T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)

ANABİLİM DALI

CATHERİNA MACKİNNON'UN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE BOŞANMA NEDENLERİ BAKIMINDAN HUKUKTA CİNSEL TAHAKKÜM

Yüksek Lisans Tezi

Olcay Karacan

Ankara- 2008

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)

ANABİLİM DALI

CATHERİNA MACKİNNON'UN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE BOŞANMA NEDENLERİ BAKIMINDAN HUKUKTA CİNSEL TAHAKKÜM

Yüksek Lisans Tezi

Olcay Karacan

Tez Danışmanı

Doç. Dr. Gülriz UYGUR

Ankara- 2008

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU (HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ)

ANABİLİM DALI

CATHERİNA MACKİNNON'UN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE BOŞANMA NEDENLERİ BAKIMINDAN HUKUKTA CİNSEL TAHAKKÜM

Tez Danışmanı:

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı	**İmzası**
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Tez Sınavı Tarihi .....

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER……..…….……..…..i
KISALTMALAR.....iv
GİRİŞ.....1

BİRİNCİ BÖLÜM

CATHERİNA MACKİNNON'UN CİNSEL TAHAKKÜM ANLAYIŞI

I. MACKİNNON'UN FEMİNİZM ANLAYIŞI .....……...6

A. Genel Olarak Feminizm.....6

B. MacKinnon'un Feminizmi…….....10

II. CİNSEL TAHAKKÜM.....13

A. MacKinnon'da Cinsiyet .....…….14

B. Toplumsal Cinsiyet Hiyerarşisi 16

C. Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımı 20

D. Aynılık-Farklılık Gerilimi 23

E. Eril Epistemoloji ……..……25

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK VE CİNSEL TAHAKKÜM

I-MACKINNON'UN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE HUKUK VE CİNSEL TAHAKKÜM.....31

A. Genel Olarak Hukukta Cinsel Tahakkümün Nedenleri 31

B. Cinsel Tahakkümü Destekleyen Diğer Nedenler 35

1. Hukuka İlişkin Kuramlara Kadın Bakış Açısının Yeterince Yansımaması 35

2. Kanunların Cinsiyet Körü Olması 38

II. AİLE HUKUKUNDA CİNSEL TAHAKKÜM 42

A. Aile Hukukunun Cinsel Tahakküme Elverişli Yapısı…… 42

1. Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımı.....43

2. Eşitsizlik.....46

B. Türk Hukukunda Aile Hukuku ile İlgili Kurallar.....50

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın Aile Hukuku ile İlgili Hükümleri.....51

2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW).....55

3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu.....57

a. Ailenin Devamı ve Birliği Prensibi.....58

b. Zayıfların Korunması Prensibi.....59

c. Düzenleme Serbestisinin Bulunmaması ve Devletin Müdahaleciliği Prensibi.....59

d. Eşitlik Prensibi.....60

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA VE CİNSEL TAHAKKÜM

I. BOŞANMA BAKIMINDAN HUKUKTA CİNSEL TAHAKKÜM : 71

Boşanmanın Dayandığı Temel Prensipler 72

A. Kusur Prensibi 72

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Prensibi 77

C. İrade Prensibi 80

D.Elverişsizlik (Uygunsuzluk) Prensibi 83

II. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA BELİRTİLEN BOŞANMA NEDENLERİ BAKIMINDAN CİNSEL TAHAKKÜM 84

A. Zina Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm. 85

B. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm 91
C. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle İlgili Cinsel Tahakküm 96
D. Terk Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm 99
E. Akıl Hastalığı Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm 104
F.Evlilik Birliğinin Sarsılması Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm 107
1. Evlilik Birliğinin Sarsılması 108
2. Eşlerin Anlaşması 113
3. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması 117
SONUÇ 119

KAYNAKÇA……..……...122
ÖZET…….…...133
ABSTRACT…….…….135

KISALTMALAR

Aksi Görüş. : Aksi
Bkz. : Bakınız

B : Baskı

C. :Cilt

çev. : Çeviren

E. :Esas No

K. :Karar No

R.G. :Resmi Gazete

S. :Sayılı

s. :Sayfa

vb. :Ve benzeri

vs. :Ve saire

Yay. :Yayınları

CEDAW. :Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

T: :Tarihli

T.M.K. :Türk Medeni Kanunu
E.T.M.K :Eski Türk Medeni Kanunu

GİRİŞ

Catherina MacKinnon “cinsel tahakküm teorisi”ni kadınlar ile erkekler arasındaki toplumsal ilişkilerinin eşitlik esası yerine hiyerarşi esasına dayanması olgusundan yola çıkarak oluşturmuştur. Bu teori kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizlikle alakalı olduğu için doğrudan radikal feminizmle bağlantılıdır.

MacKinnon kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizliği insan biyolojisiyle değil toplumsal iktidarın eşitsiz dağılımı ile açıklamaktadır. Ona göre, kadınların erkeklere olan bağımlılığı insan doğasından değil, toplumsal ilişkilerden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kadınların erkeklere olan tâbiliğini ortadan kaldırmak mümkündür; fakat bu durumu ortadan kaldırmak için ilk önce kadınların erkeklere nasıl tabi kılındığının ortaya koyulması gereklidir.

MacKinnon kadınların erkeklere tâbi kılınmasını hem politika ile hem epistemoloji ilişkilendirmektedir. Cinsel tahakküm olgusunu bir taraftan toplumsal cinsiyet hiyerarşisi, özel alan-kamusal alan ikiliği, aynılık farklılık gerilimine, diğer taraftan objektiflik ve tarafsızlık esasında göre oluşturulmuş epistemolojiye dayandırmaktadır. Zaten nesnelliğe dayalı epistemolojiye “eril epistemoloji” ismini vermektedir.

MacKinnon kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizliği toplumsal cinsiyet hiyerarşisiyle açıklamaktadır. Bu cinsel eşitsizliği ise toplumsal iktidarı kadınlarla erkeklere eşitsiz dağıtan ataerkillik esasına dayanan cinsel politikaya bağlamaktadır. Gizlilik esasına dayanan ve kadınlara özgü olarak görülen özel alan ile aleniyet esasına dayanan ve erkeklerin alanı olarak görülen kamusal alan ayrımının da cinsel tahakküme

zemin hazırladığına değinmiştir; çünkü özel alanda kadınların sistematik bir biçimde yaşadıkları her türlü şiddet mahremiyet perdesi altında değerlendirildiğinden kamusal alana yeterince taşınamamaktadır. MacKinnon feminist literatürde kadınların erkeklerle eşitliği ya da erkeklerden farklığı tartışmasına da yabana atılmaması gereken itirazlarda bulunmuştur. Bu ayrıma hapsolmanın da cinsel tahakkümü destekleyen bir neden olduğunu ortaya koymuştur. Eşitliğin ya da farklılığın standardının erkekler olmasını eleştirmiştir. Ona göre erkeklerle eşit olmaya çalışıldığında benzemeye çalışılan erkektir. Kadınların erkeklerden farklılığından bahsedildiği zaman ise farklı olunan erkektir. Bu nedenle MacKinnon aynılık-farklılık ikilemini tartışmak yerine kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizlik yani kadınlar üzerindeki toplumsal cinsiyet hiyerarşisinden kaynaklan erkek hâkimiyetinin tartışılması gerektiğini söylemektedir. Ayrıca MacKinnon'a göre tarafsızlığa dayanan epistemolojik yöntemlerle kadın problemlerine yaklaşınca kadınların içinde bulundukları toplumsal yapının hiyerarşik biçimde olduğu görmezden gelinmiş olmaktadır. Nesnelliğe dayalı epistemoloji ile kadınlara yönelik olarak erkeklerin yaşattıkları pek çok kötü muamelenin araştırılmasının olanaklı olduğunu kabul etmekle beraber bu yöntemle elde edilen bilgilerin kadınların sistematik bir biçimde iktidardan yoksun bırakılmışlığını ortaya koyamayacağını öne sürer.

MacKinnon hukukta cinsel tahakkümü açıklarken de, kadınların henüz erkeklerle eşit toplumsal güç ve iktidar sahibi olmadıkları için yaşadıkları toplumun hukukunu belirlemekte söz sahibi olmadıklarını, erkeklerin belirledikleri hukukun altında yaşadıklarını belirtmektedir. MacKinnon hukuku güçlünün belirlediğini iddia etse de, hukuku güçlü olanın belirlemesi gerektiği söylemez. Aksine hukuku güçlü olanın belirlemesinin ortadan kaldırılması gerekliğine işaret eder. Hukuk yoluyla toplumdaki eşit olmayan güç ilişkilerinin eşit hale gelmesine kapı aralanabileceğini iddia eder.

MacKinnon'a göre kadın bakış açısının hukuk kuramlarına yeterince yansımaması ve kanunların cinsiyet körü olması da hukukta cinsel tahakkümü desteklemektedir.

MacKinnon'a göre günümüzde kadınlar ile erkekler arasında ayrım gözeten kanunların teker teker ortadan kaldırılarak yerine kadın erkek eşitliğine dayanan bir dizi kanuni düzenlemeler yapılması, ilk bakışta, hukukta kadınlar ile erkek arasında hiyerarşik bir ilişki olduğu gerçeğinin üzerini örter. Kadın-erkek eşitliğini hukuk alanında da sağlayabilmek için, ilk önce hukukun iddia edildiği gibi kadın-erkek eşitliğine dayanmadığı gerçeği ile yüzleşmek gerekmektedir; çünkü bu eşitsizlik gerçeği ile yüzleşmeden, kadın erkek eşitliğine dayanan bir hukuk oluşturmak mümkün görünmemektedir.[1] Bu nedenle MacKinnon Kadınlar ile erkeklerin hukuk karşısında eşit olmadığı, aksine aralarında hiyerarşik bir ilişki bulunduğu gerçeği ile yüzleşerek, hukukta da kadınların erkeklere olan tâbiliğini "cinsel tahakküm teorisi"nde ortaya koymaya çalışmıştır. Böylece kadınlar ile erkeklerin gerçekten eşit olduğu bir hukuk düzeninin inşasına yönelik gerek teorik gerekse pratik çalışma yapacak olanların ufkunu açmaya katkıda bulunmuştur. MacKinnon'un cinsel tahakküm teorisi hukuktaki erkek egemenliğini ortaya koyduğu için bizim hukuk düzenimizde de kadınların erkeklere tâbi kılınmasını açıklamaya anahtar olabilecek niteliktedir.

MacKinnon cinsel tahakküm teorisini pornografi, tecavüz, cinsel taciz gibi ceza hukuku ile doğrudan bağlantılı olgulardan yola çıkarak inşa etmiştir. Esasen ceza hukuku ile doğrudan bağlantılı olgularda kadınların erkeklere olan tâbiliği daha kolay göze çarpar; fakat kadınların hukuk düzeni karşısında erkeklere olan tâbiliği yalnızca ceza hukuku ile

[1]Catherina MacKinnon, Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru, çev. : Türkân Yöney-Sabir Yücesoy, Metis Yay, İstanbul, 2003, s. 273–285.

sınırlı değildir. Başta aile hukuku olmak üzere, hukukun diğer alanlarında kadınların tâbiliği ceza hukukunda olduğu gibi, rahatlıkla fark edilememektedir.

MacKinnon'a göre, aile hukukundaki cinsel tahakkümün mantığı da ne yazık ki pornografiye ilişkin olarak erkek bakış açısının mantığına benzemektedir. Pornografinin erkek bakış açısına göre ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirip korunması, cinsel ilişkide kadınların insanlık dışı nesnelere indirgenmesini hukuken meşrulaştırmaktadır.[2] Aynı şekilde aile özel alana ait bir yerde mahremiyet kapsamında nitelendirildiği için, aile içindeki kadınlar ile erkekler arasındaki eşitsiz iktidar ilişkisine dayanan hiyerarşik yapılanma ve kadınların yaşadığı sistematik erkek şiddeti görülmemektedir. Bu nedenle aile hukukunun mantığının da pornografiye yönelik kanuni düzenlemelerin mantığından farklı olmadığı düşünülebilir; çünkü ailedeki kadınlara yönelik her türlü cinsel istismar, insanlık dışı nesnelere indirgenme, işkence vb. eylemlerin kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizlikten kaynaklandığı göz ardı edilerek aile hukukuna ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmaktadır.[3] Bu kanuni düzenlemelerde özel alanın erkek için özgürlük alanı, kadın için ise tahakküm alanı olduğu görmezden gelinmektedir.[4]

Ailede kadınların erkeklere olan tâbiliğini ortadan kaldırmaya yönelik olmadığı bir hukuk düzeninde, aile hukukunun önemli bir parçası olan boşanma müessesesinde de kadınların erkelere tabi kılınma olasılığının bulunduğu düşünülebilir. Bu çalışmada kadın-erkek ilişkisi ile doğrudan ilgili hukuk disiplinlerinden biri olan aile hukukunun bir bölümündeki boşanma nedenlerine yönelik kanuni düzenlemelerde kadınların erkeklere

[2]Bkz. MacKinnon, Feminist…, s. 236.
MacKinnon'a göre, "Pornografi savunucuları pornografi de dâhil olmak üzere bütün ifade biçimlerine izin verilmesinin, zihni özgürleştirerek gelişmesini sağladığı iddia ederlerse de, aslında pornografinin özgürce yaptığı, kadınların beynini ve bedenini köleleştirmek ve kadın bakış açısının ifadesini engelleyen terörü normalleştirmektir."
[3]MacKinnon, Women's Lives Man's Law, Harward University Press, Cambridge, 2005, s. 37.
[4]MacKinnon, Women's Lives…, s. 33-37.

tâbi kılınıp kılınmadığı ortaya konmaya çalışılacaktır. Hukuktaki cinsel tahakküme örnek olarak özellikle aile hukukunun bir bölümüne ilişkin olan boşanma nedenlerinin seçilmesinin sebebi ise, Türk Medeni Kanunu'nda son yapılan kanuni düzenlemelerden sonra aile hukukumuzun tümüyle kadın-erkek eşitliğine dayandığının[5] öne sürülmesidir.

[5]Bkz. Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, C II. Beta Yayınları, Ankara, 2006. ; Gökçen Türker, Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara, 2005, s. 7.

BİRİNCİ BÖLÜM

CATHERİNA MACKİNNON'UN CİNSEL TAHAKKÜM ANLAYIŞI

I. MACKİNNON'UN FEMİNİZM ANLAYIŞI

A. Genel Olarak Feminizm

"Feminizm bir yandan kadınlara erkekler ile eşit haklar ve fırsatlar tanınmasını ve kadınlara karşı olan her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasını, diğer taraftan kadınların erkeklerden farklı olduğunu ve bu farklılıkların göz önünde bulundurulması gerektiğini savunan sosyal, politik ve hukuki akım olarak tanımlanabilir."[6]

Feminist hareket temelde kadın ile erkek arasındaki hiyerarşik iktidar ilişkisini aile, iş hayatı, siyaset, kültür cinsellik vb. alanlarda değiştirmeyi amaçlar. Kadınlar ile erkekler arasında erkek üstünlüğüne dayalı,[7] yalnızca erkeğin insanlık ölçütü olarak kabul edildiği ve kadının kusurlu eksik insan gibi görüldüğü bir toplumsal düzeni ortadan kaldırmak ister.[8] Feministler erkek egemenliğini ortadan kaldırıp, yerine kadın erkek eşitliğine dayanan, her iki cinsin de insan olarak görüldüğü, erkek merkezli olmayan bir toplumsal düzen oluşturmak için çaba harcar.[9]

Feminizm erkek egemenliğini, her türlü insan ilişkisinde ortadan kaldırmayı amaçlayan ve bunun yerine kadın erkek eşitliğine dayalı bir düzen talep eden bir siyasi hareket olmakla birlikte, kadın erkek eşitliği mücadelesinin teorik alt yapısını oluşturmayı

[6]Adnan Güriz, Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yay, Ankara, 1997, s. 2.
[7]Ömer Çaha, Sivil Kadın: Türkiye'de Sivil Toplum ve Feminizm, Vadi Yay, Ankara, 1996, s. 560.
[8]Kate Millet, Cinsel Politika, çev. : Seçkin Selvi, Payel Yay, İstanbul, 1987, s. 295.
[9]Çaha, Sivil Kadın:…, s. 560

da kapsamaktadır.[10] Bu nedenle feminist hareket içinde teori ve pratik karşılıklı olarak birbirinden beslenmektedir.

Her ne kadar tüm feminist akımların esas amacı kadın-erkek eşitliğini sağlamaksa da, bu akımların her biri eşitsizliğin ne olduğu konusunda ortak bir görüşe sahip değildir.[11] Bunun sonucunda da kadın-erkek eşitsizliğinde neye odaklanılacağı ve kadın-erkek eşitsizliği ile nasıl mücadele edileceği konusunda feminist akımların fikir birliği yoktur. Buna örnek olarak liberal feminizm, marksist feminizm ve radikal feminizm verilebilir.[12]

Liberal feministler liberal ideolojinin temel birimi olan bireyi merkez kabul ederek kadın problemlerine yaklaşmaktadırlar. Kadın-erkek eşitsizliğinin tek tek bireylere olan yıkıcı etkisini açığa çıkartıp, sonra ortadan kaldırmayı hedeflerler. Zira liberal ideolojide bireyin toplum tarafından kalıplara sokulmaya çalışılması haksızlıktır. Bu düşünceyi kadınların toplum tarafından biçimlendirilmeye çalışılmasına uyarlayan liberal feministlere göre de, her bir kadın toplum tarafından kalıba sokulmaya çalışılmamalı, hiçbir kadının bireysel tercihlerine müdahale edilmemelidir.[13] Cinsiyet eşitsizliği kanunlar ve gelenekler aracılığıyla tek tek bireylerin, özellikle kadınların potansiyellerini kısıtlar.[14] Liberal perspektiften bakınca, kanunlar ve geleneklerle kadınlara toplumsal cinsiyet elbiseleri giydirilerek potansiyellerinin kısıtlanmasının akla uygun bir tarafı yoktur.[15]

Kadınların siyasal, ekonomik, sosyal ve özellikle hukuksal yönden erkeklerle eşit haklara sahip olması gerektiğinden hareket ederek, kadın-erkek eşitliğini sağlamak için

[10]Zekiye Demir, Modern ve Postmodern Feminizm, İz Yayıncılık, İstanbul, 1997, s. 65.
[11]Will Kymlicka, Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş, çev. : Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay, İstanbul, 2003, s. 521.
[12]Murat Yüksel, Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri, Beta Yay, İstanbul, 2003, s. 169.
[13]MacKinnon, Feminist…., s. 61-67.
[14]Deniz Kandiyoti, "Çağdaş Feminist Çalışmalar ve Ortadoğu Araştırmaları", Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem, çev. : Neslihan Cangöz, Sel Yay, İstanbul, 1995, s. 125.
[15]MacKinnon, Feminist …, s. 61.

kadınların kamusal yaşama girmesini sağlayan engellerin ortadan kaldırılması talebi liberal feminist akımın hedefidir.[16] Liberal feministlerin odak noktası fırsat eşitliğidir. Kadınların erkeklerle fırsat eşitliğe sahip olmasının önündeki engellerin kalkması temel amaçlarıdır. Kadınların önündeki toplumsal ve hukuki eşitsizlikler ortadan kaldırılsa, fırsat eşitliği sağlanırsa onlar da özel yaşamın kendilerini dizginleyen dizginlerinden kurtulup kamusal yaşama serbestçe katılabilirler. Bunun için liberal feministlere göre, öncelikle kadınlar ile erkekler arasında kanun önünde eşitlik yani şekli (formel) eşitlik sağlanmalıdır. [17]

Diğer bir feminist akım olan marksist feminist akım, liberal feminist akımdan daha sonra ortaya çıkmıştır. Marksist feministler liberal feministlerin ısrarla üzerinde durdukları kadınlara erkekler ile eşit fırsat tanınması talebinin sınıf esasına dayanan kapitalist düzende mümkün olamayacağını öne sürmüşlerdir.[18] Marksist feministlere göre kadınların ezilmesinin asıl nedeni cinsiyet ayrımcılığı değil sınıf farklılığıdır.[19] Bu nedenle marksist feministler kadınların erkekler ile olan ilişkilerine değil,[20] üretimle ilişkilerine odaklanmışlardır.[21]

Marksist kuram üretime ve bu süreçteki ekonomiye dayalı toplumsal ilişkilere odaklıdır.[22] "Marksizm sınıflı toplumun gelişiminin, kapitalist toplumdaki birikim sürecinin, sınıf egemenliğinin yeniden üretiminin, çelişkilerin ve sınıf mücadelesinin teorisidir."[23] Zaten, Marx'a göre devlet de "üretime dayalı ekonomik ilişkilerin

[16]Yüksel, Feminist Hukuk …, s. 67-68.
[17]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 70.
[18]Demir, Modern …, s. 53.
[19]Demir, Modern…,, s. 59.
[20]Heidi Hartmann, Marksizm'le Feminizmin Mutsuz Evliliği, çev. : Gülşad Aygen, Agora,Yay, İstanbul, 2006, s. 4.
[21] Demir, Modern …, s. 59.
[22]Karl Marx, Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı, çev. : S. Belli, Sol Yay, Ankara, 1976, s. 25-26' dan aktaran, Demir, Modern …, s. 53-55.
[23]Karl Marx, Capital, C.I New York, İnternational Publishers, 1967, s. 572'den aktaran, Hartmann, Marksizm'le Feminizmin…, s. 18-19.

yoğunlaşmış şeklidir".[24] Bunun için marksist feministler, aile kurumunun kapitalizm ile ilişkisi, kadının aile içinde yaptığı işlerin neden üretken görülmeyip değersizleştirildiği ve kadınların düşük statülü işlere layık görüldüğü gibi kadınların yaptığı işlerin kapitalist düzen ile ilişkisini anlamaya çalışmışlardır.[25] Marksist feministler kadınların erkeklerle ilişkilerindeki problemlerinin kadınların ekonomik sistemle olan ilişkilerin tartışılması sırasında kendiliğinden açığa çıkacağını düşünmektedirler.[26]

Radikal feminizm ise 1960'ların sonuna doğru, liberal ve marksist teorilerin kadın problemlerine yönelik çözüm önerilerinin tatmin edici bulunmaması sonucunda ortaya çıkmıştır. Radikal feminizm ataerkil düzene odaklaşarak hukukun ve toplumun yapısına itiraz eder.[27] Radikal feministlere göre ataerkil yapı[28] tıpkı kapitalist düzen gibi başlı başına bir sistematik eşitsizlik kaynağıdır.[29] Bu nedenle kapitalist düzenle mücadele için nasıl başlı başına bir kuram (marksist kuram) varsa, feminizmin de kendi başına bir kuramı olmalıdır: Bu kuram da radikal feminist kuramdır.[30]

---

[24]Karl Marx/Friedrich Engels, The Communist Manifesto, Selected Works, Selected 3:527'den aktaran MacKinnon, Feminist …, s. 183.
[25]Demir, Modern …, s. 59.
[26]Hartmann, Marksizm'le Feminizmin…, s. 4.
[27]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 104.
[28]Bkz. Fatmagül Berktay, Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Kadın Araştırmaları, İstanbul, 1996, s. 24.
"Ataerkil sistem, toplumda bir cins olarak kadınların erkeklere tâbi olması ve bunun sonuncunda kadınların erkeklere boyun eğmesi sonucunu doğuran kurumsal, kültürel düzenleme ve uygulamaları belirtir. Ataerkillik, genel anlamı ile kullanıldığında, erkek iktidarı anlamına gelmektedir."
Bkz. Millet, Cinsel…, s. 39.
"Ataerkillik kavramı, yalnızca kadın emeğinin değil, aynı zamanda kadının cinselliğinin, bedeninin ve doğurganlığının denetlendiği bir toplumsal sisteme gönderme yapmaktadır. Bu sistemin özünde ise, bir cins olarak erkek çıkarlarının korunması yer almaktadır. "
[29]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 106
[30]Carole Pateman, "Power and Sex", Reviewed Work(s): Feminism Unmodified: Discourses on Life and *Law* by Catherine A. MacKinnon *Ethics*, Vol. 100, No. 2 (Jan., 1990), The University of Chicago Press 1990, s. 398.

