlamış ve polis memurlarınca vurularak öldürülmüştür. Başvurunun kızlarının cesetleri daha sonra, babalarının kamyonunda vurulmuş halde bulunmuştur⁴⁴⁵. Başvurunun kızlarının ölümüne ilişkin yapılan soruşturma sonucunda otopsi raporuyla, kızların baş ve boyun bölgelerinden ateşli silah yaralanması sebebiyle öldükleri tespit edilmiş, polisler tarafından açılan ateş sonucunda mı yoksa babalarının silahından çıkan kurşunla mı vurulduklarına dair bir tespit yapılmamıştır⁴⁴⁶. Başvuru, gerçekleşen olayda yerel polis yetkililerinin sorumluluklarının ve kendisinin haklarının ihlal edildiğinin tespiti için Amerika

⁴⁴³ ABI-MERSHED, s.127-138; SPIELER, s. 121-143.

Ayrıca “Maria da Penha Kanunu” olarak bilinen yasal düzenlemenin uygulanmasındaki sorunlarına ilişkin bkz. Carmen Hein De **CAMPOS**, “Access to Justice and the Permissive State: The Brazilian Experience”, University of Miami Law Review, S. 65, 2011, s. 893-902.

⁴⁴⁴ Shazia **QURESHI**, “The Emergence/Extention of Due Diligence Standard to Assess the State Response towards Violence against Women/Domestic Violence”, South Asian Studies A Research Journal of South Asian Studies S. 28, No. 1, 2013, s. 55-66.

⁴⁴⁵ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 18-44.

⁴⁴⁶ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 85.

Birleşik Devletleri Mahkemelerinde dava açmış, yapılan yargılama ve temyiz incelemesi sonunda, başvurusunun iddiaları reddedilmiştir⁴⁴⁷.

Komisyon yargılamanın sonunda, Birleşik Devletlerin başvurusuyu ve kızlarını ev içi şiddetten korumak için gereken özeni göstermediği ve bu suretle *Amerikan İnsan Hakları ve Ödevleri Bildirisi*'nin II. maddesinde hüküm altına alınmış olan, “ayrımcılık yapmama” ve “yasa önünde eşitlik” yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Komisyon’a göre Devlet aynı zamanda, kızların ve başvurusunun yaşam hakkını korumak için gerekli tedbirleri almadığından yaşam hakkı, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının hüküm altına alındığı Amerikan Bildirisi’nin I. maddesini ve bununla bağlantılı olarak kız çocukları için özel bir koruma getiren Bildiri’nin VII. maddesini ihlal etmiştir⁴⁴⁸. Ayrıca Birleşik Devletler başvuru ve kızlarının Bildiri’nin XVIII. maddesindeki hukuki koruma hakkını (adil yargılanma hakkı) iki kez ayrı ayrı ihlal etmiştir. İlk olarak Devlet, koruma kararının uygulanmamasından sorumlu olan yetkililerle ilgili bireysel düzeyde ve bu kararın uygulanmamasındaki sistematik sorunlarla ilgili gereken soruşturmayı yapmamıştır. İkinci olarak ise, Devlet başvurusunun kızlarının ölümüne ilişkin ivedi, esaslı, kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yapmamış ve kızların öldürüldüğü şartlarla ilgili olarak kızların ailesine gerekli bilgiyi sağlayamamıştır⁴⁴⁹.

Komisyon bu kararında, uluslararası ve bölgesel insan hakları kuruluşlarının kararları, CEDAW tavsiyeleri ve Birleşmiş Milletler Genel Kurul Kararları da dâhil olmak üzere kadınlara yönelik şiddet olgusuna ilişkin uluslararası kaynaklara atıflarda bulunarak, gereken özeni gösterme standartlarının uygulanmasıyla ilgili olarak dört ilke ortaya koymuştur: *İlk olarak* Devletlerin kadınlara karşı şiddet eylemlerine karşı koruma, soruşturma, cezalandırma ve giderim sağlama yükümlülüklerine ilişkin gereken özeni göstermedikleri takdirde uluslararası sorumlulukları olduğu uluslararası organlar tarafından kabul edilmiştir. Devletlerin bu yükümlülüğü, belirli koşullarda özel şahıslar tarafından gerçekleştirilen eylemler

⁴⁴⁷ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 86-91.

⁴⁴⁸ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 5.

⁴⁴⁹ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 196.

için de geçerlidir. *İkinci olarak*, Devletlerin ayrımcılık, kadına yönelik şiddet ve gereken özeni gösterme yükümlülüğü arasındaki bağlantının üzerinde durmaları gerekmektedir. Bu bağlantı Devletlerin kadına yönelik şiddetle ilgili ödevlerini yerine getirirken, bu sorunun devam etmesine sebep olan ayrımcılığı önlemek için de tedbirler almaları gerektiğini ortaya koymaktadır. Devletler kadın ve erkek davranışlarına ilişkin sosyal ve kültürel kalıpları değiştirmek; kadınlar ve erkeklerin kalıplaşmış rolleri ve birinin diğerine üstünlüğüne ve önceliğine dayanan önyargıları, geleneksel tutumları ve diğer uygulamaları ortadan kaldırmak için gereken tedbirleri almalıdırlar. *Üçüncü olarak*, gereken özeni gösterme yükümlülüğüyle şiddet mağdurlarının ve onların aile bireyleri için uygun ve etkili yargısal başvuru yollarının sağlanması yükümlülüğü arasındaki bağlantının vurgulanması gerekir. *Dördüncü olarak*, uluslararası ve bölgesel sistemlerin tespitlerine göre; kız çocuklarının, etnik köken ve ırk sebebiyle ya da bir azınlık grubuna dâhil oldukları için ayrımcılığa maruz kalan kadınların, hâlihazırda yaşadıkları bu ayrımcılık sebebiyle, şiddete uğrama riskleri daha fazladır. Devletler her tür şiddetin önlenmesi için alacakları tedbirlerde bu etkenleri özellikle dikkate almalıdırlar⁴⁵⁰.

Komisyon, tespit ettiği ihlaller çerçevesinde Amerika Birleşik Devletleri'ne bir dizi tavsiyede bulunmuştur. Bireysel olarak başvuruyla ilgili tavsiyelerden *ilki*; başvuruçunun kızlarının ölüm sebebi, ölüm zamanı ve ölüm yerini kesin bir şekilde tespit edecek ciddi, tarafsız ve kapsamlı bir soruşturma yapmak ve geride kalanları soruşturma hakkında bilgilendirmektir. *İkinci olarak* Birleşik Devletler, başvuru hakkındaki koruma kararının uygulanmasıyla ilgili sistematik sorunların tespiti için ciddi, tarafsız ve kapsamlı bir soruşturma yapmalı ve bu soruşturma, ihlalden sorumlu olanların tespitini ve cezalandırılmalarını da içermelidir. *Son olarak* Birleşik Devletler tarafından başvuru ve onun yakın akrabalarına özel ihtiyaçları göz önüne alınarak tam bir giderim sağlanmalıdır⁴⁵¹.

Komisyon genel olarak ev içi şiddet olgusunu ele aldığında, Amerika Birleşik Devletleri'ne ev içi şiddet konusundaki yasalarını ve politikasını değiştirmesini

⁴⁵⁰ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 126-127.

⁴⁵¹ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 215.

tavsiye etmiştir. Komisyon’a göre Birleşik Devletler, kadına yönelik şiddet olaylarında uygulamaya konulan koruma kararlarının ya da benzeri tedbirlerin uygulanmasına ve ev içi şiddet bağlamında çocukların korunmasına ilişkin tedbirlerin uygulanmasını zorunlu kılacak şekilde çok yönlü yasalar yapmalı ya da mevcut yasalarda reform yoluna gitmelidir. Bu tedbirlerin uygulanmasını artırmak için, uygulamaya ilişkin yönetmelikler düzenlenmesi, kolluk ve yargı birimlerindeki görevlilerin eğitilmesi, tüm ülke çapında polis birimlerince kullanılacak uygulama örneklerinin ve talimatlarının düzenlenmesi gerekmektedir. Daha kapsamlı olarak ise, Birleşik Devletler’e adalet ve kolluk birimlerindeki tüm kamu görevlilerini eğiterek ve kapsamlı önleme programlarını devreye sokarak, kadınların ve çocukların ev içi şiddet eylemlerinden tam olarak korunmalarını engelleyen ayrımcı sosyo-kültürel tutumların ortadan kaldırılmasını teşvik etmesini tavsiye etmiştir⁴⁵².

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisiyonu’nun her iki kararıyla ortaya koyduğu çerçevede, devletlerin ev içi şiddet olgusuna ilişkin gereken özeni gösterme yükümlülüklerinin oldukça kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nden farklı olarak hem bireysel hem de genel düzeyde sorumlu devletlere tavsiyeler oluşturan Komisyon, bu tavsiyelerle gereken özeni gösterme standartlarını da ortaya koymaktadır.

⁴⁵² IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 215.

İKİNCİ BÖLÜM

KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDETLE MÜCADELEDE TÜRK HUKUK SİSTEMİ

I. KADINA YÖNELİK ÖZEL ALANDA ŞİDDETLE MÜCADELEDE DEVLETİN GENEL YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELER VE ANAYASAL DÜZENLEMELER

1. Taraf Olunan Uluslararası Sözleşmeler

Uluslararası ve bölgesel insan hakları kuruluşları tarafından, kadına yönelik şiddet karşısında devlet sorumluluğunun teorik çerçevesi, bağlayıcı olan ve olmayan insan hakları belgeleri ve yargısal ve yarı yargısal içtihatlar yoluyla oluşturulmuştur. Bu doğrultuda, kadına yönelik şiddetin önlenmesi için tedbirler almak, mağduru korumak ve mağdur için giderim sağlamak, gerçekleşen şiddeti soruşturmak, şiddeti gerçekleştiren faili tespit etmek ve cezalandırmak devletin yükümlülükleri arasındadır. Bu yükümlülüklerini yerine getirirken gereken özeni göstermemiş olan devletin, gerçekleşen insan hakları ihlallerinden sorumlu olduğu kabul edilir.

Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddet Nedenleri ve Sonuçları Özel Raportörü *Coomaraswamy*, 1999 tarihli ilk raporunda, devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadelede gereken özeni gösterip göstermediklerinin tespiti için sekiz ayrı başlıkta inceleme yapılabileceğini ifade etmiştir. Bunlardan ilki Devletin uluslararası insan hakları araçlarını onaylaması; ikincisiyse kadınlar için anayasal düzeyde eşitlik güvencelerinin sağlanması ya da anayasal düzeyde kadına yönelik şiddetin yasaklanmasıdır⁴⁵³. Bunlar devletin kadına yönelik şiddetle mücadele etme iradesinin var olup olmadığına ilişkin ilk aşamada değerlendirme konusu yapılabilecek iki somut konudur. Devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadelede uluslararası iradenin yanında olup olmadıklarını ve kendi anayasalarında bu iradeye yer verip vermediklerini ifade eder. Bunun yanında, şiddetle mücadelenin zeminini bu araçlar

⁴⁵³ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/68, par. 25.

oluşturur. Hukuki ve idari düzenlemelerin uluslararası sözleşmelere ve anayasal normlara aykırı olamayacağına ilişkin temel hukuk normu gereği, uluslararası sözleşmeler ve anayasal hükümler mücadelenin belkemiğidir.

Türkiye kadın haklarına ilişkin birçok uluslararası sözleşmeye taraf olmakla, kadına yönelik şiddetle mücadelede uluslararası iradenin en azından şekli anlamda yanında olduğunu ortaya koymuştur. Bu sözleşmelerin başında *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi* (CEDAW) ve *Kadına Yönelik Şiddetin ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Sözleşme* (İstanbul Sözleşmesi) gelmektedir. Bunların dışında, bu alanda oldukça önemli içtihatların doğmasını sağlayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Türkiye'nin taraf olduğu da dikkate alınmalıdır.

Türkiye, kadın erkek eşitliği ve kadınlara yönelik ayrımcılık yasağına odaklanmış olan 1979 tarihli CEDAW'ı, 11 Haziran 1985 tarihinde imzalamış ve Sözleşme 19 Ocak 1986 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir⁴⁵⁴. CEDAW'a taraf olan pek çok ülkenin yaptığı gibi Türkiye de, CEDAW'a geniş çekincelerle katılmıştır. CEDAW'ın 9/1; 15/2, 4; 16/1 c, d, f, g ve 29/1. maddelerine konulan çekinceler temel olarak, 743 sayılı eski Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş olan, kadının iş hayatında çalışması için kocanın izninin aranmasına ilişkin 159. madde, kadının ikametgâhını kocanın ikametgâhına bağlayan 21. madde, kocanın evlilik birliğinin reisi olduğuna ilişkin 152. madde, aile adının seçimine ilişkin 263. madde hükümleri nedeniyle konulmuştur⁴⁵⁵. CEDAW'ın 15. ve 16. maddelerine koyulan çekinceler, Medeni Kanun'da yapılması öngörülen değişiklikler ışığında Eylül 1999'da kaldırılmıştır. Evlilikle kadının vatandaşlık hakkı kazanmasına ilişkin düzenleme içeren CEDAW'ın 9. maddesine koyulan çekinceyse, Türk Vatandaşlık Kanunu'nda yapılan değişiklikler sonrasında 2008 yılında kaldırılmıştır. Böylece Türkiye'nin Sözleşme'nin esas maddelerine ilişkin koyduğu

⁴⁵⁴ 11 Haziran 1985 tarihli ve 3232 sayılı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine Katılmanın Uygun Bulunduğuna Dair Kanun 25 Haziran 1985 tarihli ve 18792 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁴⁵⁵ Demet **ÖZDAMAR**, CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyarî Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Seçkin Yay., Ankara 2009, s. 42.

geniş çekinceler ortadan kalkmış ancak Türkiye'nin, Sözleşme'nin yorumuyla ilgili uyumsuzlukları hüküm altına alan 29. maddesine ilişkin çekincesi varlığını sürdürmektedir⁴⁵⁶.

Türkiye ayrıca, 6 Ekim 1999 tarihinde taraf devletlerin imzasına açılan CEDAW Ek Protokolü'ne de taraftır. Ek Protokol 2002 yılında kabul edilmiş ve 29 Ocak 2003 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir⁴⁵⁷.

Türkiye sözleşmelere taraf olmak yanında, Birleşmiş Milletler çatısı altında kadınların insan haklarına yönelik, esnek hukuk metinleri olarak nitelendirilen uluslararası metinleri de imzalamıştır. 4-15 Eylül 1995 tarihlerinde Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'in kararıyla Pekin'de gerçekleştirilen Dördüncü "Dünya Kadın Konferansı"nın sonucunda kabul edilen Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu belgelerini, Türkiye hiçbir çekince koymadan kabul etmiştir⁴⁵⁸.

Kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda uluslararası bağlayıcılığa sahip ilk uluslararası sözleşme olan İstanbul Sözleşmesi'ni Türkiye, imzaya açıldığı gün olan 11.05.2011 günü imzalayan ilk ülkedir. 10.02.2012 tarihli sözleşmenin onaylanması kararı 08.03.2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanmıştır⁴⁵⁹. Sözleşme'nin 75. maddesinde öngörülen usule göre, sekizi Avrupa Konseyi üyesi devlet olmak şartıyla on devletin onay ve kabul belgelerini Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne teslimleriyle beraber üç aylık sürenin bitimini izleyen ayın birinci

⁴⁵⁶ BM CEDAW Komitesine Sunulmak Üzere Hazırlanan Altıncı Periyodik Türkiye Raporu, 2008, Ankara; CEDAW'daki çekinceler için bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>

⁴⁵⁷ Türkiye CEDAW İhtiyari Protokolü'nü 8 Eylül 2000'de imzalamış, İhtiyari Protokolün Onaylanmasının Uygun Bulunduğu Hakkında Kanun 30.07.2002 tarihinde kabul etmiş ve 02.08.2002 tarihli Resmî Gazete'de yayımlamıştır. 26.08.2002 tarih ve 2002/4703 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile CEDAW İhtiyari Protokolüne katılmamız onaylanmış ve gerekli belgelerin Birleşmiş Milletler'e depo edildiği tarihten üç ay sonra 29.01.2003 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir.

⁴⁵⁸ Kadriye **BAKIRCI** -Türkân Yalçın **SANCAR**- Gülriz **UYGUR**, Aile İçi Şiddet ve Yetkili Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Mevzuat ve Değerlendirme Raporu, Uluslararası, Avrupa ve Türk Hukuk Mevzuatı, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, BM ve Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Projesi, Ankara 2007, s. 41.

⁴⁵⁹ 8 Mart 2012 tarihli ve 28277 mükerrer sayılı Resmî Gazete.

günü olan 1 Ağustos 2014 tarihinde Sözleşme yürürlüğe girmiştir. Her ne kadar bazı hükümler yönünden Sözleşme'yle uyumlu olmadığı için eleştirilmekteyse de, İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanmasının etkisiyle ve bu Sözleşme esas alınarak 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Türk hukuk sistemine dâhil edilmiştir.

Taraf olunan uluslararası sözleşmelerin Türk hukuk sistemindeki yeri Anayasa'nın 90. maddesiyle açıklığa kavuşmaktadır. 90. maddenin 5. fıkrasına göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle, kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi durumunda, uluslararası sözleşmelerin esas alınacağı düzenlemesi 2004 yılındaki değişiklikle açıkça Anayasa'da yer almışsa da, uluslararası sözleşmelerin uygulanması için bununla ilgili bir kanun değişikliğine ihtiyaç olup olmadığı konusu hukukçular arasında tartışılan bir konu olmaya devam etmiştir. Bu konudaki tartışmanın, Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2013 tarihli kararında yapılan değerlendirmeye sona erdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁶⁰. Mahkeme'ye göre; Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçasıdır, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir ve uygulamada bir kanun hükmüyle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyuşmazlığın bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır⁴⁶¹. Yine Mahkeme'ye göre; başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası andlaşma

⁴⁶⁰ Anayasa Mahkemesi *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/2187, K.T. 19.12.2013.

⁴⁶¹ Anayasa Mahkemesi *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, par. 44.

hükmüyle bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu göz ardı ederek uluslararası andlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır⁴⁶².

Diğer yargı mercilerinin Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumunu benimseyeceklerinin işaretini, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 09.06.2015 tarihli kararında görmek mümkündür. Boşandıktan sonra bekârlık soyadının yanında eşinin soyadını da kullanmak isteyen kadının açmış olduğu davada, davanın kabulüne dair karara karşı kanun yararına bozma talep eden Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebini inceleyen Daire, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 90. maddesine dair yorumu aynen kullanmıştır. Soyadı Nizamnamesinin 6. maddesiyle Nüfus Hizmetleri Kanununun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 59. maddesinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddeleriyle çatıştığını tespit ederek, Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varmış ve kanun yararına bozma talebinin reddine karar vermiştir⁴⁶³.

⁴⁶² Anayasa Mahkemesi Sevim Akat Ekşi Başvurusu, par. 41.

⁴⁶³ “Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Anılan sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken. 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek, evli kadının eşinin soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan “ özel hayatın ve aile hayatının korunması ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşme'nin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımnî ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Nitekim Anayasa Mahkemesi'de 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 sayılı kararında, evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğuna dair Türk Medeni Kanununun 187. maddesi kapsamında yapılan uygulamanın, hak ihlali olduğuna dair karar vermiştir.

Kanun yararına bozmaya konu eldeki dava dosyasında, kanun yararına bozma başvurusunun Soyadı Nizamnamesi'nin 6. maddesi ile Nüfus Hizmetleri Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin 59. maddesi gereğince yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında, ilgili Nizamname ile Yönetmelik hükümlerinin sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. İlgili sözleşme hükümleri ile yürürlükteki kanun hükümlerinin çatışması halinde Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası gereğince sözleşme hükümleri esas alındığına göre, adı geçen Nizamname ve Yönetmelik hükümlerinin çatışması halinde, Sözleşme hükümlerinin uygulanacağına duraksama bulunmamaktadır.” Yargıtay 2. HD., 09.06.2015 tarih, 2015/8508 E. - 2015/12061 K. sayılı kararı.

Yargı mercilerinin bu açık içtihatlarıyla birlikte, gerek CEDAW gerekse İstanbul Sözleşmesi'nin Türk hukukunun bir parçası olduğu, bu Sözleşme hükümlerinin başta yargı mercileri olmak üzere tüm uygulayıcılar tarafından uygulanması gerektiği ve iç hukuk metinleriyle bu Sözleşmeler arasında çıkacak uyumsuzluklarda Sözleşme kurallarının uygulanması gerektiği tartışmasız hale gelmiştir.

2. Anayasal Düzenlemeler

Devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadele iradesini ortaya koydukları bir diğer somut gösterge, anayasal düzenlemelerdir. Bu kapsamda, devletlerin öncelikle anayasal düzeyde kadın erkek eşitliğini ve ayrımcılık yasağını kabul etmiş olmaları beklenir. Anayasal eşitlik güvencelerinin sağlanması, kadına yönelik şiddetle mücadelede ve şiddetin etkilerinin gideriminde anayasal iradenin varlığını gösteren ilk işarettir.

1982 Anayasası'nın “kanun önünde eşitlik” başlığını taşıyan 10. maddesi eşitlik ilkesini ve ayrımcılık yasağını içerir. 10. maddenin ilk fıkrasına göre; “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*” Madde metniyle, hem ayrımcılığa karşı korunan hem ayrımcı muameleyi gerçekleştiren kişi açısından geniş bir yaklaşım benimsenmiştir. “*Herkes*” ve “*benzeri sebepler*” ifadeleri, ayrımcılığa karşı korunan kişi bakımından açık uçlu yaklaşımın benimsendiğini ortaya koymaktadır⁴⁶⁴. Ancak “etnik köken”, “cinsel yönelim”, “medeni hal”, “yaş”, “engellilik” gibi yaygın ve ağır ayrımcılık alanları maddede açıkça ifade edilmemiştir. “Benzeri sebepler”in içerisine hangi ayrımcılık sebeplerinin dâhil olduğu konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından oluşturulmuş bir içtihat da bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesi “ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin” ibaresini mutlak yasak alanının genişlemesi biçiminde yorumlamamış, aynı hukuksal durumların aynı, ayrı hukuksal durumların “haklı nedenlere” dayanarak farklı kurallara tabi tutulmasını bu ilkenin gerçekleştirilmesi için yeterli kabul etmiştir. Anayasa yargısının “haklı neden”

⁴⁶⁴ Ulaş **KARAN**, “*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde, (Edt. Sibel İNCEOĞLU), s. 459-495.

kavramını çok geniş ve ayrımcı yorumları mevcut olduğundan, Anayasa’da “etnik köken”, “cinsel yönelim”, “medeni hal”, “yaş”, “engellilik” gibi alanların mutlak ayrımcılık alanları içinde yer almaması önemli bir eksikliktir⁴⁶⁵.

Anayasa’nın 10. maddesinin ilk fıkrası, diğerleri yanında cinsiyet temelinde ayrımı da yasaklarken, maddeye 2004 yılında, “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlamakla yükümlüdür.*” ifadesi eklenmiştir. Böylece cinsiyet temeli açısından eşitliğin varlığı özel olarak belirtilerek pekiştirilmiş ve devletin bu konudaki yükümlülükleri anayasal düzeyde ifade edilmiştir. Aynı maddeye 2010 yılında eklenen son cümleyle eşitliğin yaşama geçirilmesi yükümlülüğünün önünde engel olarak görülebilecek bir husus da kaldırılmak istenmiştir. Buna göre; “*Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.*”

Anayasa’nın 10. maddesinde yapılan değişikliklerin de gösterdiği gibi, eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi ve eşitliğin fiilen sağlanabilmesi açısından, tek başına ayrımcılığın yasaklanması yeterli değildir. Maddi eşitliğin sağlanabilmesi için özel önlemlerin devreye girmesi gerekir. Özel önlemler, “*toplumsal veya ekonomik olarak dezavantajlı veya geçmişte ya da bugün ayrımcılığın veya dezavantajların sonuçlarıyla yüzleşen grupların üyelerine tam ve etkili bir eşitliğin hayata geçirilmesi amacıyla yönelik orantılı önlemler*” olarak tanımlanabilir⁴⁶⁶. Anayasa’da 2004 yılında yapılan değişiklik, kadın örgütlerinin aktif çalışmaları sonunda, CEDAW referans alınarak değiştirilmiştir. Bu şekilde Devlete, anayasada yer alan kadın erkek eşitliği ilkesini yaşama geçirmek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirilmiştir. Yine de, kadın gruplarının ısrarlı taleplerine rağmen bu

⁴⁶⁵ Ece ÖZTAN, “*Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Anayasallaşması*”, Rona Aybay’a Armağan, C. 2, Legal Yay., İstanbul 2014, s. 1905-1925.

“Çünkü cinsel yönelim, cinsiyet kimliği ya da yaş, medeni durum temelinde ayrımcılık çoğu zaman başka gerekçelerin arkasına gizlenerek yapılmaktadır. Bu çerçevede 2009 yılı sonlarında “demokratik açılım” süreci içerisinde hazırlanan ve geçtiğimiz yıl demokratikleşme paketi içerisinde eklenen “Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kurulu Kanun Tasarısı” bu konuda önemli bir adımdı. Tasarı görüş alınmak üzere barolara, akademik çevrelere ve çeşitli sivil toplum örgütlerine gönderilmişti. Ancak taslağın son halinde yasa kapsamında sayılan “cinsel kimlik” ibaresinin metninden çıkarıldığı görülmektedir.” Bkz. ÖZTAN, s. 1914.

⁴⁶⁶ KARAN, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 459-495.

maddeye Sözleşme'nin öngördüğü “geçici ve özel önlemler” ifadesinin dâhil edilmesi mümkün olmamıştır⁴⁶⁷. Bu eksikliğine karşın, yapılan değişiklik, kadın erkek eşitliği konusunda, şekli eşitlikle yetinilmeyerek, maddi eşitliğin güvenceye bağlandığını göstermektedir. 2010 yılında yapılan değişiklikteyse, özel önlemlere dair bir yükümlülük ifade edilmiştir. Bu düzenlemeler, kadın ve erkek eşitliğini sağlamak için Taraf Devletlerce alınacak geçici ve özel önlemlerin, Sözleşme’de belirtilen türden bir ayrımcılık olarak nitelendirilmeyeceği düzenlemesini içeren CEDAW’ın 4. maddesiyle uyumludur⁴⁶⁸.

Diğer taraftan Anayasa’nın 10. maddesine 2004 ve 2010 yıllarında eklenen ifadelerden önce de, Anayasa Mahkemesi’nin, kadınlar lehine önlemlerin Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olmadığı yaklaşımını benimsemiş olduğunu ifade etmek gerekir. Anayasa Mahkemesi bu yöndeki kararlarında, daha ziyade kadınları koruma bakış açısını temel almıştır. Bununla birlikte, dolaylı da olsa özel önlemler olarak nitelendirilebilecek yasal düzenlemelerin, eşitlik ilkesine aykırı bulunmamasının, kadınlar lehine sonuçlar doğurduğunun kabul edilmesi gerekir⁴⁶⁹.

Eşitlik ilkesi, “ailenin korunması ve çocukların hakları” başlıklı Anayasa’nın 41. maddesinde de kendine yer bulmuştur. Buna göre; “*Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” Ailenin eşler arasında eşitliğe

⁴⁶⁷ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 68.

⁴⁶⁸ BAKIRCI, s. 154; KARAN, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, s. 459-495.

⁴⁶⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 22.10.1996, 1996/19 E. - 1996/40 K. sayılı kararı bu kapsamdadır. 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun yetim aylığı bağlanmasına ilişkin 74. ve 75. maddelerinde kız ve erkek çocuklar arasında yaptığı kimi ayrımlar ve kız çocuklarına yetim aylığı bağlanabilmesi için yaş, maluliyet ve muhtaçlık koşullarının aranmadığı halde, aynı konumdaki erkek çocuklar için bu koşulların aranmasının, Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne gelen davada, Anayasa Mahkemesi, dava konusu kuralın Anayasa’nın 10. maddesine aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi’nin 19.06.2008 tarih, 2006/156 E. - 2008/125 K. sayılı kararı da benzer içeriktedir. Bu kararda da, 1475 sayılı İş Kanunu’nun 14. maddesinde yer alan, evlenme nedeniyle işten ayrılan kadın işçinin, kıdem tazminatını alabileceğine ilişkin hüküm yine Anayasa Mahkemesi’nce Anayasaya aykırı bulunmamıştır.

Bu düzenlemelerin Anayasa’nın eşitlik ilkesine aykırı bulunmaması sebebiyle karara yönelik olumlu değerlendirmeler yanında, her iki kararın da gerekçelerinin, toplumsal cinsiyet kalıplarını pekiştirdiği yönündeki eleştiriler ve gerekçelerin CEDAW’ın 4. ve 5. maddelerine aykırı olduğuna ilişkin görüşler için bkz. BAKIRCI, s.154-161; Bertil Emrah ODER, “*Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası*” Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde (Derl. Hülya DURUDOĞAN-Fatoş GÖKŞEN-Bertil Emrah ODER-Deniz YÜKSEKER), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 207-239.

dayandığı hükmü, Anayasa’ya 2001 yılında eklenmiştir. Bu düzenleme, özellikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun kocayı evlilik birliğinin reisi olarak kabul ettiği hukuk sisteminde, cinsiyet eşitliği bakımından esaslı reformlardan biridir.

Anayasa’nın 41. maddesinin ikinci fıkrası, devletin koruma ödevine ilişkindir. Buna göre; *“Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.”* Bu hüküm, devlete ana ve çocukların korunması için önlemler alma konusunda yetki verir ve ödev yükler. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un gerekçesinde ve Anayasa Mahkemesi’nin korumacı önlemlere ilişkin değerlendirmelerinde sıklıkla Anayasa’nın 41. maddesine atıfta bulunulduğu görülmektedir. Bu hükme dayanarak ortaya çıkan korumada kadın, toplumun temeli olan “aile” dolayısıyla ve “ana” sıfatıyla korunmaya değerdir⁴⁷⁰. Kadına yönelik “korumacı önlemler”in ve kadına yönelik şiddetle mücadeleyle ilişkin hukuki düzenlemelerdeki “ailenin korunması” kavramının dayanağı bu hükümdür⁴⁷¹.

Anayasa’da, kadına yönelik şiddeti önlemeye yönelik devletin yükümlülüğünü içeren özel bir hüküm yer almamaktadır. Bununla birlikte Anayasa’da şiddeti doğrudan veya dolaylı olarak yasaklayan hükümler

⁴⁷⁰ Merih **ÖDEN**, *“Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İç Şiddete Karşı Koruma Ödevi”*, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İç Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriş UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 77-95.

⁴⁷¹ Anayasa Mahkemesi’nin 03.01.2008 tarih 2005/151 E. – 2008/37 K. sayılı kararında, TCK’nın 86/3. maddesiyle, basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüdeki yaralama suçlarında üçüncü kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi için şikâyet şartı aranırken, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenen aynı nitelikteki yaralama suçunun şikâyet olmaksızın doğrudan takip edilmesinin ve sanığın üçüncü kişilere nazaran daha ağır şekilde cezalandırılmasının Anayasaya aykırı olduğu iddiası yargılama konusu olmuştur. Mahkeme, Anayasaya aykırılık iddiasını reddetmişse de, karşı oy gerekçelerindeki Anayasa’nın 41. maddesine dayanılarak, Anayasaya aykırılık yönünden yapılan değerlendirmeler oldukça dikkat çekicidir. Bir kısım Anayasa Mahkemesi üyesi, yakın aile üyelerinin yaralama suçunu işlemesi halinde cezanın artırılması ve suçun şikâyet tabi olmamasına ilişkin düzenlemenin, ailenin huzurunun onarılmaz bir biçimde yaralayacağını ve bunun da Anayasa’nın 41. maddesine aykırı olduğunu karşı oy gerekçelerinde belirtmişlerdir. Bu yoruma göre; *“Gerçekten, “şikâyetten vazgeçme” imkânının tanınmaması aile içinde yargıya yansıyan durumların, tarafların barışmaları, şikâyet ve cezalandırma iradelerinin artık olmamasına karşın, aile huzurunun bozulması ve ailenin temeli olan karşılıklı sevgi ve saygıya dayalı özel alanın zedelenmesi sonucunu doğuracaktır. Bu bakımdan, iptali istenen kuralın ailece bir koruma alanı yaratmadığı gibi yaptırımın sonuçları itibarı ile diğer aile bireylerine de eza getireceği durumunun şikâyet ve Anayasa’nın 41. maddesi ile uyarlı olmadığı kuşkusuzdur.”*

bulunmaktadır. Öncelikle devletin temel amaç ve görevlerinin düzenlendiği Anayasa'nın 5. maddesine göre; devletin, kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlama, temel hak ve hürriyetlerini sınırlayan engelleri kaldırma ve insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışma yükümlülüğü bulunmaktadır. Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan düzenlemelerin, bu genel yükümlülüğün ışığında değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın 12. maddesiyle, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu ifade edilmiştir. Benzer bir ifadeyle Anayasa'nın 17. maddesine göre, herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve kimseye işkence ve eziyet yapılamayacağı ifade edilerek, şiddet açıkça yasaklanmıştır. Ayrıca Anayasa'nın 19. maddesiyle herkesin, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu anayasal düzeyde karşılık bulmuştur.

Kadına yönelik şiddetin, kadınların temel hak ve özgürlüklerine müdahale olduğu, maddi ve manevi varlıklarının bütünlüğünü sınırlandığı, hatta yaşam haklarını ve vücut dokunulmazlıklarını ihlal ettiği, kimi şiddet vakalarında şiddetin ağırlığının işkence ve eziyet düzeyinde olduğu, şiddetin kadınların güvenliklerini ve özgürlüklerini tehlikeye attığı bilinen olgulardır. Bu haliyle, kadına yönelik şiddet, kadınların anayasal düzeyde güvenceye alınmış olan hak ve özgürlüklerini ihlal etmektedir. Daha genel bir ifadeyle, kadına yönelik şiddet kadınların insan haklarını ortadan kaldırmaktadır.

Anayasa'nın güvence altına aldığı hak ve özgürlükler, devletin genel yükümlülüklerinin düzenlendiği Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde şu sonuca ulaşmak mümkündür: Yasama organı, aile içi şiddeti ortadan kaldırmak için yasal ve diğer bütün önlemleri almakla ve yürütme ve yargı organları, idare makamları ve diğer kuruluşlar da aile içi şiddeti önlemekle yükümlüdürler⁴⁷².

⁴⁷² BAKIRCI-SANCAR-UYGUR, s. 82,

Yukarıda ele alınan Anayasa hükümleriyle, kadın erkek eşitliği ve ayrımcılık yasağı konusunda anayasal iradenin eşitlikten yana olduğu görülmektedir. Üst norm olan Anayasa, doğrudan kadına yönelik şiddeti yasaklamamış olsa da, kadının kamusal ve özel alanda şiddetten korunma hakkını, şiddeti yasaklayan hükümlerle anayasal güvenceye bağlamıştır. Devlet kişilerin vücut bütünlüğünü ve dokunulmazlığını korumaya yönelik anayasal yükümlülüğünü, kadınların şiddete karşı korunmasını sağlayacak hukuki düzenlemeler yaparak, özel bir grup olan kadınlar yönünden yerine getirmelidir.

B. DEVLET İRADESİNİN HUKUKİ DÜZENLEMELERE YANSIMASI

1. Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet

Kadına yönelik şiddetle tek başına hukuk yoluyla mücadele etmenin mümkün olmadığı bilinen bir gerçekliktir. Nihayetinde, kadına yönelik şiddet, bir toplumsal cinsiyet sorunudur ve ataerkil sistemin doğurduğu toplumsal bir olgudur. Ataerkil sistemi yalnızca hukuki düzenlemelerle ortadan kaldırma olanağı bulunmadığından, geniş ekonomik, sosyal ve kültürel dönüşümü hedeflemek, şiddetin çözümü için daha doğru görünür. Ancak geniş kapsamlı çözüm yönteminde bile, hukuk, şiddetle mücadelenin başlangıç noktasıdır. Her koşulda, kadının aile yaşamında ve kamu yaşamında hukuki eşitliğe ulaşması öncelikle hukuk reformlarıyla mümkün olacaktır. Hukuk yoluyla çözüm aranması kaçınılmazdır ve hukuk bu mücadelede etkili bir araçtır. Hukuki düzenlemelerle şiddet önlenabilir ve şiddetin meydana getirdiği olumsuz sonuçlar azaltılabilir. Nitekim hukuk, yaptırım gücüne sahip olmakla, toplumsal cinsiyete dayalı ilişkilerin kurulmasında, sürdürülmesinde ve değiştirilmesinde etkilidir⁴⁷³. Bu sebeple devletler, kadına yönelik ayrımcılıkla ve bunun tezahürlerinden biri olan kadına yönelik şiddetle mücadele iradesine sahip olduğunu, uzantısı olan hukuk sisteminde, toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlamaya yönelik düzenlemeler yaparak gösterirler.

⁴⁷³ Gülriz **UYGUR-İrem ÇAĞLAR**, “*Hukuk*”, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 155.

Hukukun toplumsal cinsiyet sorunlarının çözümünde etkili bir araç olarak nitelendirilmesi ve bu doğrultuda kullanılması, hukukun yakın tarihte edindiği bir roldür. Tarihsel olarak hukukun toplumsal cinsiyetle ilgili eşitsizlikten yana tutumu, feminist hukuk teorilerinin temel eleştirisi konusudur. Hukuk bu tutumuyla, toplumsal cinsiyet sorunlarını kimi zaman görmezden gelmiş kimi zaman da pekiştirmiştir.

Hukuk, geleneksel olarak erkek egemenliğinin kabul edilip, bu egemenliğin görünür kılındığı ve meşrulaştırıldığı bir ortam sağlamıştır. Bu yaklaşımıyla, hukuk baskı ve zorlamanın meşrulaştırılması ve kadın üzerinde erkek gücünün kurumsallaştırılması anlamına gelir⁴⁷⁴. Toplumsal cinsiyetin oluşturulmasına ve devam ettirilmesine aileyle birlikte en önemli katkıyı sunan araçtır ve sadece düzeni koruma işleviyle hareket ettiğinde bu yönünü pekiştirip, kadının bağımlı ve ikincil konumunu sağlamlaştırmış olur⁴⁷⁵. Aynı zamanda mevcut ataerkil değerleri güçlendirir. Bu şekilde oluşan hukuki norm ve düzenlemeler, kadının erkek karşısındaki ikincil konumunun sebeplerinden biridir. Feminist bakış açısıyla, bu işleviyle bir problem kaynağı olarak değerlendirilen hukuk, toplumdaki değişimin önünde bir engel de olabilir⁴⁷⁶.

Hukukun bu işlevi, hukuki düzenlemelerin, kültürel normlara veya ideolojilere göre oluşturulmasının bir sonucudur ve bu haliyle hukuk toplumsal cinsiyet eşitsizliğini yansıtan bir kurumdur⁴⁷⁷. Bu durumda, hukuki düzenlemeler

⁴⁷⁴ MACKINNON, s. 271-286.

⁴⁷⁵ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 41.

⁴⁷⁶ YÜKSEL, s. 155.

⁴⁷⁷ UYGUR-ÇAĞLAR, Hukuk, s. 156.

Kültürün siyasi ve ekonomik ilişkilerden ve koşullardan kopuk, apolitik bir niteliğe sahip olduğu tezinin, kadınlara zarar veren kültürel pratiklerin temelinde yatan çıkar ve güç dengelerini perdelemeye etkili bir bahane olduğuna ilişkin görüşler için bkz. ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 136 vd.

“Buna en iyi örnek, 1981’de iptal edilen, namus saikiyle işlenen suçları diğer suçlardan ayırarak bazı hallerde (zina gibi) ceza indirimi öngören İtalyan Ceza Yasası’dır (1931 Rocco Yasası). Yasanın 587’nci maddesi, aile reisine (kocaya) ailenin “namus”unu kirlettiği iddia edilen kadını öldürme hakkı veriyordu. Araştırmacılar bu yasanın, kadınların yüksek doğurganlık oranları ve yeniden üretimdeki rollerinin vurgulandığı faşist dönemdeki demografik politikaları destekleyen, katı ayrımcı cinsiyet normlarıyla ilişkili olduğunu belirtmişlerdir.” ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 136.

toplumdaki algıların hukuka yansımından ibarettir ve bu algıların sağlamlaşmasına da yardımcı olur. Özellikle aile hukukuna ve ceza hukukuna ilişkin düzenlemeler, kadını ikincilleştiren ataerkil normlardan oluşur. Özel alan söz konusu olduğunda; devlet ve uzantısı olan hukuk sistemi aile işlerine karışmaz ancak aile içi ilişkilerde ev reisi olarak kocayı yetkili kılar. Ailenin adı, çocukların velayeti, ikametgâhın seçimi gibi konuların aile reisi tarafından belirlenmesine olanak sağlar⁴⁷⁸.

Diğer taraftan, kadınların bedenlerini ve cinselliklerini kendilerine değil, aileye, aşirete ya da topluma ait gören erkek egemen anlayış, yasal düzenlemelerde kendisine yer bulur ve *namus* ya da *şeref kurtarma saiki*, ceza indirimi sağlayan bir kurum olarak hukuki düzenlemelere dâhil olur. Bunun tipik örneklerini, Türkiye’de 1926’dan beri yürürlükte olan ve 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’ndaki suç tiplerinde görmek mümkündür. Bu Kanun’da kadınların maruz kaldığı en ağır şiddet türlerinden biri olan tecavüz, “*Adab-ı Umumiye ve Nizam-ı Aile Aleyhine Cürümler*” başlığı altında sınıflandırılmıştır. Yani tecavüz kadına yönelik değil, toplum adabına ya da aileye yönelik işlenen bir suç niteliğini taşımaktadır⁴⁷⁹. Benzer şekilde 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda yer alan, adam öldürme ve müessir fiil suçlarının, zina ya da gayri meşru cinsel ilişki halinde yakalanan bazı yakınlar aleyhine işlenmesi halinde cezada indirim yapılmasını sağlayan TCK’nın 462. maddesi de bu yaklaşımın bir örneğidir. Şeref kurtarma saikiyle yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi, terk edilmesi veya şeref kurtarma saikiyle çocuk düşürme ve düşürtme suçlarındaki şeref kurtarma saikinin hafifletici neden olarak kabul edilmesi de, yine hukukun bu işlevi içerisinde değerlendirilmesi gereken düzenlemelerdir⁴⁸⁰.

Kadına yönelik şiddet olgusunda da, bu geleneksel işleviyle hukuk çözüm yaratan bir araç olmaktan ziyade sorun üreten bir kurum olmuştur. Kamusal alanda sadece erkeğe yer verip, ev içi alanda herhangi bir düzenleme yapmayarak yakın

⁴⁷⁸ UYGUR-ÇAĞLAR, Hukuk, s. 169.

⁴⁷⁹ Pınar İLKKARACAN, “Giriş: Müslüman Topumlarda Kadın ve Cinsellik”, Müslüman Toplamlar İçinde Kadın ve Cinsellik içinde, (Derl. Pınar İLKKARACAN), İletişim Yay., B. 3, İstanbul 2011, s. 11-33.

⁴⁸⁰ Anılan yasal düzenlemelere ilişkin detaylı inceleme için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 176-190.

zamanlara kadar özel alanda şiddeti görmezden gelmiştir. Diğer taraftan kamusal alanda da, kadını bir birey olarak değil, ataerkil sisteme tabi olarak oluşmuş toplumsal kurumların bir parçası olarak ele alarak, kadın bedeni, cinsellik ve şiddet konusunda, hukuki düzenlemeler yoluyla çok sayıda sorun üretmiştir. Bunların en can yakıcı örneklerinden biri, yine 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu'nun 434. maddesinde kaçırılan ya da tecavüze uğrayan kadının, tecavüz eden, kaçırılan ya da yardımcı olanlardan biriyle evlenmesi halinde cezanın ertelenmesine ilişkin düzenlemedir. Böylesi bir düzenlemeyle hukuk, tecavüze uğrayan kadını, kendisine tecavüz eden bir adamla evliliğe sürükleyerek kadını birden fazla kez mağdur eden ve bu şekilde şiddeti yeniden ve yeniden üreten bir araçtır. Tecavüzcünün mağdurla evlenmesi, mağduru sadece tekrar onur kırıcı duruma sokmakla kalmamakta, aynı zamanda, kadının tecavüzcüsüyle aşağılama ve şiddet dolu bir hayata mahkûm olmasına neden olmaktadır⁴⁸¹. Bu yasal düzenleme, uzun süre toplumun bunu istediği, toplum yapısının böyle olduğu iddialarıyla savunulmuştur⁴⁸². Bu savunmalar, hukukun kültürel normlara göre oluşturulduğu gerçeğinin ifadesidir. Ancak bu savunmalarda, hukuki düzenlemelerin insan haklarını temel alarak oluşturulması halinde, hukukun toplumsal yapıyı değiştirme olanağına sahip bir kurum olduğu ve toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanabilmesi için bu işlevinin ön planda olması gerektiği dikkate alınmamıştır.

Hukukun anılan geleneksel işlevi yanında, günümüzde organize edici, itici ve geliştirici bir işlevi de bulunmaktadır. Devlet hukuk yoluyla, hem ortaklaşa hayat şartlarını korumak, hem bu şartları geliştirmek, hem de belirli hedeflere yöneltmek için toplumsal bilinci değiştirmek gibi amaçları hedefler. Toplumun eğiticisi ve yönlendiricisi olan hukuk, toplumun gelişmesine hizmet eden bir araçtır⁴⁸³.

Hukukun toplumsal cinsiyet konusunda olumsuz etkisinden sıyrılması, günümüzde değişen işleviyle mümkün hale gelebilir. Bu, hukukun toplumdaki eksiklikleri, ilkelikleri meşrulaştıran bir araç olmasından ziyade değişme ve

⁴⁸¹ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 178-179.

⁴⁸² Türkân Yalçın **SANCAR**, “*Dilin Kadına Yönelik Şiddet Üzerindeki Rolü*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, C. 3, Ankara Barosu yayınları içinde, s. 158-166.

⁴⁸³ Nevzat **TOROSLU**, Ceza Hukuku, Savaş Yay., B. 5, Ankara 2001, s. 6.

dönüştürme aracı haline gelmesidir⁴⁸⁴. Hukukun geliştirici işlevini yerine getirebilmesi için, öncelikle hukuk normlarının kültürel normlar yerine insan hak ve özgürlüklerine göre oluşturulması gerekir. Bu yolla hukuk toplumsal cinsiyet sorunlarının çözümünde etkili bir araç olabilir. Bu aşamada öncelikle ataerkil sistemin etkisiyle oluşturulmuş olan yasal düzenlemelerin kaldırılarak, ataerkinin hukuktaki yansımaya son verilmesi beklenir. Hukukun kalıplaşmış ön yargıları kırıp kırmadığı, reformcu olup olmadığı, toplumu sadece koruyan değil aynı zamanda ilerletmek isteyen bir yaklaşımı kavrayıp kavramadığının ölçütü, öncelikle cinsel suçlarla ilgili norm koyma sürecinde açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Çünkü cinsel suçlarda norm koyma, hukukla ahlakı, gelenekleri, töreleri, aileyi bir araya ya da karşı karşıya getirir⁴⁸⁵.

Bunun yanında, aile hukuku ve ceza hukukunda insan hak ve özgürlüklerini ve birey olarak kadını esas alarak yapılan düzenlemeler, aynı zamanda devletin, toplumsal cinsiyet eşitliğinden yana olduğunu ortaya koymasının da bir yoludur. İlk aşamada eşitsizliği ve ayrımcılığı destekleyen ve pekiştiren yasal düzenlemelerin ortadan kaldırılmasıyla, ikinci aşamaya geçilmesinin olanağı doğar. Bu aşamada yine hukuk yoluyla, eşitsizliklerden kaynaklanan sorunlarla mücadele edilmesi gerekir.

Bu bağlamda, hukukun toplumsal cinsiyet karşısında nötr olmasının da, eşitsiz sonuçlara yol açabileceği ifade edilmelidir. Hukukta nötrlük ilkesi uygulandığında, durumlar arasındaki farklılıklar hiçbir şekilde göz önünde tutulmaz. Kadın erkek arasındaki biyolojik farklılıklar, örneğin kadının doğurganlığı bir farklılık olarak kabul edilse de, kadının toplumsal, siyasal ve ekonomik yönden erkekten farklı konumu dikkate alınmamaktadır. Böylece, hukukun toplumsal cinsiyet bakımından nötr olması, eşitsiz sonuçlara yol açar. Bunun en bilinen örneği ev içi şiddetle ilgilidir. Toplumsal cinsiyet bakımından nötrlük, ev içi şiddetle ilgili toplumsal cinsiyet bakımından eşitsizliği göz önüne almamaktadır⁴⁸⁶. Hukukun

⁴⁸⁴ Türkân Yalçın SANCAR, *Dilin Kadına Yönelik Şiddet Üzerindeki Rolü*, s. 158-166.

⁴⁸⁵ Türkân Yalçın SANCAR, “*Şiddet Kültürü ve Ceza Hukuku Açısından Kadına Yönelik Şiddet*”, *Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde*, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 119-137.

⁴⁸⁶ UYGUR-ÇAĞLAR, *Hukuk*, s.157.

toplumsal cinsiyet konusunda geliştirici işlevini yerine getirebilmesi için, toplumsal cinsiyet konusunda nötr olmaması ve kadın erkek eşitsizliğini giderecek özel önlemler içeren ve pozitif ayrımcılık olarak nitelendirilen normlar koyması gerekir. Hukukun mevcut adaletsizliği gidermeye yönelik düzenlemelerle, eşitliği hedefleyen bir kurum olması halinde, toplumsal cinsiyet eşitliğinden yana devlet iradesinin var olduğu söylenebilecektir.

Kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda öne çıkarılması gereken bir husus da, hukukun toplumsal algıları değiştirme rolüne sahip olduğudur. Devlet, hukuki düzenlemeler yoluyla, bazı eylemleri suç olarak tanımlayarak, bu eylemlerin karşısında yer aldığını ortaya koyar, bu şekilde konumunu belirler. Kadına yönelik şiddet eylemlerinin ağır yaptırımlara bağlanması ve cezalandırmada suçun niteliksel farklılığı gözetilerek özel düzenlemelere yer verilmesiyle devlet, bu tür şiddet eylemlerini gerçekleştirenlerin yanında olmadığını açıkça ortaya koymuş olur. Hukuk sisteminin bu tutumu, toplumda eşitlik üzerine kurulu bir toplumsal cinsiyet algısının yerleşmesine zemin hazırlayabilir ve bu suretle hukuk önce bireysel davranışların ve uzun dönemde de toplumsal tutumların değişmesine yön verir. Hukukun toplumu dönüştürücü rolünün sınırlı olsa da etkisinin, her aşamada akılda tutulması çok önemlidir.

2. Medeni Hukuk ve Ceza Hukukundaki Temel Düzenlemeler

a. Medeni Hukuk

i. 4721 sayılı Medeni Kanun'a Geçiş

Devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda gereken özeni gösterip göstermediklerinin tespiti için aranan temel unsurlardan biri, ulusal mevzuatın mücadelede yeterli ve insan haklarıyla uyumlu olup olmadığıdır⁴⁸⁷. Bu tespitte öncelikle, ceza hukuku ve medeni hukuk alanındaki temel yasal düzenlemelerin toplumsal cinsiyet eşitliğine dayanan hükümler içermesinin ve/veya kadına yönelik şiddete odaklanan hukuki düzenlemelerin varlığının dikkate alındığı

⁴⁸⁷ UN Human Rights Council, A/HRC/23/49, par.33; UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/68, par. 25.

görülmektedir⁴⁸⁸. Türk hukuk mevzuatı bu çerçevede ele alındığında, toplumsal cinsiyet sorununun en fazla yansıdığı iki alan olan aile hukuku ve ceza hukukundaki temel düzenlemelerin incelenmesi gerekir. Temel düzenlemelerde uluslararası standartlara göre eksikliklerin ya da bu standartlarla uyumsuzlukların varlığı, sayısı ve niteliği, devletin kadına yönelik şiddetle mücadeledeki iradesinin belirlenmesini sağlar.

Son yıllarda Türkiye’de, temel kanunlarda toplumsal cinsiyet eşitliğini esas alan çok sayıda değişiklik yapılmıştır. Bunlardan biri medeni hukuk alanındadır. İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibas edilen 1926 tarihli 743 sayılı Türk Medeni Kanunu (ETMK), 1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmış ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) yürürlüğe girmiştir. Kanun değişikliğiyle, kadınlara yönelik ataerkil tutumlar üzerine bina edilmiş hükümlerin büyük çoğunluğu yürürlükten kalkmıştır.

743 sayılı eski Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girişinin, fıkıh esaslarına dayalı İslam Hukukundan, çağdaş, demokratik, devrimci, laik ve eşitlikçi bir hukuk düzenine geçişi ifade ettiği genel olarak kabul gören bir görüştür⁴⁸⁹. Tek eşle ve resmî evlilik, evlenmede yaş sınırı, evlenmede temsil yolunun kapatılması, boşanmanın serbestliği, velayet ve miras kurumlarında kadın erkek eşitliğinin kabul edilmiş olması, kadın lehine reformlardır⁴⁹⁰. Yürürlüğe girdiği zamanın ve toplumun koşullarına göre, ileri bir metin olarak nitelendirilen ETMK genel olarak kadın erkek eşitliğini benimsemişse de, aile hukuku bölümünde bu eşitliği bozan hükümler de içermektedir⁴⁹¹. Kanun’a göre koca; evlilik birliğinin revidir (ETMK 152), ortak konutu seçer (ETMK 21/1-152/II), evlilik birliğini temsil eder (ETMK 154), aralarındaki mal rejimi ne olursa olsun evlilik birliği adına yapılan borçlardan

⁴⁸⁸ UN Human Rights Council, A/HRC/23/49, par. 47.

⁴⁸⁹ Aydın **ZEVLİLİLER**-M. Beşir **ACABEY**-K. Emre **GÖKYAYLA**, Medeni Hukuk, Savaş Yay., B. 5, Ankara, 1997, s. 54-55.

⁴⁹⁰ Sevgi **USTA**, “*Koca Aile Birliğinin Revidir” Hükmünden “Edinilmiş Mal Rejimi”ne: Evli Kadının Hukuki Durumu*”, Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar içinde, (Derl. Serpil **SANCAR**), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 943-984.

⁴⁹¹ Ayşe Aydın **ŞAFAK**, Feminist Bir Bakışla Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeni, XII Levha Yay., İstanbul 2014, s. 67.

(ETMK 154/2) ve karısının ve çocuklarının bakım ve geçiminden sorumludur (ETMK 152). Ayrıca karısının bir meslek veya sanatla uğraşması kocanın iznine tabidir (ETMK 159), çocuklar üzerindeki velayet birlikte kullanılsa da, anlaşmazlık halinde kocanın oyu üstündür (ETMK 263). Kadın, kocasının soyadını taşır (ETMK 153/1), kocasının seçtiği ortak konuta bağlı olduğu gibi o konutta oturmakla da yükümlüdür (ETMK 152/1), evin iç işlerini yapma hakkına sahiptir aynı zamanda bunlarla yükümlüdür (ETMK 153/2), ortak yaşamın mutluluğunu sağlamada gücü yettiği oranda kocasının yardımcısı ve danışmanıdır (ETMK 153/2), evin giderlerine uygun miktarda katılabilir (ETMK 190), evin günlük ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder (ETMK 155).

Aile hukukuna ilişkin bu eşitsiz düzenlemeler 90'lı yıllarla birlikte yavaş da olsa değişmeye başlamıştır. Anayasa Mahkemesi'nce 1990 yılında kadının çalışmasını kocanın iznine bağlayan ETMK'nın 159. maddesi iptal edilmiştir⁴⁹². 1997 yılında, ETMK'nın 153. maddesinde yapılan değişiklikle, evli kadına kocasının soyadıyla birlikte kendi soyadını kullanabilme olanağı tanınmıştır.

1 Ocak 2002 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK), aile ilişkilerinde toplumsal cinsiyet eşitsizliğine dayalı bir rol dağılımını temel almış ve kadınla erkek arasındaki eşitsizliği açıkça ortaya koymuş olan ETMK hükümlerini ortadan kaldırmıştır. Evlilik içinde kadın ve erkeğin eşitliğine dayalı bir aile modeli amaçlanmıştır. Eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler ve birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar (TMK 185). Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler, evlilik birliğini beraberce yönetirler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla katılırlar (TMK 186). Evlilik birliğini eşlerin her biri temsil edebilir (TMK 188), evlilik birliği adına yapılan borçlardan ortak olarak sorumludurlar (TMK 189), meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde bulundurulacaksa da, eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğersinin iznini almak zorunda değildir (TMK 192). Ayrıca eşlerden biri,

⁴⁹² Anayasa Mahkemesi'nin 29.11.1990 tarih ve 1990/30 E. - 1990/31 K. sayılı kararı. RG. 02.07.1992, S. 21272.

ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir (TMK 197).

Yeni Medeni Kanun’la birlikte aile konutu (TMK 192) kavramının mevzuata dâhil edilmesi ve yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilmesi (TMK 202), aile içinde ekonomik eşitliği amaçlayarak, kadınlara ekonomik yönden eskisine oranla daha fazla koruma sağlamıştır. Aile konutu düzenlemesi gereği, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedemeyecek, aile konutunu devredemeyecek veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandırmayacaktır. Birlikte yaşanan konutun mülkiyetinin çoğunlukla erkeklere ait olduğu ve bu konutla ilgili kararların erkekler tarafından tek başına alındığı dikkate alındığında, bu düzenlemenin kadınlar için önemi ortaya çıkmaktadır⁴⁹³. Benzer şekilde, evlilik süresince edinilmiş olan malların, evlilik sona erdiğinde eşler arasında eşit olarak paylaşılmasına olanak sağlayan edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi de kadınların ekonomik haklarının korunmasına olanak sağlamıştır. Bu düzenleme, evliliğin devamı sırasında edinilen mal varlığının çoğunlukla erkeğin tasarrufunda olduğu ataerkil toplumsal düzende, evlilik süresince özellikle ev içinde ve/veya ev dışında çalışan kadının emeklerinin değerlendirilmesi açısından önemlidir.

Aile içinde eşitliği amaçlayan ve ETMK’ya göre oldukça olumlu adımlar olarak değerlendirilen düzenlemelerin yanında, eşitliğe aykırı hükümler de TMK’da yer almıştır. Kadınları ekonomik yönden güçlendiren bir düzenleme olarak değerlendirdiğimiz, edinilmiş mallara katılma rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesine ilişkin düzenlemenin, 1 Ocak 2002 tarihinden sonra gerçekleşen evliliklerde geçerli olduğunun kabul edilmesi, bu eşitsizliklerden biridir. 1 Ocak 2002’den önce evlenmiş çiftler yönünden evliliğin başından itibaren bu mal rejiminin geçerli olabilmesi için evli çiftlerin noterde anlaşma yapmaları şartı getirilmiştir. Bu şekilde 2002 yılından önce evlenmiş kadınlar yönünden adaletsiz bir uygulama yürürlüğe konulmuştur.

⁴⁹³ ŞAFAK, s. 76.

TMK'nın 124. maddesiyle, evlenme yaşı kadın ve erkek için eşitlenmişse de, bu sınır on yedi olarak belirlenmiş ve istisnai hallerde on altı yaşın doldurulması da evlilik için yeterli görülmüştür. Oysaki Türkiye'nin taraf olduğu Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre, on sekiz yaşından küçük her birey çocuktur ve on sekiz yaş altı evlilikler, pek çok uluslararası sözleşmeyle "çocuk evliliği" sayılmaktadır. Bu haliyle TMK çocuk evliliklerini meşrulaştırmaktadır⁴⁹⁴.

Boşanan kadının yeniden evlenebilmesi için gereken bekleme süresinin düzenlendiği TMK'nın 132. maddesi de, ETMK dönemiyle aynı şekilde devam eden eşitliğe aykırı bir düzenlemedir. Bekleme süresinin, soybağı karışıklığına engel olmak amacı taşıdığı ifade edilmektedir⁴⁹⁵. Kadının doğurması halinde süre biter ya da kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya eski kocasıyla evlenmek istemesi hallerinde bu süre hâkim tarafından kaldırılır. Bu düzenleme, yeniden evlenmek isteyen kadının gebeliğini sorgulayan, kadının özel hayatına ve kişilik haklarına müdahale niteliğindedir. CEDAW'ın evlenmede kadınlara erkeklerle eşit haklar tanınmasını öngören 16/1(a) maddesine de aykırıdır. DNA testleriyle, kesine yakın oranla babanın kim olduğu anlaşılabilir haldeyken, bekleme süresine ilişkin bu hükmün nesep karışıklığını giderme amacıyla Kanun'da yer almasına esasen gerek de yoktur⁴⁹⁶. Bu hüküm, Türkiye'de kadınların haklara erişim

⁴⁹⁴ Feride ACAR, "Türkiye'de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum", Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama içinde, (Derl. Gökçeçiçek AYATA-Sevinç ERYILMAZ DİLEK-Bertil Emrah ODER), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 13-23; Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 246-247.

Kanun'un gerekçesinde, kadının evlilik yaşının erkeğin yaşına eşitlenmesiyle, kadının korunmasının amaçlandığı şu şekilde ifade edilmiştir: "Küçük yaştaki kızların evlendirilmesinin gerek biyolojik gerek psikolojik açıdan olumsuz etkiler gösterdiği günümüzde tartışmasız olarak kabul edilen bir gerçektir. Daha ortaöğrenim çağında bulunan on beş yaşındaki bir küçüğün evlenmesine izin vermemek gerekir. Ülkemizde Medeni Kanunumuzun kabul edilmesinden bu yana bu konuda halkın bilinçlendiği ve eğitildiği göz önünde tutulmak suretiyle önemli bir kurum olan aile hayatının kurulmasında kadınlar için onbeş yaşın bitirilmesi yeterli görülmemiştir. Bu konuda bu kadar küçük yaşta evlenme yaşı itibarıyla erkek ve kadın arasında ayırım yapılmasının da anlamlı olmadığı kabul edilmelidir. Bu sebeple evlenme yaşı erkek ve kadın için onyediyi bitirilmesi olarak kabul edilmiştir."

⁴⁹⁵ ZEVKLİLER-ACABEY-GÖKYAYLA, s. 759.

⁴⁹⁶ ŞAFAK, s. 87.

TMK'nın 285. maddesine göre; evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu, Kanun'da yer alan babalık karinesidir. Ancak TMK'nın 290. maddesine göre; çocuk, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz

ve sosyoekonomik bakımdan hâlâ ne kadar eşitsiz olduklarının ifadesi olarak görülmektedir⁴⁹⁷.

TMK'nın bütünü değerlendirildiğinde, özellikle kadının ve çocuğun soyadı ve evlenmek için bekleme süresine ilişkin hükümler dışında, kadın erkek eşitliğinin önemli ölçüde sağlanmış olduğu görülmektedir. Ancak şekli eşitliğin kendisinin sınırlı bir eşitlik yaklaşımı olduğunun akılda tutulması gerekir. Hukuki düzenlemelerle getirilen eşit düzenlemeler, kadınlar ve erkeklere aynı şekilde etki etmeyebilir. Hukuki eşitliğin büyük ölçüde sağlanmış olmasıyla, uygulamada yine kadınlar lehine değişikliklerin de beraberinde gelmesi beklenir. Diğer bir ifadeyle, yasalarda gerçekleşen bu değişikliklerin ilk aşamada ve özellikle yargı içtihatlarında karşılık bulması beklenir. Ancak bunun sağlanması da zaman almaktadır. Bugün gelinen noktada, yasal değişikliklerle sağlanan şekli eşitliğin, olumlu örneklerin varlığına karşın yargı içtihatlarında tam anlamıyla karşılık bulmadığı dile getirilmekte ve bunun en önemli sebebi olarak, yasa uygulayıcılarının ataerkil kalıplardan vazgeçememiş olmaları gösterilmektedir⁴⁹⁸. Ancak kadının ve çocuğun soyadına ilişkin, Anayasa Mahkemesi'nin, Yargıtay Dairelerinin ve yerel mahkemelerin verdiği kararlar, kadınların hak talepleri ve yavaş olduğu için eleştiriye açık olsa da toplumdaki değişim karşısında, yasa uygulayıcıların da ataerkil kalıplarda direnmekte zorlandıklarını göstermektedir.

gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. 290. maddeyle getirilen karine dikkate alındığında, artık TMK'nın 132. maddesinin bir işlevi de kalmadığı ortaya çıkmaktadır.

Medeni Kanun'un soy bağının reddi halinde ispat kurallarının düzenlendiği, 287. ve 288. maddelerinde, çocuğun evlilik içinde ana rahmine düşmesi ve evlenmeden önce veya ayrı yaşama sırasında ana rahmine düşmesi durumlarına ilişkin çocuğun yüz seksen ya da üç yüz gün içinde doğumunu esas alan çeşitli karineler yer almaktadır. Esasen, DNA analizleriyle kesine en yakın sonuçlara ulaşmak tıbben mümkünken, her zaman gerçekliği tartışma konusu edilebilecek nitelikteki karineler üzerinden soy bağının tespitinin doğruluğu tartışılmalıdır.

⁴⁹⁷ USTA, s. 943-984.

⁴⁹⁸ Kadın erkek eşitliğinin, aile hukuku alanında yasa uygulayıcılarınca hayata geçirilmediğine ilişkin tartışmalı içtihatlar için bkz. ŞAFAK, s. 117-195.

ii. Kadının Soyadı

TMK'nın amaçladığı kadın erkek eşitliğiyle çelişen hükümlerden biri, kadının soyadına ilişkin Kanun'un 187. maddesidir. TMK 187'ye göre; *“Kadın, evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını da kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir.”* Kanun'un bu düzenlemesi, kadının evlendikten sonra tek başına kendi soyadını kullanmasına olanak tanımamaktadır. Bu düzenleme en somut haliyle CEDAW'ın 16/1(g) maddesine aykırıdır. Nitekim CEDAW'ın bu maddesine göre; kadınların soyadı, meslek ve iş seçme hakları da dâhil, eşit kişisel haklara sahip olma hakkı sağlanmalıdır⁴⁹⁹.

Anılan madde, eşitliğe aykırı olduğu iddiasıyla on yıla yakın bir süredir farklı davalarla gündemdedir. Anayasa Mahkemesi, yasa maddesinin Anayasaya aykırılığı gerekçesiyle ve iptal talebiyle önüne gelen iki ayrı davada 29.10.1998 ve 10.03.2011 tarihli kararlarıyla, Anayasaya aykırılık iddialarını reddetmiştir⁵⁰⁰. Buna karşın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yasa hükmünün özel ve aile hayatının korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini tespit ettiği dört ayrı karar bulunmaktadır⁵⁰¹. Son olarak Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru yoluyla önüne gelen *Sevim Akat Ekşi* başvurusunda, 19.12.2013 tarihinde, başvuranın Medeni

⁴⁹⁹ Boşanmanın sonuçlarından biri de yine kadının soyadının değişmesidir. Kural olarak kadın evlenmeden önceki soyadını alır. Kadının boşandığı erkeğin soyadını almak istemesi halinde, kadın bu soyadını kullanmakta menfaati olduğunu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceğini ispat etmelidir. Esasen Medeni Kanun, kadının her medeni hal değişikliğinde soyadının değişeceğini düzenlemektedir. Bu durum eşitlik ilkesine aykırıdır ve kadını mağdur etmektedir. Boşanma halinde erkek açısından herhangi bir değişiklik olmamasına karşın, kadının özel hayatına ilişkin bilgi soyadının değişmesiyle ifşa edilmektedir. Kadının çocuğuyla farklı bir soyadını taşımak zorunda kalması, kadının boşanma sonucu tüm resmi kayıtlarını ve özellikle çalışması halinde iş hayatına dair kayıtları yeni soyadıyla yenilemesi gereği ve böylece boşandığı bilgisini üçüncü kişilerle doğrudan soyadı değişikliğiyle paylaşması kadının boşanmayla değişen soyadına ilişkin mağduriyetleridir. Bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. USTA, s. 976.

⁵⁰⁰ Anayasa Mahkemesi'nin 29.10.1998 tarih, 1997/61 E. - 1998/59 K. sayılı kararı ve 10.03.2011 tarih ve 2009/85 E. - 2011/49 K. sayılı kararı.

⁵⁰¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Ünal Tekeli /Türkiye* Kararı, Başvuru No: 29865/96, 16.11.2004; *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 7971/07, 28.05.2013; *Tuncer Güneş/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 26268/08, 03.10.2013; *Tanbay Tüten/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 38249/09, 10.12.2013.

Kanun'un 187. maddesinin uygulamasıyla, Anayasa'nın 17. maddesiyle güvence altına alınmış olan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir⁵⁰².

Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2013 tarihli kararı, TMK'nın 187. maddesinin Anayasaya aykırı olduğunun tespiti yönünden önemli bir karar olmakla birlikte, kararın bir bireysel başvuru sonucunda verilmesi sebebiyle TMK'nın 187. maddesinin yürürlüğünü ortadan kaldırmamıştır. Mahkeme, başvuran yönünden ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosyanın ilgili Mahkemesine gönderilmesine karar vermiş, ihlalin giderimine ilişkin başkaca bir karar vermemiştir⁵⁰³. Bu kararda, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'nın 90. maddesine dayanarak yaptığı yorum sonucunda, uluslararası andlaşmalara aykırı durumda olan kanun maddesinin zımnen ilga edilmiş olduğunun kabulü ve uygulanmaması gerektiği ifade edilmişse de, mahkemelerin ve özellikle idarenin bu zımni ilga durumunu nasıl karşılayacakları önem taşımaktadır.

Mahkemelerin zımni ilga yorumunu uygulama yolunu seçeceklerini, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 19.06.2015 tarihli kararından çıkarmak mümkündür. Daire'nin bu kararında, uyuşmazlık konusu olan talep, Anayasa Mahkemesi'nin *Sevim Akat Ekşi* başvurusuna konu olan talebin tam tersidir. Daire, boşanmış kadının boşandıktan sonra bekârlık soyadıyla birlikte, boşandığı eşinin soyadını da kullanma talebine ilişkin uyuşmazlığı incelemiştir. Bu uyuşmazlıkta Daire, Anayasa

⁵⁰² Anayasa Mahkemesi *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*.

⁵⁰³ 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 50/2. maddesine göre; "*Tespit edilen ihlal bir mahkeme kararından kaynaklanmışsa, ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için yeniden yargılama yapmak üzere dosya ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılama yapılmasında hukuki yarar bulunmayan hâllerde başvurucu lehine tazminata hükmedilebilir veya genel mahkemelerde dava açılması yolu gösterilebilir. Yeniden yargılama yapmakla yükümlü mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ihlal kararında açıkladığı ihlali ve sonuçlarını ortadan kaldıracak şekilde mümkünse dosya üzerinden karar verir.*" Bu haliyle, bireysel başvuru sonucunda saptanan ihlal kararları, kararı veren mahkemeyi bağlar. Diğer bir ifadeyle, Anayasa Mahkemesi, ihlal tespit edip yeniden yargılama yapılması için ilgili mahkemeye dosyayı gönderdiğinde, mahkemenin ihlal kararı doğrultusunda işlem yapma yükümlülüğü vardır. Ancak bu sadece başvuran yönünden ve başvuru konusu olan uyuşmazlık yönünden bir bağlayıcılıktır. İhlal saptanan konuyla ilgili başka bir uyuşmazlıkta, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal tespiti, yargılamayı yapan yerel mahkeme (ya da Yargıtay gibi temyiz mercii) yönünden, bağlayıcı değildir. Bu husus, bireysel başvuru sonucu verilen kararların, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasaya aykırılık sebebiyle verdiği iptal kararlarından farkını da ortaya koyar.

Mahkemesi'nin *Sevim Akat Ekşi* başvurusuna atıf yaparak 90. maddeye ilişkin yorumunu aynen kullanmış ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. ve 14. maddeleriyle çatıştığını tespit ettiği mevzuat hükümleri yerine Sözleşme hükümlerinin uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır⁵⁰⁴.

Anayasa Mahkemesi'nin 1998 ve 2011 yıllarında vermiş olduğu kararlarla, kanun maddesinin Anayasaya aykırı olduğunu tespit edip iptali yoluna gitmemiş olması karşısında, bireysel başvuru yoluyla kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını tespit etmiş olması, kadınların eşitlik arayışı yolunda doğrudan etkili olmayan bir olumlu gelişme olarak yorumlanabilir. Kadınlar evlendirme memuruna veya nüfus idarelerine başvurdıkları anda, evlendikten sonra tek başlarına kendi soyadlarını kullanma olanağına erişemedikleri takdirde, Anayasa Mahkemesi'nin kararı sonrasında da, kadınların tek tek mahkemeye başvurarak haklarını talep etmeleri gerekmektedir⁵⁰⁵.

Bunun yanında, dikkat çekilmesi gereken diğer husus, Anayasa Mahkemesi'nin, TMK'nın 187. maddesini Anayasa'nın eşitlik ve ayrımcılık yasağı ilkesinin düzenlediği 10. maddesine değil, kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi bütünlüğünün düzenlendiği 17. maddesine aykırı bulmuş olmasıdır. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirdiğini ele aldıktan sonra "*Cinsiyet, doğum kaydı gibi kimlik bilgileri ve aile bağlarıyla ilgili bilgiler ile bunlarda değişiklik ve düzeltme yapılmasını isteme hakkının yanı sıra, isim hakkı da Anayasa Mahkemesi tarafından, Anayasa'nın 17. maddesi kapsamında*" değerlendirildiğini belirterek, konunun Anayasa'nın diğer maddeleriyle ilişkisine değinmeksizin gerekçesini tamamlamıştır⁵⁰⁶. Anayasa Mahkemesi'nin bu gerekçesi incelendiğinde, gerekçedeki akıl yürütmenin de sorunlu olduğu ifade edilmekte, adeta kadınların erkeklerle eşit

⁵⁰⁴ Yargıtay 2. HD., 09.06.2015 tarih, 2015/8508 E. - 2015/12061 K. sayılı kararı.

⁵⁰⁵ Anayasa Mahkemesi'nin 19.12.2013 tarihli kararına ilişkin değerlendirmeler için bkz. Seda İrem ÇAKIRCA, "*Evli Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı Zaferi*", Güncel Hukuk, Şubat 2014, s. 60-62; D. Çiğdem SEVER, "*Bir Yap-Boz Hikâyesiyle Eşitlik Sağlandı mı?*", Güncel Hukuk, Şubat 2014, s. 62-64.

⁵⁰⁶ Anayasa Mahkemesi *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, par. 31.

olmasının gerekli olduğunun değerlendirmesinden ziyade, yasa hükmündeki sınırlamaların yasallık ilkesini karşılaması gerektiğinin söylendiği sonucu ortaya çıkmaktadır⁵⁰⁷.

iii. Çocuğun Soyadı

TMK'nın amaçladığı kadın erkek eşitliğiyle çelişen diğer hüküm, çocuğun soyadının belirlenmesine ilişkin 321. maddedir. Maddenin ilk haline göre; *“Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin; evli değilse ananın soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”* Bu maddenin birinci cümlesinde yer alan *“... evli değilse ananın ...”* ibaresi, evlilik dışı doğan çocuğun babası tarafından tanınması veya babalık hükmü verilmiş olmasına rağmen çocuğun babasının soyadını alabilmesini engellediği ve evlilik içinde ve dışında doğan çocukların hukuki durumunda farklılık yarattığı gerekçeleriyle, Anayasa'nın 10., 11. ve 41. maddelerine aykırı bulunarak, Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.2009 tarihli kararıyla iptal edilmiştir⁵⁰⁸. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı sonrasında Kanun maddesinin yeni hali şu şekildedir: *“Çocuk, ana ve baba evli ise ailenin soyadını taşır. Ancak, ana önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıyorsa çocuk onun bekârlık soyadını taşır.”* Bu haliyle, bir evlilik içerisinde doğan çocuğun soyadı ailenin, yani babanın soyadıdır. Bu maddenin ilk fıkrası öncelikle CEDAW'ın 16/1(g) ve 1(d) maddesine aykırıdır. CEDAW'a göre; kadınların eşit kişisel haklara sahip olmaları gerektiği gibi, medeni durumlarına bakılmaksızın ana ve babanın çocuklarla ilgili konularda eşit hak ve sorumluluklara sahip olması da gerekir.

TMK'nın 321. maddesi, 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinde yer alan *“(1)Soy adı seçme vazifesi ve hakkı evlilik birliğinin reisi olan kocaya aittir. (2) Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır. Koca ölmüş ve karısı evlenmemiş olursa*

⁵⁰⁷ SEVER, Bir Yap-Boz Hikayesiyle Eşitlik Sağlandı mı?, s. 62-64.

⁵⁰⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 02.07.2009 tarih, 2005/114 E. - 2009/105 K. sayılı kararı.

Maddenin ikinci cümlesi, bakılmakta olan davalarda ananın önceki evliliğinden dolayı çifte soyadı taşıması söz konusu olmadığından, davada uygulanacak kural niteliğinde görülmemiş ve bu cümleye ilişkin Anayasaya aykırılık değerlendirmesi yapılmamıştır. Böylece, ilk cümledeki *“... evli değilse ananın ...”* ibaresi iptal edilmiş ancak iptal edilen ibareyle bağlantılı olarak hukuken bir anlam ifade edebilecek olan ikinci cümle halen yasa maddesinde varlığını korumaktadır.

veyahut koca akıl hastalığı ve akıl zaifliği sebebiyle vesayet altında bulunuyor ve evlilik de devam ediyorsa bu hak ve vazife karınıdır.” şeklindeki düzenlemeyle birlikte okunduğundaysa, ana ve babanın çocuklarıyla ilgili konularda haklarının ne kadar farklı düzenlendiği daha da belirgin hale gelmektedir. Kanun’un 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan “Evliliğin feshi veya boşanma hallerinde çocuk anasına tevdi edilmiş olsa bile babasının seçtiği veya seçeceği adı alır.” biçimindeki birinci cümlesi, Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşınmış ve Mahkeme’nin 08.12.2011 tarihli kararıyla iptal edilmiştir⁵⁰⁹. Anayasa Mahkemesi’ne göre, bu hüküm evin reisinin koca olduğuna ilişkin ETMK hükmüne dayanmaktadır. Mahkeme mevcut ulusal ve uluslararası belgeleri inceledikten sonra şu sonuca varmıştır: “Eşler, evliliğin devamı boyunca ve boşanmada sahip oldukları hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumdadırlar. Erkeğe velayet hakkı kapsamında tanınan çocuğun soyadını seçme hakkının kadına tanınmaması, velayet hakkının kullanılması bakımından cinsiyete göre ayırım yapılması sonucunu doğurur. Bu nedenle itiraz konusu kural, Anayasa’nın 10. ve 41. maddelerine aykırıdır.”

Soyadı Kanunu’ndaki bu hükmün iptal edilmiş olması, eşler arasında çocuklarının soyadını belirleme konusunda doğrudan bir eşitlik sağlamamıştır. Nitekim TMK’nın 321. maddesi, halen yürürlüktedir. Maddenin uygulamasından doğan üç ayrı uyuşmazlık Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Bu davaların birinde kadın boşanma kararıyla velayet hakkı kendisine verilen çocuğunun soyadının kendi soyadıyla değiştirilmesini, diğerinde kendi soyadıyla değiştirilmesi talebiyle birlikte bunun mümkün olmaması halinde çocuğun anne ve babanın soyadını birlikte kullanmasına izin verilmesini ve son davada da, çocuğun babası olan önceki eşinin onayını da alarak velayeti kendisine bırakılan çocuğun soyadının yeni evlendiği eşinin soyadıyla değiştirilmesini talep etmiştir. Davacıların bu taleplerini kabul eden yerel mahkemelerin kararları Yargıtay 18. Hukuk Dairesi tarafından bozulmuş, mahkemelerin kararlarında direnmeleri üzerine uyuşmazlıklar Hukuk Genel Kurulu’nun önüne gelmiştir. Hukuk Genel Kurulu her üç davada da, soyadı değiştirilmek istenen çocukların evlilik içinde doğmuş olduklarını tespit

⁵⁰⁹ Anayasa Mahkemesi’nin 08.12.2011 tarih, 2010/119 E. - 2011/605 K. sayılı kararı.

ettikten sonra, TMK'nın 321. maddesi gereği babanın soyadını taşımaları gerektiği sonucuna varmıştır. Bu kararlara göre, Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmiş olan cümle, ilk defa soyadı alınmasıyla ilgili bir hüküm olup, TMK'nın 321. maddesindeki hükmü karşısında, bu kural günümüzde sadece bazı istisnai durumlarda uygulanabilir. TMK'nın 321. maddesindeki açık hüküm karşısında, evlilik içerisinde doğan çocuk TMK'nın 27. maddesine bağlı haklı sebeplerden dolayı soyadının değiştirilmesi halleri dışında, babanın soyadını taşır ve bu soyadının değiştirilmesi mümkün değildir⁵¹⁰.

TMK'nın 321. maddesi bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğindeyse, hukuki değerlendirme farklı olmuştur. Başvurucu, boşanma davası sonrasında velayet hakkı kendisine bırakılan çocuğun soyadını değiştirme talebiyle açtığı davanın reddedilmesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuruyu Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenmiş olan aile hayatına saygı hakkı kapsamında incelemiş ve eşitlik ve ayrımcılık yasağına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmamıştır. 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 4. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinin iptal edilmiş olduğunu da dikkate alarak gerekçesini düzenlemiştir. Bu gerekçeye göre; aile hayatına saygı hakkına müdahalenin yasal bir dayanağının bulunması gerekir, anılan yasal sınırlama ölçütüne göre yasa maddesi belirli ve erişilebilir olmalıdır, TMK'nın 321. maddesi boşanmış ve velayeti kendisine bırakılmış çocuğunun soyadını değiştirmek isteyen başvurucu yönünden yasallık şartını yerine getirmediğinden, başvurunun aile hayatına saygı hakkı ihlal edilmiştir. Mahkeme ihlal kararıyla birlikte, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması için yeniden yargılama yapılmasına karar vermiştir⁵¹¹.

Bireysel başvuru yoluyla Mahkeme'nin önüne gelen davada, Mahkeme'nin ihlal tespiti, sadece başvurucu yönünden hüküm ifade ettiği için, çocuğun anne ve

⁵¹⁰ Yargıtay HGK 25.12.2013 tarih 2013/18-464 E. - 2013/1698 K.; 13.03.2015 tarih 2013/18-1755 E. - 2013/1039 K.; 19.06.2015 tarih 2013/18-2352 E. - 2015/1710 K.

⁵¹¹ Anayasa Mahkemesi *Hayriye Özdemir Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/3434, K.T. 25.06.2015.

babası evliyse ailenin soyadını taşıyacağına ilişkin TMK'nın 321. maddesi halen yürürlüktedir. Bu aşamadan sonra yerel mahkemelerin ve Yargıtay'ın, boşanmış bir kadının velayeti kendisine bırakılmış olan çocuğunun soyadını değiştirmesi talebini, TMK'nın 321. maddesine dayanarak reddetmek yerine, Anayasa Mahkemesi'nin yorumuna dayanarak hak ihlali oluşturmayacak şekilde karar vermeleri beklenir. Ancak bu hükme ilişkin yorumun yargı mercilerince ne şekilde yapılacağını takip etmeye olanak sağlayacak şekilde Yargıtay içtihadı oluşmamıştır.

b. Ceza Hukuku

i. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

Ceza hukuku, toplumsal cinsiyet sorunlarının en fazla görünür hale geldiği diğer temel hukuk alanıdır. 1889 İtalyan Ceza (*Zanardelli*) Kanunu'ndan iktibas edilen 1926 tarihli 765 sayılı Ceza Kanunu (ETCK), 1990'lı yıllarda Türkiye'de canlanan toplumsal cinsiyet eşitliği arayışlarına karşılık verememiş ve cinsiyet eşitsizliğini pekiştiren hükümler içerdiği için eleştiri odaklarından biri olmuştur. Kanunun kadın erkek eşitsizliğini yansıtan hükümlerinin bir kısmı Anayasa Mahkemesi kararlarıyla ortadan kaldırılmış ve sonrasında da 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla ETCK'nın yürürlükten kalkmasıyla bu hükümlerin kalan kısmı hukuk dünyasından silinmiştir⁵¹².

ETCK döneminde, devletin kadına bakış açısının görülmeye başladığı yer, cinsel suçların düzenlendiği bölümdür. Daha önce de değinildiği gibi özellikle kadınların mağduru olduğu cinsel dokunulmazlığı ihlal eden suçlar “*Adab-ı Umumiye ve Nizam-ı Aile Aleyhine Cürümler*” başlığı altında yer almıştır. Bu başlık altında, ırza geçmek, ırza tasaddi, kadın-kız ve erkek kaçırma, sarkıntılık, evlenme vaadiyle kızlık bozma gibi suçların yanında, kadın kıyafetleriyle kadınların bulunduğu yerlere girme, müstehcen hareketler gibi suçlar da düzenlenmiş olup, korudukları hukuksal değer açısından birbirinden farklı ancak özünde “cinsellik” unsurları taşıyan suçlar aynı başlık altında düzenlenmiştir. Böylece, yasa koyucu cinsellik içeren ve suç olarak nitelendirdiği her tür eylemde, eylemin yöneldiği hukuksal değer ne olduğunu önemsemeksizin genel ahlakı ve aile düzenini koruma

⁵¹² Bkz. Türkân Yalçın SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, s. 90.

amacı taşıdığını ortaya koymuştur. Başlıca mağduru kadın olan cinsel suçlarda, korunan değer cinsel özgürlük olması gerekirken, devletin koruduğu değer kadının ait olduğu toplum ya da eşi ve ailesiyle bağlantılıdır. Yasa koyucunun ETCK'daki bu tutumu, Avrupa ülkelerinin bir kısmının ceza kanunlarında da yer almış olup hukukun geleneksel işlevinin bir görünümüdür. 1970'li yıllarla birlikte, feminist hareketlerin de etkisiyle Avrupa'daki ceza kanunlarındaki geleneksel tutum değişmeye başlamıştır. Bu değişim, Türkiye'de ETCK'nın yürürlükten kaldırılmasıyla somut karşılığını bulmuş ve 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçlar "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlığı altında düzenlenmiştir⁵¹³.

ETCK'nın, konu kadınlar ya da cinsel suçlar olduğunda ortaya koyduğu geleneksel ataerkil tutumu, sadece Kanun'un sistematığıne ilişkin anılan düzenlemede değil, bizzat suç tiplerine ilişkin düzenlemelerde de görülür. En ağır cinsel şiddet eylemi olan tecavüz, "ırza geçme" suçu olarak ETCK'nın 414. maddesinde düzenlenmiştir. Bu suçun mağduru kadın ya da erkek olabilir ancak suçun faili her zaman erkektir. Zora dayalı cinsel ilişki değil, ırza geçme cezalandırılır. Cinsel organa başka bir şeyin ithal edilmesi ya da oral ilişki bu madde kapsamında görülmemiştir. Irz kavramı, toplumda kadın üzerinden tanımlanan ve erkeğe ait bir değer olarak görüldüğünden, bu suç tipinde kadına yönelik saldırının, dolaylı olarak erkeğe ait bir değere yönelik olduğu kabul edilir⁵¹⁴. Aynı tutumu ETCK'nın 429. maddesinin ikinci fıkrasında da görmek mümkündür. Bu maddede reşit olan veya reşit kılınan bir kadını kaçırma veya alıkoyma suçu düzenlenirken, maddenin ikinci fıkrasında kadının evli olması cezayı ağırlaştıran bir neden olarak kabul edilmiştir. Evli kadın, aile içinde, bir başka erkeğin malı olarak daha fazla korumaya değer görülmüştür⁵¹⁵. Bu düzenleme ETCK'da ırza geçme suçlarında

⁵¹³ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 91-102.

⁵¹⁴ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s.102-107.

⁵¹⁵ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 130.

Roma hukukunda da, bir erkek ya da kadın kaçırıldığında, kaçırılanın adına babanın ya da kocanın dava açabilme hakları vardır. Davanın nedeni, babanın ya da kocanın kaçırma olayı sebebiyle uğramış oldukları hakarettir. Bkz. Cahit CAN, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Siyasal Yay., B. 2, Ankara, 2012, s. 366-367.

korunan hukuki değerin, kadının cinsel özgürlüğü değil, ailenin ve kocanın şerefi olarak kabul edilmesinin bir sonucudur⁵¹⁶. Kaçırılan kadının evli olması halinde cezanın artırılmasının asli nedeni de, bu fiilin kadının kocasına ve aile şerefine zarar verici nitelikte görülmesidir⁵¹⁷.

ETCK’da bekârete hukuki bir değer atfeden suç tiplerinin varlığı da, ataerkil toplumda kadınlar üzerinde bir baskı aracı olarak kullanılan bekâret olgusunun kutsanmasına katkı sağlamıştır. ETCK’nın 423. maddesinde evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu olarak bir suç tipinin varlığı bile ayrımcı tutumun göstergesidir. Kanunla, bakire olan ve olmayan kadın ayrımı yapılmış ve bakire olmayan kadının kandırılıp cinsel yönden istismar edilmesi suç sayılmamıştır⁵¹⁸. Diğer taraftan evlenme vaadiyle bir kadının kandırılmasında, suç konusu olarak kabul edilen tek unsur kızlık zararının bozulmasıdır. Oysa burada ön plana alınması gereken bekâret değil, cinsel istismar amacıyla kadının kandırılması olmalıdır⁵¹⁹. Kandırılan kadının kızlık zararının bozulmadığı her tür cinsel ilişki bu suçun kapsamı dışındadır. Esaslı unsur kadının kandırılması suretiyle cinsel dokunulmazlığının ihlal edilmesi değil, kızlık zararının bozulması olduğundan, bu suç tipi, kişinin cinsel özgürlüğü kapsamında ele alınması gereken bekârete atfedilen çarpık değeri açığa çıkarmaktadır⁵²⁰.

⁵¹⁶ Nur **CENTEL**, “*Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan içinde, İstanbul 1997, s. 59-69.

⁵¹⁷ Adem **SÖZÜER**-Abdullah Batuhan **BAYTAZ**-Tuba **KELEP**, “*Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılıkla İlgili Bilimsel Rapor*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 311-323.

⁵¹⁸ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 123.

⁵¹⁹ CENTEL, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, s. 59-69.

⁵²⁰ Evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunda, “kızlık zararının bozulması” cezalandırıldığından, kadının bakire olmaması ya da kızlık zarı bozulmadan cinsel ilişkinin gerçekleşmesi halinde suçun oluşmadığı kabul edilmiştir. Kızlık zararının doğal yapısı nedeniyle bozulmadığı durumlarda, mağdur gebe kalsa dahi suçun oluşmadığı, ancak mağdur normal doğum yaptığında doğumla kızlık zarı bozulduğunda suçun oluşacağı ve failin cezalandırılacağı görüşü Yargıtay içtihatlarında da kabul edilmiştir. Bu içtihatlar doğrultusunda, doğumun sezaryen yöntemiyle gerçekleşmesi halinde de failin cezalandırılmaması yoluna gidilmiştir. Uygulamadaki bu örnekler için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 124-125.

Kadın hareketlerinin etkisiyle, kamuoyu gündeminde uzun süre yer tutan ETCK düzenlemelerinden biri, Kanunun 438. maddesi olmuştur. Bu madde, mağdurun fuhşu meslek edinmiş olması halini, ırza geçme ve kaçırma suçları yönünden yasal bir indirim nedeni olarak düzenlemiştir. Anılan düzenleme, toplumsal cinsiyet algısının bir yansıması olan cinsiyetçi, ayrımcı, aşağılayıcı ve ceza hukuku prensiplerini göz ardı eden bir düzenlemedir⁵²¹. Kanun maddesi, Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmışsa da, Anayasa Mahkemesi 1989 yılında verdiği kararla, hükmün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir⁵²². Anayasa Mahkemesi'nin bu kararına, özellikle de kararın gerekçesinde ortaya koyduğu ataerkil ve kadın aleyhine ahlakçı tutuma karşı eleştirilerle, kanun maddesi kamuoyu gündemine oturmuş ve 29 Kasım 1990 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır⁵²³.

Benzer şekilde eleştirilere konu olan ETCK'nın 434. maddesi, kadına yönelik şiddet eylemlerinde devlet eliyle şiddetin devamına sebep olan bir düzenleme olarak hukuk düzeninde yerini almıştır. Bu düzenlemeye göre; kaçırma, ırza geçme, ırza tasaddi, rızasıyla küçüklerle cinsi münasebette bulunma suçları yönünden, mağdurun faillerden biriyle evlenmesi, evlenen failin cezasının ertelenmesi ve varsa diğer failler hakkındaki dava ve cezanın da düşmesine olanak sağlar. Evlilik yoluyla kadının onur kaybının sonuçlarının en aza indirileceği ve aile çıkarılarının korunacağı düşüncesine dayanan bu düzenlemenin evlilik yoluyla kadının korunması amacını taşıdığı ifade edilmiştir. Ancak gerçekte aile kurumu yüceltilirken toplumu "kirlenmiş" kadından koruma arzusu ön plana geçmiş ve geleneksel ahlak anlayışı korunarak mağdurlara büyük zarar vermiştir⁵²⁴. Anayasa Mahkemesi, anılan kanun maddesinin, reşit olmayan kimseyle rızasıyla cinsel ilişkide bulunan ve reşit olmayan

⁵²¹ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 145.

⁵²² Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.01.1989, 1988/4 E. - 1989/3 K., R.G. 10.01.1990-20298.

⁵²³ 3679 sayılı 765 sayılı Türk Ceza Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesine Dair Kanun, R.G.: 29.11.1990, 20710.

⁵²⁴ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s.132-138.

kimseyi şehvet hissi veya evlenme vaadiyle kaçıran fail yönünden uygulanmasını, Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir⁵²⁵.

Zinanın suç olarak düzenlendiği ETCK'nın 440 ve 441. maddelerinde de, kadın ve erkek arasındaki eşitsizlik açıkça göze çarpar. Anılan maddelerde kadın ve erkeğin zinası farklı koşullara bağlanmıştır. Kadının zinasını düzenleyen 440. maddeye göre; evli kadının kocasından bir başka erkekle bir kez cinsel ilişkide bulunması suçun oluşması için yeterlidir. Diğer taraftan erkeğin zinasını düzenleyen 441. maddeye göre; evli bir erkeğin, bekâr bir kadınla, karısıyla birlikte oturduğu evde ya da herkesçe bilinebilecek bir yerde karı koca gibi yaşamak amacıyla birlikte olması gerekir. Zinayı yaptırıma bağlayan ve kadın erkek arasında suçun oluşumu yönünden farklı koşullar arayan düzenlemeler, kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı düşmekle birlikte, yasa koyucuların, kadın erkek ilişkileri konusundaki dünya görüşlerini de dışı vurmuş olmaktadır⁵²⁶. Kanun metnindeki bu eşitsizlik, zinanın suç olarak ceza kanununda düzenlenmesiyle, esas olarak evli kadının cinsel sadakatsizliğini cezalandırmanın amaçlandığı iddiasını destekler haldedir⁵²⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin zina suçunun düzenlendiği kanun maddelerini iptal etmesi süreci de, eşitsizliğin trajikomik bir tezahürü olmuştur. Anayasa Mahkemesi, 1996 yılında verdiği kararla Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı bularak, erkeğin zinasının düzenlendiği ETCK'nın 441. maddesini iptal etmiştir⁵²⁸. Mahkeme bu kararında, aynı konumda bulunan karı ve koca arasında

⁵²⁵ Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde; reşit olmayanla rızaya dayalı cinsel ilişki ve evlenme vaadiyle kaçırma suçlarının, sadece erkekler tarafından işlenemeyeceği, kadınlar tarafından da işlenmesinin mümkün olmasına karşılık, 434. maddenin kadınlar için indirim olanağı sağlamadığı ifade edilmiştir. Kararda sadece bu hususun, "suç hukukunda kadın-erkek ayrımı" olmadığı ilkesi üzerinden değerlendirilmiş olduğuna dikkat çekilmesi gerekir. Anayasa Mahkemesi, Kanun maddesinin bu çalışmada eleştiri konusu edilen yönlerini dikkate alarak bir karar vermemiştir. Bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 25.03.2004 tarih, 2001/478 E. - 2004/38 K.

⁵²⁶ CAN, s. 501.

⁵²⁷ Hukuksal düzenlemelerine tümüyle ulaşılmış en eski uygarlık olarak ele alınan Mezopotamya toplumlarında zina kadın tarafından işlenen bir suçtur, Roma'daysa evliliğin tek eşi olmasıyla evlilik dışı ilişki ve zina suçlarında kadınla erkek arasında cezalandırmada eşitlik vardır. Günümüz devletlerindeki suç politikaları farklılık göstermekle birlikte, örnek olarak eski Fransız hukukunda da zina suçunda kadın ve erkeğin cezalandırılmasının erkek lehine farklı koşullara tabi tutulmuş olduğu görülür. Ayrıntılar için bkz. CAN, s. 290-299, 364-365, 382.

⁵²⁸ Anayasa Mahkemesi Kararı, 23.09.1996 tarih, 1996/15 E. - 1996/34 K., R.G. 27.12.1996-22860.

eşitsizlik yaratıldığını belirterek, zina suçundan sanık konumunda olan erkeğin suçun oluşmasında daha ayrıcalıklı ve daha korunan bir konumda olmasını eşitlik ilkesine aykırı bulmuştur. İptal kararı sonucunda hukuksal bir boşluk doğmaması için Mahkeme, kararın yürürlük tarihini yayımdan itibaren bir yıl sonraya ertelemişse de, aradan bir yıl geçmesine karşın kanun koyucu tarafından düzenleme yapılmamıştır. Böylece erkeğin zinasının suç olmaktan çıkmış olmasına karşın kadının zinası suç olarak kalmış ve böylece zina suçu yönünden kadın ve erkek arasında daha da büyük bir eşitsizlik doğmuştur. Nihayetinde kadının zinasının düzenlendiği ETCK'nın 440. maddesi Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğinde, 1998 yılında iptal edilmiştir⁵²⁹. Mahkeme, kararın gerekçesinde yine evlilik birliği içerisinde kadın ve erkeğin aynı hukuksal konumda olması gerektiğini belirtmiş, bu kez kocanın zinasının suç olmaktan çıkması karşısında, kadın için suç sayılmaya devam etmesinin Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesine dayanmıştır.

2003 yılında yasama eliyle yürürlükten kaldırılan ETCK'nın 462. maddesiye, ETCK döneminde “namus cinayeti” denildiğinde akla gelen ilk düzenlemedir⁵³⁰. Kanun maddesi, adam öldürme ya da kasten yaralama suçlarının, zina veya gayrimeşru cinsel ilişki halinde görülen koca, karı, kız kardeş, fürudan biri ya da bunlarla birlikte olan kişiye karşı; karı, koca, usulden biri, erkek ya da kız kardeş tarafından işlenmiş olması halinde cezada indirim yapılmasına olanak sağlamaktaydı⁵³¹. Bu haliyle, “namus” kavramının kadının cinselliğiyle bütünleşmesinin ve kadının, erkeğe ait namusunun sınırlarını belirleyen cinsel ahlak kurallarını ihlal etmesi halinde, maruz kalacağı şiddetin toplumda hoş görüleceğinin hukuki bir ifadesidir. Kanun maddesi ayrıntılı şekilde ele alındığında, böylesi bir düzenlemeyi anılan ataerkil ahlakın biçimlendirdiği daha da dikkat çekici bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin kız kardeşini zina ya da gayrimeşru ilişki içerisinde yakalayan erkek kardeş indirimden yararlanabilirken, aynı durumda erkek kardeşine karşı aynı fiilleri gerçekleştiren kız kardeş indirimden yararlanamamaktadır. Diğer

⁵²⁹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 23.06.1998 tarih, 1998/3 E. - 1996/28 K., R.G. 13.03.1999-23638.

⁵³⁰ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 176.

⁵³¹ Cezada indirimin oldukça fazla olduğuna da dikkat çekilmesi gerekir. Kanun maddesiyle; müebbet ağır hapis yerinde dört seneden sekiz seneye ve idam cezası yerinde de beş seneden on seneye kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir.

tarafından evli çiftler için, eşini zina halinde yakalamamanın yarattığı öfkenin, suçun işlenmesine sebep olması halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasına olanak varken, böyle özel bir düzenleme yapılması, bu düzenlemenin gerekçesinin gerçekleşen haksızlık karşısında bir öfke hali olmadığını ortaya çıkarmaktadır. Kaldı ki, kız kardeş ya da füruun zinasının ya da gayrimeşru ilişkisinin, erkek kardeş ya da ana baba açısından haksız olduğunun da kabul edilmemesi gerekir⁵³². Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınan kanun hükmü, 1998 yılında Anayasaya aykırı bulunmamıştır⁵³³. Anayasa Mahkemesi verdiği kararın gerekçesini beş yıldan sonra, kanun koyucu tarafından kanun maddesinin yürürlükten kaldırıldığı 15.07.2003 tarihinden sonra açıklamıştır. Gerekçe incelendiğinde, ataerkil algının şekillendirdiği hukuki yorumlarla kanun maddesinin Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varıldığı görülmektedir.

ETCK'nın yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi ve terki ya da çocuk düşürme ve düşürtme suçlarında, suçu işleyenin şeref kurtarma saikiyle hareket etmesi halinde cezada indirim olanağı sağlayan 453, 475 ve 472. maddeleri de “şeref” ve “namus” kavramlarına yüklediği anlamlar sebebiyle tartışma konusu olan maddelerdir. Namus ya da şeref kurtarma saikinin bir indirim sebebi sayılması, ataerkil algıyı tek başına yeniden üreten bir kuraldır. Bunun yanında, kişinin kendi şerefini ya da namusunu kurtarmak için gerçekleştirdiği fiil yanında, ataerkil kuralların öngördüğü şekilde namusu ya da şerefi lekelendiği düşünülen kişinin, namus ya da şerefinden sorumlu olan akrabalarının da gerçekleştirdiği fiillerde cezada indirim yapılması olanaklıdır. Bu düzenlemeyle yine, kadının namusunun sadece kendisine değil, kolektife ait olduğuna ilişkin yargı tekrarlanmaktadır⁵³⁴.

ii. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Dönemi

ETCK döneminde eleştirilen düzenlemeler 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'yla büyük oranda ortadan kalkmıştır. Yeni TCK'da önceki kanundan farklı olarak, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, yukarıda

⁵³² Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 178-180.

⁵³³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 16.07.1998 tarih, 1997/45 E. - 1998/48 K., R.G., 22.11.2003-25297.

⁵³⁴ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 185.

da belirtildiği gibi genel ahlak ve aile düzenine karşı işlenen suçlardan ayrı bir başlık altında düzenlenmiştir. Kanunun sistematığına ilişkin bu düzenleme, kanun koyucunun cinsel özgürlüğü artık bireye ait bir hak olarak değerlendirdiğini ortaya koymaktadır. Bu, geleneksel yaklaşımın esaslı olarak değiştiğinin ifadesidir. Yeni TCK'da, cinsel saldırı (m.102), çocukların cinsel istismarı (m. 103), reşit olmayanla cinsel ilişki (m.104) ve cinsel taciz (m. 105) suçları, kişilere karşı suçlar kısmında, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. ETCK döneminde, sınırlamalar içerir şekilde ırza geçme suçu olarak hüküm altına alınmış olan eylemler cinsel saldırı olarak tanımlanmış ve sınırlamalar kaldırılarak zora dayalı olarak bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden her türlü cinsel eylem, suç kapsamına alınmıştır (TCK m. 102). Bireyin cinsel dokunulmazlığını esas alan yaklaşımın bir diğer göstergesi evlilik içi tecavüzün suç olduğunun Kanun metnine işlenmesidir (TCK m. 102/2-son cümle)⁵³⁵. ETCK'da cinsellikle ilgili olduğu düşünülerek, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla aynı başlık altında düzenlenen müstehcenlik, hayâsızca hareketler, fuhuş gibi suçlarsa, genel ahlaka karşı suçlar başlığı altında, topluma karşı suçlar kısmında düzenlenmiştir.

Genel ahlaka aykırı suçlarla, bireyin cinsel dokunulmazlığına karşı suçların kesin bir şekilde ayrılması, Kanunun sistematığı açısından olduğu kadar, cinsel suçların cezalandırılmasının nedeninin artık eylemin ahlaka uygun olup olmadığı ölçütüne dayanmadığını ortaya koyması açısından da önemlidir. Cinsel suçların cezalandırılmasının nedeni, suçlunun eyleminin ahlaka uygun olup olmadığı değildir. Aksine ölçüt; bu eylemin mağdurun yasalar tarafından korunan cinsel özgürlüğünü ihlal edip etmediğidir. Yeni TCK'daki düzenlemeyle devlet, uzantısı olan hukuk

⁵³⁵ ETCK döneminde evlilik içi tecavüz, müessir fiil ya da aile efradına kötü muamele olarak kabul edilmekteydi. Yeni TCK'daki bu maddenin gerekçesinde; cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan bu fiillerin eşe karşı da işlenebileceği, evlilik birliği içinde bile, cinsel arzuların tatminine yönelik talepler açısından tıbbi ve hukuki sınırların olduğu, bu sınırların ihlali suretiyle eş üzerinde gerçekleştirilen ve cinsel saldırı suçunun nitelikli halini oluşturan davranışların ceza yaptırımını gerekli kıldığı, ancak bu durumda soruşturma ve kovuşturmanın mağdur eşin şikâyetine bağlı tutulduğu belirtilmiştir. Bkz. İzzet **ÖZGENÇ**, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, B. 3, Ankara 2006, s. 802.

Bu düzenlemeyle; *“evlilik akdiyle birlikte, kadını, kocanın her türlü cinsel tasarrufunun ses çıkarmaması gereken bir objesi olarak kabul eden anlayış, en azından yasal olarak terk edildi.”* Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 194.

sistemiyle, kadına, ataerkil toplumun cinselliğe ilişkin ahlak anlayışıyla bakmaktan vazgeçmiştir.

Yeni TCK'nın getirdiği en köklü değişiklik, önceki ceza kanununda yer alıp, sadece kadın bakış açısına göre değil, genel olarak toplumsal ayıbımız sayılması gereken bazı suçları kanundan çıkarması ve özellikle kadın mağdurları korumak açısından önemli bazı suç tiplerini de düzenlemesidir⁵³⁶. Bu kapsamda, yeni doğmuş çocuğun öldürülmesi, terk edilmesi, düşürülmesi ya da düşürtülmesi suçlarındaki indirim sebebi olan “şeref kurtarma saiki”ne ve kadını koruduğu iddiasıyla savunulan ancak kadının mağduriyetini evlilik yoluyla bir kez daha artıran ETCK'nın 434. maddesine benzer bir düzenleme yeni TCK'da yoktur. Ayrıca ETCK döneminde yer alan kadın ve kız ayrımı Kanun'dan çıkarılmıştır. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak mağdurun evli kadın olması halinde cezanın ağırlaşmasına sebep olan ETCK'nın 429/2. maddesine yeni TCK'da yer verilmemiştir. Bekârete yüklenen hukuksal değer de yeni TCK'da ortadan kalkmıştır. Kadının bekâretine odaklanmış evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu olarak ifade edilen ve ETCK'nın 423. maddesinde düzenlenmiş olan suç tipi de yeni TCK'da bulunmamaktadır.

Yeni TCK'nın “*Adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesi*” başlığını taşıyan 3. maddesinin 2. fıkrasında, Anayasa'nın eşitlik ilkesi yinelenmiştir. Ceza Kanunu'nun uygulamasında kişiler arasında ırk, dil, din, mezhep, milliyet, renk, cinsiyet, siyasal veya diğer fikir yahut düşünceleri, felsefi inanç, milli veya sosyal köken, doğum, ekonomik ve diğer toplumsal konumları yönünden ayrım yapılamayacağı ve hiçbir kimseye ayrıcalık tanınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca Kanun'un 122. maddesinde “*Nefret ve Ayrımcılık*” başlığı altında, nefret ve ayrımcılık suçunun dil, ırk, milliyet, renk gibi sebepler yanında cinsiyete dayalı olarak da işlenmesi hali açıkça suç haline getirilmiştir.

Yeni TCK'daki düzenlemeler, uluslararası hukukla uyumlu ve çağdaş uluslararası standartlara uygun değişikliklerdir. Ancak, Türkiye'de yasal reformlarla gelişen hukuki çerçevenin kadınların insan haklarının korunup, geliştirilmesi açısından mükemmel ya da eksiksiz sonuçlar yarattığının düşünülmemesi

⁵³⁶ BAKIRCI-SANCAR-UYGUR, s. 119.

gerekmektedir. Düzenlemelerin hep eksik bir boyutu olmasının ya da bunların güncel standartları tam yakalayamamasının, hatta onlara açıkça ters düşen bazı unsurlar içermesinin, adeta “alamet-i farika” nitelikli ayırıcı özellik olduğuna dikkat çekilmektedir⁵³⁷. Yeni TCK da bundan nasibini almıştır. Örneğin Kanun’un “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” bölümü, yaklaşım ve felsefe olarak Kanun’un en olumlu bölümü olsa da, tanımların, kavramların muğlaklığı açısından da en fazla sorunu beraberinde getiren bölüm olmuştur⁵³⁸. Benzer şekilde, TCK’da namus ya da namus bahanesiyle kadınlara karşı işlenen suçlar kavramı benimsenmemiş, bunun yerine tartışmalı ve farklı yorumlara sebep olan “töre saiki” kavramı benimsenmiş ve sadece kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinden biri olarak hukuk dünyasında yerini almıştır.

TCK’da eleştiriye açık düzenlemelerin varlığına karşın, kanun koyucu, toplumdaki namus algısını güçlendiren, kadınların aleyhine ayrımcılık yapan ve ataerkil tutumun bir yansıması olarak değerlendirilen düzenlemelere yer vermemiştir. Böylece ceza hukuku, geleneksel ataerkil tutumlardan sıyrılmıştır. Devlet kadın erkek eşitliğinden yana olduğunu ve kadınların hak ve özgürlüklerini koruyan bir tutum içerisinde olduğunu ortaya koymuştur. Bu şekilde, kadına yönelik ayrımcılığa karşı biçimsel eşitlik oldukça önemli ölçüde gerçekleşmiştir. Bu, kadına yönelik şiddetle mücadelede devlet iradesinin hukuki düzenlemelere yansıdığına önemli bir göstergesidir.

C. DEVLET İRADESİNİN HUKUK DIŞI ALANLARA YANSIMASI: ŞİDDETLE MÜCADELE POLİTİKALARI

1. Uluslararası Yaklaşımlar

Kadına yönelik şiddetle mücadele, hukuki araçların ön planda olduğu bir mücadele alanı olmakla birlikte, cinsiyet hiyerarşisinin ve egemen değerlerin

⁵³⁷ ACAR, Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum, s. 18-19.

⁵³⁸ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 195.

dönüştürülmesi ve kadın erkek eşitliğinin her alanda desteklenmesiyle doğrudan bağlantılıdır⁵³⁹. Şiddetin sona erdirilmesi için, ataerkil sistemin zayıflaması ve kadın erkek eşitliğinin sağlanması gerekir. Bununla birlikte kadınların güçlenmeleri ve bağımsızlıklarını sağlayabilmeleri için, siyasi olarak temsil ve iş gücüne katılım olanakları yaratılmalıdır. Tüm bunların sağlanması da kadınların eşit eğitim olanaklarına sahip olmalarıyla ve ekonomik kaynaklardan eşit olarak faydalanmalarıyla mümkündür. Kapsamlı, bütüncül ve cinsiyet eşitsizliği temelinde tanımlanmış bir kadına şiddet politikası, kadının işgücüne katılımını, ücretli iş ve aile sorumluluklarının birlikte yürütülmesini sağlayacak koşulların yaratılmasını, karar verme pozisyonlarında ve işgücü piyasasında kadınların düşük temsil oranlarının artırılmasını kapsamalıdır. Bunlar, şiddetin çok yönlü ve farklı inceleme ve çözümler getirilmesi gereken bir konu olduğunun kabul edilmesini, hukuki çözümler yanında sosyal ve ekonomik politikaların da geliştirilmesini gerektirir. Konuya farklı yönlerden çözüm arayan kurumlar arasında işbirliği tesis edilmelidir. Nitekim kadına yönelik şiddet genel olarak kabul edildiği üzere, toplumsal, ekonomik ve siyasal sistem sorunudur ve hukuki eşitsizliğin ortadan kaldırılması her zaman fiilî eşitliği sağlayamamaktadır.

Kadına yönelik şiddetle mücadelede ortaya konulan devlet iradesinin hukuki düzenlemelerde karşılık bulması ve devletin özellikle önleme, soruşturma, cezalandırma ve giderim konusunda hukuki düzenlemeler yapması, mücadelenin ilk adımlarıdır. Diğer taraftan hukuki düzenlemeler dışında şiddetle mücadele politikaları geliştirilmesi ihtiyacı, hakların hiyerarşik dizilimi içerisinde medeni ve siyasal haklara öncelik verilmesiyle doğan olumsuz sonuçlardan kaynaklanmaktadır. Devletlerin kadınların insan haklarına yönelik yaklaşımlarında sosyoekonomik yapıyı dönüştürmek yerine yasal reforma gitmeyi tercih etmeleri öncelikle yerleşik haklar hiyerarşisinin varlığına işaret etmektedir. Bununla birlikte yapılan birçok reform *de jure* olmaktan öteye geçmeyerek, *de facto* bir dönüşüme yol açmamaktadır. Sosyoekonomik bağımsızlığı olmayan ve yapabilirlik kapasitesi

⁵³⁹ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 326.

gelişmeyen kadınların soyut haklardan yararlanmasının mümkün olmadığı artık tartışılmaz bir olgudur⁵⁴⁰.

Devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadelede kısa, orta ve uzun dönemli politikalar yürürlüğe koyması, başka bir ifadeyle şiddetle mücadele politikaları geliştirmesi, insan hakları hukuku açısından devletlerin “gereğini yerine getirme/gerçekleştirme” yükümlülüğünün bir parçasıdır. Kadınların şiddetten uzak hak ve özgürlüklerini kullanabilmelerinin koşullarını sağlamak için devletin tüm alanlarda olumlu edimler yüklenmesi anlamına gelmektedir. Hukuki düzenlemeler dışında özellikle ekonomik ve sosyal alanlarda yasal düzenlemeler yapılması ve bu düzenlemelerin hayata geçirilmesini sağlayan geniş kapsamlı politikaları bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Devletin bu yükümlülüğü, mücadele iradesini tüm alanlarda da göstermesi gerektiği yaklaşımıyla örtüşmektedir. Bu kapsamda devletler kanun uygulayıcılarıyla ilgili olanlar da dâhil olmak üzere, sosyal ve ekonomik kurumları kapsayan bütüncül ve çok disiplinli ulusal eylem planları yapmalıdırlar⁵⁴¹.

Birleşmiş Milletler Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü *Yakın Ertürk*, 2006 tarihli gereken özeni gösterme standartlarına odaklandığı raporunda, özen standardının uygulanmasına ilişkin temel ilkenin “ayrımcılık yapmama” olduğunu belirtmiştir. Cinsiyet eşitliği ve ayrımcılık yasağına ilişkin genel insan hakları ihlalleriyle kadına yönelik şiddet arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir. Şiddeti sürdüren ve yerleştiren ataerkil cinsiyet yapılarının ve değerlerinin dönüştürülmesi sorumluluğu da dâhil olmak üzere, devletlerin daha genel kapsamlı bir koruma yükümlülüğü olduğunu dile getirmiştir. Raporda bu yükümlülükleri yerine getirebilmek için hukuki düzenlemeler dışındaki tedbirler de gereken özeni gösterme standartlarının içerisine dâhil edilmiştir.⁵⁴²

Avrupa Konseyi Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Stratejisi’nde, kadın erkek eşitliği önündeki, siyasal, ekonomik ve kültürel engellerin aşılabilmesi için iki ayrı yaklaşımın birlikte uygulanmasının gerektiği ifade edilmektedir. Devletler, toplumsal

⁵⁴⁰ ACAR-ERTÜRK, Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar, s. 298.

⁵⁴¹ CHINKIN, s. 471-501.

⁵⁴² UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61.

cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve kadınların kritik alanlarda ilerlemesi için, gerektiğinde pozitif eylemler de dâhil özel politika ve uygulamalar geliştirmelidir. Diğer taraftan tüm politika ve programlarda toplumsal cinsiyetin ana-akımlaştırılması süreçleri geliştirilmeli, izlenmeli, koordine edilmeli ve değerlendirilmelidir⁵⁴³. Toplumsal cinsiyetin ana-akımlaştırılması (*gender mainstreaming*) kavramı, bütün politika ve programlara cinsiyete dayalı bakış açısını ana görüş olarak yerleştirmeyi ifade etmektedir. 1995 tarihli Pekin Deklarasyonu'yla kurumsal düzeyde bir strateji olarak hedeflenmiş olup, bugüne kadar toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması konusundaki tüm çalışmalarda önemle üzerinde durulmaktadır⁵⁴⁴. Birleşmiş Milletler Ekonomik ve Sosyal Konsey'e göre bu kavramla anlatılmak istenen; yasal düzenlemeler, politika ve programları da kapsamak üzere, planlanan herhangi bir hareketin kadınlar ve erkekler açısından doğuracağı sonuçların belirlenmesi ve değerlendirilmesi sürecidir. Bir strateji olarak amacı, kadınların ve erkeklerin sorun ve deneyimlerinin, ekonomik, politik ve sosyal tüm alanlardaki politika ve programların tasarlanması, uygulanması ve izlenmesi aşamalarının bütüncül bir boyutu haline getirilmesi, böylece her iki cinsin eşit fayda sağlaması ve eşitsizliğin ortadan kaldırılmasıdır⁵⁴⁵.

Kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve ortadan kaldırılması hedefine odaklanan uluslararası metinlerde de bu yaklaşımların karşılık bulduğu görülmektedir. 1995 tarihli Pekin Deklarasyonu'nda, kadına yönelik şiddeti önlemek ve ortadan kaldırmak için bütünleşmiş önlemler almak ve kadına yönelik şiddetin nedenleriyle sonuçlarını ve engelleyici önlemlerin etkinliğini incelemek, iki ayrı stratejik hedef olarak belirlenmiş ve hükümetlerin bu alandaki yükümlülükleri genel bir çerçeveye belirlenmiştir. Buna göre hükümetlerin; kadına yönelik şiddetle ilgili bütün politika ve programlarına cinsiyete dayalı bir bakış açısını ana görüş olarak yerleştirmek için faal ve görünür bir politika izlemeleri⁵⁴⁶, kadına yönelik şiddeti ortadan kaldırmak için bütün uygun düzeylerde eylem planları oluşturmaları ve

⁵⁴³ Council of Europe, Gender Equality Strategy 2014-2017, CM(2013)136 final, 6 November 2013.

⁵⁴⁴ Beijing Declaration and Platform for Action, par. 189-202.

⁵⁴⁵ United Nations, Economic and Social Council, E/2004/59, 5 May 2004, par. 2.

⁵⁴⁶ Beijing Declaration and Platform for Action, par. 124/g.

uygulamaları⁵⁴⁷, erkeklerin ve kadınların sosyal ve kültürel davranış modellerini değiştirmek ve cinslerden birinin üstünlüğü ya da aşağılığı düşüncesine ve erkeklerle kadınların klişeleşmiş rollerine dayanan önyargıları, geleneksel uygulamaları ve bütün diğer yaklaşımları ortadan kaldırmak amacıyla, özellikle eğitim alanında, bütün uygun önlemleri almaları⁵⁴⁸, eylem planlarının bütün elverişli düzeylerde uygulanması için gereken kaynaklar dâhil, kadına yönelik şiddetin ortadan kaldırılmasıyla ilgili faaliyetlere bütçeden yeterli kaynak tahsis etmeleri ve toplumsal kaynakları harekete geçirmeleri⁵⁴⁹ beklenmektedir. Hükümetler gibi yerel yönetimlerin, sivil toplum örgütlerinin, eğitim kurumlarının, kamu ve özel sektör kuruluşlarının, işverenlerin, sendikaların da bu alanlardaki plan ve programlara dâhil edilmesi ve bu kurumlar arasında devlet tarafından işbirliğinin tesis edilmesi de vurgulanmıştır. Daha sonraki yıllarda bu çerçeve, Özel Raportörlerin raporları⁵⁵⁰, CEDAW'ın 19 sayılı tavsiye kararı⁵⁵¹ ve DEVAW'la⁵⁵² genişlemiş ve özellikle farkındalığı artırmak için medya ve eğitim alanında gereken tedbirleri almak ve istatistik amacıyla veri toplama konuları ön planda tutularak, farklı alanlardaki düzenlemeler daha detaylı olarak ifade edilmiştir. Son olarak İstanbul Sözleşmesi'yle bütüncül olarak geliştirilmesi gereken devlet politikaları hukuken bağlayıcı bir metinde yer almıştır. Sözleşme'yle önleme, koruma, kovuşturma ve politika başlıkları altında toplanabilecek olan dört boyutlu mücadele yaklaşımı benimsenmiştir. Bununla ifade edilen; kadına yönelik şiddetin önlenmesi, şiddet mağdurunun korunması, şiddet uygulayanların yargılanıp cezalandırılması ve bu şiddetle mücadele alanında bütüncül politikalar geliştirilmesidir⁵⁵³.

⁵⁴⁷ Beijing Declaration and Platform for Action, par. 124/j.

⁵⁴⁸ Beijing Declaration and Platform for Action, par. 124/k.

⁵⁴⁹ Beijing Declaration and Platform for Action, par. 124/p.

⁵⁵⁰ Bkz. UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61, UN Commission on Human Rights, E/CN.4/1999/68.

⁵⁵¹ CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, m. 24/d, m. 24/f.

⁵⁵² DEVAW m. 4/e, 4/f, 4/j, 4/k.

⁵⁵³ ACAR-ERTÜRK, Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar, s. 293.

İstanbul Sözleşmesi'ne göre Taraf Devletler, öncelikle Sözleşmenin uygulanmasına ve sözleşme hükümlerinin etkilerinin değerlendirilmesine bir toplumsal cinsiyet bakış açısı katacak ve kadınlarla erkekler arasında eşitliğe ve kadınların güçlendirilmesine ilişkin politikaları yaygınlaştıracak ve etkili bir şekilde uygulayacaklardır⁵⁵⁴. Bütüncül politikalar kapsamında Taraf Devletlerin; etkili, kapsamlı ve birbiriyle eşgüdümlü politikaları ülke çapında benimsemek ve uygulamak için gerekli hukuki ve diğer tedbirleri alacağı; mücadeleye yönelik bütüncül politikaların, tedbirlerin ve programların yeterli bir biçimde uygulanması için uygun mali ve beşeri kaynakları tahsis edeceği; sivil toplum kuruluşlarının çalışmalarını destekleyip, bu kuruluşlarla işbirliği tesis edeceği; politikaların ve önlemlerin koordinasyonu, uygulanması, izlenmesi ve değerlendirilmesinden sorumlu bir veya birden fazla resmî kurum görevlendireceği; Sözleşme kapsamında yer alan her türlü şiddet eylemine ilişkin uygun veriyi düzenli aralıklarla toplayacağı düzenlenmiştir⁵⁵⁵. Şiddetin önlenmesi için Taraf Devletlerin, kadının aşağı bir cins olduğu veya kadınlar ve erkekler için alışlagelmiş rollerin bulunduğu düşüncesine dayanan ön yargıları, örf ve adetleri, gelenekleri ve tüm diğer uygulamaları ortadan kaldırmak amacıyla kadın ve erkeklere ilişkin toplumsal ve kültürel davranış modellerinde değişim sağlamak için gerekli tedbirleri alacağı da ifade edilmiştir⁵⁵⁶.

Taraf Devletlerin üstlendiği bu ödevler, hukuki araçlar dışındaki araçların da devreye sokulmasını gerektiren ödevlerdir. Taraf Devletlerin kadınların güçlenmesine yönelik program ve faaliyetleri artırmak amacıyla gerekli tedbirleri alacağına yönelik maddeyse, devletlerin hukuki düzenlemeler dışındaki diğer alanlardaki yükümlülüğünün kapsamının ne derece geniş olduğunun kabul edildiğini göstermektedir⁵⁵⁷. Şiddetin her türlü tezahürünün önlenmesi gerektiğinin toplum içinde anlaşılması ve buna ilişkin farkındalığın artırılması için kampanyalar ve programlar geliştirilmesi ve kadın erkek eşitliği, kalıplaşmamış toplumsal cinsiyet rolleri, karşılıklı saygı, kişisel ilişkilerde şiddet içermeyen çatışma çözümleri, kadına

⁵⁵⁴ İstanbul Sözleşmesi, m. 6.

⁵⁵⁵ İstanbul Sözleşmesi, m. 7-8-9-10-11.

⁵⁵⁶ İstanbul Sözleşmesi, m. 12/1.

⁵⁵⁷ İstanbul Sözleşmesi, m. 12/2.

yönelik toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve kişisel bütünlük hakkı gibi konulara ilişkin öğretim materyallerinin resmî eğitim programına dâhil edilmesi ve bu konuların medyada ve diğer eğitim faaliyetlerinde de geliştirilmesi bütüncül politikaların parçasıdır⁵⁵⁸. Bütüncül politikalara ilişkin yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği, devletlerin kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda iradesinin var olup olmadığını ölçmeye yarayan kıstaslardır.

2. Türkiye’de Şiddetle Mücadele Politikaları

Türkiye’de Anayasa, Medeni Kanun ve Ceza Kanunu başta olmak üzere temel kanunlardaki düzenlemelerle devlet, kadın erkek eşitliğinden yana olduğunu ortaya koymuştur. Oldukça önemli ölçüde biçimsel eşitlik gerçekleşmişse de, biçimsel eşitliğin ötesine geçilebilmesi için, devletin diğer alanlarda ciddi ve kararlı politikalarına ihtiyaç vardır. Nitekim eşitliğin, siyasi ve ekonomik bağımsızlığın, hukuksal düzenlemelerle tam olarak sağlanabilmesi, hukuk yoluyla toplumsal gerçeklerin değiştirilmesi çabasıdır ve hukuk bu alanda sınırlı sonuçlar vermektedir.

Cumhuriyet’le birlikte kadınların hak ve özgürlüklerini geliştiren önemli düzenlemeler yapılan Türkiye, hukuki düzenlemelerin sınırlı sonuçlar verdiğine dair pek çok örnekle doludur. Örneğin Türkiye’de kadının seçilme hakkı, Fransa, Belçika, İtalya gibi ülkelere göre daha erken bir tarih olan 1934’te tanınmasına karşın, bu tarihten günümüze kadar geçen sürede, kadının parlamento ve hükümet düzeyindeki temsil oranı, erkeklerin bu organlardaki temsil oranından oldukça düşük düzeyde gerçekleşmiştir⁵⁵⁹. Benzer şekilde, kadınların insan haklarının ciddi ihlallerini yansıtan ya da ihlallere yol açan çocuk yaşta evlilik veya birden fazla kadınla evlilik gibi uygulamalar, bunları doksan yıla yakın bir süre önce - ki bu sürenin oldukça

⁵⁵⁸ İstanbul Sözleşmesi, m. 13-14.

⁵⁵⁹ Serap **YAZICI**, “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006 – C. 3, Ankara Barosu yayınları içinde, s. 424-459.

Dünya genelinde parlamentodaki kadın ortalaması yüzde 22.6’dır. Türkiye yüzde 17,8 ile 140 sıra arasında 79. sıradadır. <http://www.ipu.org/wmn-e/world.htm> ve <http://www.ipu.org/wmn-e/classif.htm> (28.12.2015) Bu oran İsveç’te yüzde 43.6, İspanya’da 41.1, Almanya’da 36.5 ve Fransa’da 26.2’dir. Ancak parlamentoda kadınların temsili oranının yüksek olması o ülkede kadının insan haklarının görece iyi olduğu anlamına her zaman gelmeyebilir. Nitekim kadının parlamentoda en yüksek temsil oranı yüzde 63.8 ile Ruanda’dır.

uzun olduğuna dikkat çekmek gerekir - yasaklayan kanunların varlığına rağmen halen devam etmektedir⁵⁶⁰. Türkiye’ye özgü bu iki çarpıcı örnek, devletin sorumluluğunun sadece hukuki düzenlemeler yapmaktan ibaret olmadığını, diğer alanlarda kapsamlı, bütüncül ve cinsiyet eşitliği temelinde tanımlanmış politikalar benimsenmeksizin ve kurumlar arasında işbirliği tesis edilmeksizin yapılan hukuki düzenlemelerin toplumsal gerçekleri değiştiremediğini ortaya koymaktadır.

Kadına yönelik şiddetle mücadelede kadın erkek eşitliği amacını da hedefleyen kapsamlı ve bütüncül politikalarla kastedilen; şiddetle mücadeleye ve cinsiyet eşitliğinin sağlanmasına yönelik özel politika ve uygulamalar ve devletin tüm politika ve programlarında cinsiyet eşitliğine dayalı bakış açısının ana görüş olarak yerleştirilmesi, diğer bir ifadeyle toplumsal cinsiyetin ana-akımlaştırılmasıdır. Başka ülkelerde olduğu gibi Türkiye’de de, toplumsal cinsiyetin ana-akımlaştırılması için yapılması gereken, tüm devlet kurumlarının politika ve uygulamalarının kadın ve erkekler açısından doğuracağı sonuçların değerlendirilmesi ve kadın ve erkek için eşit fayda sağlamasının amaçlanmasıdır. Bununla birlikte, yürütme içindeki kurumların kendi görev alanları kapsamında, kadın erkek eşitliğini ve şiddetle mücadeleyi esas alan politikalar geliştirmesi de gerekir⁵⁶¹.

Türkiye’de kadına yönelik şiddet konusunda özel politikalar geliştirilmesinde 04.07.2006 tarihinde Resmî Gazete’de yayımlanan “Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler” konulu 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi önemli bir yapı taşıdır. Genelge, 11.10.2005’te göreve başlayan, TBMM Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Meclis Araştırması Komisyonu’nun 01.06.2006 tarihli raporunu temel almış ve bu rapordaki önerileri benimsemiştir.

⁵⁶⁰ Pınar İLKARACAN, “Türkiye’nin Doğu Bölgelerinde Kadın Cinselliği Bağlamının İncelenmesi”, Müslüman Toplumlar İçinde Kadın ve Cinsellik içinde, s. 133-150.

⁵⁶¹ Kadına şiddetle doğrudan veya dolaylı olarak ilgili kurum ve kuruluşların mevzuatını derleyen, mevzuat çerçevesinde kurum ve kuruluşların, amaç ve görevlerini saptayan ve bununla ilgili kullanabilecekleri mevcut mekanizmalarını belirleyen, mevzuattan kaynaklanan boşlukları, çelişkileri ve yeni yasa önerilerine dair gerekçeleri ortaya koyan kapsamlı bir çalışma için bkz. BAKIRCI-SANCAR-UYGUR.

Türkiye’de, kadına yönelik şiddeti önlemeye yönelik eğitim programlarının oluşturulması, toplumsal bilinci yükseltme, politikalarda farkındalığı sağlama, kurumsal duyarlılığı artırma gibi önleme mekanizmalarını ve koruma ve desteklemeye ilgili özel düzenlemeleri içeren başlıca hukuki belgedir. Genelge, bir hükümet politikası niteliğini taşımaktadır ve kadına yönelik şiddete karşı devletin sorumluluğunu hükümet politikasıyla açıkça ilan ettiği için önemlidir⁵⁶².

Genelge’de, çocuklara ve kadınlara yönelik şiddete ve töre ve namus cinayetlerine ilişkin önleme ve koruma/destekleme önerileri yer almaktadır. Her önerinin hayata geçirilmesinden sorumlu olan kurum ve bu süreçte işbirliği yapacak kurum ya da kuruluş tespit edilmiştir. Bu şekilde devlet, ilgili kurum ve kuruluşların sorumluluklarını açıkça ortaya koymuştur. Başlıca sorumlu kurum ve kuruluşlar devlete ait olmakla birlikte, sivil toplum kuruluşlarının, medya kuruluşlarının, sendikaların ve özel sektörün de devletin sorumlu kurumlarıyla işbirliği içinde çalışması öngörülmüştür. Genelge’yle ortaya konulan önerileri hayata geçirmekte sorumlu olan kurum ve kuruluşlar arasındaki koordinasyon görevi Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü’ne verilmiştir.

Bu Genelge’yle kadınlara ve çocuklara yönelik şiddetin ve töre ve namus cinayetlerinin önlenmesi konusunda ayrıntılı tedbirler sıralanmış olmasına rağmen, etkili bir izleme, denetleme ve yaptırım mekanizması getirilmemiş ve bu tedbirlerin yerine getirilmesi için herhangi bir bütçe tahsis edilmemiştir. Bu haliyle Başbakanlık Genelgesi “ayrıntılı bir şekilde sıralanan temenniler” içeren bir belge olarak kaldığı için eleştirilmiştir⁵⁶³. Diğer taraftan önleme ve koruma/destekleme ilkeleriyle ilgili çalışmaların yeterli olmadığı ve koruma/desteklemeye ilgili kurumların da başlangıç seviyesinde olduğu ifade edilmektedir⁵⁶⁴. Sayılan eksikliklerine karşın, yine de,

⁵⁶² Gülriz **UYGUR**, “2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi: Değişen Devlet Anlayışı Mı?”, Birkaç Arpa Boyu... 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar içinde, (Derl. Serpil SANCAR), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, s. 883-915.

⁵⁶³ Gökçeçiçek **AYATA**-Sevinç **ERYILMAZ**-Seda **KALEM**, Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? (Hâkim, Savcı ve Avukat Anlatıları), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 363, İstanbul 2011, s. 11.

⁵⁶⁴ UYGUR, 2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında ..., s. 883-915.

Başbakanlık Genelgesi Cumhuriyet'in kuruluşundan bu yana ilk kez devletin, kadın sorununun tarafı olduğunu kabul ettiği ve çözümün bir parçası olma niyetini gösterdiği bir belge olmakla, tarihsel bir önem taşır⁵⁶⁵. Uluslararası sözleşmeler çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüklerinin belirtilmesine ilişkin ölçütlerin çoğunu karşılamaktadır. Devletin pozitif yükümlülüğünü yansıtmaları bakımından da önemlidir⁵⁶⁶.

Başbakanlık Genelgesi'yle kendisine kurum ve kuruluşlar arasında koordinasyon görevi verilen Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü (KSGM), kadına yönelik şiddetle mücadelede politika geliştirici bir kurumdur. Mevcut haliyle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı bünyesinde bir genel müdürlüktür⁵⁶⁷. Görev ve amacı; kadın erkek eşitliğinin sağlanması, toplumsal yaşamın tüm alanlarında kadınların konumlarının güçlendirilmesi ve kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın önlenmesi için politikalar üretmek, strateji geliştirmek, tüm paydaşlarla işbirliği yapmak ve koordinasyonu sağlamaktır⁵⁶⁸.

Başbakanlık Genelgesi'yle kadına yönelik şiddetin ve töre/namus cinayetlerinin önlenmesine yönelik ulusal eylem planları hazırlama görevi Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü - KSGM'ye verilmiştir. Bu görev doğrultusunda, Türkiye'de ilk kez KSGM tarafından "Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı" 2007-2010 yıllarını kapsar şekilde hazırlanmıştır. Anılan Ulusal Eylem Planı'nın uygulama süresinin dolması nedeniyle 2012 yılında "Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Ulusal Eylem Planı 2012-2015" hazırlanmıştır. Ulusal Eylem Planı'nın amacı, kadına yönelik her tür şiddetin ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin tüm tarafların işbirliğiyle uygulamaya konulmasıdır. Eylem

⁵⁶⁵ Aksu **BORA**, "Projeler: Yeni Bir Bağlam, Eski Sorunlar...", Feminizm Kendi Arasında içinde, Ayizi Kitap, Ankara 2011, s. 71.

⁵⁶⁶ UYGUR, 2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında ..., s. 883-915.

⁵⁶⁷ Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü adı altında 1990 yılında Çalışma Bakanlığı'na bağlı bir birim olarak kurulmuş, 1991 yılında Başbakanlığa bağlanmıştır. Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanı'na bağlı olarak faaliyet göstermekteyken, 08.06.2011 tarih ve 27958 Mükerrer sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan, 03.06.2011 tarihli ve 633 sayılı Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'yle, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'na bağlanmıştır.

⁵⁶⁸ <http://kadininstatusu.aile.gov.tr/teskilat-yapisi/misyon-ve-vizyon> (26.12.2015)

Planı'yla toplumsal cinsiyet eşitliği ve kadına yönelik şiddetle mücadeleyle ilişkin beş temel alanda iyileştirme hedeflenmiştir. Bunlar; yasal düzenlemeler, farkındalık yaratma ve zihniyet dönüşümünün sağlanması, koruyucu hizmet sunumu ve şiddet mağdurlarının güçlendirilmesi, sağlık hizmetlerinin sunumu ve kurum/kuruluşlar arası işbirliğidir. Toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması amacı şiddetle mücadele eylem planlarının her ikisinde yer almakla birlikte, KSGM tarafından özel olarak toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanmasını hedefleyen 2008-2013 yıllarını kapsayan “Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Ulusal Eylem Planı” hazırlanmıştır. Ulusal eylem planları, şiddetin ortadan kaldırılması için gerekli önlemlerin tüm tarafların işbirliğiyle uygulamaya konulması için kapsamlı bir strateji ortaya koydukları için önemlidir. Ortaya konulan amaçlara ulaşılabilmesi için, eylem planlarının hayata geçirilebilmesi ve devamlılığının sağlanması gerekir.

25 Şubat 2009 tarihinde TBMM’de kurulan “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu” da Başbakanlık Genelgesi’nde yer alan öneriler arasındadır. Fırsat eşitliği komisyonları ya da eşitlik komisyonları gibi isimlerle özellikle 1970’li yıllardan itibaren Avrupa’da kadın erkek eşitliğinin fiilen gerçekleştirilmesine yönelik olarak çalışan ulusal mekanizmalar oluşturulmaya başlanmıştır. Ulusal mekanizma kavramı, hükümet düzeyinde etkili bir cinsiyet eşitliği politikasının varlığı paralelinde oluşturulan siyasi, idari veya yargısal nitelikteki devlet kurumlarını ifade etmektedir⁵⁶⁹. Genelge’de kadına yönelik şiddet konusundaki öneriler arasında TBMM bünyesinde "Kadın-Erkek Eşitliği Komisyonu" adıyla daimi bir komisyon oluşturulması önerisi açıklanan ulusal mekanizma kavramına karşılık gelmektedir. Bu öneri, “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu”nun 2009 yılında kurulmasıyla hayata geçmiştir. Komisyon’un adında “fırsat eşitliği”nin yer alması, CEDAW Komitesi, İnsan Hakları Komitesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi’nin kararlarında vurgulanan “sonuç eşitliği” ve “eylemli eşitlik” hedeflerinin gerisinde olması sebebiyle eleştiriye açıktır⁵⁷⁰. Komisyon’un kapsamlı görev ve yetkileri arasında her yasama yılının sonunda Türkiye’deki kadın erkek eşitliğinin sağlanmasına yönelik gelişmelere ve Komisyon’un o yılki faaliyetlerine

⁵⁶⁹ ÖZTAN, Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Anayasallaşması, s. 1905-1925.

⁵⁷⁰ ODER, Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İçtihat ve Hukuk Politikası, s. 207-239.

ilişkin bir değerlendirme raporu hazırlamak ve bunu Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunmak ve kadın erkek eşitliği konusunda kamuyu bilgilendirici etkinlikler yapmak da vardır⁵⁷¹. Bu görevler, Komisyonu, yasama alanındaki görevleri yanında mücadele politikaları geliştiren bir kurum haline getirmektedir.

Kadına yönelik şiddetle ve kadın erkek eşitsizliğiyle mücadele politikaları geliştiren kurumlarca ortaya konulan önerilerin, bir dönüşüm süreci yaratabilecek kapasitede olduğunun kabul edilmesi gerekir. Ancak beklenen dönüşümün gözle görülür bir şekilde ortaya çıkmadığı açıktır. Bunun en önemli sebebi, geliştirilen politikaların uygulamaya konulmasındaki aksaklıklardır. Şiddetle mücadele politikalarının hayata geçirilmesi ve beklenen sonucun elde edilmesi için kamu kaynaklarının bu yönde harcanmasına ihtiyaç vardır. Bunun yapılmamasının temel sebebi, eşitlikten yana siyasi iradenin kesin olarak ortaya konulmamasıdır.

II. DEVLET SORUMLULUĞUNUN FAİL YÖNÜ: SUÇ HALİNE GETİRME, SORUŞTURMA VE CEZALANDIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. SUÇ HALİNE GETİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Kadına Yönelik Şiddet Eylemlerinin Suç Haline Getirilmesi

Bir insan hakları ihlali olan kadına yönelik şiddeti önleme, ortadan kaldırma, şiddet gerçekleştiğinde olayı soruşturma ve faili cezalandırma yükümlülükleri bulunan Devletin, bu yükümlülüklerini yerine getirmesi için ilk aşamada, kadına yönelik şiddet eylemlerini suç haline getirmesi beklenir. Bununla ifade edilen, kadına yönelik fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet içeren tüm eylemlerin ceza kanunlarında suç olarak tanımlanması yani ceza yaptırımına bağlanmasıdır. İstanbul Sözleşmesi'ne göre Taraf Devletler, psikolojik şiddeti (m.33), ısrarlı takibi (m.34), fiziksel şiddeti (m.35), tecavüz dâhil cinsel şiddeti (m.36), zorla evlendirmeyi (m.37), kadının genital mutilasyonunu (kadın sünneti) (m.38), zorla kürtaj ve zorla

⁵⁷¹ <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/hakkinda.htm> (26.12.2015)

kısırlaştırmayı (m.39) ve cinsel tacizi (m.40) suç haline getirmeli ve bu suçları işleyenlerin cezalandırılması için gereken yasal düzenlemeleri yapmalıdırlar⁵⁷².

Kadına yönelik şiddet eylemlerinin tümünün ceza yaptırımına bağlanması gerektiği ifade edilirken, ekonomik şiddet içeren eylemlerin yasalarda çoğunlukla görünmez olduğuna dikkat çekmek gerekir. Bu durum İstanbul Sözleşmesi'nde de farklı olmamıştır. Her ne kadar Sözleşme'nin 3. maddesinde kadına yönelik şiddetin tanımı yapılırken, tanımın kapsamı, psikolojik şiddetle ilişkili olabilecek “ekonomik zarar” kavramını da içerecek biçimde genişletilmişse de, psikolojik şiddet içeren davranışları suç haline getirmek için Taraf Devletlerin hukuki tedbirler alacağını ifade edildiği 33. maddesinde, ekonomik şiddet kavramına yer verilmemiştir. Uluslararası metinlerde olduğu gibi iç hukuk düzenlemelerinde de, ekonomik şiddet, kız çocuklarının okula gönderilmemesi ya da iyi beslenmemesi gibi şiddet türleri cezasız ve görünmez kalmaktadır. Bu şiddet biçimlerinin suç olarak düzenlenmemiş olmasının sebebinin, tanımlama ve sınırlamadaki güçlükler ve hukuk uygulayıcılarının kalıplaşmış yargıları olduğu ifade edilmekteyse de, bunlar evrensel bir sosyal problem ve insan hakkı ihlali olan kadına yönelik şiddet olaylarında devlete düşen sorumluluğu ortadan kaldırabilecek gerekçeler olarak kabul edilmemelidir⁵⁷³. Kadının çalışmasına izin verilmemesi, parasına, maaşına, mirasına el konulması, mirastan yoksun bırakılması gibi ekonomik şiddet içeren eylemlerin bağımsız suç tipleri olarak ya da mevcut suç tiplerine uydukları ölçüde cezayı ağırlaştıran nedenler olarak düşünülmesi gerekir⁵⁷⁴.

⁵⁷² İstanbul Sözleşmesi'nde belirtilen suçlar asgari bir mutabakatı yansıtmaktadır ve bu düzenlemeler iç hukukta ileri standartlar getirilmesini engellemez. Bununla birlikte Sözleşme'nin Çekinceler başlıklı 78. maddesinin 3. fıkrasından anlaşılan haliyle; İstanbul Sözleşmesi'ni hazırlayanlar, Sözleşme'de tarif edilen tüm davranışların suç sayılmasını sağlayacak özel hükümler koyulması konusunda mutlak bir yükümlülük getirmemişlerdir. Bu maddeye göre, Taraf Devletler psikolojik şiddet ve ısrarlı takip için cezai yaptırımlar yerine cezai olmayan yaptırımlar sağlama hakkını saklı tuttıklarını beyan edebilirler. Metni hazırlayanlar bu eylemlerin suç sayılması ilkesini muhafaza ederken, belirli bir Tarafın hukuk sisteminin bu tür davranışlar için yalnızca cezai olmayan yaptırımları öngördüğü durumlarda belirli bir esneklik sağlamışlardır. Ayrıca cinsel taciz söz konusu olduğunda, bu davranışın özel mahiyetini de dikkate alarak, bu davranışın ceza hukuku dışında diğer hukuki yaptırımlara tabi tutulabileceği Sözleşme metninde ifade edilmiştir. Bkz. Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 149, 153, 185, 386.

⁵⁷³ KUYUCU, s. 86.

⁵⁷⁴ Türkân Yalçın SANCAR, Şiddet Kültürü ve Ceza Hukuku Açısından Kadına Yönelik Şiddet, s. 193.

Kadına yönelik şiddet eylemlerinin suç haline getirilmesinde temel amaç failin cezalandırılmasıdır. Ancak suç haline getirme, aynı zamanda devletin topluma açık bir mesaj vermesidir. Bu yönüyle sembolik bir rolü de vardır. Devlet bu şekilde kadına şiddet içeren davranışların hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğini ortaya koyar. Topluma yönelen bu açık mesaj ve bu tür davranışlarda bulunan kişilerin cezalandırılması, diğer tedbirlerle birlikte uzun vadede toplumsal tutumlara etki edebilecek kuvvettedir.

Özellikle kadına yönelik özel alanda şiddet eylemlerinin suç haline getirilmesi, kadına yönelik özel alanda şiddetin bir “özel mesele” ya da “ailevi mesele” olmadığı mesajını verir. Bu aynı zamanda kadınları özel alanda savunmasız hale getiren kamusal alan-özel alan ayrımının aşılmasıdır. Devletin cezai yaptırımlar yoluyla özel alana müdahale etmesiyle, müdahale edilemez özel alan algısı hukuk düzeninden çıkar. Bunun gerçekleşebilmesi için, evlilik içi cinsel suçlar dâhil olmak üzere kadına yönelik özel alandaki tüm şiddet eylemlerinin ceza kanunlarında suç haline getirilmesi gerekir.

Ceza kanunlarında ayrı bir “kadına yönelik şiddet” ya da “ev içi şiddet” suçu düzenlemesi kolay olmadığı gibi, bunların uluslararası hukukta bir ceza normu olarak tanımı da bulunmamaktadır. Bu şekilde düzenleme yapılması yoluna gidilme de, esasen kadına yönelik şiddetin kötü muamele, yaralama, tecavüz veya daha ağır fiziksel zarar vermeyi kapsayan mevcut ceza hükümleriyle cezalandırılması mümkündür⁵⁷⁵. Böyle bir yol seçildiğinde, ceza kanunlarında şiddet içeren suçlar yaptırıma bağlanırken, faille mağdur arasında ilişkinin dikkate alınması gerekir. Failin aile bireylerinden biri, eş ya da sevgili olması gibi kadınla yakın ilişkisi, kadına yönelik şiddet içeren tüm suçlarda dikkate alınmalı ve bir ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmelidir. Çünkü kadına yönelik şiddet içeren suçların kadının yakın ilişkide olduğu kişiler tarafından işlenmesi çok daha kolaydır ve mağdur üzerindeki

⁵⁷⁵ CHINKIN, 471–501.

etkileri daha ağırdır⁵⁷⁶. Aynı zamanda kadın bu kişilere karşı üçüncü kişilere karşı olduğundan daha savunmasızdır.

Türk Ceza Kanunu’nda “kadına yönelik şiddet” veya “aile/ev içi şiddet” özel bir suç tipi olarak düzenlenmemiştir. TCK’nın pek çok hükmünde mağdurun kadın olması, eş ya da gebe olması cezayı ağırlaştırıcı bir sebep olarak öngörülmüştür. Bu, Kanun’un kadına ya da kadının mağdur olduğu suçlara bir duyarlılık taşıdığını göstermektedir. Adam öldürme ya da kasten yaralama suçunun mağdurunun gebe ya da eş olması (TCK m. 82, 86, 87), işkence suçunda kadının gebe olması (m. 94), eziyet suçunda kadının gebe ya da eş olması (m.96), fuhuş suçunda failin eş olması (m. 227/5) bu kapsamdaki düzenlemelere örnektir. Bunun yanında, uygulamada kadına yönelik olarak aile bireyleri ve eş tarafından işlenme olasılığı yüksek olan bazı suçlar için fail ve mağdur arasındaki ilişki dikkate alınmamıştır. Özellikle intihara yönlendirme (m. 84), çocuk düşürtme (m. 99), terk (m. 97), kısırlaştırma (m. 101), tehdit (m. 106), şantaj (m. 107), cebir (m. 108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109), konut dokunulmazlığının ihlali (m.116), iş ve çalışma hürriyetinin ihlali (m. 117) ya da kişilerin huzur ve sükûnunu bozma (m. 123) suçlarında, faille mağdur arasındaki ilişkinin dikkate alınmamış olması önemli bir eksiklik⁵⁷⁷.

Uluslararası belgelerde geçen ve İstanbul Sözleşmesi’nde suç haline getirilmesi için Taraf Devletlerin yasal düzenlemeler yapacağı belirtilen, zorla evlendirme ve kadının genital mutilasyonu (kadın sünneti) TCK’da suç olarak düzenlenmemiştir. Kadına yönelik şiddetin özel biçimleri olarak ifade edebileceğimiz, ensest ve ısrarlı takip suçları da TCK’da ayrı bir suç tipi olarak yer almamıştır. Bu eylemler, farklı suç tipleri altında kısmen cezalandırılabiliriyorsa da, bunların ayrı bir suç olarak düzenlenmemiş olması bir eksiklik⁵⁷⁷.

Kadına yönelik şiddet eylemlerinin toplumsal cinsiyet perspektifiyle suç haline getirilmesi ve ceza normunun doğrudan veya dolaylı cinsiyet ayrımcılığı içermemesi gerekir. Nitekim CEDAW’ın 2. maddesinin (g) bendiyle, Taraf

⁵⁷⁶ Bkz. BAKIRCI-SANCAR-UYGUR, s. 121; Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 192-193.

⁵⁷⁷ Bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 192-193.

Devletler, kadınlara yönelik ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmayı taahhüt etmişlerdir. Bunlar, yasa koyucunun kadına yönelik şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı bir ayrımcılık biçimi ve bir insan hakları ihlali olduğunu benimsemesi halinde mümkündür. Ceza normunun düzenlenmesinde, “namus” saikinin cezasızlığa sebep olması ya da cezada hafifletici bir neden olması ya da “bekâret”e hukuki bir değer atfedilmesi cinsiyet ayrımcılığının tipik örnekleridir. Bu şekilde düzenlenen ceza normu, toplumsal cinsiyet sorunlarını yeniden üretir.

Kadına yönelik şiddet eylemleri suç haline getirilirken cinsel saldırı suçlarında korunan değer, kadınların onurları, cinsel özgürlükleri ve özel hayatları olduğunun esas alınması gerekir. Cinsel saldırı ve tecavüz suçlarında suçun tanımlanmasında esas alınan, failin fiziksel zor kullanması ya da mağdurun fiziksel direnci olmamalıdır. Aksine bu suçlar, özgür ve bilgiye dayalı rızanın olup olmadığı merkezinde tanımlanmalıdır⁵⁷⁸. AİHM’in *M.C. - Bulgaristan* kararında belirttiği haliyle; bu alandaki çağdaş standartlara ve eğilimlere göre, herhangi bir cinsel fiili, mağdurun fiziksel direnci olmadığı hallerde de cezalandırmak Taraf Devletlerin pozitif yükümlülükleri arasındadır⁵⁷⁹. Yasal düzenleme içerisinde yer almasa da, fiziksel zor kullanılması ya da mağdurun fiziksel direnci kimi zaman rızanın var olup olmadığının tespitinde kullanılmaktadır. Bununla birlikte mağdurun tutumu, sosyal konumu, giyim tarzı, genç ve bekâr olması ya da olmaması, rızanın varlığına veya yokluğuna ilişkin emareler olarak kabul edildiğinde, tecavüz suçunun tanımında rızayı esas alan yasal düzenlemenin fiilî etkisi de ortadan kalkmaktadır⁵⁸⁰.

⁵⁷⁸ CHINKIN, s. 490-491. Tecavüz yasalarının ve rıza kavramının Assange olayı üzerinden tartışıldığı ve rıza kavramına feminist hukukçuların yaklaşımı için bkz. ÖZKAZANÇ, “*Siyaset, Hukuk ve Cinsel Suçlar: Assange Olayı ve Hukukçu Feminizmin Eleştirisi*”, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk içinde, s. 99-145.

⁵⁷⁹ *M.C./Bulgaristan*, par. 166.

⁵⁸⁰ Tartışmalı kararlar ve yargının algısı için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 201-214; Fatma BENLİ, “*Kadın ve Hukuk: Kadın Haklarının Yargıtay Kararlarına Yansıması*”, Cinsiyet Halleri Türkiye’de Toplumsal Cinsiyetin Kesişim Sınırları içinde, (Derl. Nil MUTLUER), Varlık Yay., İstanbul 2013, s.122-139; Esra Demir GÜRSEL, “*N.Ç. Davası: Tecavüze Razı Olmak ve Kadınların Ahlakı*”, Sınır Bilgisi, Siyasal İktidar, Toplumsal Mekan ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Derl. Elif ÇELEBİ-Didem HAVLIOĞLU-Ebru KAYAALP), Ayizi Kitap, Ankara 2014, s. 137-162.

Suç haline getirilen şiddet eylemleri için öngörülen cezaların, suçla orantılı ve özellikle belirli bir ağırlıkta olması gerekir. Bu tür suçlarda ceza politikasının tercihi bu yönde olmalıdır. İstanbul Sözleşmesi'nin 45. maddesine göre, Taraf Devletler Sözleşme'de tanımlanan suçların ciddiyetini dikkate alarak “etkili, orantılı ve caydırıcı” yaptırımlar getirmelidirler. Sözleşme'nin bu hükmü, cezai nitelik taşıyan suçların her türlü yaptırım için geçerlidir⁵⁸¹. Cezaların ağır olması halinde insanların bu suçları işlemekten kaçınacağı varsayımı tartışmalı olsa da, bu suçlarda cezaların ağır olması devletin bu konulara müsamaha göstermediğini ortaya koyar. Ağır cezalar öngörülmesi, devletin suç haline getirerek bu eylemlerin soruşturulacak ve cezalandırılacak ciddi birer suç olduğuna ilişkin verdiği mesajı perçinler.

Kadına yönelik şiddet eylemleri yaptırıma bağlanırken, faile verilen cezanın mağduru da dolaylı olarak cezalandırmasının, diğer bir ifadeyle, mağdur üzerindeki olumsuz sonuçlara sebep olmasının önüne geçilmelidir. Örneğin faile para cezası verilmesi halinde, mağdur sıklıkla bu cezadan dolaylı olarak etkilenir. İstanbul Sözleşmesi'nde bu dikkate alınarak, Taraf Devletlerin para cezası verildiğinde, failin mağdura karşı mali yükümlülüklerini yerine getirip getiremeyeceğinin göz önünde bulundurulması için gereken tedbirleri alacağı düzenlenmiştir (m.48/2). Özellikle kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarında fail ve mağdur aynı ailedendir. Çoğu kez, suçun mağduru olan kadınların tek başlarına geçimlerini sağlayamadıkları ve tek geçim kaynağının failin geliri olduğu bilinmektedir. Failin para cezasıyla cezalandırılması, aile gelirinin azalması ya da failin nafaka yükümlülüğünü yerine getirememesi sonuçlarını doğurduğunda, verilen cezadan şiddet mağduru kadın da olumsuz olarak etkilenmektedir⁵⁸². Bunun önüne geçebilmek için para cezalarının fail için yükümlülüklerini yerine getirecek derecede maddi sıkıntı yaratacak mahiyette olmaması gerekir.

⁵⁸¹ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 236.

⁵⁸² Açıklamalar için bkz. Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 257.

2. “Namus Saiki”nin Suç Haline Getirmede Farklı Roller ve “Töre Saiki”yle Kasten Öldürme Suçu

Namus; ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük gibi birden fazla anlama karşılık gelecek şekilde günlük dilde kullanılsa da, toplumsal cinsiyet sorunları bağlamında kadına yönelen şiddetin tartışmalı bir sebebi olarak karşımıza çıkar. Namus kuralları, davranışları şekillendiren ve yansıtan toplumsal cinsiyet normlarının toplumsal olarak meşrulaştırılmış yorumlarını yansıtır ve bunlara katkıda bulunur. Bu şekilde oluşan namus anlayışına göre; kadının namusu, aileye, kabileye, klana, cemaate ve topluluğa aittir. Erkeklerle arkadaşlık etmek, erkek arkadaşı olmak, izinsiz okula ya da işe gitmek, alışılmışın dışında giyinmek ya da kendi eşini seçmek gibi davranışlar namussuzluk sayılan davranışlardır. Kirlenen namus, zorla evlendirme gibi onu ihlal eden davranışların değiştirilmesiyle ya da öldürme gibi namussuz olanın yok edilmesiyle temizlenir⁵⁸³.

Anılan sorunlu namus anlayışı üzerine bina edilerek kadına yönelen şiddet karşısında, hukuk da bu namus anlayışına bir değer atfetmiş ve “namus saiki” hukukta bir karşılık bulmuştur. Eşlerini, kızlarını ya da kız kardeşlerini “gayrimeşru” olarak nitelenen bir cinsel ilişki sırasında yakalayan kocalara, babalara ya da kardeşlere ceza verilmemesine ya da verilen cezaların hafifletilmesine ve tecavüzle ya da cinsel saldırıyla suçlanan sanığın mağdurla evlenmesi durumunda cezasının ertelenmesine veya azaltılmasına yönelik düzenlemeler, uzun yıllar namus saikinin hukuktaki karşılığı olmuştur. Bu düzenlemelerle devlet, namus suçu failleriyle suç ortaklığı yapmıştır. Hem faillerin ceza almasının önüne geçmiş hem de sorunlu namus anlayışını onaylayarak buna meşruluk kazandırmıştır. Sadece Türk hukukuna özgü olmayan bu düzenlemelere dünyanın farklı yerlerinde rastlamak mümkündür. Bu kapsamda akla gelen ilk örnekler; Mısır, Lübnan ve Filistin gibi Ortadoğu ülkeleri, Brezilya’nın ön plana çıktığı Latin Amerika ülkeleri, Pakistan, Hindistan gibi Asya ülkeleridir. Bununla birlikte, anılan namus saikine hukuken verilen bu sorunlu karşılık, İtalya, Fransa ve Portekiz gibi Batı ülkelerinin hukuk sistemlerinde de yer almıştır. Kimi Arap devletlerinin mevzuatındaki bu tür düzenlemeler 1810

⁵⁸³ Purna SEN, “ ‘Namus Suçları’, Anlam ve Önemi”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet* içinde, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 59-79.

tarihli Fransız Ceza Kanunu'ndan izler taşır. Bu düzenlemelerin tarihsel kaynağını, zina yapan kızını ya da karısını ve onların sevgilisini öldürmesi durumunda, babaya veya kocaya herhangi bir ceza uygulamayan Roma Hukuku'nda da bulmak mümkündür⁵⁸⁴.

CEDAW'ın 2. maddesinin (g) bendine göre devletler, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan bütün ulusal cezai hükümleri yürürlükten kaldırmayı taahhüt etmişlerdir. Yasal düzenlemeler içinde, namus saikinın cezasızlığa sebep olması ya da bu saikin cezada indirim yapılmasının gerekçesi olması, devletin ayrımcılık içeren yasal düzenlemeleri yürürlükten kaldırma taahhüdünü ihlal ettiği anlamına gelmektedir⁵⁸⁵. İstanbul Sözleşmesi'nin 42. maddesine göre; Taraf Devletler, kültür, örf ve adet, gelenek veya sözde “namus”un, Sözleşme kapsamında yer alan şiddet eylemlerinin gerekçesi, bir cezasızlık ya da cezada indirim sebebi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlüdürler. Kabul edilemez gerekçelere, mağdurun, kültürel, dinî, toplumsal ya da geleneksel olarak kabul gören uygun davranış normlarını ve âdetlerini ihlal ettiği iddiaları da dâhildir. Bu haliyle failin şiddeti mazur göstermek için kendi kültürünün ve dininin parçasını oluşturduğunu düşündüğü öğeleri veya kişisel gerekçelerini

⁵⁸⁴ Lynn **WELCHMAN**-Sara **HOSSAIN**, “‘Namus’, Doğrular ve Yanlışlar”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 59–79; Purna SEN, 59–79; Pakistan’a dair değerlendirmeler için bkz. Sohail Akbar **WARRAICH**, “*Pakistan’da ‘Namus Cinayetleri’ ve Hukuk*”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 92–123; Lübnan’a dair değerlendirmeler için bkz. Danielle **HOYAK**-Rafif Rıda **SIDAWI**-Amira Abou **MRAD**, “*Lübnan’da Kadın Cinayetleri: Hakikat ve Hukuk Kışkacında ‘Namus Suçları’*”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 124–147; Mısır’a dair değerlendirmeler için bkz. Mısır Kadınlara Hukuki Yardım Merkezi, “*Mısır’da Kadına Yönelik Şiddet Biçimi Olarak ‘Namus Suçları’*”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 148–168; Filistin’e dair değerlendirmeler için bkz. Nadera Shalhoub **KEVORKIAN**, “*Filistin’de Kadın Mağduriyetinin İncelenmesi: Sosyo-Yasal Bir Analiz*”, *Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 169–189; Aida Touma **SLIMAN**, “*Kültür, Ulusal Azınlık ve Devlet: İsrail’deki Filistin Toplumunda ‘Aile Namusu Adına İşlenen Suç’a Karşı Mücadele*”, *Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 190–206; İtalya’ya dair değerlendirmeler için bkz. Maria Gabriella Bettiga **BOUKERBOUT**, “*İtalyan Ceza Kanunu’nda ‘Namus Suçları’: Bir Tarih ve Reform İncelemesi*”, *Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. WELCHMAN-HOSSAIN), s. 235–249; Brezilya’ya dair değerlendirmeler için bkz. SPIELER, s. 121–143; Osmanlı ceza hukukundaki benzer düzenlemeler için bkz. BERKTAY, *Tarihin Cinsiyeti*, s. 100; Arap ülkelerindeki ceza hukuku düzenlemelerine kaynaklık eden Osmanlı ceza hukuku ve 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu’nun benzerlikleri üzerine bkz. Lama **ABU-ODEH**, “*Arap Topluluklarında Namus Cinayetleri ve Toplumsal Cinsiyetin İnşası*”, *Müslüman Topluluklar İçinde Kadın ve Cinsellik içinde*, s. 243–264.

⁵⁸⁵ BENNINGER-BUDEL, Introduction, s. 15.

kullanmasına yasal olarak sağlanmamalıdır ve buna yol açacak yasal bir boşluk da bırakılmamalıdır⁵⁸⁶.

Kadınların ayrımcılığa karşı mücadelesinin bir parçası olan, hukukun kültürel normlara göre değil, insan hak ve özgürlüklerine göre oluşturulması talebiyle paralel şekilde bu yasal düzenlemeler, pek çok ülkede ceza kanunlarından çıkarılmıştır. Ataerkil sistemin daha baskın olduğu kimi ülkelerdeyse kadın hareketinin halen mücadele konularından biridir. Türk hukukunda yeni TCK'nın 2005'te yürürlüğe girmesiyle bu düzenlemeler ceza kanunundan çıkmış ve yeni bir yaklaşımı ortaya koyar şekilde “töre saiki” öldürme suçunun ağırlaştırıcı bir nedeni olarak düzenlenmiş ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına tabi tutulmuştur. TCK'daki düzenlemeyle “namus”un kadına yönelik şiddetin saiki, haklılaştırılması veya hafifletici sebebi olarak ileri sürülmesini sağlayan failin bakış açısının terk edilmesi olumludur. Ancak TCK'nın 82/1-k maddesinde kullanılan, “töre saiki” ifadesiyle, “namus saiki” farklı bir tartışmanın konusu olarak Türk ceza hukukunda yerini almıştır.

TCK'da kadın cinayetlerindeki “namus bahanesi”ni ön plana almaksızın, “töre saiki” kavramının kullanması, Kanun'un eleştirilen düzenlemelerinden biridir. Kanun töre saikinin tanımını yapmamıştır. Kavram olarak, namus bahanesiyle işlenen tüm cinayetleri kapsayıp kapsamadığı konusu tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu kavramın uluslararası literatürde de bir karşılığı bulunmamaktadır. Töre saiki kavramı kullanılarak, bu ağırlaştırıcı sebebin, ülkenin belli bir bölgesinde işlenen cinayetlerde uygulanmasının hedeflendiği ifade edilmektedir. Bu bakış açısı kentli, modernleşmiş, seküler ve eğitilmiş kadınların şiddete maruz kalmadığı gibi yanlış anlamalara da sebep olacak niteliktedir⁵⁸⁷. Töre saikinden ne anlaşılması gerektiği, namus saikiyle işlenen suçlar olarak anlaşılmasının mümkün olup olmadığı

⁵⁸⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 220.

⁵⁸⁷ Eleştiriler için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 253-291; Zeynep DİREK, s. 22-23.

ve ihtiras/tutku cinayetleri olarak ifade edilebilecek cinayetlerin bu ağırlaştırıcı nedene dâhil olup olmadığı konusunda doktrinde farklı görüşler vardır⁵⁸⁸.

Yargıtay içtihadı da, “töre saiki” kavramına ne anlam verileceği konusundaki tartışmalı durumu yansıtır. Kanun’un yürürlüğe girdiği ilk yıllarda, Yargıtay 1. Ceza Dairesi, bu ağırlaştırıcı sebebi uygulamak için aile meclisi kararının bulunmasını aramıştır. Daha sonra Ceza Genel Kurulu’na intikal eden davalarla bu içtihat değişmiş ve yerleşik hale geldiği üzere, bu ağırlaştırıcı sebebin uygulanması için aile meclisi kararının aranmasından vazgeçilmiştir⁵⁸⁹. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’na göre, töre kavramı, namus kavramını da içeren bir üst kavram olarak kabul edilse de, töre ve namus birbirlerinden ayırt edilmesi gereken farklı kavramlardır. Buna göre; *“Töre saikiyle hareket ederek kasten öldürme suçunu işleyen fail, görev bilinciyle hareket etmekte ve hukuk düzenince uygun görülmeyle cezalandırılan bu davranışı nedeniyle ait olduğu toplulukta saygınlık ve itibar kazanmakta, hoş görülmekte ve korunmaktadır. Oysa töre saikinden bağımsız olarak kendi namus anlayışının bir sonucu olarak kasten öldürme fiilini gerçekleştiren fail açısından aynı durum söz konusu olmamaktadır.”*⁵⁹⁰

Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin mevcut içtihadını oluşturan kararlarında aynı ifadelerle tekrar ettiği üzere⁵⁹¹ “töre saikiyle öldürme”den bahsedilebilmesi için; “ ... **öncelikle** mağdurun toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, **ikinci olarak** bu aykırı davranışın “ölümle” cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, **üçüncü olarak** ise öldürme fiilinin fail

⁵⁸⁸ Bu görüşlerin kısa bir özeti için bkz. Onur ÖZCAN, “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Töre Saikiyle Kastan Öldürme Suçu” Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 241-260.

⁵⁸⁹ Yargıtay CGK kararı, 11.05.2010 tarih, 2010/1-56 E. - 2010/111 K.

⁵⁹⁰ Yargıtay CGK kararları, 19.11.2013 tarih, 2013/1-355 E. -2013/456 K.; 26.06.2012 tarih, 2012/1-76 E. - 2012/258 K.; 20.09.2011 tarih, 2011/1-52 E. - 2011/180 K.; 14.06.2011 tarih, 2011/1-138 E. - 2011/130 K.

⁵⁹¹ Örnek olarak bkz. Yargıtay 1. CD kararları, 02.07.2015 tarih, 2015/2328 E. - 2015/4272 K.; 01.10.2014 tarih, 2014/2849 E. - 2014/4347 K.; 22.01.2014 tarih, 2013/2789 E. - 2014/184 K.; 27.06.2013 tarih, 2013/2793 E. - 2013/4539 K.; 17.04.2013 tarih, 2011/7167 E. - 2013/3268 K.; 07.03.2013 tarih 2012/4767 E. - 2013/1774 K.; 13.12.2012 tarih 2012/3659 E. - 2012/9331 K.

tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin” şart olduğu ifade edilmektedir. Töre cinayetiyle namus cinayetinin aynı olmadığı belirtilen bu kararlarda, suçta ve cezada kanunilik prensibiyle ceza hukukundaki kıyas yasağının, "töre saikiyle öldürme" suçunun uygulanma alanını genişletmeye izin vermeyeceği belirtilerek; “ ... törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin "töre saikiyle öldürme" olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan, sırf bu nedenle "töre saikiyle öldürme" olarak” değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir.

Mevcut haliyle Yargıtay’ın kadınlara yönelik şiddetin en ağır tezahürü olan namus bahanesiyle işlenen cinayetlerde, TCK’nın 86/1-k maddesindeki ağırlaştırıcı sebebin uygulama alanını daraltarak yorumladığı görülmektedir. Bu haliyle tutku / aşk cinayetleri olarak ifade edilen cinayetler de bu ağırlaştırıcı neden içerisinde değerlendirilmemektedir.

Oysa uygulamadaki kafa karışıklıklarını ve sınırlamaları ortadan kaldıracak ve “namus” ve “töre” kavramlarının olumlu anlamlarının muhakeme süreçlerine dâhil olmasının önüne geçecek bir şekilde, TCK “namus bahanesiyle işlenen kasten öldürme”yi bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemelidir. Bunun yanında, namus bahanesi, sadece öldürme suçunda değil, kadına yönelik şiddet suçlarının tümünde bir ağırlaştırıcı neden olmalıdır. Örneğin kasten yaralama ya da tehdit suçlarının da namus bahanesiyle işlenebileceğinin göz önünde tutulması gerekir. Bu doğrultuda, kadına yönelik işlenen tüm şiddet suçlarında “namus bahanesi”nin bir ağırlaştırıcı neden olması ve “namus bahanesiyle işlenen suçlar” kavramının Türk ceza hukukuna dâhil edilmesi, faillerin caydırıcı cezalar almalarını sağlayarak kadına yönelik korumayı artırabilir.

3. Kadına Yönelik Fiziksel Şiddet Suçları

Kadına yönelik fiziksel şiddet eylemleri, öncelikle TCK'da hayata ve vücut dokunulmazlığına karşı suçlar arasında düzenlenmiş olan suç tiplerinin konusunu oluşturur. Kasten öldürme (m. 81-82), kasten yaralama (m.86), intihara yönlendirme (m.84), eziyet (m.96), terk (m.97), çocuk düşürme (m.99/1), kısırlaştırma (m.101/1) kötü muamele (m.232), aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali (m.233/1) ve gebe kadını terk etme (m.233/2) bu kapsamda değerlendirilebilecek olan suç tipleridir. Bu suç tiplerinin bir kısmında kadınla failin yakın ilişkisi ya da kadına dair özel durumlar cezayı ağırlaştırıcı neden olarak kabul edilmiştir. Fail ve mağdurun eş olmasının ağırlaştırıcı neden olarak düzenlendiği suç tiplerinde, bu ağırlaştırıcı neden aralarında resmî evlilik akdi olmaksızın birlikte yaşayan çiftleri kapsamamaktadır.

Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nın 82. maddesinde; kasten öldürme suçunun üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı (m.82/1-d), gebe olduğu bilinen kadına karşı (m. 82/1-f) ve töre saikiyle (m. 82/1-k) işlenmesi halleri cezanın ağırlaştırıcı sebepleri olarak kabul edilmiştir. Bunlar, kadına yönelik özel alanda gerçekleşen kasten öldürme suçlarında, töre saikine dair yukarıda eleştirilen hususlar hariç tutulduğunda, yasa koyucunun özel bir dikkat gösterdiğini ortaya koymaktadır. Benzer bir yaklaşımı kasten yaralama suçunun düzenlendiği TCK'nın 86. maddesinde de kısmen görmek mümkündür. Bu maddede suçun üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı (m. 86/3-a) işlenmesi hali cezayı artırıcı bir sebeptir. Ayrıca bu ağırlaştırıcı sebebin gerçekleştiği durumlarda suç şikâyeteye tabi değildir.

TCK'nın 86/3. madde ve fıkrasının (a) bendi, Türkiye'nin ayrı bölgelerinden otuz dört ayrı mahkemece ortak gerekçelerle Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmış ve Anayasa Mahkemesi'nce Anayasaya aykırılık iddiaları reddedilmiştir⁵⁹². Mahkemeler, yaralama suçlarında üçüncü kişiler hakkında soruşturma ve kovuşturma yapılabilmesi şikâyeteye tabiyken, üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenen aynı nitelikteki yaralama suçunun şikâyeteye tabi olmamasının ve sanığın üçüncü kişilere göre daha ağır şekilde cezalandırılmasının aile içi şiddetin

⁵⁹² Anayasa Mahkemesi kararı, 03.01.2008 tarih, 2005/151 E. - 2008/37 K.

artmasına neden olduğunu ve bu durumun aile birliğini bozduğunu gerekçeleri arasında göstermişlerdir. Mahkemelerin Anayasa Mahkemesi'ne başvuruları 2005, 2006 ve 2007 yıllarına aittir. Anayasa Mahkemesi, bu başvuruları birleştirerek karara bağlamıştır. TCK'nın yürürlüğe girdiği yıl itibarıyla otuz dört yerel mahkemece yasa hükmünün, ortak gerekçelerle Anayasaya aykırı olduğunun ileri sürülmüş olması, bir yönüyle hukuk uygulayıcılarının direncinin bir örneğini oluşturmaktadır. Aile içi şiddetle mücadele kapsamında yapılan yasal düzenlemelerin, uygulayıcılar tarafından aile içi şiddetin artmasına ve aile birliğinin bozulmasına sebep olan düzenlemeler olarak değerlendirilmiş olmasına özellikle dikkat çekmek gerekir⁵⁹³.

TCK'nın 99/1. maddesinde kadının rızası olmadan gebeliğe son verilmesi hali, "çocuk düşürtme" suçu olarak düzenlenmiştir. ETCK'da yer alan, çocuk düşürtme suçunun "şeref kurtarma" saikiyle işlenmesi halinde cezanın hafifletilmesine ilişkin düzenlemeye yeni Kanun'da yer verilmemiş olması olumlu bir düzenlemedir⁵⁹⁴. Bununla birlikte, bu suçu işleyen kişiyle kadın arasındaki ilişkinin bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemiş olması bir eksikliktir. Benzer şekilde rızası olmaksızın bir kişinin kısırlaştırılmasını suç olarak düzenleyen TCK'nın 101. maddesinde de, faille mağdur arasındaki ilişki ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir.

Kadına yönelik fiziksel şiddet eylemlerinin bir kısmı, psikolojik şiddeti de içerir şekilde TCK'da düzenlenmiş olan eziyet (m.96), aynı konutta yaşayanların birbirine kötü muamelesi (m.232/1), terk (m.97) ve gebe kadını terk etme (m.233/2) suçlarını oluşturabilir. Bu suç tiplerinin kaleme alınış şekli, uygulama alanlarının ve aralarındaki içtima ilişkisinin belirsizliği sebebiyle eleştirilmektedir. Yasa

⁵⁹³ Anayasa Mahkemesi incelemesi sonunda; kasten yaralamanın üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenmesi halinde cezanın ağırlaştırılmasının oybirliğiyle, suçun şikâyet tabi olmamasınsa oy çokluğuyla Anayasaya aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Bir kısım Mahkeme üyesi karşı oy gerekçelerinde, şikâyetten vazgeçme imkânının tanınmamasını aile huzurunun bozulması ve ailenin temeli olan karşılıklı sevgi ve saygıya dayalı özel alanın zedelenmesi sonucunu doğuracağını ifade etmişlerdir. Gerçekleşen şiddetle, ailenin temeli olan karşılıklı sevgi ve saygının zedelenmiş olması görmezden gelinerek, buna dayalı özel alanın zedelenmesine önem atfedilmiş olması ataerkil bakışın bir tezahürüdür.

⁵⁹⁴ Bu suça ilişkin detaylı bir inceleme için bkz. Gülşah **KURT**, "Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 65-85.

koyucunun, şiddet ve aile içi istismar veya bunların gerçekleşme ihtimaline ilişkin hiçbir olasılığı açıkta bırakmak istemediği ve kazuistik bir yöntemle, Kanun'un farklı yerlerinde, uygulamada görülen çeşitli sorunlara cezai yaptırım getirmek istediği sonucuna varılmaktadır. Böylece uygulama alanı kısmen örtüşen çeşitli suç tiplerinin kısmi belirsizliği karşısında, kaotik bir durumun doğduğu açıktır⁵⁹⁵.

TCK'nın 84. maddesiyle düzenlenen intihara yönlendirme suçu düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre suç, intihara azmettirme, teşvik etme, yardım etme ve intihar kararını kuvvetlendirme şeklindeki seçimlik hareketlerden birinin yapılmasıyla oluşur. Mağdurun işlediği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş veya ortadan kaldırılmış olması veya cebir ve şiddet yoluyla intihara mecbur edilmesi halinde, fail kasten öldürme suçundan sorumludur (m.84/4). İntihara yönlendirme suçunda fail ve mağdur arasındaki ilişkinin suça bir etkisi yoktur ve faille mağdur arasındaki yakın ilişki de bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmemiştir.

İntihara yönlendirme suçu, kadın intiharlarının esasen birer kasten öldürme ya da intihara zorlama olayları olduğu yönündeki kuşkularla birlikte önemli hale gelmektedir. Namus bahanesiyle yaratılan şiddetle bağlantılı olduğu durumlarda, kadın intiharlarının birer gizli cinayet olduğunu düşünmek için yeterince sebep vardır⁵⁹⁶. Bir kadın intiharının, kadının cebir ve şiddet yoluyla intihara mecbur bırakılması sonucu gerçekleştiğinin tespiti, etkin bir soruşturma yapılmış olmasına bağlıdır. Bu sebeple soruşturmanın etkinliği bu suçun ortaya çıkarılmasında oldukça önemlidir.

Kanun'un 84/4. maddesindeki bu düzenlemeye esasen gerek olmadığı, bir kişinin cebir ve tehdit kullanılmak suretiyle intihara mecbur edilmesinin özünde

⁵⁹⁵ Murat **ÖNOK**, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 169-240.

⁵⁹⁶ BM Kadına Yönelik Şiddet Özel Raportörü *Yakın Ertürk*’ün Türkiye’nin Doğu ve Güneydoğu bölgelerinde kadın intiharları üzerine 22-31 Mayıs 2006 tarihlerinde yaptığı görüşmeler sonunda hazırladığı kapsamlı raporu bu konuda detaylı bilgi içermektedir. Bkz. UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences Yakın Ertürk, Addendum, Mission to Turkey, A/HRC/4/34/Add.2, 05.01.2007.

zaten adam öldürme suçunun bir işleniş biçimi olduğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, 84. maddenin 4. fıkrasında düzenlenen suç, adam öldürme suçunun, öldürülmek istenen kişinin araç olarak kullanılması, diğer bir ifadeyle dolaylı faillik yoluyla işlenmesidir⁵⁹⁷. Cebir veya tehdit kullanılarak intihara yönlendirmenin, adam öldürme suçu dışında ayrı bir madde kapsamında düzenlenmiş olması, somut olayda adam öldürme suçunun ağırlaştırıcı nedenlerinin de var olması durumunda önemli hale gelmektedir. Özellikle kadın intiharlarında, cebir veya tehdit yoluyla intihara mecbur etmenin töre saikiyle gerçekleştirilmesi halinde, bu ağırlaştırıcı nedenin uygulanmasının mümkün olup olmadığı, üzerinde durulması gereken bir konudur. Töre saikiyle, tehdit edilerek bir kişinin intihar etmeye mecbur bırakılması durumunda failin sorumluluğunun TCK'nın 81. maddesine göre değil, 82/1-k maddesine göre belirlenmesi gerektiği yönünde görüşler doktrinde savunulmaktadır⁵⁹⁸. Buna karşın Kanun'un 84/4. maddesi uyarınca böyle bir durumda fail kasten öldürmeden sorumlu olarsa da, burada kasten öldürmeye ilişkin nitelikli halin yani töre saikiyle öldürmenin gerçekleştiğinin kabul edilemeyeceği yönünde görüşler de ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, böyle bir durumda, kadının intihara zorlandığı tespit edilse bile, fail kasten öldürme (m.81) suçundan cezalandırılacaktır. Bu gibi durumlarda failin daha az ceza ile cezalandırılmasının önüne geçilebilmesi için, TCK'da bu fiillerin töre saikiyle işlenmesi halinde, kişinin nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutulacağı yönünde bir düzenleme yapılması yerinde olacaktır⁵⁹⁹.

4. Kadına Yönelik Cinsel Şiddet Suçları

TCK'da cinsel şiddet suçları "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" başlıklı bölümde cinsel saldırı (m.102), çocukların cinsel istismarı (m.103), reşit olmayanla

⁵⁹⁷ Doktrinde bu yöndeki görüşler için bkz. Yaprak ÖNTAN, "İntihara Yönlendirme Suçları", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2015, s. 845-898.

⁵⁹⁸ Doktrinin bu yöndeki görüşleri için bkz. ÖNTAN, s. 845-898.

⁵⁹⁹ Töre saikinin bir ağırlaştırıcı neden olarak uygulanamayacağı yönünde doktrindeki görüşler ve yasa değişikliği önerisi için bkz. Ali PEHLİVAN, "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda İntihara Yönlendirme Suçu", Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 261-301.

cinsel ilişki (m.104) ve cinsel taciz (m.105) başlıklarıyla hem kadınlara hem erkeklere karşı ve bunlar tarafından işlenebilecek suçlar olarak düzenlenmiştir. TCK'nın bu bölümü, yaklaşım ve felsefe olarak Kanun'un en olumlu bölümü olarak nitelendirilse de, bazı tanımların, kavramların muğlaklığı açısından sorunları beraberinde getirdiği, suçların kaleme alınmasında, norm koyma tekniği ve özellikle de "kanunilik ilkesi" açısından önemli zaafaların ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁶⁰⁰.

TCK'nın 102. maddesinde yer alan cinsel saldırı suçunun basit halinde, cinsel duyguları tatmin amacıyla gerçekleştirilen cinsel davranış cezalandırılırken, suçun nitelikli halinde vücuda organ veya sair bir cisim sokulmasıyla gerçekleştirilen anal ve oral da dâhil her türlü cinsel ilişki suçun konusunu oluşturur. Kanun maddesiyle iradeyi sakatlayan hangi durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu haliyle suç, mağdurun rızasının yokluğu üzerine kurulmuştur⁶⁰¹.

Kanun'un bu maddesiyle, cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin eşe karşı işlenmesi halinde, suçun takibinin şikâyet tabi olduğu düzenlenmiştir. Böylece kadına yönelik özel alandaki şiddet suçları içerisinde en gizli kalan suçlardan biri olan evlilik içi tecavüz, bir kanun metninde kendine yer bulmuştur. ETCK döneminde ırza geçme suçunun tanımında karı koca olmamak bir koşul olarak yer almadığı halde, evlilik içerisinde koca, ırza geçme suçunun faili olarak kabul edilmemiştir. Yargıtay içtihatlarıyla, evlilik içi zorla ve anormal ilişki ETCK'nın 478. maddesinde öngörülen aile bireylerinden birine rahim ve şefkatle bağdaşmayacak biçimde fena muamele suçu olarak değerlendirilmiştir. Kocanın bu suçun faili olamayacağı, aile ilişkilerine müdahalenin doğru olmayacağı düşüncesinden kaynaklanmıştır. Bu dönemdeki Yargıtay içtihadı, evli kadının vücut bütünlüğünün de evli olmayanlarınki kadar korunması gerektiği ve karısına karşı müessir fiil suçundan yargılanabilen kocanın, cebren cinsel ilişkide bulunmaktan

⁶⁰⁰ Türkân Yalçın SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, s. 195.

⁶⁰¹ Fahri Gökçen **TANER**, "Ceza Kanunlarının Gözünde Hayır Ne Zaman 'Hayır' Demek?, *Cinsel Suçlar Cephesinde Kadının Eşitlik Mücadelesi Üzerine Bir İnceleme*", *Güncel Hukuk*, Kasım 2014, s. 14-17.

yargılanamamasının çelişkili olduğuna dikkat çekilerek eleştirilmiştir⁶⁰². 102. madde içerisinde, bu suçun evlilik içerisinde işlenmesi hali suçun özel bir şekli ya da ağırlaştırıcı nedeni olarak düzenlenmemiş olup, sadece suçun evlilik içerisinde işlenmesinin şikâyeteye tabi olduğu belirtilerek, Yargıtay'ın önceki içtihatlarının önü kapatılmıştır.

Çocuklara yönelik cinsel şiddet eylemleri Kanun'un 103 ve 104. maddelerinde suç haline getirilmiştir. Bu düzenlemelerle, çocuğun cinsel dokunulmazlığı, gelişimi ve yararı, ruh ve beden bütünlüğü korunmaktadır. Mevcut haliyle on beş yaşını tamamlamamış olan ve on beş yaşını tamamlamış ancak fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocukların kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışlara rıza göstermesi, eylemi suç olmaktan çıkarmamaktadır. Kanun maddesine göre; bu gruptaki çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranışta çocukların rızalarının olup olmadığı tartışma konusu yapılmayacaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 26.05.2016 tarih, 2015/108 E. - 2016/46 K. sayılı kararıyla, TCK m.103/1-a'da yer alan *"tamamlamamış"* sözcüğü yönünden, 103. maddenin 1. fıkrasının 1. ve 2. cümleleri iptal edilmiştir⁶⁰³. İptal kararı oyçokluğuyla verilmiş olup, Resmî Gazete'de yayımı tarihinden altı ay sonra, yani 13.01.2017 tarihinde yürürlüğe girecektir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarih ve 2015/26 E. - 2015/100 K. sayılı kararıyla, Kanun'un 103/2. maddesini, yürürlüğünü bir yıl ertelemek suretiyle iptal etmiştir⁶⁰⁴. İptal kararlarının ortak gerekçesine göre; iptal edilen düzenlemeler, bazı durumlarda somut olayın özellikleriyle bağdaşmayacak ve suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır cezaların verilmesi sonucunu ortaya çıkarabilecek niteliktedirler. Bu nedenle kural ölçüsüz bir yaptırım öngördüğünden hukuk devleti ilkesine aykırıdır. Anayasa Mahkemesi'nin iptal yönünde oy veren çoğunluğunun iptal gerekçelerinden biri, Kanun hükmüyle on beş yaşın altındaki çocuklar arasında bir kademelendirme yapılmamış olmasıdır. Örneğin

⁶⁰² CENTEL, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan içinde, s. 59-69; USTA, s.943-984; Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s.107-117.

⁶⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 26.05.2016, 2015/108 E. - 2016/46 K., R.G. 13.07.2016 - 29769.

⁶⁰⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı, 12.11.2015, 2015/26 E. - 2015/100 K., R.G. 11.12.2015 - 29559.

dört yaşındaki çocukla on dört yaşındaki çocuğun mağdur olması durumunda, failin aynı yaptırımla karşı karşıya kalması suçla ceza arasında bir ölçüsüzlük olarak değerlendirilmiştir. Buna karşın, TCK'nın 103/1. maddesinde düzenlenmiş olan basit cinsel istismar suçu yönünden sekiz yıldan on beş yıla kadar, sarkıntılık suçu yönündense üç yıldan sekiz yıla kadar ceza öngörülmüş olması, somut olaya göre mahkemeye bir takdir hakkı vermektedir. Böylece olası bir ölçüsüzlüğün önüne mahkemenin değerlendirmesiyle geçilebilir.

Esasen 26.05.2016 tarihli kararda, yerel mahkemenin itiraz gerekçeleri arasında yer alan *“on iki ila on beş yaş arasında olup da kendisine yönelik eylemin anlam ve mahiyetini algılama yeteneği olan mağdurun rızasına hukuki sonuç tanınmadığı, bu mağdurların rızasıyla yaşadığı cinsel eylemler hakkında cezanın çok yüksek olduğu”* gerekçesine dikkat çekmek gerekir. On iki ila on beş yaş arasındaki çocukların rızasını hukuken geçerli saymak, çocuklara yönelik cinsel şiddetin cezasız kalmasına sebep olacaktır. TCK'nın 103/1. maddesindeki suç tipinde alt sınırın sekiz yıl hapis cezası, TCK'nın 103/2. maddesindeki suç tipinde alt sınırın on altı yıl hapis cezası olması, mağdur gibi failin de yaşının küçük olduğu durumlarda, ortaya çıkan cezanın ağırlığı sebebiyle tartışılır hale gelmiştir. Buna karşın failin yaşına yönelik bir düzenleme yapılmadan, on iki ila on altı yaş arasında olan mağdurun, cinsel davranışlarda rızasının var olduğunun kabul edilmesi daha büyük vicdani sorgulamalara sebep olacaktır. Kanun koyucunun yeni düzenlemeyi yaparken dikkate alması gereken en önemli husus, on iki ila on beş yaş yaşındaki çocuğa yönelik olarak örneğin kırklı yaşlarındaki failin işleyebileceği bir cinsel istismar suçuna da sekiz yıldan ya da suçun nitelikli halinde on altı yıldan daha az ceza verilmesinin önüne geçmektir.

Mevcut haliyle on beş yaşını tamamlamış çocukların Kanun'un 103. maddesinde yer alan cinsel davranışlara rıza göstermeleri, cinsel istismar suçunda hukuka uygunluk sebebidir. On beş yaşını tamamlamış çocukların cinsel eylemlere rıza açıklama ehliyetine sahip olduğu Kanun kapsamında kabul edilmekle birlikte, TCK'nın 104. maddesinde düzenlenmiş olan reşit olmayanla cinsel ilişki suçuyla, bu yaşta cinsel ilişki şikâyet tabi bir suç olarak düzenlemiştir. Bu düzenlemenin

temelinde ergin olmadığı için çocuğu koruma amacı yattığı ifade edilmektedir⁶⁰⁵. Ancak bu yaştaki çocuğun cinsel özgürlüğü üzerinde büyük ölçüde tasarruf edebileceği kabul edildikten sonra, bu çocuk için cinsel ilişkiyi ceza hukuku aracılığıyla önlemeye çalışmak Kanun'un çelişkili yaklaşımlarından biridir⁶⁰⁶.

TCK'nın 105. maddesiyle düzenlenen cinsel taciz suçuyla, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişinin cezalandırılması öngörülmüştür. Bu suç özellikle kadın mağdurlara daha geniş bir biçimde koruma sağlayacak nitelikte olması sebebiyle önemlidir⁶⁰⁷. Cinsel taciz suçunun, cinsel tacizden ne anlaşılması gerektiği hususunda açıklayıcı bir ifadeye yer verilmeksizin düzenlenmesi sebebiyle, kanunilik ilkesinin ihlal edildiği ifade edilmektedir⁶⁰⁸. Bununla birlikte, Kanun maddesinin cinsel amaçlı davranışa sınırlama getirmeyen haliyle İstanbul Sözleşmesi'nin 40. maddesindeki tanımı karşıladığına dikkat çekmek gerekir.

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarla ilgili 18.06.2014 tarih ve 6545 sayılı Kanun'la geniş kapsamlı değişiklikler yapılmış, özellikle cezalar artırılmıştır. Bununla birlikte cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarına, suçun hafif şekli olarak nitelendirilebilecek olan sarkıntılık kavramı dâhil edilerek, kategorik olarak ETCK'nın sistematığıne geri dönmüş ve bu şekilde dolaylı olarak bazı eylemler yönünden daha az ceza verilmesi mümkün hale gelmiştir⁶⁰⁹.

⁶⁰⁵ Selcen ATAC, “*Cinsel İstimar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 111-142.

⁶⁰⁶ TCK'nın 104. maddesindeki suçun tartışmalı olduğu ve bu suçun cezasının 6545 sayılı Kanun'la artırılmasının ceza kanunlarındaki ahlakçılık hayaletini hortlatma gayreti olduğu yönündeki görüşler için bkz. Fahri Gökçen TANER, “*6545 sayılı Kanun'la Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme*”, Güncel Hukuk, Ağustos 2014, s. 60-63.

⁶⁰⁷ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 194.

⁶⁰⁸ Bkz. Yasemin F. Saygılar KIRIT, “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Taciz Suçu*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 143-156.

⁶⁰⁹ Değişikliklerle ilgili bkz. TANER, 6545 sayılı Kanun'la Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme, s. 60-63.