B. MacKinnon'un Feminizmi

MacKinnon'un feminizmi radikal feminizm içerisinde yer almaktadır. MacKinnon'a göre toplumsal ilişkiler kadınlar ile erkekler arasındaki cinsiyet ayrımına dayalıdır.[31] Bu nedenle kadınlar ve erkekler arasındaki cinsel eşitsizliğe odaklanılmalıdır;[32] çünkü kadınların problemlerinin kaynağında aslında üretim değil, üreme bulunmaktadır.[33] Cinsel ilişkiler en geniş anlamda biyolojik veya cinsel farklılıklar yoluyla değil, sadece erkek hâkimiyeti ve kadın tâbiliği ile açıklanır.[34] Cinselliğe yakından bakınca, doğamızdan getirdiğimiz cinsel dürtülerimize eklemli olan cinselliği yaşama biçimimiz doğal olmayıp, toplumsal ilişkiler sonucu belirlemektedir. Bu toplumsal ilişkiler de kadınlar ve erkekler arasındaki güç, özellikle fiziksel güç eşitsizliğine göre biçimlenmektedir.[35]

MacKinnon liberal feminizmi ve marksist feminizmi, feminizm olarak değerlendirmemekte, sadece radikal feminizmi feminizm olarak kabul etmektedir;[36] çünkü sadece radikal feminizm, cinsiyetçiliği, cinsiyetçi sömürü ve baskıyı tamamen ortadan kaldırmayı hedeflemektedir.[37] MacKinnon'a göre liberal feminizm, kadınlar ile erkekler arasındaki toplumsal yapıdan kaynaklanan cinsel eşitsizlikleri ve her iki cinsiyet arasındaki kadınların aleyhine olan toplumsal cinsiyet hiyerarşisinden kaynaklanan kısıtlamaları görmezden geldiği için, cinsiyet körüdür.[38] Liberalizm, her ne kadar eşitlikçi bir söyleme sahip olsa da, aslında ataerkil bir ideolojidir.[39] Zira liberal ideoloji toplumsal yapıya

[31] MacKinnon, Feminist …, s. 24.
[32]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 102.
[33]Demir, Modern …, s. 59.
[34]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 24.
[35]MacKinnon, Feminist …, s. 31.
[36]MacKinnon, Feminist …, s. 140.
[37]Bell Hooks, Feminizm Herkes İçindir, çev.: Ece Aydın- Berna Kurt, Şirin Özgün-Aysel Yıldırım, Çitlembik Yay, İstanbul, 2002, s. 1.
[38]MacKinnon, Feminist…, s. 66- 69.
[39]Denise, Schaeffer "Feminism and Liberalism Reconsidered: The Case of Catherine MacKinnon", American Political Science Review, 2001, s. 699.

mümkün olduğunca az müdahale etme anlayışı ekseninde biçimlenmiştir.[40] Bunun için, liberal ideoloji ile feminizmin temelleri birbirleriyle çelişkilidir; çünkü liberal ideoloji, hiyerarşik toplumsal yapılanmanın önüne geçmeyi hedeflemediğinden ataerkilliği ortadan kaldırma gibi bir işleve sahip değildir. Bu ideoloji bireyselliğe dayanmaktadır. Feminizm ise aksine kolektivist olduğu ve hiyerarşik yapılanmanın kendisini ortadan kaldırmayı hedeflediği için liberalizmin ötesinde bir harekettir.[41]

MacKinnon'un görüşlerinin marksist feminizmle benzerliği söz konusudur. MacKinnon'a göre, marksizm ve feminizm toplumdaki eşitsiz güç ilişkilerinden yola çıkarılarak oluşturulmuş iki farklı teoridir. Marksizm sınıflar arasındaki, feminizm kadınlar ile erkekler arasındaki güç eşitsizliğiyle ilgilidir. Ancak kadınlar ile erkekler arasındaki güç eşitsizliğini ortadan kaldırmaya yönelik feminist talepler marksizmin içine sığdırılamazlar. Bunun için MacKinnon, marksizm ile feminizmi birleştirme çabalarının başarısızlığa mahkûm olduğunu belirtir.[42]Ataerkillik ezme -ezilme ilişkine dayalı bir baskı sistemi olduğu için (her ne kadar kapitalizm ile iç içe geçmiş olsa da) başlı başına halledilmesi gereken bir sorundur.[43] Bu nedenle feminizmin kendi başına bir kuramının bulunması gereklidir.[44] Feminizm, marksizm de dâhil olmak üzere, her hangi bir eşitsizliği konu alan iktidar kuramının sınırları içerisine hapsedilmemelidir.

MacKinnon'un cinsel tahakküm anlayışı elbette ki radikal feminizm dâhilindedir. Ancak MacKinnon'da liberal ve marksist feminist anlayışların etkilerini de görmek mümkündür. Örneğin Denisse Schaffer'a göre, MacKinnon cinsel tahakküm teorisini

[40]MacKinnon, Feminist …, s. 85.
[41]Schaeffer, "Feminism and Liberalism…", s. 699.
[42]Alexandra Z. Dobrowolsky/ Richard F. Devlin, "The Big Mac Attack: A Critical Afffirmation of MacKınnnon's Unmodified Theory of Patriarchal Power" McGill Law Journal, Vol 36, 1991, s. 578.
[43]Demir, Modern …, s. 59.
[44]Pateman " Power …", s. 398.

kurarken, liberalizmi ne kadar eleştirse de, ne liberalizmden tamamıyla vazgeçmekte ne de kadın problemlerine yalnızca liberal pencereden bakmaktadır. Liberal ideolojinin temel prensiplerinden olan kendini belirleme ve bireysel seçim yapabilme, başkalarına zarar vermeme vb. prensiplerine argümanlarını dile getirirken genellikle başvurmaktadır. Ancak MacKinnon liberalizmin toplumsal yapıya müdahaleden uzak duran yapısıyla yetersiz olduğunu ve var olan düzeni, yani ataerkil düzeni koruduğunu belirtmektedir.[45]

Liberalizm ile feminizm arasında çeşitli bağlantılar elbette kurulabilir. MacKinnon'un asıl meselesi liberalizm ile feminizm arasında bağlantıların olup olmadığı değildir. Onun asıl anlatmak istediği feminizmin her hangi bir ideolojiyle bağlantılı olup olmadığı değil, feminizmin herhangi bir ideolojinin içine sığdırılamayacağı ve herhangi bir ideolojiye indirgenemeyeceğidir. Onun iddiası feminizmin başlı başına bir kuramının olması gerekliliğidir.[46]

Kate Sutherland, MacKinnon'un cinsel tahakküm teorisini kurarken Marksist düşüncenin içinden geçip, onun sınırlarını genişlettiğini ileri sürmektedir. Ona göre marksist düşünce ile radikal feminist olduğu iddia edilen MacKinnon'un teorisi birbiri içine girmiştir. MacKinnon cinsel tahakküm teorisini kurarken, marksist teorinin anahtar kavramlarını feminizmin bazı anahtar kavramlarıyla eşleştirerek, marksizm ile feminizm arasında çeşitli anolojiler yapmıştır. Örneğin marksist bir kavram olan emek ile feminist bir kavram olan cinsellik arasında, kapitalist sermaye birikimi ile erkeklerin cinsel arzusu arasında, artık değer ile kadınların cinsel olarak arzulanmaları arasında paralellikler kurmuştur.[47]

[45]Schaeffer, "Liberalism and Feminism…, s. 699-706.
[46]MacKinnon, Women's Lives …, s. 271-285.
[47]Kate Sutherland, **"**The Promise and Perils of Marksizm for FeministLegal Teory**"** Science& Society, American Poitical Science Review, 2006, s. 113-115.

MacKinnon cinsel tahakküm teorisinde marksizm veya onun çeşitli bileşenlerini amacına uygun düştüğü oranda kullanmaktadır. Marksizm'in çeşitli fraksiyonlarının da feminizme yeni olanaklara kapı araladığı doğrudur.[48] Hatta bizzat MacKinnon kadın bakış açısının yöntemi olan bilinç yükseltmeyi post-marksist olarak nitelendirmektedir.[49] Ancak marksizmden MacKinnon'un yararlanması, feminizmin marksizm içine sığdırılabileceği anlamına gelmemektedir. MacKinnon'a göre, marksizm nasıl klasik ekonomi ve politika anlayışının içini dışına çeviren eleştiri ise feminizm de marksist düşüncenin içini dışına çevirip aslında marksizmin tepe taklak edilmesidir.[50]

II. CİNSEL TAHAKKÜM

Cinsel terimi yalnızca cinsiyet anlamındaki cins kelimesinin sıfatından ibaret değildir. Cinselliği tanımlamak için de cinsel terimi kullanılır. Ancak bu kullanım sadece cinsel tatmin veya üreme amaçlı cinsel ilişkiyi tanımlamakla kalmaz; çünkü cinsellik aynı zamanda kadınlar ile erkekler arasında erkeğin hâkim, kadının tâbi olduğu bir biçimde kalıplaşmış ve neredeyse toplumsal ilişkilerimizin çoğunluğunda hiyerarşik şekilde yaşanılan erkek egemen cinsiyetçi yapının hem çekirdeği hem de dinamiği olmuştur.[51] Bu nedenle ilk bakışta, yalnızca doğamızdan gelen kendi başına biyolojik ve fiziksel bir olgu gibi görünen cinsel ilişkiye yakından bakarsak, aslında cinsel ilişkinin insan yaşantısının, insan ilişkilerinin geniş ortamında zannettiğimizden daha köklü bir yere oturduğunu görürüz.[52] Cinselliğin normları eril olduğu için cinsellik de toplumsal ilişkilere dayalı, eril iktidarı oluşturan ve eril iktidar tarafından oluşturulan bir kavramdır.[53]

[48]Sutherland, "The Promise and.Perils…", s. 14.
[49]MacKinnon, Women's Lives…, s. 140.
[50]MacKinnon, Women's Lives…, s. 148.
[51]MacKinnon, Feminist …, s. 11.
[52]Millet, Cinsel.., s. 13.
[53]MacKinnon, Feminist…, s. 176.

Cinselliğe yakından baktığımızda, doğamızdan getirdiğimiz cinsel dürtülerimize eklemli olan cinselliği yaşama biçimimiz zannedildiği gibi doğal olmayıp, toplumsal ilişkiler tarafından belirlenmektedir. Bu nedenle MacKinnon "cinsellik hem toplum tarafından inşa edilen hem de toplumu inşa edendir" cümlesini kullanmaktadır.[54] Bu noktayı daha iyi açıklamak için MacKinnon'un cinsiyetle ilgili görüşlerinden söz etmek gerekir.

A. MacKinnon'da Cinsiyet

"Cinselliğin kalıba dökülmesi, yönü ve ifadesi, toplumu kadınlar ve erkekler diye iki cins olarak örgütler. Bu bölünme, bütün toplumsal ilişkilerin temelinde yatar. Cinsellik cinslerin toplumsal ilişkilerinin yaratıldığı, örgütlendiği, ifade edildiği ve yönlendirildiği toplumsal süreçtir. Bu süreç kadın ve erkek olarak bildiğimiz toplumsal varlıkları yaratırken, bunların ilişkileri de toplumu yaratmaktadır."[55]

Cinsiyet egemenliği beraberinde kadınların cinsel sömürüsünü de getirmektedir;[56] çünkü biyolojik cinsel ilişki çoğunlukla erkeğin hâkim- kadının tâbi olduğu eril kurallara göre yaşanmaktadır. Bu biyolojik cinsel ilişkinin hâkimlik-tâbilik formatına göre oluşmuş erkek egemen normları, tüm toplumsal ilişkilere model alınarak insanlar tarafından eşitsiz bir toplumsal düzen oluşturmaktadır. Böylece insanlık kadın ve erkek olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu süreçte bir grubun (erkeklerin) öteki grup (kadınlar) üzerindeki cinsel farklılığı doğuştan gelen bir üstünlük olarak görülmektedir. Erkeğin kadından cinsel farklılığının cinsel üstünlük olarak görülmesi sonucunda da erkeğin cinsel üstünlüğünden kaynaklanan kadınlar üzerinde hakları olduğundan hareketle, gerek bütün insan ilişkilerini

[54]MacKinnon, Feminist…, s. 2.
[55]MacKinnon, Feminist…, s. 21.
[56]MacKinnon, Feminist…, s. 42.

gerekse düşünce ve eylem alanlarını sarsacak bir baskı sistemi[57] doğmaktadır; yani bir cinsin (kadınların) diğer cinse (erkeklere) tâbi olarak yaşadığı toplumsal düzen meydana gelmektedir.

MacKinnon'a göre, "kadınların toplumsal iktidarı cinsiyetleriyle belirlenmektedir."[58] Biyolojik cinsiyetimiz toplumsal cinsiyetimizin temeli ve cinsler arası eşitsizliğin bahanesi olmaktadır. Oysa feminist açıdan yaklaşıldığında, "kadınların doğayla erkeklerden daha farklı özel bir ilişkileri yoktur; onların da doğayla olan ilişkileri, erkeklerinki gibi toplumsaldır. Erkeğin doğayla ilişkisi muhtemelen eşit derecede derin ve varlığının belirleyicisidir, fakat erkek toplumsal olarak bu ilişkiyle sınırlanmaz. Erkeğin fiziken daha güçlü olması, onu bir yük hayvanı olmakla kısıtlamaz. Erkeklerde üremeye katılır; kadınlar da çalışır."[59] Fakat kadınlar biyolojik bedeni bahane edilerek kısıtlanmakta ve ikincil bir konuma indirgenmektedir. Kadınlar bedenlerine toplumsal anlamlar yüklenerek erkekler karşısında haksızca eşitsizliğe uğramaktadır.[60] Toplumsal cinsiyetleri bahane edilerek kadınlar erkeklere tâbi kılınmaktadır.

MacKinnon'a göre cinsellik biyolojik bir olgu olmasına rağmen, cinselliğin toplumsal anlamı kadınlar ve erkekler için aynı değildir;[61] çünkü cinselliğin normlarının eril iktidar tarafından ve eril normlara göre toplumsal düzeyde oluşturulması, erkekler tarafından tanımlanmış, kadınlara zorla kabul ettirilmiş, aynı zamanda toplumsal cinsiyeti belirleyen ana unsurdur.[62]

[57]Millet, Cinsel…, s. 39.
[58]MacKinnon, Feminist …, s. 47.
[59]MacKinnon, Feminist…, s. 35.
[60]MacKinnon, Feminist…, s. 37.
[61]MacKinnon, Feminist…, s. 31.
[62]MacKinnon, Feminist…, s. 150-151.

MacKinnon'a göre cinsiyet kelimesi sadece insanın biyolojik bedeniyle ilişkilendirmemelidir;[63] çünkü "Cinsiyet, toplumsal iktidarın sistematik olarak bölünmesi, insanların toplumsal cinsiyetlerinden soyutlanmayan bir toplumsal prensiptir; kadınların zararına zorla kabul ettirilmiştir. Güçlü olanın, yani erkeklerin çıkarlarına hizmet eder. Cinsiyetçilik yalnızca düzeltilmesi gereken bir toplumsal eşitsizlik sistemi değil, mutlaka yıkılması gereken bir toplumsal aşağılama sistemidir."[64] Bu nedenle cinsiyet toplumsal iktidarla doğrudan bağlantılıdır. Zira kadınlar, hem tüm kadınlar olarak hem de tek tek bireyler olarak, erkeklerin egemenliği altında bulunmaktadırlar. Her ne kadar kendine özgü sınıfı veya mesleki statüsü, biyolojik yapısı var ise de, kadınlar en mahrem ilişkilerinden kamusal yaşamdaki tüm toplumsal ilişkilerine kadar biyolojik cinsiyetlerine yüklenen toplumsal anlamlara göre muamele görmektedirler.[65] Kadınların sistematik bir biçimde içinde bulunduğu tâbilik halinden, aynı biçimde olmasa da, etkilenmeyen hiçbir kadın yoktur.[66] MacKinnon'a göre kadınlar ve erkekler arasındaki cinsel farklılıkların toplumsal yaşamın kurulmasında yol açtığı rol farklılaşması da, beraberinde toplumsal cinsiyeti meydana getirir.[67] Bu nedenle MacKinnon cinsel tahakkümü toplumsal cinsiyet hiyerarşisi ile açıklamaktadır.

B. Toplumsal Cinsiyet Hiyerarşisi

MacKinnon'a göre her yerde her zaman güç sahibi olanlar erkeklerdir.[68] Erkekler güce sahip oldukları için toplumsal yapıyı kendi istedikleri gibi oluşturmaktadırlar. Sadece erkeklerin istediği biçimde oluşturulmuş toplumsal yapıda kadınlar erkekler kadar güce

[63]MacKinnon, Feminist …, s. 11
[64]MacKinnon, Feminist…, s. 61.
[65]MacKinnon, Feminist…, s. 112.
[66]MacKinnon, Feminist…, s. 58.
[67]Yüksel, Feminist Hukuk …, s. 49.
[68]Dobrowolsky/Devlin, "The Big Mac Attack…", s. 576.

sahip olmadıkları için, toplumsal iktidardan erkeklerle eşit bir biçimde pay alamamaktadırlar.[69] MacKinnon cinsel tahakküm, cinsel taciz, tecavüz, pornografi, aile içi şiddet vb. olguları kadınlar ile erkekler arasındaki güç eşitsizliğine dayandırmaktadır.[70]

Tâbilik olgusu MacKinnon'a göre, eşit konumda bulunmamaktır. Tâbi olmak fiili zaten ikinci sınıf bir statüye başkaları tarafından zorlanmayı ifade etmektedir. Örneğin işçinin işverene, mahkûmun gardiyana, çocuğun ebeveyne karşı konumu gibi bir konumda bulunmak tâbi olma durumunudur. Kısaca tâbi olma, tâbi olanla tâbi kılan arasındaki hiyerarşik ilişkinin adıdır.[71] Aralarındaki güç eşitsizliği nedeniyle, tâbi kılan insanlar tâbi kıldıkları insanlara kendileriyle eşit birer insan gibi muamele etmezler.[72]

MacKinnon, hâkimlik-tâbilik ilişkisinin erkeklerle kadınlar arasında da erkeklerin lehine kadınların aleyhine olacak biçimde var olduğunu iddia etmektedir. Kadınlarla erkekler arasındaki bu hiyerarşik ilişki diğer hiyerarşik ilişkiler gibi insanın doğasından değil, toplumsal ilişkilerden kaynaklanmaktadır;[73] yani kadınların erkeklere olan tâbilikleri biyolojik cinsiyetlerinden değil, toplumsal cinsiyetlerinden kaynaklanmaktadır.[74]

MacKinnon'a göre kadınlar biyolojik yeniden üretim kapasitelerine ve bu ayrım üzerinden oluşturulmuş cinsiyetçi iş bölümündeki geleneksel rollerine göre tanımlanmaktadırlar. Kadınlar bu şekilde tanımlanınca, kadınların erkeklere olan tâbiliğinin kaynağında toplum yerine doğa varmış gibi yaklaşılmaktadır.[75] Kadınların tâbiliği doğaya havale edildiğinde ise kadınların tâbiliğini ortadan kaldırıp yerine kadın-

[69]Katherine T. Bartlett, " MacKınnon's Feminism: Power on Whose Terms", California Law Review, Vol 75, 1987, s. 1559.
[70]Bartlett, "MacKınnon's Feminism…," s. 1561-1563.
[71]MacKinnon, Women's Lives …, s. 305.
[72]MacKınon, Women's Lives…, s. 305.
[73]MacKinnon, Women's Lives…, s. 285-287.
[74]MacKinnon, Women's Lives…, s. 41.
[75]MacKinnon, Women's Lives…, s. 26.

erkek eşitliğine dayalı bir toplumsal yapılanma oluşturulmaması için mazeret bulunmuş olmaktadır.