2014 yılında yapılan bu değişiklikler kapsamında, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarını düzenleyen 102 ve 103. maddelerinde yer alan “mağdurun beden ve ruh sağlığının bozulması” şartı suçun ağırlaştırıcı nedenleri arasından çıkarılmıştır. Uygulandığı dönemde cinsel şiddet mağdurlarının beden veya ruh sağlığının bozulup bozulmadığının tespiti için yapılan muayeneler, gerek Adli Tıp Kurumu’ndan aylar hatta yıllar sonrasına verilen muayene randevularıyla, gerek her muayenenin mağduriyetin tekrar yaşanmasına neden olmasıyla, mağdurların ikincil bir mağduriyet yaşamalarına sebep olmuştur. Etki oranı farklı olsa da, böylesi bir suç her insan üzerinde ruhsal bir çöküntü yaratacaktır. Düzenleme, bu gerçeği göz ardı ederek, cinsel saldırıya maruz kalmış bir kişinin yaşadığı cinsel şiddet sebebiyle ruhsal bütünlüğünün bozulmayabileceği varsayımına dayandırılmıştır. Bu sebeple bu nitelikli hal doktrinde de çokça tartışılmış ve bu nitelikli halin anlaşılabilir olduğu sıklıkla ifade edilmiştir⁶¹⁰. 18.06.2014 tarihinde yapılan değişiklikle bu ağırlaştırıcı halin Kanun’dan çıkarılmasıyla, cinsel şiddet mağduru kadınların yaşadıkları önemli bir ikincil mağduriyet örneği ceza adalet sisteminden çıkarılmıştır. Ancak bu sefer de kanun maddesi, her ne kadar yapılan değişiklikle genel olarak cezalar artırılmış olsa da, sonuç olarak yaşanan cinsel şiddet sebebiyle beden ve ruh sağlığı bozulan mağdur yönünden faile verilecek cezanın, önceki Kanun metnine göre azalmasına sebep olduğu için tartışmalı hale gelmiştir.

Kadına yönelik cinsel şiddet eylemlerinden biri de, kadını fuhşa zorlamaktır. Bu eylemin özellikle kadının yakınlarından biri tarafından gerçekleştirilmesi daha kolay ve kadın üzerindeki etkisi daha ağırdır. TCK’nın 227. maddesinde “fuhuş” başlığı altında, fuhşa teşvik suç haline getirilmiştir. Kanun maddesinin beşinci fıkrasıyla; bu suçun eş, üstsoy, kayın üstsoy, kardeş, evlat edinen, vasi, eğitici, öğretici, bakıcı, koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından

⁶¹⁰ Pınar Memiş **KARTAL**, “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 85-111.

Mağdurun ruh sağlığının bozulmasını ağırlaştırıcı bir neden olarak öngören kanun maddesinin, hukuk, siyaset ve toplumla ilişkisinin güncel bir olay üzerinden değerlendirmesi için bkz. ÖZKAZANÇ, “*Hukuk, Siyaset ve Toplum Üçgeninde Cinsel Suçlar: Hüseyin Üzmez Olayı*”, Cinsellik, Şiddet ve Hukuk içinde, s. 146-166.

işlenmesi halinin cezayı artırıcı bir sebep olarak düzenlenmesi, kadına yönelik şiddetle mücadele kapsamında olumludur.

5. Kadına Yönelik Psikolojik ve Ekonomik Şiddet Suçları

Kadına yönelik psikolojik şiddet içeren eylemler, en sık rastlanan, tespiti her zaman kolay olmayan, çoğunlukla fiziksel ve cinsel şiddete eşlik ettiğinden ceza yargılamasında geri planda kalan suçları oluştururlar. Hakaret etme, küçük düşürme, aşağılama, korkutma, tehdit etme, eşyalara zarar verme, baskı yapma, kadını ev içinde tutarak yakınlarıyla görüşmesini engelleme, kadını gözetim altında tutma ya da çeşitli şekillerde tecrit etme gibi eylemler psikolojik şiddeti ifade eder. Ancak bu eylemlerin hepsinin ceza yaptırımına bağlandığını söylemek güçtür. TCK’da düzenlenmiş olan hakaret (m. 125), tehdit (m.106), şantaj (m. 107), cebir (m.108), kişiyi hürriyetinden yoksun kılma (m. 109), konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116), huzur ve sükûnu bozma (m. 123) ve sınırlı da olsa eğitim ve öğretim hakkının (m.112) ve haberleşmenin engellenmesi (m. 124) suçları psikolojik şiddet eylemlerinin karşılığı olan suç tipleridir. Mevcut ceza kanununda yer alan bu suç tiplerinin özel alanda şiddette etkili olarak uygulanabilmesi için bu suçlarda faille mağdur arasındaki yakın ilişki dikkate alınarak özel düzenlemeler yapılmalıdır.

Kadına yönelik psikolojik şiddetin önemli bir şekli olan ve İstanbul Sözleşmesi’nde Taraf Devletlerce suç haline getirilmesi öngörülen ısrarlı takip (*stalking*), TCK’da suç olarak düzenlenmemiştir. İngilizce “*stalking*” kelimesiyle ifade edilen ve Türkçe karşılığı “*musallat olma*”, “*dadanma*”, “*sırnaşma*” olarak çevrilebilecek bu kavram, Türk hukukuna 6284 sayılı Kanun’la birlikte girmiştir. Bu haliyle ısrarlı takibe karşı hukuki koruma araçları 6284 sayılı Kanun kapsamındaki tedbirlerdir. Bu Kanun’da “*tek taraflı ısrarlı takip*” kavramı tercih edilmiş, Kanun’da herhangi bir tanımlı yapılmaksızın, ilgili Yönetmelikte bu kavram tanımlanmıştır⁶¹¹. İsrarlı takip, genel olarak bir kişinin, başka bir kişiyi hukuka aykırı olarak ve belirli bir süre tekrarlanan davranışlarla rahatsız etmesi, bu kişinin

⁶¹¹ “Tek taraflı ısrarlı takip” kavramının kullanılmasının “stalking” olgusu için doğru bir terim olmadığı ve ilgili Yönetmelikteki tanımın kavramın anlaşılmasını güçleştirecek şekilde kaleme alındığı yönündeki eleştiriler için bkz. Recep DOĞAN, “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu”, ABD, 2014/2, s. 137-154.

kendisinin tehlikede olduğunu hissettirecek şekilde korkmasını sağlayan ve kasıtlı olarak tekrarlanan, kişiyi söz ve fiillerle takip ve taciz etmesi veya kişiye şiddet uygulamasıdır⁶¹².

Birçok Avrupa Birliği ülkesinde suç olarak düzenlenmiş ve yaptırıma tabi tutulmuş olan ısrarlı takip olgusu, TCK'daki hakaret, huzur ve sükûnu bozma, konut dokunulmazlığını ihlal, cinsel taciz ya da sarkıntılık suçlarıyla cezalandırılabilir olsa da, bu suç tiplerinin koruduğu hukuki değerle, ısrarlı takip olgusunun tehdit ettiği ve zarar verdiği değerler örtüşmemektedir. Örneğin, uzun bir zaman dilimi içerisinde, kadını fiziksel olarak takip eden, kadına ait olan veya kadına ait olduğu izlenimi verilen görsel ve yazılı herhangi bir materyali yayan, kadını telefonla ısrarla arayan, sürekli mektup veya elektronik posta gönderen, sosyal medyada, özel veya kamusal alanda gözetleyen, kadınla sürekli görüşme veya karşılaşma çabası içinde olan, kadına ısrarla hediye gönderen, kadına ait herhangi bir mülkün dokunulmazlığını ihlal eden failin, gerçekleştirdiği bu eylemlerin tümü TCK'daki suçlarla örtüşmez. Ayrıca farklı zamanlarda gerçekleşen bu eylemler sebebiyle, failin TCK'daki birden fazla suçtan farklı zamanlarda cezalandırılması caydırıcı olmayabilir. Şiddet oluşturan bu eylemlerin bir bütün olarak değerlendirilmesi caydırıcı cezalar için daha doğru bir yöntemdir ve bu sebeple kanunilik ilkesine uyularak doğru bir somutlaştırmayla ayrı bir suç tipine ihtiyaç vardır.

Kadına yönelik ekonomik şiddet eylemlerinin de, TCK'da suç haline getirilmemiş olduğu görülmektedir. Kadının çalışmasının engellenmesinin, TCK'nın 117. maddesinde düzenlenmiş olan iş ve çalışma hürriyetinin ihlalini oluşturduğu düşünülse de, bu suçla korunmak istenen değer farklı oluşu, kadına yönelik özel alanda ekonomik şiddet eylemlerine uygulanmasını güçleştirmektedir. Ayrıca Kanun'da bu suç için faille mağdur arasındaki yakın ilişki dikkate alınarak bir düzenleme de yapılmamıştır.

⁶¹² Alper **UYUMAZ**-İdris **AKDAĞ**, “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı İle Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s. 45-94.

6. Ensest Suçu

Ensest ceza hukukunda evlenmeleri yasak olan reşit kişiler arasındaki rızaya dayalı cinsel ilişkidir. Taraflardan biri mağdur değildir. Her iki taraf da faildir. Bu haliyle ensest çok failli bir suçtur. TCK’da ensest suç olarak düzenlenmemiştir. Cinsel saldırı (m.102/3-c), çocuğun nitelikli istismarı (m. 103/3-c) ve reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104/2-b) suçlarının, aralarında belirli bir düzeyde akrabalık olan kişiler tarafından işlenmesi hali cezayı ağırlaştıran neden olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler kimi zaman ensest suçunun ceza kanunundaki karşılığı olarak ifade edilmekteyse de esasen bunlar, rızaya dayanmayan ya da geçerli rızaya dayanmayan cinsel suçlardır⁶¹³.

Ensest Avrupa ülkelerinin çoğunda suç olarak düzenlenmiştir. Türkiye’de suç olarak düzenlenmemiş olması “rıza”ya verilen mutlak değere dayanmamaktadır. Temelinde ensestin zaten toplumda olmayacağı ve aksini söyleyerek bir düzenleme yapılmasının toplumu rahatsız edeceği düşüncesi yatmaktadır⁶¹⁴. Ensestin suç olarak düzenlenmesinin gerekli olup olmadığı çok kapsamlı tartışmaları beraberinde getiren bir konudur. Bununla birlikte suç olarak düzenlenmemesinin temelinde yatan, böyle bir ilişkinin toplumda olmayacağı yönündeki ön kabul, cinsel saldırı ya da çocukların cinsel istismarı suçlarının aralarında yakın akrabalık ilişkisi olan kişilerce işlenmekte olduğunun da yok sayılmasına neden olmaktadır⁶¹⁵. Bu ön kabullerden uzaklaşmak için ensestin cezalandırılabilir bir olgu olduğunun tartışılabilir hale gelmesi gereklidir. Diğer taraftan, ensest ilişkinin, tarafların tam rızasına mı yoksa zorlamaya/katlanmaya mı dayandığının tespiti oldukça zordur. Özellikle bu husus dikkate alınarak ve ensestin sınırları çok iyi belirlenerek suç haline getirilmesi,

⁶¹³ Türkân Yalçın **SANCAR**-Tuğçe Nimet **YAŞAR**, “Ensest, ‘Genel Ahlak’ ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı”, TBB Dergisi, S. 80, 2009, s. 245-297.

⁶¹⁴ SANCAR-YAŞAR, s. 245-297.

⁶¹⁵ Çocukların cinsel istismarı suçlarının gizlenmesi ya da yok sayılması konusunun etkili örnekler üzerinden değerlendirmesi için bkz. Oğuz **POLAT**, Aile İçi Cinsel Tecavüz Ensest, Nokta Kitap, İstanbul 2006. Yazar, ensest olarak ifade etse de, “çocukların aile içerisinde cinsel istismarı” konusunu incelemiştir. Yazara göre ensest ilişkide temel kavram kan bağından ziyade çocuğun karşısındaki erişkini nasıl algıladığı ve onu hangi konuma koyarak değerlendirdiğidir. Yani çocuğun annesinin erkek arkadaşını kendisine baba olarak kabul etmesi ve kabullenmesi halinde, bu kişinin yapacağı cinsel saldırı sonunda çocukta oluşacak ruhsal yıkım ensesttekiyle aynı olacaktır. POLAT, s. 31.

kadına yönelik özel alanda şiddetle mücadeleyi destekleyebilir. Ancak ceza hukuku aracılığıyla uygulanacak yaptırımların, yetişkinler arasındaki ensest ilişkiyi engellemekte bir etkisinin olup olmayacağı da tartışmalıdır⁶¹⁶

7. Zorla ve Erken Yaşta Evlendirme

TCK'da zorla ve erken yaşta evlendirme suç olarak düzenlenmemiştir. İstanbul Sözleşmesi'nde zorla evlendirmenin suç haline getirilmesi öngörülmüş ve CEDAW'ın 16. maddesinde Taraf Devletlerin özgür olarak eş seçme ve tam rızayla evlenme hakkını sağlamak ve çocuk yaşta evlenmenin önüne geçmek için gerekli tüm tedbirleri alacağı düzenlenmiştir.

TBMM Erken Yaşta Evlilikler Hakkında İnceleme Yapılmasına Dair Alt Komisyon'un 2009 tarihli raporuna göre, halen ülke genelinde yapılan her dört evlilikten biri, bazı bölgelerdeyse her üç evlilikten biri çocuk evliliğidir⁶¹⁷. Bu gerçek karşısında, zorla ve erken yaşta evlendirmeye kapsamlı bir şekilde mücadele edilmesi gerektiği açıktır. Bu mücadelede, kamuoyunu bilinçlendirmeye yönelik kampanyalar önemli olmakla birlikte, zorla ve/veya erken evlendirmeyi suç haline getiren ayrı bir ceza normunun varlığı daha etkili sonuçlar doğuracaktır. Öncelikle, zorla ve/veya erken evlendirme suç haline getirildiğinde, kanun koyucu bu tür evliliklere artık izin vermeyeceğini topluma ilan etmiş olacaktır. Bu suç tipinde, ceza normunun üstlendiği fonksiyon, ceza normunun uygulanabilirliğinden daha önemlidir. Suç haline getirmenin, devletin bu tür evliliklere karşı olduğu mesajını verebilmek için en etkili yöntem olduğu zorla evlendirmede daha da açık şekilde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca zorla ve erken yaşta evlendirmenin ihlal ettiği değerleri, diğer suç tipleri de tek başına koruyamamaktadır. Böylece, ihlal ettiği değerler açısından açık bir insan hakkı ihlali olan bu eylem cezasız kalmaktadır. TCK'nın bu

⁶¹⁶ Ensestin ceza hukuku yoluyla engellenemeyeceği, öğretide de evlenmeleri yasak olan yetişkin kişilerin rızaya dayalı cinsel ilişkilerinin cezalandırılmasının hukuk kuralları yerine etik ve dini kanunlara bırakılması gerektiğinin ileri sürüldüğü konusundaki görüşler için bkz. Asiye Selen ATAC, “Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan, C. 19, S. 2, Y. 2013, s. 871-878.

⁶¹⁷ TBMM Erken Yaşta Evlilikler Hakkında İnceleme Yapılmasına Dair Alt Komisyon'un 2009 tarihli Raporu için bkz. https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/kefe/docs/komisyon_rapor.pdf (Erişim: 01.02.2016)

konuda bir düzenleme içermemesi önemli eksikliklerden biridir. Bu sebeple bağımsız bir suç tipine ihtiyaç vardır⁶¹⁸.

Evliliğin eşlerden en azından birine uygulanan cebir, ağır bir kötülük tehdidi veya karşı koyamayacağı başkaca bir zorlama aracıyla, kişinin gerçek iradesine aykırı olarak gerçekleşmesi halinde, kişinin özgür iradesine ve geçerli rızasına dayanmadığı kabul edilmektedir. Bu şekilde yapılan evlilik zorla gerçekleştirilen bir evliliktir. Bununla birlikte eşlerden birinin boşanmak istemesine karşın, diğer eş veya üçüncü bir kişi tarafından evliliği sürdürmeye zorlanması halinde de zorla evlilik söz konusudur⁶¹⁹. Zorla evlendirme, sıklıkla ataerkil değerlerin etkisiyle gençlere evlilikle ilgili karar verme ve tercihte bulunma hakkının tanınmamasıyla ortaya çıkar. Bu kapsamda berdel, beşik kертmesi, başlık parası evliliği, kan bedeli evliliği, kuma evliliği, levirat (kocasını ölen kadının kayınbiraderiyle evlenmesi), sororat (bir erkeğin karısı sağken ya da öldükten sonra baldızıyla evlenmesi) ve akraba evliliği Türkiye’de karşılaşılan zorla evlendirme şekilleridir⁶²⁰.

Erken yaşta yapılan evlilikler, özel olarak çocuk gelinler, zorla evlilik türleriyle birlikte ortaya çıkabileceği gibi, çocuğun iradesiyle de gerçekleşebilir. Ancak on beş yaşından küçük çocukların evlilik konusundaki rıza beyanlarının geçerli olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim TCK’da bu yaş grubundaki çocuğun nitelikli cinsel istismarında, çocuğun rızası hukuka uygunluk sebebi oluşturmaz.

Çocuk gelinlerin önüne geçmek konusunda yasal zemindeki ilk engel TMK’nın 124. maddesidir. Hâkim kararıyla kadın ve erkeğin on altı yaşında evlenmesine olanak sağlanarak, çocuk gelinlere meşruluk kazandırılmıştır. İkinci yasal engel, elbette ki erken yaşta evliliklerin suç haline getirilmemiş olmasıdır. Bu

⁶¹⁸ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 245-248; Meral Ekici ŞAHİN, “Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2015, s. 395-427.

Zorla evlendirmenin ihlal ettiği değerler dikkate alındığında, TCK’da düzenlenmiş olan tehdit, cebir, insan ticareti, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, kötü muamele, hakaret suçları ve cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar kapsamında fiilin cezalandırılmasının mümkün olmadığına ilişkin detaylı değerlendirmeler için bkz. ŞAHİN, s. 395-427.

⁶¹⁹ ŞAHİN, s. 395-427.

⁶²⁰ Belirtilen evlenme şekillerinin detayları için bkz. TBMM Erken Yaşta Evlilikler Hakkında İnceleme Yapılmasına Dair Alt Komisyon’un 2009 tarihli Raporu, s. 15.

tür evlilikleri dolaylı yoldan da olsa cezalandıran iki ayrı yasa maddesinin de Anayasa Mahkemesi'nce yakın zamanlarda iptal edilmesiyle, zaten zayıf olan çocuk gelinlerin cezai kalkanı daha da zayıflamıştır.

Bunlardan ilki, resmî evlilik olmadan, evlenmenin dinsel törenini yapmayı suç haline getirmiş olan ve çocuk gelinler için dolaylı bir yasal koruma sağlayan TCK'nın 230. maddesinin 5. ve 6. fıkralarının Anayasaya aykırı görülerek iptal edilmesidir⁶²¹. Anayasa Mahkemesi bu kararında, iptaline karar verilen hükmün, özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği Anayasa'nın 20. maddesine, ölçülülük ilkesinin düzenlendiği Anayasa'nın 13. maddesine ve din ve vicdan hürriyetinin düzenlendiği Anayasa'nın 24. maddesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Karar hem gerekçesi hem de sonuçları itibariyle pek çok yönden eleştiriye açıktır. Mahkeme, itiraz konusu yasa maddesiyle getirilen sınırlamanın amacının "aile düzeninin korunması" olduğunu ifade etmiş ancak aynı zamanda kadınların korunmasının da amaçlandığına hiç değinmemiştir. Mahkeme yasa hükmüyle gelen sınırlandırmanın demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluk getirmediğini ifade etmiş, buna karşın yasal düzenlemede kadınların haklarına yönelik bir üstün kamu yararı olduğu konusunda bir değerlendirme yapmamıştır⁶²².

⁶²¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, 27.05.2015, 2015/36 E. – 2015/51 K., RG. 10.06.2015-29382.

Kanun maddesinin Anayasaya aykırılığını ileri süren mahkeme, Anayasaya aykırılık gerekçesinde, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan hürriyeti ve eşitlik gibi temel hak ve özgürlüklere dayanmışsa da, Anayasaya aykırılık iddiasında kullanılan dile dikkat çekmek yararlı olabilir. Örneğin Mahkeme'ye göre; "... 1982 Anayasamızın kişilere tanıdığı özel hayatın gizliliği ve din ve vicdan hürriyeti hükümleri dikkate alındığında, **bir bayan ve erkeğin birlikte gayrimeşru yaşamaları suç değilken dini nikâh kıyarak birlikte yaşamalarının suç teşkil etmesi ayrıca kişilerin dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz hükmünün de ihlal ettiği anlaşılmaktadır.** ..." Resmî nikâh olmadan birlikte yaşayan çiftlerin yaşamını **gayrimeşru** olarak niteleyen Mahkeme'nin, hak ve özgürlüklerden yana bir tutum içerisinde olduğunu savunmak güçtür. Bu haliyle, Anayasaya aykırılık itirazında kullanılan dil, özel hayatın gizliliği ve eşitlik ilkelerine aykırı bir tutumu açığa çıkarmaktadır. Nitekim ne Anayasaya aykırılık itirazında bulunan yerel Mahkeme'nin ne Anayasa Mahkemesi'nin gerekçelerinde, ayrımcılıktan uzak, eşitlikten yana bir dille karşılaşmak mümkün değildir.

⁶²² ETCK'nın 237. maddesinde düzenlenmiş olan aynı içerikteki ceza hükmü Anayasa Mahkemesi'nin 24.11.1999 tarih, 1999/27 E. - 1999/42 K. sayılı kararıyla Anayasaya aykırı bulunmamıştır. Bu kararın gerekçesinde; ceza hükmü Medeni Kanun'la birlikte ele alınarak, düzenlemenin amaçları arasında kadının sosyal konumunun güçlendirilmesi de olduğu ifade edilmiştir. Kararda resmî nikâhsız dini nikâh, kadın ve çocuklar açısından doğurduğu sakıncalar dikkate alınarak ve ceza, kamu yararı ve kamu düzeniyle ilişkili olarak değerlendirilmiştir.

Esasında sadece dinsel törenin zamanlamasına yönelik bir sınırlama getiren, resmî nikâhın yapılmasıyla suç ve cezanın ortadan kalktığı ve mevcut haliyle dahi etkili bir ceza yaptırımı taşımadığı için eleştirilen⁶²³ bir ceza normu Anayasa Mahkemesi’nce ölçülü bulunmayarak iptal edilmiştir. Böylece kadınların resmî nikâhın sağladığı hakların hiçbirini içermeyen, hukuksal bağlayıcılığı olmayan dini nikâhla istismar edilmesinin ve dini nikâh yoluyla aleni olarak birden fazla kadınla evliliğin yolu açılmıştır. Diğer taraftan özellikle çocuk gelinlere dini nikâh yapmak konusunda din görevlilerine kolaylık sağlanmıştır. Hukuka aykırı ve geçersiz olarak, evlenme adı altında bir araya getirilen çocukların durumunu toplumun gözünde meşrulaştıran en önemli unsurun, dini nikâh yapmak olduğunun akıldan çıkarılmaması gerekir⁶²⁴.

Çocuk gelinlerin cezai kalkanını daha da zayıflatan bir diğer Anayasa Mahkemesi kararı, TCK’nın 103/2. maddesinin, yayımdan bir yıl sonra yürürlüğe girecek şekilde iptal edilmesidir. TCK’nın bu maddesinde, çocuğun nitelikli istismarı suçuna öngörülen hapis cezasının sekiz yıl olan alt sınırı 6545 sayılı Kanun’la on altı yıl olarak değiştirilmiştir. Anayasa Mahkemesi, suçla yaptırım arasında bulunması gereken adil dengeyi ortadan kaldıracak ölçüde ağır olarak nitelendirdiği yaptırım sebebiyle, düzenlemeyi Anayasa’nın 2. maddesinde hüküm altına alınan hukuk devleti ilkesine aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi’ne göre, ceza yaptırımının on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezası olarak belirlenmiş olması, “ ... *fiilin farklı yaş kategorilerindeki mağdurlara karşı işlendiği veya failin de küçük olduğu ya da fiilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmî evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri dikkate alınarak ceza tayin edilmesi veya onarıcı adalet kurumunun uygulanması imkanını*” ortadan kaldırmaktadır.

⁶²³ Birden çok evlilik, hileli evlenme, resmî nikâh olmadan dinsel tören yapma ve yaptırma için öngörülen cezaların yeterince caydırıcı olmadığı, bu haliyle dahi uygulamasının az olduğu yönündeki eleştiriler ve cezanın artırılması, daha etkin bir uygulama yapılması ve resmî nikâh olmadan dinsel tören yapanların cezalarının erteleme dışında bırakılması gerektiği yönündeki değerlendirme için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 196, 247.

⁶²⁴ Fahri Gökçen TANER, “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, TBB Dergisi 2016 (124), s. 221-246.

TCK'nın 103/2. maddesinin, özellikle failin de çocuk olduğu vakalarda, tartışmalı bir düzenleme olduğunun kabul edilmesi gerekir⁶²⁵. Nitekim Anayasa Mahkemesi de açıkça ifade etmese de, resmî evlilik yaşında olmayan çocukların aileleri tarafından, çoğunlukla bir düğün de yapılarak aleni hale getirilir şekilde evlendirilmeleriyle, diğer bir ifadeyle hukuka aykırı bir şekilde evlilik adı altında biraraya getirilmeleriyle ortaya çıkan duruma odaklanmıştır. Bu haliyle, Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesi, yasa koyucunun keskin tutumuna karşın, uygulayıcıların farklı mecralara kayabilecek tehlikeli tutumunu yansıtmaktadır⁶²⁶. Gerekçede açıkça

⁶²⁵ Bu konunun ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 2015/26 E. – 2015/100 K. sayılı kararında Anayasa Mahkemesi üyesi Osman Alifeyyaz PAKSÜT'ün farklı gerekçesi.

Evlenme ehliyeti olmayan çocukların evlenme adı altında bir araya getirilmesi ve kendilerini evli zanneden çocukların cinsel ilişkileriyle birlikte ortaya çıkan tartışmalı durum ve bu tartışmalı durumun ortadan kaldırılması için ortaya konulan hukuki çözüm önerileri için bkz. TANER, Anayasa Mahkemesi'nin Çocukların Cinsel İstismarına ..., s. 221-246. TANER'in *birinci önerisi*, resmî nikâhla evlenmemiş çocuklara evlenmenin dinsel törenini yapmayı suç haline getirmektir. *İkinci önerisiyse*, yaşları yakın olan çocukların birbirlerine yönelik rızaya dayalı cinsel davranışlarını (bu rıza hukuken geçerli olmasa bile) cezalandırmamayı esas alan ve yaş farkını gözetken bir hükmün kanuna eklenmesidir. İtalyan ve İsviçre Ceza Kanunlarındaki düzenlemelere yer veren yazar, mağdurla fail arasında en fazla üç yaş fark olmasının bir kişisel cezasızlık nedeni olarak düzenlenmesini, buna karşın çocukları böylesi sözde evliliğe ve cinsel davranışlara yönelten ebeveynleri, azmettiren veya yardım eden olarak cezalandırılmaya devam edilmesini önermektedir.

⁶²⁶ TCK'nın 103/2. maddesinde öngörülen ceza, 6545 sayılı Kanun'la artırılmadan önce de uygulamada tartışmalı bir konu olmuştur. Özellikle failin de yaşının on sekizden küçük olduğu, fail ve mağdurun suç sonrasında evlendikleri ve çocuklarının olduğu olaylarda, Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 2013 yılı içerisinde bir içtihat değişikliğine gitmiştir. Mağdurun yaşının on beşten büyük olup olmadığı konusunda failin hataya düşüp düşmediğinin tespiti yani TCK'nın 30. maddesinin uygulama şartlarının olup olmadığının araştırılması için failin cezalandırılması yönündeki yerel mahkeme kararlarını bozmaya başlamıştır. Özel Daire, sanığın yerel mahkemedeki yargılaması sırasında, mağdurun yaşının büyük olduğunu bildiği yönünde bir savunması bulunmasa da aynı şekilde bozma kararı vermiştir. Yargıtay Başsavcılığı'nın itirazı üzerine Ceza Genel Kurulu'na taşınan davalarda, Ceza Genel Kurulu, her olaydaki somut koşulları değerlendirerek sanığın, mağdurun yaşı konusunda hataya düşüp düşmediği araştırmasının yerinde olup olmadığını incelemiştir. Ceza Genel Kurulu tespit edebildiğimiz otuz karardan ikisinde, hata hükümlerinin uygulanma şartlarının bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerektiği yönündeki Özel Daire kararının isabetli olduğu sonucuna varmıştır. Bu kararlardan biri Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 25.02.2014 tarih 2013/14-349 E. – 2014/96 K. sayılı kararıdır. Somut olayda öğrenci olmayan mağdure bir işyerinde çalışmaktadır, sanığa on beş yaşından büyük olduğunu söylemiştir, suç tarihinde on beş yaşını doldurmasına iki gün kalmıştır, sanık ve mağdur suç tarihinden sonra evlenmiştir ve çocukları vardır. İkinci karar, 03.12.2013 tarihli 2013/14-576 E. – 2013/581 K. sayılı karardır. Bu karara konu olayda, suç tarihi itibarıyla mağdur ve sanık 7 gündür tanışmaktadırlar, bir kez cinsel ilişkiye girdikten sonra sanık mağdurun yaşının küçük olduğunu öğrendikten sonra tekrar ilişkiye girmedikleri gibi, rızaen kaçtıkları günün ertesi günü mağduru ailesine teslim etmiştir, mağdurla sanık suç tarihinden sonra evlenmiştir ve çocukları vardır. Yerel mahkeme, Özel Daire ve Ceza Genel Kurulu'nun kararlarının içeriği değerlendirildiğinde; yargının, tarafların içinde bulundukları sosyal ve kültürel durumu, sanığın evlenme saikini dikkate aldığı, aile birliğini sağlamaya yönelik bir uygulama içerisine girdiği ve hukuki olmaktan ziyade “vicdani kanaatler”in ön planda olduğu görülmektedir. Ancak bu vicdani olarak ifade edilen kanaatler, ataerkil tutumları ortaya sermekte ve çocuk gelinleri meşrulaştırmaktadır.

fiilden sonra resmî evliliğin gerçekleşmesi halinin, cezanın takdirinde bir indirim sebebi yapılamamasının iptal sebebi olduğu yazılmıştır. Bu, hem çocuk gelinlere göz yumulması, hem tecavüzcüyle evlenmenin bir cezasızlık sebebi olduğu ETCK günlerinin geri çağırılmasıdır.

B. ETKİN SORUŞTURMA YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Etkin Soruşturma Kavramı

İnsan hakları ihlalinin soruşturma ve faili cezalandırma yükümlülüğü, devletlerin insan haklarını koruma yükümlülüğünden doğar. Diğer bir ifadeyle, devletlerin insan haklarına ilişkin pozitif yükümlülükleri arasındadır. Bir insan hakları ihlali olarak kadına yönelik şiddetin gerçekleşmesi halinde de devletin ödevi, ihlali soruşturma ve ihlalden sorumlu olanları tespit etme, bu kişileri yargılama ve suçlu bulundukları takdirde cezalandırmaktır. Soruşturma ve cezalandırma ödevleri, devletin mağdurlara giderim sağlama yükümlülüğü kapsamında değildir. Ancak etkin bir soruşturma yapılmasının ve failin cezalandırılmasının, bireysel düzeyde çok önemli bir giderim fonksiyonu olduğunun da ifade edilmesi gerekir. Bu, mağdura ve ailesine, manevi bir tatmin sağlar.

İstanbul Sözleşmesi'nin soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin genel yükümlülüklerin düzenlendiği 49. maddesinde; Taraf Devletlerin, Sözleşme kapsamında yer alan her türlü şiddete ilişkin soruşturma ve kovuşturmanın gecikmeksizin ve etkin bir şekilde yürütülmesini sağlamak için gereken hukuki ve diğer alanlardaki tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Madde metnine göre, bu süreçlerde mağdurun hakları göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bu süreçler, şiddetin toplumsal cinsiyete dayalı olduğu anlayışına ve insan hakları temel ilkelerine uygun olarak yürütülmelidir.

Ceza muhakemesinde, soruşturma evresi, kovuşturma evresinin hazırlığı niteliğindedir ve bu evrede bir suçun işlendiği izlenimini veren halin gerçekliği araştırılır ve deliller toplanır. Soruşturma sürecinin temel amacı, şüphelinin haklarını

ihlal etmeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Soruşturma organlarının temel görevi de, bu amacı gerçekleştirmek üzere soruşturmanın etkin bir şekilde yürütülmesidir. Etkin soruşturmada ne anlaşılması gerektiği hususundaysa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarıyla oluşan çerçeve yol göstericidir.

AİHM etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğini genellikle Sözleşme'nin yaşam hakkının düzenlendiği 2. maddesiyle, işkence yasağının düzenlendiği 3. maddesi kapsamında incelemektedir. Anılan maddi haklar kapsamında, etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin önemli bir içtihat birikimi oluşmuştur. Bunun yanında, Mahkeme'nin etkin soruşturma yükümlülüğünü Sözleşme'nin kölelik ve zorla çalışma yasağının düzenlendiği 4. maddesi ve özel hayatın düzenlendiği 8. maddesi kapsamında incelediği kararları da bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, ihlal iddiasına ilişkin etkin soruşturma yapılmamış olması, usule ilişkin pozitif yükümlülüğün ihlalidir. Ayrıca etkin soruşturma yükümlülüğü, ihlal oluşturan fiilin sadece devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği şüphesi olan durumlarla sınırlı değildir, hakkın üçüncü kişiler tarafından ihlal edildiği durumlarda da ileri sürülebilir⁶²⁷. Mahkeme'nin, kadına yönelik şiddet olgusunu ele aldığı ve Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinin ihlal edildiğini tespit ettiği kararları dikkate alındığında, etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin içtihatların, somut olaya uygulanabilir olduğu ölçüde, kadına yönelik şiddet eylemleri için de aynen geçerli olduğu kabul edilmelidir.

AİHM'e göre, yaşam hakkının ya da işkence yasağının ihlal edildiği yönünde bir iddianın varlığı halinde, soruşturmaya resen başlanılmalıdır. Soruşturma makamları, ihlal iddiasını öğrendikleri anda vakit geçirmeksizin, diğer bir ifadeyle ivedi olarak soruşturmaya başlamalıdır. Soruşturmanın süratle yapılmaması soruşturmayı usul yönünden sakatlar. Bu durum delillerin etkili bir şekilde toplanmasının önüne geçer. Soruşturma, olaya karışanlardan bağımsız organ ve kişilerce yürütülmelidir. Bu organ ve kişilerin taraflı ve önyargılı davranmamaları gerekir. Ayrıca soruşturma kamu denetimine açık olmalıdır. Kamu denetiminin derecesi olaydan olaya değişebilirse de, asgari ölçüt şikâyetçiye soruşturma sürecine

⁶²⁷ Cem ŞENOL, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3), XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 64-65, 73.

etkili bir biçimde katılma imkânının sağlanmasıdır. Tüm bunların yanında, soruşturma makul bir özenle yürütülmeli ve yine makul bir süre içerisinde tamamlanmalıdır⁶²⁸.

Bunlar etkin soruşturma yükümlülüğünün temel asgari ölçütlerini ifade etmektedir. Diğer taraftan, soruşturmanın “etkili” olması da gerekir. Soruşturmanın etkililiği; ihlalden sorumlu olanların belirlenmesine ve cezalandırılmasına götürecek şekilde, tüm delillerin süratle toplanması ve korunması anlamına gelmektedir. Maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına zarar verecek her türlü eksiklik soruşturmanın etkililiğini ortadan kaldırabilir⁶²⁹. Her somut olaya göre farklılık gösterecek şekilde, olay yeri incelemesi, keşif, balistik ve tıbbi deliller, sağlık raporları, ölü muayene ve otopsi işlemleri ve tanık beyanları dâhil tüm delillerin, suçun ve failin tespitini sağlayacak etkililikte toplanması ve korunması gerekir. Bu aşamaların herhangi birinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını engelleyecek nitelikteki her tür eksiklik, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlalidir⁶³⁰.

Şiddet suçunun etkin bir şekilde soruşturulması yanında, gereği gibi soruşturma yapılmadığı iddiasının varlığı halinde, yetkili mercilerin olaya yaklaşımları da AİHM’e göre, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlalini oluşturabilir. Etkin soruşturma yapmadığı iddia edilen soruşturma makamları hakkında soruşturma yapılması gerekir. Bu iddianın soruşturulmaması ayrımcılık yasağının düzenlendiği Sözleşme’nin 14. maddesinin usulü gerekleri yönünden bir ihlal oluşturacaktır⁶³¹.

⁶²⁸ ŞENOL, s. 120-142; Osman DOĞRU-Atilla NALBANT, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, Avrupa Konseyi, Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2012, s. 21-30, 171-183.

⁶²⁹ DOĞRU-NALBANT, s. 24-27, 176-180.

⁶³⁰ ŞENOL, s. 159-197.

⁶³¹ KUYUCU, s. 123.

2. Kadına Yönelik Şiddet Suçlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğünün İhlalini Oluşturan Durumlar

a. Soruşturma Makamlarının Tarafli ve Önyargılı Olması

AIHM'e göre, soruşturma makamlarının bağımsız, tarafsız ve önyargılardan uzak olmaması, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali. Bu kapsamdaki soruşturma makamlarına hâkim, savcı ve kolluk personeli yanında bilirkişiler gibi soruşturmada görev alan herkes dâhildir. Kadına yönelik şiddet suçlarında, soruşturma makamlarının tarafli ve önyargılı tutumları, soruşturmanın farklı aşamalarında mağdurun karşısına çıkan ve soruşturmanın sonuca etkili olmasının önüne geçen önemli bir sorundur. Tarafli ve önyargılı tutumlar, kadınların şiddet gördükleri için karakola başvurdukları anda kolluk görevlilerinin soruna müdahalede isteksiz davranmalarında, bu konunun özel bir aile meselesi olduğu yönündeki yaklaşımlarında kendisini gösterir. İlk aşamada kolluğun bu tutumu, şiddet mağduru kadınların şikâyetçi olmalarının bile önüne geçebilmektedir. Toplumsal cinsiyet rollerini benimsemiş olan yargı ve kolluk personelinin soruşturmaya kendi tutumlarını yansıtması, kadınların aleyhine tarafli bir soruşturma yürütülmesine sebep olabilir. Ataerkil sistemin ağırlığının toplumun her kesiminde olduğu gibi kolluk ve yargı personelinde de hissediliyor olması, kadına yönelik şiddet suçlarının tümünde bu tarafli ve önyargılı davranışların ortaya çıkması ihtimalini artırmaktadır. Bu tür durumlarda etkin soruşturma yükümlülüğü ihlal edilmektedir⁶³².

⁶³² Bir hâkim tarafından yazılmış olan “Erkeğin İtibarsızlaştırılması Feminist Düzen” isimli kitaba bu noktada dikkat çekmek gerekir. Kitabın bölüm başlıklarının bir kısmı şu şekildedir: kadınlardan uzak durun, kadınların evlilik yaparken kendilerinden daha yaşlı erkekleri tercih etmeleri, hâkimlere uygulanan mahalle baskısı, para kazanan kadının kocasını silikleştirmesi, kadınların (politik davranma) rol yapma yetenekleri, kadınlardaki hasetlik duygusu ve bu sebeple yaşam kalitemizdeki düşme, kadınların cinsel kontrol ve buna bağlı yönlendiricilik güçleri, medeni kanun eliyle erkeğin itibarsızlaştırılması, erkekte değersizlik algısının muhtemel sonuçları, değersizlik duygusunun faturasının şiddet olarak yansıtılabilmesi. Kitabın önsözüne kitabın yazarı olan hâkim; “*Gerek toplumsal algıların gerekse bu algılara bağlı olarak ihdas edilen yasal düzenlemelerin erkeği nasıl sünepeleştirdiğini ...*” özellikle anlatmaya çalıştığını ifade ederek başlamıştır. Kitabın tümünde kadın düşmanlığını açıkça ortaya koyan yazar, kadına yönelen erkek şiddetini kadından kaynaklanan sebeplere bağlayarak erkekleri aklamış ve kadından yana olan kanunların da erkeğin şiddet uygulamasına zemin hazırladığını ortaya koymaya çalışmıştır. Kitabın tümüne yayılmış olan nefret söylemi, kitaptan yapılacak pek çok alıntıyla dikkat çekici hale getirilebilir. Ancak yazarın Ailenin Korunması Hakkındaki Kanun’a kendisinin “ailenin parçalanması hakkında kanun” dediğini ve birçok erkeğin, kadının yasa koyucu eliyle bu denli *şımartılmasına, azgınlaştırılmasına* tahammül edemeyeceğini ve “altın vuruş” yöntemini (doğrudan öldürmeyi amaç edinen yöntem) uygulayabileceklerini ifade ettiği, böylece bu kanunların kadınların zararına olduğu sonucuna vardığını, yazarın çarpık mantığını ortaya koyduğu için belirtmekte yarar vardır. Elbette ki bu kitabın,

Soruşturma makamlarının taraflı ve önyargılı davranışları, cinsel şiddet suçlarının soruşturmalarında sarsıcı bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Cinsel şiddet mağduru kadın, üzerinde ne olduğu, o saatte orada ne işi olduğu, faile neden inandığı gibi sorularla karşı karşıya kalmaktadır. Bunun altında soruşturma makamlarının kadınlara taraflı ve önyargılı yaklaşımları vardır. Sıklıkla kadınların suçun işlenmesine katkısı ya da ihmali sorgulanır. Mağdur kadınlar soruşturma sürecinde adeta kendi masumiyetlerini ispat etmek zorunda kalırlar. Süreci bu kadar zorlaştıran, kadınların cinsel şiddeti tahrik ettiği, hiçbir kadına rızası dışında tecavüz edilemeyeceği, kadınların gizli gizli tecavüze uğramak istedikleri, tecavüzün içgüdüsel bir cürüm olduğu ya da saldırganın bir yabancı olduğu yönündeki yaygın olumsuz yargılardır⁶³³.

Soruşturma makamlarının bu tutumu karşısında, “kadının beyanı esastır” ilkesinin cinsel şiddet suçlarında uygulanmasının önemine dikkat çekmek gerekir. Bu ilkenin ne anlama geldiği konusunda ciddi kafa karışıklıkları vardır. Bu ilke, herhangi bir soruşturma ve yargılama yapılmaksızın kadının iddialarının doğru kabul edilerek, failin mahkûm edilmesi anlamına gelmemektedir. Aksine bu ilke, kadının beyanı ciddiye alınarak soruşturmanın yürütülmesi gereğini ifade etmektedir. Adli makamlara yansıyan cinsel şiddet suçlarında, failerin sıklıkla yaptığı üzere, olanların rızaya dayalı olduğu savunmasının karşısında, kadının olayda rızası olmadığı yönündeki beyanının ciddiye alınmasıdır⁶³⁴. Kadının yaşanan olay sebebiyle ne hissettiğinin dikkate alınması, ceza muhakemesi hukukunun klasik ispat araçlarıyla ispatı kolay olmayan cinsel şiddet suçlarında, soruşturma makamlarının kadının beyanları üzerinden delil toplama yoluna gitmesini sağlayacaktır. Ceza usul araçlarının kadının iddialarının kanıtlanması için kullanılması gerekir. Kadının beyanının esas alınması ilkesinin, masumiyet karinesiyle çeliştiği sıklıkla ifade edilse

tüm yargı mensuplarının genel algısını ortaya koyduğunu ifade etmek haksızlık olacaktır. Ancak halen görevde olan yani yargılama faaliyetini icra eden bir hâkimin, bu denli radikal ve açık düşmanlık içeren düşüncelerini bir kitapta toplamakta bir beis görmediğine ve bu kitabın yayınlanmasından sonra yargı teşkilatından kurumsal olarak kendisine aynı açıklıkta bir eleştiri gelmediğine dikkat çekmek gerekir. Bkz. Önder **KANYILMAZ**, Erkeğin İtibarsızlaştırılması Feminist Düzen, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013.

⁶³³ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 199, 200, 205-206.

⁶³⁴ ÖZKAZANÇ, s. 190.

de, bu ilkenin hayata geçirilmesi, failin doğrudan cezalandırılması anlamına gelmemektedir. Soruşturma makamlarının önyargılı ve taraflı tutumlarından uzaklaşarak bu ilkeyi ön planda tutmaları, kadının korunması için gereklidir.

AIHM'e göre; tecavüz mağdurunun alkollü olması ya da davranışlarını etkileyen başka koşullar altında bulunması ya da kişiliği, etkin soruşturma yapma ödevini ortadan kaldırmaz⁶³⁵. Bunun yanında, mağdurun davranışlarının suça gerekçe yapılmaması ve mağdurun dolaylı rızasından da bahsedilmemelidir. İstanbul Sözleşmesi'nde de, soruşturma sırasında kimi zaman, mağdurun cinsel geçmişi ve davranışlarıyla ilgili iddiaların, mağdurun iddialarının geçersiz sayılmasını sağlamak üzere kullanıldığı dikkate alınmıştır. Bu tür deliller sunulması, mağdurların önüne gelenle cinsel ilişki kurabilen, ahlaktan yoksun, medeni hukuk ve ceza hukuku kapsamında korunmaya layık olmayan kişiler olduklarına ilişkin olumsuz yargıları pekiştirici zararlı sonuçlar verebilir. Bu durumun fiiliyatta eşitsizliğe yol açabileceği dikkate alınarak, Taraf Devletlerin herhangi bir hukuk veya ceza davasında mağdurun cinsel geçmiş ve davranışıyla ilgili var olan delillere, *yalnızca davayla ilgili ve gerekliyse* başvurulmasını sağlamak üzere yasal önlemler alacağı hüküm altına alınmıştır.⁶³⁶

Opuz - Türkiye kararında Mahkeme'nin, ayrımcılık yasağının düzenlendiği Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği yönündeki kararının gerekçesinde de, soruşturma makamlarının taraflı ve önyargılı tutumlarının etkisi görülmektedir. Mahkeme, mağdurların aile içi şiddeti karakollara bildirdiğinde, polis memurlarının bu şikâyetleri soruşturmak yerine, mağdurları evlerine geri dönmeye ve şikâyetlerinden vazgeçmeye ikna etmeye uğraşan bir aracı rolü üstlenmeye çalıştığını belirten raporlara atıfta bulunarak, bu davranış şeklini genel ve ayrımcı yargı pasifliği olarak değerlendirmiştir⁶³⁷.

⁶³⁵ *D.J./Hırvatistan*, par. 101.

⁶³⁶ İstanbul Sözleşmesi, m. 54; Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 281.

⁶³⁷ *Opuz/Türkiye*, par. 195-198.

b. Delillerin Toplanması Sürecindeki İhlaller

Tüm soruşturmalarda olduğu gibi, kadına yönelik şiddet suçlarında da, suçun işlendiği yönündeki iddia hukuka uygun delillerle ispat edilebildiğinde, sanığın cezalandırılması mümkündür. Aksi takdirde şüpheden sanık yararlanacak ve soruşturma sanık lehine sonuçlanacaktır. Bu sebeple, suça ilişkin delillerin eksik toplanması veya toplanan delillerin muhafaza edilmemesi suçun ispatının önüne geçecektir. Böyle bir durumda soruşturmanın etkililiği de zedelenmiş olacaktır.

Delillerin toplanması, kadına yönelik şiddet suçları içerisinde özellikle cinsel suçlar söz konusu olduğunda özel bir önem taşır. Bu suçların ispatı, diğer suçlara oranla daha zordur. Faille mağdur arasında gözlerden uzak yaşanan olayın tanığı ya da belgesi çoğu zaman yoktur. Bu sebeple klasik ispat araçlarıyla suçun ispatı zordur. Şüpheli ve mağdurun beyanları ilk başvurulması gereken deliller arasındadır ve ivedilikle bu delillerin toplanması olayın aydınlatılması için önemlidir. Mağdurun olayı anlatımı, özellikle dikkate alınması gereken psikolojik bulguların tespiti için özenle değerlendirilmelidir. Bunun yanında, olay yerinden elde edilecek delillerle mağdurun fiziki muayenesi sonucu elde edilecek tıbbi deliller, diğer suçların ispatına oranla daha ön plana çıkar. Suç mahallinde yapılacak olay yeri inceleme ve keşif, özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde yapılmalıdır. AİHM içtihadıyla ortaya konulduğu gibi, olay yeri incelemesinin bizzat savcı tarafından, vakit geçirmeksizin ve davayı aydınlatmayı mümkün kılacak titizlikte, yüzeysellikten uzak bir biçimde yapılması cinsel suç delillerinin eksiksiz olarak toplanmasını sağlayacaktır. Bununla birlikte mağdurun ilk muayenesini yapan ve raporu hazırlayan doktorun konusunda uzman olması, raporun muayene sonucu elde edilen bulguların tümünü ayrıntılı biçimde içermesi olayın aydınlatılmasında etkilidir.

AİHM'in *M.C - Bulgaristan* kararında belirttiği üzere, devletin tecavüzü etkili bir şekilde cezalandıran ceza hükümleri koyma ve bunları etkili soruşturma ve kovuşturma suretiyle uygulamaya geçirme konusunda Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine içkin bir pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır⁶³⁸. Mahkeme bu kararında 3. ve 8. maddeden doğan pozitif yükümlülüklerin ilgili Devlet tarafından ihlal

⁶³⁸ *M.C./Bulgaristan*, par. 153.

edildiğine karar verirken, yetkili makamların olayı çevreleyen bütün koşulların ortaya çıkarılması için mevcut ihtimalleri araştırmadıkları ve çelişen ifadelerin güvenilirliğini yeterince değerlendirmediklerini ifade etmiştir. Ayrıca yetkililerin, genç insanların özellikle korunmasız oluşlarına ve küçüklere karşı tecavüzle ilgili olaylarda mevcut özel psikolojik faktörlere pek önem verilmemesi de, Mahkeme'nin ihlal gerekçeleri arasındadır⁶³⁹.

AİHM'in Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin usul yönünden ihlal edildiğine karar verdiği *D.J. - Hırvatistan* kararında da, soruşturmadaki eksiklikler Sözleşme'nin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Mahkeme'ye göre soruşturmanın başlangıcında olay yerine gelen polislerin olay yerinde yaptıkları ilk inceleme özensizdir, başvurunun tecavüze uğradığı iddiasına karşın en etkili ve önemli olacak delillerden biri olan başvuranın iç çamaşırları olay yerindeki çöp kutusunda olmasına karşın toplanmamıştır ve bu şekilde soruşturmanın ilk aşaması gereken titizlikten yoksun olarak tamamlanmıştır. Ayrıca başvurunun olay günü giydiği eteği soruşturma makamlarına teslim etmesine karşın etek adli tıba gönderilmeyerek, olayla ilgili bilgisi olabilecek bir tanık dinlenilmeyerek soruşturmanın sonraki aşamaları da kusurlu hale gelmiştir⁶⁴⁰.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Durmaz - Türkiye Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 13 Kasım 2014 tarihli *Durmaz - Türkiye* kararı, kadına yönelik özel alanda şiddet iddiası karşısında, Devletin etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edildiği ve etkin soruşturma yükümlülüğüne ilişkin ilkelerin kadına yönelik şiddet olaylarında da aynen geçerli olduğunu tespit eden önemli bir karardır. Başvuran, Sözleşme'nin 2. maddesine dayanarak, kızının şüpheli ölümüyle ilgili olarak ulusal makamlar tarafından etkin bir soruşturma yürütülmediğini ileri sürmüştür. Başvuranın kızı, eşi tarafından bilinci açık ve uykuya meyilli bir halde 18 Temmuz 2005 tarihinde bir hastanenin acil servisine götürülmüştür. Eşi hastanedeki doktorlara, aşırı dozda "Prent" ve "Muscoril" adlı ilaçlardan aldığını söylemiştir. Hastane polisi, saat 18.45'te,

⁶³⁹ *M.C./Bulgaristan*, par. 177, 183.

⁶⁴⁰ *D.J./Hırvatistan*, par. 94-95, 95-103.

mağdurun eşinin ifadesini almıştır. Mağdurun eşi ifadesinde; günün daha erken saatlerinde eşiyle aralarında bir tartışma yaşandığını ve kendisine saldırması üzerine ona vurduğunu, ardından evden çıktığını, saat 15.00’te eve döndüğünü, bir süre sonra da eşinin fenalaştığını ve bunun üzerine onu hastaneye getirdiğini beyan etmiştir. Hastanede mağdurun midesi yıkanmış ancak yapılan müdahalelere karşın mağdur hayatını kaybetmiştir⁶⁴¹. Başvurucu ve eşi, kızlarının daha önce de eşinin şiddetine maruz kaldığını ifade ederek, kızlarının ölümünden eşinin sorumlu olduğunu iddia ederek şikâyetçi olmuşlarsa da, 28 Şubat 2006 tarihinde soruşturma tamamlanmış, mağdurun ölümünün ilaç içmek suretiyle intihar olduğu saptamasıyla kovuşturmaya yer olmadığına karar verilmiştir⁶⁴².

AİHM, Sözleşme’nin 2. maddesi uyarınca yaşam hakkının korunmasına ilişkin yükümlülüğün, Sözleşme’nin 1. maddesi kapsamında, Devletin “kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkesin Sözleşme’de tanımlanan hak ve özgürlüklerden yararlanmasını sağlama” göreviyle birlikte değerlendirildiğinde, bir kimsenin güç kullanımı sonucu hayatını kaybetmesi durumunda, etkin bir resmî soruşturma yürütülmesini zımnen gerektirdiğine ilişkin temel ilkeyi tekrar etmiştir. Buna ek olarak somut davanın kendine özgü koşullarını dikkate alarak, söz konusu yükümlülüğün, kişinin ölümüne, Devletin bir görevlisinin sebebiyet verdiği durumlarla sınırlı olmadığına da altını çizmiştir⁶⁴³.

Soruşturma sürecini inceleyen Mahkeme’ye göre, soruşturma makamları başvurusunun kızının intihar ettiğini peşinen kabul etmişlerdir. Savcı, ölümün başka bir sebepten meydana gelmiş olduğu ihtimalinin üzerinde durmamıştır. Yapılan otopsi ve toksikolojik analiz sonucu maktulün aşırı dozda ilaç almadığını doğrulamıştır. Dosya kapsamında, maktulün aşırı dozda ilaç aldığı yönünde maktulü hastaneye getiren eşinin yanıltıcı beyanını destekleyen herhangi bir delil olmadığı halde, dava açılmaksızın soruşturma sonuçlandırılmıştır. Gerçekleşen ölümden sonra, maktulün eşinin ifadesi alınmamıştır. İfadesi sadece maktulü hastaneye getirdiği

⁶⁴¹ *Durmaz/Türkiye*, par. 5-12.

⁶⁴² *Durmaz/Türkiye*, par. 26.

⁶⁴³ *Durmaz/Türkiye*, par. 54.

sırada alınmış ve bu ifadesinde de eşinin ilaç aldığını ve öncesinde de kavga ettiklerini beyan etmiştir. Başvurucunun, eşinin kızına önceden de şiddet uyguladığı yönündeki beyanları savcı tarafından dikkate alınıp, ölümün gerçekleşmesinden sonra maktulün eşinin ifadesinin öncelikle alınması gerekirken, bu yapılmamıştır. Ayrıca başvuru soruşturma makamlarından, çiftin kavga ettiği dairenin de incelenmesini istemiş ancak bu talebi kabul edilmeyerek burada bir inceleme yapılmamıştır⁶⁴⁴.

Soruşturmadaki eksiklikleri inceleyen ve bunlara dikkat çeken Mahkeme, ulusal makamların, başvurucunun kızının ölümüyle ilgili olarak etkin bir soruşturma yürütmedikleri ve Sözleşme'nin 2. maddesinin usul yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'nin bu ihlal tespitinde oldukça önemli olan hususlardan biri de, yürütülen soruşturmadaki eksikliklerin, Türkiye'de ev içi şiddete ilişkin diğer soruşturmalardaki eksikliklerle aynı nitelikte olduğu kanısında olduğunu belirtmesidir. Mahkeme, Türkiye'de ev içi şiddetin başta kadınları etkilediği ve yargıdaki genel ve ayrımcı nitelikteki etkisizliğin, ev içi şiddeti teşvik eden bir ortam yarattığı tespitlerini vurgulayarak *Opuz* kararına atıfta bulunmuştur. Somut davanın da, Cumhuriyet savcısına atfedilebilecek ciddi eksiklikler sebebiyle, yargının ev içi şiddet iddiaları konusundaki etkisizliğinin göstergesi olduğunu ifade etmiştir⁶⁴⁵.

Durmaz - Türkiye kararıyla, kadına yönelik özel alandaki şiddet vakalarında da, Devletin etkin soruşturma yükümlülüğünün var olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Bu, sadece *Durmaz - Türkiye* kararında saptanan eksiklikler yönünden değil, etkin soruşturma yükümlülüğünün ihlali kapsamında görülebilecek her tür soruşturma eksikliklerini kapsar. Yine kararda, *Opuz* kararındaki tespitlere atıf yapılarak, Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin ev içi şiddeti teşvik eder mahiyette olduğunun altının çizilmiş olması, kadına yönelik şiddet, ayrımcılık ve Türkiye'deki yargı pasifliği arasındaki ilişkinin etkin soruşturma yükümlülüğüne ne şekilde yansıdığını göstermesi bakımından da önemlidir.

⁶⁴⁴ *Durmaz/Türkiye*, par. 51-64.

⁶⁴⁵ *Durmaz/Türkiye*, par. 65.

C. FAİLİN CEZALANDIRILMASI YÜKÜMLÜLÜĞÜ, CEZASIZLIK VE EKSİK CEZA TAYİNİ

1. Kadına Yönelik Şiddet Suçlarında Cezasızlık

Uluslararası metinlerde cezasızlık kavramının normatif bir içeriğine ulaşmak mümkün olmasa da, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi tarafından belirlenen ilkelerle kavramın bir çerçevesi oluşturulmuştur. BM İnsan Hakları Komisyonu'na 2005 yılında bağımsız uzman *Diane Orentlicher* tarafından sunulan cezasızlıkla mücadeleyle dair güncellenmiş ilkelere ilişkin rapora göre cezasızlık; ihlalden sorumlu olan faillerin hesap vermelerine ilişkin *de jure* ya da *de facto* bir imkânsızlık halini ifade eder. Bu imkânsızlık hali, ihlalden sorumlu olan faillerin suçlanmalarına, alıkonulmalarına, yargılanmalarına ve suçlu bulundukları takdirde uygun şekilde cezalandırılmalarına ve mağdurlara onarım sağlanmasına olanak sağlayan cezai, hukuki, idari usuller ya da disiplin hukuku usullerine göre bir soruşturmaya tabi olmalarına engel olan koşullarda doğmaktadır⁶⁴⁶. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30 Mart 2011 tarihli Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Rehber İlkeleri'nde cezasızlıkla mücadelede devletlerin yükümlülükleri üzerinde durulmuştur. Cezasızlığın, ağır insan hakları ihlallerinden sorumlu olan faillerin, eylemleri için hesap vermemesi sonucunda ortaya çıktığı ifade edilmiştir⁶⁴⁷.

Cezasızlık, soruşturma aşamasından başlayarak, hüküm verilmesine ve devamında cezanın infazı sürecini de içerir şekilde tüm aşamaları kapsayan, sonunda mağdurlar ve toplum nezdinde adalet duygusunun karşılıksız kaldığı düşüncesinin hâkim olduğu bir süreç olarak düşünülmelidir⁶⁴⁸. En sık karşılaşılan ihlal tipi, etkili

⁶⁴⁶ Economic and Social Council, Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity, Diane Orentlicher, Addendum Updated Set of Principles For the Protection and Promotion of Human Rights Through Action to Combat Impunity E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 February 2005, s. 6.

⁶⁴⁷ Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, (Çev. Zeynep GÜLLÜ), Strazburg 2013.

⁶⁴⁸ Gülşah KURT, Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2014, s. 17.

soruşturmanın yokluğu veya soruşturmanın insan hakları standartlarına aykırı yürütülmesi olsa da, kovuşturma aşamasında yargılamanın uzaması, cezalandırma aşamasında cezanın ertelenmesi ve infaz aşamasında ağır insan hakları ihlallerinin affa uğraması da cezasızlık olgusunu ortaya çıkarabilir⁶⁴⁹.

Kadına yönelik şiddet suçlarında bu süreç, şiddet suçundan adli makamların ihbar ya da şikâyet yoluyla haberdar edilmemesi ve bu sebeple herhangi bir soruşturma yapılmamasıyla başlamaktadır. Olayın adli makamlara intikal etmesinden sonra devletin etkin soruşturma yükümlülüğünü ihlali ve bunun sonucu olarak failin tespit edilememesi, failin tespit edilmesi halindeyse failin cezalandırılmaması ya da işlediği suçla orantılı olmayacak kadar az bir ceza alması, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında cezasızlığı ortaya çıkarmaktadır. Benzer bir durum cezanın infazı aşamasında da söz konusudur. Verilen cezanın infazı da kimi zaman etkisiz olmakta ve bu şekilde cezasızlık olgusu bir kez daha gündeme gelmektedir.

Kadına yönelik şiddet suçlarında, devletlerin faili cezalandırma yükümlülüğü İstanbul Sözleşmesi'nin 5. ve 45. maddelerinde karşılık bulmuştur. Taraf Devletler Sözleşme'de tanımlanan suçların etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlarla cezalandırılmalarını sağlamakla yükümlüdürler. CEDAW Komitesi, kadınların şiddetten korunması yükümlülüğünün, şiddetin toplumsal olarak meşru görülmesi ve faillerin cezai sorumluluğu yoluna gidilmemesiyle oluşan sessizlik ve cezasızlık atmosferiyle mücadeleyi de içerdiğini vurgulamaktadır. Nitekim böylesi bir cezasızlık hali, şiddet sarmalını beslemektedir⁶⁵⁰.

Ağır cezaların, sınırlı etkisi kabul edilmekle birlikte, failleri şiddete başvurmaktan alıkoyacağı yönündeki varsayım gerçeği yansıtmamaktadır. Yasa metinlerinde bulunan ağır cezalardan ziyade, failin ve potansiyel failin cezadan kaçışının olmadığını idrak etmesi, daha caydırıcıdır. Şiddet faillerinin işledikleri suçun soruşturma ya da yargılamaya konu olmayacağını bilmeleri ya da suç ne kadar ağır olursa olsun, ispat edilemeyeceği ya da türlü sebeplerle ceza almayacaklarını düşünmeleri şiddetin devam edeceği anlamına gelmektedir. Cezasızlığın bu etkisi

⁶⁴⁹ Kerem **ALTIPARMAK**, Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara 2016, s. 11.

⁶⁵⁰ CHINKIN, s. 485.

özellikle özel alanda gerçekleşen kadına yönelik şiddet suçlarında kendini daha çok gösterir. Kadının yakınlarından gördüğü şiddet, failin herhangi bir şekilde ceza korkusu olmadığında, artarak devam etmektedir. Namus sebebiyle işlenen suçlarda cezasızlık, aile ve toplum içerisindeki ataerkil otoritenin daha da sağlamlaşmasına yol açmaktadır. Tüm bu sebeplerle kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarında cezasızlık, kadınların şiddetten korunmasının önündeki aşılması gereken önemli bir engeldir.

2. Cezasızlığa ve Eksik Ceza Tayinine Sebep Olan Hukuki Düzenlemeler ve Uygulamalar

a. Soruşturmanın Başlangıç Koşulları

Cezasızlığa sebep olan olgulardan ilki, şiddet olayının gizli kalması, soruşturma makamlarına ihbar ya da şikâyet yoluyla yansımaması, suçun ve suçlunun kara rakamlar içerisinde kalmasıdır. Bunun oluşmasında ilk etken mağdurun davranışlarıdır. Mağdur kültürel, toplumsal ve bürokratik temelli pek çok sebeple şikâyetçi olmayabilir. Özel alanda gerçekleşen şiddet olaylarında sıklıkla görüldüğü üzere mağdur ve fail arasındaki yakın ilişkiler, mağdurun şikâyetçi olmaktan korkmasına ve çekinmesine neden olabilir. Mağduru şikâyetçi olmaktan alıkoyan ikinci sebepse, mağdurun ceza adalet sistemine aksaklıkları sebebiyle güvenmemesi, şikâyetçi olsa bile failin hak ettiği cezayı almayacağı düşüncesinden kaynaklanır. Aynı sebepler şikâyetçi olduktan sonra mağdurun şikâyetinden vazgeçmesinde de etkilidir.

Bu durum mağdurların ve potansiyel mağdurların adalete erişim hakları kapsamında değerlendirilmelidir. Devletlerin, mağdurların adalete erişimini sağlamaları gerekir. Adalete erişimin sağlanması için kadınları, maruz kaldıkları şiddeti yetkili makamlara bildirmelerinden alıkoyan engeller ya da şikâyetlerini geri almalarına sebep olan tehdit ve yıldırma gibi olaylar tespit edilmeli ve bunlar ortadan kaldırılmalıdır. Yasal olarak var olan ya da uygulamada ortaya çıkan engellerin yok edilmemesi, toplumsal cinsiyete dayalı bir ayrımcılık oluşturur. Cinsiyet temelli şiddetin ve cinsel şiddet olaylarının yetkili makamlara bildirilmesi, kadınlar için kolay ve güvenli olmalıdır. Bunun için mağdurların yaftalanmaması ve bu tür suçlar

konusunda kamusal bir farkındalığın olması gerekir. Mağdurların şikâyetçi olduklarında ilk karşılaştıkları kamusal makam olan karakollarda, kadınlara düşmanca ya da duyarsız şekilde ve daha da kötüsü suçlu gibi davranılması, kadınları şikâyetçi olmaktan alıkoymaktadır. Kolluk makamlarının bu davranışları engellenmelidir⁶⁵¹.

Suçun kara rakamlar arasında kalmasının önüne geçmek için ikinci yol suçun ihbarıdır. Bu, kadına yönelik şiddet konusunda farkındalığın artmasıyla yakından ilgilidir. Özellikle doktorlar, öğretmenler, çeşitli birimlerde görev alan sosyal çalışmacılar özel alanda şiddetin belirtilerini bilmeli ve bu suçları soruşturma makamlarına ihbarla yükümlü olmalıdır. Kolluğun da özel alanda şiddetin suç olduğunu, aile içinde özel bir mesele olmadığını idrak etmesi gerekir.

Cezasızlığın önüne geçmek için devlet ilk aşamada soruşturmanın başlangıç koşullarını değiştirebilir. Özel alanda gerçekleşen tüm şiddet eylemlerini şikâyete tabi olmaktan çıkarabilir. Böylece, hafif suçlar da dâhil olacak şekilde soruşturma makamlarının şiddet olayından herhangi bir şekilde haberdar olmaları halinde, mağdurun soruşturmanın devamına ilişkin beyanı dikkate alınmaksızın soruşturma işlemleri yapılabilecektir. Bu yönde yapılacak bir düzenlemeyle, devletin özel alanda şiddetle mücadele konusunu ne kadar önemseydiği ortaya konulacak olsa da, tüm şiddet suçlarının şikâyete tabi olmaktan çıkması, mağdur kadının iradesinin devlet tarafından kabul edilmemesi sonucunu da doğurur. Bu, kadının güvenliğinin mi yoksa failin cezalandırılmasının mı ön planda olduğu, devlet müdahalesinin sınırının ne olması gerektiği, koruma saikiyle gerçekleşen müdahalenin özel hayata saygı duyulması hakkının sınırlarını aşıp aşmadığı tartışmalarını gündeme getirmektedir.

Bu konuya, *Opuz - Türkiye* kararında dolaylı bir çözüm getirilmiştir. Karara göre, kadına yönelik şiddet suçlarının bir kısmının şikâyete tabi olması tek başına yasal mevzuatın etkisizliği sonucunu doğurmaz. Mağdurların şikâyetten vazgeçmeleri halinde soruşturmanın ve kovuşturmanın devamı konusundaki dikkate alınması gereken ölçüt, suçun ağırlığı veya başka suçların işlenmesi tehlikesinin artmasıdır. Bu koşullar varsa, mağdur şikâyetçi olmasa ya da şikâyetinden vazgeçse

⁶⁵¹ CHINKIN, s. 485-486.

de, kovuşturmanın devamında kamu yararı vardır⁶⁵². Kadının güvenliği de düşünülerek kadının iradesinin yok sayılmaması gerekir. İşlenen suçun ağırlığı, şiddetin tırmanması ihtimali gözetilerek ve mağdurla fail arasındaki yakın ilişkiyle birlikte değerlendirilmelidir. Doğurduğu zarar sebebiyle ağır suçlar olarak nitelendirilen suçların şikâyeteye tabi tutulmaması gerekmeyle birlikte, hafif suçlarda şiddetin belli bir eşiği geçmesi ya da hafif olsa da şiddetin sürekliliği halinde, soruşturma ve kovuşturmanın mağdurun şikâyetine tabi tutulmamasında mağdurun ve kamunun yararı vardır.

İstanbul Sözleşmesi'nin 55. maddesine göre; Taraf Devletler, fiziksel şiddet (m.35), tecavüz dâhil cinsel şiddet (m.36), zorla evlendirme (m.37), kadının genital mutilasyonu (kadın sünneti) (m.38), zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma (m.39) suçlarıyla ilgili soruşturma ve kovuşturmaların, mağdurun ifadesine ya da şikâyetine bağlı olmamasını ve mağdurun şikâyetini geri çekmesi durumunda dahi devam edilmesini sağlamalıdır. Bununla birlikte Sözleşme'nin 78. maddesiyle, hafif suçlara ilişkin olarak fiziksel şiddet suçlarının şikâyeteye tabi olması yönünde Taraf Devletlerin Sözleşme'ye çekince koyabilecekleri hüküm altına alınmıştır. Türkiye Sözleşme'yi herhangi bir çekince koymadan imzalamıştır⁶⁵³.

Bu çerçevede Türk Ceza Kanunu incelendiğinde; fiziksel ve cinsel şiddete ilişkin olan suçların doğurdıkları zarar bakımından hafif olduğu değerlendirilen bir kısmının, psikolojik şiddete ilişkin suçlarınsa çoğunluğunun şikâyeteye tabi olduğu görülmektedir. TCK'nın 73. maddesine göre, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı olan suçlarda şikâyet süresi altı aydır.

Fiziksel şiddet suçlarında aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali (m. 233/1) ve kasten yaralama suçunun, fiilin kişi üzerindeki etkisi basit bir tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olduğu hali (m.86/2) şikâyeteye tabidir. TCK'nın 86/3. maddesinde kasten yaralama suçunun kişinin üzerindeki etkisi basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olduğu hallerde de, şikâyet

⁶⁵² *Opuz/Türkiye*, par. 138-145.

⁶⁵³ İstanbul Sözleşmesi'ne taraf olan ülkeler ve çekinceleri için bkz.
<http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>

aranmayacağı özel durumlar düzenlenmiştir. Kadına yönelik özel alanda şiddet olaylarında sıklıkla karşılaşılan şekliyle suçun üstsoya, altsoya, eşe ve kardeşe karşı işlenmesi halinde suç şikâyeteye tabi değildir (m. 86/3-a)⁶⁵⁴. Bu düzenleme, kasten yaralama suçlarında kadınlara önemli bir koruma sağlamakla birlikte, maddenin resmî evlilik bağı olmadan birlikte yaşayan ya da aralarındaki resmî evlilik bağı sona ermiş çiftler arasında uygulama olanağı bulunmadığından, bu koruma sınırlıdır. Ayrıca Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'nin kadına yönelik fiziksel şiddet suçlarının tümünün şikâyeteye tabi olmayacağı yönündeki 55. maddesine çekince koymaksızın Sözleşme'yi imzalamış olduğundan, TCK'nın 86/2. maddesi Sözleşme'yle çelişmektedir.

Kadına yönelik cinsel şiddet suçları kapsamındaki basit cinsel saldırı suçu (m.102), sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun cinsel istismarı (m.103/1-2. cümle), reşit olmayanla cinsel ilişki (m. 104) ve cinsel taciz (m.105) suçları şikâyeteye tabi suçlardır. Kadınların ve kız çocuklarının şikâyetçi olmak konusunda en çok çekincelerinin olduğu şiddet türünün cinsel şiddet olduğu bilinmektedir. Kanun metninin tartışmalı düzenlemesi sebebiyle, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun şikâyeteye tabi tutulmaması yani resen soruşturulmasının, şiddet mağdurunun korunması anlamına gelmeyeceği açıktır. Bu durum, kanunun iradesini tanıdığı on beş yaşını doldurmuş bir kız çocuğunun reşit olmadan kendi rızasıyla cinsel ilişkisinin suç haline getirilmesi söz konusu olur ki, bu cinsel şiddet mağdurunun korunması amacından bir sapmadır. Ancak basit cinsel saldırı, sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları, mağdurların şikâyetten çekinmeleri ya da şikâyetçi olmaları halinde baskı ve tehditle şikâyetlerinden vazgeçmek zorunda kalacakları durumlara sebep olabilir. Bu durum, faillerin cezasızlık atmosferinden faydalanmalarına sebep olur. TCK'nın anılan hükümleri,

⁶⁵⁴ Anayasa Mahkemesi 03.01.2008 tarih 2005/151 E. - 2008/37 K. sayılı kararında, yasa koyucunun bu kanun hükmüne ilişkin ceza politikası tercihini şu şekilde değerlendirmiştir: “Ülkemizde de, son yıllarda aile içi şiddet olaylarının önlenmesi ve aile içi şiddet suçlarının etkin şekilde cezalandırılmaları için yapılan geniş kapsamlı yasal ve yönetsel çalışmalar kapsamında aile içi şiddetin en yaygın görünümülerinden biri olan basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek kasten yaralama olaylarında **baskı yapılarak şikâyetin engellenebileceği gözetilerek** yasakoyucu tarafından, itiraz konusu kuralla şikâyet aranmaksızın soruşturma ve kovuşturma esasının kabul edildiği anlaşılmaktadır.”

İstanbul Sözleşmesi'nin 55. maddesiyle de çelişmektedir. Sözleşme'nin 55. maddesinde, tecavüz dâhil cinsel şiddete ilişkin eylemlerin şikâyeteye tabi tutulmayacağı düzenlenmiştir. İstanbul Sözleşmesi'nde cinsel şiddet “rızası olmadan bir kişiye karşı gerçekleştirilen cinsel nitelikli eylemler”dir. Bu haliyle, TCK'daki basit cinsel saldırı, sarkıntılık düzeyinde kalan çocuğun cinsel istismarı ve cinsel taciz suçları da, Sözleşme kapsamında şikâyeteye tabi tutulmaması gereken suç tipleridir.

Kadına yönelik psikolojik şiddet suçları kapsamında değerlendirilen, hakaret (m. 125), konut dokunulmazlığının ihlali (m. 116) ve huzur ve sükûnu bozma (m. 123) suçları şikâyeteye tabi suçlardır. Tehdit suçundaysa ikili bir ayrıma gidilmiş ve kişinin vücut ve cinsel dokunulmazlığına yönelik olmayan, malvarlığı itibarıyla zarara uğratacağı ve sair kötülük edeceğine ilişkin tehdit (m. 106/1-2. cümle) şikâyeteye tabi bir suç olarak düzenlenmiştir. Suç sebebiyle doğan zararın hafif olduğu düşüncesiyle şikâyeteye tabi tutulduğu bilinen bu suçların, kadına yönelik şiddet eylemlerinde tali bir yeri vardır. Çoğunlukla fiziksel şiddetle birlikte işlendikleri görülmektedir. Birlikte işlenmediğinde de, fiziksel şiddetin öncesinde yaşanan bir şiddet türüdür. Bu suçların tümüyle şikâyeteye tabi tutulmasından ziyade, daha ağır sonuçları olan şiddet eylemlerine doğru tırmanan bir süreç içerisinde olduğu kanaati oluştuğunda, mağdurların şikâyetinden vazgeçmeleri halinde de, resen soruşturulmaya olanak sağlayan bir düzenleme yapılması yine cezasızlıkla mücadelede bir yöntem olarak kullanılabilir.

b. Haksız Tahrik

Kadına yönelik şiddet suçlarında faile eksik ceza tayinine sebep olan düzenlemelerden biri, TCK'nın 29. maddesinde yer alan haksız tahrik hükmünün uygulamasındaki sorunlardır. Hükmün gereği gibi uygulanmaması sonucunda sanığın cezası haksız yere indirilmektedir.

Haksız tahrik ceza sorumluluğunu azaltan bir neden olarak TCK'nın 29. maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

“Haksız bir filin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz

yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir.”

Haksız tahrik hükmünün uygulanabilmesi için, öncelikle tahrik oluşturan haksız bir fiil olmalıdır. Haksız fiil, failde hiddet veya şiddetli bir elem meydana getirmelidir. Tahrik oluşturan hareketle işlenen suç arasında nedensellik bağı olmalıdır. Diğer bir ifadeyle, suç bu hiddet ve şiddetli elem etkisi altında işlenmelidir. Uygulamada oldukça tartışmalı kararlara sebep olan bir şart olarak, suçun tahrik oluşturan haksız eylemi gerçekleştiren kimseye yönelmesi gerekir⁶⁵⁵.

TCK'nın 29. maddesiyle, ETCK'da yer alan ağır tahrik-hafif tahrik ayrımının ortadan kaldırılması dışında, her iki Kanun'un özünde bir fark yoktur. Ağır tahrik-hafif tahrik ayrımını ortadan kaldıran yasa koyucu, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından değerlendirilmesi yapıp, haksız fiilin sanığın iradesine etkisini dikkate alarak maddede gösterilen iki sınır arasında belirlenen oranda indirim yapılmasına olanak sağlamıştır. Düzenleme, diğer devletlerin ceza kanunlarında görülmeyen bir oranda dörtte üçe kadar ceza indirimi yapılabilmesine olanak sağlaması sebebiyle eleştiriye açıktır⁶⁵⁶. İlk derece mahkemelerince haksız tahrik sebebiyle en üst oranda indirim yapılması halinin, Yargıtay içtihatlarında, haksız tahrik indiriminde sınırın aşılması olarak kabul edildiği, böylece yasal düzenlemenin bu hükmüne uygulamada bir sınırlama getirildiği görülmektedir⁶⁵⁷.

Haksız tahrik hükmünün kadına yönelik şiddet suçlarında tümüyle uygulamadan çıkarılması gerektiği yönünde görüşler ortaya atılmaktaysa da, bu hükmün cezanın bireyselleştirilmesi amacına hizmet eden önemli bir ceza hukuku kurumu olduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Sorun hükmün ceza kanunundaki düzenleme şekli değil, hükmü uygulayan hâkimin kararına ataerkil kodlarla oluşmuş

⁶⁵⁵ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s.217-219; Veli Özer **ÖZBEK**-M. Nihat **KANBUR**-Koray **DOĞAN**-Pınar **BACAKSIZ**-İlker **TEPE**, Ceza Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Seçkin Yay., B. 3, Ankara 2010, s. 247-249.

⁶⁵⁶ Türkân Yalçın **SANCAR**, “Asıl Sorunu Gözden Kaçırma Tehlikesi”, Güncel Hukuk, Mart 2016, s. 22-24.

⁶⁵⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay CGK, 30.10.2014 tarih 2013/1-304 E.-2014/454 K.; 11.02.2014 tarih 2013/1-665 E.-2014/66K.

dünya görüşünü dâhil etmesi, bir anlamda haksız tahrik hükmünün hukuki değil keyfi uygulamalarından kaynaklanmaktadır⁶⁵⁸.

Kanun'un madde gerekçesinde de yer aldığı haliyle maddedeki haksız fiil terimi, "bir davranışın hukuk düzenince tasvip edilmediği" anlamına gelmektedir. Haksız tahrik hükmünün kadına yönelik şiddet suçlarındaki tartışmalı uygulamaları bu noktada başlamaktadır. Hukuk düzenince tasvip edilmeyen fiilden anlaşılması gereken nedir? Hukuk düzeni neyi tasvip eder? Hukuk düzeni ve hâkimin bakış açısı, ataerkil sistemin birer yansımasıysa, ortaya çıkacak karar mağdur kadının ve yakınlarının adalet duygusunu ne kadar tatmin eder?

Bu kurumun tartışmalı uygulamaları, kadına yönelik şiddet suçlarında haksız fiille suç arasındaki illiyet bağının ataerkil kodlarla değerlendirilmesinin sonucudur. Haksız tahrik kurumunun uygulanması için suçun, tahrik oluşturan haksız eylemi gerçekleştiren kimseye yönelmiş olması gerekir. Tahrik oluşturan haksız eylemin mutlaka tepkide bulunan kişiye karşı işlenmesi gerekmez. Sokakta bir çocuğu dövdüğünü gören bir yabancıya karşı, bu haksız eylemin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kişinin de haksız tahrik kurumundan yararlanması mümkündür. Ancak burada önemli olan, haksız tahrik altında gerçekleştirilen tepki suçunun, çocuğu döven kişiye yönelmiş olmasıdır. Benzer bir akıl yürütmeyle, kişinin haksız tahrik altında tepki suçunu işlediğinin kabul edilebilmesi için, ortada kendisini hiddete veya şiddetli bir eleme sürükleyecek bir haksız eylemin bulunması gerekir. Bu kapsamda, haksız tahrik hükmünün uygulanmasında anılan değerlendirmeyi yapacak olan uygulayıcının yaklaşımı hükme şekil vermektedir. Eşini aldattığı gerekçesiyle kız kardeşini öldüren erkek kardeş örneğinde, uygulayıcının değer yargıları hukuki değerlendirmesini etkilemektedir. Kız kardeşini kendi namusu olarak gören ve onun, hukuken sadece eşine karşı sadakat yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilecek olan bir

⁶⁵⁸ Aynı yöndeki görüşler için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Asıl Sorunu Gözden Kaçırma Tehlikesi, s. 22-24.

Haksız tahrikin eril karakterli bir hukuk müessesesi olduğu ve uygulamadaki sorunun çözümü için hukuk kültürünün irdelenmesi gerektiğinden hareketle, yargı kararları üzerinden haksız tahrik kurumundaki eril tahakküm kodlarının analizi için bkz. Eylem Ümit **ATILGAN**, Türkiye'deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma, Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.

davranışını “kendisini hiddete veya şiddetli eleme sürükleyen haksız bir fiil” olarak yorumlayan faili yargılayan hâkim, aynı ataerkil kodlarla düşünüyorsa, haksız fiille failin işlediği suç arasındaki illiyet bağıını nasıl tartışacaktır?

Kadına yönelik şiddet suçlarında, kadının hareketinin haksız olup olmadığına ilişkin mahkemelerce yapılan değerlendirmelerdeki sorunların temel sebebi, mahkemelerin, mağdurun davranışının haksız olduğunu tespit ederken, toplumdaki genel algıyla, ataerkil sistemin kadını konumlandırma biçimiyle ve toplumsal cinsiyet bakışıyla hareket etmeleridir. Esasen mağdurun tahrik eden ve haksız bir davranışı olmadan, failin çok öfkelenmiş ya da mevcut duruma çok üzülmüş olmasının hukuken bir karşılığı olmamalıdır. Buna karşın bekâr olan mağdurun sevgilisi olması, arkadaşıyla dolaşması, bakire olmaması, kısa etek giymesi, evli olan mağdurun eşinden boşanmak istemesi gibi sebepler, haksız tahrik sebebiyle cezada indirim yapılmasına dayanak yapılmaktadır. Kadınların ahlaka, örf ve âdete uymaması olarak değerlendirilen herhangi bir davranışı hukuka aykırılık oluşturmazken, mahkemelerce mağdurun bu davranışı yine haksız tahrik gerekçesi olarak görülebilmektedir. Mağdurun bir davranışının, bulunduğu çevre tarafından tasvip edilmemesinin fail üzerinde yarattığı baskının dahi haksız tahrik olarak değerlendirildiği kararlara rastlamak mümkündür⁶⁵⁹.

Haksız tahrik uygulamalarında, namus saikine verilen hukuki değere ayrıca dikkat çekilmesi gerekir. Yargıtay’ın ETCK dönemindeki uygulamalarında haksız tahrik hükümleri uygulanırken, namus kavramı fail-mağdur ilişkisinde hep fail lehine bir yorum aracı olarak kullanılmış, namus saikli her türden suç, otomatik bir hafifletici nedenle indirim tabi tutulmuştur. TCK’nın yasama çalışmaları sırasında, namusla gerekçelendirilen hiçbir suçun haksız tahrik indiriminden yararlanamayacağı yönündeki görüşlerse kabul edilmemiştir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ Türkân Yalçın SANCAR, *Türk Ceza Hukukunda Kadın*, s. 215-229. Yargıtay kararlarıyla kanun maddesinin uygulamadaki yanlış değerlendirmeleri için ayrıca bkz. Çiçek TAHAOĞLU-Begüm BAKİ, “*Haksız Tahrik İndirimi Politiktir*”, *Güncel Hukuk*, Kasım 2014, s. 35.

⁶⁶⁰ Ece GÖZTEPE, “*‘Namus Cinayetlerinin’ Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi*”, *TBB Dergisi*, S. 59, 2005, s. 29-48.

Haksız tahrik indiriminin uygulamadaki tüm tartışmalı noktalarını ve eleştirilen ataerkil bakış açısının mahkemenin takdirine nasıl yansıdığını, ETCK döneminde verilmiş olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun aşağıdaki kararında açıklığıyla görmek mümkündür:

*“Yakın akraba eşleriyle olan yasak cinsi ilişkiler toplumumuzun ahlak anlayışı, inancı ve töresine aykırı olduğundan ülkemizde hiçbir şekilde hoş görülmemektedir. Böyle bir ilişkinin özelde Anadolu'nun bir köyünde, dar bir çevrede meydana geldiği göz önüne alındığında; amcası Z....'nin bu yasak ilişkiden duyduğu ileri derecedeki gazap ve şedit eleme, etkilere açık yaştaki sanık F....'nin duymadığını söylemek yukarıda vurgulanan sosyal olgulara ters düşer. Bu itibarla; yengesi A....'yı bir başka amcasıyla yasak cinsi ilişkiye girmesi ve bu ilişkinin kendilerinin de oturduğu köydeki bir evde sürdürülmesi, sanık yönünden de her iki öldürme cürmünde ağır tahrik nedeni sayılmalıdır.”*⁶⁶¹

Karardan anlaşılan haliyle, sanık, amcasının eşi olan maktulü, diğer amcasıyla rızaya dayalı olarak yaşadığı cinsel ilişki sebebiyle öldürmüştür. Olayda sanığa yönelmiş bir haksız fiil yoktur. Haksız fiil, sadakat yükümlülüğü sebebiyle maktulün kocası yönünden tartışılabilir. Buna karşın, Ceza Genel Kurulu'nun dayanak noktası, sanığın yaşadığı Anadolu köyünün ahlak anlayışı, inancı ve töresidir, yani Anadolu köyündeki ataerkil sistemdir. Bu bakış açısı, maktulün rızaya dayalı cinsel ilişkisini sanığa yönelmiş bir haksız fiil haline getirmiştir. Kararda, kültürel rölativizm bağlamında dünyada da tartışma konusu yapılan, failin yaşadığı ortam ve ait olduğu toplumsal sınıfın değerleri, kadının evrensel insan haklarıyla korumaya alınmış olan yaşam hakkı karşısında, hukuki değer atfedilen bir unsur halini almıştır.

Yargı içtihatlarına yansıyan bu bakış açısını, mahkemelerin kararlarında yaslandıkları toplumsal değerler kadar hukuki metinler de desteklemiştir. Hukuk düzeninin bizzat kendisi, ataerkil sistemin kodlarıyla oluşmuş ve toplumsal cinsiyet rollerini benimsemişse, kadının tasvip edilmeyen haksız fiilinin anlamı kadının aleyhinedir. Özellikle ETCK ve ETMK dönemlerinde, her iki Kanun'un da içine işlemiş ataerkil kodlar, kadının en basit davranışını bile haksız bir fiil olarak değerlendiren mahkeme kararlarını beslemiştir. Örneğin, kocanın evlilik birliğinin

⁶⁶¹ Yargıtay CGK,10.02.1998 tarih, 1997/1-361 E - 1998/26 K.

reisi olduğu yönünde düzenleme içeren ETMK döneminde, kocasının sözünü dinlemeyen kadının davranışının hukuk düzenince tasvip edilmediği gerekçesine yaslanmak kolaydır. Aynı şekilde, çalışması kocanın iznine tabi kılınmış kadının, izin almadan çalışması ya da evin iç işlerini yapma hak ve yükümlülüğüne sahip olan kadının bu işleri yapmaması, tartışmalı haksız tahrik uygulamalarının doğmasının zeminini oluşturan hukuk düzenini temsil etmektedir. Benzer şekilde ETCK'nın 462. maddesiyle zina ya da gayrimeşru cinsel ilişki halinde yakalanan bazı yakınlar aleyhine öldürme ya da yaralama suçlarının işlenmesi halinin özel bir hafifletici neden sayıldığı düşünüldüğünde, bunun dışında kalan pek çok olayda da haksız tahrikin aynı tartışmalı yaklaşımla ele alınması kaçınılmazdır. Nitekim Kanunlar, bu yoruma cevaz vermiştir. Yasal düzenlemelerden sıyrılıp atılan bu ataerkil kodların, hukuk uygulayıcılarının zihinlerinden de atılması gerekmektedir. Hukuk düzenince tasvip edilmeyen davranışın ne olduğunun, ataerkil sistemin dayattığı biçimlendirmenin aksine, toplumsal cinsiyet eşitliğine dayalı ve kadının özgür bir birey olduğu gerçeğine dayanan bir yaklaşımla belirlenmesi beklenir.

Kanun metnindeki değişikliğin, hukuk uygulayıcılarının yaklaşımına nasıl yansıdığını ve aynı zamanda kimi hukuk uygulayıcılarının yaklaşımlarının değişmesinin kanunlarda değişiklik yapılması kadar kolay olmadığını Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 11.02.2014 tarihli kararına muhalif kalan bir Yargıtay üyesinin gerekçesinde aşağıdaki şekilde görmek mümkündür:

“ ... 2003 yılında 462. madde de yürürlükten kalkınca, Birinci Ceza Dairesi, evli barklı, çoluk çocuk sahibi evli kadınların başka kişilerle ilişki kurması halinde, sanık lehine 765 sayılı Yasanın 51/2. fıkrası gereğince ağır tahrik indirimini uygulanmaya başlanmıştır. Aile sorumluluğu olmayan genç kız ve dul kadınların, başka kişilerle ilişkiye girmelerinden dolayı, suç işleyen yakın akrabalarına ise ağır tahrik değil hafif tahrik uygulanmıştır. Bilahare 5237 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde, Birinci Ceza Dairesi, evli olmayan genç kız ve dul kadınların başka kişilerle ilişkiye girmelerinden dolayı suç işleyen yakın akrabaları hakkında tahrik uygulanmadığı gibi, aile sorumluluğu bulunan, evli barklı kadınların başka kişilerle ilişkiye girmelerinden dolayı suç işleyen kocalar hakkında da en üst haddten tahrik uygulaması gerekirken, alt haddten tahrik uygulanmaktadır. Ben eski uygulamanın doğru olduğunu, Dairenin bu yeni uygulama şeklinin değiştirilmesi gerektiği görüşündeyim.

Ceza Kanunumuz tahrikin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisini dikkate alarak buna göre cezayı indirmektedir. Mağdurun, sanığa hakaret edip onu hafif şekilde yaralaması ve tehditte bulunması halinde, mağdurun tevali teşkil eden davranışlarından söz edip tahriki en üst dereceden uygulamaktayız. Buna karşılık, evlenip barklanan, çoluk çocuk sahibi olan, aile kuran, sorumluluk üstlenen bir kadının eşini, çocuğunu ve aile sorumluluğunu hiçe sayarak başka biri ile ilişkiye girmesinin, kocası olan sanığın iradesi üzerinde yarattığı büyük sarsıntı ve ailesinin geleceğini düşünerek o anın yarattığı hiddet ve şiddetli elemin etkisinin ne derece etkili olduğu ortadadır. Bu davranışı hafife alarak, tahriki üst düzeyden aşağıya çekmemiz Ceza Kanununun amacına aykırıdır. Bu tip olayların, sanık üzerinde yarattığı etkiden, daha ağır daha şiddetli başka bir tahrik edici olayın mevcut bulunduğunu kabul etmemiz mümkün değildir.

Sanığın eşi A... ile maktul A..., evin içinde ilişkide bulundukları sırada veya ilişkide bulunmak üzere iken veya ilişkiye başladıkları sırada tanıklar tarafından görülmüşlerdir. İlişki anında aranan zaman koşulu oluşmuştur. Ayrıca, A... sanık A....'ın nikahlı karısıdır. Akrabalık yönünden kişi koşulu da oluşmuştur. Böyle hallerde 462. maddenin yürürlükten kaldırıldığı 2003 tarihinden itibaren, suç işleyen sanıklar lehine en şiddetli en ağır tahrik olan 765 sayılı yasanın 51/2. fıkrası uygulanırdı. Sanığın cezası 24 yıl hapis cezası ise 2/3 oranında indirilerek sanığa 8 yıl hapis cezası verilirdi. 5237 sayılı Yasa yürürlüğe girdiğinde de aynı şekilde bu eski uygulama takip edilerek 29. madde uygulanarak sanığa müebbet hapis cezası verilmişse indirimin en üst haddinden indirilerek müebbet cezasının 12 yıl hapis cezasına indirilmesi gerekmekte iken daire makul bir indirim yapılması gerektiği düşüncesiyle 18 yıl hapis cezasına yakın bir uygulama yapmaktadır. Resmî nikâhlı evli bir kadının, başka bir kişi ile ilişkiye girmesi halinde suçu işleyen eşi hakkında tahrikin en üst düzeyde uygulanması gerektiği kanaatindeyim. ...” (CGK – 2013/1-665 E.-2014/66K. , 11.02.2014)

c. “İyi Hal” İndirimi

Kadına yönelik şiddet suçlarına ilişkin yargı kararlarında son yıllarda en çok eleştirilen, TCK’nın 62. maddesinde yer alan takdiri indirim nedenlerinin uygulamasıdır. Toplum nezdinde adalet duygusunu karşılıksız bıraktığının çarpıcı bir ifadesi olarak, “kravat indirimi” ya da “takım elbise indirimi” olarak adlandırılan uygulamanın eleştirilmesinin temelinde, failin hak ettiği ağırlıkta cezalandırılmadığı düşüncesi yatmaktadır.

TCK’nın “Takdiri İndirim Nedenleri” başlıklı 62. maddesine göre;

“(1) Fail yararına cezayı hafifletecek takdiri nedenlerin varlığı halinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine, müebbet hapis; müebbet hapis cezası yerine, yirmibeş yıl hapis cezası verilir. Diğer cezaların altıda birine kadarı indirilir.

(2) Takdiri indirim nedeni olarak, failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Takdiri indirim nedenleri kararda gösterilir.”

TCK’nın 62. maddesi, sanığın kişiliği ve davranışları gözetilerek cezasında belirli oranlarda indirim yapılmasını düzenler. Cezanın bireyselleştirilmesi kapsamında bir hükümdür ve hâkime geniş bir takdir yetkisi tanır. Maddenin belirli suçlarda uygulanmayacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. TCK’nın 61. maddesinde cezanın belirlenmesinde hâkimin dikkate alacağı hususlar belirtilmiş olup, bunlar suça ve suçun işlenmesine ilişkindir. Temel cezanın 61. maddeye göre belirlenmesinden sonra devreye girecek, TCK’nın 62. maddesindeyse, faile ilişkin sebepler gözetilerek, cezada indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Kanun’un düzenlemesine göre; burada failin kişiliği ve davranışları önem taşır, işlediği suç ya da suçun işlenişine ilişkin hususlar dikkate alınmaz. Uygulamadaki sorunun temel sebebi budur.

Hâkimin, takdiri indirim nedenlerini uygularken, rasyonel, keyfi olmayan, normun amacıyla çelişmeyen, makul nedenler üzerinde durması ve indirim yapma gerekçesini göstermesi gerekir. Her somut olay kendi içerisinde değerlendirilmelidir. Sanığın duruşmada sessiz durmasının ya da kıyafetinin düzgün olmasının cezanın bireyselleştirilmesiyle bir ilgisi yoktur. Bu gibi nedenler indirim uygulanmasının gerekçesi olmamalıdır⁶⁶².