Kısaca cinsel tahakküm olgusu sistematik bir biçimde kadınların insan onurundan, saygı görmekten, toplamsal kaynaklardan ve mülkiyetten, fiziksel güvenlikten, toplumun eşit bir üyesi olarak muamele görmekten, toplumsal güçten, ifade özgürlüğünden vb. yoksun bırakılmalarıyla ilgilidir.[76]

Kadın probleminin adını bir cinsin diğer cinse tâbi olması olarak ortaya koyduğumuzda, cinsel tahakküm altında olan kadın ve cinsel tahakküm uygulayan erkektir. Ancak burada önemli olan tâbi olanın dişi bir varlık ve tâbi kılanın eril olması değildir; çünkü her ne kadar büyük çoğunlukla tâbi olan kadınsa da, tâbi olan rolü kadınlıkla tabi kılma rolü de erkeklikle özdeştir. Tâbi olanın veya tâbi kılanın kadın, erkek veya onların yerini alan kişiler olması bir cinsin diğer cinsi tahakküm altına aldığı gerçeğini değiştirmemektedir.[77] Önemli olan cinsel tahakküm altında olmanın bir kadınlık, cinsel tahakküm altına almanın da bir erkeklik durumu olmasıdır. Kısaca MacKinnon'un cinsel tahakküm teorisi sadece kadınlar ile erkekler arasında fiziksel olarak yaşanan cinsel ilişkideki kadın erkek eşitsizliğiyle sınırlı değildir. Onun teorisi toplumsal iktidarın kadınlarla erkeklere eşit bir biçimde dağıtılmaması olgusunu içine alır.

MacKinnon'a göre cinsiyetin toplumsal boyutu ile kastedilen biyolojik bedenin hayattaki fırsatları tayin edici olması, dişi bedene sahip olanın eril bedene sahip olanla karşılaştırıldığında toplumsal katkıları ve başarıları kısıtlanan, kusurlu insan olarak görülen, fiziksel güvenliği olmayan, iktidar ilişkilerinde eril cinse boyun eğen olmasıdır.

[76]MacKinnon, Women's Lives…, s. 25.
[77]Millet, Cinsel…, s. 39. Örneğin, eşcinsel ilişkilerde erkek çiftler arasında birinin erkek, diğerinin kadın rolünü üstlenmesi, ya da lezbiyen ilişkilerde kadın çiftlerden birinin erkek, diğerinin kadın rolünü üstlenmesi. Bkz. MacKinnon, Feminist …. s. 166.

Bunun sonucunda eril bedene sahip olan ise etken, güçlü, toplumsal katkıları ve başarıları desteklenen, dişi cinsi kendine tâbi kılandır.[78] Yani biyolojik bedenlerimize toplumdaki eşitsiz ve hiyerarşik iktidar dağılımına göre toplumsal anlamlar yüklenmektedir.[79] Kısaca dişi veya eril bir biyolojik cinsiyetimiz ve biyolojik cinsiyetimizin toplumsal rollerine göre giydirilmiş toplumsal cinsiyetimiz bulunmaktadır.

"Toplumsal cinsiyet ayrımı kadınların kendilerini erkekler için, özellikle erkeklerin cinsel kullanımı için var olan cinsel varlıklar olarak tanımlamaya alıştırıldıkları bir süreçtir. Bu süreçte kadın kendi cinselliğinin erkek gözündeki tasavvurunu kendi kadın kimliği olarak içselleştirir, böylece onu dünyanın bir gerçeği halene getirir."[80]

MacKinnon'a göre, biyolojik cinsiyetimiz doğuştan olmasına rağmen, toplumsal cinsiyetimiz doğrudan toplumdaki eşitsiz iktidar dağılımına göre oluşturulmaktadır. Erkeklerin iktidarı kadınların iktidarsızlığı üzerine, yani hâkimlik-tâbilik ikiliğine göre kurulmuş olup biyolojik cinsiyetimiz gibi doğa tarafından belirlenmemektedir. Aksine güçlü toplumsal mutabakata dayanmaktadır. Bundan dolayı toplumsal cinsiyet kaçınılmaz bir kader değildir. Toplumsal cinsiyetimiz doğuştan değişmez değildir, toplumsal ilişkiler ağı içinde toplumsal iktidarın eşitsiz dağılım sürecinde toplum tarafından oluşturulduğundan değişebilir.[81] MacKinnon'a göre toplumsal cinsiyet hiyerarşisi özel alan-kamusal alan ayrımıyla bağlantılıdır.

[78]MacKinnon, Feminist…, s. 57-58.
[79]MacKinnon, Feminist…, s. 57.
[80]MacKinnon, Feminist…, s. 133.
[81]MacKinnon, Feminist…, s. 120-124.

C. Özel Alan-Kamusal Alan Ayrımı

Evi ve aileyi özel alan, evin dışındaki toplumsal yaşamı kamusal alan olarak nitelendirmek ve özel alanı ve kamusal alanı birbirleri ile karşıtlıkları ile tanımlama Batı'lı düşünce geleneğinde son derece köklü ve yaygın bir açıklamadır.[82] Hayatın yeniden üretiminin gerçekleştiği özel alan; zorunlulukların, özgürlüklerin yaşandığı alan ise kamusal alan olarak belirlenir. Zorunlulukların yaşandığı özel alan mahremiyet perdesi altında herkesten gizlenirken, özel alanın karşı kutbundaki kamusal alanda tam tersine aleniyet hâkimdir. Bu alandaki kamusal meselelerin eşitler arasında, herkesin gözü önünde karşılıklı müzakere edilmesi istenir.[83]

Özel alan-kamusal alan ayrımında özel alan kadınlarla, kamusal alan ise erkeklerle özdeşleştirilir. MacKinnon'a göre kadınlar kamusal alandan hem dışlanmakta hem de o çok kendilerine ait olduğu iddia edilen özel alanda da erkeklerin baskısı ile sürekli olarak ve sistematik bir biçimde karşı karşıya kalmaktadır;[84] çünkü özel alanda da kadınlar erkek egemenliği altındadırlar. Üstelik mahrem addedilen bu alanda yaşanan eril şiddet de çoğunlukla gizli kalmaktadır.

Feministlere göre özel alan-kamusal alan ayrımı kadının erkeğe tâbi olmasının nedenidir; çünkü özel alan da kadınlar baskı görmektedirler. Marksist ve liberal feministlerin bir kısmına göre kadın özel alana hapsedilmekten kurtulup kamusal alana dâhil olunca, hem kadının erkeğe tabiliği sona erecek hem de kadın sosyal ve kültürel anlamda kendini gerçekleştirebilecektir.[85]

---

[82]Gülnur Acar-Savran, Beden Emek Tarih/Diyalektik Feminizm İçin, Kanat Yay, İstanbul, 2004, s. 97.
[83]Jurgen Habermas, Kamusallığın Yapısal Dönüşümü, çev. : Mithat Sancar-Tanıl Bora, İletişim Yay, İstanbul, 2007, s. 60.
[84]Yüksel,Feminist Hukuk…, s. 55.
[85]Yüksel,Feminist Hukuk…, s. 57.

Sadece kamusal alana çıkabilmeyi kadınların kurtuluşu olarak kabul etmek, özel alan ve kamusal alandaki toplumsal cinsiyete dayalı işbölümünü kadın ve erkeğin cinsel eşitsizliğine dayalı hiyerarşik yapılanmayı göz ardı etmek olarak nitelendirelebilir;[86] çünkü kamusal yaşamdan daha önce dışlananların kamusal yaşama katılmalarıyla gerçekleşen kamusallığın yapısal dönüşüm sürecinde, kadınların kamusal yaşama katılmaları her ne kadar gerçekleştiyse de, kadınların cinsiyet ayrımından kaynaklanan mağduriyetleri kendiliğinden sona ermemiştir.[87]

Kamusal alanın erkeğe, özel alanın da kadına özgülenmesinin sonuçlarından biri, kamusal alanı değerli ve özel alanı değersiz addedecek hiyerarşik toplumsal yapılanmanın ortaya çıkmasıdır.[88] Bu nedenle kadının dışlandığı kamusal alana girmesinin önündeki engellerin kalkması tek başına kadının erkeğe tâbiliğini ortadan kaldırmaya yetmemektedir; çünkü sadece eril standartlara göre oluşturulmuş bir kamusal yaşama, kamusal yaşamdaki cinsiyetçi yapılanmayı hiç dönüştürmeden, sadece kadınların kamusal yaşama katılmasının önündeki engelleri kaldırmak, kamusallıkta eril standartları olduğu gibi kabul etmek demektir.[89]

Feministlere göre kadınların erkek egemenliğine tâbi olarak yaşamak zorunda kaldığı özel alanda kadınların yaşadıkları problemleri açığa çıkartabilmek için, özel alanın bütünüyle mahrem olduğu düşüncesinden uzaklaşılmalıdır; çünkü "özel alanda yaşanan ve

[86]Acar-Savran, Beden Emek Tarih… , s. 100.
[87]Habermas, Kamusallığın Yapısal…, s. 21-22.
[88]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 56.
[89]Acar-Savran, Beden Emek Tarih…, s. 146.

kişisel olarak nitelendirilen sorunlar bütünlüklü bir toplumsal egemenlik sisteminin çeşitli yüzleridir."[90] Özel alan mahremiyet perdesinden sıyrılıp politikleşmelidir.

Özel alanın politikleşmesi kadın problemlerini politikanın gündemine yerleştirir. Ancak özel alanın politikleşmesi ideolojisi, yalnızca özel alanda yaşanan sistematik eril şiddetin ve kadınların erkeklere olan tabiliğinin politik gündeme getirilmesiyle sınırlı olacak şekilde anlaşılması halinde, özel alan kamusal alanın bir türevi gibi düşünülecek ve özel alandaki cinsiyetçi yapılanma gözden kaybolacaktır. Bu nedenle özel alan-kamusal alan ikili karşıtlığı anlayışına dayalı cinsiyete göre bölünmüş iki farklı alana dayalı toplumsal örgütlenme modelinden vazgeçip, bunun yerine özel alan-kamusal alan ikililiğini aşan hiyerarşik olmayan bir toplumsal örgütlenme biçimi arama çabalarına girişmek gerekir.[91]

MacKinnon'a göre dışarıdan müdahale olmayan kişisel özgürlük ortamı olarak farz edilen özel alan, kadınlar için hiç de kişisel özgürlük alanı değildir. Tam tersine mahremiyet perdesi altında kadınların toplu boyun eğme alanıdır;[92] çünkü bu mahrem addedilen özel alanda kadınlar gerek fiziksel gerek psikolojik gerekse cinsel şiddet görmekte ve istismar edilmektedirler. Mahrem olarak nitelenen özel alanda kadınlar sürekli olarak aşağılanmaktadırlar. Kadınların dış dünyadan tecrit edildiği bu alan, toplumu bir bütün olarak çok fazla etkilemekte ve kadın erkek eşitsizliğinin ortak zeminini de oluşturmaktadır.[93] Özel alan kadınlar için bir mahrumiyetin, yoksun kılınmanın, zorunlulukların alanıdır.[94]

[90]Acar-Savran,Beden Emek Tarih…, s. 97.
[91]Acar-Savran,Beden Emek Tarih…, s. 147.
[92]MacKinnon, Feminist …, s. 195-196.
[93]MacKinnon, Feminist …, s. 223.
[94]Acar-Savran, Beden Emek Tarih…, s. 106.

D. Aynılık-Farklılık Gerilimi

Özel alan-kamusal alan ikiliğine paralel olarak feminist literatürde tartışmalardan birisi de kadınlar ve erkeklerin ontolojik olarak yapı aynılığı ve farklılığıdır. Bu aynılık-farklılık geriliminde her ne kadar radikal feministler çoğunlukla kadınların ontolojik olarak erkeklerden farklı olduğunu savunuyorsa da, radikal feminist bir düşünür olan MacKinnon'a göre aynılıkçı veya farklılıkçı yaklaşım kadın problemlerini kavramakta yeterli perspektif sağlamaz.[95] Ona göre kadın problemlerini eşitlik veya farklılık bakımından tartışmak temel bir hatadır. Asıl tartışılması gereken eşitsizlik ve kadınlar üzerindeki erkek gücüdür.[96] MacKinnon'un eşitsizlikten kastettiği toplumsal cinsiyet hiyerarşisine dayanan kadın ve erkek arasındaki cinsel eşitsizliktir.[97] Öyle ise toplumsal cinsiyet gerçeğini farklılık, eşitlik güvencesini de aynılık olarak kabul etmek cinsiyet eşitsizliği sorunu teğet geçmektir.[98]

MacKinnon kadınların erkeklerle eşit olması gerektiği öne sürüldüğü zaman, kadınlara erkeklerle eşit muamele edilmesi, yani aynı koşullardaki bir erkeğe nasıl davranıldığının baz alındığını ve kadınlara da aynı şekilde davranılmasının talep edildiğini belirtir. Aynılık kategorisinde kadınlar erkeklere olan benzerlikleriyle değerlendirilirler. Erkeklerin standartlarına yaklaştıkları derecede, kadınlar erkeklere eşit hale gelmiş olarak kabul edilir. MacKinnon bu şekilde erkeğin kendi başına her şeyin ölçüsü olmasının sorgulanmadığını öne sürer.[99] Zira kadınların erkeklerden ontolojik olarak farklı olduğu ve kadınların erkeklerden farklı muamele görmesi gerektiği öne sürüldüğü zaman, kadınlar erkeklerden farklı olan veya farklı varsayılan yönleriyle değerlendirmeye tâbi tutulurlar.

[95]MacKinnon, Feminist…, s. 251.
[96]Pateman "Power…", s. 399
[97]MacKinnon, Feminist…, s. 247-248.
[98]MacKinnon, Feminist …, s. 267.
[99]MacKinnon, Feminist …, s. 249-253.

Kadınların erkeklerden farklılığını temel alan yaklaşımda kadınların farklılıkları değerlendirilirken, kadınlarla erkekler arasındaki farklılıklar iki cinsiyet arasındaki toplumsal cinsiyet hiyerarşisinden ve iktidar ilişkisinden bağımsız olarak değerlendirilir. Kadınlar ve erkekler arasındaki farklılıkları iktidar ilişkilerinden bağımsız olarak ele alırsak, erkek egemenliğinin çelik yumruğuna kadife bir eldiven giydirmekten öte pek bir şey yapmamış oluruz;[100] çünkü kadınlarla erkekler birbirinden aynı derecede farklı olsalar da aynı derecede toplumsal iktidara ve güce sahip değildirler.[101]

MacKinnon'a göre, kadınlar ve erkeklerin birbirinden farklı olan cinsiyetleri kadınların toplumsal bir dezavantajı olurken, erkeklerin ise avantajı olmaktadır. Kadınların cinselliği toplumsal bir damga, hatta hedef, saldırı için bahane olarak olumsuzlanmakta iken, erkeğin cinselliği toplumsal bir zevk kaynağı, iktidar odağı, hatta gelişme ve başkaldırma olarak olumlanmaktadır.[102]

MacKinnon kadınlar ile erkeklerin birbirlerinden gerçekten farklı olan veya farklı varsayılan özelliklerinin değerlendirilirken benzememenin, yani farklı olmanın ölçütünün de eril olduğunu öne sürer. Ona göre kadınlar erkeklerden farklı olan nitelikleri ile tanımlanmaktadır. Başka birine benzemek veya benzememek zorunda olan kadınlardır. Erkekleri kadınlardan ayırt eden veya ayırt edici olduğu düşünülen her nitelik toplumsal düzen için olumlu kabul edilmektedir. Toplumsal düzen erkeğe olumlu özellikler atfedilen niteliklere göre erkek egemen yapıda oluşturulmaktadır.[103]

[100]MacKinnon, Feminist…, s. 251.
[101]Dobrowolsky/Devlin, "The Big Mac Attack…", s. 581.
[102]MacKinnon, Feminist…, s. 266.
[103]MacKinnon, Feminist…, s. 257.

MacKinnon'a göre aynılık veya farklılık tartışması erkeklerin kadınlara yönelik sistematik cinsel sömürüsünü açıklamakta başarısızdır. Zira aynılık-farklılık ikilemi kadınların cinsel olarak nesneleştirilmesini iki cinsiyet arasındaki hiyerarşik olarak yaşanan cinsel eşitsizlik gerçeğini görmezden gelmektedir.[104] Bu nedenle cinsel nesneleştirme, fahişelik, pornografi ensest, tecavüz, taciz, vb kadınların cinsel istismarına dayalı olguları, erkek gücünün kadın üzerindeki ekonomik, fiziksel ve cinsel baskılarının somutlaşmasıyla ilgili cinsel eşitsizliklerini aynılık-farklılık geriliminin içine yerleştiremeyiz.[105] Kadınların cinsel sömürüsü kadınların erkeklerle eşit ya da farklı olmasından değil, kadınların erkeklerle eşit güce ve toplumsal iktidara sahip bulunmamasından kaynaklanmaktadır.[106]

E.Eril Epistemoloji

Önemli oranda iktidar, egemenlik ve otoriteye dayanan insan ilişkilerini kapsayan ve devamlılık gösteren modelin politik sistem olduğundan hareket edilirse, erkek egemenliğine dayalı ataerkil yapılanma da aslında bir politik sistemdir. Politik ilişkilerin de iktidar tarafından biçimlendirildiği gerçeği göz önüne alınırsa, kadınlarla erkekler arasındaki cinsel eşitsizliğe dayalı ilişkiler politik ilişkilerdir.[107] Fakat MacKinnon'a göre, cinsel tahakküm olgusunu yalnızca politika ve politik ilişkilerle açıklayamayız. Politika, cinsel eşitsizlik de dâhil olmak üzere, her türlü eşitsizlik madalyonunun yalnızca bir yönüdür. Eşitsizlik madalyonunun diğer yönü ise nesnelliğe dayalı bilgi kuramıdır.[108]

[104]MacKinnon, Feminist…, s. 263.
[105]MacKinnon, Feminist…, s. 110.
[106]Bartlett ," MacKınnon's Feminism…", s. 1561.
[107]MacKinnon, Feminist…, s. 187.
[108]MacKinnon, Feminist…, s. 9.

MacKinnon'a göre epistemoloji doğru bilginin nasıl elde edileceğiyle ilgidir. Bilen ile bilme konusu arasındaki bağlantı, daha doğrusu bilme konusu yapmak istediğimizle kurulan ilişkinin yöntemiyle ilgili kuramlara epistemoloji denmektedir.[109] Epistemolojik yaklaşım bilme konusu yapılanın doğruluğunun nasıl sınanacağının standartlarını belirler. Doğa bilimleri için bu standartlar mesafe alma ve belli bir bakış açısına sahip olmamayla ilgilidir. Hatta doğa bilimlerinin sınanma standartları yaygın olarak toplum biliminde de kullanılmaktadır.[110]

MacKinnon doğa bilimlerinde ve toplum bilimlerinde kullanılan nesnelliğe dayalı epistemolojik yöntemi eril epistemoloji olarak nitelendirmektedir. Zira bu yöntemle bilme konusu yapılan nesneye dışarıdan, tarafsız kalarak yaklaşılmaktadır. Kadın problemlerine de tarafsız bir biçimde yaklaşılınca, yani eşitsiz konumda bulunanların içinde bulundukları eşitsiz durumun koşullarını göz önüne almadan yapılan değerlendirmeler, aslında eşitsizliği sürdürmeye hizmet eder. Toplumsal gerçekliklere tarafsız yaklaşıldığında da, toplumsal yapılanmanın hiyerarşik bir biçimde olduğu görmezden gelinmiş olur. Böylece toplumlardaki erkek egemenliği maskelenir.[111] Zaten bir egemenlik sistemi de kendisini ne kadar iyi maskelemeyi becerebilirse o denli hoşgörülür.[112] Kısaca tarafsız olmak aslında erkeğin tarafında olmak, erkek bakış açısına sahip olmak demektir.

Bilen öznenin bilinen nesneyi kontrol etme amacı içinde olduğu bu bilimsel epistemoloji, hiyerarşik bir yapıdadır. Bundan dolayı feminist perspektiften bakılınca doğa bilimlerinde ve toplum bilimlerinde egemen olan epistemolojik yaklaşımın toplumdaki hiyerarşik yapılanmayı görmezden gelmesiyle hem kadınların üzerindeki erkek

[109]MacKinnon, Feminist…, s. 119.
[110]MacKinnon, Feminist…, s. 121.
[111]MacKinnon, Women's Lives…, s. 118-120.
[112]Michael Foucoult, Cinselliğin Tarihi, çev. : Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yay, İstanbul, 2003, s. 72.

egemenliğini açıklamakta başarısız olduğu hem de erkek egemenliğinin değişen koşullarda format değiştirmesine de imkân hazırladığı belirtilebilir.[113] Zira cinsel eşitsizliğin çeşitli biçimlerde üretilmesinde kullanılan bilimsel epistemoloji de insanın doğaya hâkimiyetine ve doğayı kontrol etmesine yardımcı olmaya yönelik olduğu kadar, hiyerarşiyi maskeleyerek insanların birbirine olan tahakkümlerine de (özellikle de erkeklerin kadınlar üzerindeki tahakkümlerine) yardımcı olur.[114]

Araştırma nesnesine belli bir mesafeden bakma ve araştırma nesnesinin karşısında tarafsız kalarak objektif bir araştırma yapmaya çalışmak ise, akıl ile duygunun kesinlikle birbirinden ayrılmasını gerektirir. Ancak nesnelliğe dayalı bilgi kuramında birbirinden ayrılan yalnızca akıl ve duygu değildir. Bu bilgi kuramında, aynı zamanda düşünce bedenden, kültür doğadan, öznellik nesnellikten, kamusal alan özel alandan, erkek kadından ayrılmış ve hiyerarşik bir biçimde akıl duyguya, düşünce bedene, kültür doğaya, nesnellik öznelliğe, kamusal özele, erkek kadına üstün gelecek şekilde konumlandırılmış ve bilim erkek egemenliğine bürünmüştür.[115]

"Bilimsel epistemoloji kendini nesnellik açısından tanımlar. Bunun diğer kutuptaki karşıtı öznelliktir. Toplumsal olarak erkekler nesnel, kadınlarsa öznel kabul edilir. Nesnellik dünyaya yaklaşımını düzenlerken, kendi yöntemine uyması gereken iki test öne sürer: Mesafe alma ve belli bir bakış açına bağlı kalmama. Gerçeği doğru bir şekilde kavrayabilmek için, insanın baktığı şeyden belli bir uzaklıkta olması ve ona hiçbir ortama ve zaman bağlı kalmadan, yani bütün ortam ve zamanlardan bakabilmesi gerekir. Bu yaklaşıma göre ilişki kurabilecek dünya nesnel olarak tanınabilen, böyle tanınması mümkün olandır. Bir epistemoloji yalnızca bilginin şeklini değil kapsamını da, bilgiyi elde

[113]Yüksel, Feminist Hukuk…, s. 27.
[114]MacKinnon, Feminist…, s. 9.
[115]Yüksel, Feminist Hukuk …, s. 27.

etmek için nasıl ilerleneceğini, bilme aşamasını, bu yolla bilinebilecek ve bilinmeye değer ne olduğunu da belirterek kesin şekilde denetler. Burada bilgi gerçeğin bir tekranı, yansıması veya kopyası olarak tanımlanmaktadır. Nesnel gerçeklik ise herhangi bir bilinenden, çıkış noktasından ve bilgi ve bilme sürecinden bağımsız olarak bilinebilen ve prensipte bilinemez yanı bulunmayan bir dünyadır. Bilim için gerçeklik testleri tekrarlanabilirlik ve ölçülebilirliktir."[116]

MacKinnon nesnelliğin bu şekilde tanımlanmasının sonuçlarına işaret eder: "Eğer nesnellik kadınların cinsel nesneler yapıldığı toplumsal sürece karşılık gelen bir bilgi kuramı, nesnelliğin dayatılması da eril iktidar paradigma ise, devletin eril bakış açısını zorla kabul ettirmekte en acımasız olduğu an, bakış açısını en yüksek resmi ölçüt olan mesafeli görüşsüzlük ölçütüne en yakın olduğu andır. En katı şekilde tarafsız olduğu an, en erkek olduğu; cins körlüğüne en çok yaklaştığı an da uygulanan standardın cinsiyetine en az önem verdiği andır. Emsallere, olgulara ve hukuki niyete ne kadar çok uyuyorsa, toplumsal erkek normlarını o kadar çok dayatıyor ve bunların belli bir bakış açısına dayandığı anlaşılmasın diye içeriklerini sorgulamayı o kadar engelliyor demektir."[117]

Eril epistemolojik yaklaşıma göre "cinsler doğa tarafından biyolojik olarak farklı yaratılmışlardır ve bu yüzden toplumsal olarak da, farklı amaçlar için uygun şekilde farklılaştırılmışlardır. Bu doğal, değişmez, kalıtsal, gerekli, adil ve muhteşem farklılaştırmadan ayrı olarak, toplum ve yargı sistemi de bazı gelişigüzel farklılıklar geliştirmiştir."[118]

[116]MacKinnon, Feminist…, s. 120.
[117]MacKinnon, Feminist…, s. 284.
[118]MacKinnon, Feminist…, s. 250.

Erkek egemenliği beraberinde elbette ki eril bakış açısını da getirecektir. Eril bakış açısı da tıpkı erkek egemenliği gibi her yerde hazır olduğu için nesnel bir standart olarak algılanmaktadır. Eril bakış açısının da nesnel bir standart olmadığı, sadece her hangi bir bakış açısı olduğunu da pek çok kişi düşünmez. Erkekler erkek bakış açısını arkasına alarak, kadın ve çocuklara, yani dünyanın dörtte üçüne hükmetmektedir. Aile ve akrabalık kuralları ve cinsel gelenekler, bir grup olarak erkeklere çoğalma olgusunun mal sahipliğini, cinsel özgürlüğü ve denetim gücünü garanti eder. Devlet bu toplumsal iktidar olgularını kanunlarla hukuk kapsamında düzenler. Böylece iki şey gerçekleşir: Hukuk meşrulaştırılır ve toplumdaki erkek egemenliği görünmez hale gelir.[119]

Kadınların yaşamış oldukları problemlerin fen bilimlerinde ve sosyal bilimlerde sıklıkla kullanılan tarafsızlığa dayalı yaklaşımla ortaya konabileceği, feminist araştırmaların ayrı bir yönteminin olması gerekmediği iddiası da ileri sürülmektedir. MacKinnon ise, klasik epistemolojik yöntemlerle kadınlara yönelik olan erkeklerin yaşattıkları pek çok kötü muameleyi araştırıp incelemenin olanaklı bulunduğunu kabul etmektedir. Ancak klasik yöntemlerle elde edilen bilgiler sistematik bir biçimde kadınların toplumsal iktidardan yoksun bırakılmışlığını gerektiği gibi ortaya koyamaz. Ayrıca tarafsızlığa dayanan bu yöntemle kadınların yaşadığı kötü koşulların gereksiz ve değiştirilip dönüştürülebilir olduğunu ortaya koymak imkânsızdır.[120]

Kadınlar da tıpkı erkekler gibi birer insandırlar. Kadınların toplumsal deneyimlerinin bir anlamı olmalıdır.[121] Bunun için kadınların deneyimlerini açığa çıkartmak, bu deneyimlerin gerçekten yaşanmış olduğunu ortaya koymak gereklidir.[122]

[119]MacKinnon, Feminist…, s. 271.
[120]MacKinnon, Feminist…, s. 123.
[121]MacKinnon, Feminist…, s. 105.
[122]MacKinnon, Feminist…, s. 139.

Fakat bu içeriğine bakmaksızın her kadının görüşünü doğru olarak kabul etmek veya birbirinden bağımsız konular ve şikâyetler silsilesinin bir araya gelmesi sonucu kadınların şanssızlıklarını ortaya koymanın adına kadın bakış açısı denemez.[123]

Kadın bakış açısı, kadınların erkeklerle eşit olmayan koşullardaki en mahremden en kamusalına kadar yaşadıkları her türlü toplumsal deneyimi sistematik bir şekilde dile getirmektir.[124] Bir düşüncenin kadın bakış açısını yansıtıp yansıtmadığı onu dile getirenin dişi bedendeki varlık olmasıyla değil, dile getirdiği düşüncenin içeriğiyle ilgilidir. Bu içerik ise kadının bulunduğu güçsüz koşulların içinden çekip çıkarılan güçtür.[125] Kadın bakış açısı, kadınların yaşamak zorunda kaldıkları erkekle eşit olmayan deneyimleri hesaba katıp katmamakla ilgilidir.

Kadın bakış açısı kısaca kadınların cinsiyet temelinde toplumsal eşitsizliğinin, yani erkeklerin cinsel tahakkümü altındaki kadınların her birinin tek tek bireyler olarak yaşadığı deneyimlerden oluşturulmuş kolektif hayat deneyimidir.[126] Eril bakış açısı gibi tarafsız değil, bilinçli olarak taraflıdır.[127]

[123]MacKinnon, Feminist…, s. 59.
[124]MacKinnon, Feminist …, s. 130.
[125]MacKinnon, Feminist…, s. 67.
[126]MacKinnon, Feminist…, s. 275.
[127]Yüksel ,Feminist Hukuk…, s. 33.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK VE CİNSEL TAHAKKÜM

I.MACKİNNON'UN GÖRÜŞLERİ ÇERÇEVESİNDE HUKUK VE CİNSEL TAHAKKÜM

A. Genel Olarak Hukukta Cinsel Tahakkümün Nedenleri

Kadınların erkeklere olan bağımlılığı hemen her yerde olduğu gibi hukukta da söz konusudur. Bu nedenle feminist hareket kadın ve erkek arasındaki erkeğin hâkim kadının tâbi olduğu hiyerarşik iktidar ilişkisini cinsellik, aile, siyaset, kültür vb. alanlarda sorgularken, bu sorgulamayı hukuk alanında da yapmaya çalışmaktadır. Zira kadının toplumsal yapılanması, hukuk karşısında da yeterince fark edilmese de, aslında hiyerarşiye tâbidir.[128] Feminist hareket her alanda olduğu gibi hukuk alanında da kadınların erkeklere olan tâbiliğine son vermeyi amaçlamaktadır.

Hukukun toplumsal gücün toplumdaki gruplar arasında paylaşılmasının organize etme işlevine sahip olduğunu iddia eden MacKinnon'a göre, hukuk düzeni toplumsal statülerin, kaynakların, zenginliğin kime, nasıl, hangi koşularda dağıtılacağını belirlemektedir. Dolayısıyla da bu dağılımdan kimler daha fazla pay alıyorsa hukuk da onun tarafındadır.[129] Bu anlayıştan hareket edildiğinde toplumsal güç paylaşımından daha fazla pay alanların bu dağılımdan daha az pay alan ya da hiç alamayanların üzerinde hâkimiyet kurduğu iddiasında bulunulabilinir.

MacKinnon'a göre hayatta güce sahip olan hukukta da güce sahip veya hayatta güçsüz olan hukuk karşısında da güçsüzdür; yani hayatta güçlü olan hukukun nasıl olması

[128]MacKinnon, Women's Lives…, s. 58-63.
[129]MacKinnon, Women's Lives…, s. 3.

gerektiğini belirlemektedir.[130] Güçsüz olanlar da güçlülerin belirledikleri hukuka göre yaşamaktadırlar; dolayısıyla da kadınlar henüz erkeklerle eşit toplumsal güç ve iktidara sahip bulunmadıkları için yaşadıkları toplumun hukukunu belirlemekte söz sahibi değildirler. Bu nedenle kendi belirledikleri hukukun değil, erkeklerin belirledikler hukukun altında yaşamaktadırlar.[131]

Elbette toplumsal değişimi gerçekleştirebilmek için yalnızca hukuk yeterli değildir; ama hukuk toplumsal değişimden yana olmak yerine, tercihini toplumsal statükodan yana olarak kullandığında, toplumsal yapıyı dönüştürme çok daha zor olacaktır. Dolayısıyla, MacKinnon'a göre, kadınların erkeklere olan tâbiliğini tek başına hukuk vasıtasıyla ortadan kaldıramayız. Ancak hukuk erkeklerin kadınlar üzerindeki cinsel tahakkümünü destekler nitelikte olmaya devam ettiği sürece de kadınlar ile erkekler arasındaki bu hâkimlik-tâbilik ilişkisini ortadan kaldırmak mümkün değildir.[132]

Her nekadar MacKinnon hukuku güçlünün belirlediğini iddia etse de, hukuku güçlünün belirlemesi gerektiğini söylemez. Aksine hukukun güçlü olan tarafından belirlenmesinin ortadan kaldırılmasının mümkün olduğunu öne sürmektedir. Hukuk yoluyla toplumdaki eşit olmayan güç ilişkilerinin eşit hale gelmesine kapı aralanabilir.[133]

MacKinnon'a göre hem kanunlar ve hukuki teamüller hem de toplumların gelenekleri cinsel eşitlik fikrini desteklememektedir. Hatta toplumsal yapı, gelenekler,

[130]MacKinnon, Women's Lives…, s. 39.
[131]MacKinnon, Women's Lives…, s. 277-289.
[132]MacKinnon,Women's Lives…, s. 103.
[133]MacKinnon, Women's Lives…, s. 103.

yaşama biçimleri erkeklerin kadınlar üzerindeki tahakkümünü ortadan kaldırmaya geçmişte olduğu gibi günümüzde de direnç göstermektedir.[134]

MacKinnon devletin kadını erkek egemenliği altında gördüğünü ve hukukun da kadınlara devletin kadınlara yaklaştığı gözle yanaştığını belirtmektedir. Bütün zorlama araçlarını tamamen kontrol edebilecek kadar güçlü bir varlık olan devletin iktidarı hukukta somutlaştığı için kadınların günlük yaşamı da erkek egemen ilişkiler ağına göre biçimlenmeye zorlanmaktadır.[135]

Bilindiği gibi toplumda iktidar sahipleri toplumun uyması gereken standartları ve toplumda var olan kurumların işleyiş düzenini belirlerler. Bu belirlemeleri yapanların, yani iktidar sahiplerinin ezici çoğunluğu da erkektir. Dolayısıyla da politik sistemin dayanacağı temeller kadınlar ve erkeklerce birlikte değil, yalnızca erkekler tarafından belirlenmektedir.[136] Yalnızca erkeklerin belirledikleri hukukun ne kadar kadın-erkek eşitliğine dayandığı iddia edilirse edilsin, aslında erkek egemen olması kaçınılmaz olmaktadır.[137] MacKinnon bu durumu şu şekilde ifade etmektedir:

"Gerçekten de toplumsal yaşamımızda devletin el atmadığı, tanımlamadığı bir alan bulmak zordur. Erkekler toplumda, Austin'in hukukun hükmediciliğini tanımladığı gibi, hükmedicidirler; yani emirleri alışkanlıkla uygulanan ve başkalarının emirlerini uygulama alışkanlığı bulunmayan kişi veya kişilerdir. Erkekler yasa yapma yetkisine sahip bir

[134]MacKinnon,"The Logic of Experience: Reflections on the Develepment of Sexsual Harassament Laws" Georgetown University Press, 2001, s. 815.
[135]MacKinnon, Women's Lives..., s. 196.
[136]MacKinnon, Women's Lives..., s. 272.
[137]MacKinnon, Women's Lives…, s. 270-280.

gruptur; ve H.L.A. Hart'a göre de hukuku yetkili hale getiren tanıma kuralına şekil verirler. Hukuku hukuk yapan otoriter yorum topluluğunu da erkekler oluşturmaktadır."[138]

MacKinnon'a göre nasıl bilimde nesnelliğe dayalı erkek bakış açısı herhangi bir bakış açı gibi değil de tek bakış açısı oymuş gibi algılanıyorsa, hukukta da nesneliğe dayalı, tarafsız olduğu iddia edilen, ama aslında erkek bakış açısını yansıtan standardının tek hukuk standardıymış gibi algılanması söz konusudur. Böylece hukukta kadınların erkeklere tâbi kılınması olanaklı hale getirilmektedir.[139] Bunun sonucunda hukuk kadın-erkek eşitliğini sağlamaya yönelik olarak çözümün bir parçası olacağı yerde, kadın-erkek eşitsizliği sorunun bir parçası olmaktadır.[140] Hatta MacKinnon tarafsızlık esasına dayanan nesnel epistemolojiyi hukukun dayandığı temel olarak kabul etmekle, erkek egemenliğinin hukuken meşrulaştığını öne sürmektedir.[141]

Erkek bakış açısına göre kadınlar ve erkekler arasında toplum tarafından oluşturulmuş farklılıklar, kadın ve erkek cinsel organlarındaki ve üreme fonksiyonlarındaki biyolojik farklılıklar kadar doğaldır. [142] Kadınların toplumsal cinsiyeti biyolojik cinsiyeti kadar doğal ve değişmez bir şekilde algılandığı için, hukuk da kadınlara toplumsal cinsiyetlerine göre muamele etmektedir; çünkü "kültür en çok doğa kılığına büründüğü zaman etkilidir. O zaman eşyanın tabiatından kaynaklanan, zorunlu ve vazgeçilmez görünür: İnsan kararı ile değişmeyen bir şeye dönüşür."[143] Böylece kadınlar ile erkeklerin son derece farklı sosyal konumları ve farklı muameleye tâbi tutulmaları doğal kabul edilerek, hayatın her alanında olduğu gibi hukukta da kadınlar erkeklere tâbi kılınır.

[138]MacKinnon, Feminist…, s. 197.
[139]MacKinnon, Women's Lives…, s. 271.
[140]Dobrowolsky/Devlin, "The Big Mac Attack…", s. 576.
[141]Bartlett ," MacKinnon's Feminism…", s. 1561.
[142]Bauman Zygmunt, Sosyolojik Düşünmek, çev. : Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay, İstanbul, 2004, s. 175.
[143]Bauman, Sosyolojik…, s. 175.

B. Hukukta Cinsel Tahakkümü Destekleyen Diğer Nedenler

1. Hukuka İlişkin İdeolojilere Kadın Bakış Açısının Yeterince Yansımaması[144]

MacKinnon hukukta kadınların erkeklere olan tâbiliğini ortaya koyarken yalnızca hukuk pratiğinden yola çıkmamıştır. Onun anlayışına göre kadınların erkeklere tâbi kılınmasında hukuka ilişkin yaklaşımların hiç küçümsenemeyecek payı vardır. Elbette, yalnızca yeni fikirler getirerek kadınların erkeklere olan bağımlılığı ortadan kaldırılamaz; fakat hali hazırdaki kadın erkek eşitsizliğine dayanan toplumsal dönüşüm için, ilk önce mevcut durumun iyi olmadığı, bunun değişmesi gerektiğinin düşünülmesi gerekir.[145]

MacKinnon için hukuk teorisiyle uğraşanların kadınların erkeklere nazaran iyi konumda olmadığını düşünmeleri bir ilk adım olabilir; fakat kadın bakış açısını ortaya koyan bir teori ortaya koyabilmek için bu yeterli değildir.[146] Ona göre her şeyden önce hukukta da kadınların erkeklere tâbi olduğu gerçeğinden yola çıkarak teorik faaliyet yapılmalıdır.

MacKinnon'a göre ne liberal kuramcılar ne de marksist kuramcılar, kadınların devlet ile dolayısıyla da hukukla olan ilişkilerini doğru değerlendirememişlerdir. Hatta bırakın liberal ve marksist yaklaşımları, feministler bile çoğu zaman devlet ile kadınlar arasındaki ilişkiyi doğru bir şekilde anlamamışlardır. "Kadın bakış açısıyla devlet nedir? Nasıl olmalıdır? Devletin toplumsal cinsiyet hiyerarşisi içindeki rolü nedir? Devletteki bu hiyerarşik yapılanmayı sona erdirebilir miyiz? gibi soruların cevabı henüz verilmiş değildir."[147]

---

[144]Bu bölümde sadece MacKinnon'un üzerinde durduğu ideolojiler üzerinde durulacaktır.
[145]MacKinnon, Women's Lives..., s. 21.
[146]MacKinnon, Women's Lives..., s. 13-17.
[147]MacKınnon, Feminist…, s. 187-188.

Marksist yaklaşıma göre devlet, ekonominin yoğunlaşmış şekli, burjuvazinin ortak sorunlarını kontrol eden ve aynı zamanda toplumun resmi bir özetidir. Ancak devlet burjuvazinin çıkarlarına hizmet ederken onu tam olarak temsil etmeyebilir. Politika ekonomi tarafından kısıtlanabilir, ama ona indirgenemez. Devletin elbette tanımlanan sınıfsal bir karakteri varsa da, devlete egemen olan sınıftan bağımsız olarak, devletin de bizzat kendisine ait çıkarları vardır. Bu nedenle devlet görece özerk bir varlıktır. Burjuvazinin çıkarları ile devletin çıkarları her ne kadar çoğunlukla birbirinin içine geçmişse de birbirleriyle her zaman örtüşmezler.[148]

Liberal kuramda ise, devlet çatışan çıkarlar arasında tarafsız bir hakem olarak kabul görür. Devletin tüm vatandaşlarının kanun önünde eşitliği ileri sürülür. Devletin bireylere müdahalesi minimum olmalıdır. Hukuk sisteminin kendine özgü prensipleri vardır. Çoğulculuk temel bir prensip olarak kabul edildiği için de, bu çoğulculuk içerisinde kadınlar belirli bir çıkar grubu olarak kabul edilebilir.[149]

Liberal kuram negatif özgürlük anlayışına dayanır. Negatif özgürlük anlayışında ise, bireyin "yapmak veya olmak istediği ve yapabileceği veya olabileceği şeyleri, kimsenin müdahalesi olmaksızın yapmasına devlet tarafından engel koyulmaması" savunulur.[150]

Liberal düşünceye taraftar olanların çok sıcak da bakmadığı, fakat erkeklerin sahip olduklarını görmezden geldikleri pozitif özgürlük anlayışı ise, bir şeyin yapılmasını

[148]MacKinnon, Feminist…, s. 183-185.
[149]MacKinnon, Feminist…, s. 187-190.
[150]MacKinnon, Feminist…, s. 191-192.

önlemekten çok onu yapma özgürlüğüdür; "birinin yapmak veya olmak istediği şeyi yapmasına veya olmasına karar verme veya bunu denetleme" hakkıdır.[151]

Bir gruba toplumsal olarak bir başka gruba istediğini yapma, bu grubun ne yapıp ne olacağını belirleme pozitif özgürlüğü tanınırsa, ikinci gruba ne kadar negatif özgürlük verilirse verilsin, birinci grupla eşit olmasına imkân kalmaz.[152] Bu nedenle erkeklerin pozitif özgürlüklere sahip, kadınların ise sahip bulunmadığı gerçeğini görmezden gelen liberal anlayıştan yola çıkılarak, kadınlara ne kadar negatif özgürlük verilirse verilsin kadınlar erkeklerle eşit hale gelemezler.[153]

Marksist bakış açısından devlet bir baskı aracı olarak algılandığı için, Marksizm kadınlara uyarlandığında, devletten toplumsal yapılanmayı değiştirmek için tümüyle vazgeçmek gerekecektir. Kadın problemi sivil topluma havale edilmektedir. Liberalizm kadınlara uyarlandığında ise, hiyerarşik toplumsal yapı dönüştürülmeden, kadınlara soyut hakları olan atomik bireylermiş gibi muamele edilecektir.

Liberal kuram kadınların bir bedeni olduğu gerçeğini ihmal etmekte[154] ve kadınların bedenleri nedeniyle cinsel eşitsizliğe maruz kaldığı gerçeğiyle yüzleşmekten kaçınmaktadır. Ayrıca liberal yaklaşım gönüllük esasına dayandığı için de topluma hukuk vasıtasıyla müdahaleye sıcak bakmaz.[155] Bunun için liberal kuram kadınlarla erkeklerin cinsel eşitsizliğini ortadan kaldırarak, yerine kadınlarla erkeklerin cinsel eşitliğine dayanan bir hukuk düzenini oluşturma esasına dayanmaz.

[151]MacKinnon, Women's Lives…, s. 278-290.
[152]MacKinnon, Women's Lives…, s. 285-289.
[153]MacKinnon, Women's Lives…, s. 279-284.
[154]MacKinnon, Women's Lives…, s. 186.
[155]MacKinnon, Women's Lives…, s. 267.