Haksız tahrik hükmüne ilişkin değerlendirmelerde daha ziyade, hükmün Kanun’da yer alması ya da kaleme alınış şekli değil, hükmün uygulamasındaki sorunlar ön plana çıkarken, aynı şeyin takdiri indirim nedenleri için söylenmesi mümkün değildir. TCK’nın 62/2. maddesinde takdiri indirim nedenlerinin neler olabileceği sınırlama yapılmaksızın sayılmıştır. Buna göre; failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin

⁶⁶² Türkân Yalçın SANCAR, Asıl Sorunu Gözden Kaçırma Tehlikesi, s. 22-24.

geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar göz önünde bulundurulabilir. Daha önce de ifade edildiği üzere, düzenlemeye göre failin işlediği suç ya da suçun işlenme şekli takdiri indirim nedenlerine etki etmemektedir. Böylece hunharca işlenmiş bir cinayette, hâkimin işlenen suçun ağırlığını gerekçe yaparak, TCK'nın 62. maddesini uygulamadığını gerekçesinde belirtmesine esasen yasal imkân yoktur. Failin öldürme suçunu işlemeyen önce de farklı suçlar işlemiş olması, suçu gizlemeye çalışması, suçu işledikten sonra kaçması, uzun süre bulunamaması gibi durumlar TCK'nın 62. maddesinin uygulanmamasına gerekçe yapılabilir. Diğer tarafta maddede yer alan “cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri” göz önüne alındığında, hangi fail yönünden cezada indirim yapılmamasının failin geleceği üzerinde olumlu etkisi olduğu ifade edilebilir? Bu haliyle, madde metni hâkimi faile ilişkin çok özel koşullar olmadığı sürece, failin cezasında indirim gidilmesine adeta zorlamaktadır. Bu zorlama Yargıtay içtihatlarıyla daha da keskin hale getirilmiştir. Yargıtay'ın uygulamasına göre, TCK'nın 62. maddesinin uygulanması kural, uygulanmaması istisnadır. Yani hâkimden beklenen, failin cezasında indirim yapılmaması yönünde kullandığı takdirini, gerekçesiyle birlikte ikna edici bir şekilde göstermesidir. Yargıtay'ın bu tutumu, ilk derece mahkemelerinde TCK'nın 62. maddesinin otomatik olarak uygulanmasını yerleşik hale getirmiştir. Yargıtay'ın bu içtihadının kaynağının yine madde metni olduğuna dikkat çekmek gerekir. Takdiri indirim nedenlerinin uygulanmamasının kural, uygulanmasının istisna olduğu, hâkimin indirim nedenlerini uyguladığı zaman özel bir gerekçe belirtmesi gerektiği yönündeki bir yargı pratiği için, madde metninin değiştirilmesi gerekir. En azından, işlenen suç tipine göre böylesi bir ayrıma gidilmesi, failin suçla orantılı ceza almasının yolundaki bir engeli daha kaldıracaktır.

d. Zamanaşımı

Zamanaşımı, cezasızlık sorununun temel meselelerinden biridir. Suçun işlenmesinden itibaren belirli bir sürenin geçmesiyle, ceza davasının açılmasını engelleyerek ya da açılmış olan davanın düşmesine sebep olarak; hükmün kesinleşmesinden sonraysa cezanın infazının önüne geçerek cezasızlığa sebep olan bir hukuki kurumdur. Kadına yönelik şiddet suçlarındaysa diğer konulara kıyasla, geri planda kalan bir sorundur. Bunun bir sebebi, diğer konulardan kaynaklanan

cezasızlık sorununun daha ciddi olarak ortaya çıkmasıdır. Bunun da etkisiyle, zamanaşımından kaynaklanan sorunlar daha az görünür. Bir diğer sebepse, 5237 sayılı TCK'da zamanaşımı sürelerinin ETCK'ya göre daha uzun tutulmuş olmasıyla, daha az sayıda zamanaşımı sebebiyle ortadan kalkan dava ve infaz edilmeyen ceza olmasıdır.

TCK suç tiplerine göre değil, ceza miktarına göre dava ve ceza zamanaşımı sürelerini belirlemiştir. TCK'nın 66. maddesine göre, Kanun'da başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; (a) ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, (b) müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, (c) yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, (d) beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda on beş yıl, (e) beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl geçmesiyle düşer. TCK'nın 68. maddesine göre, maddede yazılı cezalar aşağıdaki sürelerin geçmesiyle infaz edilmez: (a) ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalarında kırk yıl, (b) müebbet hapis cezalarında otuz yıl, (c) yirmi yıl ve daha fazla süreli hapis cezalarında yirmidört yıl, (d) beş yıldan fazla hapis cezalarında yirmi yıl, (e) beş yıla kadar hapis ve adli para cezalarında on yıl.

İstanbul Sözleşmesi'nde zamanaşımı konusu, kadına yönelik şiddet suçlarında önem taşıyan yönü itibarıyla, mağdurun reşit olmadığı durumlar dikkate alınarak ele alınmıştır. Sözleşme'nin 58. maddesinde Taraf Devletlerin; cinsel şiddet, zorla evlilik, kadın sünneti ve zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma suçlarıyla ilgili yasal işlemlerin başlatılması için öngörülen zamanaşımı süresinin, mağdurun reşit olmasından sonra etkili bir dava sürecini başlatmaya olanak tanıyacak şekilde, yeterli bir süre devam etmesini ve suçun ağırlığıyla orantı sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alacakları düzenlenmiştir. Bu yükümlülük, kendilerine karşı işlenen fiilleri reşit olma yaşına erişmeden önce çeşitli nedenlerle bildiremeyecek olan mağdur çocuklar yönünden geçerlidir. Bu çocukların yetişkin olduklarında, yaşadıkları travmayı atlatabilmek için yeterli bir süre geçtikten sonra da şikâyetle

bulunabilmelerini sağlamaya yönelik bir düzenlemedir. Sözleşme’de herhangi bir süre öngörülmemiş, bu süre Taraf Devletlerin takdirine bırakılmıştır⁶⁶³.

Zamanaşımı, devletin belli şartlar dâhilinde cezalandırma yetkisinden vazgeçtiği bir kurumdur. Geçen süre içerisinde failin vicdan azabı ya da yakalanacağı korkusuyla suçun bedelini ödemiş olacağı veya bu süre içerisinde yeniden suç işlemeyerek ıslah olduğu yönündeki görüşlerle savunulmuştur. Bunların yanında, aradan geçen sürede delillere güvenin azalacağı, suçun zamanla unutulacağı, suçla bozulan kamu düzeninin geçen zaman içerisinde yeniden kurulduğu, cezalandırmak için sosyal faydanın kaybolduğu, aradan geçen uzun zaman sonunda verilecek cezanın işlevini yerine getirmesinin mümkün olamayacağı gibi gerekçeler de zamanaşımının gerekliliğini ifade etmek için kullanılmıştır. Esasen zamanaşımı kurumunu, aradan geçen zaman sonunda failin cezalandırılmasında sosyal yararın ortadan kalktığı varsayımı üzerinden açıklamak daha gerçekçidir. Nitekim TCK’da da farklı zamanaşımı sürelerinin öngörülmesinin açıklaması budur. Kamu düzeni için daha zararlı olan ve toplumca daha geç unutilan suçlar için zamanaşımı süresi de uzun tutulmuştur⁶⁶⁴.

Zamanaşımının lehindeki bu görüşlerin de etkisiyle, İstanbul Sözleşmesi’nde zamanaşımı süresine ilişkin özel hüküm sadece cinsel şiddet, zorla evlilik, kadın sünneti ve zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma suçları için öngörülmüş, kadına yönelik şiddet suçlarının tümünde zamanaşımının kaldırılması ya da çok uzun zamanaşımı süreleri öngörülmesi gibi bir yola gidilmemiştir. Ayrıca, Sözleşme’nin 78. maddesi kapsamında Taraf Devletlerin bu hükümleri uygulama hakkını saklı tuttuklarını beyan etme hakları vardır.

TCK’da cinsel şiddet, zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma konusunda, mağdurun yaşı dikkate alınarak zamanaşımı konusunda özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yine Türkiye’nin İstanbul Sözleşmesi’ni çekincesiz bir şekilde imzalamış olduğunun ve bu haliyle, bu suçlar yönünden mağdurun yaşı dikkate

⁶⁶³ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 300-301.

⁶⁶⁴ Fahri Gökçen **TANER**, Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yay., Ankara 2008, s. 24-40.

alınarak bir düzenleme yapılmamış olmasının İstanbul Sözleşmesi'ne aykırılık oluşturduğunun belirtilmesinde yarar vardır.

e. Suçla Orantılı Cezanın Önündeki Diğer Engeller

Tecavüz ve cinayet gibi ağır suçlara varmayan kadına yönelik şiddet suçlarında, failin tespiti ve suçun ispatı aşamalarında bir sorun yaşanmadığında dahi, failin cezasız kaldığı kimi durumlar söz konusudur. Bu daha ziyade faile suçla orantılı olmayan bir ceza verilmesi ya da verilen cezanın failin hayatına herhangi bir etkisi olmadığından, failin cezanın bir işlevinin olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır.

Sanığa verilen hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesi (TCK m.50), ertelenmesi (TCK m. 51) ya da hapis veya adli para cezasına ilişkin hükmün açıklanmasının geri bırakılması (CMK m. 231/6) kurumları uygulandığında, suç sabitken ve suçlu tespit edilmişken dolaylı bir cezasızlık doğmaktadır. Özellikle ağır sonuçlar doğurmamış kasten yaralama, basit cinsel saldırı ya da psikolojik şiddet içerisinde ele aldığımız suçları işleyen failer yönünden, bu sonuçla sıklıkla karşılaşmaktadır. Söz konusu kurumlar, yargılamaya konu suçlar için kanunda öngörülmüş olan cezaların ya da haksız tahrik ya da iyi hal indirimleri uygulanarak ortaya çıkan sonuç cezanın, kısa süreli hapis ya da iki yılın altında hapis veya adli para cezası olması halinde uygulanabilmektedir.

Burada ifade edilmek istenen, bu suçlar için suçla orantısız şekilde hakkaniyeti aşan ölçüde ağır cezalar verilmesinin gerektiği değildir. Ancak bu tür suçların daha ağır suçların işlenmesinin öncülü olduğuna dikkat çekmek gerekir. Kadına yönelik özel alanda şiddet suçları üzerinden düşündüğümüzde, bir kadının kocası tarafından öldürülmesinden önce, daha hafif düzeyde fiziksel ya da psikolojik bir şiddete maruz kalmadığı olaylar oldukça sınırlıdır. Ya da günlük tecrübelerimiz şunu ortaya koymaktadır ki; bir kadına tecavüz eden bir failin, bu suçtan önce basit cinsel taciz düzeyinde kalmış herhangi bir suç işlememiş olduğunu düşünmek mümkün değildir. Toplumda kadınların pek çoğu, sokakta yürürken laf atma ya da gözle takip etme şeklinde karşımıza çıkan hafif düzeydeki cinsel şiddete maruz kalmışken, aynı toplumdaki çok sınırlı sayıda erkeğin böylesi bir suç sebebiyle

cezalandırılmış olması, bu tür suçlardaki cezasızlık pratiğini açıkça ortaya sermektedir. Amaç kriminalize edilmiş bir toplum yaratmak değildir. Amaç; gündelik hayatta, ağır olarak nitelendirilmeyen pek çok kadına yönelik şiddet eyleminin karşılıksız kaldığı ve bu karşılıksızlığın daha ağır suçların işlenmesine kapı araladığı gerçeğinin altını çizmektir.

Suçla orantılı olmayan ve kimi zaman mağdur kadını da olumsuz etkileyen uygulamalardan biri TCK'nın 50/1-a maddesinin uygulamasıyla gündeme gelmektedir. Kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına çevrilmesi sıklıkla karşımıza çıkan bir uygulamadır. Özellikle evlilik içerisindeki şiddet halinde bu hükmün uygulanması, dolaylı olarak mağdur kadını da etkilemektedir. Bu etkiyi dikkate alan İstanbul Sözleşmesi, Taraf Devletlerin para cezası verildiğinde, failin mağdura karşı mali yükümlülüklerini yerine getirip getiremeyeceğinin göz önünde bulundurulması için gereken tedbirleri alacağını düzenlemiştir (m.48/2). TCK'da hapis cezasının adli para cezasına çevrilmesine ilişkin düzenlemede ve kadına yönelik şiddet suçları için adli para cezası öngörülmüş kanun hükümlerinde, İstanbul Sözleşmesi'nin bu hükmü dikkate alınarak bir takım sınırlamalar getirilmesi yerinde olacaktır.

Cezasızlık pratiğine sebep olan uygulamalar arasında belki de en can sıkıcı cezalar, TCK'nın 50/1-d maddesinin uygulamasıyla gündeme gelmektedir. TCK'nın 50/1-d maddesine göre kısa süreli hapis cezası; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanmaya çevrilebilir. Özellikle Kanun'un yürürlüğe girdiği 2005 yılını takip eden ilk yıllarda, ilk derece mahkemelerince verilen tuhaf cezaların dayanağı maddenin bu bendidir. Yargıtay bozma ilamlarına yansıyan birkaç örnekte, hapis cezalarının cezaevinde konser verme⁶⁶⁵, aile danışma merkezinin etkinliklerine

⁶⁶⁵ İlk derece mahkemesinin 16.04.2007 tarihli kararıyla, sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan 2 ay 15 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiş, müzisyen olan sanığa verilen kısa süreli hapis cezası, cezaevi savcılığının belirleyeceği şekil ve şartlar çerçevesinde en az 5 defa olmak üzere cezaevinde konser verme yaptırımına çevrilmiştir. Kanun yararına bozma talebiyle Yargıtay Dairesi önüne gelen davada, yasada düzenlenmeyen bir seçenek yaptırıma/yükümlülüğe hükmedildiği gerekçesiyle kararın bozulmasına ve seçenek yaptırımın "5 ay süreyle içkili yerlere gitmekten yasaklanması" yaptırımına çevrilmesine karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 2. CD., 24.09.2007 tarih, 2007/13449 E. - 2007/12010 K. sayılı kararı.

katılma⁶⁶⁶, ikametgâhında bulunan sinemalara gitmeme⁶⁶⁷ gibi yaptırımlara çevrildiği görülmektedir.

Yargıtay güncel yerleşik içtihadında, TCK'nın 50/1-d maddesindeki düzenlemenin içeriğini belirlerken 05.03.2013 tarihli Denetimli Serbestlik Yönetmeliğinin 60. maddesinde yer alan açıklamalara dayanmaktadır⁶⁶⁸. Yönetmeliğin ilgili maddesine göre: (1) Belirli yerlere gitmekten yasaklama veya belirli yerlere devam yükümlülüğü; mahkemece belirlenen süreyle sanığın kişisel, sosyal ve eğitim durumu ile suç işlemesindeki nedenler göz önüne alınarak iyileştirilmesini ve suçun tekrarını önlemeyi esas alan bir yükümlülüktür. (2) Gidilmesi yasaklanan belli yerler; sanığın suç işlemesinde, suça yönelmesinde, zararlı alışkanlıklar edinmesinde, bağımlılık yapan maddeler kullanmasında çevresel, psikolojik, sosyal, ekonomik etkisi bulunan veya sanığın yeniden suç işlemesini tetikleyecek yerleri, devam edilmesi gereken belli yerler ise; sanığın kişisel, psikolojik, sosyal gelişimi ile eğitimine katkı sağlayacak ve diğer ihtiyaçlarına uygun nitelikteki yerleri ifade eder. Yönetmelikte yer alan bu tanım üzerinden oluşan Yargıtay içtihadıyla günümüzde bu tedbirin en sık karşılaşılan uygulaması; sanığın

⁶⁶⁶ İlk derece mahkemesinin 16.04.2007 tarihli kararıyla, sanığın eşine karşı kasten yaralama suçunu işlediği kanaatiyle 5 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına ve TCK'nın 50/1-d maddesi uyarınca hapis cezası yerine ceza süresi olan 5 ay süresince sanığın aile danışma merkezinin etkinliklerine devam etme yaptırımına tabi tutulmasına karar verilmiştir. Kanun yararına bozma talebiyle Yargıtay Dairesi önüne gelen davada, yasada düzenlenmeyen bir seçenek yaptırıma/yükümlülüğe hükmedildiği gerekçesiyle kararın bozulmasına ve seçenek yaptırımın "5 ay süreyle içkili yerlere gitmekten yasaklanması" yaptırımına çevrilmesine karar verilmiştir. Bkz. Yargıtay 2. CD., 24.09.2007 tarih, 2007/13503 E. - 2007/12011 K. sayılı kararı.

⁶⁶⁷ İlk derece mahkemesinin 11.12.2007 tarihli kararıyla, kasten yaralama suçundan 25'er gün hapis cezasıyla cezalandırılmalarına karar verilen sanıklar hakkında hükmolunan hapis cezasının TCK'nın 50/1-d maddesi uyarınca 15 gün süreyle ikametgâhlarında bulunan sinemalara gitmekten yasaklanmaları tedbirine çevrilmesine karar verilmiştir. Dava temyiz yoluyla Yargıtay 14. Ceza Dairesinin önüne gelmiştir. Daire 18.04.2007 tarihli Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 38/3. maddesine atıfta bulunarak, bu yaptırım uygulanırken, yaptırım olarak belirlenecek belirli yerler ve etkinliklerin sanığın suç işlemesinde, suça yönelmesinde ya da zararlı alışkanlıklar edinmesinde veya bağımlılık yapan maddeler kullanmasında; çevresel, psikolojik, sosyal veya ekonomik etkisi bulunan ya da sanığın yeniden suç işlemesine yol açan etkenleri tetikleyecek yerler veya etkinliklerden olması gerektiğinin gözetiilmediğini gerekçesinde belirtmiştir. Bu çerçevede eylemle ve açıklanan hususlarla ilgili bulunmayan sinemalara gitmeme yaptırımına hükmolunmasını, kararın bozulmasına gerekçe yapmıştır. Bkz. Yargıtay 14. CD., 27.11.2012 tarih 2011/5590 E. - 2012/12011 K. sayılı kararı.

⁶⁶⁸ Denetimli Serbestlik Yönetmeliğinden önce de Yargıtay, 18.04.2007 tarihli Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezleri ile Koruma Kurulları Yönetmeliğinin 38/3. maddesine dayanarak içtihat oluşturmuştur.

kahvehane ya da alkollü içki satılan yerlere ve suça sürüklenen çocuğun internet kafelere gitmeme yükümlülüğüne tabi tutulmasıdır.

Bu cezalandırma tercihi, kadına yönelik şiddet suçlarında sorgulanması gereken iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak hâkimler Kanun'un bu maddesini, özellikle şikâyetten vazgeçmeyle düşmeyen, eşler arasındaki kasten yaralama (TCK m. 86/3-a) ya da kötü muamele (TCK m.232) suçlarında tarafların barıştığı ya da şiddet mağduru kadının şikâyetinden vazgeçtiği durumlarda, şiddet uygulayanı cezasız bırakmanın bir yöntemi olarak kullanmaktadırlar. Bu, şiddet uygulamış olan sanığın ertelemeye ya da hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına engel adli sicil kaydının olması halinde, devreye giren dolaylı bir ceza vermeme yöntemidir. Sonuç cezanın bir süre kahvehaneye ya da alkollü içki satılan yerlere gitmemek şeklinde belirlendiği pek çok karara uygulamada rastlamak mümkünse de, bu kararlar temyiz ya da kanun yararına bozma yoluyla Yargıtay'ın önüne gelmediği için TCK'nın 50/1-d maddesinin bu yöndeki uygulamaları gözden kaçmaktadır. Bu cezalandırma tercihi, dolaylı yoldan eşe karşı kasten yaralama suçunun şikâyete tabi olmaması yönündeki kanun koyucunun tercihini bertaraf etmekte, taraflar arasındaki çatışmanın hafife alınmasıyla kadınların şiddetten korunmasına yönelik yasal güvenceleri ortadan kaldırmaktadır.

Kimi zaman, kısa süreli hapis cezalarının adalet duygusunu sarsacak biçimde seçenek yaptırımlara çevrildiği de görülmektedir. Bu tür kararlarda, hâkimlerin taraflar arasındaki çatışmayı hafife aldığı söylemek, ortaya çıkan hakkaniyete aykırı durumu tam olarak ifade etmemektedir. Hukuk uygulayıcılarının ataerkil ve tarafgir tutumlarının birer göstergesi olan bu kararlar da, cezasızlığın gözden kaçan diğer örnekleridir.

Bu kapsamda Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin 06.05.2013 tarihli bozma kararına konu olan ilk derece mahkemesi kararı incelendiğinde; cinsel taciz ve hakaret suçundan sanık hakkında yapılan yargılama sonunda, sanığın cinsel taciz ve telefonla hakaret suçlarından ayrı ayrı 3 ay 22 gün hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmesinden sonra, TCK'nın 50/1-d maddesi uyarınca sanığın her iki cezasının da *"3 ay 22 gün süre ile müdahil ile iletişim kurmaktan (müdahil G.K. 'ya telefonla aramama, mesaj, mektup ve meil göndermeme gibi) yasaklanması seçenek*

yaptırımına çevrilmesine” karar verildiği görülmektedir. Yargılamaya konu olayın karara yansıyan hali şöyledir: 28 yaşındaki mağdur kadın, 61 yaşındaki sanığın kendisini telefonla arayarak kendisine evlenme teklif ettiğini, birlikte olmak istediğini söylediğini, kendisinin bunu kabul etmemesi ve rahatsız etmemesini söylemesi üzerine sanığın sinkaflı küfürlerle kendisine hakaret ettiğini beyan ederek sanıktan şikâyetçi olmuştur. Yargılamanın sonunda sanığın mağdura karşı zincirleme şekilde cinsel taciz ve zincirleme şekilde hakaret suçlarını işlediğinin sabit olduğu görülmekle, sanığın cezalandırılmasına karar verilmiştir. Kararda dikkat çeken bir ayrıntıysa şudur: Sanığın önceden mahkûmiyeti bulunması sebebiyle sanık hakkında TCK’nın 62. maddesi uygulanmamış ancak hapis cezası seçenек yaptırıma çevrilerek sanık hakkında hapis cezasına mahkûmiyet kararı verilmediğinden, sanık hakkında TCK’nın 58. maddesindeki tekerrür hükümlerinin uygulanmasına yer olmadığına karar verilmiştir. Kararda sanığın cezalandırılmaması için Kanun’un olanak tanıdığı tüm düzenlemeler hâkim tarafından itina ile uygulanmış ve sonuç olarak sanığın hapis cezasına mahkûm edilmemesi amacına ulaşılmıştır⁶⁶⁹.

Benzer nitelikteki bir başka yerel mahkeme kararı, kanun yararına bozma talebiyle Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin önüne gelmiş ve kanun yararına bozma talebi kabul edilerek yerel mahkemenin kararı bozulmuştur. Dava konusu olayda sanık cinsel taciz suçundan cezalandırılmış ve sanık hakkında kurulan hükmün, açıklanması geri bırakılmıştır. Sanığın beş yıllık denetim süresi içerisinde bu kez eşine karşı kasten yaralama suçunu işleyerek mahkûm olması üzerine, hakkındaki hükmün CMK’nın 231/11. maddesi uyarınca açıklanmasına yönelik yapılan yargılama sonunda; Mahkeme, TCK’nın 105/1. maddesi uyarınca sanığın takdiren 1 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına, *“sanığın savunmalarını sanık lehine kabul ederek”* cezanın TCK’nın 62. maddesi uyarınca indirilmesine ve sanığın 10 ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına, sanığın suç işlemekten çekineceği hususunda kanaat oluşmadığından TCK’nın 51. maddesinin uygulanmasına yer olmadığına ve *suçun işlenmesindeki özellikleri dikkate alarak*, sanığın 10 ay süreyle şehir içi ve şehirlerarası özel ve kamu kurumlarınca hizmete tahsis edilmiş toplu taşıma

⁶⁶⁹ Bkz. Yargıtay 14. CD’nin, 06.05.2013 tarih, 2011/22196 E. - 2013/5417 K. sayılı bozma ilamı ve K. Maraş 2. Sulh Ceza Mahkemesi’nin, 09.12.2009 tarih, 2009/815 E. - 2009/1062 K. sayılı kararı.

araçlarına (uçak, tren, metro, otobüs, metrobüs, dolmuş v.b.) binmesinin yasaklanmasına karar vermiştir. Mahkemenin gerekçesinde aynen ifade edilen haliyle; “*sanığın, belediye otobüsünde iken telefonunda kayıtlı porno filmi izlediği, telefonu, dizinin üstüne koymak ve sol yan tarafında oturan müştekiye çevirmek suretiyle müştekinin de porno görmesini sağladığı, bu şekilde üzerine atılı cinsel taciz suçunu işlediği*” sabit görülmüştür. Yargılama sonunda, hâkimin suçun işlenmesindeki özellikleri dikkate alarak, cezanın, sanığın toplu taşıma araçlarına binmesinin yasaklanması yaptırımına çevrilmesine karar vermesindeki muhakeme sürecini anlamak mümkün değildir. Aynı muhakeme yoluyla, sanığın cezasının telefonda porno film izlememe ya da izlediği porno filmi başkalarına da izlettirmeme yaptırımına çevrilmesi de mümkündür⁶⁷⁰.

Çarpıcı olduğu için detaylarıyla ele alınan iki karar göstermektedir ki, suçla orantılı cezanın önündeki engeller, büyük ölçüde kanun uygulayıcılarının zihinlerindedir. İkinci kararı aşama aşama değerlendirdiğimizde; i. cinsel taciz suçunu işlediği sabit görülen bir sanık hakkında kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir; ii. sanık denetim süresi içerisinde eşine karşı fiziksel şiddet uygulamış ve bu suçtan yargılanıp ceza almıştır; iii. Yasal zorunluluk sonucu sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına konu olan hükmün açıklanması yargılamanın konusudur. Bu koşullar altında bile hâkim, TCK’nın 50/1-d maddesini uygulayarak sanığın cezalandırılmasının önüne geçmiştir. Sanığın hapis cezası almaması için gayret gösterdiği açık olan kanun uygulayıcısını, hangi yasal düzenleme durdurabilir? Benzer durum ilk kararda da mevcuttur. Zaten yargılamaya konu olan suç, sanığın mağduru telefon yoluyla taciz etmesi ve mağdura telefon yoluyla hakaret etmesidir. Sanığın eyleminin sabit olduğu, yargılama sürecinin sonunda tespit edilmiştir. Bu aşamadan sonra, sanığa verilen cezanın TCK’nın 50/1-d maddesi uyarınca seçenek yaptırıma çevrilmesinin amacı; sanığı cezalandırmamaktır. Üstüne üstlük, seçilen seçenek yaptırım sanığın cezalandırılmasına sebep olan eylemdir. Şunu açıkça ifade etmek gerekir, bu tür uygulamalar, yargılamayı yapan hâkimlerin de yargılama konusu eylemleri suç olarak görmemesinin bir sonucudur.

⁶⁷⁰ Bkz. Yargıtay 14. CD’nin, 02.04.2013 tarih, 2012/15887 E. - 2013/3727 K. sayılı bozma ilamı ve İzmir 3. Sulh Ceza Mahkemesi’nin 11.04.2012 tarih ve 2011/1362 E. - 2012/624 K. sayılı kararı.

Kadının yaşadığı şiddeti hafife alan ve özellikle kadının ihtiyaçlarını gözetmeyen bir uygulama örneği de, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildikten sonra ortaya çıkmaktadır. CMK'nın 231/8. maddesine göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verilmesi halinde sanık, beş yıl süreyle denetim süresine tâbi tutulur. Bu süre içinde bir yıldan fazla olmamak üzere mahkemece bir denetimli serbestlik tedbiri uygulanabilir. Bunu uygulayıp uygulamamak da hâkimin takdirine bırakılmıştır ve uygulamada denetimli serbestlik tedbirine nadiren karar verilmektedir. Kanun maddesinde, denetimli serbestlik tedbirinin neler olabileceğine yönelik örneklemelere gidilmişse de, “sanığın takdir edilecek başka bir yükümlülüğü yerine getirmesine” karar verilebileceğine yer verilerek, tedbirin içeriğine ilişkin hâkime geniş bir takdir alanı bırakılmıştır. Kimi örnekleriyle basına da yansıyan, “eşine çiçek alma” ya da “eşini yemeğe götürme” yükümlülükleri Kanun hükmünün hâkimlere tanıdığı geniş takdir yetkisinin tuhaf uygulamalarıdır. Basına yansıyan örneklerden hareket ettiğimizde, eşine sözlü ve fiziksel şiddet uygulayan kocanın ya da üzerine kuma getirdiği eşinin haklı tepkisi üzerine eşine fiziksel şiddet uygulayan kocanın, eşine çiçek alması ya da eşini yemeğe götürmesiyle aradaki sorunun çözüme ulaşacağını düşünmek, açıkça eşler arasındaki şiddetin hafife alınması ve kadının ihtiyaçlarına saygı gösterilmemesidir. Aynı zamanda, aile içindeki şiddetin yine aile içinde çözüleceği yönündeki özel alan algısının dolaylı bir tekrarıdır. Bu tür uygulamaların önüne geçecek yasal düzenlemeler yapılmasında yarar vardır.

Bütün bunların yanında infaz rejiminden kaynaklanan sorunlara da dikkat çekmek gerekir. Uzun süreli hapis cezasının her suç için savunulabilmesi mümkün değilse de, suçla orantılı cezaya ulaşmanın zor olduğu yargılama süreçlerinin sonunda verilen cezanın infazının kısa süreli olması da kimi zaman adalet arayışını sekteye uğratmaktadır. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (CGTİHK)'un koşullu salıverme (m. 107) ve denetimli serbestlik tedbiri uygulanarak cezanın infazı (m. 105/A) hükümlerinin uygulanmasıyla, sanık hakkındaki hapis cezasının infazı oldukça kısalmaktadır.

Suçun ortaya çıkarıldığı ve failin tespit edildiği bir yargılama sonunda dahi, failin hakkaniyete aykırı bir cezayla cezalandırılmasına yukarıda anlatılan birden

fazla ceza hukuku kurumu imkân sağlamaktadır. Bunu şöyle bir örnekle açıklamak aydınlatıcı olabilir: Bir kadın cinayetinin yargılamasının sonunda, sanık hakkında haksız tahrik indirimi uygulanması suretiyle hapis cezasının on sekiz yıl olarak belirlenmesi, sanığın iyi halli olduğu kanaatiyle cezasında takdiri indirim uygulanması ve sanığın sonuç olarak on beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılması mümkündür. CGTİHK'nın 107 ve 105/A maddeleri uygulandığında, bu cezanın infaz süresi 9 yıl hapis cezasıdır. Adalet duygusunu sarsan budur⁶⁷¹.

III. DEVLET SORUMLULUĞUNUN MAĞDUR YÖNÜ: ŞİDDETİN ÖNLENMESİ, MAĞDURUN KORUNMASI VE MAĞDURUN GİDERİM HAKKI

A. ÖNLEME VE KORUMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN ÖZEL HUKUKİ ARAÇLAR

1. Şiddet Mağduruna Geçici Koruma Sağlayan Yasal Düzenlemeler

a. Acil Durum Tedbirleri ve Koruma veya Kısıtlama Kararları

Kadına yönelik özel alanda şiddete karşı devletin gereken özeni gösterme yükümlülüğü, ilk aşamada mağduriyetin önlenmesini gerektirir. Bu, şiddetin önlenmesi ve kadının korunması yoluyla gerçekleştirilebilir. *Opuz - Türkiye* kararında tespit edildiği gibi, etkili koruma sağlanmaması, devletin şiddet mağduru kadını korumama yönünde bir kastı olmasa da, cinsiyete dayalı olarak eşit hukuki koruma sağlama hakkının ihlal edildiği anlamına gelir⁶⁷².

Ceza hukuku kapsamındaki önleyici kolluk hizmetleri ve failin cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler, devletin suçla mücadele için kullandığı

⁶⁷¹ Erkeklerin yakın ilişkide oldukları kadınları öldürmeleri halinde az ceza alacakları yönünde yaygın bir kanaatleri olduğu ve bu kanaatlerini çevrelerindeki insanların da pekiştirdiği, cezaevinde bulunan erkek hükümlülerle *Burçe Bahadır* tarafından yapılan görüşmelerde de ortaya çıkmıştır. Eşlerini ya da sevgililerini öldürmüş olan erkeklerin bu görüşmelerde, az ceza alacaklarını, kendilerini haklı konuma getirip çıkacaklarını zannettiklerini ifade etmiş olmaları genel algının bu yönde olduğunun bir göstergesidir. Bkz. Burçe **BAHADIR**, *Ölü Kadınlar Memleketi*, Ayizi Kitap, Ankara 2014.

⁶⁷² *Opuz/Türkiye*, par. 84-91.

genel hukuki araçlardır. Bu genel araçların, kadına yönelik özel alanda şiddet eylemlerinin önlenmesinde etkisi sınırlıdır. Kadına yönelik özel alanda şiddet olgusu, diğer şiddet türlerinden farklı olması sebebiyle, özel araçların da devreye sokulmasını gerekli kılmaktadır. Şiddet uygulanması halinde verilecek cezaya yani şiddet uygulayana yaptırım uygulamaya yönelik düzenlemelere odaklanıldığı kadar, şiddeti önlemeye ve şiddet mağdurlarını korumaya dönük önlemlere odaklanmak da özel önem taşır. Şiddet uygulayanın mağdurdan uzaklaşmasını ve kadına geçici koruma sağlayan yasal düzenlemeler, kadına yönelik özel alanda şiddetin önlenmesi ve mağdurun korunması için uygulamaya konulan özel hukuki araçlardandır ve şiddetle mücadelenin önemli bir ayağını oluştururlar.

Önleme ve koruma yükümlülüğünün yerine getirilmesinde kullanılacak özel hukuki araçlar şiddet mağduru kadının öncelikli ihtiyaçlarını karşılamaya yöneliktir. Şiddet mağduru kadının öncelikli ihtiyaçları; gerçekleştiği anda şiddetin sona erdirilmesi ve şiddetin tekrar etmemesi sağlanarak kadının şiddetten korunmasıdır. Bunun gerçekleştirilebilmesi ve kadının yaşam hakkının ve psikolojik, fiziksel veya cinsel güvenliğinin sağlanması amacıyla, şiddet uygulayanın evden ya da mağdurun bulunduğu diğer mekânlardan uzaklaştırılması ve/veya kadının güvenliğinin sağlanması amacıyla bir sığınma evine yerleştirilmesi, başvurulması gereken yöntemlerin başında gelir⁶⁷³.

Bunlar ilk aşamada, var olan acil durum nedeniyle gerçekleştirilen ve mağdurun en hızlı şekilde koruma altına alınmasına odaklanmış müdahalelerdir. Nitekim yakın tehlike durumlarında, şiddet mağdurunun güvenliğini sağlamak için ilk aşamada yapılması gereken, faille mağdur arasına fiziksel mesafe koymaktır. Şiddet uygulayan hakkında verilecek uzaklaştırma kararları bunun araçlarından biridir. Bu yöntem ilk kez, kadına yönelik şiddet konusunda yenilikçi bir kanun olan 1997 tarihli Avusturya Kanunu'yla uygulamaya konulmuş ve kadınların evlerinde güven içerisinde kalmalarını sağlayan tedbirlerin uygulanmasına kapı aralamıştır⁶⁷⁴.

⁶⁷³ AYATA-ERYILMAZ-KALEM, s. 165.

⁶⁷⁴ Carol Hagemann **WHITE**-Sabine **BOHN**, Protecting Women Against Violence, Analytical Study on the Effective Implementation of Recommendation Rec (2002) 5 on the Protection of Women against Violence in Council of Europe Member States, 2007, Strasbourg, s. 17.

Kadına yönelik özel alanda şiddet eylemlerinde, faille mağdur çoğunlukla aynı evi paylaşmaktadır. Bu tür şiddet eylemlerinde, failin mağdurla ortak kullandıkları evden ya da failin mağdurun bulunduğu yerden uzaklaştırılması mağdurun korunması için etkili bir tedbirdir. Failin uzaklaştırılmasına yönelik kararlar, henüz gerçekleşmiş ve tekrarlanma olasılığı bulunan şiddet olaylarında mağdurun korunması ve şiddetin tekrarının önlenmesi için söz konusu acil duruma müdahale amacını taşır.

İstanbul Sözleşmesi'nin "Acil Durumda Uzaklaştırma Kararları" başlıklı 52. maddesinde; Taraf Devletlerin, "*yetkili makamların yakın tehlike halinde ev içi şiddet failinin mağdurun veya risk altında olan kişinin ikametini yeterli zaman dilimi içerisinde terk etmesini emretme ve failin mağdurun ikametine girmesini ya da mağdurla veya risk altında olan kişiyle irtibata geçmesini yasaklama yetkisine sahip olmasını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri*" alacağı düzenlenmiştir. Sözleşme'de, acilen ve belirsiz bir süre için bir yere sığınma yükü, çoğu durumda kendisine bağımlı çocukları olan, ilişkileri çok sınırlı mağdura yıkılmamıştır. Bunun yerine mağdurun kendi yerinde kalıp failin oradan uzaklaşmasını sağlamaya öncelik verilmiştir. Bu yöndeki düzenlemeler, olumsuz sonuçların mağduru değil faili etkilemesi gerektiğine ilişkin temel adalet ilkesini ifade etmektedir⁶⁷⁵.

Sözleşme'nin bu hükmüne göre, yetkili makamların uzaklaştırma kararı verme yetkisine sahip olmalarını sağlamak Taraf Devletlerin yükümlülükleri arasındadır. Bu yükümlülüğün kapsamına göre, yetkili makamların, faile evi terk etme emri vermeye ve failin geri dönüp mağdurla yeniden temas etmesini engellemeye yönelik yetkileri olmalıdır⁶⁷⁶.

Acil durumda uzaklaştırma kararları vermekte hangi makamların yetkili kılınacağı konusu, bu müdahalenin etkililiği yönünden önem taşır. Avrupa ülkelerinin pek çoğuna öncülük etmiş olan Avusturya'da uygulamaya konulan modele göre, bu kararları vermeye polis yetkilidir. Polis kendiliğinden hareket

⁶⁷⁵ ERTÜRK, Sınır Tanımayan Şiddet, s. 356.

⁶⁷⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 264-266.

ederek şiddet uygulayanı on dört gün evden uzaklaştırma yetkisine sahiptir. Polis bu yetkisini kullandığında aynı zamanda mağdurlara yardım alanında uzmanlaşmış bir sivil toplum örgütüne haber vermektedir. Bu tedbir mağdurun iradesi dışında da uygulanmaktadır ve buna karşı mağdurun başvurabileceği bir kanun yolu bulunmamaktadır. Mağdurun verilen uzaklaştırma süresinin uzatılmasını aile mahkemesinden talep etme hakkı vardır. Mahkeme bu kararı uzatabileceği gibi daha kapsamlı tedbirler alma yetkisine de sahiptir⁶⁷⁷.

Evden uzaklaştırma kararının yaşanan şiddete ilk aşamada temas eden kolluk görevlileri tarafından verilebilmesine ilişkin düzenleme, acil olan duruma en iyi müdahale yöntemidir. Böyle bir yetkinin kolluğa verilmesi halinde, kolluğun denetimsiz ve keyfi uygulamalara sebep olacağı şüphesi uyanmaktaysa da, kolluk tarafından verilen kararların mahkemenin denetimine tabi tutulması yoluyla bu şüphe bertaraf edilmektedir. Kolluk, kadının güvenliğini derhal sağlayabilir ancak mahkemenin karar vermesi gecikmelere sebep olabilir. Acil olması gereken müdahale yetkisi mahkemelere bırakıldığında, beklenen hızla yerine getirilemeyebilir. Özellikle şiddet eylemlerinin çoğunlukla akşam, gece ya da hafta sonu gerçekleştiği düşünüldüğünde, mahkeme hemen karar veremeyecektir. Kolluğun bu konuda yetkilendirilmesiyle, şiddet eylemiyle mahkemenin kararı arasındaki zaman boşluğu kapanır.

Faile mağdur arasında fiziksel mesafe bulunmasını ve mağdurun güvenliğini sağlamaya yönelik araçlardan bir diğeri, evinde güvende değilse, mağdur kadının sığınma evine yerleştirilmesidir. Sığınma evleri, erkekler tarafından şiddet gören veya şiddet tehdidi altında olan kadınlara, geçici süreliğine de olsa güvenli bir ortam sağlayan mekânlardır. Amaç, kadınların kamusal ve özel alanda güçlenmelerini sağlamaktır⁶⁷⁸. Sığınma evlerinin yakın tehlike durumundaki en önemli işlevi, kadını şiddet ilişkisinden, şiddet uygulayandan ve şiddetin meydana geldiği ortamdan

⁶⁷⁷ ŞENER, s.71; Şeyma Genç **IŞIK**-Ümmügülsüm **DEVECİ**, “*Avusturya Ülke Raporu*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 229-243.

⁶⁷⁸ Çağla **DİNER**-Şule **TOKTAŞ**, “*Türkiye’de Kadın Sığınma Evleri: Yasal Süreçler ve İdari Uygulamalar*”, Sınır Bilgisi, Siyasal İktidar, Toplumsal Mekân ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, s. 109-137.

ayırmaktır. Sığınma evleri bu işlevinin yanında, uğradığı şiddeti ifade edebilen, mağduriyetini gizlemekten vazgeçmiş olan kadınlara hizmet vererek kadına, kendisiyle benzer yaşantıları olan kadınlarla karşılaşma olanağı verir⁶⁷⁹. Aynı zamanda kadınların travmatik deneyimlerini atlatmalarına, şiddet içeren ilişkileri sonlandırmalarına, özsaygılarını kazanmalarına ve kendi tercihlerine göre bağımsız bir yaşantının temellerini atmalarına yardımcı olur⁶⁸⁰. İstanbul Sözleşmesi’nde, Taraf Devletlerin, mağdurlara güvenli konaklama sağlayan ve inisiyatif kullanarak mağdurlara ulaşan, yeterli sayıda, uygun ve kolayca ulaşılabilir sığınma evlerinin hazırlanmasını sağlamak üzere gereken yasal ve diğer tedbirleri alacağı hüküm altına alınmıştır⁶⁸¹. Bu, Taraf Devletlerin koruma ve destek sağlama yükümlülüklerini yerine getirmelerinin önemli bir yoludur. Sığınma evlerinin, her mağdurun kendi durumuna özel kişisel güvenliğini sağlaması gerekir ve binalarının da güvenli olması beklenir. Önemli bir diğer husus, Sözleşme’yle sığınma evlerinin “yeterli sayıda” olmasının öngörülmüş olmasıdır. “Yeterli sayıda” kavramından anlaşılması gereken, tüm mağdurların ihtiyaçlarının gerek sığınılacak yer gerek özel destek bakımından karşılanabilmesidir⁶⁸².

Mağdurun karşı karşıya kaldığı yakın tehlike durumuna müdahale edilerek, failin evden uzaklaştırılması ya da mağdurun sığınma evine yerleştirilmesinden sonra, bu müdahaleyi tamamlayıcı mahiyette başka hukuksal araçlara da ihtiyaç vardır. Bu tür yasal düzenlemeler, “koruma emri” (*protection order*) ya da “kısıtlama/geri durma emri” (*restraining order*) kavramlarıyla ifade edilirler⁶⁸³. Bunlar kadına yönelik özel alanda şiddet mağdurlarını şiddetten korumak için etkili yasal yollardır. Bu tür hukuki araçların amacı, şiddet mağdurunun yeniden şiddete maruz kalmasını engellemek; ekonomik, duygusal ve psikolojik yükünü azaltmak;

⁶⁷⁹ Aysel **YILDIRIM**, Sıradan Şiddet Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları, Boyut Yay., İstanbul 1998, s. 53.

⁶⁸⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 133.

⁶⁸¹ İstanbul Sözleşmesi, m. 23.

⁶⁸² Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 133-135.

⁶⁸³ Canan **ARIN**, “Kadının Şiddete Karşı Hukuksal Korunması”, Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan, Beta Yay., İstanbul 2004, s. 50.

onun, saldırganla sık sık yüz yüze gelmesinin önüne geçmektir. Bu yöntemlerle mağdurların adli mercilerin önüne gelme sıklığı da azalır⁶⁸⁴. Bu tür hukuki araçlar, yalnızca kadına yönelik fiziksel şiddet içeren eylemlere karşı değil, psikolojik, cinsel, ekonomik şiddet, bu tür şiddet tehdidi ve baskı ve diğer özgürlükten yoksun bırakan davranışları da kapsayan bir koruma sağlamalıdır⁶⁸⁵.

İstanbul Sözleşmesi'nde, Taraf Devletlerin, *“Sözleşme'nin kapsamına giren bütün şiddet biçimlerinin mağdurlarının uygun kısıtlama veya koruma kararlarından yararlanmasını sağlamak üzere gereken yasa veya diğer tedbirleri”*⁶⁸⁶ alacağı hüküm altına alınmıştır. Kısıtlama veya koruma kararıyla, faile bazı şeyler yasaklanarak, failin hareketleri kısıtlanarak veya ona belirli davranışlar dayatılarak şiddet eylemlerine maruz kalma riski olan kişileri korumayı amaçlayan hızlı bir hukuksal yol sunulmaktadır. Bu tür kararlar kapsamında yer alan yaptırımlar kısıtlama, engelleme, tahliye, koruma, ihtiyati tedbir gibi çeşitli şekillerde olabilirler. Koruma veya kısıtlama kararları, kapsamlı bir korumaya olanak sağlayacak tedbirlerden oluşmalıdır. Şiddet uygulayanın mağdurun devamlı bulunduğu yere belirli bir mesafeden fazla yaklaşmaması, mağduru üçüncü bir kişi aracılığıyla rahatsız etmemesi, ateşli silahlarını teslim etmesi ve ateşli silahları satın almasının engellenmesi, konutun mülkiyetinin kime ait olduğuna bakılmaksızın ortak konuttan uzaklaştırılması ve varsa ulaşım araçlarını mağdura devretmesi gibi tedbirler, koruma veya kısıtlama kararları içinde yer almalıdır. Yetkili makamların, mağdurun rızası olmadığı takdirde, mağduru evinden çıkarmaya yetkilerinin olmaması gerekir. Yine yetkili makamların acil durumlar dışında da, diğer bir ifadeyle mağdurun ihtiyacı olan orta ve uzun dönem de dâhil olacak şekilde, bu tedbirleri uygulamaya koyabilmesi beklenir⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ ŞENER, s. 74.

⁶⁸⁵ CEDAW Komitesi, V.K./Bulgaristan kararında, geçici koruma sağlayan yasal düzenlemelerin mağdurun yaşamına ve sağlığına doğrudan ve yakın tehlike olması hallerini kapsarken, mağdura ruhsal veya cinsel zarar verme tehdidiyle, mağdurun baskı görme ve özgürlükten yoksun bırakılma hallerini kapsamıyor olmasını, CEDAW'ın 2. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. CEDAW Komitesi, V.K./Bulgaristan Kararı, (20/2008), 25.07.2011.

⁶⁸⁶ İstanbul Sözleşmesi, m. 53/1.

⁶⁸⁷ United Nations, Division for the Advancement of Women (DAW), Handbook for Legislation on Violence against Women, ST/ESA/329, NewYork, 2010, s. 46.

b. Uygulama Süreçlerinin Değerlendirilmesi

Kısıtlama veya koruma kararlarının, hızlı işleyen bir mekanizma sonunda, mağdurlar tarafından kolaylıkla devreye sokulabilir olması gerekir. Bu tür kararları çıkarmak için yapılacak işlemlerin, mağdura aşırı güçlük çıkarmaması, talep edilecek mahkeme harçlarının başvuru peşinen engelleyecek ağırlıkta olmaması ve kararların uzun yargılama süreçleri beklenmeksizin hemen uygulamaya konulması gerekir⁶⁸⁸.

Kararların hemen etkili olmasını sağlayabilmek için, kararların hızla alınması gereği, yalnızca bir tarafın talebi üzerine karar verilmesinin mümkün olup olmadığına ve özellikle şiddetin belgelendirilmesine ilişkin oldukça önemli bir tartışmayı gündeme getirmektedir. Mağdurun beyanı yeterli sayılmayarak şiddetin belgelendirilmesi istendiğinde ya da şiddet uyguladığı iddia edilenin de savunmasının alınması yoluna gidildiğinde, karar alma süreci yavaşlamakta, hak arama süreci zorlaşmakta ve mağdurun güvenliği tehlikeye düşmektedir. Mağdurun beyanının yeterli sayılması ayrıca şiddetin belgelendirilmesi suretiyle delil aranmaması, koruma ve kısıtlama kararlarının amacına daha uygun bir yaklaşımdır. Bu yaklaşıma uygun bir uygulama devreye sokulduğunda, şiddet uyguladığı iddia edilenin haklarının da dikkate alınması gerekir. Hukuki düzenlemeler, şiddet uyguladığı iddia edilenin adil yargılanma hakkı kapsamındaki haklarını zedeleyecek ve adil ve tarafsız yargılama ilkelerine ters düşecek içerikte olmamalıdır. Bunun sağlanabilmesi için aleyhine karar verilene, yetkili mercilere başvurarak bu karara itiraz etme hakkı tanınmalıdır⁶⁸⁹.

Bu tür tedbirler çoğu zaman mağdurun yaşamını ya da fiziksel bütünlüğünü güvence altına almak için devreye sokulmaktadır. Buna karşın şiddet uygulayanın adil yargılanma hakkının zedelendiği ileri sürüldüğünde, mağdurun ve şiddet uygulayanın haklarının birlikte ele alınması gerekmektedir. Yasal düzenlemelerin mağdurun ve şiddet uygulayanın haklarını ayrı ayrı koruması beklenir. Delil

⁶⁸⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 270.

⁶⁸⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par.272; ŞENER, s. 77.

aranmaksızın ve şiddet uygulayan dinlenmeksizin verilen koruma veya sınırlama kararları karşısında failin savunma hakkının, masumiyet karinesinin, silahların eşitliği ilkesinin ihlal edildiği ileri sürülebilir. Bu, mağdur haklarıyla sanık hakları ikileminin ortaya çıktığı uygulama sorunlarından biridir. Bu kapsamda, olağanüstü durum tedbirleri (*emergency measures*) ile acil tedbirler (*urgent measures*) olarak ifade edilebilecek bir ayrım dikkat çekmek gerekir⁶⁹⁰.

Olağanüstü durum tedbirleriyle kastedilen, yakın şiddet tehdidini uzaklaştırmak için, mağdurun yaşam hakkı, kişisel güvenliği ve vücut bütünlüğü gibi haklarına yapılan saldırıları hedef alan tedbirlerdir. Örneğin failin evden uzaklaştırılması, var olan silahının tedbir kapsamında muhafaza altına alınması, failin mağduru üçüncü şahıslar aracılığıyla da rahatsız etmesinin önüne geçilmesi gibi tedbirler bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu tür tedbirler için failin dinlenmesi ya da şiddetin belgelendirilmesi aranmaksızın gereken koruma veya sınırlama kararları verilmelidir. Bu tedbirler, sonraki ihlalleri önlemekte etkili olmayabilir ve yaşanan olağanüstü durum sebebiyle verilmiş olduğundan süresinin iki üç hafta gibi makul bir süreden daha uzun olmaması beklenir. Diğer taraftan var olan şiddeti durduraktan ziyade sonraki şiddet eylemlerini önlemeyi ve bu şekilde şiddet mağdurunu korumayı amaçlayan, süresi birkaç ayı hatta bir yılı bulabilecek mahiyetteki tedbirler için şiddet uygulayanın dinlenmesi ve kararın delillere dayanmasına ilişkin yasal düzenleme yapılabilir. Bu tür tedbirlere acil tedbirler denilmesi, yine bu tedbirlerin uzun yargılamalar sonunda alınmaması, mümkün olan en kısa zamanda ve ertelenmeden karar verilmesi gereğini ifade eder. Özellikle bir aydan uzun süren evden uzaklaştırma kararları, çocukların geçici olarak velayetlerinin düzenlenmesi, ailenin geçimi için harcamalardan sorumlu olan tarafın belirlenmesi gibi tedbirler bu kapsamda değerlendirilebilir⁶⁹¹. Bu haliyle mağdurun ve şiddet uygulayanın hakları

⁶⁹⁰ WHITE-BOHN, s. 18.

⁶⁹¹ Fransa'daki uygulama bu şekildedir. Aile mahkemesi hâkiminin, dört ay süreyle verebileceği ve boşanma ya da ayrılık davası açılması halinde sürenin uzatılabileceği tedbirlere ilişkin bir karar vermeden önce tarafları dinleyeceği düzenlenmiştir. Hâkim tarafları dinlerken adli gerçeği aramakla yükümlü değildir. Yalnızca şiddet olaylarının gerçekleştiğinin inandırıcı olduğu yönünde izlenim edinmesi yeterlidir. Koruma kararı mağdurun talebi üzerine verilir, mağdurun rızası şarttır. Bkz. Binnaz **TOPALOĞLU**, “Kadına Yönelik Şiddete ve Aile içi (Eşler Arası) Şiddete Karşı Mücadele”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 357-377.

arasında daha tartışmasız bir denge sağlanması mümkündür ve şiddet uygulayanın adil yargılanma hakkı da korunmuş olur.

Koruma veya kısıtlama kararı için başvuru hakkının sadece mağdurla sınırlı tutulup tutulmayacağı bu alandaki önemli tartışmalardan bir diğeridir. Bu hakkın yalnızca şiddet mağduruna ait olması gerektiğini savunanlar olduğu gibi; polis, sosyal hizmet uzmanı ya da aile üyelerinin de mağdurun rızası aranmaksızın başvuru hakkına sahip olması gerektiğini savunanlar da vardır. Bu hakkın yalnızca mağdura ait olması gerektiğini savunanlar, başkalarına bu hakkın tanınması halinde mağdurun güvenliğinin zedeleneceğini ifade etmektedirler. Buna göre maruz kaldığı tehlikeyi en iyi değerlendirecek kişi, mağdurun kendisidir ve başkalarına bu hakkın tanınması, mağdurun yasal süreçteki hâkimiyetinin ortadan kaldırılmasına neden olacaktır. Bu yaklaşımın aksine İspanya, Filipinler, Bulgaristan, Arnavutluk gibi ülkelerin yasal düzenlemelerinde, mağdur dışındaki üçüncü kişilerin de mağdur için koruma talep edebilmelerine olanak sağlanmıştır⁶⁹². Koruma veya kısıtlama kararlarını ceza kanunları kapsamına alan Kıbrıs'ta, 1998'de uygulamaya konulan aile içi şiddete ilişkin yasal düzenleme, aileden herhangi birinin, polisin ya da savcının başvurusu üzerine ceza davası açılması sırasında ya da öncesinde, mahkemeye geçici olarak bir kısıtlama kararı verme yetkisi tanımıştır. Bu düzenlemede ev içi şiddet, mağdura karşı değil, devlete karşı işlenmiş bir suçtur ve mağdur olayın tanığı olarak değerlendirilmektedir⁶⁹³.

Başvuru hakkı sahibini mağdurla sınırlı tutmayan düzenlemeler, ilk anda kadınları koruma amacına odaklanmış görünse de, kadının kendisine karşı gerçekleştirilen şiddet karşısında “özne” konumunda olmasının önüne geçmektedir. Hakkında bir koruma kararı ya da şiddet uygulayan hakkında bir kısıtlama kararı verilmesinin kendisinin lehine olup olmadığını değerlendirme hakkının kadına bırakılması gerekir. Bunu en iyi bilecek yine kadındır. Ayrıca, kadının iyiliği için iyi olanın ne olduğuna, mahkeme, polis ya da savcının karar vermesi, yine kadının iradesini ortadan kaldırmaktadır. Bir yönüyle ataerkil bakışın bir tezahürüdür. Kadın

⁶⁹² United Nations, Division for the Advancement of Women (DAW), Report of the Expert Group Meeting on Good Practices in Legislation on Violence Against Women, New York 2008, s. 54-55.

⁶⁹³ WHITE- BOHN, s. 19.

için en iyisini kadından daha üstün bir şekilde konumlandırılmış olan yargısal ya da idari bir merci belirlemiştir ve kadından buna razı gelmesi beklenmektedir.

Anılan yasal düzenlemeler, kadının şikâyetle bulunmama iradesinin gerçeği yansıtmadığı, bu talebin ne kadar iradi olduğunun tartışmalı olduğu düşüncesine dayanır. Bu noktada da, yine tedbirin içeriğine göre olağanüstü durum tedbirleri (*emergency measures*) ile acil tedbirler (*urgent measures*) arasında bir ayrım yapmak yerinde olur. Örneğin evden uzaklaştırma kararı, mevcut şiddeti ya da çok yakın şiddet tehdidini uzaklaştırmak ve mağduru korumak amacını karşılamaktadır. Bu tipik bir olağanüstü durum tedbiridir. Böyle bir durum ihbar ya da şikâyet yoluyla kolluk makamlarının önüne geldiğinde, mevcut şiddetin durdurulması ve önlenmesi esas olacağından mağdurun iradesi dışında da uygulanmalıdır. Nitekim Avusturya uygulaması bu şekildedir ve mağdurun bu karara karşı başvurabileceği bir kanun yolu bile yoktur⁶⁹⁴. Diğer taraftan mağdurun yeniden şiddete maruz kalmasının önüne geçmek suretiyle mağdurun korunmasını sağlayacak ve mahiyeti gereği daha uzun süreli olan tedbirler söz konusu olduğunda, mağdurun şikâyetinden vazgeçmesi durumu nasıl bir yasal düzenlemeye tabi tutulmalıdır? Burada müdahaleye ilişkin bir ikilem ortaya çıkmaktadır. Örneğin şiddetin yaşandığı gece, şiddet uygulayanın evden uzaklaştırılmasını talep eden kadın, ertesi gün bu talebinden vazgeçtiğinde yetkili makamların tutumu ne olmalıdır? Mağdurun şiddet uygulayanın eve dönmesi onayının serbest iradeye dayandığının, mağdurun ekonomik veya sosyal bağımlılık ilişkisinden etkilenmediğinin kesin olarak saptanması mümkün değildir dediğimizde, devletin koruma misyonu üstün tutulmalı ve kadının aksi yöndeki iradesine karşın, şiddet uygulayanın eve dönmesine izin verilmemeli ve gerekirse başka tedbirler yoluyla da kadın devlet tarafından korunmalıdır. Buna karşı duran bir yaklaşım benimsendiğinde, evden uzaklaştırma kararı verilmesinin kendisinin lehine olup olmadığını değerlendirme hakkının kadına bırakılmasının gerektiği söylenecektir.

Opuz - Türkiye kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Devletin hayatı tehlikede olan bir kişiyi korumak için koruyucu tedbirler alma yönündeki pozitif yükümlülüğünü hatırlatarak, yetkililerin başvurusunun annesini korumak amacıyla

⁶⁹⁴ IŞIK-DEVECİ, s. 229-243.

durumun ciddiyetinin gerektirdiği özel tedbirleri almadıklarını tespit etmiştir. Kararda, 4320 sayılı Kanun'da yer alan koruma tedbirlerine savcının talebi üzerine ya da hâkimin kendi inisiyatifıyla karar vermesinin mümkün olduğuna dikkat çekilmiştir⁶⁹⁵. Yetkililerin durumun ciddiyetini dikkate alarak, tarafların talebi olmasa da, koruma tedbirlerini uygulamaları beklenirken, bunu yapmamaları, başvurucunun annesinin yaşam hakkının ihlal edildiği yönündeki tespitin gerekçelerinden biridir. Bu yaklaşıma göre, koruma tedbirlerinin uygulanması, durumun ciddiyeti gerekli kılıyorsa, şiddet mağduru kadının rızasına bağlı tutulmamalı, rızası olmasa dahi gereken koruma tedbirlerine hükmolunmalıdır. Bu yaklaşımda, yetkililerin kendi inisiyatifleriyle koruma kararı vermeleri konusunda referans alınacak ya da değerlendirme konusu yapılacak olan husus; şiddetin ciddiyeti, diğer bir ifadeyle şiddetin ağırlığıdır.

Bu tür kararlar, genel hükümler çerçevesinde yürüyen ya da yürüyecek hukuki işlemlerden bağımsız olmalıdır. Mağdurlar, bu tür kararlar için başvurduklarında aynı zamanda şiddet uygulayanla ilgili suç isnadında bulunmak istemeyebilirler. Benzer bir şekilde, evli olan şiddet mağduru kadın, boşanma işlemlerini başlatma iradesi de taşımayabilir. Mağdurların kısıtlama veya koruma kararı talep etmeleri, ceza hukukuna ya da medeni hukuka ilişkin yargılama süreçlerinin başlatılmasına tabi kılınmamalı, bunlardan bağımsız olarak talep edilebilmesi sağlanmalıdır. Bu tür kararların varlık nedenlerinden biri de, genel hükümler üzerinden yapılacak bir yargılama ya da soruşturmayla daha uzun zaman alacak olan hak arama ve koruma sağlama sürecini kısaltmak olduğundan, hukuki süreçlerin birbirinden bağımsız olması mağdurlar için özel önem arz etmektedir⁶⁹⁶.

Bu tür kararların etkili bir hukuki araç olabilmesi, kararların ihlali halinde yaptırımlar öngörülmesine bağlıdır. Yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı olması beklenir. İstanbul Sözleşmesi'ni hazırlayanlar, bu yaptırımların etkili, orantılı ve caydırıcı içerik taşımak şartıyla hapis ve para cezasını veya başka hukuksal

⁶⁹⁵ *Opuz /Türkiye*, par. 148.

⁶⁹⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 273; ŞENER, s. 66.

yaptırımları beraberinde getirebileceğini belirtmişlerdir⁶⁹⁷. Avusturya’da evden uzaklaştırma kararı verdikten sonra polisin, failin uzaklaştırıldığı evi kontrol etmesi ve failin eve yaklaşması halinde acil bir karşılık vermesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Polis tarafından verilen bu tedbire uymamanın yaptırımı idari para cezasıdır ve ödenmemesi halinde iki haftalık hapis cezasına çevrilmiştir. Ancak Mahkeme tarafından verilen koruma tedbirinin şiddet uygulayan tarafından sürekli olarak ihlal edilmesi halinde mahkeme zorlama hapsi verebilmektedir⁶⁹⁸. Birleşik Krallık’ta koruma kararını ihlal etmek tutuklama konusu yapılabilecek bir suçtur ve beş yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür⁶⁹⁹. Almanya’da da koruma kararlarına aykırı davranışlar bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza veya para cezasıyla cezalandırılmaktadır⁷⁰⁰. Slovenya’daysa, koruma kararının ihlali bir suç olarak kabul edilmemiş ve ihlali halinde şiddet uygulayanın, kabahat niteliğindeki eylemi sebebiyle para cezasıyla cezalandırılacağı öngörülmüştür⁷⁰¹.

Acil durumlarda uzaklaştırma kararları ve koruma veya kısıtlama kararları, kimi ülkelerde özel ve karma nitelikli kanunlarla düzenlenmişken, kimi ülkelerde özel bir kanun olmaksızın ceza kanununda veya medeni kanunda bu tedbirlere yer verilmiştir⁷⁰². Ceza kanununda veya medeni kanunda düzenlenmiş olsalar da, mahiyetleri gereği bu tür kararlarda, hem medeni hukuk hem de ceza hukukuna dair izler vardır. İleride gerçekleşebilecek olan yeni ihlallerin önüne geçmek için uygulanıyor olmakla medeni hukuk kapsamında bir ihtiyati tedbirdir ve buna uyulmamasının yaptırımının düzenlenmiş olması sebebiyle ceza hukukuna ilişkin unsurlar taşır. İhlalin yaptırımı para cezası da olabilir ve farklı ülke uygulamalarında görüldüğü gibi bu tür kararların ihlali bir suç olarak değerlendirilmeyebilir. Anılan

⁶⁹⁷ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 275.

⁶⁹⁸ IŞIK-DEVECİ, s. 229-243.

⁶⁹⁹ WHITE-BOHN, s. 18.

⁷⁰⁰ Şeyda EMEK, “Almanya’da Mağdurun Ev İçi Şiddete Karşı Korunmasına Dair Kanun Koyucunun Faaliyetleri”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 137-145.

⁷⁰¹ Katja FILIPČIČ, “Legal Responses to Domestic Violence: Promises and Limits”, Violence in the EU Examined, Policies on Violence against Women, Children and Youth in 2004 EU Accession Countries içinde, (Edt. Milica Antić GABER), University of Ljubljana 2009, s. 115-123.

⁷⁰² ŞENER, s. 63.

hukuki araçların temel hedefi, şiddete karşı müdahalenin en kısa sürede gerçekleştirilmesidir.

Ceza kanunlarındaki şiddet eylemlerine karşı genel hukuki düzenlemelerde, faili cezalandırmak yoluyla kadını şiddetten korumak hedeflenmiştir. Bu yöntemlerle, amaçlanan koruma ve önlemenin gerçekleşmesi uzun bir zaman alır. Bu sebeple cezalandırmaya yönelik hukuki düzenlemeler, acil durumlarda bir müdahale olanağı sağlamaz. Koruma veya kısıtlama kararları doğrudan kadını koruyan ve acil durumlara müdahale edebilen hukuki araçlara olan ihtiyaçtan doğmuş ve genel hukuki düzenlemelerden farklı bir şekilde hukuk âleminde yer bulmuştur. Temel amaç, şiddete maruz kalan ya da şiddet tehdidi altında olan kadınların en kısa sürede, fiziksel ve psikolojik bütünlüklerini korumak, ileriye dönük olarak onları güvence altına alabilmek ve şiddetin yeniden gerçekleşmesinin önüne geçmektir. Bunlarla birlikte bu düzenlemelerin caydırıcılık işlevi de vardır. İleride gerçekleşebilecek şiddet ihtimalini en aza indirmeye ve daha geniş bir perspektiften kadına yönelik şiddeti önlemeye de hizmet ederler.

2. Türk Hukuk Sistemindeki Düzenlemeler

a. 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun

Türk hukuk sisteminde, kadına yönelik şiddet eylemlerine karşı genel hukuk uygulamaları dışında düzenlemeler içeren ve ilk defa ev içi şiddetin görünmezliğine son verip, ev içi şiddeti özel olarak ele alan yasal düzenleme 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dur⁷⁰³. Bu Kanun, dünyada 1970'lerin sonu itibarıyla başlayan ve 1990'lı yıllarla birlikte kurumsallaşmaya başlayan sürecin bir parçasıdır. Ev içi şiddete karşı Amerika Birleşik Devletleri'nin 1970'li yılların sonunda uygulamaya koyduğu özel tedbirlerle başlayan bu tür yasal düzenlemeler, 1990'lı yıllarda pek çok ülke mevzuatında yer almaya başlamıştır. Örneğin, bu alanda birçok Avrupa ülkesinin hukuki düzenlemelerinde temel alınan Avusturya modelinin zeminini oluşturan Avusturya Aile İçi Şiddete Karşı Koruma Kanunu 1997 yılında yürürlüğe girmiştir. Almanya'da Federal düzeyde ilk düzenlemenin yürürlük

⁷⁰³ 14.01.1998 tarihinde kabul edilen 4320 sayılı Kanun, 17.01.1998 tarih ve 23233 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

tarihiyse 1 Ocak 2002'dir⁷⁰⁴. Benzer şekilde kadına yönelik şiddete karşı özel tedbirleri uygulamaya sokan kanunlar, Brezilya'da 2002 yılında⁷⁰⁵, Yunanistan'daysa 2006 yılında⁷⁰⁶ yürürlüğe girmiştir.

4320 sayılı Kanun, dünyadaki benzer uygulamalarla yakın tarihlerde yürürlüğe girmiş olsa da, bu ülkelerin düzenlemeleri kadar detaylı ve kapsamlı hükümler içermemektedir. Diğer ülkelerden bir diğer farklılık, Kanun'un ismine ilişkindir. Aile içi veya ev içi şiddete karşı koruma ya da kadının korunması terimleri yerine ailenin korunması terimi tercih edilmiştir. Bu husus, Kanun'un yürürlükte olduğu dönem boyunca eleştirilmiş ve Kanun'un isminin “Şiddete Karşı Koruma Kanunu” olarak değiştirilmesi önerilmiştir⁷⁰⁷.

Adı geçen Kanun, son iki maddesi birer cümlelik yürürlük ve yürütme hükümleri içeren dört maddeden ibarettir. Kanun'un birinci maddesinde, Kanun'un şiddete maruz kalan eşleri, çocukları ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini kapsadığı; mağdur ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine sulh hukuk mahkemesi hâkimi⁷⁰⁸ tarafından yine aynı maddede yazılı tedbirlere ya da olayın özelliklerine göre başka tedbirlere hükmolunacağı düzenlenmiştir. Kanun metninde “koruma tedbiri” kavramı tercih edilmiştir. Kusurlu eşin şiddete ve korkuya yönelik davranışlarda bulunmamasına, ortak konuttan uzaklaştırılmasına, eşyalara zarar vermemesine, mağduru iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesine, silah

⁷⁰⁴ 01.01.2002 tarihli kanunun ismi; “Şiddet Fiilleri ve Takiplerde Medeni Hukuk Korumasının İyileştirilmesi ve Evli Çiftlerin Konutlarının Ayrılıkta Terk Edilmesinin Kolaylaştırılmasına Dair Kanun”dur. Bkz. EMEK, Almanya'da Mağdurun Ev İçi Şiddete Karşı, s. 137-145.

⁷⁰⁵ Ana Lucia **SABADELL**-Dimitri **DIMOULIS**, “*Domestic Violence in Brazil: Social Problems and Legislative Interventions*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 389-407.

⁷⁰⁶ Sofia **GIOVANOGLU**, “*Violence Against Women in Greece-National Report*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 459-475.

⁷⁰⁷ BAKIRCI-SANCAR- UYGUR, s. 77-78.

⁷⁰⁸ 09.01.2003 tarihinde kabul edilen ve 18.01.2013 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 9. maddesiyle 4320 sayılı Kanun'daki ‘sulh hâkimi’ ibaresi ‘aile mahkemesi hâkimi’ olarak değiştirilmiştir. Böylece 4320 sayılı Kanun kapsamındaki koruma tedbirlerini vermekle görevli ve yetkili merci aile mahkemesi hâkimi olmuştur.

ve benzeri araçları zabıtaya teslim etmesine, alkol ve uyuşturucu madde kullanarak ortak konuta gelmemesine veya ortak konutta bunları kullanmamasına koruma tedbiri olarak hükmolunabilir. Bunların yanında hâkim mağdur lehine tedbir nafakasına ve Kanun’da sayılan bu tedbir türleri dışında da somut olayın gerektirdiği başka tedbirlere karar verebilir. Bu tedbirler en fazla altı ay için verilebilir ve tedbirlere uyulmaması halinde kişinin tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacağı kararda belirtilir.

Kanun’da, mağdurlar sadece evli kadınlar olarak gösterilmemişse de, asıl amacın resmî nikâhla evli kadını korumak olduğu kullanılan “kusurlu eş” ifadesinden anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun’un gerekçesinde de, kadının aile içi şiddete maruz kalmasından bahsedilerek ve kocanın şiddet eylemlerinden örnekler verilerek, Kanun’un amacının evli kadına yönelik şiddete karşı bir koruma sağlamak olduğu ortaya konulmuştur⁷⁰⁹. Ya da bir başka bakış açısıyla, “kusurlu eş” ifadesinden, failin “evli kadın” ya da “evli erkek” olarak kabul edildiği, mağdurun kadın ya da erkek olması konusunda bir ayırım yapılmadığı sonucunu çıkarmak da mümkündür. Fail ve mağdur arasındaki evlilik bağına ilişkin bu kısıtlama, Kanun kapsamında öngörülen tedbirlerin, örneğin evde şiddet uygulayan ağabeye, kayınpeder ya da kayınvalideye uygulanamaması sonucunu doğurmuştur. Bu tedbirlerin eşler dışındaki diğer aile bireylerine karşı uygulanamamasının Anayasa’nın 10. maddesine aykırılık oluşturduğu ileri sürülerek, bu konu Anayasa Mahkemesi’nin önüne taşınmıştır. Ancak Anayasa Mahkemesi bu iptal istemini reddetmiştir. Mahkeme gerekçesine göre; “... Aile birliğinin korunması ve devamı yönünden eşlerle diğer aile bireylerinin görev ve sorumlulukları aynı olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Kaldı ki yasakoyucu diğer aile bireylerinin şiddet eylemlerine karşı aileyi koruyucu kimi önlemleri her zaman alabilir...”⁷¹⁰.

Koruma tedbirine uyulmamasının yaptırımı, üç aydan altı aya kadar hapis cezasıdır. Bu ceza hükmüne Kanun’un 2. maddesinde yer verilmiş ve “fiil başka bir

⁷⁰⁹ 4320 sayılı Kanun’un Gerekçesi, www.istanbulbarosu.org.tr/merkezler/khum/4320.doc adresinden alınmıştır. (Erişim: 12.12.2014)

⁷¹⁰ Bkz. Anayasa Mahkemesi’nin 12.11.2002 tarih ve 1999/35 E. - 2002/104 K. sayılı kararı, R.G.: 29.03.2003/25063.

suç oluştursa bile” koruma tedbirine aykırılık eylemi, tek başına hapis cezasına tabidir. Koruma tedbirine aykırılık suçunun soruşturulması, mağdurun şikâyetine tabi tutulmamış, aykırılığın zabıta tarafından Cumhuriyet savcılığına bildirilmesi üzerine savcılık tarafından sulh ceza mahkemesinde dava açılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme kapsamında özel bir hükme yer verilmediğinden, koruma kararına aykırılık suçunun yargılaması, ceza hukuku hükümleri kapsamında yapıldığından, sanık hakkında hükmolunan hapis cezasının para cezasına ya da başkaca yaptırımlara çevrilmesi, ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması mümkün olmuştur⁷¹¹.

4320 sayılı Kanun’un uygulanmasında yaşanan aksaklıkların giderilmesi ve uygulamasını düzenlemek amacıyla ilk olarak 02.12.2005 tarihinde İçişleri Bakanlığı tarafından 2005/123 sayılı Genelge yayımlanmış ve bunu 01.01.2006 tarihinde Adalet Bakanlığı’nın 2006/35 sayılı Genelgesi takip etmiştir.

Uygulamada önemli bir boşluğu doldurmuş olmasına karşın 4320 sayılı Kanun, şiddet olgusuna, şiddet mağduruna ve şiddet uygulayana ilişkin kapsamının oldukça dar tutulması, özellikle resmî nikâh olmaksızın birlikte yaşayan veya boşanmış kişileri kapsamaması⁷¹², kararın şiddet uygulayana ne şekilde bildirileceğinin düzenlenmemesi gibi pek çok yönden eleştirilmiştir. Bu eleştiriler kadar uygulamada ortaya çıkan aksaklıkların da etkisiyle 2007 yılında Kanun’da

⁷¹¹ Kanun’un yürürlükte olduğu dönemde, Kanun’da yer alan “hapis cezasına hükmedilir” ifadesinin emredici nitelikte olduğu ve bu açıdan hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırılmış olduğu ileri sürülmüş ve hâkimin TCK 51. maddesini uygulayarak hapis cezasının ertelenmesine karar veremeyeceği ancak bu gibi kısa süreli hapis cezasının TCK’nın 50. maddesi gereğince hapis cezasının maddede belirtilen diğer yaptırımlara çevrilmesinin mümkün olduğu yönünde görüşler ileri sürülmüştür. Ancak uygulamada, 4320 sayılı Kanun’daki tedbire uymayan sanıklar hakkındaki hapis cezalarının TCK’nın 50. maddesi uygulanarak ertelenmesi yoluna gidilmiştir. Bu görüşler için bkz. Nazan **MOROĞLU**, “Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, <http://www.tukd.org.tr/>

⁷¹² Bu konudaki tartışmalar ve uygulama örnekleri için bkz. Eray **KARINCA**, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2008, s. 42-53.

Boşanan kişiler hakkında 4320 sayılı Kanun kapsamında tedbire hükmedilemeyeceği değerlendirilmesini içerir Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin kararında, Kanun’un uygulanabileceği kişilerin resmî olarak evlilik birliği devam edenler olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Yargıtay 2. HD. 12.05.2009 tarih, 2009/170 E. - 2009/9411 K.

değişiklikler yapılmıştır⁷¹³. Bu değişikliklerle aile içi şiddet olgusunun, sadece aynı çatı altında yaşayan eşler arasında yaşanan şiddet olarak sınırlandırılmasından vazgeçilmiş ve aynı çatı altında yaşamayan, “*mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri...*” de aile içi şiddet mağduru olarak kabul edilmiştir. Yapılan bu değişiklik olumlu addedilse de yine, şiddet mağduruyla şiddet uygulayan arasında hukuken geçerli bir evlilik aranmaya devam edilmiş; resmî evlilik dışında kalan ilişki durumlarını kapsayan bir yaklaşım benimsenmemiştir. Kanun, mağdur yönünden kapsayıcı değil kısıtlayıcı olarak kalmıştır. Kanun, aile kapsamına kimlerin gireceği ve ailenin diğer bireylerinin kimler olduğu konusunu tartışmaya açık halde bırakmıştır. Bu husus, uygulandığı dönemde de en çok eleştirilen hususların başında gelmiştir. Kanun bu haliyle, CEDAW’ın ayrımcılık tanımında önemle vurgulanan, kadınların medeni haline bakılmaksızın ayrımcılığa uğramayacağı hükmüne aykırıdır. Kadınlar arasında medeni durumlarına göre ayrımcılık yapılmış ve dini nikâhlı olarak ya da arada herhangi bir nikâh akdi olmadan birliktelik yaşayan kadınlara ya da boşanmış kadınlara şiddetten korunma hakkı tanınmamıştır.

Kanun değişikliğiyle, “kusurlu eş” ifadesi yerine “kusurlu eş veya diğer aile bireyleri” ifadesi kullanılarak şiddet uygulayanın sadece “evli kadın ya da erkek” olabileceği sonucunu doğuran düzenlemeden vazgeçilmiştir (m.1/2). Koruma tedbirleri arasına şiddet uygulayanın bir sağlık kuruluşuna muayene ve tedavi için başvurması da eklenmiştir (m.1/2-f). Şiddet mağduruyla şiddet uygulayanın aynı konutta yaşayan kişiler olması şartı kavramsal olarak ortadan kaldırıldığından, ortak konuttan uzaklaştırmaya ilişkin koruma tedbiri, şiddet mağdurunun yaşadığı ve çalıştığı yerlerden de şiddet uygulayanın uzaklaştırmasını kapsayacak şekilde genişletilmiştir (m.1/2-b). Başvuruların harca tabi olmamasının yanında başvurular sonucu verilen nafaka kararlarının infazı için yapılan icra işlemlerinin de harca tabi olmadığı hüküm altına alınmıştır (m.1/son).

2007 yılında yapılan bu değişikliklerle Kanun’un uygulamasına ilişkin hususların yönetmelikle düzenleneceği de hüküm altına alınmıştır. Bu doğrultuda,

⁷¹³ 5636 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” 26.04.2007 tarihinde kabul edilmiş ve 04.05.2007 tarih ve 26512 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

2008 yılında Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik yayımlanmıştır⁷¹⁴. Kanun’da sadece “aile içi şiddet” olarak belirtilen şiddet kavramının kapsamı Yönetmelikle belirlenmiştir. Buna göre “*aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketler, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranış*” şiddettir (m.5). Yönetmelikle, Kanun’da yer verilen tedbirler açıklanmış ve koruma tedbirine şiddet mağdurunun veya aile bireylerinden birinin şikâyeti ya da üçüncü şahısların olayı kolluk birimlerine ya da savcılığa ihbarı üzerine hükmolunabileceği, aile hâkiminin şiddetin belgelendirilmesini aramaksızın, duruşma yapmaksızın, dosya üzerinden tedbire hükmedebileceği, tedbirlerin en kısa sürede verilmesinin esas olduğu ancak hâkimin gerekli görmesi halinde tarafları dinleyebileceği düzenlenmiştir. Tedbir kararlarının kolluk görevlileri tarafından yerine getirilip getirilmediğinin kontrol edileceği ve aleyhine koruma tedbiri uygulayanın tedbire uymadığının tespiti halinde, kolluğun re’sen soruşturma yaparak soruşturma evrakını Cumhuriyet başsavcılığına intikal ettireceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca nafakaya hükmedilmesi halinde, kararın icraya konulması aşamasında da harç alınmayacağı düzenlenmiştir.

4320 sayılı Kanun kapsamında verilen koruma tedbirlerine karşı temyiz ve itiraz yoluna ilişkin Kanun’da herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin bir tedbir kararına karşı temyiz yoluna gidilmesi üzerine verdiği kararla tespit edildiği üzere, bu Kanun çerçevesinde verilen kararlara temyiz yolu kapalıdır, geçici tedbir niteliğinde olan bu kararlar kesindir⁷¹⁵. Yargıtay bu sonuca Kanun’un amacı üzerinden yorum yapmak suretiyle ulaşmıştır. Yargıtay’a göre;

⁷¹⁴ Ailenin Korunması Hakkındaki Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik, 1 Mart 2008 tarih ve 26803 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

⁷¹⁵ Kararların kesin olmadığı, Anayasa’nın 40. maddesi gereğince, Anayasa’yla korunan hak ve menfaatleri ihlal edilen herkesin yetkili bir makama başvurma hakkının sağlanması gerektiği ve koruma kararlarına karşı HUMK’un 108. maddesi uyarınca aynı mahkemeye on gün içinde itiraz olanağının olduğuna ilişkin değerlendirme için Bkz. KARINCA, s. 33-35 ve s. 111.

“...Bu kanunun amacı aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları koruma olduğu gerekçesinde açıklanmıştır. Hatta "Sulh Hukuk Mahkemesi (2003 yılından itibaren Aile Mahkemesi) **mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak** başvurusunun hemen ardından **tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir**. Şiddete uğrayanların mahkemede şiddete uğrama ihtimallerini kanıtlama yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Mahkeme kararında 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulama süresi belirtilecek ve tedbire aykırı davranışta bulunulması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edileceği kusurlu eşe ihtar olacaktır... Şu halde 4320 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan kararları, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 105,106,107 ve 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca ittihaz olunan ve bu kanunun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil hakimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, kanunun tedvin amacına uygun düşecektir.”⁷¹⁶

Uygulayıcıların 4320 sayılı Kanun’u nasıl algıladıklarının ve nasıl uyguladıklarının ortaya konulması için, hâkim, savcı ve avukatlarla 2010 yılında yüz yüze görüşmeler yapılarak hazırlanan bir çalışmada Kanun’un uygulamasına ilişkin önemli tespitler yapılmıştır⁷¹⁷. Öncelikli tespit, Kanun’un gerekçesinde Kanun’un asıl amacının kadınları şiddete karşı korumak olduğu belirtilmesine karşın, Kanun başlığında hareketle uygulayıcıların, Kanun’un amacının “*aile içi şiddeti önleyerek ailenin korunması*” olduğu düşüncesinden hareket ettikleridir. Bu tespit, Kanun başlığında yer alan “*ailenin korunması*” kavramına yapılan eleştirilerin, biçimsel ya da varsayımsal bir eleştiriden ibaret olmadığını, gerçekten Kanun’un başlığında “*ailenin korunması*” kavramının yer alması sebebiyle hukuk uygulayıcılarının algısının da bu yönde pekiştiğini gösterdiği için dikkat çekicidir. Uygulamada aile kavramı yorumlanırken Medeni Kanun çerçevesinde resmî nikâhla kurulan bir kurum anlaşılmakta ve bunun dışındaki tüm beraberlikler bu Kanun’un kapsamı dışında tutulmaktadır. Kanun’u uygulayanların bu alandaki uzmanlıklarının yetersizliği genel bir sorundur. Uygulayıcılar daha yoğun olarak fiziksel şiddet halinde Kanun’un uygulanması eğilimi taşımaktadırlar ve diğer şiddet türlerinin ispatı için daha fazla belge talep etmektedirler. Tedbir kararının tebliği sorunu ve bununla bağlantılı olarak

⁷¹⁶ Yargıtay 2. H.D., 09.07.1998 tarih ve 1998/7229 E. - 1998/ 8655 K. sayılı kararı.

⁷¹⁷ AYATA-ERYILMAZ-KALEM, s.11.

özellikle uzaklaştırma tedbirinin tam olarak ne zaman geçerli olacağının tespit edilememesi uygulamadaki güçlükler arasındadır⁷¹⁸. Özellikle özel bir adli kolluk biriminin bulunmaması ve yine bununla bağlantılı olarak, verilen kararın nasıl infaz edileceği sorunu genel altyapı yetersizliklerinin doğurduğu sorunlar arasındadır. Yapılan görüşmeler sonunda ulaşılan sonuca göre, tüm bu sorunlar ve Türkiye'nin toplumsal yapısının yarattığı uygulamaya ilişkin engeller, Kanun'un kadına beklenen düzeyde koruma sağlamasını ciddi derecede sekteye uğratmıştır.

b. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

i. Kanun'un Genel Değerlendirmesi

İstanbul Sözleşmesi'nin Türkiye tarafından imzalanmasından sonra, Sözleşme'de yer alan yükümlülükleri yerine getirmek amacıyla 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, 8 Mart 2012 günü TBMM tarafından kabul edilmiş ve 20 Mart 2012 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun'un yürürlüğe girmesinden yaklaşık bir yıl sonra, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, 18.01.2013 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁷¹⁸ Koruma kararının usulüne uygun bir şekilde tebliğ edilmesi, koruma kararının ihlali halinde yaptırım uygulanması açısından önemlidir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 4320 sayılı Kanun kapsamındaki içtihatlarında, koruma kararının ihlali sebebiyle sanığın cezalandırılması yoluna gidilebilmesi için koruma kararının sanığa tebliğ edilip edilmediğinin ya da sanığın tedbirden haberdar edilip edilmediğinin araştırılması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Örnek olarak bkz. Yargıtay 7. CD., 22.05.2012 tarih, 2012/4706 E. - 2012/16993 K. sayılı kararı: "*Dosya kapsamına göre, sanığın Aksaray 2. Aile Mahkemesince verilen 04/10/2010 tarihli ve 2010/95-95 değişik iş sayılı tedbir kararına uymadığından bahisle, 4320 sayılı Kanun gereğince mahkumiyetine karar verilmiş ise de, davalının yokluğunda verilen Aksaray 2. Aile Mahkemesinin 04.10.2010 tarihli kararının, 19.10.2010 tarihinde davalı sanığa tebliğ edildiği, dolayısıyla suça konu olayın meydana geldiği 08.10.2010 tarihinde sanığın henüz tedbir kararından haberdar olmadığı, her ne kadar Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin yerleşik içtihatlarına göre, tedbir kararları temyiz incelenmesine tabi bulunmasa da, sanığın, hakkında verilen tedbir kararından haberi olmadığı nazara alındığında, atılı suçun oluşmayacağı ve sanığın beraatine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiş ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu kanun yararına bozmaya atfen ihbar olunmuş bulunmakla Türk Milleti adına gereği görüşülüp düşünüldü; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kanun yararına bozma istemine dayanan ihbarname içeriği yerinde görüldüğünden Aksaray 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 28.04.2011 gün ve 2011/95 esas, 2011/189 sayılı kararının CMK.nun 309/4-d maddesi uyarınca BOZULMASINA, cezanın çektirilmemesine, 22.05.2012 günü oybirliğiyle karar verildi."*

Kanun hem kadına yönelik şiddeti hem de ev içi şiddeti düzenler; bu haliyle tıpkı İstanbul Sözleşmesi gibi iki başlı bir yapıya sahiptir. Ancak İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanmasından sonra, iç hukukun Sözleşme'yle uyumlu hale getirilmesi amacıyla yapılan bir düzenleme olsa da, İstanbul Sözleşmesi'nden ilk ayrışma Kanun'un isminde olmuştur⁷¹⁹. Yasa koyucu yine, “*ev içi şiddet*” kavramı yerine “*ailenin korunması*” kavramını tercih etmiştir. Bu tercih, kadına yönelik şiddetin “kadın odaklı” olarak ele alınmamasının yeni bir örneği olmuş ve Kanun'un ismi uygulamayı da yönlendirdiği için kadının korunmasını etkisiz kılan ya da geri planda bırakan bir tercih olmakla eleştirilmiştir⁷²⁰. Ailenin korunması kavramı, Kanun'un başlığı dışında metnin herhangi bir yerinde tekrarlanmamıştır. Kanun'un amacının, kapsamının ve temel ilkelerinin düzenlendiği 1. maddesinde, ailenin korunması amacından bahsedilmemiştir. Genel olarak Kanun'un içeriğinde, ailenin ne şekilde korunacağına ilişkin bir düzenlemeye de yer verilmemiştir. Bu haliyle, ailenin korunması kavramı, yasa koyucunun iradesini gösterme amacına hizmet eder şekilde, Kanun başlığında metinden bağımsız olarak yerini almıştır.

Yine İstanbul Sözleşmesi'nden farklı olarak 6284 sayılı Kanun, “*toplumsal cinsiyet*” kavramına ve “*ayrımcılık yapma yasağına*” yer vermemiştir⁷²¹. Bu da Kanun'un adına ilişkin tercihte ortaya çıkan iradeyle paraleldir. İstanbul Sözleşmesi'nin 3. maddesinde “*toplumsal cinsiyet*” kavramı “toplum tarafından kadın ve erkeğe yüklenen ve sosyal olarak kurgulanan roller, davranışlar ve eylemler” olarak tanımlandıktan sonra, “*kadınlara yönelik toplumsal cinsiyete dayalı*

⁷¹⁹ Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı tarafından hazırlanan tasarının adı, “Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunmasına Dair Kanun Tasarısı” iken, TBMM'ye sevk edilirken adı “Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı” olarak değiştirilmiştir.

⁷²⁰ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 299; Nur CENTEL, “*Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 1-13.

⁷²¹ 6284 sayılı Kanun'da “toplumsal cinsiyet” teriminin kullanılması konusunda ciddi problemler yaşanmıştır. TBMM'nin bir hafta önce kabul ettiği İstanbul Sözleşmesi'nde yer alan bu kavramı, bir hafta sonra kabul ettiği ulusal yasa metninde kullanmaktan imtina etmiş olması, ülkemizde uluslararası normların anlaşılması ve yasalarımızla da hayata geçirilmesi açısından düşündürücü bir durum olduğu belirtilerek, bu durum eleştirilmektedir. Bkz. ACAR, CEDAW'dan İstanbul Sözleşmesi'ne, s. 61-77.

şiddet” “doğrudan kadınlara yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya orantısız bir şekilde kadınları etkileyen şiddet anlamına gelir” denilmiştir. Buna karşılık 6284 sayılı Kanun, 2. maddesiyle “*kadına yönelik şiddet*” kavramını; kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılıkla kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanun’da şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranış olarak tanımlamıştır. Ne bu tanıma ne “*şiddet*” kavramının tanımına toplumsal cinsiyet kavramı dâhil edilmiştir. İstanbul Sözleşmesi’nin “Temel Haklar, Eşitlik ve Ayrım Gözetmeme” başlıklı 4. maddesinde, Taraf Devletlerin kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı kınayacağı ve kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı önlemek üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri gecikmeksizin alacağı hüküm altına alınarak ayrımcılık yapma yasağı açıkça ifade edilmişken, 6284 sayılı Kanun’da ayrımcılık yapma yasağına açıkça yer verilmemiştir. 6284 sayılı Kanun’da “*ayrımcılık*” kavramı sadece kadına yönelik şiddet kavramının yukarıda belirtilen tanımında ve Kanun kapsamında kadınlara yönelik cinsiyete dayalı şiddeti önleyen ve kadınları cinsiyete dayalı şiddetten koruyan özel tedbirlerin ayrımcılık olarak yorumlanacağı hükmünde yer almıştır.

Kanun’a göre şiddet; “*Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı*” ifade eder (m.2/1-d). Şiddet mağduruyorsa; “*Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişiler*”dir (m.2/1-e). Görüldüğü üzere kanun koyucu şiddet kavramını oldukça kapsamlı olarak tanımlamıştır. Şiddet fiziksel, cinsel ve ekonomik olabilir. Ayrıca tehdit, baskı ya da özgürlüğü keyfi engelleme şeklinde psikolojik şiddet de bu kapsama dâhildir. Şiddet mağdurunun şiddetten mutlak surette etkilenmesi aranmamış, şiddetten etkilenme olasılığı olan kişiler de mağdur olarak kabul edilmiş, böylece dolaylı mağduriyet de tanınmış olmuştur. Bütün bu düzenlemeler Kanun’un koruma alanını genişleterek, korumanın daha etkili hale gelmesini sağlamıştır.

6284 sayılı Kanun'un hazırlanması sürecinde kadın örgütleri taleplerini etkili bir şekilde dile getirmişlerdir. Ancak taleplerinin tümü Kanun metnine yansımamıştır⁷²². Kadın örgütlerinin, kadına karşı şiddete ilişkin davalarda müdahil olma imkânı tanınması talebi Kanun'da yer almamıştır. Bunun yerine Kanun'un 20. maddesiyle Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği hüküm altına alınmıştır. Başta belirtildiği gibi toplumsal cinsiyet kavramına ve ayrımcılık yapma yasağına yer verilmemiş olması Kanun'un eleştirilen önemli eksikliklerindendir.

İstanbul Sözleşmesi'yle uyumlu olarak hazırlanmış olmasına karşın İstanbul Sözleşmesi'nden ayrılan bazı düzenlemeler içermekteyse de, 6284 sayılı Kanun, şiddeti önlemeye ve kadını şiddetten korumaya yönelik etkili hukuki araçların kullanılmasına olanak veren bir düzenlemedir. Yürürlükten kaldırılan 4320 sayılı Kanun'la kıyaslandığında, korumanın kapsamı ve tedbirlerin içeriği bakımından daha geniş kapsamlıdır.

Hukuki düzenlemeler temel ihtiyaçları karşıladığında, şiddeti önlemeye ve kadını şiddetten korumaya yönelik bu hukuki araçların uygulanmasındaki temel sorunların, kolluk ve yargı görevlilerinin uygulamalarından kaynaklandığının akılda tutulması gereklidir. Kanun uygulayıcılarının, Kanunu yorumlamadaki ataerkil yaklaşımları sebebiyle oluşan direnç, uygulamanın her aşamasında hissedilmektedir. Bunun yanında hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, özel bir adli kolluğun bulunmamasından kaynaklanan sorunlar kararın takibi ve infazı hususlarında sorunlar doğurmaktadır. Hep dile getirildiği üzere kolluk ve yargı çalışanlarının meslek içi eğitime tabi tutulması, aile mahkemelerinde uzman sosyal çalışmacıların görev alması uygulamanın iyi yönde ilerlemesine yardımcı olacaktır. Bunlarla birlikte, kanun uygulayıcılarının ihmalleri ya da kusurlu davranışları sonucu tedbir kararlarının alınmamasının ya da gereği gibi uygulanmamasının bir yaptırımı

⁷²² Kadın örgütlerinin kanun tasarısına eleştirileri için bkz. <http://www.kahdem.org.tr/?p=287> (Erişim: 04.01.2015)

olduğunun Kanun’da açıkça düzenlenmesi de kanun uygulayıcılarının, zihinlerinde olan ve açık bir şekilde ortaya konulamayan direnci kırmaya yardımcı olabilir.

ii. Koruyucu ve Önleyici Tedbir Kararları

Kanun metninde “*koruyucu tedbir kararları*” ve “*önleyici tedbir kararları*” biçiminde iki ayrı tedbir türü düzenlenmiştir. Koruyucu tedbir kararları mülki amir ve hâkim tarafından verilebilir ve her iki merciin verdiği tedbir kararlarının mahiyeti farklıdır. Önleyici tedbir kararlarını vermekle yetkili makam ise sadece hâkimdir. Genel olarak önleyici tedbir kararları şiddet mağdurunun henüz karşılaştığı şiddete karşı korunması ve şiddetin tekrarının önüne geçilmesini hedeflemektedir. Koruyucu tedbir kararlarıysa, şiddet mağdurunun korunmasına odaklanmış ve orta ve uzun vadede mağdurun maruz kalabileceği şiddetin önüne geçmek, mağdurun şiddetten uzak bir yaşam için desteklenmesine yönelik ve mağdurun zararını gidermek kapsamında değerlendirilebilecek tedbirleri ifade etmektedir⁷²³.

Tedbir kararları istem üzerine veya re’sen verilir (m.2-ğ). İstemde bulunacak kişi Kanun’un 8. maddesine göre “ilgili” yani şiddet mağdurudur. Ayrıca Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, kolluk görevlileri ve Cumhuriyet savcısı da istemde bulunabilir (m.8)⁷²⁴. Bununla birlikte Kanun’da özel olarak belirtilmediğinden şiddet

⁷²³ Kanun’un 3. maddesinde hüküm altına alınan **mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları** şunlardır: (a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması, (b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması, (c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi, (ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması, (d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması. Kanun’un 4. maddesinde hüküm altına alınan **hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları** şunlardır: (a) İşyerinin değiştirilmesi, (b) Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi, (c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, (ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağı anlaşılmaması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi. Mülki amir ve hâkim bu koruma tedbirleriyle sınırlı değildir, olayın mahiyetine göre uygun göreceği benzer tedbirlere de karar verebilir. Bu tedbirler şiddet mağduru kadının giderim hakkı kapsamında değerlendirilecektir.