Marksist veya liberal kuram kadınlara uyarlandığında, kadınlara kabaca iki seçenek kalmaktadır: Ya devleti kadınların durumunu iyileştirici bir araç olarak görüp, kadınların menfaati için kullanmak amacı ile, devlete daha fazla güç vermek ya da toplumdaki denetimsiz gücü erkeklere terk etmek.[156] Görüldüğü gibi her iki yaklaşım da cinsiyet eşitsizliğine dayanan hiyerarşik toplumsal yapılanmayı dönüştürmeye yönelik olarak somut öneriler ortaya koyamamaktadır. Bu nedenle MacKinnon'a göre liberal ve marksist kurama, kadınların erkekler ile cinsel eşitsizlik gerçeğinden yola çıkarak yaklaşıldığında, her iki kuramın da aslında erkek egemenliğinin değişik iki yüzü olduğu görülür.[157]

2. Kanunların Cinsiyet Körü Olması

Hukuku feminist açıdan sorgulamanın yalnızca kadınları açıkça mağdur eden normlar demetine gönderme yapmadığı aşikârdır; çünkü kadınlar ve erkekler arasında bariz bir şekilde cinsiyet ayrımına dayanan pek fazla kanuni düzenleme kalmamıştır.[158] Cinsiyet ayrımına dayalı normların azalması, hukukun feminist analizini çok da kolaylaştırmamaktadır. Zira kanun önünde eşitlik ilkesi bile aslında erkek egemenliğine dayalı bir eşitlik anlayışını yansıtır.[159]

Hukuk literatüründe kanun önünde eşitlik anlayışına erkek bakış açısından yaklaşılarak, formel yani içeriksiz eşitlik denilmektedir; fakat bu eşitlik kavramına kadın bakış açısından hareket edilerek yaklaşıldığında, formel eşitliliğin de, ilk bakışta fark edilmese de, bir içeriğinin olduğu görülür. Bu içerik ise kuralları her türlü gücün ve

[156]MacKinnon, Feminist …, s. 186-188.
[157]MacKinnon, Women's Lives…, s. 328-329.
[158]Sacsofsk M.P.A.Ute , "Feminist Hukuk Bilimi Nedir ? ", çev. : Osman Can, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001/1–4, s. 719-734.
[159]MacKinnon, Women's Lives…, s. 44.

statünün üzerine yerleştirerek, herkesin aynı olduğundan hareket ederek, hukukun hiçbir tercih yapmadan herkese eşit davranmasıyla ilgilidir.[160]

Hiçbir tercih yapmadan herkese eşit muamele edilmesine kadın bakış açısından yaklaşılınca, eşit durumda olmayana devamlı olarak mevcut hukuk ve devlet düzeninin eşitlik esasına dayandığının söylenmesi, hayatın hemen her alandaki eşitsizliğin hatta hukuk düzenindeki eşitsizliğin görülmesini güçleştirir;[161] çünkü iktidar ancak kendine ait bir bölümü maskelemeyi becerebildiği oranda hoş görülmekte ve kendini ne kadar iyi saklayabilirse de varlığını sürdürmede o kadar başarılı olmaktadır.[162]

Hukuk düzenlerinde daha önceden açıkça eşitsizliğe vurgu yapan normların varlığı cinsiyet ayrımının gözle görünür biçimde olmasına temel teşkil etmekte ve kadınların mağduriyetini de gözler önüne sermekteydi. Günümüzde ise hukukun cinsiyetsiz ve tarafsız formülasyonu içinde, ilk önce kadının nasıl mağdur edildiğinin açığa çıkartılması gerekmektedir.[163] Daha sonra ise hukukun hangi noktalarda eril tecrübeye göre biçimlendiği açığa çıkartılmalı, nerelerde kadınların yaşam deneyimlerinin hesaba katılmadığı ortaya konulmalıdır.[164]

Kanun koymada geleneksel biçimsel eşitlikçi yaklaşım, erkeklere tâbi olan kadınların dezavantajlarını ortadan kaldırmayacaktır.[165] Zira hukukun görünüşte cinsiyetsiz ve tarafsız formüle edilmesine rağmen, aslında hukuk düzeninde kadınların yaşam deneyimleri hemen hemen hiç hesaba katılmamakta ve yalnızca erkeklerin deneyimlerine

[160]MacKinnon, Women's Lives…, s. 44-46.
[161]MacKinnon, Feminist…, s. 274.
[162]Foucault, Cinselliğin…, s. 72.
[163]Sacsofsk M.P.A Ute,"Feminist Hukuk…", s. 84.
[164]Sacsofsk M.P.A. Ute, "Feminist Hukuk…", s. 84.
[165]MacKinnon, Women's Lives…, s. 44-49.

göre hukuk biçimlenmektedir.[166] Cinsiyetler arası hiyerarşik yapılanmaya dayanan toplumsal yapıda soyut eşitlik standartları ve prensiplerine yer verilmesi, devletin ve kanunların tarafsızlığının ilan edilmesi, aslında, kadınların üzerindeki erkek egemenliğinin hukuk yoluyla da rasyonelleşmesine neden olmaktadır.[167]

Kanunların cinsiyet körü olması, yalnızca kanunların kadınlarla erkekler arasında biçimsel eşitlik esasına dayanmasından ibaret değildir. Kanunların cinsiyet körlüğü bazen kadınları açıkça erkeklere tâbi kılan güç ilişkilerine yönelik olarak hiç düzenleme yapmayıp, görmezden gelmesiyle de olabilmektedir.[168] Örneğin aile içinde gündelik hayatlarında yaşadıkları alabildiğince yaygınlaşmış olan erkek şiddetinden kadınları gerçekten tam anlamıyla koruyacak ve onlara kurumsal destek verecek nitelikte gerekli olan kanuni düzenlemeler yapılmamıştır.[169]

Erkeklerle eşitsiz konumda bulunan kadınlara mahkemeler ya tarafsız bir biçimde muamele etmekte (kadınlarla erkekler arasındaki eşitsizlikleri dikkate almadan tarafsız davranılarak verilen yargı karalarında ise hukuk erkek egemen toplumu yansıtan bir aynaya benzemekte ve kadınlar ile erkeklerin eşitsizliklerinden kaynaklanan sorunlar adil bir çözüme ulaştırılmamaktadır)[170] veya aileyle ilgili yargı kararlarında sıklıkla görülen içeriksiz eşitsizlik bile bir yana atılarak, ataerkilliğe dayanan toplumsal ahlakın hukuki dayatımı yapılarak kadınların erkeklere olan tâbiliği perçinlenmektedir.[171]

[166]Sacsofsk.M.P.A."Feminist Hukuk", s. 81.
[167]Bartlett," MacKınnon's Feminism…," s. 1561.
[168]MacKinnon, Women's Lives..., s. 49-55.
[169]MacKinnon, Women's Lives..., s. 34.
[170]MacKinnon, Feminist …, s.188-189.
[171]H.L.A. Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, çev. : Erol Öz, Dost Kitabevi Yay, Ankara, 2005, s. 27-32.

Hukukta cinsel tahakküme son vermek amaçlanıyorsa, her şeyden önce eşitlik kavramının soyut ve biçimsel olarak algılanmasından vazgeçilip, kadınların kendi somut deneyimleri ışığında, içerikli olacak şekilde yeniden tanımlanmalıdır.[172] Bunun için de ilk önce kadınların gerçek hayatta erkeklerle eşit güce sahip olmadığı gerçeğinin göz önüne alınması, daha sonra da cinsiyet eşitsizliğinin doğal ya da biyolojik kaynaklı değil, politik ve toplumsal güç eşitsizliğinden kaynaklandığının kabul edilmesi gereklidir.[173]

MacKinnon'un kastettiği içerikli eşitlik, sosyal eşitlikle karıştırılmamalıdır. Onun istediği sosyal eşitlik değil, cinsel eşitliktir. Zira sosyal eşitlik anlayışında dezavantajlı kişi veya gruplara avantajlı olan kişi veya grupların sahip olduğu bazı olanakları gerçekleştirme şansı verilmesi amaçlanmaktır. Bu anlayışta toplumsal iktidarın hiyerarşik dağılımını eşitlikçi bir biçime dönüştürmek yer almaz;[174] yani cinsel eşitlik anlayışında toplumdaki gücün eşit dağılımı amaçlanır.[175] Oysa sosyal eşitlikçi yaklaşımda, kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel güç ilişkisinden kaynaklanan hâkimlik-tâbilik ilişkisini ortadan kaldırıp, yerine her iki cinsiyetin toplumsal iktidarı eşit bir biçimden kullandığı bir toplum oluşturmak yer almaz.

Hukuk alanında cinsel eşitsizlikle mücadele etmek, salt normlar düzeyinde mücadeleden ibaret değildir. Bu nedenle toplumsal iktidarı her iki cinsiyete eşit olarak dağıtabilmek için sadece, aşağıda ayrıntılı olarak belirtileceği üzere, cinsiyetsiz-tarafsız bir hukuk formülasyonu yeterli olmamaktadır. Zira cinsiyetler arası hiyerarşik ilişkileri

[172]MacKinnon, Feminist …, s. 278.
[173]MacKinnon, Feminist…, s. 278-279.
[174]MacKinnon, Women's Lives…, s. 56.
[175]MacKinnon, Women's Lives…, s. 3.

özellikle de hukukta değiştirmeye çalışırken, kadınların deneyimlerini ve kadınların bu deneyimlerden kazanmış oldukları bakış açılarını da hukuka yansıtmak gerekmektedir.[176]

Kadınlarla erkeklerin gerçekten eşit olabilmeleri için kadınlara esaslı bir biçimde kurumsal destek vermek gerekmektedir. Bu kurumsal destek kadınların erkeklerle olan toplumsal güç eşitsizliğini tam anlamıyla ortadan kaldıracak ve kadınlarla erkeklerin cinsel eşitliğini garanti altına alacak biçimde olmalıdır.[177]

II. AİLE HUKUKUNDA CİNSEL TAHAKKÜM

A. Aile Hukukunun Cinsel Tahakküme Elverişli Yapısı

Aile batılı düşünce geleneğinde yaygınlaşmış olan kanaatlere göre, kamusal alanın dışında, menfaat çatışmasının olmadığı, duygusal ilişkilerin yaşandığı, mahrem ve toplumun temeli olan bir yapı olarak idealize edilerek, doğal, zorunlu vazgeçilmesi mümkün olmayan bir kurum olarak görülmüştür.[178]

Feministler ailede kadınlar ile erkeklerin eşit olmadığını,[179] ailenin bazı fertlerinin kendilerini ailenin diğer fertleri için feda ettiği, ailenin mahremiyeti perdesini altında kadınların şiddet gördüğü, ailedeki cinsiyetçi iş bölümünün doğal değil, aksine toplum tarafından oluşturulduğunu öne sürmüşler ve aile kurumunda kadınların erkeklere sistematik bir biçimde tâbi kılındığını gündeme getirmişlerdir.[180] MacKinnon'a göre aile eril egemenliğin bir birimidir; çünkü eril şiddet ve sömürü için uygun bir alan, bu nedenle

[176]MacKinnon, Feminist…, s. 58.
[177]MacKinnon, Women's Lives…, s. 42.
[178]Bartlett "MacKınnon's Feminism…", s. 1561-1562.
[179]MacKinnon, Women's Lives…, s. 38.
[180]Catherina T. Bartlett, "Feminism and Family Law", Family Law Quaterly, Vol. 33, No. 3, 1999, s. 475-477.

kadının baskı altına alındığı, erkeğe tâbi hale getirildiği başlıca kurumdur.[181] Zira aile kurumu ataerkil düzeni koruyan, cinsiyet ayrımına dayalı toplumsal işlevleri öğreten cinsiyet eşitsizliğine dayalı toplumun kilit kurumudur.[182]

Feministler aile hukukundaki cinsel tahakkümü, aile hukukundaki kamusal alan-özel alan ayrımına ve aile kurumuna yönelik kanuni düzenlemelerle ilgili eşitsizlik esasına dayandırmaktadırlar.

1. Özel Alan- Kamusal Alan Ayrımı[183]

Liberal yaklaşımın etkisi altında olan devletlerin hukuk düzenleri özel alan ile kamusal alan ayrılığı esasına dayanır.[184] Aile özel alana özgü bir kurum olarak görüldüğü için, aile hukukuna yönelik kanuni düzenlemeler yapılırken, özel hukuk kapsamında değerlendirmektedir.[185]

MacKinnon'a göre, hem özel alan-kamusal alan ayrımı, hem bu ayrıma göre oluşturulmuş kamu hukuku-özel hukuk ayrımı da aslında erkek standartlarına göre oluşturulmuş bir ayrımdır.[186] Bu ayırımı yapmanın ve buna göre hukuk oluşturmanın kadınları erkeklerin tâbiliğine mahkûm etmeye yönelik son derece vahim sonuçları vardır. Zira kamusal alanda kamusal meselelerin özgürce gündeme gelebilmesi için aleniyet esası yer alırken, özel alanda, mahremiyet perdesi altında gizlilik ilkesi hâkimdir.[187] Özel alana gizlilik ilkesi hâkim olunca da, özel alanda yaşanan özel alanda kalmaktadır. Yani özel

[181]MacKinnon, Feminist…, s. 82.
[182]MacKinnon, Feminist…, s. 69.
[183]Bu ayrımla ilgili ayrıntılı açıklama ilk bölümde yapılmıştır.
[184]MacKinnon, Feminist…, s. 220-224.
[185]Bartlett, "Feminism…", s. 475.
[186]MacKinnon, Women's Lives…, s. 272.
[187]Habermas, Kamusallığın Yapısal…, s. 60.

alan da yaşanılanlar, özellikle de kadınların yaşadıkları, politik bir mesele olarak görülmemektedir.[188]

MacKinnon'a göre kadınlar toplumsal olarak hukuktan önce, henüz devletin kesin müdahale etkisi yokken, çoğunlukla yakın çevrelerinde, yani ailelerinde baskıya uğrarlar.[189] Bu baskıyı hukuk görmezden geldiği için de, kadınların aile hayatında sistematik bir biçimde erkeklere tâbi olmalarında hukukun rolü inkâr edilemez;[190] çünkü özel alanda kadınlar özgürce seçim yapma hakkına sahip değildirler. Kadınlar eril normlara göre cinselliklerini yaşamakta, yaşadıkları cinselliklerin koşullarını denetleme özgürlükleri de bulunmamaktadır. Özel alan kadınlara, mahremiyet perdesi altında, en fazla zor kullanılan alandır.[191]

Aile içinde yaşanan cinsellik ve doğum meselesi, erkek bakış açısına göre bireysel özgürlükler kapsamında değerlendirilebilir. Oysa bu duruma kadın bakış açısından hareket ederek yaklaşıldığında burada yaşananlar ailedeki cinsel şiddet kapsamındadır. [192] MacKinnon'a göre yalnızca pornografi[193] ve tecavüz değil, kadınlara yönelik her türlü cinsel şiddet, tecavüzden dayağa kadar erkeklerin kadınlar üzerindeki cinsel tahakkümünü sembolize etmektedir.[194] Pornografinin erkek bakış açısına göre ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirip korunması, cinsel ilişkide kadınların insanlık dışı nesnelere

[188]MacKinnon, Women's Lives…, s. 32-36.
[189]MacKinnon, Feminist…, s. 191.
[190]MacKinnon, Feminist…, s. 200-210.
[191]MacKinnon, Feminist…, s. 213-219.
[192]MacKinnon, Women's Lives…, s. 23.
[193]Bkz. MacKinnon, Feminist…, s. 232-238.
MacKinnon, pornografiyi kadınları erkeklere tâbi kılan, erkekleri memnun eden cinsel objeler olarak sunan cinsel senaryo olarak nitelemektedir. Bu cinsel senaryo da erkek egemenliği ve cinsellik birbiriyle iç içe geçerek, erkeğin iktidarı ve kadının iktidarsızlığı kalıbına göre oluşturulan cinsellik için deney alanı oluşmaktadır. MacKinnon'a göre erkekler pornografiden, kadınların erkeklerle eşit insanlar değil de erkeklerin cinsel kullanımına sunulmuş nesneler olduğunu öğrenmektedirler. Daha sonra kendi hayatlarında kadınlara pornografiden öğrendikleri gibi muamele ettikleri için, pornografi erkeklerin kadınlar üzerindeki cinsel tahakkümünün merkezinde yer almaktadır.
[194]MacKinnon, Women's Lives…, s. 129.

indirgenmesini hukuken meşrulaştırmaktadır.[195] Aynı şekilde aile özel alana ait bir yerde mahremiyet kapsamında nitelendirildiği için, aile içindeki kadınlarla erkekler arasındaki eşitsiz iktidar ilişkisine dayanan hiyerarşik yapılanma ve kadınların yaşadığı sistematik erkek şiddeti görülmemektedir. Bu nedenle aile hukukunun mantığının da pornografiye ve tecavüze yönelik kanuni düzenlemelerin mantığından farklı olmadığı düşünülebilir; çünkü ailedeki kadınlara yönelik her türlü cinsel istismar, insanlık dışı nesnelere indirgenme, işkence vb. eylemlerin kadınlarla erkekler arasındaki cinsel eşitsizlikten kaynaklandığı göz ardı edilerek aile hukukuna ilişkin kanuni düzenlemeler yapılmaktadır.[196] Bu kanuni düzenlemelerde özel alanın erkek için özgürlük alanı, kadın için ise tahakküm alanı olduğu görmezden gelinmektedir.[197]

Özel alanda kadınlar ile erkekler arasında yaşanan cinsellik ve doğumla ile ilgili problemler mahrem olarak nitelendirilmektedir. Bu problemler mahrem kabul edilince yok farz edilmektedir. Oysa kadınlar ile erkekler arasındaki bu problemler mahrem kabul edilmemelidir; çünkü cinselliğin normları zaten erildir. Cinsel ilişkinin başlangıcında bile, cinsel ilişkiye katılmaya erkek ve kadın eşit toplumsal koşullarda karar veremez. Kadınların bedenleri beraber oldukları erkeklerin istekleri doğrultusunda cinsel kullanıma açık bir nesne muamelesi görür. Bu nedenle cinsel ilişkide kadınların denetimi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Kadınların istenmeyen sonuçlara katlanmak zorunda kalmadan erkeklerle aynı koşullar altında cinsel ilişkiye girmesi, ister evlilik içi ister evlilik dışı

[195]Bkz. MacKinnon, Feminist…, s. 236
MacKinnon'a göre, "Pornografi savunucuları pornografi de dâhil olmak üzere bütün ifade biçimlerine izin verilmesinin, zihni özgürleştirerek gelişmesini sağladığı iddia ederlerse de, aslında pornografinin özgürce yaptığı, kadınların beynini ve bedenini köleleştirmek ve kadın bakış açısının ifadesini engelleyen terörü normalleştirmektir."
[196]MacKinnon, Women's Lives…, s. 37.
[197]MacKinnon, Women's Lives…, s. 33-37.

olsun pek olağan bir durum değildir. Hatta kadınlar bedenlerinin kendilerine ait olduğunu üzerlerindeki toplumsal cinsiyet yükü nedeniyle, çoğunlukla fark edememektedirler.[198]

Cinsel ilişkinin koşullarını denetleyememenin en ciddi sonuçlarından birisi de, kadının kendi hamileliğini de denetleyememesidir; öte yandan çocuk sahibi olmanın koşullarını belirleyemeyen kadın çocuk bakımından sorumlu görülmektedir. Kadınlar çocukların yetiştirilme koşulları üzerinde de denetim hakkına sahip değildirler. Hatta yetiştirme koşullarını denetleyemedikleri çocukların kendi hayatlarına etkilerini bile denetleyememektedirler; çünkü hangi koşullarda anne olabilecekleri konusunda seçme şansına sahip bulunmamaktadırlar.[199]

2. Eşitsizlik

MacKinnon aile hukukuyla ilgilenen hukuk uygulamacılarının ve hukuk teorisyenlerinin ailedeki kadın ile erkek arasındaki cinsel eşitsizlik gerçeğiyle yüzleşmelerinde ısrar etmektedir.[200] Ona göre erkeklerin soyunun devam etmesi esasına göre oluşturulmuş aile ve akrabalık kuralları ve cinselliğin yaşanmasına ilişkin gelenekler, aile ilişkilerinde ve aile hukukunda erkeklerin kadınlara cinsel tahakkümüne zemin hazırlamaktadır.[201]

MacKinnon'a göre objektiflik ve nötrlük esasına dayanılarak kanunlar yapılması kadın-erkek eşitliğini sağlamaya değil, kadın-erkek eşitsizliğini maskelemeye yaramaktadır.[202] Bunun için feministler sadece nötrlük esasına göre oluşturulmuş kanuni

[198]MacKinnon, Feminist …, s. 213.
[199]MacKinnon, Feminist…, s. 281.
[200]MacKinnon, Women's Lives…, s. 116-128.
[201]MacKinnon, Women's Lives…, s. 271.
[202]Dobrowolsky/Devlin, "The Big Mac Attack…", s. 581.

düzenlemelerle boşanma, aile içi şiddet, yeniden üretim vb. olgularda kadınların erkeklere nasıl tâbi kılındığını ortaya çıkarmaya çalışmışlardır.[203]

Feministler biçimsel eşitlik anlayışına dayanan bireylere hak tanıma ile ilgili olan nötrlük prensibine göre kanuni düzenlemeler yapılmasının, kadınları erkeklere nasıl tâbi kıldığını velayet, nafaka vb olguları inceleyerek açığa çıkartmışlardır; fakat kanuni düzenlemeler yaparken nötrlük prensibinden tamamen vazgeçilmesi gerektiğini iddia etmemişlerdir. Kadınların dezavantajlı olduğu durumlarda nötrlük prensibinden vazgeçilmesi gerekliliğini, kadınların dezavantajlı hale getirmediği yere kadar bu prensibe hukukta yer verilebileceğini öne sürerler; çünkü feministler için asıl önemli olan hukuk karşısında kadınların dezavantajlı oldukları durumları ortadan kaldırmaktır.[204]

MacKinnon'a göre, kadınların erkeklere olan tâbiliğini meşrulaştıran, erkek bakış açısına göre oluşturulmuş pozitivist hukuk anlayışının ürünü olan aile hukuku da yürürlükteki kanunların ihlal edilip edilmediği üzerine kuruludur. Bu anlayışa göre ancak kanunları ihlal eden bir durum varsa, başta kadınlar olmak üzere aile bireylerinin bu durumdan zarar gördüğü kabul edilir. Kısaca pozitif hukuk için asıl önemli olan yürürlükteki kanunların ihlal edilip edilmediği olup, bu husus başta kadınlar olmak üzere, aile bireylerinin gördüğü zararlardan daha önemlidir.[205]

Aile hukukuna da yalnızca erkek bakış açısı yansıdığı için, aile içinde kadınların yaşamış olduğu incinmeler, eğer pozitif hukukta düzenlenmiş herhangi bir maddenin altına

[203]Bartlett, "Feminism…", s. 475.
[204]Bartlett, "Feminism …", s. 475.
[205]MacKinnon, "The Logic of Experience…", s. 817.

sokulabiliyorsa kabul edilmektedir. Eğer yaşanan incinmeler herhangi bir maddenin altına sokulamazsa kadınlar hukuka göre o incinmeleri hiç yaşamamış kabul edilmektedir.[206]

MacKinnon'a göre aile hukuku bakımından kadınların yaşadığı bazı incinmeler her ne kadar yürürlükteki bazı kanun maddelerinin altına sokulabiliyorsa da, kadınların yaşamış olduğu bu incinmelerin altına sokulduğu kanunlarda kadın bakış açısı dışlanıp, erkek bakış açısı merkez alınmıştır.[207] Örneğin evlilik içi tecavüz ile eşlerin birbirlerini dövmesi olguları erkek bakış açısına göre değerlendirilip, birbirinden farklı kabul edilmiştir; yani dayak cinsel şiddet olarak görülmemiştir. Oysa kadın bakış açısına göre kadınlara penisle uygulanan şiddet ile yumrukla uygulanan şiddet birbirinden farklı değildir. Her ikisi de cinsel şiddettir;[208] çünkü kadınların erkeklerden dayak yemesi de kadınlarla erkeklerin cinsel eşitsizliğinden kaynaklanmaktadır.