⁷²⁴ Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 20.02.2015 tarih ve 154 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması” konulu

mağduru dışındaki aile bireylerinin istemde bulunma hakları bulunmamaktadır. Kanun metninin TBMM’ye sunulan halinde, korunan kişinin talebi olmaksızın verilen koruyucu tedbir kararlarının ancak korunan kişinin kabulü halinde uygulanabileceğine ilişkin bir hükme yer verilmişse de, bu hüküm daha sonra Kanun metninden çıkarılmıştır. Bu da, koruma tedbiri kararının korunan kişinin rızası dışında da uygulanabileceği sonucunu doğurmaktadır.

Kanun’da ihbara ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmiştir: “*Şiddet veya şiddet uygulanma tehlikesinin varlığı hâlinde herkes bu durumu resmî makam veya mercilere ihbar edebilir.(m.7)*” Buna göre üçüncü kişilerin şiddet eylemini ihbar etmesi kamu görevlilerini harekete geçirmek için yeterlidir, sadece şiddet mağdurunun şikâyeti aranmaz. İhbarı alan kamu görevlileri Kanun kapsamında tedbir kararı vermekle yetkilendirilmiş görevlilerse, gecikmeksizin gereken tedbirleri almakla ve böyle bir yetkileri yoksa gereken diğer tedbirlere ilişkin olarak yetkilileri haberdar etmekle yükümlüdür (m.7). Ayrıca şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinden haberdar olan kamu kurum ve kuruluşlarıyla kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları durumu derhal şikâyet mercilerine bildirmek zorundadır (Yönetmelik m.4/1). Bu düzenleme, fiziksel şiddet olaylarında, kolluk gibi, şiddetten öncelikle haberdar olan sağlık görevlileri için özellikle önem taşımaktadır. Kamu görevlilerinin ihbar yükümlüğünü yerine getirmemeleri, TCK’nın 257 ve 279. maddelerinde düzenlenen “*görevi kötüye kullanma*” ve “*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*” suçunu oluşturabilir.

Önleyici tedbir kararları, Kanunun 5. maddesinde sayılmıştır. Ancak hâkimin uygun görülecek benzer tedbirlere de karar verebileceği ifade edilerek, önleyici tedbir kararları Kanun’da sayılanlarla sınırlandırılmamıştır. Hâkim şiddet uygulayanlarla ilgili olarak; “(a) *Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması. (b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek*

Genelgesinde, Cumhuriyet Savcıları tarafından aile içi şiddete maruz kalındığının öğrenilmesi halinde, bu konuda herhangi bir şikâyet gerekmediğinden derhal soruşturmaya başlanacağı ve ayrıca koruma kararı alınması için ivedilikle aile hâkimine bildirimde bulunulması gerektiği belirtilmiştir.

Tedbir taleplerinde yetki kuralları işlemez. En çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülkî amirden ya da kolluk biriminden talep edilebilir (m.8/1).

konutun korunan kişiye tahsis edilmesi. (c) Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması. (ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması. (d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması. (e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi. (f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi. (g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi. (ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi. (h) Korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması. (ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması.” kararlarını verebilir.

Kanun kapsamında hâkimin, şiddet mağdurunu korumaya yönelik yetkileri 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu’nda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarını da kapsayacak şekilde geniştir. Hâkim, şiddet uygulayanın ailenin geçimini sağlayan ya da katkıda bulunan kişi olması halinde, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak, mağdur talep etmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir. Buradaki kısıtlayıcı husus, öncesinde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olmasıdır. Bu da mükerrer nafaka yükümlülüklerinin önüne geçilmesi için yapılmış bir düzenlemedir.

4320 sayılı Kanun’dan farklı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bazı koruyucu ve önleyici tedbir kararlarını kolluk amirinin de verebileceği düzenlenerek, mağdurun korunması bağlamında önemli bir ihtiyaç karşılanmıştır. Bu kapsamda, kolluk amiri gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, mülki amirin yetkisi içinde bulunan koruyucu tedbir kararlarından, Kanun kapsamında korunan kişinin

kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması (m.3/1-a) ve hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması (m.3/1-ç) tedbirlerine karar verebilir. Benzer şekilde kolluk amiri hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararlarından, şiddet uygulayanlarla ilgili olarak, şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması (m.5/1-a), müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi (m.5/1-b), korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması (m.5/1-c) ve gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması (m.5/1-d) tedbirlerine karar verebilir. Kolluk amiri alınan kararı, kararın alındığı tarihi takip eden ilk iş günü, alınan kararın türüne göre, mülki amirin veya hâkimin onayına sunar, onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.

Görüldüğü üzere bu düzenlemeyle hemen zarara yol açabilecek, henüz gerçekleşmiş ve/veya tekrarlanma olasılığı bulunan durumlarda kolluk amirine olaya müdahale yetkisi tanınmıştır. Kanun metni İstanbul Sözleşmesi'yle karşılaştırıldığında, kolluk amirine verilen bu yetki, Sözleşme'nin 52. maddesinde düzenlenmiş olan “yakın tehlike” kavramına dâhil olan olayları kapsamaktadır. Nitekim 6284 sayılı Kanun'un uygulamasına ilişkin Yönetmelikte, “gecikmesinde sakınca bulunan hal”, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddetin önlenememesi, mağdurun korunamaması, şiddet uygulayanın kaçması ve delillerin kaybolması hallerini kapsar şekilde tanımlanmıştır. Şiddet uygulayanla şiddet mağduru arasına fiziksel mesafe konulmasını sağlayacak tedbirler konusunda kolluk amirinin, olaya ilk temas eden ve ilk müdahale olanağı olan birim olarak yetkilendirilmiş olması önemli bir ihtiyacı karşılayan ve dünyadaki benzer uygulamalarla uyumlu bir düzenlemedir.

Şiddet mağduru kadının sığınma evine yerleştirilmesi, Kanunda mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları kapsamına alınmıştır. Buna göre, mülki amir korunan kişinin “kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara,

bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması”na karar verebilir (m.3/1-ç). 6284 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde, “Barınma yerinin sağlanması” başlığı altında bu tedbirin uygulanması detaylı olarak düzenlenmiştir. Ayrıca 5 Ocak 2013 tarihli Resmî Gazete’de “Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik” yayımlanarak Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na, belediyelere, il özel idarelerine ve sivil toplum kuruluşlarına ait kadın sığınma evlerine ilişkin usul ve esaslar detaylı bir şekilde düzenlenmiştir. Yasal zemininin detaylı olarak hazırlanmış olmasına karşın, kadın sığınma evleriyle ilgili en önemli sorun elbet ki, sığınma evlerinin yetersizliğidir. Türkiye’deki sığınma evlerinin sayısı ve kapasitesi konusunda resmî veriler düzenli olarak açıklanmadığından bu konuda bir belirsizlik bulunmaktadır. Eldeki verilerden yola çıkılarak, Türkiye’deki kadın sığınma evi sayısı ve kapasitesinin Avrupa ülkeleriyle kıyaslandığında yetersiz olduğu, daha da açık bir şekilde ortaya çıkmaktadır. 2005 yılında yapılan bir araştırmaya göre, her on bin kadın başına düşen sığınma evi ve danışma merkezi sayısı Lüksemburg’da 3.52, Hollanda’da 1,5, Almanya’da 0,84, Portekiz’de 0,53, Belçika’da 0,48, Norveç’te 0,11, Türkiye’deyse 0.04’tür⁷²⁵. Bu yetersizlikler, kadınların, sadece kısa bir süre barınma ve destek sağlayan bu kurumlardan da yararlanamamalarına ve çoğu durumda şiddet uygulayanlarla birlikte

⁷²⁵ WHITE-BOHN, "Table 1: Number of shelter places available relative to the population", s. 23.

Belediyeler, sivil toplum örgütleri, valilikler (ve/veya kaymakamlıkla) ve Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü - KSGM (2011 öncesinde, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu – SHÇEK) Türkiye’de sığınma evi açan ve işleten dört kurumdur. Kadın sığınma evlerinin sayıları ve kapasiteleriyle ilgili ilan edilen resmî veriler bulunmamaktadır. Bu konudaki bilgiler farklı kaynaklardan gelen verilere dayanmaktadır. Kadına Yönelik Şiddetle Mücadelede Ulusal Eylem Planı 2007-2010’da, 2007 yılında ülkede 20’si SHÇEK, 20’si de sivil toplum örgütleri tarafından işletilen, toplam 40 sığınma evi bulunduğu belirtilmiştir. KSGM tarafından yayınlanan Kadın Sığınma Evleri El Kitabına göre, 2008 yılında 25’i SHÇEK tarafından işletilen toplam 49 sığınma evi bulunmaktadır. 2011 yılında Meclis’te sunulan soru önergesine Aile Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın verdiği yanıtı göre; SHÇEK tarafından işletilen 51, belediyeler tarafından işletilen 24, sivil toplum örgütleri tarafından işletilen 3 sığınma evi olup, toplam sığınma evi sayısı 78, kapasiteyse 1729’dur. 2013 yılında Meclis’e sunulan soru önergesine Bakanlık tarafından verilen yanıtı göre, sayı ve kapasitenin arttığı görülmektedir. Buna göre; 22.10.2013 tarihi itibarıyla Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’na bağlı 90 kadın sığınma evi 2411 kapasiteyle, yerel yönetimlere bağlı 32 kadın sığınma evi 779 kapasiteyle ve sivil toplum kuruluşlarına bağlı 2 sığınma evi 30 kapasiteyle hizmet vermektedir. Sayıların tümü Türkiye’deki sığınma evlerinin sayı ve kapasite olarak yetersiz olduğunu ortaya koymaktadır. Diğer taraftan, 2005 yılında kabul edilen 5393 sayılı Belediye Kanunu, büyükşehir belediyeleriyle nüfusu 50.000’i geçen belediyelere kadın ve çocuklar için koruma evi açma görevi yüklediği halde, bu düzenlemenin belediyelerce gerektiği gibi uygulanmadığı bilinmektedir. Uygulanması halinde bugün Türkiye’de 1400 kadın sığınma evi olacağı belirtilmektedir. Bkz. DİNER-TOKTAŞ, s. 109-137.

yaşamaya devam etmekten başka bir şansları olmadığı sonucuna ulaşmalarına sebep olmaktadır.

Tedbir kararlarının süresi tedbirin türüne göre ya da kararı veren mercie göre farklı bir düzenlemeye tabi olmaksızın, ilk defasında en çok altı aydır. Tedbirin süresinin veya şeklinin değiştirilmesi, tedbirlerin kaldırılması ya da süresinin uzatılması mümkündür (m.8/2). Ayrıca Kanun kapsamındaki başvurularla verilen kararların icra ve infazı için yapılan işlemlerden hiçbir ad altında masraf alınmaz (m.20).

Kanun koyucu, koruyucu ve önleyici tedbir kararlarının verilmesi usulünde bir ayrıma giderek, koruyucu tedbir kararlarının verilmesi için şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmayacağını hüküm altına almış ancak önleyici tedbir kararlarının verilmesi konusunda aynı hükmü tekrar etmemiştir. Önleyici tedbir kararlarının sadece geciktirilmeksizin verileceği düzenlenmiştir (m. 8/3). Bu haliyle, önleyici tedbir kararları için, hâkimin delil ve belge aramasının yolu açıktır⁷²⁶. Bir önceki bölümde üzerinde durulduğu gibi, herhangi bir delil ve belge olmaksızın şiddet uygulayan hakkında özü itibariyle kısıtlayıcı bir karar verilmesi adil yargılanma hakkına aykırılık savıyla karşılaşılabilmektedir. Bu sava karşılık, tedbirlerin mahiyetine ilişkin bir ayırım yapılarak, tedbir kararları olağanüstü durum tedbirleri (*emergency measures*) ile acil tedbirler (*urgent measures*) olarak sınıflandırmaya tabi tutulup, mağdur ve şiddet uygulayanın haklarının dengelenmesi mümkündür.

6284 sayılı Kanun'un, tedbirin mahiyetine ilişkin açıklanan şekilde bir ayırım yapmadığı açıktır. Mahiyeti itibariyle önleyici tedbir kararlarının çoğu, yakın olan şiddet tehlikesini bertaraf etme amacıyla uyumlu kararlardır. Gecikmeksizin ve delil ve belge aranmaksızın verilmesi gereken kararların, yakın tehlike anında devreye girecek olan önleyici tedbir kararları olmasına karşın, delil veya belge aranmayacağı

⁷²⁶ 4320 sayılı Kanun döneminde yürürlükte olan Ailenin Korunması Hakkında Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesinde, 6284 sayılı Kanun'da önleyici tedbir kararları kapsamında düzenlenmiş olan tedbirlerle aynı mahiyetteki tedbirler için, aile mahkemesi hâkiminin şiddetin belgelenmesini aramaksızın karar vereceği hükmü bulunmaktadır. Bu tedbirlere hükmedilmesine ilişkin usul yönünden 6284 sayılı Kanun, 4320 sayılı Kanun dönemine göre daha kısıtlayıcıdır.

hususunun sadece koruyucu tedbir kararları için getirilmiş olması, tartışmaya açık ve amacı bakımından yoruma muhtaçtır⁷²⁷.

Koruyucu ve önleyici tedbir kararları, şiddet uygulayana bir kısıtlama ya da yükümlülük getirip getirmediği üzerinden incelendiğinde, bu ayrımın dayanağına dair ipuçları bulunabilir. Delil veya belge aranmaksızın karar verilecek koruyucu tedbirler, mağduru korumaya yönelik ve esas olarak şiddet uygulayana herhangi bir kısıtlama ya da yükümlülük getirmeyen tedbirlerdir. Mülki amir tarafından şiddet mağduruna barınma yeri sağlanması, geçici maddi yardım yapılması ya da hâkim tarafından şiddet mağdurunun işyerinin değiştirilmesi, şiddet mağdurunun 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi, şiddet uygulayana bir kısıtlama ya da yükümlülük getirmemektedir. Hatta daha ziyade mağdura kısıtlamalar getirmektedir. Buna karşın önleyici tedbirler, şiddet uygulayana kısıtlama ve yükümlülük getirir mahiyettedir. Örneğin, şiddet uygulayanın müşterek konuttan uzaklaştırılması, çocuklarıyla görüşmemesi, zimmetinde bulunan silahı teslim etmesi gibi tedbirler bu şekildedir.

⁷²⁷ Uygulamada şiddet mağduru kadınların yakın tehlike anında korunmasına olanak sağlayan evden uzaklaştırma ya da şiddet uygulayanın kadının bulunduğu yerlere yaklaşmaması gibi önleyici tedbirlere aile mahkemelerince ya da kolluk tarafından hızlıca ve bir delil veya belge aranmaksızın karar verildiği bilinmektedir. Bu durum, 6284 sayılı Kanun döneminde, 4320 sayılı Kanun'un uygulamasından kaynaklı olarak yerleşmiş, 6284 sayılı Kanun'un amacı anlaşılamayan bu hükmüne karşın, olumlu bir yerleşik uygulamadır.

Bu konuya ilişkin, 6284 sayılı Kanun'un "*aile birliğini koruma amacı*" üzerinden farklı bir eleştirisi için bkz. Hilal **ELVER**, "*Hukukta Çifte Standart: Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Yasası ve Ayrımcılık*", 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 671-677. " ... Şimdiye kadarki uygulamalara baktığımızda, genellikle hâkimler evden uzaklaştırma taleplerinde delil ve belge aranmaksızın şiddet uygulamakla suçlanan kişiye evden uzaklaştırma kararını adeta "otomatik" olarak vermektedirler. Bu ise bazı hallerde eğer gerçek dışı iddialarda ve ithamlarda bulunulmuş ise, haksız yere şiddet kullanmakla itham edilen tarafın haklarının çok ciddi bir biçimde ihlal edilmesine yol açabilmektedirler... Şöyle ki, haksız olarak şiddet kullanmakla itham edilen kişi, süresi bile belli olmayan bir süre için, belki de tamamen ikametgâhını kaybetmekte, genellikle ani olarak verilen kararlarla, hemen her şeyini kaybetmekte, adeta sokak ortasında kalmaktadır. Mağdur taraf, bu iddiayı çürütmek için yargı makamlarına başvurma hakkı son çıkan yasadaki düzeltme ile verilmiş olsa da yargıçlar böyle bir sorumluluk almak istemedikleri için bu itirazı dinlenmemekte, böylece yasanın korumaya kalkıştığı aile birliği artık bir daha geri dönmeksizin çıkmaza girmektedir... Ancak önleyici tedbirler, şiddet kullanan kişinin haklarını sınırlayıcı nitelikte olduğu için delil gösterilmeksizin verilmesi anayasal hakların çiğnenmesinden başka bir şey değildir. Aciliyet adı altında hiç bir belge aranmaksızın kişilerin en önemli haklarının çiğnenmesi, evlerinden atılması şiddeti önlemek değil şiddeti akla getirmekten başka bir şey değildir. Ayrıca devlet koruyucu önlemleri devreye sokmadan, böyle bir uygulamaya zaten başlayamaz. Mahkemeye, ya da kolluk kuvvetlerine müracaat eden herkese ailesinden hoşlanmadığı birini sokağa atma hakkı tanıyan bir yasa acaba ne kadar etkili olacaktır? Dünyanın hiç bir yerinde bu derece suiistimale açık bir yasa yoktur..."

Bu haliyle, şiddet uygulayana kısıtlama ya da yükümlülük getirmeyen koruyucu tedbir kararlarının verilebilmesi için, şiddetin uygulandığı hususunda delil veya belge aranmayacağı açıktır ancak şiddet uygulayana kısıtlama ya da yükümlülük getiren önleyici tedbir kararlarının verilebilmesi için, delil veya belge aranmayacağı hususuna Kanun'da açıkça yer verilmeyerek, bu konu hâkimin takdirine bırakılmıştır. Kanun koyucunun, karar verilirken delil veya belge aranıp aranmamasına ilişkin ayrımını neye göre yaptığı Kanun'un gerekçesinde açıklanmamıştır. Ancak yapılan ayrımın, şiddet uygulayanın hak ve özgürlükleri dikkate alınarak yapıldığı değerlendirmesi daha ağır basmaktadır.

4320 sayılı Kanun'un uygulamasında yaşanan tedbir kararının tebliği sorunu, 6284 sayılı Kanun'la tedbir kararının korunan kişiye ve şiddet uygulayana tefhim veya tebliğ edileceği düzenlendikten sonra, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk birimi tarafından tedbir kararının şiddet uygulayana bir tutanakla derhal tebliğ edileceği düzenlenerek aşılmaya çalışmıştır (m.8/4). Diğer taraftan, tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez (m.10/5). Yönetmeliğin 35. maddesinde, tedbir kararlarının, kararın niteliğine göre Cumhuriyet başsavcılığına, kolluğa veya müdürlüğe gecikmeksizin en seri vasıtalarla bildirileceği, önleyici tedbir kararının, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından görevli ve yetkili kolluğa ivedilikle gönderileceği ve kolluk marifetiyle uygulanmasının izleneceği, Cumhuriyet başsavcılığınca gerektiğinde tedbir kararının başvuruda bulunanlar tarafından kolluğa götürülmesine imkân tanınacağı düzenlenmiştir. Önleyici tedbir kararlarının yerine getirilip getirilmediği karar süresince kolluk tarafından kontrol edilir. Bu kontrol korunan kişinin bulunduğu konutun haftada en az bir kez ziyaret edilmesi, ikinci derece dâhil olmak üzere yakınlarıyla iletişim kurulması, komşularının bilgisine başvurulması, oturulan yerin muhtarından bilgi alınması, bulunduğu konutun çevresinde araştırma yapılması şeklinde kolluk tarafından yerine getirilecektir⁷²⁸.

⁷²⁸ Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 20.02.2015 tarih ve 154 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması" konulu Genelgesinde, tedbir kararlarının tebliğine ilişkin yasal düzenlemenin uygulaması açıklanmıştır. Buna göre 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararı, Cumhuriyet başsavcılıklarıyla Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 21. ve 6284 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin 35. maddesi uyarınca, UYAP sisteminde bulunan infaz kaydından farklı olarak "Ailenin Korunması Kararlarının Kaydı"na işlenecek ve kararların infazı için

Kanunun 12. maddesinde, verilen tedbir kararlarının uygulanmasında hâkim kararıyla teknik araç ve yöntemlerin kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Bunlar, verilen tedbir kararının uygulanmasını sağlamak yanında, özellikle şiddet uygulayan için caydırıcı yöntemlerdir. Mağdurun korunması yoluyla, yeniden şiddete maruz kalmasının önüne geçilmesi için de önemli bir araçtır. Tedbir kararlarının uygulanmasında ciddi sıkıntılar yaşandığında, teknik yöntemlerle takip bu sıkıntıların aşılmasında fayda sağlayabilecektir. Teknik araç ve yöntemlerle takibe ilişkin usul ve esasların yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmış ancak henüz bu konuda bir yönetmelik yayımlanmamıştır. Bugün teknik yöntemlerle takip, pilot bölgelerde deneme aşamasındadır.

Teknik yöntemle takip, elektronik kelepçe ya da bileklik, korunan kişinin sabit ev içi ikaz cihazı ya da mağdura hareket özgürlüğü tanıyan ev dışında da kullanılabilen telefon görünümlü mobil cihazın kullanılması gibi yöntemlerin kullanılmasını ifade etmektedir. Şiddet uygulayana elektronik kelepçe takılarak, şiddet mağduruna yaklaşması halinde kolluğun durumdan haberdar olmasını ya da panik butonu olarak adlandırılan, şiddet mağduru kadının tehlike anında kolluğu haberdar etmekte kullandığı, kolluğun müdahalesinin hızlandırılmasını amaçlayan yöntemlerdir. Bu tür araçların kullanılacağına ilişkin haberler kamuoyunda bir gündem oluştursa da, dikkat çekici bu araçların kadınların korunmasında etkili olup olmayacağı tartışmalıdır⁷²⁹.

Cumhuriyet başsavcılıkları ivedilikle kararı ilgili kolluk birimine göndereceklerdir. Kararın uygulanmasına ilişkin kolluğun izleme ve kontrol görevi yine ilgili Genelge'de detaylı olarak düzenlenmiştir. İzleme ve kontrol görevi kapsamında tespit edilen hususlar tutanağa bağlanacak ve düzenlenen tutanaklar düzenli aralıklarla UYAP ortamına aktararak tedbirin uygulamasının denetlenmesini sağlanacaktır.

⁷²⁹ Teknik araç ve yöntemlerle takibin, kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda asıl çabalara ek olabilecek önemli bir araç olduğu ifade edilmektedir. Bu cihazların kelepçe ya da pranga olarak adlandırılmasının olumsuz çağrışımları olduğu ve bunun yerine kilitli bilezik ya da elektronik bilezik olarak adlandırılmasının daha uygun olduğu dile getirilmektedir. Yapılan araştırmalarda erkeğin karakola çağrılıp uyarılıp gönderilmesiyle şiddetin bitmediği artarak devam ettiği, erkeğin gözaltına alınması ya da tutuklanması halinde şiddette azalma olduğu tespit edilmiştir. Ancak özgürlüğün kısıtlanmasına bu devirde taraftar olunamayacağı ifade edilerek, elektronik bilezik yoluyla kadınların korunmasının yarattığı caydırıcı etki savunulmaktadır. İspanya'da 2006 yılından beri uygulanmakta olan elektronik bilezik uygulamasının 2006-2009 yıllarında kadına yönelik şiddette ve kadınların eşleri tarafından öldürülmesi olaylarında önemli oranda azalma sağladığına dikkat çekilmektedir. Diğer taraftan bu tür uygulamaların bireyin hak ve özgürlüklerine getirilen bir sınırlama mahiyetinde olduğu dikkate alınarak mutlaka yasada açıkça düzenlenerek ancak bir hâkim kararıyla uygulanmasının mümkün hale getirilmesi gerekmektedir. Bu görüşler için bkz. *Canan Bozkurt*

Kanun uyarınca hâkim ve mülki amir tarafından verilen tedbir kararlarına karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren ilgililerin iki hafta içinde aile mahkemesine itiraz hakkı vardır. İtiraz hakkında duruşma yapılmaksızın karar verilir ancak hâkim gerekli görürse ilgilileri dinleyebilir. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. İtirazı inceleyen merci, tedbir kararının kaldırılmasına, uygun görülecek başka bir tedbirle değiştirilmesine veya aynen devamına karar verebilir (Kanun m.9-Yönetmelik m. 33-34).

iii. Zorlama Hapsi

Tedbir kararlarına aykırılığın yaptırımını Kanun'un 13. maddesine göre zorlama hapsidir. Tedbir kararlarının gereklerine aykırı davranan şiddet uygulayan, üç günden on güne kadar zorlama hapsine tabi tutulur. Zorlama hapsinin süresi tedbirin niteliğine ve aykırılığın ağırlığına göre hâkim tarafından takdir edilir. İhlalin tekrarı halinde zorlama hapsinin süresi on beş günden otuz güne kadardır ve toplam süre altı ayı geçemez. Her tür tedbir kararının ihlali ve tedbir kararının her ihlali ayrı bir yaptırım konusudur. Yani şiddet uygulayanın evden uzaklaştırılmış olmasına karşın eve gelmesinin de, nafaka yükümlülüğünü ihlal etmesinin de yaptırımı aynıdır. Kanun bu konuda bir ayrıma gitmemiştir.

Zorlama hapsi, Ceza Muhakemesi Kanunu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ya da İcra ve İflas Kanunu'nda da yer alan, tazyik hapsi, disiplin hapsi gibi, bir suç karşılığı değil; bir tedbire, bir kurala uymaya zorlamak ya da bu tedbire, kurala uyulmaması halinde öngörülmüş bir yaptırım türüdür. Kanunun 13. maddesine göre; tedbir kararının gereklerine aykırı hareket, ayrı bir suç oluştursa bile, şiddet uygulayan zorlama hapsine tabi tutulur. Kanunun bu hükmü Çaldıran Asliye Hukuk Mahkemesi'nce itiraz yoluyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne götürülmüştür⁷³⁰. Hükmün Anayasaya aykırı olduğunu iddia eden Mahkeme'ye göre; kişinin tedbir kararına aykırı hareket etmekle zorlama hapsine tabi tutulması ve aynı hareketi sebebiyle 5237 sayılı TCK'ya veya diğer ceza kanunlarına göre cezalandırılması, kişinin aynı eylem sebebiyle birden fazla kez cezalandırılması sonucunu

tarafından *Prof. Dr. Füsun Sokullu Akıncı* ve *Av. Hülya Gülbahar*'la yapılan açık tartışma, Güncel Hukuk, Eylül 2011, s. 48-51.

⁷³⁰ Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013 tarih, 2013/119 E. - 2013/141 K.

doğurmaktadır. Bu sebeple, Kanun'un bu hükmü Anayasa'nın hukuk devleti ilkesinin düzenlendiği 2. maddesine aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi, bu kararında zorlama hapsinin hukuki niteliğini incelemiş ve zorlama hapsinin bir suç karşılığı uygulanan ceza olmadığını tespit etmiştir. Kanun'un bu hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar veren Anayasa Mahkemesi'ne göre:

"Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibariyle tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali hâlinde öngörülen bir disiplin hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, bir hapis cezası olmayıp, şiddet uygulayanı tedbirlere uymaya zorlayarak neticesi ağır suçların işlenmesinden önce suçun önlenmesini amaçlayan bir yaptırım olduğundan ceza kavramı dışında değerlendirilmesi gerekir. İtiraz konusu kuralda, zorlama hapsi yaptırımına bağlanan eylem, tedbir kararına uymama eylemi olup tedbir kararına aykırı davranan kişi kamu otoritesi tarafından verilen bir karara aykırı davrandığı için zorlama hapsi yaptırımı ile karşılaşmaktadır. Kişinin tedbir kararına aykırı davranışı, aynı zamanda bir suç oluşturuyor ise bu durum, hukuk düzeninin koruduğu farklı hukuksal menfaatlerin ihlali sonucunu doğuracağından mükerrer cezalandırmadan söz edilemez."

Kanun'da zorlama hapsi kararına karşı bir kanun yolunun olup olmadığı ve zorlama hapsine ilişkin kararın ne zaman infaz edileceği açıkça düzenlenmemiştir. Kanun'un "İtiraz" başlıklı 9. maddesinde, kararların türüne göre bir ayırım yapılmaksızın kanun hükümlerine göre verilen kararlara karşı tefhim veya tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde ilgililer tarafından aile mahkemesine itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. "Tedbir kararlarına aykırılık" başlıklı 13. maddedeysen, zorlama hapsine karşı itiraz yoluna ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiş, maddenin son fıkrasında, zorlama hapsine ilişkin kararların, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirileceği düzenlenmiştir. Kanun'un uygulandığı ilk zamanlarda, infaza ilişkin en önemli tereddüt, zorlama hapsi kararının kesinleşmesinin beklenip beklenmeyeceği hususunda olmuştur. Kanun'daki düzenlemenin açık olmadığı düşüncesiyle, bir süre bazı aile mahkemesi hâkimleri tedbir kararına aykırılığın gerçekleşmesiyle birlikte şiddet uygulayanın derhal zorlama hapsine tabi tutulması gerektiği kanaatiyle, zorlama hapsi kararına karşı bir kanun yolu imkânı tanımadan kesin olarak karar vermişlerdir. Bu uygulamanın

karşısında, zorlama hapsi kararına karşı da iki hafta içerisinde itiraz olanağı olduğu kanaatiyle, zorlama hapsinin infazını, kararın kesinleşmesi şartına bağlayan aile mahkemesi hâkimleri de olmuştur. Zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz yolu olmayacağı yönündeki değerlendirme, tedbir kararlarının mahiyeti gereği şiddet uygulayanın derhal cezalandırılması gerektiği, şiddetin önlenmesinin ve mağdurun korunmasının ancak bu şekilde mümkün olabileceği yorumuna dayanır. Bu tür kararlara karşı bir kanun yolu olması gerektiği yaklaşımıysa, temelde hürriyeti bağlayıcı bir ceza olan zorlama hapsi söz konusu olduğunda, şiddet uygulayanın adil yargılanma hakkının da gözetilmesi gerektiği savını temel alır.

Bu belirsizlik, 6284 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinin yayımlanmasına kadar devam etmiştir. Yönetmeliğin 34. maddesiyle, zorlama hapsi kararlarına karşı iki hafta içinde itiraz yolu açık olduğu açıkça yer almıştır. Bu haliyle, kanun koyucunun şiddet uygulayanın adil yargılanma hakkını dikkate alarak bir düzenleme yaptığı düşünülebilir. İtiraz, zorlama hapsinin infazını durdurmakta, karar kesinleştikten sonra, zorlama hapsi infaz edilmektedir.

Yönetmeliğin yayımlanmasından sonra da, zorlama hapsine karşı itiraz mercii ve zorlama hapsinin infazında tereddütler bulunduğu kanaatiyle, konu, Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi'nce Anayasaya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır⁷³¹. Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi'ne göre; Kanun'un 9. maddesinin birinci fıkrasında, Kanun hükümleri uyarınca verilen kararlara karşı iki haftalık itiraz süresi öngörülmüş olmasına karşın, aynı maddenin ikinci fıkrasında yalnızca “hâkim tarafından verilen tedbir kararlarına” karşı itiraz mercii düzenlenmiş, bu haliyle mülki amir tarafından verilen tedbir kararlarına ve hâkim tarafından verilen zorlama hapsi kararlarına karşı itiraz mercii düzenlenmemiştir. Yönetmelikte, itiraz mercii açıkça belirtilmişse de, Anayasa'nın 142. maddesindeki, “*Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir.*” hükmü karşısında yönetmelikle mahkemelerin görev ve yetkilerinin belirlenmesi de mümkün değildir. Mahkeme'nin kanaatine göre; zorlama hapsine ve mülki amir tarafından verilen tedbir kararlarına karşı yapılacak itirazlarda, itiraz mercii konusunda yasal bir boşluk doğmuştur. İtiraz konusunu inceleyen Anayasa

⁷³¹ Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013 tarih, 2013/64 E. - 2013/142 K.

Mahkemesi, Kanun'un 9. maddesinin bütünü göz önüne alındığında birinci ve ikinci fıkraların birbirini tamamlayan hükümler olduğunu, ikinci fıkradaki itiraz usulünün, Kanun uyarınca verilen bütün tedbir kararıyla zorlama hapsi kararları için aile mahkemesi nezdinde itiraz hakkı tanıdığını belirtmiştir. Anayasaya aykırılık iddiasını reddeden Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“... belirlilik ilkesi, yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleriyle de hukuki belirlilik sağlanabilir. Temel olan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır. Bu çerçevede, “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği”nin 33. ve 34. maddelerinde bu husus açıkça kavuşturulmuş olup mülki amir tarafından verilen tedbir kararları ile hâkim tarafından verilen zorlama hapsi kararlarına yapılacak itirazı inceleyecek merciin hangi aile mahkemesi olacağı açıkça belirtilmiştir.”

Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi, Kanun'un 13. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde yer alan *“Zorlama hapsine ilişkin kararlar, Cumhuriyet başsavcılığınca yerine getirilir.”* hükmünün de, bu hükümle yasa yoluna tabi kılınan zorlama hapsi kararlarının kesinleştikten sonra mı yoksa kesinleştirilmeden, yani derhâl mi uygulanacağı hususunda bir açıklık getirilmemiş olduğunu gerekçesiyle Anayasaya aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ancak Anayasa Mahkemesi, bu hükmün zorlama hapsi kararının verilmesinden sonraki aşamaya, yani zorlama hapsi kararının infazı aşamasına ilişkin olup davada uygulanacak kural niteliğinde olmadığından, Mahkeme'nin bu hükümle ilgili olarak Anayasa Mahkemesi'ne başvurmaya yetkili olmadığına karar vermiştir. Bu hükme ilişkin itirazın esasa ilişkin incelemesini yapmamıştır.

Yine Söğüt Asliye Hukuk Mahkemesi'nce aynı itirazla 6284 sayılı Kanun'un 10. maddesinin 5. fıkrası Anayasa Mahkemesi'nin önüne taşınmıştır. Kanun'un bu hükmüne göre: *“Tedbir kararının ilgililere tefhim veya tebliğ edilmemesi, kararın uygulanmasına engel teşkil etmez.”* Mahkeme'ye göre; henüz mahkeme kararı kendisine tebliğ edilmeyen şüphelinin verilen tedbir kararına aykırı davrandığından

söz edilmemesi gerekirken anılan Kanun maddesi nedeniyle kişiye karar tebliğ edilmediği halde kişi hakkında tedbire aykırılıktan zorlama hapsi cezası uygulanması söz konusu olabilmektedir.

Esasen bu husus, Kanun'un Uygulama Yönetmeliğinin 38/3. maddesiyle açıklığa kavuşmuştur. Buna göre; zorlama hapsine karar verilebilmesi için şiddet uygulayana, tedbir kararına aykırı davranması halinde hakkında zorlama hapsi uygulanacağına dair ihtarın da yer aldığı tedbir kararının tefhim veya tebliğ edilmiş olması gerekir. Yine de Anayasa Mahkemesi, bu itirazın esasa ilişkin incelemesini yapmış ve Anayasaya aykırılık olmadığını tespit etmiştir. Bu tespiti yaparken Anayasa Mahkemesi, Kanun'la ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi için etkili ve süratli bir yöntem izlenmesi, şiddete maruz kalanın gecikmeksizin korunması amaçlandığından, Kanun uyarınca verilen tedbir kararlarının uygulanması için ilgililere tebliğ edilmesini beklemenin, Kanun'un amacıyla bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; tefhim ve tebliğ edilme şartı, verilen tedbir kararına itiraz ve tedbir kararına uymama durumunda Kanun gereğince zorlama hapsi verilebilmesi için gereklidir. Dolayısıyla, başvuru kararında ileri sürüldüğü gibi hakkında verilen tedbir kararından haberdar olmayan kişinin zorlama hapsiyle karşı karşıya kalması söz konusu değildir.

Zorlama hapsiyle ilgili üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, şiddet uygulayanın tedbir kararını ihlal etmesinden sonra, şiddet mağdurunun tedbir isteminden vazgeçtiğini beyan etmesi halinde, zorlama hapsinin ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağıdır. Zorlama hapsine karar verildikten kısa bir süre sonra şiddet mağduru kadının, tedbir talebinden vazgeçtiğini, barıştıklarını ya da ihlalin gerçekleşmediğini beyan etmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu, yine kadının gerçek iradesinin ne olduğunu tespit etmenin oldukça zor olduğu anlardan biridir. Genellikle şiddet mağduru kadın, zorlama hapsi kararı verildikten sonra, şiddet uygulayanın hapse girmesinin önüne geçme amacıyla hareket etmektedir. Bu haliyle de, kadının özgür iradesiyle mi bir istemde bulunduğu yoksa ekonomik, sosyal ve psikolojik baskının etkisi altında kalarak mı hareket ettiğinin tespiti kolay değildir. Diğer taraftan, mağdur kadının ihlalin gerçekleşmediği beyanı karşısında, delil aranmaksızın verilmiş olan bir önleyici

tedbir kararını ihlal etmesi üzerine şiddet uygulayanın zorlama hapsine tabi tutulmasının, şiddet uygulayanın haklarını ihlal edip etmediği de ayrı bir tartışma konusudur. Kanun'un gözünden, zorlama hapsinin dayanağı, hâkim tarafından verilmiş olan tedbir kararının ihlal edilmiş olmasıdır. Bu sebeple, zorlama hapsi kararının, şiddet mağduru kadının tedbir talebinden vazgeçmesi ya da tarafların barışması sebebiyle ortadan kaldırılması mümkün değildir ve bu kararın delil aranmaksızın verilmiş bir önleyici tedbir kararının ihlali üzerine verilmesi halinde de şiddet uygulayanın haklarının ihlal edildiği iddia edilemez.

B. ŞİDDET MAĞDURU KADININ CEZA ADALET SİSTEMİ İÇİNDE SUÇ SONRASI KORUNMASI

1. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören Kavramları

Ceza hukukunun genel bir kuralı olarak, gerçekleşen her suçun hem topluma hem kişilere zarar verdiği kabul edilir. Buna göre, belli bir kişiye karşı olduğu gözükmeyen suçlarda kişilerin toplumun bir üyesi olmaları sebebiyle zararları mevcuttur. Benzer şekilde sadece kişilere karşı işlenmiş gibi gözükken suçlarda da, devletin hukuk düzeni bozulduğu için toplumun zararı mevcuttur. Tüm suçların doğal ve zorunlu mağdurunun geniş anlamda devlet ve toplum olduğu varsayılır. Nitekim savcılık makamı, devletin suçtan zarar gören toplumsal tarafı olarak, ceza davası açmak için oluşturulmuştur⁷³². Mağdur temelli yaklaşımdaysa, suçun öncelikle hukuk düzenini ve sosyal ve toplumsal düzeni ihlal eden bir eylem olarak ele alınmasından ziyade, bir insan tarafından diğer bir insana karşı yapılan haksızlık olarak kabul edilmesi düşüncesi hâkimdir⁷³³. Suç mağduru, en genel ifadeyle suç sebebiyle hak ve menfaati zarara uğrayan ya da tehlikeye maruz kalan kişidir. Buradan hareketle kadına yönelik şiddet suçlarında ilk aşamada mağdur; öldürülen, dövülen, tecavüze uğrayan, hakaret edilen, baskı ve tehdit altında tutulan kadınlardır.

⁷³² Nurullah **KUNTER**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., B. 9, İstanbul 1989, s. 326.

⁷³³ Ekrem **ÇETİNTÜRK**, Onarıcı Adalet, HD Yay, İstanbul 2008, s. 16.

Uluslararası belgeler arasında en geniş kapsamlı mağdur tanımı, 26 Ağustos-6 Eylül 1985 tarihleri arasında gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler'in "Suçların Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi" konulu Yedinci Kongresi sonunda açıklanan ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'na kabul edilen, 29 Kasım 1985 tarihli "Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel İlkeler Bildirisi"⁷³⁴ ile yapılmıştır. Bildiri'nin 1. maddesine göre; *"Üye devletlerin yetki istismarını suç olarak yasaklayan kanunları gibi yürürlükte bulunan ceza kanunlarının eylem veya ihmal yoluyla ihlâl edilmesi nedeniyle, bireysel veya toplu olarak, fiziksel veya ruhsal biçimde yaralanma da dâhil olmak üzere manevi acılar çeken, ekonomik kayba uğrayan veya temel hakları önemli bir biçimde zayıflayan ve bu suretle zarar gören kimseye 'mağdur' denir."* Mağdurun tanımı Bildiri'nin 2. maddesiyle genişletilmiştir. Buna göre; *"... 'mağdur' kavramı ayrıca mümkünse, mağdurun ailesini veya doğrudan bakmakla yükümlü olduğu kişileri ve zor durumunda mağdura yardımcı olmaktan veya mağduriyeti önlemekten ötürü zarar gören kişileri de kapsar."* denilerek dolaylı suç mağduru da Bildiri kapsamına dâhil edilmiştir.

Uluslararası metinlerde kadına yönelik şiddet eylemlerine ilişkin olarak mağdur tanımı ise, İstanbul Sözleşmesi'nde yapılmıştır. Sözleşme'nin 3. maddesinin (e) bendine göre, kadına yönelik şiddet eylemlerinin mağduru, 3. maddenin (a) bendindeki davranışlara maruz kalan gerçek kişilerdir. Buna göre mağdur, ister kamusal ister özel alanda meydana gelsin; fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan, toplumsal cinsiyete dayalı her türlü eyleme veya bu tür eylemlerle tehdit etmeye, zorlamaya veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakılmaya maruz kalan, on sekiz yaşın altındaki kız çocuklarını da kapsar şekilde kadınlardır. Bu tanımda mağduriyet, acı veya ıstırap veren veya verebilecek olan toplumsal cinsiyete dayalı her türlü eyleme maruz kalmak veya bu tür eylemlerle tehdit edilmekten doğmaktadır.

6284 sayılı Kanun'daki mağdur tanımı daha da geniştir. Kanun'un 2. maddesinin (e) bendine göre; şiddet mağduru *"Bu Kanunda şiddet olarak*

⁷³⁴ United Nations, General Assembly, Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power, A/RES/40/34, 29.11.1985, bkz. <http://www.un.org/documents/ga/res/40/a40r034.htm> (Erişim: 20.01.2015)

tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri” ifade eder. Şiddet eylemlerine doğrudan maruz kalanla birlikte dolaylı olarak maruz kalanın da mağdur olarak kabul edilmiş olması, koruma ve önleme tedbirlerinin kapsamını genişletmesi sebebiyle önemlidir.

Tanımlardan yola çıkıldığında, mağdur kavramının suç konusu eylemden doğrudan etkilenen yanında, dolaylı mağdurları da kapsayan geniş bir kavramı ifade ettiği görülür. Dolaylı mağdur, suç konusundan doğrudan etkilenen birincil mağdurun aile bireyleri, tanıklar ve tüm toplumdur. Bunlar ikincil mağdurlar olarak da ifade edilmektedir⁷³⁵. Dolaylı mağdurlar, suç tanımıyla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hak ve menfaatleri ihlal edilenlerdir⁷³⁶. Suçun, mağdurun ölümüne neden olduğu durumlarda; mağdurun aralarında resmî bir evlilik akdi olsun ya da olmasın eşi, çocukları ya da onların çocukları, anne-babası ve mağdurun sorumluluğu altındaki akrabaları dolaylı mağdur olarak değerlendirilmektedir. Dolaylı mağduriyet, sadece mağdurun ölümü halinde söz konusu olmaz. Kadına yönelik özel alanda şiddetin dolaylı mağdurları genellikle çocuklar ve diğer aile bireyleridir.

“Suçtan zarar gören” de “suç mağduru” gibi, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda çeşitli hukuki sonuçlar bağlanan teknik bir diğer kavramdır. Türk hukuk sisteminde suçtan zarar görenin soruşturma aşamasında mağdurla beraber bazı hak ve yükümlülükleri vardır; kovuşturma evresindeyse katılan sıfatıyla daha aktif olarak yargılamaya katılır. Suçtan zarar gören kavramının tanımı Ceza Kanunu’nda ve Ceza Muhakemesi Kanunu’nda yapılmamıştır. Suçtan zarar görenin kim olduğunun kesin olarak belirlenmesi zordur ve belirli bir tanım yapmaktan ziyade koşulları belirlenerek tarif edilmektedir⁷³⁷. Bu belirsizlik, somut olaylarda kimlerin suçtan

⁷³⁵ Füsün Sokullu **AKINCI**, Viktimoloji (Mağdurbilim), Beta Yay., İstanbul 2008, s. 4.

⁷³⁶ Nur **CENTEL**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdahillik ve Suçtan Zarar Gören Kavramları”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde (Derl. Hülya DURUDOĞAN-Fatoş GÖKŞEN-Bertil Emrah ODER-Deniz YÜKSEKER), İstanbul Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 239-249.

⁷³⁷ Yener **ÜNVER**-Hakan **HAKERİ**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., B. 4, Ankara 2011, s. 313-319.

zarar gören sıfatını alacağı konusunda sorunlara sebep olmaktadır. Türk hukukunda suçun mağduruyla suçtan zarar gören kavramlarının belirli bir anlayış çerçevesinde kullanılmadığı, iki kavram arasındaki sınırın belirsizleştiği ifade edilmekte ve bu husus eleştirilmektedir⁷³⁸.

Suçtan zarar gören kavramıyla mağdur kavramı çoğu zaman örtüşür. Suçtan zarar gören kavramı, dolaylı mağdur kavramını da içine alan daha geniş bir kavramdır. Mağdur suçtan ilk etkilenendir. Suçtan zarar gören, suç konusu eylem sebebiyle hakkı zedelenen ve bu sebeple hak ileri sürebilecek kişidir. Diğer bir ifadeyle, suç tanımıyla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hak ve menfaatleri ihlal edilen kişilerdir. Örnek vermek gerekirse, iki kavram arasındaki ayrım tipik olarak adam öldürme suçunda görülür. Öldürülen kişi mağdurdur ancak bu kişinin ölümü sebebiyle hakları ve menfaatleri zedelenen kişiler suçtan zarar görenlerdir. Ancak bu tipik örneğin yanında, mağdur dışında da gerçek ve tüzel kişilerin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesini gerektiren durumlar ortaya çıkabilir. Suçtan zarar görenin belirlenmesi her somut olaya göre farklıdır ve çeşitli güçlükler içerir. Örneğin anne ve babasının yanında yaşayan reşit kadının cinsel istismar suçunun mağduru olması durumunda anne ve baba, evli kadının bu suça maruz kalması durumundaysa koca suçtan zarar gören olarak kabul edilebilir mi? Tehlike suçlarında teşebbüs aşamasında kalan suçlarda, suçtan zarar gören nasıl belirlenecektir? Mirasçı olma hakkı, suçtan zarar görenler bakımından dikkate alınacak mıdır?⁷³⁹

⁷³⁸ Nur **CENTEL**-Hamide **ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., B. 9, İstanbul 2012, s. 794-795.

⁷³⁹ Veli **KAFES**, “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFD, 60 (1) 2011, s. 83-156.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 22.10.2013 tarih, 2012/14-1410 E. - 2013/420 K. sayılı kararında; cinsel taciz suçunda mağdurun eşinin, suçtan dolaylı olarak zarar gördüğü ancak suçtan doğrudan zarar görmediği gerekçesiyle, davaya katılma ve buna bağlı olarak hükmü temyiz etme hakkı olmadığı sonucuna varılmıştır. Ceza Genel Kurulu bu sonuca varırken, cinsel taciz suçunun 765 sayılı Kanun’da “Adabı Umumiyyet ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlıklı bölümde düzenlenmiş olmasına karşın, 5237 sayılı Kanun’da “Kişilere Karşı Suçlar” bölümünde düzenlenmiş olmasının gerekçesini belirtmiştir. Karara muhalif kalan üyeler, bir suçun ceza kanununun belli bir bölümünde düzenlenmesinin, mağdur dışında kimsenin zarar görmeyeceği veya başka bir kimsenin hakkının zedelenmeyeceği biçiminde yorumlanamayacağını belirtmişlerdir. Farklı açılardan tartışma konusu yapılması mümkünse de, özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, kadınların eşlerinin ya da diğer akrabalarının da suçtan doğrudan zarar gören olarak kabul edilmeleri, özellikle suçun asıl mağduru olan kadının şikâyetçi olmak istememesi halinde doğuracağı sorunlar düşünüldüğünde pek de arzu edilir bir uygulama olmamalıdır.

Soyut bir tanımı yapılamasa da, yapılan açıklamalardan, suçtan doğrudan zarar gören kişinin mağdur; bu kişiyle birlikte suçtan dolayı zarar gören, yani dolaylı mağdur tanımına karşılık gelen, suçla korunan hak ve menfaatin dışında kalan hakları zarar gören kişilerin de suçtan zarar gören olduklarını ifade etmek mümkündür. Bu kabulde, suçtan doğrudan zarar gören, “dar anlamda” suçtan zarar göreni; suçtan dolaylı olarak zarar gören “geniş anlamda” suçtan zarar göreni ifade eder⁷⁴⁰. Doktrinde ve yargı içtihatlarında geniş anlamda suçtan zarar görenin kapsamının belirlenmesinde farklı yaklaşımlar bulunmakta ve bu kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarına ilişkin yargılamalarda özel bir önem taşımaktadır. Nitekim suçtan zarar gören kavramının geniş yorumlanmasının, şiddet mağduru kadınların haklarının korunmasında, adaletin gerçekleştirilmesinde, maddi gerçeğin bulunmasında ve suçluların cezalandırılmasında işlevi büyüktür.

Kadın örgütleri, başta kadın cinayetleri davaları olmak üzere, kadına yönelik şiddet davalarında kadınların korunmasını ve kanunların hakkıyla uygulanmasını sağlamak amacıyla, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında suçtan zarar gören olarak kabul edilmeyi talep etmektedirler. Bu talebin kabul edilmesi suçtan zarar gören kavramının geniş tanımlanmasıyla mümkündür. Özellikle 6284 sayılı Kanun’un hazırlık çalışmaları sürecinde, bu konu kadın örgütlerinin talepleri arasında yer almış ancak Kanun’da karşılık bulmamıştır. Buna karşın 6284 sayılı Kanun’un 20/2. maddesiyle; Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı’nın gerekli görmesi hâlinde kadın, çocuk ve aile bireylerine yönelik olarak uygulanan şiddet veya şiddet tehlikesi dolayısıyla açılan idarî, cezaî, hukukî her tür davaya ve çekişmesiz yargıya katılabileceği hüküm altına alınmıştır. Yine Kanun’un 8. maddesiyle tedbir kararlarının ilgilinin talebi, kolluk görevlileri ya da Cumhuriyet savcısı yanında Bakanlığın başvurusu üzerine de verilebileceği düzenlenmiştir. Kanun’da kurulması öngörülen Şiddet Önleme ve İzleme Merkezleri’nin de, gerekli hallerde tedbir kararlarının alınmasına ve uygulanmasına yönelik başvurularda bulunma yetkisi vardır (6284 S.K. m. 15/1-c).

⁷⁴⁰ Bahri ÖZTÜRK-Mustafa Ruhan ERDEM-Veli Özer ÖZBEK, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri, Seçkin Yay., İzmir 1998, s. 89.

Suçtan zarar gören kavramı geniş yorumlanarak, kadın örgütlerinin suçtan zarar gören olarak kabul edilmesinin önemi, evlilik dışı çocuk dünyaya getirmesi nedeniyle tipik bir namus cinayeti sonucu öldürülen Güldünya Tören'in davası gibi davalarda ortaya çıkmaktadır. Bu davada, namus cinayetlerinin pek çoğunda olduğu gibi, suçun doğrudan mağduru olan Güldünya Tören'in ölümü sebebiyle suçun dolaylı mağdurları olarak görülebilecek olan yakınlarının bir kısmı, onu öldürmekle suçlanmıştır. Davada, suçtan zarar gören kavramı dar yorumlanarak, doğrudan mağdurun yakınlarının suçtan zarar gören olarak kabul edilmesi yoluna gidilmiş ancak bu kişilerden hiçbiri davaya katılma talebinde bulunmamıştır. İstanbul Barosu Kadın Hakları Merkezi üyesi bir grup avukatın davaya katılma talebi, Mahkeme tarafından kabul edilmemiştir. Katılma talebinde bulunan avukatlar tarafından Mahkeme'ye sunulan mütalaada, günümüzde ceza muhakemesinde artık davanın konusuyla ilgili dernek, kuruluş ve diğer kişilerin de suçtan zarar gören kavramına dâhil edildiği, dava konusu olayda suçtan zarar gören kavramının dar yorumlanmasının amaca uygun olmadığı, bu takdirde davaya müdahale edenin bulunmayacağı ifade edilmiştir. İstanbul Barosu'nun davaya katılan olarak kabul edilmesinin maddi gerçeğin bulunması yönünde büyük katkı sağlayacağı yanında, bu tür olayların ne denli kınandığı ve meşru görülmediği hususunda kamuoyuna önemli bir mesaj verileceğinin de altı çizilmiştir⁷⁴¹.

2. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Şiddet Mağduru Kadının Hakları ve Korunması

a. Mağdurun Ceza Adalet Sistemi İçinde Hakları ve Korunması

Kadına yönelik şiddet eylemleri, ülkeden ülkeye bazı eylemler yönünden değişiklikler göstermekle birlikte, genel olarak ceza hukuku kapsamında suç olarak tanımlanmış eylemlerdir. Kadına yönelik özel alanda şiddete karşı devletin gereken

⁷⁴¹ Açıklamalar için bkz. <http://bianet.org/kadin/kultur/47536-guldunya-toren-davasini-aihme-gotururuz> (Erişim: 25.01.2015); Nurdan **DÜVENCİ**, Mağdur Hakları Bakımından Şiddet Mağduru Kadının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2007, s. 13-14; Prof. Dr. Nur Centel, Yrd. Doç. Dr. Hamide Zafer ve Yrd. Doç. Dr. Özlem Çakmut'un 28.10.2004 tarihli Hukuki Mütalaası için bkz. Nur CENTEL, Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdahillik ve Suçtan Zarar Gören Kavramları, s. 239-249.

özeni gösterme yükümlülüğü, suç oluşturan şiddet eyleminin gerçekleşmesinden sonra, şiddet uygulayana ilişkin soruşturma ve kovuşturma yapma yükümlülüğünü de kapsar. Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında mağdurun korunmasına yönelik tedbirlerin uygulamaya konulması, mağdura ilişkin devlet sorumluluğunun ikinci aşamasıdır.

Ceza adalet sistemi içerisinde devlet, suç failini kamu düzenini bozduğu için cezalandırmakta, suçu topluma karşı gerçekleştirilmiş bir eylem olarak kabul etmektedir. Kovuşturmanın devletin görevi olduğunun kabul edilmesinin dayanağı budur⁷⁴². Suçu devlet kovuşturduğundan, odak noktası da sanık olmuştur. Mağdur ikinci planda kalmış ve mağdurun hakları göz ardı edilmiştir. İnsan hakları hukuku da, devlet gibi önemli bir güç karşısında sanığın korunmasını öncelikli görmüştür. Bu nedenlerle suçun mağduru olan kişiler ceza adalet sistemi içinde uzun yıllar unutilan ve ihmal edilen bir unsur olmuştur. Oysaki adalet kavramı, öncelikli olarak mağdurla bağlantılı bir kavramdır. İnsan hakları hukuku açısından, öncelikli amaç ihlalden sorumlu olan kişilerin cezalandırılmasından ziyade, mağdurların korunması ve devletlerin sorumlu olduğu eylemlerden doğan zararlar için bir giderim sağlanması olmalıdır⁷⁴³.

Mağdurun unutilan ve ihmal edilen bir unsur olduğu, muhakeme için sadece gerçeğin bulunmasında bir obje, muhbir ve şahit olarak kabul edildiği ve bu şekilde adaletin sağlanamadığı düşüncesinden, ceza hukukunda mağdur merkezli yaklaşım doğmuştur. Mağdurun haklarının gözetilmesi, suçtan kaynaklanan maddi ve manevi zararın giderilmesi için araçlar oluşturulması, nispeten yeni bir ceza siyaseti tercihidir. “*Mağdurun yeniden keşfedilmesi*” olarak da ifade edilebilecek olan bu anlayışta, mağdurun korunmasına, sanığın ve hükümlünün yanı sıra suç mağdurunun haklarına ve menfaatlerine önem verilir⁷⁴⁴. Bu yaklaşımda sanık hakları azaltılmadan da mağdur haklarının korunabileceği kabul edilmiştir. Mağdur artık suç olgusunun bir tarafıdır. Mağdurun korunması ve mağdurun hakları ceza yargılamasına bu

⁷⁴² AKINCI, Viktimoloji, s. 36.

⁷⁴³ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 134.

⁷⁴⁴ Veli Özer **ÖZBEK**, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Seçkin Yay., Ankara 1999, s. 34-45.

şekilde dâhil olurken, uluslararası insan hakları kuruluşları da benzer bir dönüşümle mağdur haklarını öncesine oranda daha fazla dikkate alan bir yaklaşımı benimser olmuştur.

Mağdur odaklı yaklaşımlar, 1980’li yıllarla birlikte uluslararası ve bölgesel kurumların gündeminde yer almaya başlamış ve bunun sonucunda mağdur haklarına ve mağdurun korunmasına ilişkin belgeler ortaya çıkmıştır. Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kuruluşlar çeşitli hukuki belgelerle standartları ortaya koymuşlardır. Bu alanda, yasal bağlayıcılığı olmasa da (*soft law*) üye devletlerin deneyimlerine dayanılarak hazırlanan ve özel mağdur grupları haricinde genel olarak suç mağdurlarına ilişkin rehber ilkeler içeren en önemli hukuki belgeler şunlardır:

Birleşmiş Milletler Düzeyinde:

- 29 Kasım 1985 tarihli ve 40/34 sayılı Genel Kurul Kararı, BM Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel Prensipler Deklarasyonu,
- 21 Mart 2006 tarihinde BM Genel Kurulunda kabul edilen, Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlallerinin ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurları için Giderim ve Çözüm Hakkına Dair Temel ve Rehber İlkeler⁷⁴⁵.

Avrupa Konseyi Düzeyinde:

- 1977 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 77 (27) sayılı Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkındaki Tavsiye Kararı⁷⁴⁶,

⁷⁴⁵ United Nations, General Assembly, Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, A/RES/60/147, 21.03.2006.

⁷⁴⁶ Council of Europe, Committee of Ministers, Resolution (77) 27, On the Compensation of Victims of Crime, 28.10.1977.

- 24 Kasım 1983 tarihli Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi⁷⁴⁷,
- 28 Haziran 1985 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin R(85)11 sayılı Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı⁷⁴⁸,
- 17 Eylül 1987 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Mağdura Yardım Edilmesi ve Mağduriyetin Önlenmesi Hakkında R (87) 21 sayılı Tavsiye Kararı⁷⁴⁹,
- 14 Haziran 2006 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Suç Mağdurlarına Destek Olunması Hakkındaki R (2006) 8 Sayılı Tavsiye Kararı⁷⁵⁰.

Avrupa Birliği Düzeyinde:

- 29 Nisan 2004 tarihli Suç Mağdurlarının Tazminatına İlişkin 2004/80/AB sayılı Konsey Direktifi⁷⁵¹,
- 25 Ekim 2012 tarihli Suç Mağdurlarının Hakları, Desteklenmesi ve Korunmasına ilişkin Asgari Standartları Belirleyen ve 2001/220/JHA

⁷⁴⁷ Council of Europe, European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes, 24.11.1983.

⁷⁴⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (85) 11 of the Committee of Ministers to Member States on the Position of the Victim in the Framework of Criminal Law and Procedure, 28.06.1985.

⁷⁴⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (87) 21 of the Committee of Ministers to Member States on Assistance to Victims and the Prevention of Victimisation, 27.10.1987.

⁷⁵⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8 of the Committee of Ministers to Member States on Assistance to Crime Victims 14.06.2006.

⁷⁵¹ The Council of the European Union, Council Directive 2004/80/EC of 29 April 2004 Relating to Compensation To Crime Victims.

sayılı Konsey Çerçeve Kararının yerine geçen 2012/29/AB sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi⁷⁵².

Bu belgeler içerisinde, mağdurun *Magna Cartası* olarak da adlandırılan, Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına Dair Temel İlkeler Bildirisi öne çıkan bir belgedir. Bildiri’de, mağdurların adalete ulaşma ve adil muamele görme hakkı; meydana gelen zararlı durumun eski hale iadesi hakkı, meydana gelen zararın tazmini hakkı ve yardım ve uygun tedavi hakkı bulunduğu ifade edilmiştir. Bu belgeyi takip eden yıllarda mağdur haklarına verilen önemin de gelişmesiyle birlikte, mağdur haklarına ve mağdurun korunmasına ilişkin oldukça detaylı düzenlemelere yer veren metinler oluşturulmuştur. Bu metinlerde mağdurların korunma hakkı, adalete ulaşma hakkı ve giderim talep etme hakkı olduğu ve aynı zamanda devletlerin bu hakların kullanılmasını ve mağdura gereken korumayı sağlamakla yükümlü oldukları ifade edilmiştir.

2006 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul edilen “*Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Ağır İhlallerinin ve Uluslararası İnsancıl Hukukun Ciddi İhlallerinin Mağdurları için Giderim ve Çözüm Hakkına Dair Temel ve Rehber İlkeler*” mağdurun hakları konusundaki uluslararası hukuktaki gelişmelere önemli bir katkı sağlamıştır. Temel ve Rehber İlkeler, İnsan Hakları Komisyonu tarafından hazırlanmış ve Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nca kabul edilmiş bir karardır. Esasen devletlerce bağlayıcılığı olmayan, yol gösterici bir hukuki araçtır. Aynı zamanda, mağdurların giderim ve hukuki başvuru haklarına ilişkin yeni yükümlülükler ortaya koymaktan ziyade, uluslararası insan hakları hukukunda ve uluslararası insancıl hukukta var olan yasal yükümlülüklerle ilişkin mekanizmaları, şekilleri, usulleri ve yöntemleri tespit eden bir belgedir⁷⁵³.

⁷⁵² The European Parliament and The Council Of The European Union, Directive 2012/29/EU, 25 October 2012, Establishing Minimum Standards on the Rights, Support and Protection of Victims of Crime, and Replacing Council Framework Decision 2001/220/Jha .

⁷⁵³ Theo van **BOVEN**, The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, New York, 16.12.2005, s.5. http://legal.un.org/avl/ha/ga_60-147/ga_60-147.html (Erişim: 17.08.2015)

Temel ve Rehber İlkeler, insan haklarının ağır ihlalleriyle, insancıl hukukun ciddi ihlallerini esas almışsa da; bu, ilke olarak insan haklarının ve insancıl hukukun tüm ihlallerinde mağdurların haklarının var olduğunun kabul edilmediği anlamına gelmez. Nitekim bu konudaki herhangi bir yanlış anlaşılmayı bertaraf etmek için, Temel ve Rehber İlkeler’le ortaya konulan ilkelerin, tüm insan hakları ve insancıl hukuk ihlalleri mağdurlarının hukuki başvuru ve giderim hakkına yönelik olduğunun anlaşılması gerektiği metnin içerisinde ifade edilmiştir⁷⁵⁴.

Temel ve Rehber İlkeler’de yer aldığı haliyle; mağdurların, (i) adalete adil ve etkili erişim, (ii) meydana gelen zararın yeterli, etkili ve hızlı bir şekilde giderilmesi ve (iii) gerçekleşen ihlaller ve giderim mekanizmaları hakkında bilgi edinme hakları vardır⁷⁵⁵.

Ceza adalet sistemi içinde mağdurların adalete erişim ve adil muamele görme haklarının sağlanması, mağdurların haklarının korunabilmesi için gereklidir. Adalete erişim kavramı; ekonomik ve sosyal adaletsizliklerden kaynaklanan engellerle mahkemelere ulaşımın zor olmasını, yasal sürecin ve işlemlerin karmaşık olmasını, hukuk sisteminin hantallığını, etkisiz icra mekanizmaları gibi yapısal engellerin ortadan kaldırılmasını ve herhangi bir nedenle ayırım gözetilmeksizin herkesin adaleten eşit şekilde yararlanma hakkını anlatır⁷⁵⁶. Bu kapsamda genel hatlarıyla, mağdurların, yetkili makamlarla gerçekleşen ilk temasta, alabilecekleri sosyal ve ekonomik destekler, yargılama usulleri, bu usuller içinde mağdurun rolü, şikâyetçi olmaları halinde sahip olacakları haklara ilişkin bilgilendirilme hakları vardır⁷⁵⁷. Mağdurun bilgilendirilme hakkı kadar, dinlenmeyi talep etme, anlaşılma ve yargı makamlarına bilgi verme hakkı da vardır⁷⁵⁸. Bu, mağdurun soruşturmaya ve

⁷⁵⁴ BOVEN, s. 2; UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 26.

⁷⁵⁵ UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 11.

⁷⁵⁶ Gökçeçişek AYATA, Kadınların Adalete Erişimi: Mevzuat, Engeller, Uygulamalar ve Sivil Toplumun Rolü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı, 2009’dan aktaran AYATA-ERYILMAZ-KALEM, s. 155.

⁷⁵⁷ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8, m. 6; The European Parliament and The Council Of The European Union, Directive 2012/29/EU, m. 4,5,8,9.

⁷⁵⁸ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8, m. 6; The European Parliament and The Council Of The European Union, Directive 2012/29/EU, m. 10-18.

kovuşturmayla aktif katılımının sağlanmasıyla mümkündür. Yasal düzenlemeler tek başına aktif katılımı sağlamayabilir. Mağdurların karmaşık hukuki süreçlerle başa çıkabilmek için hukuki yardım ve ekonomik olanaklarının olmaması halinde de, adli yardım mekanizmalarında da yararlanabilmesi gerekir⁷⁵⁹.

Mağdurların ceza adalet sürecinin tüm aşamalarında, polisle ilk temastan cezanın infazına kadar tüm aşamalarda bilgi edinmeye hakları olduğu kabul edilmeli ancak mağdurların tanınan bu hakları kullanmakta serbest oldukları da unutulmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, hakları yasal olarak tanınan mağdur, bu hakları kullanmakta serbest olmalı, örneğin mağdurun davaya katılıp katılmamaya ve nasıl katılmak istediğine karar vermeye hakkı olduğu da yasal olarak düzenlemelerde yer almalıdır.

Mağdurların korunması konusunda, uygulamada özel dikkat gerektiren iki olgu karşımıza çıkar: “*mükerrer mağduriyet*” ve “*ikincil mağduriyet*”. Suç sonrası soruşturma ve kovuşturma aşamalarında mağdurların yaşadığı sorunların, suç mağdurları için yeni mağduriyetler doğurduğu bilinmektedir. İkincil mağduriyet olarak adlandırılan bu olgu, suç mağdurlarının, mağduru oldukları suçların sonrasındaki aşamalarda yeniden mağdur olmalarıdır. Özellikle kolluk aşamasında karşılaşılan özensiz davranışlar ve yargılama sırasındaki haksızlıklar bu sonucu doğurur. İlgili görevlilerin mağdurun haklarını koruyacak şekilde hareket etmeleri beklenirken bunun her zaman gerçekleşmemesi, suç mağdurlarının çeşitli aşamalarda yeniden mağdur olmalarına sebep olmaktadır⁷⁶⁰. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin Suç Mağdurlarına Yardımla İlgili 14 Haziran 2006 Tarihli ve 8 Sayılı Tavsiye Kararı’yla, *ikincil mağduriyet*, doğrudan ceza hukuku eyleminin sonucu olarak değil, ancak kurumların ve kişilerin mağdura yönelik karşılığından dolayı zarar görme (m.1/3) olarak tanımlamıştır. Anılan Tavsiye Kararına göre, *mükerrer mağduriyet*, aynı kişinin, belirli bir süre içinde, birden fazla suça konu eylem sebebiyle zarar görmesidir (m.1/2). Suç mağdurlarının ceza adalet sistemi içinde

⁷⁵⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8, m. 7; The European Parliament and The Council Of The European Union, Directive 2012/29/EU, m. 4,13; United Nations, General Assembly, A/RES/40/34, par. 6.

⁷⁶⁰ AKINCI, Viktimoloji, s. 20-21.

korunması çabaları ikincil ve mükerrer mağduriyetlerin önüne geçmeyi amaçlar. Bu kapsamda mağdurların, failin tehdit ve şiddetinden korunma hakkı vardır. Mağdurun korunması, aile yaşamının ve mahremiyetinin korunmasını da kapsar⁷⁶¹. Devletlerin, mağdurlara verilebilecek rahatsızlıkları asgariye indirmek, mahremiyetlerini korumak, gerektiği zaman kendilerinin, ailelerinin ve lehlerine olan tanıkların güvenliklerini sağlamak ve onları baskı ve misillemeye karşı korumak için tedbir almaları gerekir⁷⁶².

b. Şiddet Mağduru Kadının Özel Bir Mağdur Grubu Olarak Hakları ve Korunması

Mağdur haklarına ilişkin yukarıda ele alınan uluslararası metinler, suçun niteliğine ve mağdurun özelliklerine dair ayrımlara girilmeksizin, tüm suç mağdurlarına ilişkin genel düzenlemelerdir. Dezavantajlı olan ya da ayrımcılığa maruz kalan mağdur grupları için, bu özel durumlarını dikkate alan düzenlemeler yapılması gerekir⁷⁶³.

Şiddet mağduru kadınlar, özel destek ve korunmaya ihtiyaç duyan bir mağdur grubunu oluşturur. Kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarının mağdurlarının, birden fazla kez aynı suça maruz kalma, bu suçla bağlantılı olarak tehdit edilme ve intikam almayı amaçlayan eylemlere maruz kalma riski yüksektir. Mağdur kadınlar, özellikle de yakın ilişkide oldukları kişilerin şiddetine maruz kaldıklarında ciddi sonuçlara yol açan sistematik, psikolojik ve fizikî travmalar yaşamaktadırlar. Bu tür suçların gerçekleşmesinden sonra, mağdurların faille kovuşturma sürecinde karşılaşacak olma kaygısı, ceza adalet sistemine başvurmalarına engel olmaktadır. Sosyal ve ekonomik açıdan ya da barınma ihtiyacı sebebiyle, kadınların faille bağımlı olması, kadınların ceza adalet sistemine başvurmakta daha da büyük tereddütler yaşamalarına neden olmaktadır. Bu nedenlerle kadına yönelik özel alanda şiddet

⁷⁶¹ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation Rec(2006)8, m. 10.

⁷⁶² UN, A/RES/40/34, par. 6(d); The European Parliament and The Council Of The European Union, Directive 2012/29/EU, m. 18-19-20-21.

⁷⁶³ Türk Hukukunda 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu, 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu, 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu, 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanun ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun özel mağdur gruplarını yönelik düzenlemeler içeren yasal metinlerdir.

suçlarının mağdurları için özel koruma tedbirlerinin uygulanması ve bu mağdur grubuna farklı haklar tanınması gerekir.

Kadına yönelik şiddete karşı oluşturulan uluslararası metinlerde, kadınların ceza adalet sistemi içinde korunması ve haklarına dair, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda özel düzenlemeler yapılması gerektiğini vurgulanmıştır. DEVAW'da devletlerin, şiddet mağduru kadınların adalete ulaşmalarını sağlayacak etkin mekanizmalar geliştirmekle ve kadınları bu mekanizmalara başvurarak arayabilecekleri hakları konusunda bilgilendirmekle yükümlü oldukları kabul edilmiştir (m.4/d). DEVAW'a göre devletler, kadınların, cinsiyet farklılıklarına duyarsız kanunlar, adli süreçler, kolluk uygulamaları veya diğer müdahaleler sebebiyle yeniden mağdur haline gelmemelerini sağlamalıdır (m. 4/f).

Şiddet mağduru kadınların hakları ve korunması konusunda, mevcut uluslararası belgeler içinde en kapsamlı düzenleme İstanbul Sözleşmesi'nde yapılmıştır. İstanbul Sözleşmesi'nde öncelikli olarak kadınların korunması ve haklarının sağlanmasına dair tedbirlerin, toplumsal cinsiyet temelli bir yoruma dayanmasının, mağdurların insan haklarına ve güvenliğine odaklanmasının ve ikincil mağduriyetin önlenmesini hedeflemesi gerektiğinin altı çizilmiştir (m. 18).

Mağdurların adalete erişim hakları kapsamında bilgilendirilme hakkı olduğu da Sözleşme'de yer bulmuştur. Sözleşme'ye göre, şiddet olayından sonra mağdurların yararlanabilecekleri farklı destek hizmetleri ve başvurabilecekleri hukuki yollar konusunda gerekli ve yeterli bilginin devlet tarafından verilmesi gerekir. Bu bilgi, gerekiyorsa mağdurun kendi dilinde kendisine anlatılmalıdır (m.19). Bu bilgilendirme, devletlerin taraf oldukları sözleşmeler kapsamında, bölgesel ve uluslararası şikâyet mekanizmalarını da kapsamalı ve devlet bu mekanizmaların ulaşılabilir olduğunu güvence altına almalıdır (m. 21).

Her türlü şiddet mağduru için önemli olan, hukuki araçlardan yararlanma konusunda yardım ve bunlara ücretsiz ulaşabilmek için gereken adli yardım mekanizması, kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarında daha fazla önem arz etmektedir. Nitekim bu tür şiddetin mağduru olan kadınların önemli bir çoğunluğu ellerindeki her şeyi veya işlerini bırakıp bulundukları yerlerden ayrılmak zorunda

kalmaktadır. Bu durumdaki kadınlara, karmaşık yargısal ve idari işlemler içinde haklarını arayabilmeleri için hukuki destek verilmelidir. Mağdurların hukuk yollarına gerektiği gibi erişebilmeleri, masrafların fazlalığı sebebiyle de güç olabilmektedir. Bu sebeple devletler iç hukukları çerçevesinde, ihtiyacı olan mağdurlara hukuksal yardım ve ücretsiz hukuki danışmanlık sağlamakla yükümlüdürler (m. 57).

Şiddet mağduru kadınların ceza adalet sistemi içinde korunması İstanbul Sözleşmesi'nin 56. maddesinde detaylı olarak ele alınmıştır. Bu maddede, mağdurların hukuk sürecinde korunması için gereken yasal ve idari tedbirler, sınırlayıcı olmayacak şekilde sıralanmıştır.

Mağdurların, sahip oldukları haklar ve yararlanabilecekleri hizmetler hakkında bilgilendirilmeleri yanında, şikâyetlerinin nasıl bir işleme tabi tutulduğu, suçlamalar, araştırma ve diğer işlemlerin hangi safhada olduğu, bu süreçteki konumları ve soruşturmanın sonuçları gibi konularda da bilgilendirilmeleri gerekir. Mağdurun bilgilendirilme hakkı, kendisinin veya ailesinin tehlikede olabileceği durumlarda, failin kaçtığı ya da geçici olarak veya tamamıyla serbest bırakıldığı hallerde de bilgilendirilmeyi kapsar.

Soruşturma ve kovuşturma aşamalarında mağdurlara, dinlenilme, kanıt sunma, görüşlerinin, ihtiyaçlarının ve kaygılarının sunulması ve dikkate alınması için uygun yol ve araçları seçme olanağı tanınmalıdır. Davaya taraf olarak katılan ya da kanıt sunan mağdurlara bağımsız ve yetkin çevirmenler sağlanmalıdır. Mağdurların, özellikle, soruşturmanın yapıldığı veya yargı sürecinin işlediği yerlerde, suçlanan kişiyle karşılaşarak yeni bir travmaya maruz kalmalarını önleme amacına yönelik düzenlemeler yapılması gerektiği de belirtilmiştir. Bu kapsamda Taraf Devletlerin, mağdurla fail arasında iletişimin mümkün olduğu ölçüde önlenmesini sağlamak ve mağdurun uygun iletişim teknolojilerinden yararlanılarak mahkeme salonuna gitmeden ya da fail olduğu iddia edilen kişinin mahkeme salonunda bulunmadığı bir ortamda ifade vermesini sağlamak için yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bütün bunların yanında Taraf Devletler, mağdurların özel yaşamlarının gizliliğini koruyacak gerekli önlemleri almalıdır. Bu, mağdurların mahremiyetlerinin korunmasını talep etme hakları kapsamında değerlendirilmektedir.

Ceza hukukunda ve medeni hukukta, arabuluculuk ya da uzlaşma gibi alternatif uyuşmazlık çözümlerinin, mağdurlar için çeşitli şekillerde yarar sağladığı kabul edilmektedir. Ancak kadına yönelik şiddet suçlarında, bu tür alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilmektedir. Şiddet mağdurları, alternatif çözüm süreçlerine, hiçbir zaman faillerle eşit düzeyde giremezler, mağdurların utanç, çaresizlik ve güçsüzlük duygularıyla baş başa bırakılmaları, buna karşılık faillerin güç ve egemenlik duygusuna kapılmaları bu tür suçların doğasında vardır. Kadının yakınlarından şiddet gördüğü durumlarda ya da cinsel suçlarda, özgür iradesiyle uzlaşmayı kabul etmesi çoğu zaman mümkün değildir. Kadınların bu tür suçlara karşı şikâyetle bulunabilmesi, toplumsal değer yargıları ve ekonomik sebeplerle oldukça zorken, kadınların şikâyetle bulunduktan sonra bir de uzlaşma seçeneğiyle karşı karşıya kalması toplumsal baskıları yeniden gündeme getirecektir. Uzlaşma seçeneği, kadına şiddet uygulayan kişinin ya da aile bireylerinin baskısının artmasına neden olabilecektir. Kadınlara karşı şiddetin yeniden özelleşmesinden kaçınmak ve mağdurun adalet arayışını güçlendirmek açısından, başında doğal yargıcın yer aldığı ve yürürlükteki ulusal yasalar uyarınca yürütülecek çekişmeli yargı süreçlerine erişimin sağlanması mağdurun yararınadır⁷⁶⁴. Bu sebeplerle, İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesiyle Taraf Devletlerin, kendi iç hukuklarında, kadınların alternatif herhangi bir çözüm sürecine katılmalarını zorunlu tutan düzenlemelere yer vermemeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Şiddet mağduru kadınların adalete erişimi önündeki engellerin kaldırılması ve ceza adalet sistemi içinde ikincil ve mükerrer mağduriyetlerinin önüne geçilmesi, cezasızlıkla mücadele için ayrı bir öneme sahiptir. Kadınların adalete erişimi kolaylaştıkça ve ceza adalet sistemi içinde mağduriyetlerinin önüne geçildikçe, faillerden şikâyetçi olma tereddütleri azalacak; mağdurun ceza adalet sistemi içinde korunması sağlandığında, gizlenen suçların ortaya çıkması sağlanacak ve failin işlediği suç sebebiyle cezasız kalmasının önüne geçilecektir.

⁷⁶⁴ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 252.

3. Türk Hukuk Sisteminde Şiddet Mağduru Kadının Hakları ve Korunması

a. Şiddet Mağduru Kadının Hakları

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesinde mağdur ve mağdurla birlikte suçtan zarar gören kişileri de kapsayan daha geniş bir kavram olarak şikâyetçinin hakları düzenlenmiştir. CMK'nın 234/1. maddesinin (a) bendine göre mağdurun soruşturma aşamasında: (1) *Delillerin toplanmasını isteme*, (2) *Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme*, (3) *Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme*, (4) *153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme*, (5) *Cumhuriyet savcısının, kovuşturmayaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma* hakları bulunmaktadır.

Bu düzenlemeyle soruşturmanın gizliliğini ve amacını bozmamak ve CMK'nın 153. maddesi hükümlerini ihlal etmemek koşuluyla mağdura, soruşturma dosyası hakkında bilgi edinme hakkı, soruşturma dosyasından belge alabilme hakkı ve soruşturma belgelerini, el konulan ve muhafaza altına alınan eşyayı inceletme hakkı tanınmıştır. Mağdurun baro tarafından avukat görevlendirilmesini isteme hakkı, Kanun'un ilk halinde tüm suçlar için geçerliken, 24/07/2008 tarih ve 5793 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle cezanın alt sınırı esas alınarak ücretsiz avukat yardımına sınırlama getirilmiştir (CMK m. 234/a-3, b-5). Buna göre alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda mağdurun baro tarafından avukat görevlendirilmesini isteme hakkı vardır ancak bu sınırlama olmaksızın cinsel saldırı suçu mağdurlarının tamamı bu haktan yararlanır. Bu cinsel şiddet mağduru kadınların lehine öngörölmüş bir düzenlemedir. Kanun'un 234/2. maddesinde; mağdurun on sekiz yaşını doldurmamış, sağır veya dilsiz ya da meramını ifade edemeyecek derecede malûl olması hallerinde, bir vekili bulunmazsa, istemi aranmaksızın bir vekil görevlendirileceği hüküm altına alınarak zorunlu vekillik kurumu da bu şartlar altında kabul edilmiştir.

Mağdurun Kanun’la kendisine tanınmış olan haklarıyla ilgili ceza adalet sisteminin hangi aşamasında ve ne şekilde bilgilendirileceği önem taşır. Nitekim mağdurun adalete erişiminin sağlanabilmesinin ön koşulu mağdurun haklarını bilmesidir. Kadınların koruma mekanizması sağlayan yasal düzenlemeleri ve bu kapsamdaki haklarını bilmemeleri adalete erişimlerini engelleyen önemli bir etkidir. Mağdur kadınların bu yasal düzenlemelerden haberdar olabilmeleri, devletin topluma yönelik tanıtıcı, bilgilendirici ve eğitici faaliyetleriyle gerçekleştirilebilecek kapsamlı bir konudur ve şiddetle mücadele politikasının öncelikleri arasında yer almalıdır. Ancak mağdur kadının ceza adalet sistemindeki haklarının ve soruşturma sürecinin nasıl işleyeceği konusunda bilgilendirilmesi, soruşturma sürecinde ayrı bir önem taşır.

Mağdurun haklarıyla ilgili nasıl bilgilendirileceği, Kanun’un 234. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, mağdura ve şikâyetçiye hakları anlatılıp açıklanır ve bu husus tutanağa yazılır. Mağdurun bu haklarıyla ilgili ne zaman bilgilendirileceği konusunda ise bir açıklık yoktur. Kanun’un 233/1. maddesine göre; “Mağdur ile şikâyetçi, Cumhuriyet savcısı veya mahkeme başkanı veya hâkim tarafından çağrı kâğıdı ile çağırılıp dinlenir.” İki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, mağdurun bilgi edinme hakkının savcı, hâkim ya da mahkeme başkanı tarafından çağrıldığında doğduğu sonucu çıkmaktadır. Oysa mağdurun soruşturma makamlarıyla ilk karşılaştığı anda yani kolluk aşamasında bilgilendirilmesi gerekir.

Anılan ihtiyaç doğrultusunda, mağdurun kollukta ifadesi alınırken, uygulamada “Şikâyetçi İfade Tutanağı”⁷⁶⁵ başlıklı matbu bir evrak kullanılmaktadır. Bu evrakın içeriğine göre, şikâyetçinin kimlik tespiti yapıldıktan sonra, CMK’nın 234. maddesinde yer alan hakları şikâyetçiye hatırlatılır, anlatılır ve açıklanır. Şikâyetçinin kimlik bilgilerini doğrulaması ve CMK’da belirlenen yasal haklarını anladığını beyan etmesinden sonra, ifadesinin tespitine geçilir. Şikâyetçinin ifadesinin yer aldığı bu tutanaktan bir suret şikâyetçiye verilir. Böylece, hakları sözlü olarak kendisine anlatılan şikâyetçinin elinde, haklarının yazılı olduğu bir evrak olur. Bu tutanak, polis merkezinde ya da jandarma karakolunda, hakları kendisine açıkça

⁷⁶⁵ Bkz. Ek-2: Şikâyetçi İfade Tutanağı.

anlatılmış olsa bile, yaşanan olayın getirdiği sıkıntılı durum sebebiyle sonradan anlatılanları hatırlamayan mağdur için, haklarıyla ilgili bilgi edinmesini sağlayacak önemli bir belgedir.

Kadına yönelik şiddet eylemleri söz konusu olduğunda kolluk makamları “Aile İçi ve Kadına Karşı Şiddet Olayları Kayıt Formu”⁷⁶⁶ düzenlemektedir. Bu form bir sureti tahkikat evrakına eklenmek, bir sureti de Şiddet Önleme ve İzleme Merkezi (ŞÖNİM), Aile ve Sosyal Politikalar İl/İlçe Müdürlüğü (ASPİM)/ Sosyal Hizmetler Merkezi (SHM) birimine gönderilmek üzere hazırlanmaktadır. Kolluk makamlarına intikal eden olaylarla ilgili her mağdur için doldurulması zorunludur. İlgili formun ön yüzü, mağdurun ve şüphelinin kimlik bilgilerini içerir, arka yüzü mağdur ve şüpheli arasındaki şiddetin boyutunu, diğer bir ifadeyle riski değerlendirmek amacına yönelik sorular içermektedir. Risk değerlendirmesi, mağdurun kendisine sorulan sorulara verdiği evet ya da hayır yanıtlarına göre yapılmaktadır.

Aynı formda, mağdurun 6284 sayılı Kanun kapsamında önleyici ve koruyucu tedbirlerden yararlanıp yararlanmadığı da mağdura sorulmaktadır. Mağdurun herhangi bir önleyici ya da koruyucu tedbiri kabul etmemesi durumunda, kendi isteğiyle kolluk biriminden ayrıldığını beyan eder imzası alınmakta ve uygulamada kendi el yazısıyla kadın sığınma evine gitmek istediğine ya da istemediğine ilişkin beyanı alınıp imzalatılarak form tamamlanmaktadır⁷⁶⁷. Bu uygulama, şiddet eylemlerine ilişkin kayıtların tutulması amacına hizmet etmekle birlikte⁷⁶⁸, mağdurun

⁷⁶⁶ Bkz. Ek-1: Aile İçi ve Kadına Karşı Şiddet Olayları Kayıt Formu

⁷⁶⁷ Şiddet mağduru kadına, herhangi bir önleyici ya da koruyucu tedbiri kabul etmemesi halinde “kendi isteğimle polis biriminden ayrılıyorum” yazılı olan alan imzalatılmaktadır. Bu ifade 6284 sayılı Kanun’un genel mantığıyla çelişmektedir. Esasen Kanun, önleyici ve koruyucu tedbirleri kadının rızasına tabi olarak uygulanacak tedbirler olarak düzenlememiştir. Şiddete uğramış olmak sebebiyle kolluk makamlarına gelmiş mağdur kadının yeniden şiddete maruz kalma ihtimali yüksekse, özellikle formda yer alan risk değerlendirmesi sonunda riskin yüksek olduğu tespit ediliyorsa, kadının yeniden şiddete maruz kalmasını önleyecek tedbirlerin resen alınması gerektiği açıktır. Uygulamada, kolluğun aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet kapsamında değerlendirdiği her olayda 6284 sayılı Kanun kapsamında işlem yaptığı ve yetkisi dâhilindeki tedbirlerin uygulanmasına karar verdiği bilinmektedir. Kolluk tarafından kullanılan matbu evrak için bkz. Ek-3: Önleyici Tedbir Karar Formu.

⁷⁶⁸ Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 20.02.2015 tarih ve 154 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması” konulu Genelgesinde, Aile İçi Şiddet Olayları Kayıt Formunun, aile içi şiddet olaylarına ilişkin bilgi toplama sistemini geliştirmek, kayda dayalı standart bir bilgi girişiyle bu alandaki analiz kapasitesini artırmak, mağdura destek hizmeti veren kurum ve kuruluşları izleyebilmek amacıyla tutulduğu belirtilmiştir.

6284 sayılı Kanun kapsamındaki haklarından haberdar olmasını sağladığı için oldukça önemlidir. Elbette uygulamada şiddet mağduru kadına haklarının ve yararlanabileceği araçların ne ölçüde anlatıldığı, yapılan işlemin yalnızca formun imzalatılmasından ibaret olup olmadığı hususları tartışmalıdır. Uygulamada formun kendisinden beklenen işlevini yerine getirmesi, kolluk personelinin kadına yönelik şiddet konusunda özel eğitim almış olup olmadığıyla ve bu tür şiddet olaylarına yaklaşım tarzıyla yakından ilgilidir. Ancak yine de, bu formun doldurulması ve bir suretinin mağdura teslim edilmesi, kadının haklarından haberdar edilmesinde etkili bir yöntemdir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234/1. maddesinin (b) bendine göre mağdurun kovuşturma aşamasında: (1) *Duruşmadan haberdar edilme*, (2) *Kamu davasına katılma*, (3) *Tutanak ve belgelerden örnek isteme*, (4) *Tanıkların davetini isteme*, (5) *Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme*, (6) *Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma hakkı vardır*. Mağdurun duruşmadan haberdar edilmesi, CMK'nın 175/2. maddesindeki düzenleme usulünce yerine getirilir. Buna göre; “*Mahkeme, iddianamenin kabulünden sonra duruşma gününü belirler ve duruşmada hazır bulunması gereken kişileri çağırır.*” Böylece mağdur, yargılamanın gidişatı hakkında bilgi edinme olanağına da kavuşur. Mağdur ve suçtan zarar gören kişilerle malen sorumlu olanlar, CMK'nın 237. maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesindeki kovuşturma evresinin her aşamasında hüküm verilinceye kadar şikâyetçi olduklarını bildirerek kamu davasına katılabilirler. Kamu davasına katılma hakkı, mağdurun yargılama sırasındaki haklarını koruyan bir kurumdur. Katılan sıfatını alan mağdur, ilk derece mahkemesindeki yargılama sırasında, olayın aydınlatılabilmesi amacıyla tanıklarını dinletebilir ve en önemlisi ilk derece mahkemesinde verilecek olan karara karşı kanun yollarına başvurma olanağına sahip olur.

6284 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle, bu Kanun kapsamındaki başvurularla verilen kararların icra ve infazı için yapılan işlemlerden, yargılama gideri, harç, posta gideri ve benzeri hiçbir ad altında masraf alınmayacağı düzenlenmiştir. Anılan

düzenleme, kadınların adalete erişimi önünde önemli bir engel olan yargılama işlemlerinin maliyetini ortadan kaldırmış olmakla, şiddet mağduru kadınlar lehine ve kadınların haklarını koruyan önemli bir düzenlemedir. Ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının da kamu tarafından yapılıyor olması sebebiyle, bu aşamalarda yapılan işlemler sebebiyle mağdurun yargılama giderlerinden sorumluluğu söz konusu değildir.

İstanbul Sözleşmesi'yle Taraf Devletlerin kendi iç hukuklarında, kadınların alternatif herhangi bir çözüm sürecine katılmalarını zorunlu tutan düzenlemelere yer vermemeleri gerektiği düzenlenmiştir. Buna karşın kadına yönelik şiddet eylemlerinin tümüne yönelik uzlaşma ve arabuluculuk yasağı 6284 sayılı Kanun'da ve diğer kanunlarda yer almamaktadır. 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 1. maddesinin 2. fıkrasının ikinci cümlesindeyse, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı yönünde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanun metnindeki "elverişli değildir" ifadesinin hukuki bir nitelendirme olmadığı açıktır. Aile içi şiddet iddialarıyla ilgili arabuluculuk yapılmasının bu Kanun kapsamında olmadığı sonucuna ulaşılması için daha açık ve hukuki nitelendirmelere ihtiyaç vardır⁷⁶⁹.

Uzlaşma kurumunun düzenlendiği CMK'nın 253. maddesinde, uzlaşmaya tabi olan suçlar sınırlı olarak sayılmıştır⁷⁷⁰. Buna göre (a) soruşturulması ve kovuşturulması şikâyeteye bağlı suçlar uzlaşmaya tabidir. Bunun yanında, (b) Şikâyeteye bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanunu'nda yer alan; 1. Kasten yaralama (üçüncü fıkra hariç, madde 86; madde 88), 2. Taksirle yaralama (madde 89), 3. Konut dokunulmazlığının ihlali (madde 116), 4. Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (madde 234), 5. Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı

⁷⁶⁹ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesi aile mahkemesi hâkimlerinin önlerine gelen davaların sulh yoluyla çözümünü teşvik edeceklerini hüküm altına almıştır. Bu düzenleme kapsamında şiddet olgusunu içeren boşanma davalarında aile hâkiminin sulhe teşvikten ve tarafları arabuluculuğa yönlendirmekten özenle kaçınmak zorunda olduğu görüşü için bkz. Süha **TANRIVER**, "*Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi*", Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 113-118.

⁷⁷⁰ Kolluk tarafından uzlaşma kurumunun uygulanmasında kullanılan matbu evrak için bkz. Ek-5: Uzlaşma Teklif Formu.

niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (dördüncü fıkra hariç, madde 239) suçları da uzlaşma kapsamındadır. Bu haliyle, kadına yönelik şiddet suçları içinde oldukça önemli bir yer kaplayan fiziksel şiddet eylemleri, psikolojik şiddet olarak nitelendirilebilecek olan hakaret (TCK m. 125) ve basit tehdit (TCK m. 106/2) suçları uzlaşma kapsamında kalmaktadır. Yine belirli koşullar altında kadına yönelik bir şiddet eylemi olarak ortaya çıkabilecek olan konut dokunulmazlığını ihlal (TCK m. 116) ve çocuğun kaçırılması ve alıkonulması (TCK m. 234) suçları da uzlaşma kapsamındadır. Kadına yönelik kasten yaralama suçlarında önemli bir istisna oluşturularak, kasten yaralama suçunun nitelikli hallerinin düzenlendiği TCK'nın 86/3. maddesindeki suçlar uzlaşma kapsamı dışında bırakılmıştır. Buna göre: *Kasten yaralama suçunun, (a) Üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı, (b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, (c) Kişinin yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle, (d) Kamu görevlisinin sahip bulunduğu nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, (e) Silahla işlenmesi halinde, suç uzlaşmaya tabi değildir.* Bu istisna, kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarının çoğunlukla, mağdurun eşi, üstsoyu ya da kardeşi tarafından işlendiği bilindiğinden, olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilebilirse de, kadının eski eşinden, nişanlısından ya da Türk Medeni Kanunu hükümlerince evlilik bağı bulunmadan birlikte yaşadığı kişiden şiddet görmesi durumları bu istisnai hükmün dışında kalmaktadır.

Mevcut haliyle uzlaşma kurumuna ilişkin düzenlemenin, İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesine aykırı olduğu söylenebilir. Tek başına eşe karşı kasten yaralama suçlarının uzlaşma dışında bırakılmış olması İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesinin gereğinin yerine getirildiği anlamına gelmez. En sık yaşanan olay örneklerinden biri, kadının eşi tarafından kasten yaralandığı ve eşinin hakaretine ve tehditlerine maruz kaldığı durumlardır. Böyle bir olay sonrası kolluk birimlerine başvuran kadın daha kolluk aşamasında, hakaret ve basit tehdit suçu sebebiyle, eşiyle uzlaşmaya davet edilmektedir. Yaşanan şiddetin kadın üzerindeki etkisi ve olayın kolluk makamlarına yansıdığı o ilk anlardaki çaresizlik ve güçsüzlük duygusu birlikte düşünüldüğünde, kadının eşinden gördüğü fiziksel şiddet sebebiyle değil de,

eşinden gördüğü psikolojik şiddet sebebiyle, eşiyile uzlaşmaya davet edilmesi arasında bir fark yoktur⁷⁷¹.

b. Şiddet Mağduru Kadının Korunması Gereken İkincil Mağduriyet Alanları

i. Yargının İş Yükünden Kaynaklanan Mağduriyet

İlk aşamada şiddet mağduru kadınlar, diğer suç mağdurları gibi, mevcut ceza adalet sisteminin genel işleyişinden kaynaklanan sorunlar sebebiyle ikincil mağduriyetler yaşamaktadırlar. Bu kapsamda yargının iş yükünden kaynaklı sorunlar sebebiyle doğan mağduriyete dikkat çekilmesi gerekir.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun istatistiklerine göre, 2012 yılında Türkiye genelinde hukuk, ceza ve idare mahkemeleri ayrımı yapılmaksızın, mahkemelere gelen dava sayısı 6.511,186'dır. Bu davalardan 4.155.876'sı karara bağlanırken, 2.355.310'u, bir sonraki yıla devretmiştir⁷⁷². Görev yapan 7.176 hâkime ise yıllık 907 dava düşmektedir⁷⁷³. Yargının mevcut iş yükü ve yargı mekanizmasının her kademesindeki yargı çalışanlarının üzerindeki iş yükünün yarattığı sorunlar dikkate alındığında, adaletin hakkaniyete uygun bir şekilde yerine geldiğini söyleyebilmek

⁷⁷¹ Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nce hazırlanan " Ceza Muhakemesinde İş Yükünün Azaltılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nda CMK'nın 253. maddesinin tümüyle değiştirilmesi öngörülmektedir. Bu değişiklik, "uzlaştırma" olarak yeniden adlandırılan kuruma tabi suçların kapsamı genişletilmiştir. Buna göre yalnız para cezasını gerektiren veya kanunda öngörülen hapis cezasının yukarı sınırı beş yılı aşmayan suçlar bakımından uzlaştırma yoluna gidilebilir. Kanun'un mevcut halinde TCK'nın 86/3. maddesiyle cinsel dokunulmazlığa karşı işlenmiş suçlar, uzlaşma kapsamı dışında bırakılmışken, Tasarı bu suçlar yönünden istisnai bir durum oluşturmamıştır. Ayrıca Tasarı'yla, uzlaştırmamanın şüpheli ve mağdurun (veya suçtan zarar görenin) kabulüne bağlı bir kurum olmaktan çıkarılması, savcının kanaatine bırakılması öngörülmüştür. Bunun yanında fail ya da mağdurun, uzlaştırmayı talep etmesi halinde savcı uzlaştırma sürecini başlatmak zorundadır. Bu Tasarı, şiddet mağduru kadının korunmasında mevcut düzenlemenin oldukça gerisindedir ve İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesine tümüyle aykırıdır. Kadına yönelik şiddet suçlarının öldürme ve cinsel saldırı dışında kalanlar dışında neredeyse tümünü uzlaştırma kurumuna dâhil etmiş olması ve şiddet mağdurunun talebi ve rızası olmaksızın adeta zorunlu olarak uzlaştırma sürecinin işletilecek olması sebepleriyle, şiddet mağduru kadının koruma kalkanını ortadan kaldırmaktadır.

⁷⁷² Bkz. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070. Mahkemelerin türüne göre gelen, karara bağlanan ve gelecek yıla devreden davaları gösterir istatistiksel tablo. (Erişim: 06.02.2015)

⁷⁷³ Bkz. http://www.tuik.gov.tr/PreTablo.do?alt_id=1070. Mahkemelerdeki (ceza, hukuk ve idari) hâkim sayısı, mahkemelere gelen ve bir hâkime düşen dava sayısını gösterir istatistiksel tablo. (Erişim: 06.02.2015)

her zaman mümkün değildir. Yargının iş yükü ve bundan kaynaklanan yargı çalışanlarının sorunları, tüm suç mağdurları gibi, şiddet mağduru kadınların da, suçtan kaynaklanan mağduriyetlerinin yanında başkaca mağduriyetler yaşamalarına ilk elden sebep olan koşulları doğurmaktadır. Suç mağdurları bizzat bu iş yükünden mağdur olmaktadır.

Uzun süren yargılama sürecinde duruşmalara gelmek, ekonomik zorlukları beraberinde getirmektedir. Aynı zamanda bu süreci takip edebilmek için zaman harcamak gerekir. Bu, kimi zaman beş dakika sürecek bir duruşma için bütün bir günü adliyede geçirme sonucunu bile doğurabilmektedir. Diğer taraftan, uzun yargılama süreçleri, mağdur kadınların yaşadıkları şiddetin yarattığı psikolojik sorunlardan kurtulmalarını da engeller. Nitekim yargılamanın her aşaması, geçmişte bırakılması arzu edilen şiddet olayını mağdura hatırlatacak ve şiddetten kaynaklanan psikolojik sorunların yinelenmesine sebep olacaktır. İş yükü dışında da yargılamanın uzamasına sebep olan başkaca etkenler bulunmakla birlikte, iş yükü en somut sebebi oluşturmaktadır. Bu konuda söylenecek son söz makul sürede yargılanma hakkının sadece sanığın hakkı olmadığı, devletin etkin bir soruşturma yapma yükümlülüğü kapsamında mağdurun da hakkı olduğudur⁷⁷⁴.

ii. Şiddet Konusunda Eğitim Almış Yetkili Personel İhtiyacı

Şiddet mağduru kadınların suç sonrası adli süreçle ilk karşılaşmaları kolluk birimlerine müracaatla gerçekleştiğinden, bu aşamada görev alacak personelin kadına yönelik şiddet ve özellikle cinsel özgürlüğe karşı suçlar konusunda özel bir eğitim almış olması önemlidir. 6284 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle, bu Kanun'da belirtilen hizmetlerin, "*çocuk ve kadının insan hakları ile kadın erkek eşitliği konusunda eğitim almış*" yeteri kadar personel tarafından yerine getirileceği hükmüne yer verilmiş olup, diğer kanunlarda bu yönde açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Özel bir eğitim almış kolluk personelinin mağdura yaklaşımıyla mağdurun psikolojik olarak yeniden mağdur edilmesinin önüne geçilmesi ve suç delillerinin

⁷⁷⁴ Bir cinsel saldırı suçunun uzun süren yargılaması sırasında, mağdurun tekrar ve tekrar mağdur edilmesine dair süreci özetleyen bir yazı için bkz. Filiz **KERESTECİOĞLU**, "*Cinsel Saldırı Olgularına Adli Tıp Yaklaşımı ve Hukuksal Boyut*", Güncel Hukuk, Mart 2013, s. 28-30.

gerektiği gibi toplanması amaçlanmaktadır. Özellikle cinsel özgürlüğe karşı suçlarda, polis, avukat, savcı, hâkim ve doktor da dâhil olmak üzere, olayın başından itibaren müdahalesi olabilecek herkesin özel bir eğitim alması gerekir. Bu, mağdurun yaşadığı travmayı atlatabilmesi için gerekli olduğu kadar, delillerin tam ve zamanında toplanabilmesi için de hayati öneme sahiptir⁷⁷⁵.

Nitekim cinsel şiddet suçlarında yapılan fiziki muayene, saldırganın kimliğinin belirlenebilmesi ve suçun ispatı için, biyolojik materyale, fiziksel şiddete ve cinsel ilişkinin varlığına ilişkin bulguların tespiti açısından ayrıca önem taşır. İlk yapılan fiziki muayene sonrası düzenlenen raporun doğru bir şekilde hazırlanması halinde, mağdurların birden fazla kez muayeneye katılma zorunluluklarının da önüne geçilmiş olur. Raporların beklenen nitelikte olabilmesi, alt kademelerdeki sağlık birimlerinin teknik altyapıya sahip olmasını ve görevli personelin cinsel şiddet suçlarına ilişkin bilgi sahibi olmasını gerektirir. Öncelikle, muayenenin genital muayenede deneyimi yüksek olan bir jinekoloji uzmanı tarafından yapılması bulguların tespiti için önemlidir. Tüm sağlık personelinin de kadına yönelik şiddet ve cinsel şiddet suçları konusunda özel bir eğitime tabi tutulmaları doğru sonuçlar alınmasını sağlayacaktır.

İstanbul Sözleşmesi, Taraf Devletleri erişilebilir *tecavüz kriz merkezleri* veya *cinsel şiddet başvuru merkezleri* kurmak için gerekli yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır. Buna karşın, Türkiye’de henüz bu tür merkezler kurulmamıştır. Hastanelerde ve sağlık merkezlerinde kurulması gereken bu tür merkezlerde, özel eğitim almış sağlık personelinin oluşan özel birimlerin varlığı, mağdur kadınların suç sonrasında bu birimlere çekinmeden başvurmalarını sağlayacaktır. Tüm bunlar mağdurun korunması yanında cezasızlıkla mücadele için de etkili bir araçtır.

Ülke çapında cinsel şiddet kriz merkezleri kurulması için çalışmalar yapan *Cinsel Şiddete Karşı Kadın Platformu* tarafından tespit edilen sorun ve ihtiyaçlar bu alanda yapılması gerekenlerin ne kadar çok olduğunu ortaya koymaktadır. Platformun, kriz merkezlerinin sağlayacağı hizmet ve çalışma sistemi üzerine

⁷⁷⁵ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 293.

önerileri oldukça kapsamlıdır. Cinsel şiddet kriz merkezlerinin yedi gün yirmi dört saat acil hizmet vermesi; her cinsel şiddet kriz merkezinde, kadın adli tıp uzmanı, kadın jinekolog, kadın psikolog, kadın sosyal hizmet uzmanı ile kadın hemşire çalışması; cinsel yolla bulaşan hastalıkları önleyici ücretsiz tedavi uygulanması; barolardan toplumsal cinsiyet konusunda eğitim almış ücretsiz avukat tahsis edilmesi; şikâyet ve beyan verme sürecinin merkezde tamamlanması; mağdurların yargılama giderlerinden muaf tutulmaları, merkezde çalışan görevlilere toplumsal cinsiyet ve cinsel şiddet konusunda eğitim verilmesi; mağdurlara kadına yönelik şiddet alanında çalışan kadın örgütlerinden refakatçi tayin edilmesi; cinsel şiddete uğramış olan kadınların ve çocukların can güvenliğinden endişe etmesi halinde, yetişkin kadınların talebi üzerine, on sekiz yaşını geçmemiş çocukların ise talebi olmasına bakılmaksızın, cinsel şiddet kriz merkezinin bağlı bulunduğu emniyet müdürlüğü tarafından kendisine koruma sağlanması ve cinsel saldırıya uğramış kadın veya çocuğun talebinin mevcut olması halinde sığınağa yönlendirilmesi; cinsel şiddete uğrayan kişinin tıbbi ve psikolojik tedavisi sonuçlanıncaya kadar tedavi edilmesi ve verilen hizmetlere karşılık ücret alınmaması bu öneriler arasındadır⁷⁷⁶.

iii. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Suç mağdurlarının beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 76. maddesi ve 1 Haziran 2005 tarihli "*Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik*" hükümleri kapsamında gerçekleştirilmektedir. Yönetmeliğin 3. maddesiyle yapılan tanımlara göre; "*dış beden muayenesi*", vücudun dış yüzeyiyle kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini; "*iç beden muayenesi*", kafa, göğüs ve karın boşluklarıyla cilt altı dokularının incelenmesini; "*örnek*" ise, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme

⁷⁷⁶ Cinsel Şiddete Karşı Kadın Platformu'nun kriz merkezleri üzerine yürüttüğü çalışmalar ve önerileri için bkz. <http://www.cinselsiddetekarsikadinplatformu.org/tkmkanuntaslagiDetay.aspx?kId=8> (Erişim: 22.08.2015)

Avrupa'daki bazı ülkelerden ve A.B.D.'deki bazı eyaletlerden tecavüz kriz merkezi uygulamalarının ve yasa örneklerinin derlendiği Amargi'nin çalışması için bkz. <http://www.stgm.org.tr/tr/icerik/detay/tecavuz-kriz-merkezleri> (Erişim: 22.08.2015)

yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali ifade etmektedir. CMK’da mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ayrı bir madde kapsamında düzenlenmemiş, şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin düzenlemeyi içeren CMK’nın 75. maddesinden sonra, “diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması” başlığıyla CMK’nın 76. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme mağduru da kapsayacak şekilde şüpheli ve sanık dışındaki kişileri kapsar.

CMK’nın 76. maddesine göre;

“(1) Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.

(2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.”

İlgili Yönetmeliğin 18. maddesine göre;

*“Mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına **rıza vermemeleri hâlinde**, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere **ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır.***

Mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 nci ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur.

Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir.”

Bu düzenlemeler kapsamında, mağdur kadının rızasının varlığı halinde hâkim ya da gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararına gerek olmadan beden muayenesi ve örnek alınması işlemi yapılabilir⁷⁷⁷. Suç mağduru kadının beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi halinde nasıl bir uygulama yapılması gerektiğiye, mağdurun korunması kapsamındaki en önemli konudur. Kanunun “mağdur” ve “diğer kişiler” arasında bir ayrım yapmamış olmasına karşın, Yönetmeliğin açık olmasa da, metindeki ifadelerden çıkan sonuca göre, “mağdur” ve “diğer kişiler” arasında bir ayrım yaptığı kabul edildiğinde; Yönetmeliğin 18/1. maddesinde özellikle “mağdur”dan bahsedilmemiş olduğundan, rızası olmayan mağdur için gerekli görülen önlemlerin alınamayacağı yani zor kullanılamayacağı sonucuna varılabilir⁷⁷⁸. Ancak uygulamada bu yorumun aksine suç delillerinin tespiti için mağdurun rızası aranmaksızın vücudu üzerinde muayene kararı verilmektedir.

Çocuğun cinsel istismarı suçunda, mağdurun vücudu üzerinde muayene yapılması konusunda karar verilmesine ilişkin talebin ve üst mahkemeye yapılan itirazın reddi üzerine, mahkeme kararının kanun yararına bozulmasının talep edilmesiyle Yargıtay 14. Ceza Dairesi konuyu değerlendirmiştir. Yargıtay, CMK'nın 76. maddesinin 1. ve 2. fıkralarını birlikte değerlendirdiğinde; mağdurun rızası aranmaksızın vücudu üzerinde suç delillerinin tespiti amacıyla muayene kararı verilebileceği sonucuna ulaşmakla, talebin reddine ilişkin mahkeme kararlarının kanun yararına bozulmasına karar vermiştir⁷⁷⁹. Yargıtay'ın bu içtihadıyla beden muayenesinde mağdurun rızasının aranmaması yönündeki uygulama yerleşik hale gelmiştir.

⁷⁷⁷ Mağdurun rızası olduğunda, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hâkim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yoksa da; 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneğiyle suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hâkim kararına gerek bulunduğuna ilişkin Yargıtay içtihadı için bkz. Yargıtay 13. Ceza Dairesi'nin 07.11.2012 tarih ve 2012/17565 E. - 2012/23123 K. sayılı kararı.

⁷⁷⁸ Bu yöndeki görüş için Bkz. Aysun ALTUNKAŞ, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 301-352.

⁷⁷⁹ Bkz. Yargıtay 14.CD, 12.04.2012 tarih, 2012/1955 E. - 2012/4351 K.

Mağdurun rızasının olmadığı durumlarda, CMK'nın ifadesinin açık olmadığı gerekçesiyle, ne şekilde işlem yapılması gerektiğine dair doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Mağdurun beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına rıza göstermemesi ve başka herhangi bir yolla suçun kanıtlanamaması halinde, zorla işlem yapılması yerine, iddianın kanıtlanamamış sayılması gerektiği savunulmaktadır⁷⁸⁰. Buna karşılık, suçun faillerinin tehdit ve zorlamayla mağduru muayene olmaması konusunda zorlayabilecekleri ve böylece aleyhlerine delil elde edilmesinin önüne geçebilecekleri ifade edilerek, mağdurun rızası olmasa bile hâkim veya savcı kararıyla mağdurun bedeni üzerinde muayene yoluyla delil elde edilmesi olanağının tanınması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁸¹.

Beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasıyla elde edilecek delillerin suçu aydınlatması ve bu yolla suçun işlenmesiyle bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması amaçlanmaktadır. Ancak bu işlemlerin, muhatap olan kişinin vücut bütünlüğüne müdahale oluşturduğu da dikkate alınmalıdır. Yapılacak yasal düzenlemelerde, suçun işlenmesi sebebiyle bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması amacıyla kişilerin vücut bütünlüğüne saygı hakkı arasındaki dengenin korunmasına özen gösterilmesi gerekir⁷⁸². Esasen bu konudaki karşıt görüşler, suçun aydınlatılması suretiyle bozulan kamu düzeninin sağlanmasıyla, kişilerin vücut bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkı arasında kurulmaya çalışılan dengedeki farklı tutumların yansımasıdır.

Cinsel özgürlüğe karşı suçlar kapsamında konuyu ele aldığımızda; mağdurun rızasının olmaması halinde, zorla beden muayenesinin fiilen nasıl gerçekleştirileceği ve böyle bir muayene sonunda elde edilen bulguların ne kadar gerçeği yansıtacağının tartışmaya açık olduğu belirtilmelidir. Diğer taraftan İstanbul Protokolü'ne göre, muayene için hastanın bilgilendirilmiş onamının alınması gerekir. Ayrıca *“Bir soruşturmaya delil olması amacıyla yapılan fizik muayenede onay alınırken hastanın, muayeneden elde edilecek sağlık verilerinin nasıl kullanılacağı, nasıl*

⁷⁸⁰ Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 303-309.

⁷⁸¹ ÜNVER-HAKERİ, s. 290-291.

⁷⁸² CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 269 vd.

*saklanacağı ve kimlerin bu verilere ulaşabileceği konusunda bilgilendirilmesi şarttır. Hastanın kararını belirleyen bu gibi hususlar muayene öncesinde açıkça anlatılmamışsa, muayene ve bilginin saklanması için verilen onam geçersizdir.”*⁷⁸³

Mağdurun zorla muayenesinin mümkün olduğu kabul edildiğinde, CMK uygulamasıyla İstanbul Protokolü arasında açık bir çelişki ortaya çıkacaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararların kapsamında da, kişinin rızası dışında jinekolojik muayeneye tabi tutulması bir hak ihlalidir⁷⁸⁴.

Mağdurun korunmasını amaçlayan yasal düzenlemelerle, mağdurun ceza adalet sistemi içinde ikincil mağduriyetlerinin önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Cinsel şiddet mağduru kadınların rızaları dışında ve zor kullanılarak beden muayenesine tabi tutulmaları ve vücutlarından örnek alınması, mağdur kadınlar için küçük düşürücü ve onur kırıcıdır. Suç sebebiyle yaşanan mağduriyetin yanında ağır şekilde ikincil bir mağduriyetin doğumuna örnektir. Mağdur kadınların soruşturmayı ve yargılamayı takip etme, delil sunma ve dinlenilmeyi talep etme gibi hakları olduğu kadar; suçun ortaya çıkarılması ve suçlunun tespitine odaklanan ceza yargılamasında tanıklık etmeme, bilgi vermeme, delil sunmama ve özel hayatını paylaşmama hakkı da olmalıdır. Ceza yargılamasının tek odak noktasının, suçun aydınlatılması ve suç sebebiyle bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanması olarak kabul edilerek, mağdurun hakları uzun yıllar boyunca göz ardı edilmiştir. Rıza aranmaksızın muayenenin gerektiği yaklaşımı klasik ceza hukuku anlayışının bir tezahürüdür ve mağdur haklarının korunması amacıyla herhangi bir şekilde uyumlu değildir. Bu sebeple, mağdur kadının ceza adalet sistemi içinde korunabilmesi için, yargılamaya ilişkin bilgi ve delil sunmama hakkı olduğunun da kabul edilmesi ve rızası olmadığı takdirde beden muayenesi ve vücutundan örnek alınmasının mümkün olduğu kabul edilmemelidir.

CMK'nın 77. maddesinde kadının muayenesine özel bir düzenleme yapılmış ve istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde kadının muayenesinin bir kadın doktor

⁷⁸³ İstanbul Protokolü, III. Konuyla İlgili Etik Değer ve Kurallar, C. Tüm Sağlık Hizmeti Etiği Kurallarında Yer Alan Ortak İlkeler, 2. Bilgilendirilmiş Onam, http://www.ttb.org.tr/eweb/istanbul_prot/3.html (Erişim: 07.02.2015)

⁷⁸⁴ Bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Juhnke/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 52515/99, 13.05.2008; *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 15828/03, 17.03.2009.

tarafından yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Aynı hüküm ilgili Yönetmelikte de yer almış ve bir kadın doktor bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında doktorla birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterileceği düzenlenmiştir. Özellikle cinsel suç mağduru kadınların travma içinde oldukları bir anda, karşı cinsten bir doktor tarafından muayene edilmeleri yeni bir travma yaratabileceği için, bu düzenleme mağdur kadınların korunması kapsamında olumlu bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir. Ancak bu düzenlemeyle, kadınların hemcinsleri tarafından muayene edilmelerinden ziyade, cinsel şiddet mağdurlarına ilişkin özel bir eğitim almış ve bu konularda gereken uzmanlığa sahip ve beklenen duyarlılığı gösterebilecek doktorlar tarafından muayene edilmesinin daha önemli olduğu gerçeği dikkate alınmamıştır⁷⁸⁵.

iv. Mağdurun Mahkemede Faille Birlikte Dinlenmesi

Kadına yönelik özel alanda şiddet ve özellikle cinsel şiddet suçlarının yargılanmasında, kadınların, suçun ihbarı ve suçun ispatı için yargılama süreçlerine bizzat dâhil olmaları gerekir. Bu durum mağdurun yargılama sürecinde tekrar tekrar dinlenmesi, özel hayatının sergilenmesi, sanıkla yüzleşmesi, savunmanın sorularına muhatap kalması demektir ki, bu ruhsal sarsıntının devam etmesine neden olarak ikincil mağduriyet oluşturur⁷⁸⁶. Ceza muhakemesinde mağdurun aynı zamanda suçun tanığı olması ikincil mağduriyete zemin hazırlar. CMK'nın 236. maddesinde mağdur ve şikâyetçinin mahkemede dinlenilmesi düzenlenmiştir. Buna göre “*Mağdurun tanık olarak dinlenilmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır (CMK 236/1)*”. Mağdur, tanıklıktan çekinme hakkının düzenlendiği CMK'nın 48. maddesi uyarınca, kendisini veya yakınlarından birini ceza soruşturmasına uğratabilecek sorulara cevap vermekten kaçınabilir. Ancak herhangi bir tanıklıktan çekinme nedeni bulunmayan mağdurun sadece *mağdur sıfatıyla* tanıklıktan çekilme hakkı yoktur⁷⁸⁷. Bu koşullar altında, ikincil mağduriyetlerin önüne geçilmesinde

⁷⁸⁵ CMK'nın 77. maddesindeki düzenlemenin ayrımcı olduğu ve maddenin gerekçesindeki genel ahlak vurgusuna dair eleştiriler için bkz. Türkân Yalçın SANCAR, Türk Ceza Hukukunda Kadın, s. 249-252.

⁷⁸⁶ DÜVENCİ, s. 21.

⁷⁸⁷ Nur CENTEL, “*Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi*”, Rona Aybay’a Armağan içinde, C. 1, Legal Yay., İstanbul 2014, s. 577-604.

kolluk personelinin yanında, yargılamaya katılan avukatların, hâkim ve savcılarının da bu alanda uzmanlıkları olan kişiler olmasında yarar vardır.

CMK’da mağdurun korunması kapsamında özel bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre; *“İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır (CMK m. 236/2.)”* Mağduru koruma amacına yönelik olan bu düzenlemede ilk olarak “işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur”un bir defa dinleneceğinin düzenlendiği görülmektedir. Mağdurun psikolojisinin bozulup bozulmadığının tespiti yargılamayı yapan hâkimin takdirine bırakılmış görünmektedir. Düzenlemenin ikinci cümlesiyle zorunluluk arz eden hallerinde mağdurun birden fazla kez dinlenmesine imkân tanınarak, bu hükmün titizlikle uygulanmamasının yolu da açılmıştır. Nitekim her durumda mağdurun dinlenmesinin gerekçesi maddî gerçeğin ortaya çıkarılması amacını taşır. Uygulamada da bu hüküm, mağdur için, yargılama süreçlerinde bir koruma oluşturmamaktadır. Aynı madde kapsamında yer alan bir başka düzenlemeye göre; *“Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur (CMK m. 236/3).”* Yine suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan mağdurun takdirinin hâkime bırakıldığı ve bu konuda hâkimi sınırlayıcı bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Uygulamada mağdur çocukların dinlenilmesinde mutlaka bir uzman bulundurulurken, diğer suç mağdurlarının dinlenilmesinde bu uygulamaya çok nadiren başvurulmaktadır.

Suç mağdurlarının bir defa dinlenebilmesini mümkün kılacak olan düzenleme, suç mağdurlarının dinlenilmesi sırasında görüntü ve/veya seslerinin kayda alınmasıdır. CMK’nın 52. maddesinde tanıkların dinlenilmesinde bu imkânın kullanılması takdire bırakılmıştır. Ancak mağdur çocukların dinlenilmesi sırasında kayıt zorunludur. Benzer şekilde suç mağduru kadınların tanık olarak dinlenilmesi halinde, görüntü ve/veya seslerinin kayda alınması zorunlu hale getirildiğinde,

Alman hukukunda Federal Anayasa Mahkemesi’nin, anayasal koruma altında bulunan özel yaşam alanına müdahale kuşkusu bulunan hallerde mağdurun tanıklıktan çekinebileceği yönünde karar verdiği, buna ceza davasının önemiyle bireyin gizlilikteki çıkarlarını tartacak olan hâkimin takdir edeceği hakkında bkz. CENTEL, Mağdurun Hakları ve Zararın Giderilmesi, s. 585.

mağdur kadınların ceza adalet sistemi içinde bir defa dinlenilmesi mümkün hale gelecektir.

İstanbul Sözleşmesi kapsamında Taraf Devletlerin yükümlülükleri arasında, mağdurla fail arasında iletişimin mümkün olduğu ölçüde önlenmesi ve uygun iletişim teknolojilerinden yararlanılarak mağdurun mahkeme salonuna gitmeden ya da fail olduğu iddia edilen kişinin mahkeme salonunda bulunmadığı bir ortamda ifade vermesini sağlamak için yasal düzenlemeler yapmak da vardır (İstanbul Sözleşmesi m.56/1-g, 56/1-i). CMK'nın 58/3. maddesinde⁷⁸⁸ tanığın korunması yönünde, duruşmada hazır bulunma hakkı olanların yokluğunda tanığın dinlenebilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmişse de, bu hükmün ancak bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği öngörülmüştür. Ancak suç mağdurunun faille birlikte aynı salonda bulunmaksızın teknik araçlarla dinlenilmesine kısmen bir olanak vardır. Buna göre; CMK'nın 180. maddesinde, tanık ve bilirkişinin naiple veya istinabe yoluyla dinlenilmesi düzenlenmiştir. Konutları yetkili mahkemenin yargı çevresi dışında bulunduğu için getirilmesi zor olan tanıklar istinabe yoluyla dinlenirler. Tanık ve bilirkişinin aynı anda görüntülü ve sesli iletişim tekniğinin kullanılması suretiyle dinlenebilmeleri olanağının varlığı hâlinde bu yöntem uygulanarak ifade alınması mümkündür (CMK m. 180/5). Bu hüküm çerçevesinde de mağdurun faille yüz yüze gelmeden dinlenilmesi olanaklıdır.

Diğer taraftan 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesinde; mağdur kadının hayatî tehlikesinin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgeleri değiştirebileceği düzenlenmektedir. Tanık Koruma Kanunu'nun, tanık koruma tedbirleri başlıklı 5. maddesinin (b) bendinde; *“Duruşmada hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan dinlenmesi ya da ses veya görüntüsünün değiştirilerek özel ortamda dinlenmesi”* tedbirler arasında

⁷⁸⁸ CMK m. 58/3; *“Hazır bulunanların huzurunda dinlenmesi, tanık için ağır bir tehlike teşkil edecek ve bu tehlike başka türlü önlenemeyecekse ya da maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından tehlike oluşturacaksa; hâkim, hazır bulunma hakkına sahip bulunanlar olmadan da tanığı dinleyebilir. Tanığın dinlenmesi sırasında ses ve görüntülü aktarma yapılır.”*

sayılmıştır. 6284 sayılı Kanun, Tanık Koruma Kanunu'nun tümünden mağdur kadınların yararlanacağını düzenlemeyip sadece kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgeleri değiştirebileceğini düzenlemiş olduğundan, bu hükmün uygulanması yoluyla mağdur kadının duruşmada faille yüz yüze gelmeden ifade verebilmesi olanaklı değildir.

Kanun, özel olarak kadına yönelik şiddet suçlarında mağdurun dinlenmesi sırasında mağduru koruyucu düzenlemelere yer vermemiştir. Oysa 25 Eylül 2011 tarihinde yayımlanan “Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik” kapsamında UYAP bilişim sistemine bağlı ses ve görüntünün aynı anda elektronik ortamda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı ses ve görüntü bilişim sistemi (SEGBİS) oluşturulmuş ve tüm adliyelere gereken teknik araçlar yerleştirilmiştir. Bu kapsamda, şiddet mağduru kadınların talebi halinde, faille karşılaşmaksızın duruşmaya katılmalarının teknik altyapısı vardır. Sadece şiddet mağduru kadının böylesi bir talebinin olması halinde, SEGBİS yoluyla duruşmaya katılacağına ilişkin bir yasal düzenlemenin yapılması yeterlidir.

v. *Mükerrer Mağduriyetin Önüne Geçilmesi*

Şiddet mağduru kadınların şikâyetçi olabilmelerinin, yargılamanın devamında tanık olarak ifade verebilmelerinin olanaklı olması, baskı, sindirme, misilleme ve yeniden mağdur edilme durumlarına karşı güvende olmalarıyla mümkündür. Mağdurun mükerrer mağduriyetinin önüne geçebilmek için 6284 sayılı Kanun'un 4. maddesiyle öngörülen koruma tedbirleri etkili olabilir. Buna göre; hâkim tarafından mağdur kadının işyeri değiştirilebilir, evli olması halinde müsterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenebilir.

Bunların yanında mağdur kadının hayatî tehlikesinin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgeleri değiştirilebilir. Tanık Koruma Kanunu, tanık koruma tedbirlerinin düzenlendiği 5. maddesinde, kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesini saymak suretiyle sınırlamıştır. Buna göre; “(1) *Adlî sicil, askerlik,*

vergi, nüfus, sosyal güvenlik ve benzeri bilgi ve kayıtlarının değiştirilmesi ve düzenlenmesi. (2) Nüfus cüzdanı, sürücü belgesi, pasaport, evlilik cüzdanı, diploma ve her türlü ruhsat gibi resmî belgelerin değiştirilmesi ve düzenlenmesi. (3) Taşınır ve taşınmaz mal varlığıyla ilgili haklarını kullanmasına yönelik işlemlerin yapılması.” mümkündür. İlk anda kadının korunması için getirilen bu düzenlemelerin oldukça yerinde olduğu izlenimi doğsa da, esasen bir kadının şiddet gördüğü için Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre hakkında tüm bilgi ve belgelerini değiştirebilecek olmasına yönelik bir düzenleme, devletin kadını şiddetten korumadaki çaresizliğinin bir başka ifadesidir.

C. ŞİDDET MAĞDURU KADINLARIN GİDERİM HAKKI

1. Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Giderim Hakkının Hukuki Çerçevesi

a. Mağdurun Giderim Hakkının Kapsamı

İnsan hakları konusunda devletlerin yükümlülükleri arasında yer alan insan haklarını koruma yükümlülüğünün kapsamına, insan hakları ihlallerini önleme, gerçekleşen ihlali soruşturma ve sorumlularını cezalandırma ödevleriyle birlikte, mağdurların zararının giderimini sağlama ödevi de dâhildir. Bu ödev, mağdurun zararının doğrudan devlet tarafından giderilmesi ya da zararın giderimine ilişkin olanakların devlet tarafından sağlanması anlamına gelir. Bu, devlet sorumluluğunun mağdur yönünden son halkasıdır.

Mağdurların giderim hakkının uluslararası insan hakları hukukundaki temeli, uluslararası insan hakları sözleşmelerinde bulunabilirse de; giderim hakkı esasen bölgesel ve uluslararası düzeydeki insan hakları araçlarıyla halen gelişmekte olan bir konudur. Bu sebeple insan hakları mağdurlarının giderim hakkına ilişkin uluslararası insan hakları kuruluşları tarafından ortaya konulmuş teorik bir çerçevenin ve birbiriyle uyumlu bir uygulamanın var olduğunun söylenebilmesi henüz mümkün değildir. Benzer şekilde, devletlerin giderim yükümlülüğünün içeriği de açık

olmaktan uzaktır. Bu yükümlülüğe yer veren uluslararası sözleşmelerde buna ilişkin belirsiz bir dil kullanıldığı görülmektedir⁷⁸⁹.

Avrupa Konseyi'nin, suç mağdurlarının zararının tazminine yönelik 1960'lı yıllarda başlayan çalışmaları sonucunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1977 tarihli Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 27 sayılı Tavsiye kararı alınmıştır. Bu tavsiye kararının ve Konsey'in diğer çalışmalarının etkisiyle, 1983 yılında, 116 sayılı "Şiddet Suçu Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi"⁷⁹⁰ doğmuştur. Sözleşme, yaralanma ve ölümle sonuçlanan kasıtlı şiddet suçu mağdurlarına devletin tazminat ödemesine ilişkin standartları içermektedir. Sözleşme'nin 2. maddesine göre; başka kaynaklardan tazminat ödenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, devlet, kasıtlı bir şiddet suçu sonucu bedenen ciddi olarak yaralanmış veya sağlıkları bozulmuş kişilere ve bu tür suçlar sonucu ölenlerin bakmakla yükümlü oldukları kişilere, tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, fail hakkında bir soruşturma yürütülmemiş ya da fail cezalandırılmamış olsa bile devam etmektedir. Sözleşme'nin 4. maddesine göre, tazminatın konusu davanın özelliklerine göre değişmekle birlikte asgari ölçüde; kazanç kayıplarını, tedavi ve hastane masraflarıyla cenaze giderlerini ve bakmakla yükümlü olunan kişilerin geçim giderlerini içermelidir.

Birleşmiş Milletler'in 1985 tarihli Suçtan ve Yetki İstismarından Mağdur Olanlara Adalet Sağlanmasına İlişkin Temel İlkeler Bildirisi de, mağdurların giderim hakkına ilişkin hükümler içermektedir. Bildiri'de failin giderim yükümlülüğünden sonra kademeli olarak devletin tazminat konusunda sorumluluğuna yer verilmiş ve failin giderim yükümlülüğünün içeriği kapsamlı olarak ortaya konulmuştur. Bildiri'nin 8. maddesiyle, suçu işleyenlerin veya bunların hareketlerinden sorumlu

⁷⁸⁹ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Rashida Manjoo, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, A/HRC/14/22, 19.04.2010, par. 13-14.

⁷⁹⁰ Council of Europe, European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crimes, ETS no.116, 24.11.1983.

Sözleşme 01.02.1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, 24.04.1985 tarihinde Sözleşme'yi imzalamış ancak TBMM tarafından Sözleşme'nin uygun bulunduğuna ilişkin bir kanun çıkarılmamış olduğundan Sözleşme'ye taraf değildir.

olanların, gerektiği takdirde mağdurlara, ailelerine veya bakmakla yükümlü oldukları kimselere adil bir giderim verecekleri ifade edilmiştir. Bildiri'ye göre failin giderim yükümlülüğü, mülkün geri verilmesini, zararın veya kaybın karşılanmasını, mağduriyetten doğan giderlerin geri ödenmesini, gerekli hizmetlerin sağlanmasını ve ihlal edilen hakların onarılmasını da kapsar. Bildiri'nin 12. maddesiyle, tazminatın failden veya diğer kaynaklardan tam olarak alınamaması halinde devletin sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre; ciddi bir suç nedeniyle önemli derecede bedenen yaralanan veya fiziksel veya ruhsal sağlığı zarara uğrayan mağdurlara, bu tür bir mağduriyet nedeniyle fiziksel veya ruhsal olarak iş göremez hale gelen veya ölen kimsenin ailesine, özellikle bakmakla yükümlü olduğu kimselere devlet tazminat ödemek için çaba sarf eder.

Mağdurun giderim hakkı, İnsan Hakları Komitesi'nin yorumlarında 2004 yılında kendisine yer bulmuştur. Komite, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesinin 3. paragrafına dayanarak, giderim hakkını ve giderimin kapsamını belirlemiştir. Sözleşme'ye göre, Taraf Devletler; *“Bu Sözleşme'yle tanınan hakları ve özgürlükleri ihlal edilmiş olan her şahsın, bu ihlal resmî sıfatla görev yapan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, etkin şekilde telafi edilmesini güvence altına almakla...”* yükümlüdür. Komitesi'nin 31 Sayılı Genel Yorumu'nda, bu hükmün, Sözleşme'yle düzenlenen hakları ihlal edilen bireylerin zararlarını telafi etmeye yönelik olduğu ifade edilmiştir. Komite'ye göre uygun olan durumlarda giderim; tazminat ödenmesi, rehabilitasyon (ıslah), aynı ihlalin tekrar etmeyeceğine dair güvenceler verme, ilgili mevzuat ve uygulamada değişiklikler yapma ve insan hakları ihlallerini gerçekleştirenleri adalete teslim etme gibi tatmin araçlarını da içermektedir⁷⁹¹.

Giderim sağlama yükümlülüğüne ilişkin normatif çerçeveye, 2006 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nca kabul edilen Temel ve Rehber İlkeler önemli bir katkı sağlamıştır⁷⁹². Bireysel insan hakları ihlalleriyle, ağır insan hakları ihlalleri arasındaki niteliksel ve niceliksel farklılıklar, öngörülen giderimin kapsamını

⁷⁹¹ Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Genel Yorum No: 31, par.16, UYAR, s. 121-122.

⁷⁹² UN Human Rights Council, A/HRC/14/22, par. 15.

değiştirecek olmakla birlikte, Temel ve Rehber İlkeler, giderim kavramının içeriğinin belirlenmesinde yol göstericidir.

Temel ve Rehber İlkeler’de giderim kavramının çerçevesi geniş bir şekilde çizilmiştir. Öncelikle ve mümkün olduğu takdirde, mağdurun ihlalin gerçekleşmesinden önceki durumunun yeniden tesis edilmesi anlamına gelen *eski halin iadesi* giderim kavramına dâhildir⁷⁹³. Bir uluslararası hukuk terimi olan eski halin iadesi, en geniş ifadeyle, sorumlu olan devletin gerçekleştirdiği ihlalin sonuçlarını silmek için en kapsamlı giderim yöntemidir. İhlal gerçekleşmeseydi, bulunulacak durumun yeniden tesis edilmesi, diğer tüm giderim olanaklarını da kapsayacak şekilde, ihlalden kaynaklanan tüm sonuçların ortadan kaldırılması demektir. Diğer taraftan, eski halin iadesi “mümkün olduğu takdirde” uygulanabilecektir. İhlalden önceki durumun yeniden tesisi pek çok olayda mümkün olmadığı için, eski halin iadesi insan hakları ihlallerinde sıklıkla kullanılabilecek bir giderim yöntemi değildir. Bununla birlikte tek başına yeterli olduğu da söylenemez.

Tazminat, giderimin kapsamına dâhil olan bir başka araçtır. Ekonomik olarak ölçülebilir zararlar için söz konusudur. En başta akla gelen, olası kazanç kayıpları ya da hukuki danışmanlık ya da sağlık harcamalarının karşılanması da dâhil maddi ve manevi zararın tazmini olmakla birlikte; istihdam, eğitim, sosyal haklar gibi ihlal sebebiyle kaybedilmiş hakların iadesi de tazminat kapsamında ele alınmıştır⁷⁹⁴. Temel ve Rehber İlkeler’de giderimin kapsamının geniş olarak ele alındığını gösteren bir husus olarak, *mağdurun rehabilitasyonu* da giderim araçlarından biridir. Rehabilitasyon, mağdura yapılacak sosyal, psikolojik destekler ve sağlık yardımlarını ifade eder⁷⁹⁵. Mağdurun ihlal sebebiyle doğan zararının ortadan kaldırılmasına yönelik *tatmin edici eylemlerde bulunmak* da, bir giderim aracıdır. Burada ifade edilmeye çalışılan uluslararası hukuktaki tarziye kavramına karşılık gelecek şekilde, bir manevi onarımın sağlanmasıdır. Bu kapsamda yapılabilecek olanlar çeşitlidir. İhlale ilişkin hakikatin ortaya çıkarılması ve kamuoyuyla paylaşılması; mağdurların

⁷⁹³ UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 19.

⁷⁹⁴ UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 20.

⁷⁹⁵ UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 21.

onurlarını, itibarlarını ve haklarını iade eden resmî açıklamalar ya da yargı kararları; sorumluluğun kabulü ve özür dilenmesi; mağdurlar adına düzenlenecek anma törenleri bu kapsama dâhildir⁷⁹⁶. Soruşturma ve cezalandırma ödevleri, devletin mağdurlara giderim sağlama ödevinden farklıdır. Ancak soruşturma yapılmasının ve suçluların cezalandırılmasının, bireysel düzeyde, mağdura ve yakınlarına manevi tatmin sağlayan, çok önemli bir giderim fonksiyonu olduğunun da ifade edilmesi gerekir.

Temel ve Rehber İlkeler, yaşanan ihlallerin bir daha tekrar edilmeyeceğine dair garanti verilmesini de giderim kapsamına dâhil etmiştir. İhlalin tekrar etmemesi, devletlerin yapısal ve kapsamlı düzenlemeler yapmalarını gerektirir. İhlalin niteliğine göre farklılaşacak yöntemler arasında; yasal önlemler alma yükümlülüğü, risk grubundaki kişilerin özel olarak korunması ve insan hakları eğitimi öncelikli olarak sayılabilir⁷⁹⁷.

b. Giderim Hakkına İlişkin Devletin Yükümlülükleri

Uluslararası insan hakları hukukunda teorik zeminde, mağdurun giderim hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Mağduriyetin gideriminin nasıl sağlanacağı, diğer bir ifadeyle giderimden kimin sorumlu olduğu, giderim konusunda ikinci aşamada üzerinde durulması gereken konudur. Mağduriyet; fail, devlet, sigorta şirketleri ve mağdur yardım kuruluşları tarafından giderilebilir.

Failin, sigorta şirketlerinin⁷⁹⁸ ya da mağdur yardım kuruluşlarının mağduriyeti gidermekle yükümlü tutulduğu bir teorik yaklaşımla, devletin

⁷⁹⁶ UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 22.

⁷⁹⁷ UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 23; İhlalin tekrar etmeyeceğinin garanti edilmesinin bir giderim aracı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışmalı bir konudur. Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC)'nin, "*Uluslararası Haksız Fiilden Dolayı Devletin Uluslararası Sorumluluğu*" başlıklı çalışmasında, uluslararası haksız fiile son verilmesi ve tekrar etmemesi yönünde uygun güvenceler sunmak, onarım yükümlülüğüyle birlikte, devletin uluslararası sorumluluğu kapsamında değerlendirilmiş, bir onarım aracı olarak ele alınmıştır. Bkz. UN General Assembly, Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, A/RES/56/83, m. 28-39.

⁷⁹⁸ Mağduriyetin giderilmesinde kullanılan zorunlu sigorta sistemi, riskin dağıtılması ve zararın bu şekilde karşılanması düşüncesiyle ortaya atılmıştır. Yangın ve trafik kazası gibi bazı özel suçlara karşı özel sigorta zorunluluğu getirilmesi buna örnektir. Ancak adam öldürme gibi ağır suçlar bakımından sigorta sisteminin kabul edildiği bir örnek bulunmamaktadır. Bkz. DEMİRBAŞ, s. 493. Türk hukuk sisteminde var olan zorunlu trafik sigortası uygulaması, bu giderim sisteminin örneğidir.

mağduriyeti gidermekle yükümlü tutulduğu teorik yaklaşım farklı kaynaklardan beslenmekte ve farklı yöntemleri ifade etmektedir. Mağduriyetin devlet tarafından giderimi yaklaşımının kaynağı, devletin koruma yükümlülüğüdür. Devletin kendi hâkimiyet alanındaki bireyleri suçtan koruyamamış olması sebebiyle sorumlu olduğunu ve karşılığında devletin mağdurlara kamusal tazminat ödemesinin gerekli olduğunu ifade eder. Devletin koruma yükümlülüğünün kapsamının bu denli geniş olduğunun kabul edilmediği ancak mağdurların giderim hakkının kabul edildiği bir yaklaşımdaysa, giderimden sorumlu olan öncelikli olarak fail olmak üzere, sigorta şirketleri ya da mağdur yardım kuruluşlarıdır. Bu bakış açısında da, devletin mağduriyetin fail (ya da sigorta şirketleri vs.) tarafından giderilmesini sağlamaya yönelik yasal düzenlemeler yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

Mağduriyetin giderilmesi kavramı, bir ceza hukuku kurumu olarak ele alındığında, esas olarak mağduriyetin fail tarafından ortadan kaldırılmasını ifade etmektedir. Bu yaklaşımda mağduriyetin giderilmesi; faile aynen iade, maddi ve manevi tazminat gibi yükümlülükleri yerine getirmek suretiyle failin sonuçlarını giderebilme ve yeniden topluma dönme imkânı veren, bu suretle mağdurun fiilden doğan zararını gidermek amacına hizmet ederek toplumsal barışın yeniden tesisini sağlayan bir ceza hukuku müessesesidir⁷⁹⁹. Bu tanıma göre, mağduriyetin giderilmesinin fail ve mağdur yönünden iki farklı hedefi vardır: Failin yeniden topluma kazandırılması çabası ve mağdurun fiilden doğan zararının telafi edilmesi çabası. Görüldüğü gibi mağduriyetin giderilmesi, tek başına mağdurun bir hakkı olarak ele alınmamaktadır. Failin ceza hukukundaki etkinliğinin artırılması ve failin mağdur ve toplumla tekrar barışma ve uzlaşma sürecine girmesi, mağduriyetin giderimi konusunun faile ilişkin işlevleridir.

Mağduriyetin giderilmesi kurumunun ceza hukukunda kendisine yer bulmuş olması, ceza hukukundaki bir değişimi ifade etmektedir. Asıl mağdurun devlet olduğundan hareketle, ceza yargılamasında bir kenara bırakılmış olan mağdur, suç nedeniyle meydana gelen ihtilafın asıl tarafı olarak ön plana çıkarak anlam kazanmakta; fail de sadece yargılanan bir muhakeme süjesi olmaktan çıkarak ceza

⁷⁹⁹ ÖZBEK, s. 29.

hukuku içinde kendi geleceğini belirleme imkânı elde etmektedir. Nitekim fail tarafından mağduriyetin giderilmesi; muhakemenin durması, infazın ertelenmesi, cezanın ortadan kaldırılması ya da cezanın indirilmesi olanaklarını gündeme getirmektedir⁸⁰⁰.

Diğer taraftan mağduriyetin giderilmesi, haksız fiilden doğan zararın tazmini kapsamında bir medeni hukuk kurumudur. Bu yöntem de, zararın fail ya da sigorta şirketleri tarafından tazmin edilmesi anlamına gelmektedir. Mağdurun hukuk mahkemelerinde dava açarak zararını ispat etmesini ve zararının mahiyetine göre maddi ya da manevi tazminat talep etmesini ifade eder. Ekonomik olarak ölçülebilir zararların giderimi için ön plana çıkan bir hukuki yöntemdir.

Hem Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde, hem Birleşmiş Milletler Bildirgesi'nde, mağdurun giderim hakkına ilişkin failin yükümlülüğü esas, devletin sorumluluğu ikincildir. Yani zarara sebep olan kişiden (ya da sigorta şirketlerinden vs.) zararın tazmin edilmemesi halinde devletin tazminat yükümlülüğü gündeme gelmektedir. Doğrudan devletin zararı tazmin ettiği, daha sonra bu ödediği tazminat miktarını, haksız fiilden sorumlu olan kişiye rücu ederek tahsil etmesi bir yöntem olarak benimsenmemiştir. Diğer taraftan Birleşmiş Milletler Bildirisi'nde, failin mağdurlara karşı giderim yükümlülüğüyle, devletin giderim konusundaki rolü oldukça farklı şekilde düzenlenmiştir. Faile tazminat dışındaki diğer araçlarla da giderim sağlama yükümlülüğü getirilmişken, devlete esasen bir yükümlülük yüklenmemiş; devletin belirli durumlarda olan mağdurlara tazminat ödemeye *çaba sarfedeceği* ifade edilmiştir.

Mağdurun giderim hakkı uluslararası insan hakları hukuku açısından ele alındığında da; devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinde, mağdurun zararının gideriminden sorumlu olan, ihlali gerçekleştiren kişidir. Böylesi bir durumda, devletlerin giderim sağlama yükümlülüğü, “övgüye değer bir amaç” ve gelişmekte olan bir kural olarak ifade edilmektedir⁸⁰¹.

⁸⁰⁰ ÖZBEK, s. 21-29.

⁸⁰¹ M. Cherif **BASSIOUNI**, “*International Recognition of Victims' Rights*”, Human Rights Review, V. 6, 2006, s. 203-279.

Esasen Temel ve Rehber İlkeler, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen ihlallerde, devletlerin giderim yükümlülüğü konusundaki mevcut uluslararası yaklaşımı tekrar etmektedir. İhlali gerçekleştirenin kim olduğuna bakılmaksızın, mağdurun giderim hakkına sahip olduğunun ortaya konulmuş olması önemlidir. Ancak ortaya konulan bu çerçevede, devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen insan hakları ihlallerinde, devletlere doğrudan bir giderim yükümlülüğü getirilmediğine dikkat çekilmelidir. Esasen Devletlerin, mağdurların zararının, ihlalden sorumlu olanlar tarafından giderimi için mekanizmalar oluşturma konusunda da bir yükümlülüklerinin olmadığı açıktır. Daha ziyade zayıf ve teşvik edici ifadelerle devletlerin bu konudaki sorumluluğunun ifade edilmesi yolu seçilmiştir.

Temel ve Rehber İlkeler'e göre; devlet, kendisine isnat edilebilen, ağır uluslararası insan hakları hukuku ihlalleri ve ciddi uluslararası insancıl hukuk ihlallerini oluşturan eylemler ve ihmaller sebebiyle mağdurlara giderim sağlamalıdır. Bir bireyin, tüzel kişiliğin veya başka bir kurumun mağdura tazminat vermekle yükümlü bulunması durumunda, söz konusu taraf, ya mağdura gerekli tazminatı sağlamalı ya da eğer devlet, mağdurun zararını tazmin etmişse, devlete gereken bedeli ödemelidir. Devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen ihlallerde, zarardan sorumlu olan tarafın giderim yükümlülüğünü yerine getirmeye niyetli ve yetkin olmadığı durumlarda, devletler, mağdurlara giderim sağlanması ve diğer yardım mekanizmaları için ulusal programlar yapmak için çaba göstermelidir. Bu gibi durumlarda devletler, zarardan sorumlu olan tarafından zararın giderimini sağlamak üzere, bu kişileri mahkeme kararlarıyla zorlamalıdır. Ayrıca Devletler ulusal hukuklarında, giderim kararlarının uygulanması için gerekli ve etkili mekanizmalara yer vermelidirler⁸⁰².

c. Bölgesel İnsan Hakları Mahkemelerinin Yaklaşımları

Mağdurların giderim hakkının teorik düzeydeki gelişimine, bölgesel düzeydeki insan hakları mahkemelerinin katkısı büyüktür. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi'nin

⁸⁰² UN General Assembly, A/RES/60/147, par. 15-17.

kararları, insan hakları hukukunda, mağdurun giderim hakkını tanıyan ve bu hakkı geliştiren, oldukça önemli yol gösterici araçlardır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Hakkaniyete Uygun Tatmin" başlığını taşıyan 41. maddesi; Mahkeme'nin Sözleşme ya da Protokollerin ihlal edildiğine karar vermesi halinde, zarar görenin hakkaniyete uygun bir surette tatminine karar vereceği hükmünü içerir. Ancak yine bu hükümle Mahkeme'nin tatmine karar verebilmesi, tatminin "gerekli" ve Taraf Devletin iç hukukunun bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyor olması koşullarına bağlanmıştır. Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre, Mahkeme, kesinleşmiş kararı Bakanlar Komitesi'ne denetim için gönderir. Mahkeme'nin kesinleşmiş kararının uygulanmasını siyasi bir organ olan Bakanlar Komitesi denetlemektedir.

Mahkeme içtihatları incelendiğinde; Mahkeme'nin bu hükmü uygulamakta oldukça ihtiyatlı davrandığı ve ilk kararını⁸⁰³ verdiği 1960 yılından sonra ancak on iki yıl sonra, 1972 yılında, *Ringeisen - Avusturya*⁸⁰⁴ kararıyla, başvurucuya maddi tazminat ödenmesine karar verdiği görülmektedir. Uluslararası uygulamalarda "tatmin" kavramının içeriği daha geniş olmakla birlikte, Mahkeme bu tarihten sonra uzun bir süre verdiği ihlal kararlarında, bu hükmü daraltıcı bir şekilde yorumlamış ve 41. maddeyi, Devletin başvurucunun haklarını ihlal ettiğini tespit edici kararlar⁸⁰⁵,

⁸⁰³ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Lawless/İrlanda* Kararı, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961. Mahkeme ilk kararında, İrlanda Hükümeti'nin 20.07.1957 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne sunmuş olduğu bildirimle, Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında, Sözleşme'yle yüklenmiş olduğu yükümlülüklerini bir süre askıya almış olduğu gerekçesiyle, başvurucunun yaklaşık beş ay yargılanmaksızın gözaltında tutulmuş olmasını, Sözleşme'ye aykırı olarak değerlendirmemiş ve ortada bir hak ihlali olmadığına karar vermiştir.

⁸⁰⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Ringeisen/Avusturya* Kararı, Başvuru No: 2614/65, 22.06.1972. AİHM'in bu ilk tazminat kararındaki tazminat miktarı 20.000 Alman Markıdır.

⁸⁰⁵ Örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Sürek/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 24735/94, 08.07.1999. Kararda Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiği kabul edilmiş ve Sözleşmenin 6. maddesinin 1. fıkrasının ihlal edildiğine ilişkin kararın, başvuran tarafından iddia edilen manevi tazminat açısından kendi başına adil tazmin teşkil ettiğine karar verilmiştir. Böylesi bir karar, zararın ortadan kaldırılmasına yönelik *tatmin edici eylemlerde bulunmak* kapsamında bir giderim yöntemi olarak değerlendirilmekte ve bu şekilde mağdura bir manevi onarım sağlandığı kabul edilmektedir.

Diğer taraftan, bu tür kararlar, dünyanın en ilerici insan hakları sistemi olarak nitelendirilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi yargısının, ihlalin ağırlığına bakılmaksızın tüm insan hakları ihlallerinin maddi tazminat hakkına sahip olduğunu kabul etmemiş olması sebebiyle eleştirilmektedir.

maddi ve manevi zararlar ve masrafların karşılanmasıyla sınırlı olarak uygulamıştır⁸⁰⁶.

Giderim araçlarından biri olan eski halin iadesi kurumu, AİHM içtihadında ilk kez 1995 tarihli, mülkiyet hakkının ihlaline ilişkin *Papamichalopoulos ve Diğerleri - Yunanistan*⁸⁰⁷ kararıyla ifade edilmiş ve sonrasında da, Mahkeme'nin genel ilkeleri dâhilinde pek çok kararında yer bulmuştur⁸⁰⁸.

Mahkeme'ye göre:

*“Bir davanın tarafı olan Taraf Devletler, Mahkeme'nin ihlal saptadığı bir kararı yerine getirecekleri araçları seçmekte ilke olarak serbesttirler. Kararın yerine getirilme yöntemine ilişkin bu takdir yetkisi, Taraf Devletlerin güvence altına alınan hak ve özgürlükleri sağlamak için (madde 1), Sözleşme çerçevesindeki birincil yükümlülüklerine eklenen seçme özgürlüğünü yansıtır. Eğer ihlalin niteliği gereği, eski halin iadesi olanaklıysa, bunu gerçekleştirmek Davalı Devlete aittir. Mahkeme'nin ne böyle hareket etme yetkisi ne bunu uygulama imkânı vardır. Diğer taraftan, ulusal hukuk giderim sağlanmasına olanak tanımazsa ya da kısmen olanak tanırsa, 50. madde (Sözleşme'nin yeni metnine göre 41. madde), uygun görünen bu tür tatmini zarar gören tarafa sağlamakla Mahkeme'yi yetkilendirmiştir.”*⁸⁰⁹

AİHM'in bu değerlendirmesinde, eski halin iadesi, Sözleşme'nin 41. maddesinden bağımsızdır. Mahkeme'nin eski halin iadesi yükümlülüğünün, devlet sorumluluğu hukuku kapsamında kendiliğinden doğduğu kanaatinde olduğu görülmektedir. Mahkeme'ye göre Taraf Devletin bu yükümlülüğünü yerine

Bkz. Christian **TOMUSCHAT**, “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, Tulane J. of Int'l & Comp. Law, V. 10, 2002, s. 157-184.

⁸⁰⁶ SHELTON, s. 195.

⁸⁰⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Papamichalopoulos ve Diğerleri /Yunanistan* Kararı (Madde 50), Başvuru No: 14556/89, 31.10.1995.

⁸⁰⁸ Örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Brumarescu/Romanya* Kararı (Madde 41), Başvuru No: 28342/95, 23.01.2001, par. 20; *Kurić ve Diğerleri/Slovenya* Kararı, Başvuru No: 26828/06, 12.03.2014, par. 80; *Guiso-Gallissay/İtalya* Kararı, Başvuru No: 58858/00, 22.12.2009, par. 90; *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye* Kararı (Madde 50), Başvuru No: 21893/93, 01.04.1998, par. 47.

⁸⁰⁹ *Papamichalopoulos ve Diğerleri /Yunanistan* Kararı (Madde 50), par. 34.

getirmemesi halinde, zararın ikame edilmesi için 41. maddenin uygulaması gündeme gelmektedir⁸¹⁰.

Mahkeme'nin giderim konusundaki içtihadını, başvurucunun haksız olarak özgürlüğünden yoksun bırakıldığına karar verdiği, *Assanidze - Gürcistan* kararıyla biraz daha etkin hale getirdiği görülmektedir. Mahkeme bu kararında, başvurucunun zararının giderilmesi için maddi tazminat ödenmesi yanında, eski hale getirme yükümlülüğü yöntemine ilişkin Taraf Devlete tanımış olduğu takdir yetkisine müdahale ederek, hüküm fıkrasında başvurucunun mümkün olan en yakın tarihte salıverilmesine karar vermiştir⁸¹¹. Bu tür bir kararın, aynı zamanda süregelen ihlalin, diğer bir ifadeyle haksız olarak özgürlüğünden yoksun tutulmanın sona erdirilmesi kapsamında olduğu da ifade edilmektedir⁸¹². Mahkeme'nin yakın tarihli kararlarında; Mahkemece verilen bir ihlal kararı karşısında, başvurana yönelik bireysel tedbirler kapsamında öncelikli hedefin, Sözleşme'nin ihlaline son verilmesi ve ihlalin sonuçlarının giderilmesi yoluyla, eski halin iadesi olduğu açıkça ifade edilmektedir⁸¹³. Bu şekilde Mahkeme giderim yöntemlerini tümüyle Taraf Devletlerin takdir yetkisine bırakmamaktadır. Değerlendirilen kararlara göre, AİHM içtihadında mağdurun giderim hakkı; maddi ve manevi zararın parasal tazmini yanında, ihlale son verilmesini, farklı araçlarla ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılmasını yani eski halin iadesini kapsayan, kapsamı geniş bir haktır ve aynı şekilde Taraf Devlet yönünden de kapsamı geniş bir yükümlülüktür.

Giderim kavramını ve devletin giderim yükümlülüğünü, insan hakları hukukunda en ciddi şekilde ele alan ve geliştiren şüphesiz Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesidir. Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 63. maddesine göre: Mahkeme, Sözleşme'nin koruması altındaki bir hak ya da

⁸¹⁰ SHELTON, s. 282.

⁸¹¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Assanidze/Gürcistan* Kararı, Başvuru No: 71503/01, 08.04.2004.

⁸¹² Valerio COLANDREA, "On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in the Light of the *Assanidze, Broniowski and Sejdevic Cases*", Human Rights Review, 7:2, 2007, s. 396-411.

⁸¹³ Örnek olarak bkz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Mamazhonov/Rusya* Kararı, Başvuru No: 17239/13, 23.10.2014, par. 234.

özgürlüğün ihlal edildiğini tespit ederse, zarar gören tarafın ihlal edilen hak ya da özgürlükten yararlanmasının sağlanmasına, mümkün olduğu takdirde, hak ya da özgürlüğün ihlalini oluşturan durum ya da önlemin sonuçlarının giderilmesine ve zarar gören tarafa adil bir tazminat ödenmesine karar verir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, giderim hakkının teorik düzeyde tartışmalara konu edildiği yıllarda, 1988 tarihli *Velásquez Rodríguez* kararıyla, mağdurların giderim hakkını pozitif hukuka taşımıştır. Böylece mağdurun giderim hakkına oldukça önemli bir katkı sağlamıştır. Mahkeme'nin açık ifadesine göre; uluslararası insan hakları hukukunun amacı bir yönüyle, ihlallerden sorumlu olan kişilerin cezalandırılmasından ziyade, mağdurların korunması ve devletlerin sorumlu olduğu eylemlerden doğan zararlar için bir giderim sağlanmasıdır⁸¹⁴.

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Mahkemesi'nin, mağdurların Sözleşme'yle korunan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar verdiği davalarda, mağdurlara giderim sağlanmasına yönelik kararları oldukça kapsamlıdır. Mağdurlara yönelik bireysel düzeyde vermiş olduğu kararlarında; eski halin iadesi, ıslah, sorumluluğun kabulü gibi giderim araçlarına yer verdiği görülmektedir. Adil yargılanmaya aykırı bir şekilde hüküm giyen kişiyi serbest bırakma; kişiyi ilgili ceza davası nedeniyle ilişkisi kesilen kamu kurumlarındaki görevlerine iade etme; mağdurun haksız olarak alıkonulduğu dönem de dâhil olmak üzere tüm emeklilik haklarını sağlama; mağdura ve yakınlarına ücretsiz tıbbi ve psikolojik hizmetler sağlama; zorla yerinden edilmiş kişilerin köylerine ve evlerine güven içerisinde dönüşünü sağlama; mağdurların yükseköğretime devam edebilmesini sağlama; adli sicil kayıtlarından mağdurun ceza hükmü içeren kayıtlarının çıkarılması; sorumluluğun devlet tarafından kabul edildiğini açıklamaya yönelik kamusal özür ve kamusal anma etkinlikleri düzenleme; mağdurların isimlerinin caddelere ya da okullara verilmesi; mahkeme kararının yayımlanması ya da başka araçlarla duyurulması Mahkeme'nin mağdura giderim sağlanmasına yönelik kararları arasında yer almaktadır⁸¹⁵.

⁸¹⁴ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, par. 134.

⁸¹⁵ Jo M. **PASQUALUCCI**, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge University Press, 2013, s. 188-299; Thomas M. **ANTKOWIAK**, *“Remedial*

d. Şiddet Mağduru Kadının Giderim Hakkına İlişkin Uluslararası Hukuki Çerçeve

i. Uluslararası Belgelerle Oluşturulan Çerçeve

İnsan hakları ihlallerinden doğan zararın giderimi konusunda gelişmekte olan uluslararası standartlar, hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes gibi kadınları da kapsar. Bununla birlikte, kadın haklarının özel olarak ele alındığı uluslararası insan hakları belgelerinde, giderime dair özel düzenlemelere yer verilmesi, ayrımcılık mağduru kadınların giderim hakkına ilişkin korumayı kuvvetlendirmektedir.

Kadınların insan hakları konusunda ilk kapsamlı belge olan CEDAW, kadına yönelik şiddete ilişkin hükümler içermediği gibi, daha geniş kapsamlı olarak kadına yönelik ayrımcılıktan doğan zararın giderimi konusunda da özel hükümler içermez. CEDAW Komitesi'nin 1992 tarihli 19 sayılı Tavsiye Kararında, giderim konusuna kısmen yer verilmiş olup, kararda devletlerin şiddet mağdurlarına tazminat dâhil etkin giderim mekanizmaları sağlaması gerektiği özel tavsiyeler arasında yer almıştır⁸¹⁶. Şiddete maruz kalmış kadınların uğradığı zararın, adil ve etkin bir biçimde tazmin edilmesini sağlamanın devletlerin yükümlülükleri arasında olduğu, genel ifadelerle, 1993 tarihli DEVAW'da da yer bulmuştur (m.4/d).

Bölgesel düzeydeki ilk sözleşme olan, Belém do Pará Sözleşmesi'nde, şiddete maruz bırakılan kadınların, tazmin, telafi veya diğer adilane ve etkili hukuk yollarından yararlanmalarını sağlamak için gerekli tüm hukuksal ve idari mekanizmaları oluşturmanın devletin yükümlülükleri arasında olduğuna ilişkin bir hüküm bulunmaktadır (m.7/g). Benzer şekilde Afrika İnsan ve Halkların Hakları Şartı'na Ek Afrika Kadın Hakları Protokolü'nde de, şiddet mağduru kadınların rehabilitasyonu ve zararlarının giderimi için etkili mekanizmalar oluşturulması devletin yükümlülükleri arasında sayılmıştır (m. 4/2-f).

Approches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond", Columbia Journal of Transnational Law, V.46, No:2, 2008, s. 351-419.

⁸¹⁶ 19 Sayılı Tavsiye Kararı, par. 24 (i).

Kadına yönelik şiddete karşı oluşturulan uluslararası standartların geliştirilmesinde önemli katkıları olan BM Kadına Yönelik Şiddet, Sebepleri, Sonuçları Özel Raportörlerinin raporlarında, giderim konusu da yer almıştır. Özel Raportör *Yakın Ertürk*'ün 2006 tarihli, “özen gösterme” standartlarını ortaya koyduğu raporunda; şiddet mağduru kadınların zararının gideriminin, gereken özeni gösterme standartları içerisinde yer aldığı ifade edilmiştir. Buna göre, kadınlara yönelik şiddet eylemleri sebebiyle tazminat; meydana gelen her türlü fiziksel ve psikolojik zararın, kaybedilen eğitim, istihdam ve sosyal yardım fırsatlarıyla, onur ve itibarın sarsılmasından doğan manevi zararın ve şiddetten doğan her türlü yasal, tıbbi ya da sosyal maliyetin tazminini içermelidir. Bunların yanında devletler şiddet mağduru kadınların gerekli rehabilitasyon ve destek hizmetlerine erişimini de temin etmelidirler ve giderim kavramı, onarıcı adaletin unsurlarını da içermelidir. Anılan raporda ayrıca, devletlerin kadına yönelik şiddet eylemleri için yeterli tazmini sağlama yükümlülüğüne ilişkin oldukça az veri bulunduğu, veri talebine yanıt veren birkaç devletin, suç mağduru fonları ya da hukuk muhakemeleri usulü aracılığıyla kadınlara tazminat sağlandığını belirttikleri ve bu alanda özen yükümlülüğü standardının hayli ihmal edilmiş olduğu ifade edilmiştir⁸¹⁷.

Özel Raportör *Rashida Manjoo*, 2010 tarihli ilk tematik raporunda, şiddete maruz kalan kadınların zararının giderimi konusunu, hem barış hem çatışma sonrası dönemleri kapsar şekilde ele alarak, şiddet mağduru kadınların giderim hakkına detaylı bir çerçeve oluşturmuştur. Anılan raporda, giderim araçlarının, eski halin iadesi ve tazminat yanında, mağdurun rehabilitasyonu ve toplumla yeniden bütünleşmesi için gereken destek hizmetleri olabileceği belirtilmiştir. Giderimin kapsamına, yaşanan şiddetin boyutuna göre; resmî özürler, anma etkinlikleri, kamusal alanlara ve sokaklara yeni isimler verilmesi, anma günleri belirlenmesi, anıtlar inşa edilmesi gibi sembolik tanıma araçları da dâhildir. Ayrıca şiddetin tekrar etmemesinin garanti edilmesi de bir giderim yöntemi olarak benimsenmiştir⁸¹⁸.

⁸¹⁷ UN Commission on Human Rights, E/CN.4/2006/61, par. 55, 84.

⁸¹⁸ UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo, A/HRC/14/22, 19.04.2010.

Kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda uluslararası bağlayıcılığı ve yaptırım gücü olan bir bağımsız denetim mekanizması kurulmasına yer veren ilk uluslararası sözleşme olması sebebiyle önem taşıyan İstanbul Sözleşmesi, şiddet mağduru kadınların giderim hakkı konusunda, kapsamlı düzenlemeler içermektedir. Sözleşme’de giderim hakkına ilişkin düzenlemeler, mağdurlara destek hizmetleri sağlanması ve mağdurların zararının tazmini kapsamında ele alınmıştır. Mağdurlara destek hizmetleri sağlanması konusunu, Sözleşme bir kademelendirme yaparak ifade etmiştir. Sözleşme’nin 20. maddesine göre, Taraf Devletlerin, şiddet mağdurlarının, yalnızca mağdurlara yönelik olmayıp genel olarak halka kamu kaynaklarından sunulan⁸¹⁹, genel sağlık ve sosyal hizmetlerden yararlanmaları için gereken tedbirleri almaları gerekmektedir. Bu madde kapsamında ele alınan destek hizmetleri, hukuki ve psikolojik danışmanlık, maddi yardım, konut, eğitim, öğretim ve iş bulmalarına yardım gibi hizmetlerdir. Sözleşme’nin 20. maddesini tamamlayıcı mahiyetteki 22. maddesine göre; Taraf Devletler, şiddet mağdurlarına kısa ve uzun dönem *uzman destek hizmetlerini* sağlamak veya bu hizmetleri düzenlemek için gereken yasal veya diğer tedbirleri alır. Uzmanlaşmış desteğin amaçlarından biri, mağdurların kendi özel ihtiyaçlarına karşılık gelecek en uygun destek ve yardımla güçlendirilmeleri gibi zor bir görevin yerine getirilmesidir. Bu hizmetlerin büyük bölümü, kadın kuruluşları ve örneğin toplumsal cinsiyet temelli şiddet konusunda uzman ve deneyimli personele sahip yerel kuruluşlar tarafından verilen hizmetlerle karşılanabilir. Sığınma evleri ve güvenli barınaklar, acil tıbbi destek ve travma sonrası destek, uzun ve kısa dönemli psikolojik danışmanlık, hukuk danışmanlığı, avukatlık hizmeti sağlanması; istihdam ve sosyal gereksinimler konusunda yardım; doğru yardımı sağlamak için mağdurlara yönelik telefon yardım hatları; cinsel saldırı ve tecavüz olaylarında adli tıp delillerinin toplanması; mağdur veya tanık konumundaki çocuklara yönelik özel destek hizmetleri sunulması, bu kapsamda verilmesi beklenen hizmetlerdir⁸²⁰.

Cinsel şiddet mağdurlarına verilecek destek hizmetleriye, cinsel şiddet mağdurlarının özel ihtiyaçları dikkate alınarak ayrı bir maddede ve daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Sözleşme’nin 25. maddesiyle, Taraf Devletlerin cinsel şiddet

⁸¹⁹ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 125-126.

⁸²⁰ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 132.

mağdurlarına yönelik tıbbi ve adli muayene, travma desteği ve danışmanlık sağlamak üzere, yeterli sayıda, uygun ve kolay erişilebilir *tecavüz kriz merkezleri* veya *cinsel şiddet başvuru merkezleri* kurmak için gerekli yasal veya diğer tedbirleri almaları gerektiği hüküm altına alınmıştır. Anılan merkezlerin ne anlama geldiği, Sözleşme'nin açıklayıcı raporuyla ortaya konulmuştur. Tecavüz kriz merkezleri; danışmanlık ve terapi sağlayan uzun dönemli yardım merkezleridir ve mağdurları mahkeme süreçlerinde desteklemeyi de kapsayabilir. Cinsel şiddet başvuru merkezleri; acil tıbbi bakım, kaliteli adli tıp hizmetleri ve kriz müdahalesi gibi başlıklarda uzmanlaşmış, mağdurun tıbbi muayenesini yapmak ve daha sonraki hizmetler için mağduru acilen uygun ve uzmanlaşmış diğer birimlere yönlendirmekle görevlendirilen merkezler olup yeni gerçekleşmiş cinsel şiddet olaylarına müdahale edecek şekilde hastane ortamlarında oluşturulabilir⁸²¹.

Sözleşme'nin “Devletin Yükümlülükleri ve Gereken Özeni Gösterme Sorumluluğu” başlıklı 5. maddesinde, Taraf Devletlerin, bu sözleşme kapsamında olup devlet dışı aktörler tarafından gerçekleştirilen şiddet eylemlerini gereken özeni göstererek önlemek, soruşturmak, cezalandırmak ve bu eylemlerden kaynaklanan mağduriyet için tazminat sağlamak amacıyla yasal ve diğer tedbirleri alacağı düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi, Sözleşme'yle Taraf Devletlere getirilen yükümlülük, şiddet mağdurlarının zararını doğrudan tazmin etmek değil, tazminat sağlamak amacıyla tedbirler almaktır. Diğer bir ifadeyle, zararın tazmini yükümlülüğünün asıl olarak failin üzerinde olduğu dolaylı olarak ortaya konulmuştur.

Mağdurun zararının tazmini konusu, Sözleşme'nin 30. maddesinde ele alınmıştır. Taraf Devletlerin temel yükümlülüğü, mağdurların şiddetin faillerinden tazminat talep edebilmeleri için yasal ve diğer tedbirleri almaktır. Devlet tarafından tazminat sağlanması, devletin yan yükümlülüğü olarak ele alınmıştır. Devletin mağdurun zararını tazmini, ciddi bedensel hasar gören ya da sağlıkları ciddi bir şekilde bozulanlar ve uğradıkları zarar fail, sigorta ya da Devlete ait sağlık ve sosyal yardım hizmetleri gibi diğer kaynaklardan karşılanmayan mağdurlarla sınırlıdır. Bu maddedeki “bedensel zarar” teriminin, mağdurun ölümüne yol açan yaralanmalar ve

⁸²¹ Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 140-141.

“sağlığın bozulması” teriminin Sözleşme’nin 33. maddesine atıfta bulunulan psikolojik şiddet fiillerinin neden olduğu ciddi psikolojik zarar durumlarını içerdiği kabul edilmektedir⁸²². Bu durumda Taraf Devlet, mağdurun güvenliği için gereken özeni gösterdiği sürece, ödediği tazminatı failden talep edebilir⁸²³.

ii. CEDAW Komitesi’nin Yaklaşımı

CEDAW Komitesi’nin kadına yönelik şiddet olgusuna ilişkin ihlal tespiti yaptığı *A.T. - Macaristan* kararında, Taraf Devlete, zararın giderimine ilişkin tavsiyelerde bulunduğu görülmektedir. Bu kararda, *A.T.*’nin ve ailesinin fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü sağlayacak acil ve etkili önlemler alınması ve *A.T.*’nin çocuklarıyla birlikte yaşayabileceği güvenli bir eve yerleştirilmesi, hukuki destek verilmesi, ihlal edilen haklarının önemi ve fiziksel ve ruhsal zararıyla orantılı olarak bir giderim sağlanması tavsiye edilmiştir⁸²⁴.

CEDAW Komitesi’nin, *Yıldırım - Avusturya* ve *Gökçe - Avusturya* kararlarındaki tutumuysa farklı olmuştur. *Fatma Yıldırım* ve *Şahide Gökçe* isimli kadınların, eşleri tarafından uzun süren ve pek çok şiddet içeren olaylar sonucunda öldürülmelerinde, Komite, kadınların yaşam hakkının ve fiziksel ve ruhsal bütünlüklerinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Buna karşın, mağdurların yakınlarının zararının giderimi yönünde bir karar vermemiştir. CEDAW Komitesi, ölümler sebebiyle tazminat talebiyle sorumlu Devlete karşı iç hukukta açılacak davaların, CEDAW Ek Protokolü’nün 4. maddesi anlamında, iç hukuk yollarının tüketilmesi kapsamında olmadığını ve tazminat talep edilmesiyle, gereken özenin gösterilmemesi sebebiyle devletin sorumluluğunun tespitinin birbirinden ayrı konular olduğunu saptamıştır. Kararda bu saptama yapılırken, öldürülen kadınlar adına başvuranların da, başvuruyu mirasçılara bir tazminat sağlamaktan ziyade, Taraf Devletin eksiklikleri ve ihmalleri sebebiyle sorumlu tutulması amacıyla yaptıklarını

⁸²² Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Explanatory Report, par. 168.

⁸²³ “... tazminat maddesi pek çok devlet için ciddi bir soru işareti oluşturmuştur. Kadınlara yönelik şiddet konusunun insan hakları ihlali ya da kişiye karşı işlenen bir suç olarak değerlendirilmesi konusunda koşulsuz destek veren devletler konu bu olgunun maliyetinin nasıl karşılanacağı olduğu zaman ciddi soru işaretleriyle karşılaşmışlar ve tartışma farklı bir kulvara girmiştir. ...” ACAR, CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne, s. 72-73.

⁸²⁴ CEDAW Komitesi, *A.T./Macaristan*, par. 9.6.

beyan ettikleri ifade edilmiştir⁸²⁵. Komite bu kararlarında, ev içi şiddet olaylarında, 19 sayılı Tavsiye Kararı'nda yer aldığı gibi, mağdurlara tazminat sağlamanın da devletin yükümlülükleri arasında yer aldığını açıkça belirtmiştir⁸²⁶. Bütün bu saptamalara karşın, öldürülen kadınların yakınlarına giderim sağlanması yönünde tavsiye kararı vermemesinin gerekçesi kararda açık değildir. Bu haliyle sadece, başvuruçuların talepleri arasında giderimin yer almamasının, giderime ilişkin bir karar verilmemesinin gerekçesi olduğu yorumuna olanak bulunmaktadır.

iii. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ev içi şiddet ve cinsel şiddet olaylarının konu olduğu kararlarının tümünde, mağdurun zararının giderimi talebinin kabul edildiği ancak kararlarda hükmolunan giderim yönteminin manevi tazminattan ibaret olduğu görülmektedir. Detaylarıyla önceki bölümlerde incelenen, *Opuz - Türkiye*, *Bevacqua ve S. - Bulgaristan*, *M.C. - Bulgaristan*, *D.J. - Hırvatistan*, *Eremia - Moldova*, *Mudric - Moldova*, *T.M. ve C.M. - Moldova*, *Civek - Türkiye*, *M.G. - Türkiye* ve *Halime Kılıç - Türkiye* kararlarının tümü, giderim yönünden, başvuruçular tarafından talep edilen manevi tazminat miktarının kısmen kabulü ve AİHM önündeki yargılamanın masraflarının karşılanmasıyla sonuçlanmıştır. Diğerlerinden farklı olarak *Opuz - Türkiye* davasında, başvuruçu manevi tazminat yanında maddi tazminata hükmedilmesini de talep etmiştir. Mahkeme, başvuruçunun maddi yönden öldürülen annesine bağımlı olduğunun kanıtlanmadığını saptamıştır. Maddi tazminat taleplerinin, başvuruçunun annesinin ölümünden sonra uğranılan zarar iddialarıyla ilgili olduğunu ve Mahkeme'nin başvuruçunun annesinin ölümünden önce de herhangi bir kayba uğradığına ikna olmadığı ifade edilerek, somut dava koşullarında herhangi bir maddi tazminat ödenmesini uygun bulmamıştır⁸²⁷.

Görüldüğü üzere, AİHM, giderim konusunu, diğer vakalardaki içtihatlarında olduğu gibi, kadına yönelik şiddet vakalarında da oldukça dar yorumlamış ve parasal tazminin yanında ihlale son verilmesi, farklı araçlarla ihlalin sonuçlarının ortadan

⁸²⁵ *Fatma Yildirim/Avusturya*, par. 3.11; *Şahide Goekce/Avusturya*, par. 3.11.

⁸²⁶ *Fatma Yildirim/Avusturya*, par. 7.3; *Şahide Goekce/Avusturya*, par. 7.3.

⁸²⁷ *Opuz/Türkiye*, par. 209.

kaldırılması yani eski halin iadesi gibi yöntemlere hükmetmemiştir. Hatta parasal tazmini de, manevi tazminat talepleriyle sınırlamış ve maddi tazminatı sıkı koşullara bağlamıştır⁸²⁸.

iv. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu'nun Kararları

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu'nun ve Mahkemesi'nin, mağdurların korunması ve devletlerin sorumlu olduğu eylemlerden doğan zararlar için bir giderim sağlaması konusundaki mağdurdan yana pozitif yaklaşımı, kadına yönelik özel alanda şiddet davalarında da karşılık bulmaktadır.

Komisyon'un kadına yönelik özel alanda şiddet konusundaki ilk kararı olan *Maria da Penha Fernandes Maia-Brezilya* kararında, tespit olunan ihlallerin karşılığında mağdura Devlet tarafından gerçek bir tazminat verilmesi için gereken önlemlerin alınması tavsiyeler arasında yer almıştır⁸²⁹. Komisyon 2011 tarihli *Jessica Lenahan (Gonzales)-Amerika Birleşik Devletleri* kararında, benzer şekilde, Devletlerin kadınlara karşı şiddet eylemlerine karşı koruma, soruşturma, cezalandırma yükümlülükleri yanında giderim sağlama yükümlülüklerine ilişkin de gereken özeni göstermedikleri takdirde uluslararası sorumluluklarının var olduğunu ve bu yükümlülüğün belirli koşullarda özel şahıslar tarafından gerçekleştirilen eylemler için de geçerli olduğunu ifade etmiştir⁸³⁰. Komisyon'a göre; giderim yöntemi meydana gelen zarara göre farklılaşır ve eski halin iadesi, zarar gören

⁸²⁸ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yaşam hakkı ihlallerinde, maddi tazminata hükmedebilmek için gerçekleşen zararlar Sözleşme'nin ihlali, yani yerine getirilmeyen ödev, arasında sıkı bir "nedensellik bağı" aramaktadır. Yaşam hakkının usule ilişkin ihlali (etkili soruşturma yapılmaması sebebiyle ihlal tespitlerinin bir kısmında olduğu gibi) maddi tazminat sonucunu doğurmayan bir ihlal türü olarak nitelendirilmektedir. Esasa ilişkin ihlal tespitlerindeyse maddi tazminata hükmedilme olanağı doğmaktadır. Devletin koruma yükümlülüğünün ihlali sonucu yaşam hakkının ihlali tespitlerinin de esasa ilişkin ihlal olarak değerlendirmesi ve bu doğrultuda Mahkeme'nin maddi tazminat ödenmesine hükmetmesi, koruma yükümlülüğünün niteliğinin tespiti yönünden önemli bir içtihadı ifade etmektedir. Maddi tazminat ödenmesine hükmedilmesi için aranan koşullardan bir diğeri, ölenin geride bakmakla yükümlü olduğu kişileri bırakıp bırakmadığı, diğer bir ifadeyle, ölenin desteğine muhtaç kişilerin var olup olmadığıdır. Yaşam hakkının esasa ve usule ilişkin ihlali ve bu ihaller sebebiyle maddi tazminata hükmedilmesinde Mahkeme'nin yaklaşımı konusunda bkz. Ayşe Seda GÜLSEVEN, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yaşam Hakkı ve Yaşam Hakkı İhlallerinde İhlalin Niteliği", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Çalışma Metinleri IX, 2008, <http://www.ihmpolitics.org/?p=450> (Erişim: 19.07.2015)

⁸²⁹ IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, Recommendations, par. 3.

⁸³⁰ IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, par. 126-127.

kişinin fiziksel sağlığını iyileştirmek için tıbbi yardım, bazı idari tedbirleri ortadan kaldırma yükümlülüğü, mağdurun elinden alınan onurunu iade etmek ya da tazminat ödemeleri gibi çeşitli şekillerde olabilir⁸³¹. Bu kararında, Amerika Birleşik Devletleri'nin, başvurucuya ve onun en yakın akrabalarına, içinde bulundukları özel durum ve özel ihtiyaçları gözeterek tam bir giderim sağlaması gerektiği tavsiyeler arasında yer almıştır⁸³².

2. Türk Hukuk Sisteminde Şiddet Mağduru Kadının Zararının Fail Tarafından Giderilmesi

a. Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Uygulamaları

i. Yaptırıma Etki Eden Mağduriyetin Giderilmesi Yöntemleri

Ceza hukuku teorisinde, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi konusu, temelde mağduriyetin fail tarafından giderilmesine dayanan, ancak farklı yaklaşımları bünyesinde barındıran bir konudur. Mağduriyetin giderilmesini esas alan bir yaklaşıma göre; ceza hukuku tamamen kalkmalı ve ceza hukukunun yaptırımlarının yerini mağduriyetin giderilmesine ilişkin edimler almalıdır. Ceza hukukundan vazgeçilmesinin mümkün olmadığı ifade edilen diğer yaklaşımdaysa, mağduriyetin giderilmesinin ceza hukukunun yaptırımlar sistemi içine bağımsız bir yaptırım olarak alınması önerilir. Bu yaklaşımda, mağduriyetin giderilmesi bir yaptırım olabileceği gibi, ceza hukukunun geleneksel yaptırımları yanında, üçüncü bir yaptırım türü olarak da kabul edilebilir. Diğer iki yaklaşımı reddeden üçüncü bir yaklaşıma göre, mağduriyetin giderilmesi ceza hukuku yaptırımı olarak ya da bağımsız bir yaptırım olarak kabul edilemez sadece ceza hukukunda mağduriyetin giderilmesinden yararlanılabilir⁸³³.

Ceza hukuku yaptırımlarının yerine medeni hukuk yaptırımlarının, yani tazminatın geçmesi, gerçekte suçun, sadece fail ve mağdur arasında meydana gelen

⁸³¹ Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Garrido and Baigorria Case v. Argentina*, Reparations (art. 63(1) American Convention on Human Rights), 27.08.1998, par. 41.

⁸³² IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, Recommendations, par.3.

⁸³³ Bu yaklaşımlar için bkz. ÖZEK, s. 165-166.

bir uyumsuzluk olarak kabulü anlamına gelmektedir. Bu görüş, suçun aynı zamanda toplumun menfaatlerini de ihlal ettiği görüşünü yadsımakta ve toplumun devlete devrettiği cezalandırma yetkisinin kullanılmasını ortadan kaldırmaktadır. Bu yaklaşımın uygulamaya geçirilmesi halinde, toplum menfaatlerinin, diğer bir ifadeyle hukuk düzeninin ve potansiyel mağdurun korunması mümkün olmayacaktır. Nitekim suç, sadece mağdurun menfaatlerine değil, ihlal edilen normun geçerliliğine ve potansiyel mağdurun korunmasına da etki eder. Bu tür bir uygulamayla, haklı olanın değil, güçlü olanın sözünün geçeceği bir ortam yaratılmış olur⁸³⁴.

Bu yaklaşım, ortaya konulan sakıncaları sebebiyle, sadece ağır olarak nitelendirilmeyen suçlar için öngörülebilir. Ancak kadına yönelik şiddet suçları söz konusu olduğunda, mağdurun ve potansiyel mağdurların korunmasında var olan kamusal menfaatler dikkate alınmalıdır. Suç ceza kanununda “ağır” olarak nitelendirilmese de, ceza hukuku yaptırımlarının tamamen ortadan kaldırılması ve suçun fail ve mağdur arasındaki bir tazminat meselesine indirgenmesi şiddet mağduru kadının aleyhinedir. Kadına yönelik şiddet içeren suçlarda, suçtan doğan zararın gideriminin tek amaç olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, ceza hukukuna dâhil edildiğinde farklı hukuki sonuçlar doğurabilir: Ceza yaptırımı yerine geçebilir, cezanın infazına etki edebilir, koruma tedbirinin niteliğini değiştirebilir veya cezada indirim nedeni olabilir. 28 Haziran 1985 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin R(85)11 sayılı Ceza ve Usul Hukukunda Mağdurun Durumuna İlişkin Tavsiye Kararı’nda tazminata, bir ceza olarak ya da ceza yerine geçecek veya cezaya ek olarak verilecek ceza niteliğinde bir yaptırım olarak yer verilmesi önerilmiştir⁸³⁵. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, bir ceza yaptırımı olarak kabul edilmemiş; giderime farklı işlevler yüklenerek ceza hukuku sistemine dâhil edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, ceza hukukunun ceza ve güvenlik tedbirlerinden oluşan iki şeritli yaptırım sistemi içinde

⁸³⁴ ÖZEK, s. 176-179.

⁸³⁵ Council of Europe, Committee of Ministers, Recommendation No. R (85) 11, par. 11.

üçüncü bir şerit olarak kabul edilmiş, ceza ve güvenlik tedbiri arasında, ara bir pozisyon olarak öngörülmüştür⁸³⁶.

Faile suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde sorumluluk yüklenmesi, özellikle onarıcı adalet programları çerçevesinde günümüzde cezanın amacıyla uyumlu bulunmakta ve savunulmaktadır⁸³⁷. Mağduriyetin giderilmesine, ceza yargılamasının farklı aşamalarında farklı işlevler yüklenmişse de, mevcut düzenlemeler genel olarak, bir taraftan failin işlemiş olduğu fiilden pişmanlık duyduğunu ortaya koyabilmesini sağlamakta, diğer taraftan mağdurun uğradığı zararı aynen iade veya tazminle giderebilme imkânını vermektedir. Böylece mağduriyetin giderilmesinin ceza hukukuna dâhil edilmesindeki arzu edilen sonuç teorik düzeyde sağlanmaktadır.

Türk ceza hukukunda, mağdurun suçtan doğan zararının giderimini sağlamaya yönelik olarak öngörülen en önemli mekanizma, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde düzenlenmiş olan uzlaşma kurumudur. Esasen Kanun maddesinde, mağdurun zararının giderilmesi uzlaşmanın bir şartı olarak ifade edilmemişse de, zararın giderilmesini talep etmek, bir alternatif uyuşmazlık çözümü olan uzlaşma kurumunun kendi içerisinde barındırdığı koşullardan biridir.

Genel bir ifadeyle, uzlaşmaya tabi suçlarda, failin, suçtan zarar gören gerçek kişinin veya özel hukuk tüzel kişinin maruz kaldığı zararın tümünü veya büyük bir kısmını ödemeyi veya gidermeyi üstlenmesi, mağdur ya da suçtan zarar görenin de bunu kabul etmesiyle uzlaşma söz konusu olmaktadır. 26 Temmuz 2007 tarihli Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin⁸³⁸ "Edimin Konusu" başlıklı 20. maddesiyle; tarafların uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi konusunda anlaşmaya varmaları halinde, edimin konusunun neler olabileceği sınırlayıcı olmayan bir şekilde sayılmıştır. Edimin

⁸³⁶ Ali **PARLAR**-Muzaffer **HATİPOĞLU**, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu C. 1, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2007, Ankara, s. 460.

⁸³⁷ Fatma Karakaş **DOĞAN**, "*Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi*", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan C. 19, S. 2, 2013, s. 1007-1029.

⁸³⁸ R.G.: 26.07.2007-26594.

konusunu oluşturabilecek giderim araçları; fiilden kaynaklanan *maddi veya manevi zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi* veya *eski hâle getirilmesi*, mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan *üçüncü kişi ya da kişilerin maddi veya manevi zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi* veya *eski hâle getirilmesi* ve mağdurdan veya suçtan zarar görenden *özür dilenmesi* olabilir. Yönetmeliğin bu maddesiyle, suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi kapsamının geniş tutulduğu görülmektedir.

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini defaten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi halinde, şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir (CMK m. 253/19). Uzlaşmanın kovuşturma aşamasında gerçekleşmesi halindeyse, mahkeme davanın düşmesine karar verir (CMK m. 254). Bu düzenlemelerden anlaşılan haliyle, mağduriyetin giderilmesi, uzlaşma kapsamında failin yargılanmasını ve ceza yaptırımını ortadan kaldırmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 171/2. maddesiyle, Cumhuriyet savcısına kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar vermek konusunda bir takdir hakkı verilmiştir. Kanunun bu düzenlemesine göre, “*suçun işlenmesiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi*” kamu davasının açılmasının ertelenmesinin koşullarından biridir. Bu düzenlemeyle, mağduriyetin giderilmesi, sayılan diğer koşulların varlığı halinde, ceza davasının açılmasının önüne geçmektedir.

Suçtan doğan zararın gideriminin, cezanın infazına etkisine ilişkin bir düzenleme de, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 231. maddesinde düzenlenmiş olan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumudur. Mahkemece, sanığın suçu işlediği sabit görülüp hakkında cezaya hükmolunmasına karşın, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmekle, mahkûmiyet hükmü kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurmamakta, herhangi bir hak yoksunluğuna sebep olmamaktadır⁸³⁹. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesinin

⁸³⁹ İzzet ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., B. 7, Ankara 2012, s. 609-610.

koşullarından biri, suçun işlenmesi suretiyle mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesidir (CMK m.231, f. 6). Kanun, zararın tamamen giderilmesi ifadesine yer vermişse de, yerleşik içtihatlarla sanığın tazminle yükümlü olduğu zarar, basit bir araştırmayla tespit edilecek maddi zararlar sınırlandırılmıştır. Manevi zarar tazmin edilecek zarar kapsamına dâhil değildir⁸⁴⁰.

Zararın giderilmesi, kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara çevrilmesine (TCK m. 50) ve hapis cezasının ertelenmesine (TCK m. 51) ilişkin düzenlemelerde, hapis cezasının toplumsal ortamda infazına olanak sağlamaktadır. Bu kapsamda öngörülebilecek olan kamuya yararlı bir işte çalışma ya da belli bir

⁸⁴⁰ ÖZGENÇ, s. 614.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumundaki zararı giderme koşulunun sadece maddi zararı kapsadığı, Kanun'da açıkça yer almamaktadır. Bu durum içtihatlarla kabul edilmiştir. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumuna ilişkin uygulama esasları ve koşullarının belirlendiği Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 03.02.2009 tarih, 2008/11-250 E.-2009/13 K. sayılı kararıyla zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle giderilmesinden anlaşılması gereken hususların neler olduğu tespit edilmiştir. Ceza Genel Kurulu'nun kararına göre; uğranılan zararlardan kast edilen maddi zararlar olup, manevi zararlar bu kapsamda değerlendirilmemelidir ve zararın belirlenmesinde hâkim, ceza yargılamasında şahsi hak davasına yer verilmediği gerçeğini de göz önünde bulundurmak koşuluyla, kanaat verici basit bir araştırma yapmalı, hukuk hâkimi gibi gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmamalıdır. Kararda ayrıca, 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesindeki düzenlemenin, kişinin ileride hukuk mahkemesinde şahsi hak davası açmasına ve giderilmediğini düşündüğü gerçek zararının saptanarak kalan kısmına da hükmedilmesini istemesine bir engel oluşturmadığı belirtilmiştir.

Zarar miktarının kanaat verici basit bir araştırmayla tespitine olanak bulunmayan durumlarda, ceza hâkiminin zarar miktarını bilirkişi incelemesiyle tespit edebileceği Ceza Genel Kurulu'nun diğer içtihatlarıyla ortaya konulmuştur. Ceza Genel Kurulu, 10.04.2012 tarih 2011/3-479 E. - 2012/145 K. ve 25.12.2012 tarihli 2012/13-1315 E. - 2012/1871 K. sayılı kararlarında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir:

"Diğer taraftan, bazı olaylarda zarar miktarının herkes tarafından kolaylıkla belirlenebilmesi olanaklı ise de, bazı olaylarda zararın tespiti teknik bilgi gerektirdiğinden, ancak konunun uzmanı bilirkişiler aracılığıyla belirlenebilmektedir. Bu gibi durumlarda zararın miktarı hâkim tarafından belirlenemiyorsa, bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve zararın karşılanması konusunda iradesini gösteren sanıktan belirlenen bu miktar zararı giderip gidermeyeceği açıkça sorulduktan sonra, sonucuna göre hükmün açıklanmasının geri bırakılıp bırakılmayacağı tartışılmalıdır."

Bu içtihatlar sonucunda, manevi zarar söz konusu olduğunda ve/veya maddi zarar doğduğunda da ceza davasında her durumda hâkim gerçek zararı tam anlamıyla saptamaya çalışmadığından, sanığın zararı tazmin ettiği gerekçesiyle sanık hakkında kurulan hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmişse de, mağdur veya suçtan zarar gören hukuk mahkemesine başvurarak maddi zararının tamamen tazmin edilmediğini iddia ederek, maddi zararının tazmin edilmeyen kısmını ve manevi zararının tazminini talep etmek zorunda kalmaktadır. Aynı yöndeki görüş için bkz. ÖZGENÇ, s. 615.

eğitim programına katılma şeklindeki diğer yükümlülüklerde olduğu gibi, zararın giderilmesine yönelik yükümlülükler de bir infaz şekli olarak değerlendirilmektedir⁸⁴¹.

Türk Ceza Kanunu’nun “Kısa Süreli Hapis Cezasının Seçenek Yaptırımlar” başlıklı 50. maddesinde; kısa süreli hapis cezasının, Kanunda sayılan koşulların varlığı halinde farklı bir yaptırıma çevrilebileceği düzenlenmiştir. Mağdurun veya kamunun uğradığı zararın, aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi de mahkemece hapis cezası yerine uygulanmasına hükmolunabilecek olan yaptırımlar arasında sayılmıştır. Kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırım olarak mağduriyetin giderilmesine hükmedildiğinde, mağduriyetin giderilmesi, kusura uygun cezanın yerine geçmekte, yani yaptırımın şekli değişmektedir⁸⁴².

Türk Ceza Kanunu’nun “Hapis Cezasının Ertelenmesi” başlıklı 51. maddesinde; işlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebileceği düzenlenmiştir. Kanunun 51/2. maddesiyle cezanın ertelenmesinin, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi koşuluna bağlı tutulabileceği düzenlenmiştir. Bu durumda, koşul gerçekleşinceye kadar cezanın infaz kurumunda çektirilmesine devam edilir ve koşulun yerine getirilmesi halinde, hâkim kararıyla hükümlü infaz kurumundan derhal salıverilir. Bu düzenlemede mağduriyetin tamamen giderilmesi, hapis cezasının ceza infaz kurumunda infazını ortadan kaldırmaktadır. Bu madde kapsamında, tazmini söz konusu olan zarar sadece maddi zararlardır, manevi zararın tazmini bir şart olarak aranamaz⁸⁴³.

⁸⁴¹ ÖZGENÇ, s. 636.

⁸⁴² PARLAR-HATİPOĞLU, s. 460.

Kısa süreli hapis cezası yerine zararın tazminine hükmedilmiş olması halinde, bu tazminin bir tedbir, bir ceza veya sair bir yaptırım olmadığı ifade edilmekte, zararın tazmininin, mülga 647 sayılı İnfaz Kanununda olduğu gibi, TCK’nın 50. maddesinde bir seçenek “yaptırım” olarak nitelendirilmesi eleştirilmektedir. Bu görüşler için bkz. ÖZGENÇ s. 640.

⁸⁴³ ÖZGENÇ, s. 660.

Türk Ceza Kanunu'nda yer alan etkin pişmanlık kurumuyla, bazı suç tipleri yönünden, failin pişmanlık duyarak suçla meydana gelen zararı gidermesi, cezada bir hafifletici neden olarak düzenlenmiştir. Bu haliyle, cezayı ortadan kaldıran veya cezada indirim yapılmasını sağlayan bir şahsi sebeptir. Etkin pişmanlık, “neticeyi, suça konu eylemi meydana getirebilmek için yeterli ve gerekli hareketlerin tamamlanmasından sonra, bu hareketlerin etkilerini ortadan kaldırma faaliyeti”⁸⁴⁴ olarak tanımlanmaktadır. Genel hüküm olarak TCK'nın 36. maddesinde gönüllü vazgeçme adı altında düzenlenmekle birlikte, belirli suçlar için kanunda özel düzenlemelere yer verilmiştir. TCK'nın 168. maddesi uyarınca hırsızlık, mala zarar verme, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık, hileli iflâs, taksirli iflâs suçları, TCK'nın 248. maddesi uyarınca zimmet suçu ve TCK'nın 254. maddesi uyarınca rüşvet suçu zararın aynen iade veya tazmin suretiyle giderilmesi halinde, cezada indirim sağlayan suç tipleridir.

Mağduriyetin giderilmesinin, koruma tedbiriyle bağlantılı olarak ele alındığı düzenleme Ceza Muhakemesi Kanunu'nun “Adli Kontrol” başlıklı 109-115. maddeleri arasında yer almaktadır. Bir suç sebebiyle yürütülen soruşturmada veya kovuşturmada, şüpheli veya sanık tutuklama tedbiri yerine, bir veya birden fazla yükümlülüğe tabi tutularak adli kontrol tedbirine tabi tutulabilir. Bu yükümlülüklerden biri Kanun'un 109/3-(f) bendine göre; “*Şüphelinin parasal durumu göz önünde bulundurularak, miktarı ve bir defada veya birden çok taksitlerle ödeme süreleri, Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarını yatırmak*”tır. Bir diğeri Kanun'un 109/3-(h) “*Cumhuriyet savcısının istemi üzerine hâkim tarafından miktarı ve ödeme süresi belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlamak*”tır.

Kanun'un "Önceden Ödetme" başlıklı 114. maddesine göre; güvencenin mağdurun haklarını karşılayan veya nafaka borcuna ilişkin bulunan kısımları, şüpheli ya da sanığın rızasıyla, istedikleri takdirde mağdura veya nafaka alacaklılarına verilebilir. Diğer taraftan, mağdur veya nafaka alacaklısı lehinde bir yargı kararı verilmişse, şüpheli veya sanığın rızası olmasa da ödeme yapılır. Aynı Kanun'un

⁸⁴⁴ Köksal **BAYRAKTAR**, Faal Nedamet, İÜHFM, C. 33, S. 3-4, 1967, s.122-153.

"Güvence" başlıklı 113. maddesindeyse, şüpheli veya sanık tarafından gösterilen güvencenin ne şekilde kullanılacağını düzenlemiştir. Buna göre; katılanın yaptığı masraflar, suçun neden olduğu zararların giderilmesi ve eski hâle getirme; şüpheli veya sanık, nafaka borçlarını ödemediği için kovuşturuluyorsa nafaka borçları, güvence bedelinden karşılanabilir. Şüpheli veya sanığı, soruşturma ya da kovuşturmanın devamı sırasında özgürlüğünden yoksun bırakmayan ve aynı zamanda mağdurun giderim hakkını güvence altına alan oldukça dikkat çekici bir düzenlemedir. Burada, mağdurun zararının giderilmesi için kullanılabilecek olan güvence miktarının şüpheli ya da sanık tarafından yatırılmasıyla, tutuklama tedbirinin yerine adli kontrol tedbiri geçmektedir⁸⁴⁵.

Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkındaki Kanun'un 107. maddesinde düzenlenmiş olan, koşullu salıverilme kurumunun şartları içerisinde, mağdurun şahsi haklarının tazmini olanağının olup olmadığı tartışmalıdır. Koşullu salıverilme, mahkûm olduğu hürriyeti bağlayıcı cezanın kanun tarafından öngörülen kısmını iyi halde geçirmiş olan hükümlünün, konulan şartlara uymadığı takdirde geri alınması koşuluyla hükümlülük süresinin tamamını bitirmeden merciince alınacak kararlar salıverilmesini sağlar. Kanun'un 107. maddesinin 12. fıkrasında yer alan; hükümlünün *"kendisine yüklenen yükümlülüklerle, hâkimin uyarısına rağmen, uymamakta ısrar etmesi halinde koşullu salıverilme kararı geri alınır"* hükmünden, koşullu salıverilmenin, mağdurun şahsi haklarının tazmini yükümlülüğüne bağlanabileceği sonucu çıkarılmaktadır⁸⁴⁶. Bu durumda, mağduriyetin giderimi, cezanın tamamının infaz kurumunda infaz edilmesinin önüne geçen şartlardan biri olmaktadır. Ancak koşullu salıverilmenin mağdurun zararının ödenmesi koşuluna bağlanıp bağlanmayacağına ilişkin açık bir hüküm yer almadığından, deneme

⁸⁴⁵ Kanun'da güvencenin düzenleniş biçiminin masumiyet karinesiyle bağdaşmadığı; güvenceyle katılanın masraflarının, zararının, kamusal giderlerin ve para cezalarının yerine getirilmesinin hedeflenmesinin suçluluk konusunda önyargılı olmak anlamına geldiği; güvenceyle nafaka borçlarının yerine getirilmesinin sağlanmasıyla güvenceye özel hukuk ihtilaflarına yönelik bir kapsam verildiği ve bunun da ceza muhakemesi hukukunda koruma tedbirleri kavramıyla çeliştiği yönündeki eleştiriler için bkz. CENTEL-ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 366.

⁸⁴⁶ DEMİRBAŞ, s. 620-629.

süresinde böyle bir yükümlülük öngörülüp öngörülmeceğinin tartışmalı olduğu da ifade edilmektedir⁸⁴⁷.

Uygulamada, zarar gören, ilk olarak gerçekleşen suçtan şikâyetçi olmakta, yani ceza hukukuna ait araçlara başvurmaktadır. Bu sebeple mağduriyetin ceza hukuku içerisindeki araçlarla giderilmesi, daha hızlı bir sonuç almaya olanak sağladığı için önemli bir yöntemdir. Uzlaşma kurumunun aktif olarak işlemesi halinde, açılacak dava sayısının azalacağı ve mağduriyetin giderimi halinde ceza verilmemesi yoluna gidilmesiyle de, cezanın infazı için devletin üzerindeki maliyet yükünün kalkacağı ifade edilmektedir⁸⁴⁸.

Anılan olumlu değerlendirmelere karşın, mağduriyetin giderilmesinin bir ceza hukuku kurumu olarak ele alınması ve giderim yükümlülüğünün fail üzerine bırakılması farklı sorunları beraberinde getirmektedir. Öncelikle ceza hukukundaki zararın, suçla korunan yarar olduğu ve medeni hukuktaki zarar kavramından farklı olduğuna dikkat çekilmesi gerekir. İçtihatlarla oluşan hukuk içinde zararın tazminine manevi zararın dâhil edilmemiş olması ve aynı zamanda maddi zararın da basit bir araştırmayla tespit edilen zararlar sınırlandırılmış olması, zararın tümünün tazmini olanağını ortadan kaldırmaktadır. Diğer taraftan zararın takdirinde ceza muhakemesinin araçları her zaman yeterli olmayabilir. Özellikle zararın tazmini yönünden, failin ödeme olanağının bulunmaması hali, mağduriyetin fail tarafından giderilmesi üzerine inşa edilmiş bir sistemde, giderim olanağının ortadan kalkmasına sebep olacaktır.

Açıklanan genel sorunların yanında, mağduriyetin giderilmesinin bir ceza hukuku kurumu olarak ele alınması ve mağduriyetin fail tarafından giderilmesi yaklaşımı, kadına yönelik şiddet vakalarında daha özel sorunlar doğurmaktadır. Ceza muhakemesi süreci dışında mağduriyetin giderilmesi, faille mağdurun uzlaşmasını ifade etmektedir ki, mağdur ve failin bir araya gelmesi, pazarlık ve uzlaşma süreçleri, özellikle kadına yönelik şiddet suçlarında uygulanmaması gereken bir yöntemdir. Nitekim uzlaşmayı da içeren alternatif çözüm süreçleri, kadınlara karşı şiddetin

⁸⁴⁷ Hamide **ZAFER**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., B. 2, Ankara 2011, s. 492.

⁸⁴⁸ ÖZBEK, s. 45-48.

yeniden özelleşmesine, mağdurun adalet arayışının zayıflamasına sebep olmaktadır⁸⁴⁹. Ceza muhakemesi içerisindeyse, failin zararı gidermesi halinde, fail cezalandırılmama veya cezasının indirilmesi hakkına sahip olmaktadır. Bu durum, toplumsal değer yargıları ve ekonomik koşullar sebebiyle kadınların özellikle özel alanda gerçekleşen şiddet suçlarına karşı şikâyetinde bulunabilmesi oldukça zorken, kadının şikâyetine karşın meşru bir cezasızlık hali doğurmaktadır. Farklı bir bakış açısıyla, giderimin ceza hukukundaki bu işlevi, ekonomik olanakları kadına göre fazla olan erkeğin bu olanakları kullanarak cezadan tümüyle ya da kısmen muaf olması sonucunu doğurmaktadır. İlk aşamada, şiddet mağduru kadına, diğer araçlara göre daha hızlı bir şekilde giderim sağlanıyor olması sebebiyle, kadının yararına sayılan anılan giderim mekanizması, ikinci aşamada / arka planda mağdurun zararına sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir.

ii. Şahsi Hak Davası

Suçtan doğan mağduriyetin, fail tarafından, ceza hukuku içerisinde giderilmesine olanak sağlayan hukuki araçlardan biri de şahsi hak davasıdır. Şahsi hak davasının yukarıda ele alınan mekanizmalardan farklı özellikleri vardır. Şahsi hak davasında, mağduriyetin giderilmesinin ceza yaptırımına herhangi bir etkisi yoktur. Mağdurun zararının medeni hukuka ilişkin bir uyuşmazlık olarak ele alınmasına karşın, ceza muhakemesi içerisinde tazmin edilmesinden ibarettir. Bu haliyle, ceza hukuku içerisindeki diğer giderim olanaklarının, özellikle kadına yönelik şiddet suçlarındaki olası sakıncalarını bünyesinde barındırmaz.

Şahsi hak davası, şahsi davacı veya katılanın, yargılanmakta olan uyuşmazlıkla bağlantısı nedeniyle, ceza mahkemesinden medeni hukuka ilişkin uyuşmazlığı da karara bağlamasını istemesidir⁸⁵⁰. Şahsi hak davası, mevcut Türk ceza mevzuatında yer almamaktadır. 1412 sayılı mülga Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda yer almış bir kurumdur. Bu Kanun'da şahsi hak davasının konusunu,

⁸⁴⁹ Ayrıntıları için bkz. “Suç Sonrası Şiddet Mağduru Kadınların Ceza Adalet Sistemi İçinde Korunması” başlığı altındaki açıklamalar. İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesiyle; Taraf Devletlerin, kendi iç hukuklarında, kadınların alternatif herhangi bir çözüm sürecine katılmalarını zorunlu tutan düzenlemelere yer vermemeleri gerektiği düzenlenmiştir.

⁸⁵⁰ ÖZBEK, s. 274.

malın geri verilmesi, suç eserlerinin ortadan kaldırılması, yargılama masraflarının ödenmesi, suçtan meydana gelen maddi ve manevi tazminat ve son kararın ilanı gibi medeni uyuşmazlıklar oluşturmaktadır⁸⁵¹. CMUK'un 358. maddesine göre, bir şahsi hakkın hüküm altına alınabilmesi için; öncelikle mağdurun bu yönde bir talepte bulunması ve bu talebin ceza yargılamasını geciktirmemesi, sanığın üzerine atılı suçtan mahkûm olması ve suçla zarar arasında doğrudan bir bağlantının varlığı gerekmektedir.

Şahsi hak davası 5271 sayılı CMK'yla birlikte mevzuattan çıkarılmıştır. Kanun koyucunun iradesinin bu yönde gelişmesinin sebeplerinden birinin de, yürürlükte olduğu dönemde, şahsi hak davasının etkili bir şekilde uygulanmaması olduğunun kabulü gerekir. Yargılama sırasında şahsi hak talepleriyle ilgili yeterli delil toplanmaması, şahsi hak talebinin CMUK m. 358 uyarınca davayı uzatacağının kabul edilmesiyle, mağdurun şahsi hak talebinin kabul edilmemesi sıklıkla karşılaşılmış uygulama örnekleridir⁸⁵².

Bu sistemin terk edilmesi, mağdurun korunması konusunda çağdaş yaklaşımlara uygun olmaması sebebiyle eleştirilmektedir. CMK'da mağdurun ceza muhakemesinde etkinliğini artıracak hükümler öngörüldüğü halde, zararın giderilmesi olanağının ortadan kaldırılmasının tutarlı olmadığı ifade edilmektedir⁸⁵³. Bu eleştirilerin haklılığı, ceza muhakemesi içerisinde tazminat olanaklarının varlığının mağdurun ne kadar yararına olduğu ortaya konulduğunda anlaşılmaktadır.

⁸⁵¹ KUNTER, s. 214.

⁸⁵² Gülfem **PAMUK**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Şahsi Hak Talebinde Bulunma Hakkı”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 353-378.

⁸⁵³ CENTEL, Ceza Hukuku Kadını Şiddete Karşı Koruyor Mu?, s. 11.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ceza yargılaması içerisinde suçtan doğan zararın tazminini bir hak olarak ele almamaktadır. Bu konuda taraf devletlerin bir takdir hakkı olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, bu yöndeki talepleri, Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında, mahkemeye ulaşma hakkı çerçevesinde değerlendirmektedir. Suçtan zarar görenin, zararının karşılanmasını hukuk mahkemeleri önünde talep etme hakkının var olması halinde, ceza yargılamasında bu hak var olmasa da, mahkemeye ulaşma hakkının ihlal edilmediğine karar vermektedir. Örnek olarak bkz. *Ernst ve Diğerleri/Belçika* Kararı, Başvuru No: 33400/96, 15.07.2003; *Hamer/Fransa* Kararı, Başvuru No: 19953/92, 07.08.1996.

Zarar görenin ilk olarak, suçtan şikâyetçi olarak, ceza hukuku araçlarına başvurduğu gerçeği karşısında, şahsi hak davası, mağdurun korunması ve zararının giderimi konusunda oldukça önemli bir araçtır. Bu yol mağdurun tazminata hızlı ve kesintisiz bir şekilde ulaşmasına olanak sağlar⁸⁵⁴. Tazminatın ceza yargılaması içerisinde talep edilmesi, genel olarak uyuşmazlığı tek bir noktada toplayarak çözümünü kolaylaştırmakta ve yargı mercilerinin kararları arasındaki karşıtlıkları da önlemektedir⁸⁵⁵. Suçtan doğan zararın tazmini talebiyle hukuk mahkemelerinde dava açmak öncelikle masraflıdır; harç ve yargılama giderinin belirli bir miktarının avans olarak yatırılması gerekir. Hukuk mahkemesi, genellikle ceza davasının sonuçlanmasını beklediğinden, mağdur için ceza yargılamasından çıkan kararın kesinleşmesinden sonra hukuk mahkemesinde tazminat talebi için başlayacak yargılama sonunda, zararın giderimi mümkün hale gelir. Diğer taraftan ceza mahkemesinde çıkan mahkûmiyet kararı, suçun sanık tarafından işlendiğini ortaya koymaktadır ancak bu, hukuk mahkemesindeki yargılama için tek başına yeterli değildir. Tazminat miktarının tespiti, tanıkların dinlenmesi, bilirkişi incelemesi yapılması gibi delil toplama sürecini gerekli kılmaktadır. Bütün bunlar mağdurun tazminata çok geç ulaşması sonucunu doğurduğundan, tazminatın ceza yargılaması içinde belirlenmesi, mağdur için öncelikli olmalıdır.

b. Medeni Hukuk Uygulamaları

Şiddet mağduru kadının zararının, fail tarafından tazminini sağlayan mevcut hukuk sistemindeki en önemli araç, kadının faile karşı açacağı hukuk davalarıdır. İstanbul Sözleşmesi'nin 30. maddesiyle; Taraf Devletlerin, mağdurların bu Sözleşme uyarınca kabul edilen suçlar için faillerden tazminat talep etme hakkına sahip olmalarını sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri alacakları düzenlenmiştir. Türk hukuk sisteminde, özel olarak şiddet mağduru kadının failden tazminat talep etme hakkını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, medeni hukuka ilişkin genel tazminat hükümleri, şiddet mağduru kadınların tazminat talepleriyle ilgili dava açmalarına olanak sağlamaktadır.

⁸⁵⁴ ÖZBEK, s. 45-46; PAMUK, s. 353.

⁸⁵⁵ PAMUK, s. 375.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi haksız fiilden doğan sorumluluğu düzenleyen genel hükümdür. Buna göre; *“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* Kanun kapsamında ölüm ve bedensel zararlar, kişilik hakkının zedelenmesi özel durumlar olarak ele alınmıştır. Şiddet mağduru kadınlar, bedensel bütünlüklerinin zarara uğraması sebebiyle, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine dayanarak manevi zararlarını ve aynı Kanunun 54. maddesine dayanarak maddi zararlarını failden talep edebilirler. Kanunun 54. maddesine göre bedensel zararlar; tedavi giderlerini, kazanç kaybını, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpları kapsar. Kanunun 56. maddesine göre; bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, hâkim olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ayrıca, ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

Bir kadının öldürülmesi halinde, öldürülen kadının yakınları Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde düzenlenen ölüm sebebiyle maddi tazminat hükmü uyarınca failden tazminat talep edebilirler. Anılan maddeye göre ölüm halinde uğranılan zararlar; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleriyle çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır.

Şiddetin bedensel bütünlüğe yönelmediği, psikolojik şiddet olarak gerçekleştiği ve kadınların kişilik haklarının zedelendiği durumlardaysa, kadınlar Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi kapsamında manevi tazminat talebinde bulunabilirler. Anılan maddeye göre; hâkim manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesine karar verebileceği gibi, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

Kadına yönelik özel alanda şiddet olaylarının çoğunlukla aralarında evlilik bağı olan kişiler arasında gerçekleştiği dikkate alındığında, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu kapsamında düzenlenen tazminat olanakları oldukça önemlidir. Medeni Kanun, eşler arasındaki tazminat taleplerini boşanmayla bağlantılı olarak düzenlemiştir. Medeni Kanun'un 174. maddesinin 1. fıkrasında, boşanma sebebiyle doğan maddi tazminat olanağı düzenlenmişse de, burada düzenlenen mevcut ve beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen tarafın diğer taraftan maddi tazminat talep edebilmesine ilişkindir.

Aynı maddenin 2. fıkrasında, boşanma sebebiyle doğan manevi tazminat olanağı düzenlenmiş ve boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu maddeden yola çıkılarak, hangi eylemlerin kişilik hakkına saldırı olarak kabul edildiği ve boşanmayla kadınların hangi tür zararlarının tazmininin mümkün olduğu tespit edilebilir. Yargıtay içtihatlarına göre; eşler arasında cinsel ilişki kurulamaması, eşlerden birinin diğer eşin ya da çocuğun hastalığıyla ilgilenmemesi, eşlerden birinin diğerine fiziksel şiddet uygulaması, eşlerden birinin diğerini olağandışı cinsel ilişkiye zorlaması ya da cinsel yönden istismarı, eşlerden birinin diğerine hakaret etmesi, sadakatsiz davranması, tehdit etmesi, iftira atması, beddua etmesi ya da asılsız suçlamalarda bulunması hallerinde kişilik haklarına saldırı yapıldığı kabul edilmektedir⁸⁵⁶. Görüldüğü üzere, boşanma sebebiyle manevi tazminatın konusunu oluşturan kişilik haklarına saldırı, fiziksel, psikolojik, cinsel şiddet eylemlerini kapsamaktadır. Ekonomik şiddetinse, tek başına kişilik haklarına saldırı olarak kabul edilip edilmediği konusunu tespit etmek kolay değildir. Ekonomik şiddet, boşanma ve boşanma sebebiyle manevi tazminat davalarında diğer şiddet türlerine göre daha az konu ediliyor olduğundan, bu konuda yerleşik bir Yargıtay içtihadı bulunmamaktadır. Yargıtay'ın, eşine karşı diğer kusurlu sayılan davranışları yanında ekonomik şiddet de uyguladığı ifade edilen bazı kararlarında, kusursuz ya da daha az kusurlu kadın yararına manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları

⁸⁵⁶ Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2010, s. 868-892.

mevcuttur. Bununla birlikte, bu kararlarda kişilik haklarına saldırı oluşturan eylemin ekonomik şiddetten mi yoksa diğer kusurlu davranışlardan mı kaynaklandığı kararlarda açıkça ortaya konulmamaktadır⁸⁵⁷.

Bu yönde yeterli sayıda karar olmadığından, yerleşik bir içtihat örneği olarak kabul edilmesi mümkün olmasa da, Yargıtay'ın genel yaklaşımının ekonomik şiddete maruz kalan kadına manevi tazminat verilemeyeceği yönünde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay'a göre; ekonomik şiddet kişilik haklarına saldırı teşkil etmez.

*“Davalıdan kaynaklanan, davacı kadının kişilik haklarına yönelik bir saldırının varlığı ispatlanamamıştır. Boşanmaya neden olarak kabul edilen evlilik birliğine ilişkin görevlerinin yerine getirilmemesi şeklinde gerçekleşen ve mahkemenin **ekonomik şiddet olarak nitelediği davranış kişilik haklarına saldırı teşkil eden bir olay olarak kabul edilemez.** Türk Medeni Kanununun 174/2. maddesi koşulları davada gerçekleşmemiştir. O halde, davacının manevi tazminat isteminin reddi gerekirken; yazılı şekilde kabulü isabetli olmayıp; bozmayı gerektirmiştir.”⁸⁵⁸*

⁸⁵⁷ Örnek olarak bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, 04.02.2014 tarihli, 2013/19568 E. - 2014/1826 K., 24.06.2013 tarihli, 2013/2312 E. - 2013/17861 K., 10.03.2015 tarihli, 2014/12738 E. - 2015/4016 K. sayılı kararları.

Eşlerden birinin borçları sebebiyle evin eşyalarını satması, aşırı tasarruflu davranması, aşırı borçlanması, borçlarını ödemeyerek eve haciz gelmesine sebep olması, evin ekonomik ihtiyaçlarını karşılamaması, çalışmayarak evin geçimini sağlamaması, isteği dışında zorla çalıştırılması ya da çalıştırılmaması gibi ekonomik şiddet içeren davranışlar, Yargıtay içtihatlarıyla evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davalarında, boşanma sebebi olarak kabul edilmektedir. (Bkz. GENÇCAN, s. 374-390)

Yargıtay 2. HD, 06.05.2015 tarihli ve 2014/24216 E. - 2015/9358 K. sayılı kararında: Yerel mahkemenin boşanma kararına yapılan itirazların yersiz olduğuna; mahkemece davalı-karşı davacı erkeğin eşine şiddet uyguladığı, içki alışkanlığı sebebiyle sosyal ortamda huzursuzluk çıkardığı, ekonomik şiddet uyguladığı, eşini borçlandırıcı davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle kadının davasının kabulüyle, kadın lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmişse de, davacı-karşı davalı kadının eşinin şiddet uyguladığı ve içki alışkanlığı olduğu yönünde vakalara dayanmadığı ve erkeğin eşine şiddet uyguladığının da ispatlanamadığını tespit etmiş, *erkekten kaynaklanan diğer kusurlu davranışların da* kadının kişilik haklarına saldırı teşkil etmediğine karar vermiştir. Yerel mahkemenin kararı incelendiğinde: Davacı kadının boşanma davasının kabul edildiği, davalı-karşı davacı erkeğin boşanma davasının reddedildiği; davalı erkeğin, kadına ve ailesine ait kredi kartlarını kullanmak suretiyle borçlandığı ve ekonomik şiddet oluşturan davranışları ve Yargıtay'ca ispat edilemediği kabul edilen diğer sebeplerle kusurlu olduğu tespit edilerek kadın yararına maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar verildiği görülmektedir. Bu karar özelinde, Yargıtay'ın ekonomik şiddeti kişilik haklarına saldırı mahiyetinde kabul etmediği anlaşılmaktadır.

⁸⁵⁸ Yargıtay 2. HD, 20.06.2012 tarihli ve 2011/21940 E. - 2012/17000 K. sayılı kararı.

Medeni hukuk yoluyla zararın giderimi yöntemi, mevcut hukuk sisteminde en önemli hukuki araç olsa da, uygulamada her zaman sonuç almaya elverişli değildir. Hukuk mahkemelerinde tazminat davası açmak masraflıdır ve failin bulunamadığı ya da failin ödeme gücünün olmadığı durumlarda tazmin olanağı ortadan kalkmaktadır. Hukuk yargılamasında çoğunlukla deliller arasında ceza dosyasının da bulunması sebebiyle, ceza davasının sonucunun beklenmesi, tazminatı oluşturan eylemin sübutuna ve tazminat miktarının tespitine yönelik delillerin toplanması aşamalarıyla, davanın sonuçlanması zaman almaktadır.

Tazminat davalarının makul sürede sonuçlanmamasının en önemli sebeplerinden biri, ceza mahkemesinin kararının kesinleşmesinin hukuk mahkemesince beklenmesidir. Haksız fiil sebebiyle tazminat davalarının ceza hukukuyla ilişkisi Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Madde metnine göre; *"Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."* Yargıtay içtihatlarındaysa, ilgili kanun hükmü gereği hukuk hâkimi ceza mahkemesince verilen beraat kararıyla bağlı değilse de, hukuk hâkiminin verilecek mahkûmiyet kararı ve tespit edilen maddi olgularla bağlı olduğu kabul edilmekte, diğer bir ifadeyle maddi olayları ve haksız fiilin varlığını saptayan ceza mahkemesi kararının taraflar yönünden kesin delil niteliği taşıdığı ifade edilmektedir. Bu sebeple, Yargıtay, hukuk mahkemesinin, mutlaka ceza davasının sonucunu beklemesini ve hâsıl olacak sonuca uygun bir karar vermesi gerektiğini belirterek, aksine kararların eksik inceleme sebebiyle usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle bozulmasına karar vermektedir⁸⁵⁹.

⁸⁵⁹ Yargıtay işbölümüne göre haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarının temyiz incelemesini yapmakla görevli olan Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin yerleşik içtihatlarına örnek olarak bkz. 21.02.2013 tarih, 2012/14856 E. - 2013/2936 K.; 28.02.2013 tarih, 2012/19080 E.- 2013/3530 K.; 03.06.2013 tarih, 2012/11498 E. - 2013/10584 K.; 27.11.2013 tarih, 2013/16934 E. - 2013/18628 K.; 23.06.2015 tarih, 2014/10891 E. - 2015/8391 K.; HGK 09.04.2014 tarih, 2013/4-1008 E. - 2014/490 K.

Yargıtay'ın yerleşik içtihadı sebebiyle, hukuk mahkemeleri haksız fiil davalarında ceza davasının sonucunu beklemektedirler. Bu durumda, ceza yargılamasındaki soruşturma ve kovuşturma aşamaları ve genelde her ikisinden de uzun olan Yargıtay'daki temyiz incelemesi süresi boyunca, hukuk mahkemeleri sadece ceza davasının sonucunun beklenmesi yönünde kararlarla, duruşma gününü ertelemektedirler.

Haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarının tümünde yerleşmiş olan bu yargılama şekli, Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvurularla, makul sürede yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre:

“Hukuk ve ceza davalarının konuları, tarafları ve amaçları farklı olduğundan, ceza mahkemesi kararları, hukuk davaları için kural olarak kesin hüküm oluşturmaz. Haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davalarını çözmek bütünüyle hukuk hâkiminin görevi içindedir. Bir “bekletici sorun” iddiası karşısında kalan hâkimin, görevi dışındaki bu iddianın mutlaka görevli mahkemede çözülmesini bekleme yükümlülüğü yoktur. Kendisi de birçok durumda ileri sürülen hususu karara bağlayabilir. Kaldı ki, mülga 818 sayılı Kanun'un 53. maddesi gereğince hukuk hâkimi, ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla bağlı ise de, maddi olayı tespit etmeyen beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz. Onun için hukuk hâkimi, topladığı deliller doğrultusunda karar verebilir. Ceza mahkemesinin delilleri tespit ve takdiri ile hukuk mahkemesinin delilleri tespit ve takdirinin farklı olmasının bir sonucu olarak, bir olayda sebep sonuç bağı bulunmadığına dair ceza mahkemesi kararı dahi hukuk hâkimini bağlamayabilir.”⁸⁶⁰

Yukarıdaki saptama üzerinden, dava konusu olayları değerlendiren Anayasa Mahkemesi, hukuk mahkemelerinde görülen tazminat davalarında, ceza davalarının akıbetinin uzun süre beklenilmesinin somut yargılamaların süresi üzerinde etkili olduğunu belirterek, makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine birden fazla kez karar vermiştir⁸⁶¹. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadıyla, Yargıtay içtihadının

⁸⁶⁰ Anayasa Mahkemesi *H.Ş. Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/7123, 06.02.2014, par. 62; Anayasa Mahkemesi *Mukaddes Özen ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/7740, 08.05.2014, par. 61; Anayasa Mahkemesi *Nail İrfan Sar Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2012/1254, 07.03.2014, par. 59.

⁸⁶¹ Örnek olarak bkz. *H.Ş. Başvurusu*; *Mukaddes Özen ve Diğerleri Başvurusu*; *Nail İrfan Sar Başvurusu*.

birbiriyle uyumsuz oluşuna ve Anayasa Mahkemesi'nin anılan içtihadından sonra da Yargıtay içtihadının değişmemiş olduğuna özellikle dikkat çekmek gerekmektedir⁸⁶².

Mağdurun zararının tazminine yönelik açmış olduğu davalarda, davaların kabulü halindeyse, bu kez tazminatın tahsili aşamasındaki olası zorluklar gündeme gelmektedir. Failin gerek ekonomik durumunun yetersiz olması, gerek zararı tazmin etmekteki gönülsüzlüğü, tazminatın tahsilini zor ve hatta imkânsız hale getirmektedir. Failin, mahkeme kararının kesinleşmesinden sonra kendi rızasıyla tazminatı ödememesi halinde, mağdurun tazminatın tahsili için 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu uyarınca, icra takibi yapması gerekmektedir. İcra takibini başlatmak da, aynen dava açmak gibi, masraflı bir iştir. Öncelikle harçların ve masrafların peşin olarak icra dosyasına yatırılması gerekmektedir. Bu şekilde tahsili zor veya imkânsız olan tazminat kararı, mağduriyetin giderilmesini sağlayamaz. Bu sebeple çoğu zaman, kararın icrası mümkün olmadığından ve mağdur tazminata kavuşamadığında, tazminat kararının mağdur açısından bir anlamı yoktur.

Bu aşamada, suç nedeniyle zarara uğrayan mağdura ödenecek tazminatın kamusal nitelik taşıdığı ve suçtan kaynaklanan zararın tazminini, sözleşmeden veya haksız fiilden doğan zararın tazminiyle aynı şartlara bağlamanın adil olmadığı

⁸⁶² Anayasa Mahkemesi'nin 06.02.2014 tarihli H.Ş. Başvurusuna ilişkin kararından sonra da Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin içtihadını değiştirmedeği, Daire'nin 23.06.2015 tarih ve 2014/10891 E. - 2015/8391 K. sayılı kararında görülmektedir.

HGK'nin 09.04.2014 tarihli ve 2013/4-1008 E.- 2014/490 K. sayılı kararıyla gerek dava konusu olay gerekse Yargıtay'ın yerleşik içtihadı yönünden dikkat çekicidir. İlk derece mahkemesinin, ceza davasının sonucunu beklemeksizin karar vermesi ve Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin ceza davasının sonucunun beklenmesi yönündeki içtihadı doğrultusunda bozulan karara direnmesi sonucu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun önüne gelen davada, Genel Kurul, Anayasa Mahkemesi'nin içtihadını değerlendirme konusu dahi yapmaksızın, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları doğrultusunda ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiği gerekçesiyle direnme kararının bozulmasına karar vermiştir. Mevcut durumda, Yargıtay'la Anayasa Mahkemesi'nin içtihatları birbiriyle açıkça çelişmektedir.

Esasen hukuk mahkemelerindeki tazminat davalarında, ceza dava dosyası mahkemenin en önemli delilidir. Ceza kararı hukuk davası için haksız fiilin hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağı unsurlarını tespit etmektedir. Ceza kararının kesinleşmesini beklememek, aynı zamanda birbiriyle çelişen kesinleşmiş kararların doğmasına sebep olabilir. Bu da hukuki anlamda yeni çelişkiler anlamına gelmektedir. Anayasa Mahkemesi'nin içtihadındaki vurgu, ceza davasının beklenmesinin tazminat davasının makul sürede sonuçlanmamasına neden olduğudur. Bu da ceza yargılamasının makul sürede sonuçlanmamasından kaynaklanmaktadır. Ceza davasındaki karar kesinleşmeden, tazminat konusunda karar vermeyen hukuk mahkemesinin, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına karşın değişmeyen içtihadı, suç mağdurunun zararının tazmininin ceza yargılaması sırasında ve özellikle şahsi dava yoluyla sağlanmasının, önemini bir kez daha ortaya koymaktadır.

yönündeki görüşe dikkat çekmek gerekir⁸⁶³. Esasen, devletin kendi otoritesi ve egemenlik yetkisi altında bulunan bireyleri, suçtan koruyamamış olması sebebiyle zarar doğmaktadır. Devletin bireyleri suçtan koruma yükümlülüğünün var olduğunun kabul edilmesi, devletin suçtan doğan zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu savını beraberinde getirmektedir⁸⁶⁴. Bunun kabul edilmesi her türlü suç için mümkün olmasa da, asgari ölçüde mağdurun şahsi zararının tazmin edilmesine devletin müdahalesinin gerekli olduğu kabul edilmelidir. Bu görüş, doktrinde eski tarihlerden bu yana dile getirilmektedir. Örneğin *Erem*'e göre; suçtan doğan zararın basit bir haksız fiil olarak kabul edilmemesi gerekir. Bu kapsamda *Erem*, tazminat alacağının para cezasına göre imtiyazlı kabul edilmesi yönünde düzenlemeler yapılabileceğini ifade etmektedir⁸⁶⁵. Devletin adli para cezasını kendisinin tahsil etmesine karşılık, mağdurun şahsi zararını tazmin ettirememiş olması hakkaniyete aykırıdır. Devletin kendi alacağını tahsil ederken kullandığı imtiyazlı bir usulden faydalanması, buna karşılık mağdurun zararının tazminini, sözleşmeden doğan bir alacağın tahsiliyle aynı şartlara bırakmış olması yerinde değildir. Suçtan doğan zararın basit bir haksız fiil zararı olarak kabul edilmemesi gerekir.

Özellikle kadına yönelik şiddet suçlarından doğan zararlar söz konusu olduğunda, kadınlarla erkekler arasındaki sosyal ve ekonomik dengesizliklerin şiddet döngüsünün bir sebebi ve aynı zamanda tazminatın tahsili önündeki engellerden biri olduğunun dikkate alınması gerekir. Bu sebeple hakkaniyet, tazminatın tahsili konusunda özel hukuk kuralları dışında düzenlemeler yapılmasını gerekli kılar. Böylece, tazminatın tahsiline yönelik araçlarla mağdurun giderim hakkı güvence altına alınabilir. Örneğin tazminat, para cezalarının tahsilinin tabi olduğu 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un hükümleri uyarınca tahsil

⁸⁶³ CENTEL, Ceza Hukuku Kadını Şiddete Karşı Koruyor Mu?, s. 11.

⁸⁶⁴ Avrupa Birliği'nin suç mağdurlarının zararının tazmin konulu, 29 Nisan 2004 tarihli ve 2004/80/CE sayılı Direktifi, bu alanda önemli bir yer tutmaktadır. Direktif, Medeni Kanun tarafından düzenlenen zararların tazmin edilmesinin hiçbir zaman etkili bir giderim yöntemi olmadığı kabul ederek, Avrupa Birliği üye devletlerinden kasten ve şiddet içeren suçların mağdurları için kamusal bir tazmin sistemi oluşturmasını talep eder.

⁸⁶⁵ Faruk **EREM**, "Ceza Adaletinde Mağdurun Korunması", Adalet Dergisi, S. 6, Haziran 1968, s. 334-349; Faruk **EREM**, Ümanist Öğreti Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 2, Genel Hükümler, Ankara 1985, s. 361-363.

edilebileceği gibi, devletin kendi alacaklarını tahsil ettiği 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun hükümlerine de tabi tutulabilir. Mevcut haliyle 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri uyarınca tazminatın tahsilindeyse, icra takibinin başında alınması gereken harç ve masrafların geçici olarak alınmaması ve tazminatın tahsilinden sonra harç ve masrafların borçlu/şiddet uygulayandan tahsili bir yol olarak benimsenebilir⁸⁶⁶. Ele alınan yöntemlerin uygulanmasıyla, hukuk mahkemelerince ödenmesine karar verilen tazminatların tahsili önündeki engeller bir nebze de olsa kalkabilir. Böylece medeni hukuk uygulamaları, şiddet mağduru kadınların ekonomik olarak ölçülebilir zararının gideriminde kısmen de olsa etkin bir yöntem haline gelebilir.

3. Türk Hukuk Sisteminde Şiddet Mağduru Kadının Zararının Devlet Tarafından Giderilmesi

a. İdare Hukuku Kapsamında Zararın Giderilmesi

Türk hukuk sisteminde, idari yargı yolu suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde önemli bir seçenektir. Hizmet kusuruna ve kusursuz sorumluluğa ilişkin içtihatlar, mağdurun zararının giderilmesine olanak sağlamaktadır.

İdarenin faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğunun dayanağı Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasıdır. Buna göre; "*İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür.*" İdarenin özel hukuka tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğu, özel hukuk hükümlerine ve özellikle haksız fiil sorumluluğuna ilişkin esaslara tabidir. Bunun yanında, idarenin idare hukukuna tabi faaliyetlerinden doğan mali sorumluluğuysa idare hukuku kurallarınca düzenlenir⁸⁶⁷.

⁸⁶⁶ Harç ve masrafların davanın açılmasından ya da icra takibine başlanılmasından önce devlet tarafından karşılanmasını sağlayan adli yardım kurumu yasal olarak mevzuatta yerini almışsa da, talep edenlerin adli yardımdan yararlanmasının şartları 6100 sayılı HMK'da sınırlı olarak düzenlenmiştir. Diğer taraftan, mahkemelerin de adli yardımdan yararlanılması konusundaki takdirinin de sınırlamaları artırdığı uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir gerçekliktir.

⁸⁶⁷ Metin GÜNDAY, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, B. 7, Ankara 2003, s. 318.

İdarenin mali sorumluluğunun kabul edilmesi hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur. İdarenin idari faaliyetlerinden doğan sorumluluğunda kusur, özel hukuktan tamamen farklıdır. Kusur nesnel niteliklidir. Kamu görevlilerinin de kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ve işlemedeki bozukluk ve aksaklıkları ifade eder. Bu, hizmet kusuru olarak adlandırılmaktadır. Hizmet kusuru, kamu görevlilerinin kusurlarından tamamen bağımsız olarak değerlendirilerek, nesnel ve anonim nitelikli bir kusur olarak nitelendirilmektedir. Hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi ya da hiç işlememesi hallerinde hizmet kusurunun var olduğu kabul edilir⁸⁶⁸.

Kamu görevlilerinin hizmetle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları onların kişisel kusurlarını oluşturur ve ilke olarak idarenin sorumluluğuna yol açmaması gerekir. Bu durum, kamu görevlilerinin özel hukuk hükümlerine göre, diğer bir ifadeyle haksız fiil esaslarına göre sorumluluklarını ifade eder. Diğer taraftan kamu görevlilerinin hizmet içinde ve hatta hizmetle ilişkili bazı kusurlu davranışları, hizmet içindeki kişisel kusur olarak kabul edilerek, idarenin idare hukuku esaslarına göre sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Kamu görevlilerinin suç niteliğindeki davranışları, yargı kararlarına uymamaları ya da kötü niyetli davranışları bu tür kusuru ifade eder⁸⁶⁹.

İdarenin üstlenmiş olduğu hizmetlerin artması ve karmaşık bir hal alması, kusura dayalı sorumluluğun yetersiz kalması sonucunu doğurmuş ve idari davranışla zarar arasında sadece bir nedensellik bağının bulunması halinde, kusur şartı aranmaksızın, idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. İdare hukukunda kusursuz sorumluluk, temelde tehlike ve fedakârlığın denkleştirilmesi ilkelerine

⁸⁶⁸ GÜNDAY, s. 319, 320-324.

Hizmet kusuru kavramının genel tanımı bu şekilde olmakla birlikte, hizmet kusuru kavramının kişisel kusur kavramının karşıt kavramına isim vermek için bu terime ihtiyaç olduğu, hizmet kusuru kavramının “kamu hizmetinin ifasında işlenen kusur”dan başka bir şey olmadığı, kusur denen şeyin hizmet tarafından değil, bu hizmette kullanılan kişiler tarafından işlenebileceği belirtilerek, hizmet kusurunun geleneksel olarak bu şekilde tanımlanması eleştirilmektedir. Hizmet kötü işlese de işlemese de; hizmet geç veya zamanında işlese de veya hizmet hiç işlemese de, kamu görevlilerinin eylem ve işlemleri, kendilerinden beklenildiği gibi değilse bunların kusur teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bu görüşler için bkz. Kemal **GÖZLER**, İdare Hukuku, C. II, Ekin Yay., Bursa 2003, s. 977.

⁸⁶⁹ GÜNDAY, s. 325-329.

dayanarak, esas itibariyle yargı içtihatlarıyla belirlenmiştir⁸⁷⁰. Kusursuz sorumluk, idarenin sorumluluğu alanında ilke değil istisnadır ve kamu düzenine ilişkindir. İdarenin kusursuz sorumluluğuna hükmedilebilmesi için uğranılan zararın anormal, diğer bir ifadeyle ağır bir zarar olması ve zararın veya yol açtığı riskin özel olması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁷¹.

Kadına yönelik şiddet suçlarında, idarenin potansiyel şiddet mağduru olan kadının şiddete maruz kalmasının önüne geçemediği hallerde, idarenin hizmet kusuruna dayanılarak zararın tazmini olanağı bulunmaktadır. Bu gibi durumlarda kimi zaman kamu görevlilerinin hizmet içinde kişisel kusurları da söz konusu olabilmektedir.

Bir kadın cinayeti sebebiyle idarenin hizmet kusuruna dayanılarak, eşi tarafından öldürülen kadının yakınlarına maddi ve manevi tazminat ödenmesine karar verilen İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nin 10.02.2015 tarih ve 2013/136 E. - 2015/266 K. sayılı kararı, kadına yönelik şiddet eylemlerinde mağdurun ve yakınlarının ekonomik olarak ölçülebilir zararlarının tazmin edilmesi konusunda emsal olması arzu edilecek nitelikte bir karardır.

Karara konu olay, kamuoyu gündemine sıklıkla yansıyan kadın cinayetlerinden birine ilişkindir. Eşi tarafından öldürülen *Ayşe İnce*, eşiyle yaşadığı sorunlar sebebiyle Küçükçekmece Aile Mahkemesi'nde boşanma davası açmış ve şiddetten korunması için tedbir kararı verilmesini talep etmiştir. Görevli mahkemece 07.09.2011 ve 30.09.2011 tarihlerinde, *Ayşe İnce* hakkında tedbir kararı verilmiştir. Daha sonra aile büyüklerinin araya girmesi sonucunda *Ayşe İnce* eşiyle barışmış ve açmış olduğu boşanma davasından ve tedbir taleplerinden vazgeçmiştir. Bu süreçte *Ayşe İnce*'nin eşi *Mehmet*, eşine karşı işlediği kasten yaralama suçu sebebiyle yargılanmış ve hakkında mahkûmiyet hükmü kurularak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir. *Ayşe İnce*, eşi tarafından tehdit ve darp edilmesi üzerine, 2012 yılında yeniden Aile Mahkemesi'ne başvurmuş ve görevli mahkemece, tekrar hakkında koruma tedbiri kararı verilmiştir. 16.04.2012 tarihinde *Ayşe İnce*,

⁸⁷⁰ GÜNDAY, s. 329-334.

⁸⁷¹ GÖZLER, s. 1071-1075.

kızının okuluna gittiği sırada eşi tarafından bıçak gösterilerek, ölümle tehdit edilmiştir. Bu olay üzerine *Ayşe İnce*, karakola giderek eşinden şikâyetçi olmuştur. Polis karakolunda *Ayşe İnce*'ye 16.04.2012 tarihli bir tebliğ tebellüğ belgesi imzalatılarak, aynı şekilde bir olayın meydana gelmesi halinde 155 polis imdat hattını ve polis merkezine ait telefon numarasını araması söylenmiştir. 23.04.2012 günü yine kızını okuldan almaya giden *Ayşe İnce*, kızının gözleri önünde eşi tarafından bıçaklanarak öldürülmüştür.

Bu olay üzerine, Küçükçekmece İlçe Emniyet Müdürlüğü'nde görev yapan polis memurları görevi kötüye kullanma suçundan yargılanmışlardır. *Ayşe İnce*'nin 16.04.2012 günü karakola gelip şikâyetinde bulunmasından sonra, ifadeyi alacak Cumhuriyet savcısına olayı bildirdikleri sırada daha önce *Ayşe İnce* hakkında koruma tedbiri kararı verildiğini savcıya bildirmedikleri, olayın ciddiyetini kavramayarak nöbetçi savcıya etkin ve yeterli bilgi vermedikleri, kolluğun riski yüksek eylemlerde resen çağrı üzerine koruma kararı aldırma yetkisi varken kaymakamlık makamından çağrı üzerine koruma kararı aldırmadıkları, böylece görevin gereklerine uygun davranmayarak *Ayşe İnce*'nin öldürülmesi olayında kişilerin mağduriyetine sebep oldukları gerekçesiyle, sanık polislerden ikisinin TCK'nın 257/2. maddesinde düzenlenen ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçundan mahkûmiyetlerine ve haklarında kurulan hükümlerin açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiştir⁸⁷².

Ayşe İnce'nin kızı, annesi, babası ve kardeşleri İstanbul 2. İdare Mahkemesi'nde Adalet Bakanlığı ve İçişleri Bakanlığı aleyhine açtıkları davayla, davalı idarelerin hizmet kusuru nedeniyle *Ayşe İnce*'nin yaşam hakkını koruyamamasından dolayı maddi ve manevi tazminat ödenmesini talep etmişlerdir. Mahkeme, öncelikle Adalet Bakanlığı'nı hasım mevkiinden çıkararak, davanın İçişleri Bakanlığı'nın husumetiyle görülmesine, Adalet Bakanlığı'na atfedilecek bir hizmet kusuru olmadığına karar vermiştir⁸⁷³.

⁸⁷² Küçükçekmece 20. Asliye Ceza Mahkemesi, 06.11.2014 tarih, 2014/754 E. - 2014/586 K.

⁸⁷³ Bunun dayanağı, 16.04.2012 günü nöbetçi olan Cumhuriyet savcısı hakkında yapılan inceleme sonunda, HSYK Genel Sekreterliği'nce soruşturma sırasında herhangi bir eksik işlem yapılmadığı gerekçesiyle, Cumhuriyet savcısı hakkında işlem yapılmasına yer olmadığına karar verilmiş olmasıdır. İlgili Cumhuriyet savcısı HSYK'ya sunmuş olduğu savunma dilekçesinde, nöbetinde meydana gelen bıçakla tehdit olayı sebebiyle gerekli talimatları verdiğini, kesinlikle emniyet tarafından taraflar arasında geçmişte olay yaşandığı ve koruma kararının bulunduğu ilişkin herhangi bir bildirimde

Mahkeme kararında, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlü olduğunun düzenlendiği Anayasa'nın 125. maddesinin son fıkrasına, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu ifade edilen Anayasa'nın 17. maddesine ve herkesin kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu ifade edilen Anayasa'nın 19. maddesine dayanmıştır. Mahkeme'ye göre; kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması Devletin asli görevidir ve idarenin bu görevi yerine getirmek, kamu düzeni ve esenliğini sağlamak üzere kolluk örgütünü kurması, gerekli araç ve olanakları sağlaması, yeterli önlemleri zamanında alması gerektiği açıktır. Diğer taraftan, bünyesinde risk taşıyan kolluk hizmetlerinin, önceden haberdar olunan durumlar dışında genel nitelikte önlemler alınarak yürütülmesi doğal olup, ihbar, şikâyet veya önceden oluşan bir takım olaylar nedeniyle özel önlemler alınmasını gerektiren durumlar olmadıkça meydana gelen olaylarda idarenin hizmet kusurundan ve tazmin sorumluluğundan söz edilemez. Yine Mahkeme'ye göre; idarenin, özel güvenlik önlemleri alınmasını gerektirmeyen durumlarda meydana gelen faili meçhul ya da münferit olay sonucu ortaya çıkan zarardan, idarenin genel güvenlik hizmetlerinde kusuru saptanmadıkça, yani ihbar veya olası durumlardan önceden haberdar edilme gibi herhangi bir şekilde bilgilendirildiği halde özel bir önlem almaması sonucu doğan zarar dışında, tazminle sorumlu tutulması mümkün bulunmamaktadır. Bununla birlikte, idarenin can ve mal güvenliğinin tehlikede olduğu hakkında önceden bilgilendirildiği halde özel ve yeterli önlemi almaması veya güvenlik önlemlerinin alınmasında *gerekli özeni göstermeyerek* geç kalması durumunda hizmet kusurundan söz edilir. Gerekli ve yeterli önlemler alınmasına rağmen üçüncü kişilerin gerçekleştirdiği olaylarda, hizmet kusuru açıkça ortaya konulamayan idarenin tazmin sorumluluğu bulunmamaktadır. Mahkeme'nin bu değerlendirmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Osman - Birleşik Krallık* kararıyla ortaya koyduğu ve *Opuz - Türkiye* kararında da dayandığı ilkelerle örtüşmektedir.

Mahkeme, anılan genel değerlendirmesini somut olaya uyguladığında; *Ayşe İnce*'nin olay öncesinde, Aile Mahkemesi'nden almış olduğu tedbir kararı, eşinin

bulunulmadığını beyan etmiştir. Bkz. Küçükçekmece 20. Asliye Ceza Mahkemesi, 06.11.2014 tarih, 2014/754 E. - 2014/586 K.

kendisini yaralama suçundan almış olduğu mahkûmiyet cezası ve 16.04.2012 günü karakola yapmış olduğu şikâyetle dikkat çekmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme'ye göre;

“ ... davacıların yakını olan Ayşe İnce'nin polis karakolunda, yaşadığı tehlikenin ciddiyetini ortaya koyup, kendisinin ve ailesinin can güvenliğini tehdit eden eşinden şikayetçi ve davacı olduğu ve can güvenliğinin sağlanmasını istediği halde ve ayrıca Aile Mahkemesi tarafından verilmiş koruma kararına rağmen, idarece gerekli korumanın sağlanması amacıyla gerekli tedbirlerin alınmamış olması, olayın geçirtililerek nöbetçi savcı ile görüşülüp görüşme tutanağının dahi tutulmaması hizmet kusuru oluşturmaktadır. Bu nedenle, davalı idare, davacıların uğradığı zararı tazminle yükümlü bulunmaktadır.”⁸⁷⁴

Bu karar, kadına yönelik şiddet eylemlerinde, hizmet kusuruna dayanılarak, ekonomik olarak ölçülebilir zararın tazminine olanak sağlamış olması sebebiyle oldukça önemlidir. Karar metninde açıkça, Ayşe İnce'nin ölümünde idarenin hizmet kusuru olduğu ifade edilmişse de, kamu görevlilerinin kişisel kusurlarının var olduğunun zımnen ifade edildiği görülmektedir. Polis memurlarının, Ayşe İnce hakkında daha önceden tedbir kararı verilmiş olduğunu Cumhuriyet savcısına aktarmamış olmaları, olayın ciddiyetini kavrayamadıkları ve gereken tedbirleri almadıkları gerekçesiyle görevi kötüye kullanma suçundan aldıkları mahkûmiyet kararı, idare mahkemesinin delilleri arasında bulunmaktadır. İdare Mahkemesi'nin gerekçesinde, olayın polis memurlarınca geçirtililerek nöbetçi savcıyla görüşme tutanağı dahi tutulmadığını özellikle belirtmiş olması, polis memurlarının kusurlu görüldüğünü ortaya koymaktadır. Polis memurlarının hizmet içinde kişisel kusurları olduğu açıkça karar metninde yer almasa da, bu durum idarenin Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrası uyarınca kamu görevlilerine rücu edilmesi olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Anayasa'nın 129. maddesinin 5. fıkrasına göre: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve

⁸⁷⁴ Kararda Mahkeme, Ayşe İnce'nin kızı için annesinin desteğinden yoksun kalması sonucu uğradığı zarar sebebiyle 49.828,00.-TL maddi tazminat; Ayşe İnce'nin kızı için 250.000,00.-TL manevi tazminat; babası, annesi ve dört kardeşi için ayrı ayrı 10.000,00.-TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.

şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Anayasa’daki bu hükümle paralel bir hüküm Devlet Memurları Kanunu’nda yer almaktadır. Rücu mekanizmasının işletilmesi, kamu görevlilerinin kadına yönelik şiddet eylemlerinde daha duyarlı olmalarına etki edebilecek bir etken olarak değerlendirilebilir⁸⁷⁵.

b. Suç Mağdurlarının Zararının Doğrudan Devlet Tarafından Tazmini

Fail tarafından gerçekleştirilen ve siyasal iktidarın suç olarak niteleyerek kanunla ceza yaptırımına tabi tuttuğu bir eylemin, sadece faille devlet arasında bir hukuki ilişki doğurduğunun kabulü çağdaş hukuk sistemleri için yeterli değildir. Bu eylemin aynı zamanda mağdurla devlet arasında da bir hukuki ilişki doğurduğunun kabul edilmesi gerekir. Suçluya karşı görevleri olan devletin mağdura karşı da görevleri bulunmaktadır. Bu görev, mağdurun zararının devlet tarafından giderilmesi anlamına gelmektedir. Nitekim suçu oluşturan eylem, devlet adına görev yapan kurumların gereği gibi çalışmaması sebebiyle meydana gelmiştir. Bu ihmalin insan hakları hukukundaki karşılığı, gereken özeni gösterme yükümlülüğünün yerine getirilmemesidir. Bu ihmalin sonucuna mağdurun katlanmasını beklemek adalete aykırıdır. Artık devletin suçtan doğan zararı bizzat gidermesi beklenir⁸⁷⁶. Özellikle

⁸⁷⁵ İdare Hukuku kurallarına göre idarenin kusurlu ve kusursuz sorumluluğu ve kamu görevlilerine rücu mekanizmalarına başvurabilmesine karşın uygulamada kusurlu kamu personelinin tespiti ve sorumlu personele rücu yollarının etkin şekilde işletilmediği bilinmektedir. Kadınların en yakın karakola gidip şikâyetle bulunduktan sonra, polisler tarafından eşiyile barışmaya ikna edilerek eve gönderilmesi ya da failer hakkında gereken işlemlerin yapılmaması ve karakola yansıyan şikâyetle rağmen kadınların öldürülmesi kamuoyuna yansıyan olaylardır. İdare hukukunun rücu mekanizması gerektiği gibi işletilmediğinden, tedbir kararı vermeye ve bu kararları uygulamaya yetkili mercilerin kusurları, ihmalleri nedeniyle tedbir kararlarının uygulanmaması durumunda, sorumlu kişilere karşı yaptırım uygulanması konusunda özel düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu kapsamda, 6284 sayılı Kanun, bu yönde bir düzenleme içermediğinden eleştirilmektedir. 6284 sayılı Kanun’un, uygulayıcıların kusurlu davranışları, ihmalleri nedeniyle gerekli tedbirlerin alınmaması veya tedbir kararlarının uygulanmaması gibi durumlarda sorumluluklarını düzenleyen bir yaptırım öngörmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu eleştiriler için bkz. Şermin BİRTANE, “Kadına Karşı Şiddet Sorunu ve 6284 Sayılı Kanun’un Getirdikleri”, HUKAB Dergi, S. 5, <http://www.hukabdergi.com/p2150/> (Erişim: 15.08.2015)

İdarenin tespit olunan sorumluluğunun kusurlu sorumluluk esasına dayanması halinde, kamu görevlisine rücu edilmesi mekanizmasının işletilmesi gerektiği, *Opuz-Türkiye* kararından sonra, örneğin öldürülen annenin ifadesi yerine şiddet uygulayan kişinin ifadesine güvenilerek polisler tarafından herhangi bir işlem yapılmaması, mahkemenin yaşanan pek çok şiddete rağmen tedbir kararı vermemesi gibi idarenin ve mahkemelerin kusurlu bulunduğu durumlar bakımından, kusurlu olan kamu görevlisine rücu edilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşler için bkz. SEVER, Kadına Karşı Eviçi Şiddette ..., s. 41-42.

⁸⁷⁶ Fatma Karakaş DOĞAN, “Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı”, TBB Dergisi, 2011 (95), s. 197-234.

failin tespit edilemediği veya failin mali olanaklarının bulunmadığı durumlarda devletin mağdurun zararını gidermeyi üstlenmesi daha da önemlidir⁸⁷⁷.

Uluslararası ve bölgesel kurumların gündeminde yer almaya başlayan mağdur odaklı yaklaşımlar sonucu, Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi uluslararası kuruluşlar tarafından oluşturulan hukuki belgelerde, mağdurun zararının devlet tarafından tazminine yönelik düzenlemelere yer verilmiştir. Bu yöndeki ilk düzenleme Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Suç Mağdurlarına Tazminat Ödenmesi Hakkında 1977 tarihli ve 27 sayılı Tavsiye Kararı'dır. Bu karara göre, suçtan zarar görenin herhangi bir tazminat alamaması halinde Devlet bir suç sebebiyle ciddi bir şekilde yaralanan kişiye ve bir suç sebebiyle ölen kişinin bakmakla yükümlü olduğu kişilere tazminat ödemesine katkıda bulunmalıdır. Bu tavsiye kararına dayanılarak yapılan çalışmalar, Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'ni ortaya çıkarmıştır.

Şiddet Suçları Mağdurlarının Zararlarının Tazmin Edilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin amacı giriş metninde ifade edildiği haliyle: Konseye üye ülkeler arasında daha sıkı işbirliği sağlamak, hakkaniyet ve sosyal dayanışma nedenleriyle kasten işlenen şiddet suçu mağdurlarının kişilik durumlarıyla, vücut ya da sağlıkları (ruhsal-bedensel) veyahut böyle suçların akabinde ölen mağdurların bakmakla yükümlü oldukları kişilerin durumuyla ilgilenmek, bu tür suçların işlendiği ülke üzerindeki devlet tarafından bir zarar tazmin rejimi kurmak, özellikle failin meçhul olduğu veya ödeme gücünün bulunmadığı hallerde, bu alanda asgari normlar kurmaktır.

Anılan Sözleşme, Türkiye tarafından 24.04.1985 tarihinde imzalanmış ancak Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından henüz onaylanmadığı için iç hukuk metni haline gelmemiştir. Büyük Millet Meclisi tarafından onaylandığında, mağdurların faillerden çeşitli nedenlerle tazmin etme olanağı bulamadıkları zararlarının devlet tarafından giderimi için mağdurların zararlarının tazminini düzenleyen ayrı bir

⁸⁷⁷ CENTEL, Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi, s. 599.

yasaya ihtiyaç duyulacağı açık olup bu husus Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan 2013 tarihli İnceleme Raporu'nda da yer almıştır⁸⁷⁸.

Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan "Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı"⁸⁷⁹, Sözleşme'nin gerekliliklerini karşılar şekilde suç mağdurlarının bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğüne saldırı teşkil eden suçlardan dolayı uğradıkları zararların başka kaynaklardan gideriminin mümkün olmaması halinde zararın devlet tarafından karşılanmasına olanak sağlamaktadır. Tasarı'nın mali çekincelerle henüz yasalaşmamış olduğu TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu'nun 2014 tarihli raporunda belirtilmiştir⁸⁸⁰.

Tasarı'nın 26. maddesiyle, ödenecek olan yardımların İçişleri Bakanlığı bütçesinden karşılanacağı düzenlenmiştir. Tazminatın devlet tarafından ödenmesine ilişkin karşılaştırmalı hukukta farklı yöntemler benimsenmiştir. Özel mağduriyet sigortası, devletin oluşturacağı bir fondan zararın karşılanması ve sosyal güvenlik sisteminin bunu üstlenmesi karşılaştırmalı hukuktaki üç ana sistemdir⁸⁸¹. Mağdura

⁸⁷⁸ Adalet Bakanlığı, İç Denetim Birimi Başkanlığı, Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, (Hazırlayanlar İsmail TAMER ve Erdiç YILMAZ), 10 Temmuz 2013, s. 41.

Suç mağdurlarının zararının giderimine yönelik, tüm suç mağdurlarını kapsayan bir düzenleme mevzuatta yer almamakla birlikte, özel şartlarda uygulama alanı bulan giderime ilişkin hükümler içeren yasal düzenlemeler vardır. Bunlar; 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu, 5233 sayılı Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkındaki Kanun, 2230 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'dur. Ayrıca 5402 sayılı Denetimli Serbestlik Hizmetleri Kanunu'nda Koruma Kurulları'na suçtan zarar görenlerle ilgili karşılaştıkları sosyal ve ekonomik sorunların çözümüyle ilgili görevler yüklenmiştir. 28.02.1956 tarihli ve 6684 sayılı 6-7 Eylül 1955'te İstanbul ve İzmir'de meydana gelen olaylardan zarar görenlerin mağduriyetinin giderilmesi hakkında Kanun, sadece tek bir olay için çıkarılmış özel bir kanun olarak Türk hukukunda yerini almıştır.

⁸⁷⁹ Adalet Bakanlığı tarafından 2008 yılında hazırlanan ancak kanunlaşmamış olan Tasarı metni için bkz. <http://www.magdur.adalet.gov.tr/sayfalar/tasarilar.html#> (Erişim: 11.08.2015)

Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü'nün internet sayfasında, mağdurlara suç sonrasında verilecek hizmetlerin, tanınması gereken hakların, yapılacak maddi ve manevi yardımların ve sunulacak rehberlik hizmetlerinin belirlenmesi ile aile ve çocuk mahkemelerinde görev yapan uzmanların görev alanlarının belirlenmesi amacıyla 18.02.2014 tarihli Bakan "Olur"uyla bir Çalışma Grubunun kurulduğu bilgisi mevcut olup, bu haliyle yeni bir tasarinin hazırlanmakta olduğu anlaşılmaktadır. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Uzerindecal/uzrencal.htm>. (Erişim: 30.08.2016)

⁸⁸⁰ TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 2014, s. 35.

⁸⁸¹ CENTEL, Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması, s. 67.

ödenek tazminatın devlet tarafından karşılanması, devlet bütçesine ciddi bir yük getireceği açıktır. Mağduriyetin devlet tarafından giderilmesini benimseyen ülkelerin bazılarında, örneğin Hollanda, Norveç, Danimarka ve İsveç'te, devletin para cezaları ve müsadere edilip satılan eşyalardan elde edilen gelirle oluşturulan bir fon aracılığıyla tazminatların ödenmesi sistemi uygulanmaktadır⁸⁸². Benzer şekilde Fransa'da da devletin mağdura ödeyeceği tazminatın kaynağı, genel bütçeden ayrılacak bir miktarla birlikte tahsil edilen para cezalarından oluşan bir fondur⁸⁸³.

Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı'nın genel gerekçesinde, suç mağdurlarının ceza hukuku dışına itilerek korumasız kaldığı vurgulanmıştır. Şiddet suçuna maruz kalanların uğradığı zararın basit birer haksız fiil sonucu oluşan zarar olarak anlaşılmaması gerektiği ve suç mağdurunun zararının giderilmesinin failin adaletine bırakılmaması gerektiği ifade edilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan sosyal devlet ilkesi, 17. maddesinde yer alan herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı, 40. maddesinde yer alan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkesin, yetkili makama gecikmeden başvurabilme hakkı ve 60. maddesinde düzenlenen sosyal güvenlik hakkı, Tasarı'nın dayandığı Anayasa hükümleridir.

Kanun'un amacının, suç mağduruna veya onun ölümü halinde bakmakla yükümlü olduğu kişilere, sosyal devlet ilkesine uygun olarak yardım sağlanması olduğu, Tasarı'nın 1. maddesinde ifade edilmiştir. Devlet yardımından yararlanacak olan suç mağdurları; bedensel, ruhsal ya da cinsel bütünlüğe saldırı suçlarından mağdur olanlar veya mağdurun ölümü halinde bakmakla yükümlü oldukları kişilerdir. Tasarı'nın 2. maddesine göre yapılacak ödemeler, maddi zararlarla sınırlıdır, manevi zarar Tasarı'nın kapsamında değildir. Tasarı'nın 4. maddesiyle; devletin maddi yardımı, mağdurun zararının başka kaynaklardan giderilmesinin sağlanmaması koşuluna bağlanmıştır. Tasarı'nın 5. maddesine göre; yardım, işlenen suçun niteliğine göre, yaralanan, sakatlanan veya yaşamak için gerekli hareketleri yapmaktan aciz ve hayatını başkalarının yardım ve desteğiyle sürdürebilecek halde malul olanların bakım, tedavi ve protez giderlerini, maruz kalınan suç nedeniyle

⁸⁸² DEMİRBAŞ, s. 492.

⁸⁸³ PAMUK, s. 375.

çalışmamadan doğan kazanç kaybını, mağdurun ölümü halinde ölüm gerçekleşene kadar yapılan tedavi giderlerini, kazanç kaybını, cenaze giderlerini ve ölenin bakmakla yükümlü olduğu eşi, altsoyu, ana ve babasına yapılacak yardımı ve ruhsal bakımdan görülen zarar nedeniyle yapılan tedavi masraflarını kapsar.

Tasarı'nın adından, gerekçesinden ve madde metinlerinden anlaşıldığı haliyle uygulamaya konulan kurumun amacı suç mağdurlarına yardım etmektir. Tasarı'nın kaynağını oluşturan Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nde suçtan doğan mağduriyetin giderilmesi, tazminat kavramıyla ifade edilmiş olup, oluşturulmaya çalışılan kurumun amacı da suç mağdurlarına yardım etmek değil, suçtan doğan zararı gidermektir. Anılan husus, Tasarı'nın öncelikli olarak eleştirilen noktalarından biri olmuştur⁸⁸⁴. Esasen Tasarı'nın suç sebebiyle doğan zararı tazmin etme amacı taşımadığı, Tasarı'nın 7. maddesinde de ortaya çıkmaktadır. Bu maddeyle, yapılacak yardımın miktarı düzenlenmiş olup, suç sonucu meydana gelen zarar grupları, yaralanma, sakat kalma ya da ölüm şeklinde, kategorik olarak belirlenerek, en yüksek yardım miktarları belirlenmiştir. Suç sonucu meydana gelen zararın kişiye özel olarak tespitinden ziyade, belirli kategorilere tabi tutularak belirlenmesi ve manevi zararın kapsam dışında tutulmuş olması, gerçekte mağdurun zararının gidermek amacından ziyade, mağdura belirli bir katkı sunmak amacını ortaya koymaktadır.

Tasarı, tüm suç mağdurlarına değil; bedensel, ruhsal ve cinsel bütünlüğe karşı işlenen suçların mağdurlarına yardım yapılmasını düzenlemektedir. Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nden farklı şekilde, genel bir kavram olarak "şiddet suçlarının mağdurları" ifadesi kullanılmamıştır. Ayrıca suç kavramından ne anlaşılması gerektiği konusunda Türk Ceza Kanunu'na atıf yapılmamıştır. Diğer taraftan sadece kasten işlenen suçlar sebebiyle mağdur olanların Tasarı kapsamına alınmış olması Avrupa Konseyi Sözleşmesi'yle uyumlu ancak yeterli görülmediğinden eleştirilmektedir. Nitekim Avrupa Konseyi Sözleşmesi, asgari standartları belirlemiştir⁸⁸⁵. Tasarı'yla Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümlerinin hayata

⁸⁸⁴ DOĞAN, Uluslararası Düzenlemeler Işığında ..., s. 1019; CENTEL, Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi, s. 600.

⁸⁸⁵ DOĞAN, Uluslararası Düzenlemeler Işığında... s. 1019-1020.

geçirilmesi isteniyorsa, doğrudan doğruya şiddet suçu mağdurlarının yasa kapsamında olduğunun belirtilmesi gerekir⁸⁸⁶.

Tasarı'da mağdur kavramı, "kendisine karşı işlenen suç nedeniyle zarar gören veya bu suretle ekonomik kayba uğrayan kişiyi" ifade etmektedir. Bu tanım suç mağduru ile suçtan zarar görenin her zaman örtüşmediği, bunların farklı kavramlar olduğu dikkate alınmadan kaleme alınmıştır. Mağdur kavramının, ceza ve ceza muhakemesi hukukunda yer alan hükümlerle uyumlu şekilde tanımlanması gerekir⁸⁸⁷.

Tasarı'nın yasalaşması halinde, kadınlara yönelik bedensel, ruhsal ve cinsel bütünlüğe karşı işlenen şiddet suçları sonucu doğan zarar sebebiyle, Devlet tarafından yardım yapılması olanağı doğacaktır. Tasarı'ya yöneltilen tüm eleştiriler kadına yönelik şiddet suçların mağdurları için de birer eksiklik olarak görülmelidir. Bunların yanında, manevi zararın kapsam dışı bırakılmış olması özellikle cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar gibi, manevi zararın ağır olduğu suçların mağdurları yönünden, giderimin sağlanmasına dönük çabalarda oldukça büyük bir eksiklik doğuracaktır⁸⁸⁸.

c. 6284 sayılı Kanun Kapsamında Giderim

Kadına yönelik şiddet suçlarında, suç mağdurlarının genel mevzuat kapsamında sahip oldukları giderim araçları yanında, kadınların özel durumları ve özel ihtiyaçları gözetilerek özel düzenlemelere yer verilmesi, şiddet mağduru

Şiddet suçu mağdurlarının uğradığı zararın tazmini konusunda, devletin kişilerin toplumsal ve kişisel güvenliğini sağlamaya yönelik anayasal görevlerinin bir sonucu ve gereği olarak kabul edilen bir kısım zararların devletçe karşılanması usulü İngiltere, Almanya, Fransa, Hollanda, Avusturya, Belçika, Finlandiya, Lüksemburg, İrlanda, Norveç ve İsveç'te uygulanmaktadır. Bu ülkelerde uygulamada olan düzenlemelerde de, zararların giderimi kapsamındaki suçlar, zararları giderilecek kişiler, zararın kapsamı ve koşulları konularında farklılıklar bulunmaktadır. Mukayeseli hukuktaki mevcut uygulamaya dair kısa bir özet için bkz. TBMM İnsan Hakları İnceleme Komisyonu, Mağdur Hakları İnceleme Raporu, 2014, s. 15-25.

⁸⁸⁶ CENTEL, Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi, s. 600-601.

⁸⁸⁷ CENTEL, Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi, s. 601.

⁸⁸⁸ DOĞAN, Uluslararası Düzenlemeler Işığında..., s. 1022; CENTEL, Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi, s. 602.

kadınların giderim hakkına ilişkin korumaya katkı sağlamaktadır. Özellikle ekonomik olarak ölçülebilir zararların tazmini yanında, şiddet mağduru kadınların ekonomik olarak ölçülemeyen zararını tazmin eden programlara ve hizmetlere yer verilmesi katkıyı artırmaktadır. 6284 sayılı Kanun’da, anılan katkıyı sağlamaya yönelik olarak, şiddet mağduru kadınların giderim hakkına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

6284 sayılı Kanun’un 3. maddesinde, mülki amir tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları kapsamında, giderim olanakları düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; şiddet mağduru kadına geçici maddi yardım yapılması, psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi ve korunan kişinin çocukları varsa, kreş imkânı sağlanması mümkündür.

Şiddet mağduru kadının çocuklarının olması halinde, çocuklara Bakanlık bütçesinden karşılanmak üzere kreş imkânı sağlanmış olması kadınlar için önemli bir ekonomik destektir. Ancak bu olanak kişinin çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlindeyse iki aylık süreyle sınırlandırılmıştır. Ücretsiz çocuk bakımı süresinin kısa bir süreyle sınırlandırılmış olması, kadına yönelik şiddetle mücadele konusuna ayrılan bütçenin kısıtlılığının göstergesidir. İstihdamda sürekliliğin sağlanması için, ücretsiz çocuk bakımının kadının elde ettiği gelire göre belirlenmesi ve kadının asgari ücretli bir işte çalışması halinde süre kısıtlaması olmadan bu olanağın sağlanması gerekir⁸⁸⁹.

Geçici maddi yardımın kapsamı, Kanun’un 17. maddesinde düzenlenmiştir. Geçici maddi yardım, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının otuzda birine kadar günlük ödeme yapılmasıdır. Korunan kişinin birden fazla olması hâlinde, ilave her bir kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ayrıca ödeme yapılır. Ancak, ödenecek tutar hiçbir şekilde belirlenen günlük ödeme tutarının bir buçuk katını geçemez. Korunan kişilere barınma yeri sağlanması hâlindeyse, belirlenen tutarlar yüzde elli oranında azaltılarak uygulanır. Aynı maddeyle, ödemelerin Bakanlık bütçesine, geçici maddi yardımlar için konulan ödenekten karşılanacağı, yapılan ödemelerin, şiddet uygulayandan tebliğ tarihinden

⁸⁸⁹ Gözde **ATASAYAN**, “*Türkiye’de Kadına Karşı Şiddetle Hukuksal Mücadele*”, Rona Aybay’a Armağan içinde, C. 2, Legal Yay., İstanbul 2014, s. 355-373.

itibaren bir ay içinde tahsil edileceği, bu şekilde tahsil edilemediği takdirde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ilgili vergi dairesi tarafından takip ve tahsil edileceği hüküm altına alınmıştır.

6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinde, hâkim tarafından verilecek önleyici tedbir kararları arasında, giderim kapsamında değerlendirilebilecek tedbirlere yer verilmiştir. Hâkim, Kanun'un 5. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafaka konusunda bir karar vermeye yetkilidir. Şiddet uygulayanın, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi olması halinde, 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi, Kanun'un 5. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak tedbir nafakasına hükmedebilir. Bu Kanun hükümlerine göre nafakaya karar verilmesi halinde, nafakanın tahsili konusunda, mağdur yararına oldukça önemli kolaylıklar sağlanmıştır. Kanun'un 18. maddesinde yer alan düzenlemeye göre; nafaka içeren kararın bir örneği, mahkemece resen nafaka alacaklısının ya da borçlusunun yerleşim yeri icra müdürlüğüne gönderilir. Nafaka ödemekle yükümlü kılınan kişinin Sosyal Güvenlik Kurumu'yla bağlantısı olması durumunda, korunan kişinin başvurusu aranmaksızın nafaka, ilgilinin aylık, maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilir. İcra müdürlüklerinin nafakanın tahsili işlemlerine ilişkin posta giderleri Cumhuriyet başsavcılığının suçüstü ödeneğinden karşılanır. Bu düzenlemeyle, lehine nafaka ödenmesine karar verilen şiddet mağdurunun, nafakanın tahsili için herhangi bir işlem yapmasına ve özellikle de masraf yapmasına gerek kalmaksızın, nafakanın tahsiline olanak sağlandığı görülmektedir.

Nafakanın tahsiline ilişkin bu özel düzenleme, 4320 sayılı Kanun dönemine göre ileri bir adım olmakla birlikte; şiddet uygulayanın aylık gelirin ya da malvarlığının olmaması halinde, nafakanın tahsilinin olanaksız olduğu gerçeğini değiştirmemiştir. Takdir olunan nafakanın devlet tarafından ödenmesi ve bunun daha sonra şiddet uygulayandan tahsil edilmesi, şiddet mağduru kadının korunması için önerilmektedir. 03.11.1980 tarihli ve 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Nafaka Ödenmesi Hakkında Kanun kapsamında bir fon sağlanabileceği, 4320 sayılı Kanun

döneminde de önerilmiş ancak bu yönde bir uygulamaya 6284 sayılı Kanun döneminde de yer verilmemiştir⁸⁹⁰.

Şiddet mağduru kadının zararının gideriminin bir yönü de, fiziksel ve psikolojik tedavi olanaklarına kavuşmasıdır. Bu doğrultuda, 6284 sayılı Kanun'un 5. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendine dayanarak hâkim, şiddet mağdurunun bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanmasına bir önleyici tedbir olarak karar verebilir.

Kanun'un 19. maddesinde, hakkında koruyucu tedbir kararı verilen mağdurlardan, genel sağlık sigortası ya da diğer mevzuat hükümleri gereğince tedavi yardımından yararlanma hakkı bulunmayanların, 5510 sayılı Kanun'da yer alan gelir testine tabi tutulmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılacakları düzenlenmiştir. Bu hüküm, mülki amir ya da hâkim tarafından hakkında koruyucu tedbir kararı verilmiş olan kişilerin, tedavi giderlerini karşılayacak herhangi bir sağlık güvencesine sahip olmamaları halinde, ücretsiz sağlık hizmeti almalarına olanak sağlamaktadır. Diğer taraftan mağdurun rehabilitasyonunun veya tedavi edilmesinin gerekli olduğuna ilişkin bir önleyici tedbir kararı verilmesi halinde de, genel sağlık sigortası kapsamında karşılanmayan rehabilitasyon hizmetlerine yönelik giderlerle rehabilitasyon hizmetleri kapsamında verilmesi gereken diğer sağlık hizmetlerinin giderlerinin Bakanlık bütçesinin ilgili tertiplerinden karşılanacağı aynı maddeyle hüküm altına alınmıştır. Böylece şiddet mağduru kadının sağlık hizmetlerinden ücretsiz olarak yararlanmalarına olanak tanınmıştır.

6284 sayılı Kanun, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın "şiddetin önlenmesi ile koruyucu ve önleyici tedbirlerin etkin olarak uygulanmasına yönelik destek ve izleme hizmetlerinin verildiği, çalışmalarını yedi gün yirmi dört saat esasına göre yürüten" şiddet önleme ve izleme merkezlerini kuracağını 14. maddesinde hüküm altına almıştır. Kısaca ŞÖNİM olarak adlandırılan bu merkezler, tedbirlerin uygulanmasına yönelik hem destek hem izleme hizmetlerini vermekle sorumlu kılınmışlardır. Kanun'a göre ŞÖNİM'ler korunan kişiye verilen barınma, geçici maddi yardım, sağlık, adli yardım hizmetleri ve diğer hizmetleri koordine

⁸⁹⁰ KARINCA, 2008, s. 110.

etmekle sorumludur. Korunan kişilerle ilgili olarak ŞÖNİM'ler tarafından mağdurun zararını gidermeye yönelik olarak verilecek destek hizmetleri şunlardır: Kişiye hakları, destek alabilecekleri kurumlar, iş bulma ve benzeri konularda rehberlik etmek ve meslek edindirme kurslarına katılmasına yönelik faaliyetlerde bulunmak; verilen tedbir kararıyla ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesine yönelik önerilerde bulunmak ve yardımlar yapmak; psiko-sosyal ve ekonomik sorunların çözümünde yardım ve danışmanlık yapmak; 29.5.1986 tarihli ve 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu hükümleri uyarınca maddi destek sağlanması konusunda gerekli rehberliği yapmak⁸⁹¹. Şiddete maruz kalan kadının herhangi bir yere başvurması halinde, kadını yönlendiren bir sosyal çalışmacının hemen kadının yanında yer almasını sağlayan bir düzenlemeye 6284 sayılı Kanun'da yer verilmemiş olması eleştirilmektedir. Bu tür bir destek hizmeti vermesi öngörülen ŞÖNİM'lerin, sorumlu oldukları konuların çok geniş tutulmuş olması sebebiyle, bu görevlerini yerine getirmelerinin çok da mümkün olmadığı görülmektedir⁸⁹².

Özel alanda şiddet mağduru kadınların en yoğun ihtiyaçlarından biri de, ekonomiktir. Bunların başında barınma olanakları ve yaşamını devam ettirebilmesine yetecek miktarda bir gelir gelmektedir. Yaşanabilecek olan ekonomik sıkıntılar şiddet mağduru kadınların şiddet gördükleri ortamı terk edememelerinde önemli bir etkidir. Kendisine şiddet uygulayan kişinin gelirine muhtaç olan kadın, şikâyetçi olsa da, ekonomik yetersizlikler sebebiyle eve dönmek zorunda kaldığında,

⁸⁹¹ ŞÖNİM'lerin görev alanı sadece şiddet mağdurlarıyla sınırlı değildir. Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak da çeşitli destek hizmetleri sunmaları düzenlenmiştir. Hem şiddete uğramış kadınlara hem de şiddet uygulayan erkeklere hizmet verecek olması eleştirilmektedir. 6284 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 3. fıkrasına göre; “*Şiddet uygulayanla ilgili olarak şiddet önleme ve izleme merkezleri tarafından verilecek destek hizmetleri şunlardır: a) Hâkimin isteği üzerine; kişinin geçmişi, ailesi, çevresi, eğitimi, kişisel, sosyal, ekonomik ve psikolojik durumu ile diğer kişiler ve toplum açısından taşıdığı risk hakkında ayrıntılı sosyal araştırma raporu hazırlayıp sunmak. b) İlgili makam veya merci tarafından istenilmesi hâlinde, tedbirlerin uygulanmasının sonuçları ve ilgililer üzerindeki etkilerine dair rapor hazırlamak. c) Teşvik edici, aydınlatıcı ve yol gösterici mahiyette olmak üzere kişinin; 1) Öfke kontrolü, stresle başa çıkma, şiddeti önlemeye yönelik farkındalık sağlayarak tutum ve davranış değiştirmeyi hedefleyen eğitim ve rehabilitasyon programlarına katılmasına, 2) Alkol, uyuşturucu, uçuşu veya uyarıcı madde bağımlılığının ya da ruhsal bozukluğunun olması hâlinde, bir sağlık kuruluşunda muayene veya tedavi olmasına, 3) Meslek edindirme kurslarına katılmasına, yönelik faaliyetlerde bulunmak.*”

⁸⁹² Bu konudaki eleştirilerden biri için bkz. Eray **KARINCA**, “Neden Kız Doğursun Analar?”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 137-141.

öncekinden daha da savunmasız bir konuma düşmektedir. Bu nedenlerle şiddet gören kadınların devlet tarafından mali olarak desteklenmeleri çok önemlidir. 6284 sayılı Kanunda şiddet mağduruna devletin ekonomik olarak destek sağlamasına yönelik düzenlemelere yer verilmiş olmakla birlikte, bu destek düzenlemelerinin asgari düzeyde olduğuna dikkat çekmek gerekir. Kadına geçici maddi yardımın günlük miktarı, her yıl belirlenen aylık net asgari ücret üzerinden belirlenmiştir. Bu, asgari ücretle bir kişinin geçimini sağladığı varsayımı üzerine inşa edilmiş bir yardım girişimi olup, kadının tek başına bir yaşam kurabilmesine olanak sağlar bir geliri temin etmekten uzaktır. Diğer taraftan, bu asgari yardımın dahi uygulamada ne kadar verimli olarak uygulanabileceği, yaşanan şiddet olaylarının niteliksel ve niceliksel boyutları sebebiyle soru işaretleriyle doludur.

Şiddet mağduru kadınların, ekonomik ihtiyaçlarının karşılanması geçici tedbirler dışında, kadınların istihdam olanaklarının artırılmasıyla mümkündür. Şiddet mağduru kadınların iş sahibi olmalarına yönelik çabalar, uzun vadede bu kadınlara şiddetten korunma olanaklarını sağlayabilir. Bu kapsamda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 30. maddesinde yer alan, engelli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna benzer bir zorunluluk işverenlere getirilerek, şiddet mağduru kadınların istihdam olanakları artırılabilir. Bu yönde bir yasa değişikliği, 2013 yılında TBMM'ye kanun teklifi olarak sunulmuş, İş Kanunu'nun 30. maddesindeki istihdam zorunluluğunun “kadın sığınma evinde en az altı ay kalan kadın”ları da kapsayacak şekilde düzenlenmesi teklif edilmiştir. 2013 yılının Aralık ayında TBMM Başkanlığı'na sunulan teklif kanunlaşmamıştır⁸⁹³.

Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmeliğe göre; konukevinde kalma süresi, kadının ilk kabul birimine kabul tarihinden itibaren altı aydır. Bu süre şiddet mağduru kadının şiddetten uzak bir yaşam kurabilmesi için olanaklarını yaratması için yeterli değildir. Bu sürenin sonunda, kadının şiddet gördüğü kişiyle birlikte kullandığı ev dışında yeni bir ev kurabilmesi için de ekonomik desteğe ihtiyacı olacaktır. 6284 sayılı Kanunun 10/6. maddesinde, barınma yeri sağlanmasına karar verilen kişilerin Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve

⁸⁹³“4857 sayılı İş Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi” için bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-1909.pdf> (Erişim: 16.08.2015)

gözetim ve denetimi altında bulunan yerlere yerleştirilecekleri ifade edilmiştir. Aynı düzenlemede, barınma yerlerinin yetersiz kaldığı hâllerde korunan kişilerin, mülkî amirin, acele hâllerde kolluğun veya Bakanlığın talebi üzerine kamu kurum ve kuruluşlarına ait sosyal tesis, yurt veya benzeri yerlerde geçici olarak barındırılacakları düzenlenmiştir. Burada sığınma evi ya da konukevi terimleri kullanılmamışsa da, düzenleme kadınların sığınma evine yerleştirilmelerini ifade etmektedir. Ancak sığınma evine yerleştirilen kadınların buradan çıktıktan sonra kendi ayakları üzerinde durmayı başarmalarını sağlamak ve desteklemek için başka araçların devreye sokulması gerekir. Bu kapsamda, kadınlara devletin sahip olduğu kaynaklardan geçici konut tahsisi yapılması ve şiddete uğramış kadınlara faizsiz ve uygun ödeme koşullarına göre kredi verilmesi sağlanması, barınma ihtiyacını karşılamak amacıyla önerilen yöntemlerdir⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ Bu amaçla 2985 sayılı Toplu Konut Kanunu, 4966 sayılı Bazı Kanunlarda ve Bayındırlık ve İskân Bakanlığının Teşkilât ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ve 84-8211 sayılı Toplu Konut Fonu'nun Kullanım Şekline İlişkin Tüzükte değişiklik yapılması önerilmektedir. Bkz. BAKIRCI-SANCAR-UYGUR, s. 173-176. Geçici konut tahsisinin belediyelerin kaynakları kullanılarak da yapılması öneriler arasındadır. Bkz. BAKIRCI-SANCAR-UYGUR, s. 489.

SONUÇ

Günümüz toplumlarının üstesinden gelmekte zorlandığı kadına yönelik şiddet olgusu, başta kadın ve erkek arasındaki eşitsiz güç ilişkileri olmak üzere pek çok faktörün bir araya gelmesiyle doğan kolektif bir olgudur. Bu sebeple şiddetle, özellikle sosyolojik ve ekonomik kaynaklara yönelmiş çözüm araçları dikkate alınarak, kapsamlı bir bakış açısıyla mücadele edilebilir. Sorunun kapsamı itibarıyla tek başına yasalar yoluyla mücadele edilemeyeceği açıktır. Yine de bu durum, kadına yönelik şiddeti önlemek için geliştirilen yasaların değerini düşürmez. Hukuk bu kapsamlı mücadele içerisinde, önemli bir mücadele aracıdır. Hukuk, kadına yönelik şiddetle mücadelenin olmazsa olmazı ve başlangıç noktasıdır. Hukuki düzenlemelerle şiddetin önlenmesi ve failin cezalandırılmasına ilişkin mücadelenin çerçevesi belirlenir. Diğer taraftan hukuk, şiddetin yarattığı etkileri ortadan kaldırmak için de kullanılabilecek önemli bir araçtır.

Uluslararası insan hakları hukukuna göre, bu çalışmanın konusunu oluşturan kadına yönelik özel alanda şiddet karşısında, devletin sorumluluğu vardır. Konu devletin koruma ve yerine getirme/gerçekleştirme yükümlülükleri kapsamında ele alınmaktadır. Şiddetin önlenmesi, şiddet gerçekleştiğinde soruşturma ve kovuşturma yapılması ve mağdurun zararının giderilmesi için, makul ve ciddi adımlar atıp atmadığı devletin ihlalden sorumluluğunu belirlemektedir. Kısaca, devletin, devlet dışı bir şahıs tarafından gerçekleştirilen bir insan hakları ihlali olan kadına yönelik özel alanda şiddet karşısında gereken özeni gösterip göstermediği, sorumluluğunu da belirlemektedir. Bu kavramsal çerçeve günümüzde uluslararası insan hakları hukukunca açıkça ortaya konulsa da, gereken özeni gösterme standartlarının içeriği ve kapsamı aynı açıklıkla ortaya konulamamaktadır. Bu, kadına yönelik şiddetin kolektif bir olgu olması ve bu sebeple mücadelenin de karmaşıklığıyla yakından ilgilidir.

Devletlerin kadına yönelik özel alanda şiddetle mücadelede gereken özeni gösterme standartlarının içeriği, yine bağlayıcı olan ve olmayan insan hakları belgeleri ve yargısal ve yarı yargısal içtihatlarla tespit edilebilir. Bu araçlardan yola çıkıldığında, devletlerin öncelikle yapması gereken bu alandaki uluslararası insan hakları sözleşmelerini onaylamak ve kadınlar için anayasal düzeyde eşitlik

güvencelerini sağlanmak ya da anayasal düzeyde kadına yönelik şiddeti yasaklamaktır. Türkiye kadın haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelere taraf olarak, kadına yönelik şiddetle mücadelede şekli anlamda uluslararası iradenin yanında yer almıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan bu sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçasıdır ve kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Anayasa hükümleri de, kadın haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerle uyumludur. Bunun yanında ulusal mevzuatın da kadına yönelik şiddetle mücadelede yeterli ve insan haklarıyla uyumlu olması gerekir. Kapsamı itibariyle ulusal mevzuatın kadın erkek eşitliğini esas aldığını ve şiddetle mücadele konusuna odaklandığını gösterebilecek iki temel kanun olarak Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu dikkate alınmıştır. Her iki Kanun'un da 2000'li yıllarla birlikte yenilenmesiyle, toplumsal cinsiyet sorununun en fazla yansıdığı iki alan olan aile hukuku ve ceza hukuku alanındaki sorunların önemli bir kısmının geçmişte kaldığı görülmektedir. Temel olarak bu kanunlar, uluslararası hukukla ve çağdaş uluslararası standartlarla uyumludur. Medeni Kanun'da özellikle kadının ve çocuğun soyadını ve kadının evlenmesi için bekleme süresinin kaldırılmasını düzenleyen hükümleri dışında, şekli anlamda kadın erkek eşitliği önemli ölçüde sağlanmıştır. Türk Ceza Kanunu da, eleştiriye açık kimi düzenlemelerine karşın, toplumdaki namus algısını güçlendiren, kadınların aleyhine ayrımcılık yapan ve ataerkil tutumun bir yansıması olarak değerlendirilen ETCK'daki düzenlemeleri içermemektedir. Ceza hukukunun, geleneksel ataerkil tutumlardan sıyrılmış olması da, mevzuatın kadın haklarına ilişkin uluslararası standartlara uyumlu hale geldiğini göstermektedir.

Devletin kadına yönelik şiddet eylemlerini bir cezai yaptırıma bağlaması ve şiddetin gerçekleşmesi halinde, soruşturma ve cezalandırma yükümlülüğünü eksiksiz yerine getirmesi gerekir. Bu kapsamda, suç haline getirme failin cezalandırılmasının ön koşuludur. Bununla birlikte, belirli eylemleri ceza yaptırımına bağlayan devlet bu eylemlerin hukuk düzeni tarafından tasvip edilmediğini de ortaya koymaktadır. Yasal düzenlemelerle verilen mesaj uzun dönemde toplumsal tutumları etkileyebilecek olması sebebiyle çok önemlidir.

Türk Ceza Kanunu’nda kadına yönelik özel alanda şiddet eylemlerinin önemli bir kısmı suç haline getirilmiştir. Ekonomik şiddet içeren eylemlerse, uluslararası metinlerde olduğu gibi görünmez halde kalmıştır. Bununla birlikte, Türkiye’nin, çekincesiz olarak imzaladığı İstanbul Sözleşmesi’yle suç haline getirmeyi taahhüt ettiği ısrarlı takip, tek başına bir suç olarak düzenlenmemiştir. İsrarlı takip TCK’daki hakaret, huzur ve sükûnu bozma, konut dokunulmazlığını ihlal, taciz ya da sarkıntılık suçlarıyla cezalandırılabilir olsa da, bu suç tiplerinin koruduğu hukuki değerle, ısrarlı takip olgusunun tehdit ettiği ve zarar verdiği değerler örtüşmemektedir.

ETCK dönemine ait, namusun erkeğe ait, kadın tarafından kirletilen bir olgu olduğu ve kirlenen namusun bir şekilde temizlenmesine yönelik gerçekleştirilen eylemlerin, failin cezasının ertelenmesine, azaltılmasına veya failin cezasızlığına sebep olduğu yaklaşım yeni TCK döneminde terk edilmiştir. Bu Türk ceza hukukunda olumlu bir gelişmedir. İstanbul Sözleşmesi’nin 42. maddesine göre; Taraf Devletler, kültür, örf ve adet, gelenek veya sözde “namus”un, Sözleşme kapsamında yer alan şiddet eylemlerinin gerekçesi, bir cezasızlık ya da cezada indirim sebebi olarak kabul edilmemesini sağlamak üzere gereken yasal veya diğer tedbirleri almakla yükümlüdürler. TCK’nın mevcut haliyle, İstanbul Sözleşmesi’nin bu yükümlülüğünü karşıladığı görülmektedir. Ancak yasa metnindeki bu anlayış değişikliğinin, hukuk uygulayıcılarının takdirine de aynı oranda yansıdığını ifade etmek mümkün değildir. Yasa metninde terk edildiğini ifade ettiğimiz bu anlayış, hukuk uygulayıcılarının suçun sübutuna ve ceza miktarına dair takdirlerinde etkisini devam ettirmektedir.

Bugün uluslararası insan hakları hukukunda, namus saiki eski yaklaşımın tam tersi, cezayı ağırlaştıran bir neden olarak algılanmaktadır. Ancak Türk hukuk sisteminde namus saikinin işlevi, uluslararası insan hakları hukukundakiyle aynı değildir. Yani namus saiki, TCK’da kadına yönelik şiddet suçlarında cezayı ağırlaştıran bir neden olarak yer almamaktadır. Bu yönde hükümlerin yer almamış olması yeni TCK’nın bir eksikliğidir. Bunun yerine, Türk ceza hukukuna “töre saiki” kavramı dâhil olmuştur. Uluslararası insan hakları hukukunda karşılığı olmayan bu kavram, namus saiki kavramıyla tümüyle örtüşmediği gibi, Yargıtay içtihatlarıyla da iki kavram arasında fark olduğu açıkça ortaya konulmuştur. TCK “töre saikiyle

kasten öldürmeyi” değil, “namus bahanesiyle işlenen kasten öldürme”yi bir ağırlaştırıcı neden olarak düzenlemelidir. Bunun yanında, namus bahanesinin sadece kasten öldürme suçlarında değil kadına yönelik diğer şiddet suçlarında da etkili olduğu dikkate alınarak, “namus bahanesiyle işlenen suçlar” kavramının Türk ceza hukukuna dâhil edilmesi ve namus saikinin cezayı artırıcı bir neden olarak kabul edilmesi kadına yönelik korumayı artıracaktır.

Yine İstanbul Sözleşmesi’nin çekincesiz olarak imzalanmış olması sebebiyle ceza hukukunda suç olarak düzenlenmesi gereken zorla evlendirme suçunun TCK’da yer almaması bir eksikliktir. Bunun yanında on altı yaşında evliliğe olanak sağlayan Medeni Kanun’un 124. maddesi de çocuk gelinlere meşru bir zemin yaratmaktadır. Resmî evlilik olmadan evlenmenin dinsel töreninin yapılmasını suç haline getirmiş olan, TCK’nın 230. maddesinin 5. ve 6. fıkrasının yakın zamanda Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmiş olması çocuk gelinler için dolaylı da olsa var olan bir korumayı ortadan kaldırmıştır. Yine TCK’nın 103/2. maddesinin suçla yaptırım arasındaki dengenin adil olmadığı gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilmesiyle, çocuk gelinlerin cezai kalkanı daha da zayıflamıştır. TCK’nın 103/2. maddesi çocuğun nitelikli istismarı suçunda failin cezasının on altı yıldan az olmayacağı düzenlemesini içermektedir. Bu, cezanın şahsileştirilmesine aykırı durumlar ortaya çıkarabildiğinden eleştiriye açık bir düzenlemedir. Ancak Anayasa Mahkemesi’nce kanun maddesinin iptaline ilişkin gerekçede, cezanın tayininde “*fıilden sonra mağdurun yaşının ikmali ile fiili birlikteliğin resmî evliliğe dönüşmesi gibi her bir somut olayın özellikleri*”nin dikkate alınması gerektiğine vurgu yapılmış olması, tecavüzcüyle evlenmenin bir cezasızlık sebebi olduğu ETCK günlerine geri dönüşe sebep olabileceği için kaygı vericidir.

Suçun etkin şekilde soruşturulması ve tespit edilen failin cezalandırılması, tüm insan hakları ihlallerinde, devletin öne çıkan yükümlülüğüdür. AIHM’in 13 Kasım 2014 tarihli *Durmaz - Türkiye* kararıyla, devletin kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarında da etkin soruşturma yükümlülüğü olduğu açıkça ortaya konulmuştur. Etkin soruşturma yapmamak ve faili suçla ölçülü bir şekilde cezalandırmamak, devletin sorumluluğunu doğurur.

Failin suçun gerektirdiği ağırlıkta cezalandırılmaması son yıllarda kamuoyunun gündeminde olan bir konudur. Mağdur ailelerinin ve kadın örgütlerinin haklı tepkisiyle cezalandırmadaki ve cezanın infazındaki ölçsüzlük görünür hale gelmiştir. Özellikle TCK'nın 29. maddesinde yer alan haksız tahrik hükmünün, ataerkil değerlerin mahkemenin takdirine yansımalarıyla fail lehine uygulamaları ve TCK'nın 62. maddesindeki iyi hal indirimi, tartışmalı konuların başını çekmektedir. TCK'nın 29. maddesinde uygulayıcıların takdirindeki tartışmalı noktalar ön plana çıksa da, TCK'nın 62. maddesinde, sorun maddenin kaleme alınış şeklinden ve bu doğrultuda oluşan Yargıtay içtihadından kaynaklanmaktadır. TCK'nın 62. maddesi uyarınca sanığa verilen cezada indirim yapılabilmesi için hâkimin takdirine sunulan *“failin geçmişi, sosyal ilişkileri, fiilden sonraki ve yargılama sürecindeki davranışları, cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri gibi hususlar”*dır. Kanun maddesine göre; failin işlediği suç ya da suçun işleniş şekli takdiri indirim nedenlerinin uygulanmasına etki etmemelidir. İşlenen suç ya da suçun işleniş şekli, temel cezanın takdirinde dikkate alınacak hususlardır. Bu haliyle, tartışmalı uygulamalara sebep olan TCK'nın 62. maddesinde bir değişikliğe gidilmesi ya da Yargıtay içtihatlarındaki yaklaşımın değişmesi yerel mahkemelerin kararlarını değiştirecektir.

Suçla orantılı cezanın önündeki diğer engeller olan cezanın ertelenmesi ve hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumları, ortaya çıkan zarar yönünden ağır suçlar olarak nitelendirilmeyen kasten yaralama, basit cinsel saldırı ya da psikolojik şiddet içerisinde ele aldığımız suçların yargılamaında sıklıkla uygulanmaktadır. Aynı zamanda cezasızlığa sebep olması sebebiyle de, bu kurumların uygulanma şekilleri üzerinde düşünülmesi gerekir. Fiilin etkisi mağdurun üzerinde basit tıbbi müdahaleyle giderilebilecek ölçüde olan kasten yaralama ya da basit cinsel taciz suçlarının yargılması, sıklıkla failin cezasının ertelenmesi ya da fail hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla sonuçlanmaktadır. Bu tür suçlara, ölçsüz şekilde ağır cezalar verilmesi savunulabilecek bir konu değilse de, cezanın kâğıt üzerinde kalması da savunulabilir değildir. Bu durum aynı zamanda failin daha ağır suçlar işlemesinin de önünü açmaktadır. Nitekim bir kadın cinayetinin failinin bu suçtan önce, çoğunlukla da aynı kadına karşı kasten yaralama ya da hakaret ve tehdit suçlarını işlemediği örnekler çok sınırlıdır. Benzer şekilde bir tecavüz suçunun

failinin, bu suçtan önce basit nitelikte de olsa bir cinsel taciz suçunu işlememiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Şiddetin ağırlaşmasının önüne geçmek ve temelde şiddeti ortadan kaldırmak için, cezasızlıkla mücadele edilmelidir.

Kadına yönelik şiddet suçlarında cezaların artırılmasının kadınlar için daha iyi bir koruma sağlayacağı yönündeki yaklaşımın aksine, kadına yönelik şiddet suçlarında cezasızlığın önüne geçilmesinin daha iyi bir koruma sağlayacağını savunulması daha doğrudur. Bir suçun cezasının ağır olması her zaman faili suç işlemekten alıkoymamaktadır. TCK'ya baktığımızda kasten öldürme suçunun cezası müebbet hapis, üstsoy veya altsoydan birine ya da eş veya kardeşe karşı kasten öldürme suçunun işlenmesi halindeyse ceza ağırlaştırılmış müebbet hapistir. Bunlar oldukça ağır cezalardır. Ancak şiddet suçlarının faillerinin, işledikleri suçun soruşturma ya da yargılamaya konu olmayacağını, suçun ispat edilemeyeceğini, türlü sebeplerle ceza almayacaklarını veya daha az ceza alacaklarını düşünmeleri, fail üzerinde daha çok etkilidir. Kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarında cezasızlık ve cezasızlık kavramının içerisinde değerlendirilmesi gereken suçla orantısız ceza, kadınların şiddetten korunmasının önündeki aşılması gereken önemli bir engeldir.

Şiddetin önlenmesine ve yakın şiddet tehlikesinden kadının korunmasına yönelik hukuki düzenlemeler, şiddet mağduru kadını merkeze alan ve klasik hukuk araçlarının dışındaki düzenlemelerdir. Türkiye'de 1998 tarihli 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve bu Kanun'u ilga ederek 20.03.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, şiddet mağduruna geçici koruma sağlayan hukuki düzenlemeleri içerir. Bunlar kadına yönelik şiddet karşısında devletin önleme ve koruma yükümlülüğünü yerine getirmekte kullandığı araçlardır. 6284 sayılı Kanun, 4320 sayılı Kanun'un eleştirilen pek çok düzenlemesini bünyesine almamıştır. Mevcut haliyle kadını şiddetten korumaya yönelik esaslı düzenlemeler içermektedir. 6284 sayılı Kanun, kadına yönelik özel alanda şiddetten kadınları korumak konusunda etkin, sonuç odaklı ve ulaşılabilir bir yasal düzenlemedir.

Türk hukukundaki yasal düzenlemeler, çalışma içerisinde belirtilen eksiklikleri var olsa da, genel çerçevesi itibariyle kadına yönelik şiddetle mücadelede yeterli araçlar sunmaktadır. Ancak yasal düzenlemelerin yeterli olması tek başına

kadına yönelik şiddetle mücadelede yeterli değildir. O yasal düzenlemelerin yorumlanmasındaki tutarsızlıklar ya da cinsiyet ayrımcılığına ilişkin önyargılar, mevzuatı etkin bir araç olmaktan çıkarabilmektedir. Uzun yıllar, şiddet mağduru kadınların ilk başvuru merkezleri olan kolluk makamlarının kadınların şikâyetlerini ciddiye almadığı, hâkim ya da savcıların koruma kararı almakta hızlı davranmadıkları ya da yetkililerin suçluları cezalandırmak yerine aile birliğini korumaya yönelik eşleri barıştırmaya çalışmaları, kadın hakları savunucularının haklı eleştirilerine konu olmuştur. Bunlar yasal mevzuatın uygulanmasının önündeki engeller olarak görülmüştür. Bunların tümüyle sona erdiğini söylemek mümkün değilse de, 6284 sayılı Kanun sonrasında kolluk makamlarının tavrının, çoğu zaman somut olayın detaylarına dahi bakmaksızın, Kanun’u doğrudan uygulamak ve kadına yönelik tedbirleri uygulamaya koymak yönünde olduğu söylenebilir. Bugünün esaslı sorunu, kâğıt üzerinde kalan koruma tedbirleridir.

Uygulamadaki sorunlar ve uygulamayı yönlendiren algılar, yasal düzenlemelerin mükemmel olması halinde dahi olumlu sonuçların doğmasına engeldir. CEDAW Komitesi’nin kadına yönelik özel alanda şiddet suçlarına ilişkin iki önemli kararı olan *Gökçe* ve *Yıldırım* kararlarına konu olan olaylar, Avusturya’da kadına yönelik şiddete karşı özel tedbirler içeren yasal düzenlemenin yürürlükte olduğu dönemde gerçekleşmiştir. Avusturya Kanunu, uygulamaya konulduğu tarihte yenilikçi bir düzenleme olarak değerlendirilen ve Avrupa ülkelerinin birçoğunun örnek aldığı bir düzenlemedir. CEDAW Komitesi de, var olan yasal mevzuatla Avusturya Hükümeti’nin aile içi şiddet konusunda, yasal, cezai ve hukuki yollar, farkındalığı artırma, eğitim, sığınma evleri, şiddet mağdurlarına danışmanlık ve şiddet failleriyle çalışmanın yer aldığı, oldukça kapsamlı bir model oluşturduğunu vurgulamıştır. Ancak bu modelin devlet görevlileri tarafından *gerekli özen gösterilerek* desteklenmediğini belirterek gerçekleşen ihlallerden devletin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Yasaların gereği gibi uygulanmasının önüne geçen uygulayıcıların tutum ve davranışları, kadınları şiddet uygulayanlara karşı korumasız bırakmaktadır. Böylesi durumlarda devletlerin, uluslararası taahhütlerinin gerektirdiği kadına yönelik şiddetle ilgili etkin önleme, koruma, soruşturma ve cezalandırma yükümlülüklerini yerine getirmekte başarısız oldukları kabul edilmektedir.

Şiddet mağduru kadının hakları, ceza adalet sistemi içerisinde korunması ve özellikle zararının giderimi, kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda diğer konulara oranla geri planda kalmıştır. Kadına yönelik şiddetle mücadele ilk planda suç işleyen failin cezalandırılması ve şiddetin önlenmesine yönelik araçlar üzerinden yoğunlukla tartışılmaktadır. Suçun işlenmesinden sonra, kadınların adalete erişimi ve failin yargılanması sürecine ikincil mağduriyet yaşamadan katılması için tedbirler alınmalıdır. Özellikle kadınların yakınlarının şiddetine maruz kaldıklarında, sosyal ve ekonomik yönden daha fazla sorunla karşı karşıya kaldıkları dikkate alınarak sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik düzenlemeler yapılmalıdır.

Bu çalışmada, hukukun kadına yönelik özel alanda şiddetle mücadelede tek başına etkisi olmayan ancak diğer mücadele araçlarıyla birlikte kullanıldığında mücadelenin en önemli aracı olduğu yaklaşımı savunulmuştur. Nitekim bütün insan haklarının evrensel, bölünemez, birbiriyle bağlı ve karşılıklı olarak birbiriyle ilişkili olduğu gerçeği, kadına yönelik özel alanda şiddet olgusunda kendini somut olarak ortaya koymaktadır. Sosyal ve ekonomik haklarından yoksun olan kadın, şiddet sarmalının içinden çıkamaz hale gelmektedir. Çünkü kadın fiziksel olarak erkekten zayıf olmasından değil, ekonomik ve sosyal olarak erkekten zayıf olması sebebiyle şiddet görmektedir. Siyasal haklarla, ekonomik ve sosyal haklar arasındaki ayrımın ve ekonomik ve sosyal hakların gerçekleştirilmesinin bir temenni olarak algılanmasına sebep olan yaklaşımın hatalı olduğu, bu olgu karşısında açıkça ortaya çıkmaktadır. Kadına yönelik özel alanda şiddet olgusu; kadının sosyal ve ekonomik hakları ikincil planda tutulduğunda, birinci kuşak haklar içinde kabul edilen haklarının nasıl ihlal edildiğinin örneğidir. Devlet bu gerçeği göz ardı etmeden, yine hukuk yoluyla, kadının sosyal ve ekonomik haklarını destekleyici önlemler almalıdır. Kadına yönelik şiddet olgusuyla mücadelede devletin bunu giderim olanaklarını geliştirerek yapması mümkündür.

Bu doğrultuda, şiddet mağduru kadının giderim hakkının sağlanması, kadına yönelik şiddetle mücadelede önemli bir ihtiyaçtır. Bu, kadının mükerrer şiddetten korunması ve sosyal ve ekonomik hayata katılabilmesi için gereklidir. Giderim kavramı, mağdurun maddi zararının tazmin edilmesiyle sınırlı değildir. Tazminat kadar, eski halin iadesini, mağdurun rehabilitasyonunu ve mağdurun manevi zararını

ortadan kaldırmak için yapılacak tatmin edici davranışları da kapsar. Bu çalışmada Türk hukuk sisteminde kadının giderim hakkına yönelik hukuki araçlar detaylı olarak incelenmiştir.

Mağdurun zararının giderimi ceza hukuku, medeni hukuk ve idare hukuku kapsamında farklı kanallardan mümkündür. Ayrıca 6284 sayılı Kanun, mağdurun zararının giderimine yönelik özel düzenlemeler içermektedir. Mağdurun zararının fail tarafından giderilmesinin araçlarını sunan ceza hukuku ve medeni hukuk araçları, failin zararı gidermek konusundaki isteksizliği ve sistemin zorlayıcı araçlardan yoksun olması sebepleriyle uygulamada amacına ulaşan araçlar değildir. İdare hukukunun zararı tazmin konusunda etkili bir araç olduğu idarenin hizmet kusuruna ve kusursuz sorumluluğa dayanan içtihatlarında kendini göstermektedir. Yine de, yargılama sürecinin uzun olması ve hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk içtihatlarının her somut olaya uygulanmasına imkân bulunmaması sebebiyle, idare hukukunun da etkin bir araç sunduğu söylenemez. Pek çok yönden eleştirilse de, suç mağdurlarının zararının doğrudan devlet tarafından karşılanmasına olanak sağlayacak olan Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı da yasamanın gündeminden uzaklaşmış olup, kadınların böylesi bir yasal düzenlemeyle giderim talep etme olanağı da doğmadan ortadan kalmıştır.

Pek çok olayda kadınların yakın aile bireylerinden gördükleri şiddetten kurtulamadıkları ve şiddetin düzeyinin giderek arttığı gözlemlenmektedir. Kadınların şiddet gördükleri ev dışında bir yaşam kuramamaları ya da şiddet failinin eş veya sevgili olduğu durumlarda bu kişilerle olan ilişkilerine son verememeleri, kadınların içerisinde bulundukları sosyal, ekonomik ve psikolojik koşullardan kaynaklanmaktadır. Kadınlar ekonomik ve sosyal yetersizlikleri sebebiyle kendilerinin ve varsa çocuklarının ihtiyaçlarını karşılayamayacaklarını; şiddetin yarattığı pasiflik ve depresyon sebebiyle, kendilerine şiddet uygulayandan uzakta bir yaşam kuramayacaklarını ya da şiddet uygulayanın yarattığı korku sebebiyle ondan uzaklaşmak istediklerinde şiddetin daha da artacağını, hatta ölüm riskinin doğacağını düşünmektedirler. Tüm bunların çözümü, kadınların giderim haklarının sağlanmasıyla mümkündür. Şiddetin tekrar etmemesi ve giderek ağırlaşmaması için

kadınların şiddet faillinden korunmaları kadar, ekonomik, sosyal ve psikolojik olarak desteklenmeleri de önemlidir.

Bu çalışmada, kadına yönelik şiddetle mücadele konusunda Türk hukuk mevzuatını daha etkin hale getirmek üzere atılması gereken adımların neler olduğunun ortaya konulması amaçlanmıştır. Bu kapsamda, mevzuatın şiddet mağduru kadının giderim hakkının sağlanması dışındaki alanlarda, çalışma kapsamında ele alınan eksikliklerine rağmen, kategorik olarak devlet sorumluluğundan doğan yükümlülükleri karşıladığı görülmektedir. Temelde sorun yasal düzenlemelerdeki eksikliklerden değil, uygulayıcıların yasal düzenlemeleri yorumlamalarındaki tutarsızlıklardan ve cinsiyet ayrımına ilişkin yerleşik yargılardan kaynaklanmaktadır. Ancak kadının giderim hakkına yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi için, yasal düzenlemelerde ve diğer alanlarda fazlaca eksiklik bulunmaktadır. Bunların tamamlanabilmesi için, öncelikle sosyal ve ekonomik alanlarda kadın erkek eşitliğinin sağlanması için düzenlemeler yapılmalıdır. Kadınların sosyal ve ekonomik olarak güçlendirilmesi için pozitif ayrımcılık yapılmalıdır. Kadınlara yönelik ekonomik ve sosyal alanlarda pozitif ayrımcılık içeren düzenlemelerin ailenin temelini zayıflatmaya yönelik bir girişim olduğu algısının ortadan kalkması gerekir. Aynı zamanda ekonomik ve sosyal desteğin artırılması bir bağış ya da yardım olarak değerlendirilmemelidir. Bu tür yaklaşımlar, kadını korunmaya muhtaç bir varlık olarak bir tür himaye altına alınması algısını kuvvetlendirir ve kadının erkeğe göre daha alt konumda olduğu anlayışına hizmet eder. Türkiye'deki kadınlarla erkeklerin sosyal ve ekonomik yaşamdaki eşitliğinin sağlanabilmesi, bunu hedefleyen çok yönlü politikalarla mümkün olabilir ve bu hukuki araçların hedefini aşar. Ancak özel olarak şiddet mağduru kadınların zararının giderimi yoluyla kadının sosyal ve ekonomik yönden desteklenmesi, şiddet mağduru kadının şiddetten tümüyle kurtulmasını sağlayarak, bu kapsamlı sorunu kısmen çözebilir.

KAYNAKÇA

I-KİTAPLAR VE MAKALELER

ABI-MERSHED Elizabeth A.H.: “*Due Diligence and the Fight Against Gender-Based Violation in the Inter-American System*”, Due Dilligence and its Application to Protect Women From Violence içinde (Edt. Carin BENNINGER-BUDEL), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, s. 127-138.

ABU-ODEH Lama: “*Arap Topluluklarında Namus Cinayetleri ve Toplumsal Cinsiyetin İnşası*”, Müslüman Topluluklar İçinde Kadın ve Cinsellik içinde, (Derl. Pınar İLKKARACAN), İletişim Yay., B. 3, İstanbul 2011, s. 243-264.

ACAR Feride: “*Kadınların İnsan Haklarında Uluslararası Standartlar ve Denetim: CEDAW Örneği Bağlamında Bazı Gözlemler*”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde, (Derl. Hülya DURUDOĞAN, Fatoş GÖKŞEN, Bertil Emrah ODER, Deniz YÜKSEKER) İstanbul Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 197-207.

ACAR Feride: “*Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Hukuk ve Sivil Toplum*”, Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama içinde, (Derl. Gökçeçiçek AYATA-Sevinç ERYILMAZ DİLEK-Bertil Emrah ODER), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 13-23,

ACAR Feride: “*CEDAW’dan İstanbul Sözleşmesi’ne: Kadınların İnsan Hakları ve Kadınlara Karşı Şiddete İlişkin Uluslararası Standartların Evrimi*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İç Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 61-77.

ACAR Feride - ERTÜRK Yakın: “*Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar*”, Birkaç Arpa Boyu..., 21. Yüzyıla Girenken Türkiye’de Feminist Çalışmalar, Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan içinde, (Derl. Serpil SANCAR), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, s. 281-305.

AKAL Cemal Bali: İktidarın Üç Yüzü, Dost Kitabevi, Ankara 2005.

AKANDJI-KOMBE Jean-François: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü, Belçika 2008.

AKINCI Füsün Sokullu: Viktimoloji (Mağdurbilim), Beta Yay., İstanbul 2008.

AKINCI Füsün Sokullu: Kriminoloji, Beta Yay., B. 11, İstanbul 2014.

- ALGAN Bülent:** Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yay., Ankara 2007.
- ALTINAY Ayşe Gül - ARAT Yeşim:** Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet, Metis Yay., B. 1, İstanbul 2007.
- ALTIPARMAK Kerem:** Cezasızlıkla Mücadele El Kitabı, İnsan Hakları Ortak Platformu, Ankara 2016.
- ALTUNKAŞ Aysun:** “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 301-352.
- ANTKOWIAK Thomas M.:** “*Remedial Approches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond*”, Columbia Journal of Transnational Law, V. 46, No: 2, 2008, s. 351-419.
- ARIN Canan** “*Kadının Şiddete Karşı Hukuksal Korunması*”, Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan, Beta Yay., İstanbul 2004, s. 50.
- ARIN Canan:** “*Kadına Yönelik Şiddet Türleri*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, C. 3, s. 148-157.
- ATAÇ Selcen:** “*Cinsel İstimar ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişkiye Girme Suçu*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 111-142.
- ATAÇ Asiye Selcen:** “*Ceza Hukuku ve Ensest Fiiller Arasındaki İlişkiye Genel Bir Bakış*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, C. 19, S. 2, 2013, s. 871-878.
- ATASAYAN Gözde:** “*Türkiye’de Kadına Karşı Şiddetle Hukuksal Mücadele*”, Rona Aybay’a Armağan içinde, C. 2, Legal Yay., İstanbul 2014, s. 355-373.
- ATILGAN Eylem Ümit:** Türkiye’deki İç Hukuk Kültürü Üzerine Sosyo-Hukuki Bir Araştırma, Haksız Tahrik Kararlarında Eril Tahakküm Kodları, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- AYATA Gökçeçiçek - ERYILMAZ Sevinç - KALEM Seda:** Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kimi ve Neyi Koruyor? (Hâkim, Savcı ve Avukat Anlatıları), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 363, İstanbul 2011.
- AYBAY Rona:** Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi, Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 113, TBB İHAUM Dizisi: 7, 2006.
- BAHADIR Burçe:** Ölü Kadınlar Memleketi, Ayizi Kitap, Ankara 2014.

- BAHÇECİ Şehnaz Kıymaz:** Evaluation of Istanbul Convention: Its Contributions and Constraints For Elimination of Violence Against Women In Turkey”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2012.
- BAKIRCI Kadriye:** Uluslararası Hukuk, AB ve ABD Hukuk ile Karşılaştırmalı Çalışma Yaşamında Kadın Erkek Eşitliği Arayışı-Cinsel Ayrımcılığın Yasağı ve Türkiye, Seçkin Yay., B. 2, Ankara 2012.
- BAKIRCI Kadriye - SANCAR Türkân Yalçın - UYGUR Gülriz:** Aile İçi Şiddete ve Yetkili Kurum ve Kuruluşlara İlişkin Mevzuat ve Değerlendirme Raporu, Uluslararası, Avrupa ve Türk Hukuk Mevzuatı, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, BM ve Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Projesi, Ankara 2007.
- BARNETT Hilaire:** Introduction to Feminist Jurisprudence, Cavendish Publishing Limited, London 1998.
- BARNIDGE Robert P:** “*The Due Diligence Principle Under International Law*”, International Community Law Review, S.8, No.1, 2006, s. 81-121.
- BASSIOUNI M. Cherif:** “*International Recognition of Victims’ Rights*”, Human Rights Review, V. 6, 2006, s. 203-279.
- BAYRAKTAR Köksal:** Faal Nedamet, İÜHFM, C.33, S.3-4, 1967, s. 122-153.
- BENLİ Fatma:** “*Kadın ve Hukuk: Kadın Haklarının Yargıtay Kararlarına Yansıması*”, Cinsiyet Halleri Türkiye’de Toplumsal Cinsiyetin Kesişim Sınırları içinde, (Derl. Nil MUTLUER), Varlık Yay., İstanbul 2013, s. 122-139.
- BENNINGER-BUDEL Carin:** “*Introduction*”, Due Dilligence and its Application to Protect Women From Violence içinde (Edt. Carin BENNINGER-BUDEL), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008.
- BERKTAY Fatmagül:** Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Yay., B. 4, İstanbul 2012.
- BERKTAY Fatmagül:** “*Hayalin Hakikatine... Osmanlı’dan Cumhuriyet’e Kadınların Kamusal Özgürlük Özlemi*”
http://www.academia.edu/6394111/Hayalin_Hakikatine
- BERKTAY Fatmagül:** Tarihin Cinsiyeti, Metis Yay., B. 4., İstanbul 2012.
- BİRTANE Şermin:** “*Kadına Karşı Şiddet Sorunu ve 6284 Sayılı Kanun’un Getirdikleri*”, HUKAB Dergi, S. 5, <http://www.hukabdergi.com/p2150/>

BODANSKY Daniel – CROOK John R.: “*Introduction and Overview*”, American Journal of International Law, “Symposium: the ILC’s State Responsibility Articles”, S. 96, No. 4, 2002, s. 773-791.

BOUKERBOUT Maria Gabriella Bettiga: “*İtalyan Ceza Kanunu’nda ‘Namus Suçları’: Bir Tarih ve Reform İncelemesi*”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 235-249.

BORA Aksu: “*Ortadoğu’da Kadın Hareketleri: Farklı Yollar, Farklı Stratejiler*” İÜSBFD, No: 39, Ekim 2008, s. 55-69.

BORA Aksu: Feminizm Kendi Arasında, Ayizi Yay., İstanbul 2011.

BORA Aksu: Kadınların Sınıfı, Ücretli Ev Emeği ve Kadın Öznelliğinin İnşası, İletişim Yay., B. 5, İstanbul 2012.

BORA Aksu – ÜSTÜN İlknur: “Sıcak Aile Ortamı”, Demokratikleşme Sürecinde Kadın ve Erkekler, Tesev Yay., İstanbul 2005.

BOURKE-MARTIGONI Joanna: “*The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and Its Role in the Protection of Women Against Violence*”, Due Dilligence and its Application to Protect Women From Violence içinde (Edt. Carin BENNINGER-BUDEL), Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston 2008, s. 47-61.

BOYAR Oya: “*Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki*”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde, (Edt. Sibel İNCEOĞLU), Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 53-81.

BYRNES Andrew – BATH Eleanor: “*Violation against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Recent Developments*”, Human Rights Law Review, 8:3, 2008, s. 517-533.

BYRNES Andrew C. - GRATEROL Maria Herminia - CHARTRES, R. Renee L.: “*State Obligation and the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*”, University of New South Wales Faculty of Law Research Series, S. 48, 2007.

CAMPOS Carmen Hein De: “*Access to Justice and the Permissive State: The Brazilian Experience*”, University of Miami Law Review, S. 65, 2011, s. 893-902.

CAN Cahit: Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Siyasal Yay., B. 2., Ankara 2012.

CENTEL Nur: “*Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması*”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan içinde, İstanbul 1997, s. 59-69.

CENTEL Nur: “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdahillik ve Suçtan Zarar Gören Kavramları*”, Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde (Hülya DURUDOĞAN, Fatoş GÖKŞEN, Bertil Emrah ODER, Deniz YÜKSEKER), Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 239-249.

CENTEL Nur: “*Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Koruyor Mu?*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 1-13.

CENTEL Nur: “*Mağdurun Hakları ve Zararının Giderilmesi*”, Rona Aybay’a Armağan içinde, C. 1, Legal Yay., İstanbul 2014, s. 577-604.

CENTEL Nur - ZAFER Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., B. 9, İstanbul 2012.

CHARLESWORTH Hilary: “*What are 'Women's International Human Rights?'*”, Human Rights of Women National and International Perspectives, (Edt. Rebecca J. COOK), University of Pennsylvania Press, Philadelphia 1994, s. 59-84.

CHINKIN Christine: “*Addressing Violence Against Women in the Commonwealth Within States' Obligations Under International Law*”, Commonwealth Law Bulletin, Vol. 40, No. 3, 2014, 471–501.

CHIRWA Danwood Mzikenge: “*The Doctrine of State Responsibility as a Potential Means of Holding Private Actors Accountable for Human Rights*”, Melbourne Journal of International Law, V. 5, 2004.

CLAPHAM Andrew: “*The 'Drittwirkung' of the Convention*”, The European System for the Protection of Human Rights içinde, (Edt. R. St. J. MACDONALD-F. MATSCHER-H. PETZOLD), Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

COOK Rebecca J.: “*State Responsibility for Violation of Women's Human Rights*”, 7 Harv. Hum. Rts. J., 1994.

COOMARASWAMY Radhika: “*Kadına Yönelik Şiddet ve 'Namus Suçları'*”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 17-21.

CRAWFORD James: “*The ILC’s Articles on Responsibility of States For Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*”, American Journal of International Law, S. 96, No.4, 2002, s. 874-890.

CRAWFORD James: “*Human Rights and State Responsibility*”, 12th Raymond & Beverly Sackler Distinguished Lecture Series, Thomas J. Dodd Research Centre University of Connecticut, 2006. <http://thedoddcenter.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/319/2013/10/10.25.2006-Sackler-Lecture-James-Crawford-Transcript.pdf>

COLANDREA Valerio: “*On the Power of the European Court of Human Rights to Order Specific Non-monetary Measures: Some Remarks in the Light of the Assanidze, Broniowski and Sejdevic Cases*”, Human Rights Review, 7:2, 2007, s. 396-411.

ÇAKIRCA Seda İrem: “*Evli Kadının Bitmek Bilmeyen Soyadı Zaferi*”, Güncel Hukuk, Şubat 2014, s. 60-62.

ÇETİNTÜRK Ekrem: Onarıcı Adalet, HD Yay, İstanbul 2008.

DEMİRBAŞ Timur: Kriminoloji, Seçkin Yay., B. 5, Ankara 2014.

DİNER Çağla - TOKTAŞ Şule: “*Türkiye’de Kadın Sığınma Evleri: Yasal Süreçler ve İdari Uygulamalar*”, Sınır Bilgisi, Siyasal İktidar, Toplumsal Mekân ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Derl. Elif ÇELEBİ-Didem HAVLIOĞLU-Ebru KAYAALP), Ayizi Kitap, Ankara 2014, s. 109-137.

DİREK Zeynep: “*Şiddet Kavramı Üzerine*”, Güncel Hukuk, Mart 2013, s. 22-23.

DOĞAN Fatma Karakaş: “*Suçtan Doğan Mağduriyetin Devlet Tarafından Giderilmesi ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısı*”, TBB Dergisi, 2011 (95), s. 197-234.

DOĞAN Fatma Karakaş: “*Uluslararası Düzenlemeler Işığında Mağdur Haklarının ve Suç Mağdurlarına Yardım Hakkında Kanun Tasarısının Değerlendirilmesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Özel Sayı, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan C. 19, S. 2, 2013, s. 1007-1029.

DOĞAN Recep: “*Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu*”, ABD, 2014/2, s. 137-154.

DOĞRU Osman - NALBANT Atilla: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar, C. 1, Avrupa Konseyi, Yargıtay Başkanlığı, Ankara 2012.

DONELLY Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin Yay., Ankara 1995.

DURAMY Benedetta Faedi: “*Judicial Developments in the Application of International Law to Domestic Violence*”, Journal of Gender, Social Policy & The Law, 21:2, 2012, s. 413-436.

DÜVENCİ Nurdan: Mağdur Hakları Bakımından Şiddet Mağduru Kadının Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İnsan Hakları Hukuku Yüksek Lisans Programı, İstanbul 2007.

ECEVİT Yıldız: “*Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisine Başlangıç*”, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 2-25.

EDWARDS Alice: Violence Against Women Under International Law, Cambridge University Press, 2011.

ELVER Hilal: “*Hukukta Çifte Standart: Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi Yasası ve Ayrımcılık*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 671-677.

EMEK Şeyda: “*Almanya’da Mağdurun Ev İçi Şiddete Karşı Korunmasına Dair Kanun Koyucunun Faaliyetleri*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 137-145.

EREM Faruk: “*Ceza Adaletinde Mağdurun Korunması*”, Adalet Dergisi, S. 6, Haziran 1968.

EREM Faruk: Ümanist Öğreti Açısından Türk Ceza Hukuku, C. 2, Genel Hükümler, Ankara 1985.

ERKİNER Hakkı Hakan: “*Devletin Haksız Fiilinden Dolayı Uluslararası Sorumluluğunda Uluslararası Hukuk Komisyonu’nun Tespit Ettiği İsnat Kuralları*”, MÜHF-HAD, C.13, S.3-4, 2007, s. 145-180.

ERKİNER Hakkı Hakan: Devletin Haksız Fiilinden Kaynaklanan Uluslararası Sorumluluğu, XII Levha Yay., İstanbul 2010.

ERTÜRK Şükran - ÖZDAMAR Demet: “*Kadınlara Karşı Şiddet ve Ayrımcılık*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel Sayı, 2009 (Basım Yılı: 2010), s. 1169-1218.

ERTÜRK Yakın: Sınır Tanımayan Şiddet, Paradigma, Politika ve Pratikteki Yönleriyle Kadına Şiddet Olgusu, Metis Yay., İstanbul 2015.

ERYILMAZ Sevinç: “*2014 Biterken Kadın Hakları, Fıtrat Mı Eşitlik Mi?*”, Güncel Hukuk, Ocak 2015, s. 20-21.

- FILIPČIČ Katja:** “*Legal Responses to Domestic Violence: Promises and Limits*”, Violence in the EU Examined, Policies on Violence against Women, Children and Youth in 2004 EU Accession Countries içinde, (Edt. Milica Antić GABER), University of Ljubliana 2009, s. 115-123.
- GEMALMAZ Mehmet Semih:** Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Legal Yay., B. 7, İstanbul 2010.
- GENÇCAN Ömer Uğur:** Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Yetkin Yay., Ankara 2010.
- GIOVANOGLU Sofia:** “*Violence Against Women in Greece-National Report*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 459-475.
- GITTINS Diana:** Aile Sorgulanıyor, Pencere Yay., B. 2, İstanbul 2011.
- GOEL Rashmi:** “*Can I Call Kimura Crazy? Ethical Tensions in the Cultural Defense*”, Seattle Journal for Social Justice, V. 3, I. 1, Article 42, 2004, s. 442-464.
- GÖLCÜKLÜ Feyyaz - GÖZÜBÜYÜK Şeref:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, B. 6, Ankara 2005.
- GÖZLER Kemal:** İdare Hukuku, C. II, Ekin Yay., Bursa 2003.
- GÖZTEPE Ece:** “ ‘*Namus Cinayetlerinin*’ Hukuki Boyutu: Yeni Türk Ceza Kanunu’nun Bir Değerlendirmesi”, TBB Dergisi, S. 59, 2005, s. 29-48.
- GÜL İdil Işıl - KARAN Ulaş:** Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.
- GÜNDAY Metin:** İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, B. 7, Ankara 2003.
- GÜRSEL Esra Demir:** “*N.Ç. Davası: Tecavüze Razi Olmak ve Kadınların Ahlakı*”, Sınır Bilgisi, Siyasal İktidar, Toplumsal Mekân ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Derl. Elif ÇELEBİ-Didem HAVLIOĞLU-Ebru KAYAALP), Ayizi Kitap, Ankara 2014, s. 137-162.
- HARRIS David - O’BOYLE Micheal - WARBRICK Colin:** Law of the European Convention on Human Rights, Oxford University Press, New York 2009.
- HASSELBACHER Lee:** “*State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, and International Legal Minimums of Protection*”, Northwestern Journal of International Human Rights, S.8(2), 2010, s. 190-215.

HATEMİ Hüseyin: Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, B. 3, İstanbul 2013.

HESSBRUEGGE Jan Arno: “*The Historical Development of The Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law*”, JILP, S. 36, No. 4, 2004, s. 265-307.

HOYAK Danielle - SIDAWI Rafif Rıda - MRAD Amira Abou: “*Lübnan’da Kadın Cinayetleri: Hakikat ve Hukuk Kısıncında ‘Namus Suçları’*”, *Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde*, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 124–147.

İŞIK Şeyma Genç - DEVECİ Ümmügölsüm: “*Avusturya Ülke Raporu*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 229-243.

İLKKARACAN Pınar: “*Giriş: Müslüman Toplumlarda Kadın ve Cinsellik*”, *Müslüman Toplumlarda Kadın ve Cinsellik içinde*, (Derl. Pınar İLKKARACAN), İletişim Yay., B. 3, İstanbul 2011, s. 11-33.

İLKKARACAN Pınar: “*Türkiye’nin Doğu Bölgelerinde Kadın Cinselliği Bağlamının İncelenmesi*”, *Müslüman Toplumlar İçinde Kadın ve Cinsellik içinde*, (Derl. Pınar İLKKARACAN), İletişim Yay., B. 3, İstanbul 2011, s. 133-150.

İNCEOĞLU Sibel: “*Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Af, Şartla Salıverme, Dava ve Cezaların Ertelenmesi*”, *Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi’nin 39. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler*, C. 18, Ankara 2001, s. 41-70.

KAFES Veli: “*Ceza Hukukunda Mağdurun Zararının Giderilmesi*”, AÜHFD, 60 (1) 2011, s. 83-156.

KANDIYOTI Deniz: *Cariyeler, Bacılar, Yurttaşlar, Kimlikler ve Toplumsal Dönüşümler*, Metis Yay., B. 4, İstanbul 2013.

KANYILMAZ Önder: *Erkeğin İtibarsızlaştırılması Feminist Düzen*, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2013.

KAPANİ Münci: *İnsan Haklarının Uluslararası Boyutları*, Bilgi Yayınevi, B. 2, Ankara 1991.

KARAN Ulaş: “*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*”, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme içinde*, (Edt. Sibel İNCEOĞLU), Avrupa Konseyi, Ankara 2013, s. 459-495.

KARINCA Eray: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2008.

KARINCA Eray: “*Neden Kız Doğursun Analar?*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 137-141.

KARTAL Pınar Memiş: “*Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 85-111.

KERESTECİOĞLU Filiz: “*Cinsel Saldırı Olgularına Adli Tıp Yaklaşımı ve Hukuksal Boyut*”, Güncel Hukuk, Mart 2013, s. 28-30.

KEVORKIAN Nadera Shalhoub: “*Filistin’de Kadın Mağduriyetinin İncelenmesi: Sosyo-Yasal Bir Analiz*”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 169-189.

KIRIT Yasemin F. Saygılar: “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Taciz Suçu*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 143-156.

KOCH Ida Elisabeth: “*The Justiciability of Indivisible Rights*”, Nordic Journal of International Law, S. 72, 2003, s. 3-39.

KÖPRÜLÜ Timuçin: “*Töre Saikiyle İşlenen Suçlar-Brezilya ve ABD Örnekleri*”, Güncel Hukuk, Mayıs 2007, s. 44-46.

KUNTER Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Beta Yay., B. 9, İstanbul 1989.

KURT Gülşah: “*Çocuk Düşürtme ve Düşürme Suçları*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 65-85.

KURT Gülşah: Cezasızlık Sorunu: Soruşturma Süreci, Hakikat Adalet Hafıza Merkezi, İstanbul 2014.

KUYUCU Nisan: AİHM İçtihadında Ayrımcılık Yasağı Çerçevesinde Kadına Yönelik Şiddet, Seçkin Yay., Ankara 2014.

MACKINNON Catharine: *Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru*, Metis Yay., İstanbul 2003.

MEMİŞ Emel: “*Ekonomik Şiddet Kapsamında Karşılıksız Emek*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 167-179.

MOROĞLU Nazan: “*Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun*”, <http://www.tukd.org.tr/>

ODER Bertil Emrah: “*Anayasa’da Kadın Sorunsalı: Norm, İctihat ve Hukuk Politikası*” Türkiye’de Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları: Eşitsizlikler, Mücadeleler, Kazanımlar içinde (Derl. Hülya DURUDOĞAN, Fatoş GÖKŞEN, Bertil Emrah ODER, Deniz YÜKSEKER) Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2010, s. 207-239.

OĞUZMAN M. Kemal - ÖZ M. Turgut: *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, B.2, İstanbul 1998.

ÖDEN Merih: *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yay., Ankara 2003.

ÖDEN Merih: “*Türk Anayasa Hukukunda Devletin Kadınları Ev-İçi Şiddete Karşı Koruma Ödevi*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriiz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 77-95.

ÖNOK Murat: “*5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 169-240.

ÖNTAN Yaprak: “*İntihara Yönlendirme Suçları*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2015, s. 845-898.

ÖZBEK Veli Özer: *Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi*, Seçkin Yay., Ankara 1999.

ÖZBEK Veli Özer - KANBUR M. Nihat - DOĞAN Koray - BACAKSIZ Pınar - TEPE İlker: *Ceza Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler)*, Seçkin Yay., B. 3, Ankara 2010.

ÖZCAN Onur: “*5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Töre Saiikiyle Kasten Öldürme Suçu*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 241-260.

- ÖZDAMAR Demet:** CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyarî Protokol'ün İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Seçkin Yay., Ankara 2009.
- ÖZENÇ Berke:** “*Kadın Sünneti: Etnomerkezci Önyargılardan Kültürel Dinamikleri Dikkate Alan Bir Yaklaşım Doğru*”, İÜHFM, C. UOV, S. 2, 2006, s. 145-166.
- ÖZGENÇ İzzet:** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, B. 3, Ankara 2006.
- ÖZGENÇ İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yay., B. 7, Ankara 2012.
- ÖZKAZANÇ Alev:** Cinsellik, Şiddet ve Hukuk, Dipnot Yay., Ankara 2013.
- ÖZTAN Ece:** “*Toplumsal Cinsiyet Eşitliğinin Anayasallaşması*”, Rona Aybay’a Armağan içinde, C. 2, Legal Yay., İstanbul 2014, s. 1905-1925.
- ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa Ruhan - ÖZBEK Veli Özer:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri, Seçkin Yay., İzmir 1998.
- PAMUK Gülfem:** “*Ceza Muhakemesi Hukukunda Mağdurun Şahsi Hak Talebinde Bulunma Hakkı*”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 353-378.
- PARLAR Ali - HATİPOĞLU Muzaffer:** 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu C. 1, Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, 2007, Ankara.
- PASQUALUCCI Jo M.:** The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Cambridge University Press, 2013, s. 188-299.
- PAZARCI Hüseyin:** Uluslararası Hukuk Dersleri, 3. Kitap, Turhan Kitabevi, B.4, Ankara 2005.
- PAZARCI Hüseyin:** Uluslararası Hukuk, B.10, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.
- PEHLİVAN Ali:** “5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda İntihara Yönlendirme Suçu”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması içinde (Edt. Nur CENTEL), Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No.1, XII Levha Yay., İstanbul 2013, s. 261-301.
- POLAT Oğuz:** Aile İçi Cinsel Tecavüz Enstet, Nokta Kitap, İstanbul 2006.
- QURESHI Shazia:** “*The Emergence/Extention of Due Diligence Standard to Assess the State Response towards Violence against Women/Domestic Violence*”, South Asian Studies A Research Journal of South Asian Studies S. 28, No. 1, 2013, s. 55-66.

- SABADELL Ana Lucia - DIMOULIS Dimitri:** “*Domestic Violence in Brazil: Social Problems and Legislative Interventions*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 389-407.
- SANCAR Mithat:** Geçmişle Hesaplaşma, Unutma Kültüründen Hatırlama Kültürüne, İletişim Yay., İstanbul 2007.
- SANCAR Serpil:** “*Erkeklik*”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011.
- SANCAR Serpil:** Erkeklik: İmkansız İktidar Ailede, Piyasada ve Sokakta Erkekler, Metis Yay., B. 3, İstanbul 2013.
- SANCAR Türkân Yalçın:** “*Dilin Kadına Yönelik Şiddet Üzerindeki Rolü*”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, C. 3, Ankara Barosu yayınları içinde, s. 158-166.
- SANCAR Türkân Yalçın:** Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yay., Ankara 2013.
- SANCAR Türkân Yalçın:** “*Şiddet Kültürü ve Ceza Hukuku Açısından Kadına Yönelik Şiddet*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 119-137.
- SANCAR Türkân Yalçın:** “*Asıl Sorunu Gözden Kaçırma Tehlikesi*”, Güncel Hukuk, Mart 2016, s. 22-24.
- SANCAR Türkân Yalçın - YAŞAR Tuğçe Nimet:** “*Ensest, ‘Genel Ahlak’ ve Alman Anayasa Mahkemesi’nin Kararı*”, TBB Dergisi, S. 80, 2009, s. 245-297.
- SARIHAN Şenal:** “*4320 sayılı Yasa’dan 6284 Sayılı Yasa’ya: Biz Bir Adım İlerideyiz, Şiddetse 1000 Adım!!!*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 143-153.
- SAVRAN Gülnur Acar:** Beden Emek Tarih: Diyalektik Bir Feminizm İçin, Kanat Kitap, İstanbul 2004.
- SEN Purna:** “*‘Namus Suçları’, Anlam ve Önemi*”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 59-79.
- SEVER D. Çiğdem:** “*Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Opuz v. Türkiye Kararı*”, Atılım Sosyal Bilimler Dergisi, 2006, C:1, S. 2, s. 19-46.

SEVER D. Çiğdem: “*Bir Yap-Boz Hikâyesiyle Eşitlik Sağlandı Mı?*”, Güncel Hukuk, Şubat 2014, s. 62-64.

SHELTON Dinah: Remedies in International Human Rights Law, Oxford University Press, New York 2005.

SIDDIQUI Hannana: “ ‘Aile İçi Şiddet Namus Değil Yüz Karasıdır!’ , Birleşik Krallık’ta ‘Namus’ Suçlarına Karşı Kadınların Mücadelesi”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 267-286.

SLIMAN Aida Touma: “Kültür, Ulusal Azınlık ve Devlet: İsrail’deki Filistin Toplumunda ‘Aile Namusu Adına İşlenen Suç’a Karşı Mücadele”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 190–206.

SÖZÜER Adem – BAYTAZ Abdullah Batuhan - KELEP Tuba: “*Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılıkla İlgili Bilimsel Rapor*”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 311-323.

SPIELER Paula: “*The Maria da Penha Case and the Inter-American Commission on Human Rights: Contributions to the Debate on Domestic Violence Against Women in Brazil*”, Indiana Journal of Global Legal Studies, S.18, 2011, s. 121-143.

ŞAFAK Ayşe Aydın: Feminist Bir Bakışla Türk Aile Hukukunda Kadın Bedeni, XII Levha Yay., İstanbul 2014.

ŞAHİN Meral Ekici: “*Ceza Hukuku ve Zorla Evlendirme*”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2015, s. 395-427.

ŞENER Ekin Bozkurt: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddeti Önlemede 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Değerlendirilmesi, Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Yayınlanmış Uzmanlık Tezi, Ankara 2011.

ŞENOL Cem: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Etkin Soruşturma Yükümlülüğü (CMK m. 172/3), XII Levha Yay., İstanbul 2013.

ŞERİFSOY Selda: “*Aile ve Kemalist Modernizasyon Projesi, 1928-1950*”, Vatan, Millet, Kadınlar içinde, (Derl. Ayşe Gül ALTINAY), İletişim Yay., İstanbul 1998, s. 167-201.

TAHAOĞLU Çiçek - BAKİ Begüm: “*Haksız Tahrik İndirimi Politikası*”, Güncel Hukuk, Kasım 2014, s. 35.

TANRIVER Süha: “*Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi*”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 113-118.

TANER Fahri Gökçen: Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Seçkin Yay., Ankara 2008.

TANER Fahri Gökçen: “6545 sayılı Kanun’la Cinsel Suçlarda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir Değerlendirme”, Güncel Hukuk, Ağustos 2014, s. 60-63.

TANER Fahri Gökçen: “Ceza Kanunlarının Gözünde Hayır Ne Zaman ‘Hayır’ Demek?, Cinsel Suçlar Cephesinde Kadının Eşitlik Mücadelesi Üzerine Bir İnceleme”, Güncel Hukuk, Kasım 2014, s. 14-17.

TANER Fahri Gökçen; “Anayasa Mahkemesi’nin Çocukların Cinsel İstismarına ve Evlenmenin Dinsel Törenine İlişkin İptal Kararlarının Ardından Çok Katmanlı Bir Çözüm Önerisi”, TBB Dergisi 2016 (124), s. 221-246.

TAŞKIN Ozan Ercan: “Göçmen Fail ve Ceza Hukuku: Kültürel Savunma”, Prof. Dr. Nevzat Toroslu’ya Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 2015, s. 1091-1136.

TEKELİ Şirin: “Tek Parti Döneminde Kadın Hareketi Bastırıldı”, Sol Kemalizme Bakıyor içinde, (Derl. Ruşen ÇAKIR-Levent CİNEMRE), Metis Yay., İstanbul 1991, s.103-118.

TOMUSCHAT Christian: “Reparation for Victims of Grave Human Rights Violations”, Tulane J. of Int’l & Comp. Law, V. 10, 2002, s. 157-184.

TOPALOĞLU Binnaz: “Kadına Yönelik Şiddete ve Aile içi (Eşler Arası) Şiddete Karşı Mücadele” ”, 2. Uluslararası Suç ve Ceza Film Festivali, Kadına Yönelik Şiddet ve Ayrımcılık içinde, (Edt. Adem SÖZÜER), Adalet Yay., Ankara 2014, s. 357-377.

TOROSLU Nevzat: Ceza Hukuku, Savaş Yay., B. 5, Ankara 2001.

TOUBIA Nahid: “Kadın Genital Mutilasyonu Nedir?”, Müslüman Toplumlarda Kadın ve Cinsellik içinde, (Derl. Pınar İLKKARACAN), İletişim Yay., B. 3, İstanbul 2011.

USTA Sevgi: “ “Koca Aile Birliğinin Reisidir” Hükmünden “Edinilmiş Mal Rejimi”ne: Evli Kadının Hukuki Durumu”, Birkaç Arpa Boyu..., 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar, Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan içinde, (Derl. Serpil SANCAR), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, s. 943-984.

UYGUR Gülriz: “2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi Işığında Kadına Yönelik Şiddeti Önlemeye Yönelik Devletin Ödevi: Değişen Devlet Anlayışı Mı?”, Birkaç Arpa Boyu..., 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar, Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan içinde, (Derl. Serpil SANCAR), Koç Üniversitesi Yay., İstanbul 2011, s. 883-915.

UYGUR Gülriz - ÇAĞLAR İrem: “Şiddet”, Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 118-132.

UYGUR Gülriz - ÇAĞLAR İrem: “Hukuk”, Toplumsal Cinsiyet Sosyolojisi içinde, (Edt. Yıldız ECEVİT-Nadide KARKINER), Anadolu Üniversitesi Yay., Eskişehir 2011, s. 154-177.

UYGUR Gülriz – GÜRGEY İrem Çağlar: “Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları İhlali ve Bunun Bir Örneği Olarak Kadına Yönelik Şiddet”, Kadınların ve Kız Çocuklarının İnsan Hakları: Kadına Yönelik Şiddet ve Ev-İçi Şiddet içinde, (Edt. Funda KAYA-Nadire ÖZDEMİR-Gülriz UYGUR), Savaş Yay., Ankara 2014, s. 9-61.

UYUMAZ Alper - AKDAĞ İdris: “Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı İle Israrlı Takip Mağdurunun Korunması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX, S. 2, 2015, s. 45-94.

ÜNAL Mehmet: “Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi” AÜHFD, C.34, S. 1-4, Ankara 1977, s. 195–231.

ÜNVER Yener - HAKERİ Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet Yay., B. 4, Ankara 2011.

van BOVEN Theo: The United Nations Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, United Nations Audiovisual Library of International Law, New York, 16.12.2005, s.5. http://legal.un.org/avl/ha/ga_60-147/ga_60-147.html

WARRAICH Sohail Akbar: “Pakistan’da ‘Namus Cinayetleri’ ve Hukuk”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 92-123

WELCHMAN Lynn- HOSSAIN Sara: “‘Namus’, Doğrular ve Yanlışlar”, Namus-Suçlar, Paradigmalar ve Kadına Yönelik Şiddet içinde, (Edt. Lynn WELCHMAN-Sara HOSSAIN), BGST Yay., İstanbul 2014, s. 59-79.

WHITE Carol Hagemann - BOHN Sabine: Protecting Women Against Violence, Analytical Study on the Effective Implementation of Recommendation Rec

(2002) 5 on the Protection of Women against Violence in Council of Europe Member States, Strasbourg 2007.

YAZICI Serap: “Eşitlik İlkesinin Değişen Dinamiği Çerçevesinde Kadın Hakları”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, C. 3, Ankara Barosu yayınları içinde, s. 424-459.

YENİSEY Kübra Doğan: “Kadın Erkek Eşitliği Bakımından İş Hukuku’nun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları”, Kamu-İş, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, C.6, S. 4, 2002, s. 31-72.

YILDIRIM Aysel: Sıradan Şiddet Kadına ve Çocuğa Yönelik Şiddetin Toplumsal Kaynakları, Boyut Yay., İstanbul 1998.

YÜKSEL Murat: Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri, Beta Yay., İstanbul 2003.

ZABUNOĞLU Hamdi Gökçe: “Kültürel Görecelik ve İnsan Haklarının Evrenselliği”, Prof. Dr. Yahya K. Zabunoğlu’na Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2011, s. 789-812.

ZAFER Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yay., B. 2, Ankara 2011.

ZEVLİLİLER Aydın - ACABEY M. Beşir – GÖKYAYLA K. Emre: Medeni Hukuk, Savaş Yay., B. 5., Ankara 1997.

II-TAVSİYE KARARLARI VE RAPORLAR

Adalet Bakanlığı, İç Denetim Birimi Başkanlığı, Ceza Adalet Sisteminde Mağdur Hakları İnceleme Raporu, (Hazırlayanlar İsmail TAMER ve Erdi YILMAZ), 10 Temmuz 2013.

Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Ağır İnsan Hakları İhlallerinde Cezasızlığın Ortadan Kaldırılması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü, (Çev. Zeynep GÜLLÜ), Strazburg 2013.

Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü-Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, 2009.

Başbakanlık, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü-Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Özet Rapor, Ankara Aralık 2014.

Beijing Declaration and Platform for Action, A/CONF.177/20 (1995) and A/CONF.177/20/Add.1, 15.09.1995.

Further actions and initiatives to implement the Beijing Declaration and Platform for Action, A/RES/S-23/3, 10.06.2000.

Ten-year Review and Appraisal of the implementation of the Beijing Declaration and Platform for Action and the outcome of the twenty-third special session of the General Assembly held during the forty-ninth session of the CSW, from 28 February to 11 March 2005.

CEDAW Komitesi, 12 Sayılı Tavsiye Kararı, Kadınlara Karşı Şiddet 1989.

CEDAW Komitesi, 19 Sayılı Tavsiye Kararı, Kadına Yönelik Şiddet, 1992.

CEDAW Komitesi, 24 Sayılı Tavsiye Kararı, Madde 12, Kadın ve Sağlık, 1999, A/54/38/Rev.1.

CEDAW Komitesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin 2. Maddesi Uyarınca Taraf Devletlerin En Temel Yükümlülüklerine İlişkin 28 Sayılı Tavsiye Kararı, 16.12.2010, CEDAW/C./GN/28.

Council of Europe, Committee of Ministers, CM(2011)49 Final, Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence, Explanatory Report, 07.04.2011.

Council of Europe, Gender Equality Strategy 2014-2017, CM(2013)136 final, 6 November 2013.

UN Commission on Human Rights, Preliminary report submitted by the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, in accordance with Commission on Human Rights resolution 1994/45, E/CN.4/1995/42, 22.10.1994.

UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, A Framework For Model Legislation on Domestic Violence, E/CN.4/1996/53/Add.2, 02/02/1996.

UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective Violence Against Women, Violence against women in the family, E/CN.4/1999/68, 10.03.1999.

UN Commission on Human Rights, Ninth Report and Final Report on the Situation Regarding the Elimination of Traditional Practices Affecting the Health of Women and the Girl Child, Prepared by Ms. Halima Embarek Warzazi, E/CN.4/Sub.2/2005/36, 11.07.2005.

- UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences Yakın Ertürk, Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence Against Women, E/CN.4/2006/61, 20.01.2006.
- UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences Yakın Ertürk, Addendum, Mission to Turkey, A/HRC/4/34/Add.2, 05.01.2007.
- UN Commission on Human Rights, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes And Consequences Yakın Ertürk, Intersections Between Culture and Violence Against Women, A/HRC/4/34, 17.01.2007.
- UN, Division for the Advancement of Women (DAW), Report of the Expert Group Meeting on Good Practices in Legislation on Violence Against Women, New York 2008.
- UN, Division for the Advancement of Women (DAW), Handbook for Legislation on Violence against Women, ST/ESA/329, New York, 2010.
- UN General Assembly, Report of the Secretary-General, In-depth Study on All Forms of Violence Against Women, A/61/122/Add.1, 06.07.2006.
- UN Human Rights Council, Promotion And Protection Of All Human Rights, Civil, Political, Economic, Social And Cultural Rights, Including The Right to Development Report of The Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Yakın Ertürk, A/HRC/11/6/Add.4, 08.05.2009.
- UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Rashida Manjoo, Promotion and Protection of all Human Rights, Civil, Political, Economic, Social and Cultural Rights, Including the Right to Development, A/HRC/14/22, 19.04.2010.
- UN Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Rashida Manjoo, Addendum, Summary Report of the Regional Consultations On State Responsibility And Violence Against Women (2011 to 2013), A/HRC/23/49/Add.5, 23.04.2013.
- UN International Law Commission, Eighth Report on State Responsibility, by Mr. Gaetano Arangio-Ruiz, Special Rapporteur, State Responsibility, Document A/CN.4/476 and Add.1, 1996.
- UN Report of the International Law Commission, Fifty-Third Session, A/56/10, 2001.

UN, “The Right to Adequate Food as a Human Right.” Final Report submitted by Asbjørn Eide, Special Rapporteur. E/CN.4/Sub.2/1987/23, 1987.

World Health Organization (WHO), Global And Regional Estimates of Violence Against Women: Prevalence and Health Effects of Intimate Partner Violence and Non-Partner Sexual Violence, 2013, s.2. http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85239/1/9789241564625_eng.pdf

World Health Organization (WHO), Violence Against Women and HIV/AIDS: Critical Intersections Intimate partner violence and HIV/AIDS, WHO Information Bulletin Series, Number 1, s.5. <http://www.who.int/hac/techguidance/pht/InfoBulletinIntimatePartnerViolenceFinal.pdf>

III-İÇTİHATLAR

1. Uluslararası Adalet Divanı Kararları

- *Case Concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Judgement, I.C.J. Reports, 1970. <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf>
- *Corju Channel Case* Judgement, I.C.J. Reports, 1949. <http://www.icj-cij.org/docket/files/1/1663.pdf>
- *Case Concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, Judgment of 24 May 1980. <http://www.icj-cij.org/docket/files/64/6293.pdf>

2. Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (CEDAW Komitesi)

- *A.T./Macaristan* Kararı, (2/2003), 26.01.2005.
- *Fatma Yildirim /Avusturya* Kararı, (6/2005), 06.08.2007.
- *Şahide Goekce/Avusturya* Kararı, (5/2005), 01.10.2007.
- *V.K./Bulgaristan* Kararı, (20/2008), 25.07.2011.

3. Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkemesi

- Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, Judgment of July 29, 1988, (Ser. C) No. 4 (1988).

- Inter-Am.Ct.H.R., *Case of Garrido and Baigorria Case v. Argentina*, Reparations (art. 63(1) American Convention on Human Rights), 27.08.1998.
- IACHR, *Maria da Penha Maia Fernandes/Brazil*, Case: 12.051, 16.04.2001.
- IACHR, *Jessica Lenahan (Gonzales)/United States*, Case: 12.626, 21.07.2011.

4. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

- *A/Hırvatistan* Kararı, Başvuru No: 55164/08, 10.10.2010.
- *Airey/İrlanda* Kararı, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979.
- *Akdivar ve Diğerleri/Türkiye* Kararı (Madde 50), Başvuru No: 21893/93, 01.04.1998.
- *Aksoy/Türkiye* Kararı, 21987/93, 18.12.1996.
- *Assanidze/Gürcistan* Kararı, Başvuru No: 71503/01, 08.04.2004.
- *Aydın/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 23178/94, 25.10.1997.
- *B./Moldova* Kararı, Başvuru No: 53519/07, 15.05.2012.
- *Barrow/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 42735/02, 22.08.2006.
- *Belçika Dil Hakları Davası/Belçika* Kararı, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.
- *Bevacqua ve S./Bulgaristan* Kararı, Başvuru No: 71127/01, 12.06.2008.
- *Brumarescu/Romanya* Kararı (Madde 41), Başvuru No: 28342/95, 23.01.2001.
- *Bures/Çek Cumhuriyeti* Kararı, Başvuru No: 37679/08, 18.10.2012.
- *Catan ve Diğerleri/Moldova ve Rusya* Kararı, Başvuru No: 43370/04, 8252/05, 18454/06, 19.10.2012.
- *Civek/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 55354/11, 23.02.2016.
- *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti* Kararı, Başvuru No: 57325/00, 13.11.2007.
- *D.J./Hırvatistan* Kararı, Başvuru No: 42418/10, 24.07.2012.
- *Durmaz/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 3621/07, 13.11.2014.

- *Eremia/Moldova* Kararı, Başvuru No: 3564/11, 28.05.2013.
- *Ernst ve Diğerleri/Belçika* kararı, Başvuru No: 33400/96, 15.07.2003.
- *Guiso-Gallisay/İtalya* Kararı, Başvuru No: 58858/00, 22.12.2009.
- *Halime Kılıç/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 63034/11, 28.06.2016.
- *Hamer/Fransa* kararı, Başvuru No: 19953/92, 07.08.1996.
- *Juhnke/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 52515/99, 13.05.2008.
- *Kurić ve Diğerleri/Slovenya* Kararı, Başvuru No: 26828/06, 12.03.2014.
- *Lawless/İrlanda* Kararı, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961.
- *Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 7971/07, 28.05.2013.
- *Lewicki/Polonya* Kararı, Başvuru No: 28993/05, 06.10.2009.
- *LCB/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 23413/94, 09.06.1998.
- *M.C./Bulgaristan* Kararı, Başvuru No: 39272/98, 04.12.2003.
- *M.G./Türkiye* Kararı, Başvuru No: 646/10, 22.03.2016.
- *Mamazhonov/Rusya* Kararı, Başvuru No: 17239/13, 23.10.2014.
- *Marckx/Belçika* Kararı, Başvuru No: 6833/74, 13.07.1979.
- *Mudric/Moldova* Kararı, Başvuru No: 74839/10, 16.07.2013.
- *Opuz/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009.
- *Osman/Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 23452/94, 28.10.1998.
- *Öneryıldız/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 48939/99, 18.06.2002.
- *Papamichalopoulos ve Diğerleri /Yunanistan* Kararı (Madde 50), Başvuru No: 14556/89, 31.10.1995.
- *Ringeisen/Avusturya* Kararı, Başvuru No: 2614/65, 22.06.1972.
- *Rumor/İtalya* Kararı, Başvuru No: 72964/10, 27.05.2014.
- *Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 15828/03, 17.03.2009.
- *Schuler/Zgraggen-İsviçre* Kararı, Başvuru No: 14518/89, 24.06.1993.
- *Siliadin/Fransa* Kararı, Başvuru No: 73316/01, 26.07.2005.

- *Stec ve Diğerleri /Birleşik Krallık* Kararı, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 12.04.2006.
- *Sürek/Türkiye* Kararı, Başvuru No: 24735/94, 08.07.1999.
- *T.M. ve C.M./Moldova* Kararı, Başvuru No: 26608/11, 28.01.2014.
- *Tanbay Tüten/Türkiye*, Başvuru No: 38249/09, 10.12.2013.
- *Tuncer Güneş/Türkiye*, Başvuru No: 26268/08, 03.10.2013.
- *Ünal Tekeli /Türkiye* Kararı, Başvuru No: 29865/96, 16.11.2004.
- *Valiuliene/Litvanya* Kararı, Başvuru No: 33234/07, 26.03.2013.
- *Wessels-Bergervoet/Hollanda* Kararı, Başvuru No: 3446/97, 04.06.2002.
- *X ve Y/ Hollanda* Kararı, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985.

5. Anayasa Mahkemesi

a. Genel Kurul Kararları

- 1988/4 E. - 1989/3 K., K.T. 12.01.1989.
- 1990/30 E. - 1990/31 K., K.T. 29.11.1990.
- 1996/15 E. - 1996/34 K., K.T. 23.09.1996.
- 1996/19 E. - 1996/40 K., K.T. 22.10.1996.
- 1998/3 E. - 1996/28 K., K.T. 23.06.1998.
- 1997/45 E. - 1998/48 K., K.T. 16.07.1998.
- 1997/61 E. - 1998/59 K., K.T. 29.10.1998.
- 1999/27 E. - 1999/42 K., K.T. 24.11.1999.
- 1999/35 E. - 2002/104 K., K.T. 12.11.2002.
- 2001/478 E. - 2004/38 K., K.T. 25.03.2004.
- 2005/151 E. - 2008/37 K., K.T. 03.01.2008.
- 2006/156 E. - 2008/125 K., K.T. 19.06.2008.
- 2005/114 E. - 2009/105 K., K.T. 02.07.2009.

- 2009/85 E. - 2011/49 K., K.T. 10.03.2011.
- 2010/119 E. - 2011/605 K., 08.12.2011.
- 2013/119 E. - 2013/141 K., K.T. 28.11.2013.
- 2013/64 E. - 2013/142 K., K.T. 28.11.2013.
- 2015/36 E. - 2015/51 K., K.T. 27.05.2015.
- 2015/26 E. - 2015/100 K., K.T. 12.11.2015.
- 2015/108 E. - 2016/46 K., 26.05.2016.

b. Bireysel Başvuru Kararları

- *H.Ş. Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/7123, 06.02.2014.
- *Hayriye Özdemir Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/3434, K.T. 25.06.2015.
- *Mukaddes Özen ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/7740, 08.05.2014.
- *Nail İrfan Sar Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2012/1254, 07.03.2014.
- *Sevim Akat Ekşi Başvurusu*, Başvuru Numarası: 2013/2187, K.T. 19.12.2013.

6. Yargıtay

- 1.CD, 2012/3659 E. - 2012/9331 K., K.T. 13.12.2012.
- 1.CD, 2012/4767 E. - 2013/1774 K., K.T. 07.03.2013.
- 1.CD, 2011/7167 E. - 2013/3268 K., K.T. 17.04.2013.
- 1.CD, 2013/2793 E. - 2013/4539 K., K.T. 27.06.2013.
- 1.CD, 2013/2789 E. - 2014/184 K., K.T. 22.01.2014.
- 1.CD, 2014/2849 E. - 2014/4347 K., K.T. 01.10.2014.
- 1. CD, 2015/2328 E. - 2015/4272 K., K.T. 02.07.2015.
- 2. CD, 2007/13449 E. - 2007/12010 K., K.T. 24.09.2007.
- 2. CD, 2007/13503 E. - 2007/12011 K., K.T. 24.09.2007.

- 7. CD, 2012/4706 E. - 2012/16993 K., K.T. 22.05.2012.
- 13. CD, 2012/17565 E. - 2012/23123 K., K.T. 07.11.2012.
- 14. CD, 2011/5590 E. - 2012/12011 K., K.T. 27.11.2012.
- 14. CD, 2012/15887 E. - 2013/3727 K., K.T. 02.04.2013.
- 14. CD, 2011/22196 E. - 2013/5417 K., K.T. 06.05.2013.
- CGK, 1997/1-361 E. - 1998/26 K., K.T. 10.02.1998.
- CGK, 2008/11-250 E. - 2009/13 K., K.T. 03.02.2009.
- CGK, 2010/1-56 E. - 2010/111 K., K.T. 11.05.2010.
- CGK, 2011/1-138 E. - 2011/130 K., K.T. 14.06.2011.
- CGK, 2011/1-52 E. - 2011/180 K., K.T. 20.09.2011.
- CGK, 2011/3-479 E. - 2012/145 K., K.T. 10.04.2012.
- CGK, 2012/1-76 E. - 2012/258 K., K.T. 26.06.2012.
- CGK, 2012/13-1315 E. - 2012/1871 K., K.T. 25.12.2012.
- CGK, 2012/14-1410 E.-2013/420 K., K.T. 22.10.2013.
- CGK, 2013/1-355 E. - 2013/456 K., K.T. 19.11.2013.
- CGK, 2013/14-576 E. - 2013/581 K., K.T. 03.12.2013.
- CGK, 2013/1-665 E. - 2014/66K., K.T. 11.02.2014.
- CGK, 2013/14-349 E. - 2014/96 K., K.T. 25.02.2014.
- CGK, 2013/1-304 E. - 2014/454 K., K.T. 30.10.2014.
- 2. HD, 1998/7229 E. - 1998/ 8655 K., K.T. 09.07.1998.
- 2. HD, 2009/170 E.-2009/9411 K., K.T. 12.05.2009.
- 2. HD, 2011/21940 E.-2012/17000 K., K.T. 20.06.2012
- 2. HD, 2013/2312 E. - 2013/17861 K., K.T. 24.06.2013.
- 2. HD, 2013/19568 E. - 2014/1826 K., K.T. 04.02.2014.
- 2. HD, 2014/12738 E. - 2015/4016 K., K.T. 10.03.2015.
- 2. HD, 2014/24216 E. - 2015/9358 K. K.T. 06.05.2015.

- 2. HD, 2015/8508 E. - 2015/12061 K., K.T. 09.06.2015.
- 4. HD, 2012/14856 E. - 2013/2936 K., K.T. 21.02.2013.
- 4. HD, 2012/19080 E. - 2013/3530 K., K.T. 28.02.2013.
- 4. HD, 2012/11498 E. - 2013/10584 K., K.T. 03.06.2013.
- 4. HD, 2013/16934 E. - 2013/18628 K., K.T. 27.11.2013.
- 4. HD, 2014/10891 E. - 2015/8391 K., 23.06.2015.
- 4.HD, 2014/10891 E. - 2015/8391 K., K.T. 23.06.2015.
- HGK, 2013/18-464 E. - 2013/1698 K., K.T. 25.12.2013
- HGK, 2013/4-1008 E. - 2014/490 K., K.T. 09.04.2014.
- HGK, 2013/18-1755 E. - 2013/1039 K., K.T. 13.03.2015
- HGK, 2013/18-2352 E. - 2015/1710 K., K.T. 19.06.2015.

7. Yerel/Diğer Mahkeme Kararları

- İzmir 3. Sulh Ceza Mahkemesi, 2011/1362 E. - 2012/624 K., K.T. 11.04.2012.
- K. Maraş 2. Sulh Ceza Mahkemesi, 2009/815 E. - 2009/1062 K., K.T. 09.12.2009
- Küçükçekmece 20. Asliye Ceza Mahkemesi, 2014/754 E. - 2014/586 K., K.T. 06.11.2014.
- İstanbul 2. İdare Mahkemesi, 2013/136 E. - 2015/266 K., K.T. 10.02.2015.

ÖZET

Kadına yönelik şiddet, yaşamın farklı alanlarında farklı şekillerde karşımıza çıkan, başta kadın ve erkek arasındaki eşitsiz güç ilişkileri olmak üzere pek çok faktörün bir araya gelmesiyle doğan kolektif bir olgudur. Yaşamın farklı alanlarında karşımıza çıksa da, istatistiklerle desteklendiği üzere kadınlar en çok yakın ilişkileri olan erkeklerden şiddet görmektedirler. Bu çalışmada, kadınların tanıdıkları ve yakın ilişkileri olan erkeklerden gördükleri şiddet, genel hatlarıyla “*kadına yönelik özel alanda şiddet*” kavramına karşılık olarak kullanılmış ve konu şiddetin bu türüyle sınırlandırılmıştır.

İstanbul Sözleşmesi’ne göre; kadına yönelik şiddet, kadınlara yönelik ayrımcılığın bir türü ve bir insan hakları ihlalidir. Kadına yönelik özel alanda şiddet söz konusu olduğunda fail, devlet dışı bir şahıs olsa da, devlet, bu ihlalden gereken özeni gösterme yükümlülüğü çerçevesinde sorumludur. Çalışmanın ilk hedefi uluslararası insan hakları hukukuna göre bu yükümlülüğün kapsamının ve içeriğinin tespitidir. Bu hedef doğrultusunda, uluslararası insan hakları belgeleri ve insan hakları kurumlarının içtihatları incelenerek özen gösterme yükümlülüğünün çerçevesi ortaya konulmuştur. İkinci bölümdeyse, kadına yönelik özel alanda şiddetle mücadelede Türk hukuk sistemini daha etkili hale getirmek üzere atılması gereken adımların neler olduğunun, özen gösterme yükümlülüğünün tespit olunan çerçevesi esas alınarak ortaya konulması amaçlanmıştır.

Anahtar Sözcükler: Kadına yönelik şiddet, toplumsal cinsiyet, ayrımcılık, gereken özeni gösterme yükümlülüğü, devlet sorumluluğu.

ABSTRACT

Violence against women, which appear in different areas of life in different ways, is a collective phenomenon rising of a combination of many factors, including foremost the unequal power relations between men and women. Even this phenomenon appears in different areas of life, as it is supported by statistics, women subjected to violence by male intimates. In this study, women subjected to violence by male intimates is aimed correspond to the term of "*violence against women in the private sphere*" and subject is limited by this type of violence.

According to the Istanbul Convention; violence against women is a type of discrimination against women and a human rights violation. Even the perpetrator of violence against women in the private sphere is a non-state actor, the state has the responsibility within the scope of due diligence principle. The first objective of the study is to determine the scope and content of this principle according to international human rights law. In line with this objective, the scope of due diligence principle is revealed by evaluating international human rights instruments and the jurisprudence of human rights institutions. In the second chapter, it is aimed to reveal necessary actions in Turkish legal system to struggle with violence against women in the private sphere with the reference to determined due diligence principle.

Keywords: Violence against women, gender discrimination, obligation to show due diligence, responsibility of the state.

E K L E R

EK 1 - AİLE İÇİ VE KADINA KARŞI ŞİDDET OLAYLARI KAYIT FORMU

..... Polis Merkezi Amirliği Grup Amirliği	Olay No Olayın İsmi Doldurulan Form Sayısı		
Olayın Tarih ve Saati Müracaatın Tarih ve Saati Olayın Meydana Geldiği Yer Olayın kapsamındaki kişi sayısı Mağdur Şüpheli Tanık			
Formu Dolduran Görevlinin:			
Adı/Soyadı:	Rütbesi: Polis Memuru Sicili: İmzası		
Dosyanın Cumhuriyet Savcılığına sevk şekli:			
MAĞDUR	TC Kimlik Numarası Adı Soyadı Çocuksa, kimin bakımında? Cinsiyeti Öğrenim Durumu Medeni Hali Birlikte yaşadığı çocuk sayısı Özel bir durumu varsa, ne? Şüpheliyle ilgili ilk başvurusu mu? Şüpheli için aldırıldığı 6284 SK tedbir kararı var mı?	Doğum tarihi İş/Meslek Uyruğu Kaçınıcı başvurusu?	
	Şüphelinin risk artırıcı bir özelliği var mı? Mağdur nereden geldi?	Varsa nedir?	
	ŞÜPHELİ	TC Kimlik Numarası: Bu kısım nasıl dolduruldu: Adı/Soyadı: Çocuksa, kimin bakımında? Cinsiyeti: Öğrenim Durumu: Medeni Hali: Uyruğu: Hakkındaki aile içi şiddetle ilgili ilk başvuru mu? Hakkında hiç 6284 SK tedbir kararı alınmış mı? Özel bir durumu varsa, ne?	Doğum tarihi İş/Meslek: Mobil Telefonu:
		Şüphelinin mağdur ile yakınlık derecesi:	

(1)
Talimatlar

- Bu form, adli işleme taraf olan mağdur ve şüpheli sayısı birden çoksa, her biri için ayrı ayrı doldurulacaktır.
- Form, mağdurun ifadesini aldıktan hemen sonra, mağdurun kendi beyanına göre doldurulacaktır. Şüpheliye ilişkin kısım, şüpheli polis merkezine gelirse ifadesini aldıktan sonra kendisiyle, gelmezse mağdurla birlikte doldurulacaktır.
- Bu form doldurulduktan sonra, bir çıktısı alınıp tahkikat evrakına eklenecektir.
- İlgili birime intikal eden olaylara ilişkin her mağdur için doldurulması zorunlu olan bu formun bir sureti, gecikmeksizin en seri vasıtalarla Şiddet Önleme ve İzleme Merkezi (ŞÖNİM) Aile ve Sosyal Politikalar İl/İlçe Müdürlüğü (ASPİM)/Sosyal Hizmet Merkezi (SHM) birimine gönderilecektir.

Aşağıdaki sorularda "Şahıs" olarak bahsi geçen kişinin mağdur ya da mağdure ile olan yakınlık derecesi:Eşi

Aşağıdaki sorular mağdura tek tek okunarak sorulacak ve mağdurun yanıtlarına göre doldurulacaktır. Soruları şüphelinin mağdurla yakınlığının ne olduğunu birinci sayfadan kontrol ederek sorunuz. (Örnek: Eşi, babası vb.)	Cevaplar
1. Şahıs, bu olayda ya da önceki bir aile içi şiddet olayında önemli bir yaralanmaya yol açtı mı? (Şimdiye kadar yaptığı en kötü eylemi dikkate alın. Kırık, yanık, sağırlık, körlük, dikişli yara gibi durumlar varsa, "evet" i işaretleyiniz.)	
2. Şahsın silahı var mı? (Ateşli, delici, kesici silahlar, kimyasallar vs.)	
3. Ev içi şiddet olaylarında silah kullanır, eşya fırlatır mı? (Şimdiye kadar bir kez bile kullanmış ise, "evet" olarak işaretleyin.)	
4. Eşinizle boşanma/ayrılma döneminde misiniz? (Son 2-3 ay içinde ayrılma kararını söylemiş, boşanma için başvurmuş vb. durumda olanları "evet" olarak işaretleyiniz.)	
5. Daha önce şahsa ilişkin aile içi şiddet müracaatınız var mı? (1. sayfadaki ilgili kısım ile kontrol ediniz.)	
6. Şahıs hakkında hiç 6284 SK tedbir kararı alındı mı? (1.sayfadaki ilgili kısım ile kontrol ediniz.)	
7. Şahıs hiç boğazınızı sıktı mı?	
8. Şahıs, son altı ayda şiddete daha sık veya daha çok başvurur hale geldi mi?	
9. Sizce, şahıs sizi yaralayabilir ya da sakat bırakabilir mi? (Mağdur bir kez bile fiziksel şiddet ile hastanelik olmuş ya da sakat kalma söz konusu olmuş ise, "evet" olarak işaretleyiniz.)	
10. Şahıs sizi hiç öldürmeye kalkıştı mı?	
11. Şahıs çocuklarınızı döver ya da onlara zarar verir mi?	
12. Şahıs, ailesi ve/veya sizin aileniz namus cinayetini onaylar mı? (Ailelerden biri onaylıyorsa ya da ailelerden birinde daha önce yaşanmış bir namus cinayeti olayı varsa, "evet" olarak işaretleyiniz.)	
13. Özel bir durumunuz (hamilelik, yaşlılık, zihinsel ya da fiziksel özrürlük, akıl hastalığı, 15-19 yaş grubunda genç olmak, kaçak işçi ya da göçmen olmak vb.) var mı? (1.sayfadaki ilgili kısım ile kontrol ediniz.)	
14. Şahsın risk artırıcı bir özelliği (akıl hastalığı, zihinsel özrürlük, alkol-madde bağımlılığı v.b.) var mı? (1.sayfadaki ilgili kısım ile kontrol ediniz.)	
15. Siz hiç intihar girişiminde ya da tehdidinde bulundunuz mu?	
16. Şahıs size sözlü ya da fiziksel olarak cinsel şiddet gösterir mi? (İstemediği cinsel ilişkilere zorlananları "evet" olarak işaretleyiniz.)	
17. Şahsın maddi problemleri var mı? (Mesela işsiz mi, kumar oynuyor vb. ise, "evet" olarak işaretleyiniz.)	
18. Şahıs kıskançlık nedeniyle size kötü davranır mı?	
19. Şahıs şimdiye kadar herhangi bir kimseyi ya da sizi öldürmekle tehdit etti mi?	
20. Şahıs intihar tehdidinde ya da girişiminde bulundu mu?	
21. Şahıs aileniz ve/veya arkadaşlarınızla görüşmenizi engeller mi? (Şahıs tarafından eve kilitlenen ya da dışarıya çıkmasına izin verilmeyenleri de "evet" olarak işaretleyiniz.)	
22. Şahsın size çocuklarınıza zarar vereceğinden korkuyor musunuz?	
Risk değerlendirmesi:Standart Risk Evet cevabı sayısı (1-15 numaralı sorular için):0 Toplam evet sayısı: 0 Hayır cevabı sayısı: 22	

6284 sayılı kanun kapsamında mağdura ilgili olarak aşağıdaki koruyucu tedbir kararı alınmıştır.

Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması:
Hayati tehlikesinin bulunması halinde, ilginin talebi üzerine veya resen geçici korunma altına alınması:

6284 sayılı Kanun kapsamında şiddet uygulayana yönelik aşağıdaki önleyici tedbir kararı alınmıştır.

Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılanma veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması :
Müşterek konulan veya bulunduğu yerden derhal uzaklaştırılması ve müşterek konutun kişiye tahsis edilmesi:
Korunan Kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerlerine yaklaşmaması:
Gerekli görülmesi halinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişkisi kurulmasına ilişkin haklar saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması :

Mağdur, herhangi bir önleyici veya koruyucu tedbiri kabul etmemesi durumunda aşağıdaki kısmı imzalamadan polis birimlerinden ayrılmamalıdır.

Aile İçi ve Kadına Karşı Şiddet Olayları Kayıt Formunda bulunan risk değerlendirme sorularına cevap vermek istemiyorum

Kendi isteğimle polis biriminden ayrılıyorum .../.../...

Adı Soyadı

İmza

EK 2 - ŞİKÂyetçi İfade Tutanağı

ŞİKÂyetçi İfade Tutanağı

(CMK Madde 234)

Tutanağın Düzenlendiği Yer :
Tutanağın Düzenlendiği Tarih ve Saat :
Olay Adı :
Olay No :

İFADEYİ VERENİN KİMLİĞİ

Kimlik Belgesi Tipi – Seri ve No :
su

T.C. Kimlik No :
Adı ve Soyadı :
Baba ve Anne Adı :
Doğum Yeri ve Tarihi :
Cilt No – Aile Sıra No – Sıra No :
Nüfusa K. O. İl-İlçe/Mahalle-Köy :
İkamet Adresi :
Mesleği ve Aylık Geliri :
İş Adresi :
Telefon(ev-iş-cep-irtibat) :
Eğitim Durumu :
Medeni Hali - Cinsiyeti :

ŞAHSİN KANUNİ HAKLARI

İfadesi alınan şahıs;

A)ŞİKÂyetçi olarak;

a) Soruşturma evresinde; (1) Delillerin toplanmasını isteme, (2) Soruşturmanın gizlilik ve amacını bozmamak koşuluyla Cumhuriyet savcısından belge örneği isteme, (3) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, (4) CMK 153 üncü maddeye uygun olmak koşuluyla vekili aracılığı ile soruşturma belgelerini ve el konulan ve muhafazaya alınan eşyayı inceletme, (5) Cumhuriyet savcısının, kovuşturmaya yer olmadığı yönündeki kararına kanunda yazılı usule göre itiraz hakkını kullanma;

b) Kovuşturma evresinde; (1) Duruşmadan haberdar edilme, (2) Kamu davasına katılma, (3) Tutanak ve belgelerden örnek isteme, (4) Tanıkların davetini isteme, (5) Vekili bulunmaması halinde, cinsel saldırı suçu ile alt sınırı beş yıldan fazla hapis cezasını gerektiren suçlarda, baro tarafından kendisine avukat görevlendirilmesini isteme, (6) Davaya katılmış olma koşuluyla davayı sonuçlandıran kararlara karşı kanun yollarına başvurma;

Hususlarındaki kanuni hakları hatırlatıldı, anlatılıp açıklandı.

"Yukarıdaki bilgiler bana aittir ve doğrudur. 5271 sayılı CMK'da belirlenen yasal haklarımı okudum, anladım ve bana sorulan sorular ile ilgili hür olarak ifademi vermek istiyorum" dedi ve ifadesinin alınmasına geçildi.

CMK 234 maddesinde yazılı hususlar yerine getirildi. İfade sahibinin ifadesine ekleyecek başka bir husus olmadığını beyan etmesi üzerine bu ifade tutanağı düzenlenerek, hazır bulunanlarca okunup, doğruluğu anlaşıldıktan sonra taraflarca imza altına alındı.

İFADEYİ ALAN

İFADEYİ YAZAN

VEKİL

İFADESİ ALINAN

EK 3 – ÖNLEYİCİ TEDBİR KARAR FORMU

ÖNLEYİCİ TEDBİR KARAR FORMU			
1 - HAKKINDA ÖNLEYİCİ TEDBİR KARARI VERİLEN ŞİDDET UYGULAYANIN			
Ş Ü P H E L İ :			
2-ŞİDDET MAĞDURUNUN			
ŞİKAYETÇİ (MÜŞTEKİ) :			
3- TEDBİR KARARINA KONU OLAN OLAY İLE İLGİLİ BİLGİLER			
1-	İŞLEMİ YAPAN BİRİM VE SUÇ NUMARASI		
2-	OLAYIN MEYDANA GELDİĞİ YER		
3-	OLAY TARİH VE SAATİ		
4-	MÜRACAAT TARİH VE SAATİ		
5-	OLAYIN ÖZETİ		
4- VERİLEN ÖNLEYİCİ TEDBİR KARARI			
1-	KANUN	6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun	
2-	MADDE 5/1-	a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması. b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi. c) Korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması. d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.	
3-	 günü meydana gelen olayla ilgili olarak şiddet uygulayan isimli şahıs hakkında 6284 sayılı Kanun'un; 5/1-a maddesinin ... gün/ay UYGULANMASINA, 5/1-b maddesinin UYGULANMAMASINA, 5/1-c maddesinin ... gün/ay UYGULANMASINA, 5/1-d maddesinin UYGULANMAMASINA karar verilmiştir.		
4-	KARARIN VERİLDİĞİ TARİH		
5-	KARARI VEREN KOLLUK AMİRİ	ADI SOYADI	
		GÖREVİ	
		RÜTBESİ	
		İMZA	
TEBLİĞ TEBELLÜĞ BELGESİ			
..... tarihinde meydana gelen olayla ilgili olarak, mağdurun talebi üzerine kolluk amiri tarafından verilen önleyici tedbir kararı, kararın verildiği tarihi takip eden ilk iş gününde hakim onayına sunulacaktır. Alınan tedbir kararına, tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içerisinde şahsenveya yasal temsilcisi ya da avukatı aracılığıyla Aile Mahkemesine itirazda bulunabileceği hususları taraflara anlatılmıştır. Şiddet uygulayana tedbir kararına aykırı davranılması halinde hakkında ayrıca yasal işlem yapılacağı ve hakim tarafından zorlama hapsine tabi tutulabileceği ihtarında bulunulmuştur. Şiddet mağduruna da ; adres ve iletişim bilgilerini değiştirmesi halinde acil durumlarda hemen , diğer hallerde ise yirmidört saat öncesinden ilgili koruma birimine aitnumaralı telefonu veya 155 polis imdat hattını arayarak bilgi vermesini gerektiği ayrıca şiddet veya şiddete uğrama tehlikesinin devam edeceği öngörmesi halinde tedbir kararlarının sona ermesine bir hafta kala tedbirlerin süresinin veya şeklinin değiştirilmesi ya da aynen devam ettirilmesi için hakime ya da ilgili koruma birimine talepte bulunması gerektiği hususları açıklanarak taraflara tebliğ edilmiştir günü saat			
<u>TEBLİĞ EDEN</u> <u>HAZİRUN</u>		<u>TEBELLÜĞ EDEN</u> ŞİKAYETÇİ (MÜŞTEKİ)	<u>TEBELLÜĞ EDEN</u> ŞÜPHELİ

EK 4 – SOSYAL VE EKONOMİK DURUM TESPİTİ

SOSYAL VE EKONOMİK DURUM TESPİTİ

ADI SOYADI:		
MESLEĞİ/İŞİ:		
ÖĞRENİM DURUMU:		
SAĞLIK DURUMU:		
MEDENİ HAL:		
İRTİBAT BİLGİLERİ:	İKAMET ADRESİ:	
	İŞ ADRESİ:	
	EV TELEFONU:	
	İŞ TELEFON:	
ÇOCUK DURUMU:		
MADDİ DURUMU:	MAAŞ GELİRİ:	
	KİRA GELİRİ:	
ÜZERİNE KAYITLI MENKUL YADA GAYRİ MENKUL:		
İKAMET ADRESİNDE BİRLİKTE YAŞADIĞI KİŞİLER:		
BAKMAKLA YÜKÜMLÜ OLDUĞU KİŞİLER:		
İKAMET ETTİĞİ KONUTUN DURUMU:		
TESPİT EDİLEN DİĞER HUSUSLAR:		

Yukarıda adı ve soyadı belirtilen şahsın sayılı yazısına istinaden Sosyal ve Ekonomik durumunun tespiti amacıyla hakkında yapılan araştırmaya ait belgedir. Tarih: Saat:

Not: Bu belge şahsın beyanına göre doldurulmuştur.

Tutanağı Düzenleyen	Hazır Bulunan	Beyanda Bulunan
----------------------------	----------------------	------------------------

EK 5 – UZLAŞMA TEKLİF FORMU

..... Polis Merkezi Amirliği-Grup Amirliği	
UZLAŞMA TEKLİF FORMU	
A. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesi çerçevesinde, soruşturma konusu suçunun uzlaşmaya tabi olması nedeniyle Cumhuriyet savcısı 'ın tâlimatları doğrultusunda bu formun (D) bölümünde yer alan uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukukî sonuçları aşağıda açık kimliği belirtilen kişiye anlatılarak uzlaşma teklifinde bulunulmuştur. Tarih/Saat Teklifte Bulunan Adlî Kolluk Görevlisi	
B. UZLAŞMA TEKLİFİ YAPILAN	1. () Mağdur 2. () Mağdurun Kanunî Temsilcisi 3. () Suçtan Zarar Gören 4. () Suçtan Zarar Görenin Kanunî Temsilcisi 5. () Şüpheli 6. () Şüphelinin Kanunî Temsilcisi
C. UZLAŞMA TEKLİFİ YAPILAN KİŞİNİN	1. T.C. Kimlik No 2. Adı Soyadı 3. Baba Adı 4. Anne adı 5. Doğum Yeri ve Tarihi 6. Adres ve İletişim Bilgileri
D. Uzlaşmanın mahiyeti ile uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukukî sonuçları:	
a) Uzlaşma, suçtan doğan zararın kısmen veya tamamen giderilmesi, eski hâlin iadesi veya hukuka uygun maddî veya manevî diğer bir edim karşılığında ya da uzlaşmayı sağlayacak diğer bir usulle iki tarafın anlaşmasıdır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda mağdur ya da suçtan zarar görenin her türlü hukukî dava ve takip haklarının sona ermesi karşılığında şüpheli hakkındaki suç soruşturması aşağıdaki koşullarla son bulacaktır. b) Uzlaştırma teklifini kabul ederek bu konuda karşı tarafla görüşme, suçlu kabul veya haklarından vazgeçme anlamına gelmez. Bu durum tarafların sahip oldukları haklarda bir kayba da yol açmaz. c) Taraflar uzlaştırma teklifini kabul etseler dahi, görüşmeler sonucunda uzlaşmak zorunda olmayıp, uzlaşma sağlanana kadar bu yöndeki iradelerinden vazgeçebilirler. Vazgeçme, hak kaybına yol açmaz. d) Uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren en geç üç gün içinde teklifi yapan adli kolluk görevlisine ya da görevli Cumhuriyet savcısına karar bildirilmediği takdirde, teklif reddedilmiş sayılır. e) Uzlaşma teklifi reddedilmesine rağmen taraflar, uzlaştıklarını gösteren belge ile en geç iddianame-nin düzenlendiği tarihe kadar Cumhuriyet savcısına başvurarak uzlaştıklarını beyan edebilirler. f) Teklif kabul edilmesine karşın uzlaştırma girişimi başarılı olmadığı takdirde bir daha Cumhuriyet savcısınca uzlaştırma yoluna başvurulamaz. g) Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suçla ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir. h) Taraflar bizzat Cumhuriyet savcısı tarafından uzlaştırılacakları gibi; uzlaştırmacı olarak Cumhuriyet savcısı tarafından barodan bir avukatın görevlendirilmesi istenebilecek ya da Yönetmelikte nitelikleri belirlenen hukuk öğrenimi görmüş bir kimse görevlendirilebilecektir. Tarafların üzerinde anlaşmaları bir avukat ya da hukuk öğrenimi görmüş bir kişi var ise takdire göre onlar da tercih edilebilecektir. ı) Uzlaştırma müzakereleri sırasında tarafların konuyla ilgili olarak yapacakları açıklamalar mevcut soruşturmada ve disiplinle ilgili olanlar da dahil olmak üzere, hiçbir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. ii) Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar görenler ile bu kişilerin kanunî temsilcisi, müdafî ve vekil katılabilir. iii) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisinin ya da vekilin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi hâlinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. iv) Uzlaşmanın tarafların özgür iradelerine dayandığı ve edimin hukuka uygun olduğu Cumhuriyet savcısı tarafından belirlendiği takdirde, uzlaşma raporu veya belgesi hüküm ifade eder. v) Uzlaşma gerçekleştiği ve edim def'aten yerine getirildiği takdirde, şüpheli hakkında kovuşturmaya yer olmadığına dair kararı verilir. Bu husus, adli sicile kaydedilmez. vi) Edimin yerine getirilmesinin ileri tarihe bırakılması, taksitli bağlanması veya süreklilik arz etmesi hâlinde; Kanunun 171 inci maddesindeki şartlar aranmaksızın şüpheli hakkında kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir. Erteleme süresince dava zamanasını işlemez. vii) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesi hâlinde, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir. viii) Kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verildikten sonra, uzlaşmanın gereklerinin yerine getirilmemesi hâlinde, Cumhuriyet başsavcılığı tarafından, Kanunun 171 inci maddesinin dördüncü fıkrasındaki şartlar aranmaksızın kamu davası açılır. ix) Uzlaşmanın sağlanması hâlinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat, eski hâlin iadesi veya diğer bir tazminat davası açılmaz. Açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır. x) Uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri yargılama giderlerinden sayılır, ilgili ödenekten karşılanır. Uzlaşmanın gerçekleşmesi durumunda, bu ücret ve giderler Devlet Hazinesi üzerinde bırakılır. xi) Uzlaşmanın gerçekleşmemesi hâlinde uzlaştırmacı ücreti ve diğer uzlaştırma giderleri hakkında Kanunun yargılama giderlerine ilişkin hükümleri uygulanır. xii) Şüphelinin edimini yerine getirmemesi hâlinde uzlaşma raporu veya belgesi 9/6/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesinde yazılı ilâm mahiyetinde belgelerden sayılır. xiii) Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenden birine ilk uzlaşma teklifinde bulunulduktan itibaren, uzlaştırma girişiminin sonuçsuz kaldığı ve en geç uzlaştırmacının raporunu düzenleyerek Cumhuriyet savcısına verdiği tarihte dava zamanasını ile kovuşturma koşulu olan dava süresi işlemez. xiv) Uzlaşma sağlanmadığı takdirde, Cumhuriyet savcısı, soruşturulması ve kovuşturulması şikâyetle bağlı olup, üst sınırı bir yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren uzlaşmaya tabi suçlardan dolayı, yeterli şüphenin varlığına rağmen, Kanunun 171 inci maddesinin üçüncü fıkrasındaki koşulların birlikte gerçekleşmesi hâlinde kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verebilir.	
E. Bu formun (D) bölümünde yer alan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253'üncü maddesi çerçevesinde uzlaşmanın mahiyeti, uzlaşmayı kabul veya reddetmenin hukukî sonuçlarını anladım. Formun bir örneğini aldım.	
Şahsıma yapılan uzlaşma teklifini;	
İnceleyip üç gün içinde beyanda bulunmak istiyorum.	İmza
Kabul ediyorum.	İmza
Kabul Etmiyorum.	İmza