Kadınlarla erkelerin cinsel eşitsizliği meselesine kadın bakış açısıyla yaklaştığımızda, kadınların ailede erkeklerle olan cinsel eşitsizliklerini giderici doğumla ilgili bazı haklara ihtiyaç duydukları ileri sürülür;[209] çünkü cinselliğin normları eril olduğu için kadınların cinselliğinin denetimi kendi ellerinde değildir.[210] Bu nedenle kadınların partnerleriyle aralarındaki cinsel ilişkinin ve doğum kontrolünün mahrem bir mesele olarak görülmemesi gerekliliğinden hareket edilerek, kadınlara yönelik doğum kontrol yöntemlerine sağlıklı bir biçimde ulaşmalarını sağlayacak kanuni düzenlemeler yapılabilir veya istemedikleri gebeliklere sağlıklı bir biçimde son vermelerini sağlayacak kamusal destek verilebilir.[211]

[206]MacKinnon,"Directions in Sexsual Haresment Law"s, Nova Law Renew, 1996, s. 224-228.
[207]MacKinnon, "Directions in Sexual…", s. 226-229.
[208]MacKinnon, Women's Lives…, s. 206.
[209]MacKinnon, Women's Lives…, s. 51.
[210]MacKinnon, Feminist…, s. 213-219.
[211]MacKinnon, Women's Lives… , s. 142.

Kendi arzusu dışında kadınları hamile kalmaya zorlamak, ailedeki cinsel tahakkümün bariz bir örneğidir.[212] Kürtaj kadınların kendi bedenleriyle ilgili haklarının bir sonucudur. Bu nedenle de devletin sadece kürtaja izin veren kanuni düzenlemeler yapmakla yetinmesi yeterli değildir. Kadın bakış açısından kürtaja yaklaşıldığında, kadınların sağlıklı koşullarda kürtaj olabilmeleri için gerekli kamusal desteğin verilmesi gerekmektedir.[213]

Doğumla ilgili olarak ailede cinsel tahakkümün görmezden gelinen bir diğer boyutu da çocukların her türlü bakım sorumluğunun ve ev işlerinin kadınların yükümlülüğü olarak görülmesidir.[214] Çocuğu kadının dünyaya getiriyor olması, onun tüm sorumluğunu anneye yıkmak için bahane olmaktadır. Kadının dışarıda çalışması bile, ev işlerinin tüm yükünün onun üzerinde olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. MacKinnon'un tabiri ile " kadınlar dışarıda çalışmakta erkekler kadar özgürleşirken, erkekler evde çalışmama özgürlüklerini hala muhafaza etmektedirler."[215]

MacKinnon'a göre kadınlarla erkekler arasındaki gerçek eşitliği aile kurumunda sağlamak için, hukukun her iki cinsiyete tarafsız davranması yeterli olmamaktadır. Gerçek eşitliğin sağlanabilmesi için, toplumsal güce sahip olmayan kadınlara toplumsal güce sahip erkeklerle güç eşitsizliğini ortadan kaldırmaya yönelik olarak,[216] kadınlara kurumsal destek verecek şekilde,[217] acilen kanuni düzenlemeler yapılması gerekmektedir. Fakat sadece toplumsal iktidarın kadınlarla erkeklere eşit dağıtımı ile hukukta cinsel tahakküm ortadan

[212]MacKinnon, Women's Lives…, s. 133-136.
[213]MacKinnon, Women's Lives…, s. 131-139.
[214]MacKinnon, Women's Lives…, s. 146.
[215]MacKinnon, Women's Lives…, s. 29.
[216]MacKinnon, Women's Lives…, s. 281-282.
[217]MacKinnon, Women's Lives…, s. 42.

kalkmaz.[218] Mesela istemediği bir gebeliğe son vermek isteyen kadına en iyi koşullarda kürtaj olabilmesi için her türlü teknolojik, ekonomik ve tıbbi desteği verecek şekilde kanuni düzenlemeler yaptığımızda, hukuk yoluyla kadınlarla erkeklerin cinsel eşitsizliğini ortadan kaldırmaya ciddi bir katkıda bulunabiliriz.[219]

B. Türk Hukukunda Aile Hukukuna Yönelik Kurallar

Bazı yazarlar aileyi, ilişkileri hukuktan büyük ölçüde bağımsız ilişkilermiş gibi değerlendirip, aile kurumunda hukuk kurallarından çok görgü, örf adet ve bazı ailelerde din kurallarının geçerli olduğunu öne sürmüşlerdir.[220] Hatta aile kurumuna devletin hukuk vasıtasıyla müdahale etmemesi fikrini yerinde bulanlar olmuştur.[221] Fakat kanun koyucu aile kurumunu kendi haline bırakmamış, aile kurumuna yönelik kanuni düzenlemeler yapmıştır;[222] çünkü "aile devletin kayıtsız kalamayacağı, politikalar üretmesi gereken bir toplumsal örgütlenme biçimidir".[223]

Aile hukukuyla ilgili hukuk düzenimizdeki mevzuatımız, başta Anayasa olmak üzere, milletlerarası anlaşmalar, Türk Medeni kanunu, aile ile ilgili diğer kanunlar, tüzükler ve yönetmeliklerden oluşmaktadır.[224] Bu bölümde aile hukuku ile ilgili temel mevzuata yer verilecektir.

---

[218]Bartlett, "MacKınnon's Feminism…", s. 1565-1567.
[219]Bartlett, "Feminism…", s. 486-490.
[220]Cengiz KoçHisarlıoğlu "Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, sayı. 3, 2004, s. 22-23.
[221]Veysel Başpınar, "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, sayı. 3, 2003, s. 98.
[222]Aydın Zevkliler/ Beşir Acarbey /Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Seçkin Yay, Ankara, 1999, s. 736.
[223] Mehmet Ali Uçar, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Yetkin Yay, Ankara, 2003, s. 22.
[224]Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi Yay, Ankara, 2000, s. 11.

1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın[225] Aile Hukuku ile İlgili Hükümleri

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 174, 41, 10 ve 20. maddelerinde aile hukuku ile ilgili hükümlere yer verilmiştir.[226]

Anayasanın 174. maddesinin 4. bendinde *"17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisiyle kabul edilen, evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile aynı kanunun 110.'ncu maddesi hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülemez."* hükmü yer almaktadır. [227]

Anayasamızın 41. maddesinde; *" Aile Türk toplumun temelidir ve* ***eşler arasında eşitliğe dayanır.*** *Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."* hükmüne yer verilmiştir.[228]

Aile toplumun temeli olan bir yapı olarak idealize edilerek, doğal, zorunlu, vazgeçilmesi mümkün olmayan bir kurum olarak değerlendirilmektedir.[229] Bu değerlendirmeden yola çıkan kanun koyucu da Anayasamızın 41. maddesinde aile kurumunu toplumumuzun temeli olarak kabul etmiştir.[230] "Eşler arasında eşitliğe dayanır" cümlesinin Anayasaya girmesi ile, aile içerisinde eşlerin eşitliği Anayasal güvenceye alınmıştır. Bu Anayasa değişikliğinden kısa süre sonra yapılan Medeni Kanun

[225]T. 18.10. 1982 ve S. 2709 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası R.G. 9.11. 1982, 17863 S.
[226]Öztan, Aile…, s. 5.
[227]Öztan, Aile…, s. 10 –11.
[228]Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku, Beta Yay, İstanbul, 2006, s. 13
Anayasanın 41. maddesine "**ve eşler arasında eşitliğe dayanır."** cümlesi T. 3.10.2001, S. 4709 "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" ile eklenmiştir. RG. 17. 10. 2001. S. 24556.
[229]Bartlett, "MacKınnon's Feminism…", s. 1561- 1562.
[230]Hüseyin Hatemi/ Rona Senozan, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi Yay, İstanbul, 1993, s. 14.

değişikliğinde eşlerin eşitliğine aykırı olan pek çok hüküm kaldırılmıştır. [231] Anayasamızın bu maddesi, ilk bakışta aile içinde kadın erkek eşitliğini güvence altına almayı amaçlıyor gibi gözükmektedir. Ancak bu maddenin de kadınları, tıpkı çocukları olduğu gibi korunmaya muhtaç şekilde değerlendirdiği ileri sürülebilir.[232] Himaye etme olgusu zaten hâkimlik-tâbilik ilişkisine dayanmaktadır.[233] Burada himaye eden ile himaye olunan arasındaki ilişki eşit değil, aksine hiyerarşiktir.[234]

Kadınların erkeklere tâbi olmaları, doğum olgusu üzerinde yeterince söz sahibi olmamalarıyla bağlantılıdır. Kendi arzusu doğrultusunda olmayan ve yeterince korunma imkânına sahip bulunmadığı cinsel ilişkinin istenmeyen gebelikle sonuçlanması durumunda da kadın çaresiz kalmaktadır.[235]

Anayasanın 41. maddesinde bahsedilen devletin aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alması ve teşkilatı kurmasına yönelik hükmün, çok çocuklu ailelerin çocuk bakımı için gerekli ihtimamı gösteremeyeceklerine yönelik endişeden kaynaklandığı ileri sürülmektedir.[236]

Kadın özerk bir varlık olarak değil, aile içindeki konumuna göre değerlendirildiğinde, doğum olgusunun kadınlara olan etkisi göz önüne alınmaz. Bunun

[231] Akıntürk, Türk Medeni…, s. 12-13.
[232] Filiz Kerestecioğlu "Türk Hukukuna Yönelik Feminist Eleştiri", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2006, s. 397.
[233] Lynne Segal, Ağır Çekim (Değişen Erkeklikle Değişen Erkeler), çev.: Volkan Ersoy, Ayrıntı Yay, İstanbul, 1992, s. 253. Segal'e göre zayıf ve aşağı konumda olanlar himaye edilmek adı altında yönetilirler.
[234] Himaye etme olgusu pozitif ayrımcılık ile birbirine karıştırılmamalıdır. Pozitif ayrımcılıkta kadınlara erkeklerin sahip olup, kadınların sahip olmadığı fırsatlardan kadınlara da sağlanarak, kadınların da erkekler gibi kendilerini gerçekleştirmesi hedeflenmektedir. Kadınlarla erkeklerin eşitliğini sağlamaya yönelik bir adım atılmaktadır. Pozitif ayrımcılık da kadınların toplumsal cinsiyetleri nedeniyle sahip olmadıkları imkânları kadınlara sağlamak hedeflenir. Oysa himayecilik kadının geleneksel rollerini iyi muamele görerek yerine getirmesi ile ilgilidir. Pozitif Ayrımcılık için bkz. Bihterin Dinçkol, "Kadın Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2, s. 100-103.
[235] MacKinnon, Feminist…, s. 213-216.
[236] Öztan, Aile…, s. 7.

pratik sonucu (çocukların emeklerine ihtiyaç duyulduğu zaman, çok çocuklu olmanın kadınların hayatlarına etkilerini göz önüne alınmadan), aile planlaması uygulamasından vazgeçilip, çok çocukluluğun teşvik edildiği zaman ortaya çıkar.[237]

Anayasanın 20. maddesinin 1. fıkrasına göre; *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."*[238] Gizlilik ilkesine dayanan bu hükümle, devlete aileyi dışarıdan gelecek baskılara karşı koruma yükümlülüğü yüklenmiştir. Böylece ailenin kapalı ve kendine özgü yaşam alanının korunması Anayasal teminat altına alınmıştır.[239]

Özel hayatın ve aile hayatının gizliği ilkesi, hukuk literatüründe, mahremiyet hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.[240] Daha önce de belirtildiği gibi, MacKinnon'a göre mahremiyet hakkı kadınların erkeklere olana tâbiliğini özel alanda güçlendirmektedir;[241] çünkü bireysel mahremiyet ailenin kolektif mahremiyeti kapsamında düşünülmektedir. Böyle düşünüldüğünde, devlet ailelerin ev içi kararlarına müdahale etmemektedir. Aile bireylerinin mahremiyetini korumak yerine, ailenin mahremiyetini koruma düşüncesinden hareket edildiğinde, kocasının veya babasının egemenliği altında yaşayan kadınların mahremiyeti aile mahremiyetine feda edilir. [242]

Özel alan gizlilik esasına dayandığı, o mahremiyet perdesinin altındaki hiyerarşik yapılanma görmezden gelindiği sürece de, aile kurumunda kadınların erkeklere olan

[237]Hartmann, "Marksizm'le Feminizmin…", s. 31.
[238]Öztan, Aile…, s. 7.
[239]Mustafa Dural/Tufan Öğüz/Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. 3, Aile Hukuku, Filiz Kibaevi Yay, İstanbul, 2005, s. 5.
[240]Kymlıca, Çağdaş…, s. 550.
[241]MacKinnon Feminist…, s. 220-224.
[242]Kymlıca, Çağdaş…, s. 551.

tâbiliği ortadan kalkmaz.[243] Bu nedenle Anayasanın 20. maddesinin gizlilik ilkesinin yol açtığı sakıncaları içerdiği düşünülebilir.

Anayasanın 10. maddesi 07.05.2004 tarihli Anayasa değişikliğinden önce , " *Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir."* biçiminde düzenlenmişti. Anayasanın 10. maddesi bu düzenleniş biçiminde, aşağıdaki kararda belirtileceği üzere, aynı ya da benzer durumlarda bulunanlara yönelik olarak haklarda ve ödevlerde, yararlarda ve yükümlülüklerde, yetkilerde ve sorumluluklarda, fırsatlarda ve hizmetlerde eşit davranılmasını öngörmekteydi. *[244]*

Anayasanın 10. maddesinde kadınlar ile erkeklerin biçimsel eşitliğini tanımak ve devleti bu içeriksiz, soyut eşitliği yaşama geçirmekle yükümlü kılmak kadın erkek eşitliğini sağlamak için yeterli görülmemiştir. Bu nedenle Anayasanın 10. maddesi 07.05.2004 tarihinde "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.* ***Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.****"*[245] biçiminde değiştirilmiştir.

---

[243] Bartlett, "Feminism…", s. 538.

[244]Merih Öden, Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Yetkin Yay, Ankara, 2003, s.188-189. Öden bu anlayışa maddi hukuki eşitlik anlayışı ismini vermektedir.
Juliet Mitchel/Ann Oakley'e göre, "Eşitlik daima, bir kavram olarak bağrında saklı olan eşitsizliği yadsır. Eşitlik, yalnızca, yasa önünde soyut insanlıklarına indirgenmiş olan kişiler arasında, soyut bir ölçü birimi olarak mevcuttur." Kanuni düzenlemeler yaparken, kişilerin somut eşitsiz durumlarını dikkate almadığımız sürece, "kanun önünde eşitlik" kavramı yalnızca eşitsizlikleri maskelemeye hizmet eder.
Bkz. Juliet Mitchel/Ann Oakley**,** Kadın ve Eşitlik, çev. : Fatmagül Berktay, Pencere Yay, İstanbul, 1998, s. 72.

[245] Anayasanın 10. maddesine," ***Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür***." Hükmü T. 07.05.2004, 5170 s. Kanunla eklenmiştir. RG. 22.05.2004. S. 25469.
5170 s. Kanunla 07.05.2004 tarihinde Anayasa'nın 10. maddesinde yapılan değişikliğin gerekçesine göre;
" … 2003 Katılım Ortaklığı Belgesinde, Türkiye'nin taraf olduğu ilgili uluslararası sözleşmeler doğrultusunda cinsiyete göre ayrım yapılmaksızın, tüm bireylerin insan haklarından ve temel hürriyetlerden hukuken ve fiilen tam olarak yararlanmasının teminat altına alınması beklentisi yer almaktadır. Öte yandan

2. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)[246]

"Kadınların İnsan Hakları Bildirgesi"[247] olarak nitelenen CEDAW'ın Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilmesi, kadınlara karşı ayrımcılığın evrensel bir problem olduğunu ortaya koymuştur. CEDAW kadınlara karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırıp, kadınları erkeklerle eşit konuma getirmek amacıyla Birleşmiş milletler genel kurulunda kabul edilmiştir. [248]

CEDAW'ın başlangıç kısmında erkeklerle kadınlar arasında tam bir eşitliğin gerçekleşmesi için kadınlarla erkeklerin toplumdaki geleneksel rollerinde bir değişiklik yapılması gerektiği bilinci vurgulanmıştır. CEDAW'ın 5. maddesinde her iki cinsten birini aşağılığı veya üstünlüğüne yönelik fikirlerin ve kadın ve erkeklerin kalıplaşmış rollerine dayalı önyargıların, geleneklerin ve benzeri uygulamaların kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarının değiştirilmesi amaçlanmıştır. Çocukların yetiştirilmesi ve gelişiminde kadın ve erkeğin ortak sorumluluğunun tanınmasını öngören bir aile eğitimini sağlamak için devletlerin uygun önlemler alacağı belirtilmiştir.[249]

Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 20'nci maddesinde herkesin kanunlar önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Avrupa Birliği Anayasa Taslağına ayrı bir bölümle ilave edilen Temel Haklar Şartının "III. Eşitlik " başlıklı Bölümünün 23 üncü maddesinde, "İstihdam, çalışma ve ücret de dâhil olmak üzere her alanda, erkeklerle kadınlar arasında eşitlik sağlanacaktır." Denilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında, yeterli ölçüde temsil edilemeyen cinsiyetin lehine belirli avantajlar sağlayan önlemlerin sürdürülmesinin veya kabul edilmesinin eşitlik ilkesine aykırı olamayacağı öngörülmektedir…".

[246]CEDAW Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 18.12.1979 tarihinde 34/130 sayılı kararıyla kabul edilmiştir. Bu sözleşme 1 Mart 1980'de imzaya açılarak 3 Eylül 1981'de yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşme Bakanlar Kurulunun 24 Temmuz 1985 tarih ve 85/9722 sayılı kararname ile yayımlanmıştır. RG 14.10.1985, S.18898.

[247]Feride Acar, "Kadınların İnsan Hakları Hukuku", İnsan Hakları, Hukuk ve Kadın, Hazırlayan, B. V. Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yay, İstanbul, 2003, s. 21.

[248]Dinçkol, "Kadın Erkek…," s. 108.

[249]Arzu Genç-Arıdemir, "Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi" Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği Yay, İstanbul, 2004, s. 174.

CEDAW'ın evlilik ve aile kurumu ile ilgili olan 16. maddesine gereğince sözleşmeye taraf devletler kadınlara aşağıdaki hakları tanımaları gerekmektedir.

" 1- Evlenmede erkeklerle eşit hak,

2- Özgür olarak eş seçme ve özgürce kendi onayıyla evlenme hakkı,

3- Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak,

4-Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların yararı en ön planda gözetilecektir.

5- Çocuk sayısına ve çocukların ne zaman dünyaya geleceklerine serbestçe ve sorumlulukla karar vermede ve bu hakları kullanabilmeleri için bilgi, eğitim ve diğer araçlardan yararlanmada eşit haklar,

6- Her durumda çocukların çıkarı en üst düzeyde tutularak ulusal yasalarda mevcut veli, vasi kayyım ve evlat edinme veya benzeri kurumlarda eşit hak ve sorumluluklar,

7- Aile adı, meslek ve iş seçimi dâhil karı ve koca için eşit kişisel haklar.

8- Ücret karşılığı olmaksızın veya bir bedel mukabilinde malın mülkiyeti, iktisabı, işletmesi, idaresi, yararlanılması ve elden çıkarılmasında eşlere eşit haklar. "[250]

20. yüzyılda yapılmış olan diğer Medeni Kanunlarda olduğu gibi eski Medeni Kanunumuzda açıkça[251] kadınlarla erkekler arasındaki geleneksel rol dağılımı göz önünde bulundurularak kanuni düzenleme yapılmıştır. Örneğin kadınların hukuki işlem ehliyeti sınırlamış, koca ailenin reisi kabul edilmiştir.[252] Yeni Türk Medeni Kanunu'nda aile hukukumuza yönelik olarak yapılan kanuni düzenlemelerde kadınları erkeklere açıkça tabi

[250]Arıdemir, "Aile Hukuku…", s. 175-176.
[251]4 Ekim 1926 tarihli ve 473 s. Eski Türk Medeni Kanunu 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunuyla yürürlükten kaldırılmıştır.
[252]Cengiz Koçhisarlıoğlu, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.40. sayı. 1-4, 1988, s. 251-255. ; Erol Cansel, "Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)", Medeni Kanun'un 50. Yılı , Ankara, 1977, s. 36- 42.

kılan bazı kurallar yürürlükten kaldırılarak, yerine kadın-erkek eşitliğine dayalı bir dizi kural değişikliği yapılmıştır. [253]

CEDAW kadınların temel hak ve özgürlükleri ile ilgili bir milletlerarası antlaşma olduğu için, Anayasamızın 90/4. maddesi gereğince,[254] her ne kadar Medeni Kanunu yürürlükten kaldırmazsa da, Medeni Kanundan farklı hükümler içerdiği yerde CEDAW'ın hükümleri geçerlidir.[255]

Burada CEDAW'ın 5. ve 16. maddelerindeki hükümlerin tek tek hangilerine benzer düzenlemelerin hiç yapılmadığı ya da bu hükümlere açıkça aykırı olan kanun maddeleri belirtilmeyecektir. Bu bölümde sadece CEDAW'ın aile hukuku ile ilgili yaklaşımının kadınların toplumsal cinsiyetleri ve ataerkil yapı nedenleri ile aile kurumda karşılaştıkları ayrımcılıkları ortadan kaldırmaya yönelik olduğu ve Anayasamızın 90. maddesine göre Medeni Kanun'umuzun kadınlara yönelik olarak CEDAW'dan farklı içerikteki hükümleri yerine CEDAW'ı esas almanın mümkün olduğu belirtilmekle yetinilecektir.

3. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu[256]

Türk Medeni Kanununda, aile hukukuna ilişkin kanuni düzenlemelere, aile hukuku başlığını taşıyan, Türk Medeni Kanunu'nun 2. kitabında yer verilmiştir.[257] 4721 s.

[253]Şükran Şıpka, "Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler", Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği Yay, 2004, s. 369. ; Murat Doğan, "Türk Medeni Kanunun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, sayı. 4, 2003, s.

[254] T. 7.11.1982 ve 2709 S.'lı Anayasamızın 90/4 maddesine 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."

[255]Bkz. Şeref Gözübüyük/ Turgut Tan, "İdare Hukuku" C I Genel Esaslar, Turhan Kitabevi Yay, Ankara, 2007, s. 84-89. Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına eklenen hükümle birlikte temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma hükmüyle kanunun çatışması halinde milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınarak uyuşmazlık çözümlenecektir

[256] T. 22.11.2001, RG 8.12.2001, S. 24607

T.M.K'da aile hukukuna ilişkin kanuni düzenlemeler yapılırken, ailenin devamı ve birliği, zayıfların korunması, düzenleme serbestisinin bulunmaması ve devletin müdahaleciliği, eşitlik prensiplerine[258] yer verilmiştir.

a. Ailenin Devamı ve Birliği Prensibi

Aile bireylerinin birbirleri ile ilişkileri gelip geçici değil, süreklidir. Bu nedenle aile hukukuna yönelik kanuni düzenlemeler yaparken, kanun koyucu aile kurumunun devamlı olmasını zorunlu tutmuştur.[259] Zira "evlenme tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmeleridir."[260] Fakat kanun koyucunun evlilik birliğinin devamını zorunlu tutması, hiçbir koşulda evlilik birliğinin sona erdirilemeyeceği anlamına gelmemektedir.[261] Devamlılıktan amaç eşlerin yalnızca kendi iradeleriyle evlilik birliğini sona erdirememesidir.[262] Evlilik birliği eşlerden birinin veya her iki eşin talebi üzerine hâkim kararıyla sona erebilir.[263]

Aile bireyleri arasındaki ilişkilerin sürekli olması, aile kurumun *birlik* olduğu düşüncesini beraberinde getirmektedir. Bu düşünceden hareketle Medeni Kanunda evlenmeyle aile birliğinin meydana geleceği hükmüne yer verilmiştir.[264] Ancak bu birliğin tüzel kişiliği yoktur. Aile birliği hukuk dünyasında tek başına hak süjeliğine yol açmaz.[265]

---

[257] Akıntürk, Türk Medeni…, s. 9.
[258] Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni …, s. 743.
[259] Ferit Saymen/Halit Elbir, Türk Medeni Hukuku- Aile Hukuku, C. 3, Hak Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1957, s. 7-8.
[260] Ülker Gürkan, " Medeni Kanun Eleştirileri 1: Karının İktisaden Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30. sayı.1-4, Ankara, 1973, s. 322-323.
[261] Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 742.
[262] Öztan, Aile…, s. 19.
[263] Akıntürk, Aile…, s. 9.
[264] Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 741.
[265] Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 8.

Fakat evlilik birliğinin istenilen düzeyde devam edebilmesi için evlilik birliği, durumun gerektirdiği ölçüde hâkimin ve diğer resmi makamların himayesi altındadır.[266]

b. Zayıfların Korunması Prensibi

T.M.K'da aile bireylerinin birbirleri ile birilik ve uyum içerisinde olduğu varsayılarak aile ilişkilerine yönelik kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Fakat aile bireylerinin ailenin birliğini ve uyumunu bozabileceği istisnai durumlar da kanuni düzenlemeler yapılırken ihmal edilmemiştir.[267] Özellikle aile içerisinde güçlü konumda olanların, zayıf konumda bulunanlara karşı gücünü kötüye kullanabileceği göz önünde bulundurulmuştur.[268]

Zayıfları koruma prensibinden hareket eden kanun koyucu, çocukları anne babalarını karşı, vesayet altındaki kişileri vasiye ve vesayet organlarına karşı korumaya yönelik kanuni düzenlemeler yapmıştır.[269] Ayrıca çocukların ve vesayet altındakilerin kendi menfaatleri için özgürlüklerinin kısıtlanmasına yönelik T.M.K'daki hükümler de zayıf konumda olanları korumaya yöneliktir.[270]

c. Düzenleme Serbestisinin Bulunmaması ve Devletin Müdahaleciliği Prensibi

Borçlar Hukuku alanında geçerli olan sözleşmenin tipini ya da içeriğini istediği gibi belirleme özgürlüğü aile hukukunda geçerli değildir.[271] Aile bireylerinin birbirleri ile

[266]Öztan, Aile…, s. 20.
[267]Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 742.
[268]Öztan, Aile…, s. 19.
[269]Kemal Oğuzman/Mustafa Dural, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi Yay, İstanbul, 1994, s. 4.
[270]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 4
[271]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 8.

ilişkilerinin koşullarına veya sonuçlarına ilişkin kanuni düzenlemeler çoğunlukla emredici kurallarla düzenlenmiştir.[272]Aile hukukunda emredici kurallara aykırı sözleşmeler batıldır;[273] çünkü aile hukuku çerçevesinde düzenlenen ilişkiler kamu düzeniyle ilişkilendirilmişlerdir.[274] Mesela evlendirmenin yetkili memur önünde yapılması zorunluluğu,[275] kanunda öngörülmeyen bir nedenin boşanma nedeni olarak kabul edilmemesi, aile hukukunda düzenleme serbestisinin bulunmaması prensibi ile bağlantılıdır.[276] Ayrıca aile hukukunda hâkime, hukukun diğer alanlarına oranla daha geniş takdir yetkisi verilmiştir.[277]

Aile hukuku kamu hukuku alanında olmayıp özel hukuk alanında olmasına rağmen, bu hukukla ilgili düzenlemelere devlet müdahale etmektedir.[278] Aile ilişkilerinin kurulmasında, devamında, sona erdirilmesinde devletin müdahale etme görevi ve yetkisi vardır. Fakat devletin aile ilişkilerine müdahalesi aile bireyleri ile devlet arasında ilişki bulunduğu anlamına gelmemektedir. Aile ilişkileri aile bireyleri arasındadır.[279] Devlet ailevi ilişkilere sadece kamu düzenini sağlama amacıyla müdahale etmektedir.[280]

d. Eşitlik Prensibi

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Eski Türk Medeni Kanunu,[281] eşlerin eşitliği fikrine dayanmamaktadır.[282] Kadınlar ile erkekler arasındaki cinsiyetçi

[272] Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 742.
[273]Andreas B. Schwarz**,** Aile Hukuku, çev. : Bülent Davran, basım Yeri Yok, İstanbul, 1946, s. 14.
[274]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 9.
[275]Oğuzman/ Dural, Aile Hukuku…, s. 4.
[276]Öztan, Aile…, s. 21.
[277]Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi Yay, İstanbul, 1986, s. 10.
[278]Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 742.
[279]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 12.
[280]Uçar, Aile İçi Şiddet…, s. 66- 67.
[281]Zevkliler/Beşir/Gökyayla, Medeni…, s. 735.
[282]T. 17.2. 1926, s. 743, R.G. 4.4.1926.

işbölümüne ve ataerkil aile anlayışına dayalı olan bu kanunda kocaya üstünlük tanıyan, kadınların aleyhine olan hükümler bulunmaktaydı.[283] Fakat 473 sayılı eski T.M.K'nın kadın erkek eşitliğine aykırı olan hükümlerinin çoğu, 1 Ocak 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunuyla[284] yürürlükten kaldırılmıştır. Eski T.M.K'da bekâr kadınlar ile erkekler arasında ayrımcılık yapılmamıştır. Sadece evli kadınlar ile kocaları arasında, kadınların aleyhine olacak biçimde ayrım gözetilmiştir.[285] Yeni T.M.K.'da evlilik birliği içerisinde evli kadının hukuki statüsü eski T.M.K.'daki hukuki statüsüne göre iyileştirilmiştir.[286] Bu iyileştirmelerin bir kısmı "Evliliğin Genel Hükümleri"nin düzenlendiği kanun maddelerinde bazı değişiklikler yapılarak sağlanmıştır.[287]

Eski T.M.K.'nın 152/I. maddesinde, "Koca birliğin reisidir." hükmü bulunmaktaydı.[288] Bu hükümle, "Her müesseseye mutlak bir başkan gereklidir. Ailede bir müessese olduğuna göre ailenin de bir başkanı olması gerekir." düşüncesinden hareketle, evlilik birliğinin yönetiminde eşlere eşit söz hakkı tanınmamıştır. Son sözü söyleme hakkı kocaya verilmiştir.[289] Bariz bir biçimde evli kadın ile kocası arasında hiyerarşik bir ilişki kuran bu hüküm, bazı yazarlar tarafından kadını erkeğe tâbi kılan bir hukuk normu olarak

[283]Ülker Gürkan, "Türk Kadının Hukuki Statüsü ve Sorunları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.35, sayı.1-4, 1978, s. 381-383.
[284] Evli kadının hukuki statüsünü düzenleyen hükümler, Evlilik birliği içerisinde eşlerin birbirleri ile olan münasebetlerine ile ilgili olan 4721 sayılı T.M.K'nın "Evliliğin Genel Hükümleri", 473 sayılı Medeni Kanun'daki "Evliliğin Umumi Hükümleri" bölümünde yer almaktadır.
[285]Gürkan, "Türk Kadının…", s. 387.
[286]Bilge Könezoğlu, Aile ve Ailenin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, 2006.
[287]Şahin Akıncı, "Medeni Kanunda Kadın ve Aile", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık, C. 8, sayı: 1-2, 2004, s. 28.
[288] Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 822.
[289]Şakir Berki, "Türk Medeni Kanununda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu Armağanı, Ankara, 1972. s. ; Murat Doğan, "Türk Medeni Kanunun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler ", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, sayı. 4, 2003, s. 93-95.

değerlendirilmemiştir.[290] Kadın erkek eşitsizliğine dayanan "Koca birliğin reisidir." hükmü, yeni T.M.K'nın 186/2. maddesinde "Birliği eşler beraberce yönetirler." biçiminde değiştirilerek, evlilik birliğinin yönetiminde eşlere eşit haklar tanınmıştır.[291]

Eski T.M.K. 'da evin reisi olarak kabul edilen koca, eşinin ve çocuklarının geçimini sağlamakla yükümlüydü.[292] Kocaya itaat ve yardımla yükümlü olan ve ikinci derecede yetkilerle donatılmış olan kadın,[293] kocasından daha zengin olsa bile evin geçiminden sorumlu değildi.[294] Ancak, "kocanın hastalık işsizlik gibi sebeplerle evin giderlerini karşılayamaz duruma düşmesi ve kadının maddi durumunun elverişli olması halinde, yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğünün bir gereği olarak birliğin giderlerine katkıda bulunması gerektiği kabul edilmekteydi."[295] Yeni T.M.K'nın 186. maddesinde ise, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında ve emek ve malvarlıklarıyla katılmaları gerektiği düzenlenmiştir.[296] Bu kanuni düzenlemeyle gelir getiren bir işte çalışmayan kadınların evlilik birliği için harcamış olduğu emek kanun koyucu tarafından göz önüne alınmıştır.[297]

---

[290]Bkz. Erol Cansel, "Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)" Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara, 1977, s. 39.
Bkz. Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 125.
Bkz. Öztan, Aile…, s. 144.
Bkz. Akıncı, "Medeni Kanunda…", s. 30.
Bkz. Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s .98.
Cansel, Saymen/Elbir, Öztan Akıncı ve Doğan'a göre, göre evlilik birliği içerisinde kadın kocanın vesayeti altında değildir. Kocanın aile reisliğinden doğan yetkilerinin sınırı bulunmaktadır. Kocanın tek başına karar verebileceği haller, Medeni Kanunda istisnai olarak düzenlenmiştir. Bu nedenlerle, 743 s. E.T.M.K.'nın 152/II. maddesindeki "Koca birliğin reisidir." hükmünü kadını erkeğe tâbi kılan bir hukuk normu olarak değerlendirmemişlerdir.
[291]Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 99.
[292] Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 822.
[293]Gürkan, "Türk Kadının…", s. 388.
[294] Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 828.
[295]Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s.112.
[296]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 118.
[297]Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 112.

Eski T.M.K.'nın 263. maddesine göre; "*Ana baba velâyet hakkını birlikte kendi sorumlulukları altında kullanırlar. Ana baba velâyet hakkının kullanış tarzında anlaşamazlarsa babanın reyi üstündür."*[298] Örneğin çocuğun hangi dine mensup olacağı, hangi okula gönderileceği nasıl yetiştirileceği hususlarda anne-baba anlaşamadığı takdirde babanın istediği olacaktır.[299] Fakat mahkeme kararı ile ergin kılınma, çocuğun evlatlık verilmesine rıza gösterme ve erginliğe ulaşmadan evlenmesine izin vermede, anne-baba anlaşamadığı takdirde babanın reyi üstün tutulmazdı.[300] Yeni T.M.K'nın 336. maddesine göre; "Evlilik birliği devam ettiği sürece ana ve baba velayeti birlikte kullanırlar." Çocuğun velayetini kullanırken anne baba anlaşamadığı takdirde babanın oyunun üstün tutulmasına yönelik hükme bu kanunda yer verilmemiştir.[301]

Eski T.M.K.'nın 154. maddesine göre, evlilik birliğini temsil yetkisi kocaya aitti.[302] Kadına ailenin gündelik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla sınırlı olarak verilen temsil yetkisini kocanın daha da sınırlama hatta tamamen ortadan kaldırma hakkı bulunmaktaydı.[303] Fakat kocanın evlilik birliğinin temsil yetkisini kullanırken doğacak olan borçlardan koca sorumlu tutulmaktaydı.[304] Yeni T.M.K'nın 188/I. maddesinde eşlerden her birinin, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil edeceği düzenlenmiştir. Bu hükümle temsil yetkisinin kullanılmasında kocaya tanınan ayrıcalık kaldırmıştır. Evlilik birliği içerisinde temsil yetkisinin kullanılmasında kadın-erkek eşitliği sağlanmıştır. [305] Ayrıca, yeni T.M.K'nın 188/III.

[298]Öztan, Aile…, s. 483.
[299]Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 1117.
[300]Öztan., Aile…, s. 483.
[301]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 420.
[302]Zevkliler/Acarbey/ Gökyayla, Medeni…, s. 825.
[303]Gürkan, "Türk Kadının…", s. 387.
[304]Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 117.
[305]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 130.

maddesinde, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisini kullanırken doğacak olan borçlardan, her iki eş müteselsilen sorumlu tutulmuştur.[306]

Eski T.M.K.'nın 152/II. maddesinde, eşlerin ve çocukların oturacağı ortak konutu seçme hakkı doğrudan kocaya verilmişti.[307] Koca bu hakkını kullanırken keyfi davranmamak, imkânları elverdiği ölçüde eşinin ihtiyaçlarını göz önünde bulundurmak, sosyal ve ekonomik durumuna uygun nitelikte bir konut seçmek mecburiyetindeydi.[308] Kadın da kocanın seçtiği konuta gitmekle yükümlüydü. Koca konut seçme hakkını kötüye kullanırsa, kadın mahkemeden tedbir alınmasını isteme hakkına sahipti.[309] Fakat koca ekonomik ve sosyal durumuna uygun bir ev seçtiği takdirde kadın kocasının seçtiği eve gelmezse, kocanın terk nedenine dayanarak boşanma davası açma hakkı bulunmaktaydı.[310]

Yeni T.M.K.'nın 186/1. maddesinde eşlere oturacakları konutu birlikte seçme hakkı tanınmıştır. Eşler, bu hakkı kullanırken ailenin ekonomik ve sosyal durumlarını göz önünde bulundurmakla yükümlüdürler. "Eşlerin seçeceği aile konutunun bağımsız, yani tam anlamı ile kendilerine ayrılmış bir konut olması gerekmektedir." Eşlerden biri, diğerini kendi ailesi ile birlikte oturmaya zorlayamaz. [311]Ayrıca, aile konutu ile ilgili olarak, 194. maddesinde, eski T.M.K.' yer almayan kanuni düzenleme yapılmıştır. Bu maddeye göre, *"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."*

[306]Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 118.
[307]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 114.
[308]Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 104.
[309]Öztan, Aile…, s. 152.
[310]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 724-725.
[311]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 114.

[312] Bu düzenleme ile aile konutu ile ilgili olarak her iki eşin hukuki işlem ehliyeti kısıtlanmıştır.[313]

Eski T.M.K.'nın 159. maddesindeki kanuni düzenlemeye göre, açıkça evli kadının evinin dışında bir sanatla veya meslekle uğraşması kocasının izine bağlanmıştı.[314] Kocanın eşinin çalışmasına izin vermemesi, kadının çalışma hakkını ortadan kaldırmamakla beraber, eşlerin boşanmasına yönelik fiili karine teşkil ederdi.[315] Anayasa Mahkemesi bu maddeyi Anayasa'nın 10. maddesine aykırı bularak iptal etmiştir: "… Medeni Yasanını 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleği yürütmesine izin verilmesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyetinin de taraf olduğu, Türk iç hukuk bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslar arası sözleşmelerde evrenselleşmiş kadın-erkek eşitliği ve karı-kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır…."[316] Anayasa Mahkemesinin iptal kararıyla bu hüküm yürükten kaldırılmıştı.[317] Yeni T.M.K.'nın 192. maddesindeki düzenlemeye göre ise, *"eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek veya iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur."*[318] Bu düzenleme ile yalnızca kadından değil, kocadan da evlilik birliğini huzuru bozmayacak nitelikte iş ve meslek seçmesi istenmiştir.[319]

[312] Şıpka, "Aile Konutu…", s. 371.
[313] Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 104.
[314] Berki, "Türk Medeni…", s. 107. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 822.
[315] Gürkan, "Türk Kadının…", s. 390.
[316] Anayasa Mahkemesi, 29 Kasım 1990, E:1990/30, K:1990/31, www.anayasa.gov.tr. R.G. 2.7.1992, S. 21272. "… Medeni Yasanını 159. maddesinin kocanın, karının iş veya mesleği yürütmesine izin verilmesini öngören düzenlemesi; Türkiye Cumhuriyetinin de taraf olduğu, Türk iç hukuk bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslar arası sözleşmelerde evrenselleşmiş kadın-erkek eşitliği ve karı-kocanın eşit medeni haklara sahip oldukları kuralına ve bu kurallarla uyum içinde olan Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır…."
[317] Zevkliler/Beşir/Gökyayla, Medeni…, s. 827.
[318] Akıntürk, Türk Medeni…, s. 120-121.
[319] Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 120.

Eski T.M.K.'nın 169/II. maddesine göre, evli kadının kocasının menfaati için başka bir şahsa borçlanması için Sulh Hukuk Mahkemesi Hâkiminin onayı gerekmekteydi.[320] Bu hükme yeni T.M.K.'da yer verilmemiştir. Böylece evli kadının kocası lehine borçlanmasına ilişkin tasarruf ehliyeti kanun koyucu tarafından kısıtlanmamıştır. [321]

Eski T.M.K'da evlilik birliği içerisinde eşler arasında "mal ayrılığı rejimi" kabul edilmişti.[322] Kanun koyucu eşleri her durumda bu mal rejimini kabul etmeye zorlamamıştı. Eşlerin kanunda öngörülen diğer mal rejimlerini de kabul etme hakkı bulunmaktaydı.[323] Kadınlar ile erkekler aynı ekonomik imkânlara sahip bulunmadığı için mal ayrılığı rejiminin kadınlar açısından adaletsiz sonuçlara yol açtığı düşünülmekteydi.[324] Bu düşünceden hareketle[325] Yeni T.M.K.'da "edilmiş mallara katılma rejimi" kabul edilmiştir.[326] Fakat 4722 s. Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'a göre, Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar. [327]Bunun pratik sonucu

---

[320]Öztan, Aile…, s. 169.
[321]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 13. ; Doğan, "Türk Medeni Kanunun…",
[322] Öztan, Aile…, s. 195.
[323]Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk, Yeni Desen Matbaası Yayınları, Ankara, 1958, s. 199.
[324] Gürkan," Medeni Kanun Eleştirileri…", s. 321.
[325]Bkz. 4721 s. T. 22.11.2001, RG 8.12.2001, S.24607. Türk Medeni Kanunun 238. maddesinin gerekçesi: "Evlilik birliği sona erdiğinde, mal ayrılığı rejiminin eşler arasında büyük haksızlıklara yol açtığı, özellikle meslek sahibi kocanın lehine işlediği ve ev işlerini yapan ve hatta kocasına mesleğinin icrasında yardımcı olan kadının durumunu hiç nazara almadığı, meslek çevrelerinde ve kamu oyunda ağır eleştirilere uğramıştır. Bu nedenle, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir."
[326]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 158.
[327]Bkz. T. 3.12. 2001, 4722 s. Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 10. maddesine göre;

"Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Eşler Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tâbi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümler uygulanır. Davanın redle sonuçlanması

olarak da Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girmeden önce evlenmiş eşlerin büyük çoğunluğu kadınlar için adaletsiz sonuçlar doğuran mal ayrılığı rejimine tâbidir.

Eski T.M.K.'nın 153. maddesinde, evlenen kadının kocasının soyadını alacağı düzenlenmişti.[328] Daha sonra 4248 s. Kanun ile kadının kocasının soyadının önünde kendi soyadını kullanabilmesine olanak tanındı.[329] Bu düzenlemenin kadın erkek eşitliğine aykırı olduğunu öne sürenler, kanun koyucunun eşlerin aralarında anlaşarak, eşlerden birinin soyadını aile adı olarak seçebilmesine olanak sağlayacak şekilde kanuni düzenleme yapmasını talep etmişlerdir.[330]

Evli kadınların kocalarının soyadlarını taşıma yükümlülüğü ile ilgili olan eski T.M.K.'nın 153. maddesinin yürürlüğünü iptali için, Anayasa mahkemesine itiraz yoluyla başvurulmuştur.[331] Anayasa mahkemesi oy çokluğu ile bu hükmün Anayasanın 10. 12. ve

---

hâlinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.

Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler."

Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi hâlinde, Türk Kanunu Medenîsinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır.

[328] Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 827.

[329] T. 14 Mayıs 1997, s. 4248, R.G.14.5, 1997, S. 22996.

[330] Doğan, "Türk Medeni Kanunun…", s. 124.

[331] Bkz. Akıntürk, "Türk Medeni…", s. 122.

Ankara 4. Asliye Hukuk Mahkemesi'ne evli bir kadının evlenmeden önceki soyadını aile soyadı olarak kullanmak için açtığı davada, 4248 sayılı Yasa ile değiştirilen 153. maddesinin birinci fıkrasının Anayasa'nın 12. ve 17. maddelerine aykırılığı iddiasını, .4. Asliye Hukuk Mahkemesi ciddi bulmuştur. Bu hükmün iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine itiraz yoluyla başvurmuştur.

Bkz. Erdoğan Teziç, Anayasa Hukuku, Beta Yay, İstanbul, 1998, s. 195-197.

Görülmekte olan bir dava sırasında, taraflardan birinin, uyuşmazlığın çözülmesinde uygulanacak kanunun, ya da kanunun belli bir hükmünün Anayasa'ya aykırı olduğunu iddiasını mahkemenin ciddi bulup, ilgili kanun maddesinin iptal edilmesi için Anayasa Mahkemesine gönderebilir. Mahkemeler tarafından kanunların ya da kanunların belli hükümlerinin Anayasa Mahkemesine gönderilerek Anayasaya Uygunluk denetimi yapılmasına itiraz yolu ile denetim (somut norm denetimi) adı verilir.

17. maddelerine aykırı olmadığını gerekçesine dayanarak, iptal isteminin reddine oy çokluğu ile karar vermiştir.[332]

Anayasa Mahkemesi "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır." hükmünün iptal edilmesi talebini reddederken, kadınların erkeklerden biyolojik farklılığı, evlilik birliğinin düzen ve uyumu, kamu yayarı, kamu düzeni gibi nedenlerin kanun önünde eşitlik ilkesinden ayrılmanın haklı nedenleri olarak kabul etmiştir. Fakat bu nedenleri Anayasa Mahkemenin üç üyesi eşitlik ilkesinden ayrılmanın haklı nedenleri olarak görmemişlerdir.[333] Oysa Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye aleyhine vermiş

---

[332]Anayasa Mahkemesi, 29 Eylül 1998, E: 1997/61, K: 1998/59, www.anayasa.gov.tr. R.G. 15.11.2002. S:24937 İtiraz konusu "Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır" kuralı kimi sosyal gerçeklerin doğurduğu zorunluluklardan ve yasa koyucunun yıllar boyu kökleşmiş bir geleneği kurumsallaştırmasından kaynaklanmaktadır. "Aile hukuku" öğretisinde de kadının erkeğe göre farklı yaratıldığı, zorunluluklar ve toplumsal gerçekler karşısında kadının korunması, aile bağlarının güçlendirilmesi, evlilik birliğinde düzen ve uyum sağlanması, aile içinde iki başlılığın önlenmesi gerektiği gibi hususlarda görüşler bulunmaktadır. Kullanılan aile isminin kuşaktan kuşağa doğumla geçmesiyle aile birliği ve bütünlüğü devam etmiş olacaktır. Aile birliğinin sağlanması için yasa koyucu eşlerden birisine öncelik tanımıştır. Kamu yararı, kamu düzeni ve kimi zorunluluklar soyadının kocadan geçmesinin tercih nedeni olduğunu göstermektedir. Kaldı ki itiraz konusu kural da aile isminin sadece erkeğin soyadına bağlanacağı öngörülmemekte, kadının başvurusu durumunda kocanın soyadıyla birlikte kızlık soyadını da kullanma olanağı bulunmaktadır. Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı olacağı anlamına gelmez. Kişilerin haklı bir nedene dayanarak değişik kurallara bağlı tutulmaları eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaz. Durum ve konumlarındaki özellikler kimi kişilerin ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasa koyucunun aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi belirtilen haklı nedenler karşısında eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 10., 12. ve 17. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.

[333]Anayasa Mahkemesi,29 Eylül 1998, E: 1997/61, K: 1998/59, www.anayasa.gov.tr, R.G. 15.11.2002. S.24937
Anayasa'nın 10. maddesinde, "herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir" denilerek "kanun önünde eşitlik" tanımlanmıştır. Anayasamızda, Alman Anayasası'nın 3. maddesinde olduğu gibi "kadın ve erkek eşit haklara sahiptir" biçiminde somut bir kural yer almamakta ise de 10. maddedeki genel eşitlik tanımının bu ilkeyi de kapsadığında duraksanamaz. Bu bağlamda genel eşitlik ilkesinin somut bir uygulaması olarak farklı cinslerin eşit haklara sahip olması ilkesi, kadın ve erkeğin cinsiyetine bakılmaksızın aynı hukuksal statüye bağlı tutulmasını ve bunun sonucu olarak da hak ve özgürlüklerle sorumluluklar bakımından tam bir eşitlik sağlanmasını zorunlu kılmaktadır.
"Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır." biçimindeki itiraz konusu kural, evlilik birliği içinde hak ve yükümlülükler bakımından aynı hukuksal konumda bulunan taraflardan kocayı kadın karşısında üstün duruma getirmektedir. Bu eşitsizliği kamu düzeni kamu yararı gibi soyut kavramlarla açıklamak da olanaklı değildir. Çünkü bu tür gerekçelerin, ancak kamu düzenini bozan ya da kamusal yararı zedeleyen somut olayların varlığı halinde geçerli olabileceği açıktır. Evlenen kadının soyadı üzerindeki kişilik hakkının kimi olasılıklara veya varsayımlara dayanılarak sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gerekleriyle

olduğu 29865/96 sayılı kararında, Türk Medeni Kanununa göre kadının erkeğin soyadını kullanmak zorunda olması ve kendi soyadını ancak kocasının soyadı ile birlikte kullanması yükümlülüğünü makul ve adil bir düzenleme olarak kabul etmemiştir.[334]

Yeni T.M.K'nın 187. maddesine 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*."[335] Bu kanun maddesi emredici nitelikte olduğu için, Türk hukukunda kocanın, eşinin soyadını aile soyadı olarak almak

---

bağdaştığı ileri sürülemez. Bu nedenle itiraz konusu kural Anayasa'nın 13. maddesi ile de uyum içinde değildir.
Aile soyadının seçimini, evlilik birliğinin eşit haklara sahip bireyleri olan eşlerin özgür iradesine bırakmayarak bu konuda kocaya mutlak bir üstünlük sağlayan kural, yalnız eşitlik ilkesine değil, kadının soyadı üzerindeki kişilik haklarını sınırlaması, bu yolla onun maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına bir müdahale niteliği taşıması nedeniyle Anayasa'nın 17. maddesine de aykırılık oluşturmaktadır.

[334]http://ihami.anadolu.edu.tr/ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 4. Daire, K/no: 4780, T 16.11.2004, Başvuru No, 29865/96, Dava Adı, Ünal Tekeli, Davalı Devlet, Türkiye

"…Özel yaşama saygı hakkı konusunda ayrımcılık--cinsiyetler arasında farklı muamele--isim hakkı--Mahkeme, somut olayın özelliklerini dikkate alarak, meseleyi doğrudan 8. madde bağlamında değil; Sözleşme'nin 14. maddesi açısından değerlendirmeye tabi tutmuştur ve Türkiye'nin Sözleşme'nin 14. maddesini ihlâl edip etmediğini incelemiştir. Mahkeme, konu itibariyle uyuşmazlığın 8. maddenin kapsamına girdiğini kabul etmiştir. Mahkeme'nin ilke haline gelmiş ve istikrar kazanmış görüşüne göre, 14. madde anlamında cinsiyete göre farklı muameleden söz edilebilmesi için ayırımın makul ve objektif olmaması gerekir. Sözleşme'nin 14. maddesi, objektif esaslara dayanan ayırımları yasaklamamaktadır. Türk hukukunda, kadın evlendikten sonra sadece kızlık soyadını kullanamazken erkek evlilik öncesi soyadını evlendikten sonra da aynen kullanmaya devam etmektedir. Türk hukukundaki düzenleme cinsiyet ayırımına dayanmaktadır. Bununla beraber burada önemli olan bu ayırımın objektif ve makul olup olmadığıdır. Milletlerarası alandaki son gelişmeler evli çiftlerin her birinin kendi soyadını muhafaza etmesi veya ortak bir soyadı seçmede her iki eşin eşit haklara sahip olması yönündedir. Türk hukukunda evli kadın kocasının soyadını kullanmak zorundadır. Kendi soyadını tek başına kullanamaz. Karı koca anlaşsa dahi kadının kocasının soyadını kullanması yasal bir zorunluluktur. 2001 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Medenî Kanunda kadının kocasının soyadı ile birlikte kendi soyadını kullanmasına izin verilmiş olması da sonucu değiştirmemektedir. Soyadlarının evliliklerinden etkilenmesini istemeyen kadınların menfaatleri Türk Medenî Kanununda dikkate alınmamıştır. Bununla beraber Türkiye yeni Medeni Kanun ile, evin reisinin koca olması uygulamasına son vermiş; aile birliğini temsil, ekonomik faaliyetlerde bulunma, aile üyeleri ve çocuklarla ilgili konularda erkekle aynı ölçüde söz sahibi olmasına olanak sağlamıştır. Aile birliği esas olmakla beraber cinsiyet ayırımı yasağı kapsamında, Avrupa Konseyi üyesi devletler ve elbette Türkiye gelenekleri kadına dayatmaktan kaçınma yükümlülüğü altındadırlar. Türk Medeni Kanununa göre kadının erkeğin soyadını kullanmak zorunda olması ve kendi soyadını ancak kocasının soyadı ile birlikte kullanması yükümlülüğü makul ve adil bir düzenleme değildir. Bu gerekçeyle--Md 14 > Md 8: ihlaline…"

[335]Akıntürk, "Türk Medeni…", s. 121.

için, kendi soyadını bir isim değiştirme davası ile değiştirmek istemesi dahi, kanuna karşı hile olarak kabul edilmektedir.[336]

[336]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 167.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA VE CİNSEL TAHAKKÜM

I. BOŞANMA BAKIMINDAN HUKUKTA CİNSEL TAHAKKÜM :

Hukukun erkek egemen yapısının aile hukukuna da yansıması nedeniyle, boşanmanın da erkek egemen karakterden etkilenmemesi düşünülemez. Genelde aile hukukunda ve özelde de boşanma hukukunda, kadınlarla erkekler arasındaki toplumsal eşitsizlik hiç yokmuş farz edilerek, soyut eşitlik anlayışından hareket edilmesinin sonucu olarak kadın-erkek eşitsizliği boşanma hukukunda da bulunmaktadır.[337]

Kadınlar ile erkeklerin soyut eşitliğinden yola çıkarak oluşturulmuş bir boşanma hukukunda, özellikle nafaka ve velayet ile ilgili kanuni düzenlemelerde kadınların dezavantajlı olduğu durumları, görmezden gelindi zaman, boşanma hukukunda kadınlar erkeklere tâbi konuma gelir.[338] Burada bahsedilen soyut eşitlik anlayışı yalnızca eşler arasındaki soyut eşitlik değildir. Boşanmak isteyen kadınlara boşandığı eşinden kendi ve velayeti altındaki çocuğu için aldığı nafaka yetersiz olduğu durumda, boşanmış kadına kamusal maddi destek verilmemesi de soyut eşitlik anlayışı ile ilgilidir. Yani hukuk düzeninin sadece boşanmak isteyen herkese boşanma hakkı tanıması, boşanmanın getirdiği maddi zorlukların üstesinden gelemeyecek durumda olanlara kamusal maddi destek verilmemesi boşanmada tüm kadınları değilse bile, çoğu kadını erkeğe tâbi kılar.[339] Ayrıca yargı kararlarında, ataerkil ahlak anlayışına dayanılan toplumsal gelenekler aracılığıyla, kanun önünde eşitlik esası dahi kadınların aleyhine kullanılarak, boşanmada kadınların erkeklere olan tâbiliği perçinlenmektedir.

[337]MacKinnon, Women's Lives…, s. 282-285.
[338]Bartlett, "Feminism …", s. 476-480.
[339]Bartlett, "Feminism …", s. 480-484.

"Boşanma nedenleri düzenlenirken belirli ölçütler, belirli ilkeler göz önünde tutulur. Boşanma nedenleri olarak öngörülen belirli olaylar vardır. Fakat bu olayların boşanma nedeni sayılmasında da bir takım ilkeler gözetilir ve bir olayın, bu ilkelerin ışığında boşanma nedeni olup olmayacağı belirlenir. "[340]

Burada öncelikle boşanma hukukunun dayandığı prensiplerden kısaca söz edilecektir. Bunlar kusur, evliliğin temelinden sarsılması, irade ve elverişsizlik esaslarıdır.[341] Ardından da boşanma nedenlerinden hareketle boşanma hukukunun cinsiyetçi yapısı ortaya konmaya çalışılacaktır.

Boşanmanın Dayandığı Temel Prensipler

A. Kusur Prensibi

Kusur kavramı kanunlarda tanımlanmamış olmamakla beraber kast, ihmal, tedbirsizlik vb türleri ve ağır kusur, hafif kusur gibi kusurun dereceleri kanun metinlerinde bulunmaktadır.[342] Kusur kavramı hukuk doktrininde hukuk düzenlerince hoş karşılanmayan ve kınanan davranış olarak tanımlanmaya çalışılmıştır.[343]

Aile hukukunda kusurluluk kavramı, "evlilik birliğinin beraberinde getirdiği mükellefiyetleri, eşlerden birinin veya her ikisini ihlal etmesi" anlamına gelmektedir.[344] Bu prensibe göre kusurlu eş boşanma davası açamaz.[345] Bu prensip kimsenin kendi kusuruna

[340]Zevkliler/Acarbey /Gökyayla, Medeni…, s. 970.
[341]Öztan , Aile…, s. 271.
[342]Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminatta Kusurun Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.35, sayı. 1-4, 1978, s.
[343] Ömer Arbek, "Boşanmanın Mali Sonuçları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, sayı. 1, 2004. s.
[344] Öztan , Aile…, s. 271-272.
[345] Köprülü Bülent/ Kaneti Selim, Aile Hukuku, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1989, s. 143.

dayanarak hukuken korunan bir menfaat elde etmemesi fikrine dayanır.[346] Bu nedenle de boşanmayı yalnızca kusur prensibine dayandıran hukuk düzenlerinde sadece kusursuz olan eşe boşanma davası açma hakkı verilir.[347] Kusur prensibinden hareket edince eşlerden birinin diğerine karşı zina, kötü niyetli terk, cana kast, pek fena muamele vb. ağır kusur sayılabilecek davranışlar sergilediğinde, diğer eşin boşanma hakkı vardır.[348] Kanun koyucu kusursuz eşe boşanma hakkı tanıyarak, kusursuz eşi kusurlu eşe karşı korumak istemiştir.[349] Fakat kusursuz eşe boşanma davası açma hakkı tanınmış olsa da, kusursuz eş istemezse kusurlu eşe karşı boşanma davası açmaya zorlanamaz. Kusursuz eşin boşanma davası açmaması hakkın kötüye kullanımı olarak yorumlanamaz.[350]

Hukuk doktrinde kusur prensibine sıkı sıkıya bağlı kalınması eleştirilmiştir. Kusur prensibine mutlak bağlı kalınmasından vazgeçilip, kusur prensibinin yumuşatılmasını önerenler olmuştur.[351] Doktrine göre kusur prensibinin boşanma hukukuna egemen olmasının en önemli sakıncası her iki eşe de kusur atfetmenin mümkün olmadığı durumların görmezden gelinmesine yol açmasıdır.[352] Örneğin eşler arasındaki karakter uyumsuzluğunda her iki eş de kusurlu olmayabilir.[353] Bu nedenle de "eşlere yalnızca kusur prensibine dayanarak boşanma davası açma hakkı verilmesi eşleri boşanabilmek için birbirlerini kötülemeye, lekelemeye adeta zorlayacaktır."[354] Bu durumu göz önüne alan kanun koyucu da 22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Medeni Kanunumuzun 166. maddesinde

---

[346]Saymen/ Elbir, Türk Medeni…, s. 238-239.
[347]Turgut Akıntürk, Türk Medeni…, s. 248.
Köprülü Bülent/ Kaneti Selim, Aile…, s. 142.
[348] Schwarz, Aile…, s. 138. ; Öztan, Aile.., s. 272.
[349] Saymen/Elbir, Türk Medeni…, 239. ; Zevkliler/Acarbey /Gökyayla, Medeni…, s. 970.
[350] Öztan , Aile…, s. 272.
[351]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 239. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 971. ; Schwarz, s. 136-138. ; Kemaleddin Birsen, Medeni Hukuk Dersleri, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1954, s. 195.
[352]Öztan, Aile…, s. 271-272.
[353]Öztan , Aile…,s. 270. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 239.
[354]Feyzi Necmeddin Feyzioğlu/Y. Ümit Doğanay, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, 1966, s .262. ; Akıntürk, Türk Medeni …, s. 248. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 239. ; Zevkliler/Acarbey /Gökyayla, Türk Medeni…, s. 971.

daha az kusuru olan eşe boşanma davası açma hakkı tanıyarak mutlak kusur prensibinden ayrılmış, kusur prensibini yumuşatmıştır.[355] Ancak kanun koyucu sadece akıl hastalığına dayanan boşanmada kusur prensibini göz önüne almamış, diğer boşanma nedenlerinde kusur prensibine yer vermiştir[356]

Hâkimin boşanmaya hükmederken eşlerden birinin kusurlu olup olmadığı hususunu tespitinde evlilik birliğinin gerektirdiği yükümlülükleri nasıl yorumladığı çok önemlidir.[357] Bu yorumu yaparken kadını geleneksel rollerine göre hareket etmekle yükümlü görüp görmemesi vereceği hükmü etkileyebilir. Bu nedenle aşağıdaki Yargıtay Kararında kocası kız kaçıran kadın, kocasına hakaret ettiği için kocasıyla eşit kusurlu kabul edilmiştir. Kadının kocasına hakareti tepki niteliğinde sözler olarak değerlendirilmemiştir:

"… Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle davacının kız kaçırmasına karşın davalını da davacıya birçok kez adi, şerefsiz, eşek gibi sözlerle hakaret ettiği, bu durumda tarafların eşit kusurlu oldukları belirlenmiştir. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır. … "[358]

---

[355]Akıntürk, Türk Medeni …, s. 275.

[356] Zevkliler/Acarbey /Gökyayla, Medeni…, s. 971.

[357]"Yorumun görevi, genelde, bir hukuk kuralı içindeki sözcüklerin tek tek anlamlarını belirlemektir. …Daha da özelinde yorumun görevi bir sözcüğün çeşitli anlamlarını ya da işaret ettiği tüm noktaları belirlemektir." Bkz. Lon. L. Fuller, "Fidelity to Law-A Reply to Proffessor Hart", Harward Law Rewiev, Vol. 71, 1957, s. 622.'den aktaran Zeynep İspir Toprak, H.L.A'da Açık Metin Kavramı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008, s. 101.
"Yorumda, yargıç belirli bir kural ile bağlı olup belli unsurları dayanak yaparak gerçek anlamı ortaya çıkarma görevini yerine getirir." Bkz. Seyfullah Ediz, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, sayı. 1-4, 1973. s.

[358]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 29 Ocak 2001, K:2001/1680, E:2000/15865, hptt://www.corpus.cd.medya.

Aşağıdaki Yargıtay kararında kocasıyla cinsel ilişkiye girmeyen kadın kocasıyla aynı şekilde kusurlu kabul edilmektedir. Kadına karşı şiddet göstermenin hangi nedenle olursa olsun tolerans gösterilmemesi gerekmektedir. Fakat bu kararda kadını karşı şiddet başlı başına ağır bir kusur olarak nitelendirilmemektedir.[359]

"… Kadının cinsel ilişkiden kaçınması, kocaya karısını dövme ve kötü davranma hakkı vermez. Bu durumda tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Şu halde boşanmaya karar verilmesi doğrudur. …"[360]

Aşağıdaki Yargıtay kararında da kadının kusuru belirlenirken, kadınlar arasında o artık iyice kanıksanmış olan iffetli kadın-iffetsiz kadın ayrımını çağrıştıran "evli bir kadına yakışacak ve yakışmayacak davranışların" da ölçüsü belirlenmiştir[361]

"… Kocanın sadakatsizlik şüphesi içinde bulunmasa da, davalıyı genel yerlerde oynamak, başka çirkin hareketlerde bulunmak şarkı söylemek gibi evli bir kadının ağırbaşlılığı ile asla bağdaşmayan davranışta bulunmaya imkân vermez. Mazur görmeyi gerektirmez. Kıyaslama yapıldığında kadının daha çok kusurlu olduğu söz götürmez…"[362]

Aşağıdaki Yargıtay Kararında intihara teşebbüs eden kadın tamamen kusurlu kabul edilerek, alt derece mahkemesinin boşanma kararı bozulmuştur.

[359]Kerestecioğlu,"Türk Hukukunda…", s. 399.
[360]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, K:1995/86, E:1994/2/813'dan aktaran Kerestecioğlu, "Türk Hukukunda…", s. 399.
[361] Kerestecioğlu, "Türk Hukukunda… ", s. 397.
[362]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, nakden K:1985/419, E:1984/2–52'den aktaran Kerestecioğlu,"Türk Hukukunda …", s. 397.

"…. Boşanmaya neden olan olaylarda intihara teşebbüs eden, kocasına hakaret eden davacı kadın tamamen kusurludur. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. …"[363]

Yukarıdaki kusur prensibi ile ilgili olarak seçilmiş olan Yargıtay Kararları MacKinnon'un cinsel tahakküm teorisini destekler niteliktedir. Fakat kusur prensibine dayanan her karar cinsel tahakküm teorisini destekler nitelikte olamayabilir. Örneğin aşağıdaki Yargıtay Kararında evlilik birliğini getirdiği yükümlülüklerden olan sadakat yükümlülüğünü ihlal eden, başka kadınlarla evlilik dışı yaşam süren koca tam kusurlu olarak kabul edilmiştir. Buradan hareketle kusur prensibinin tek başına cinsel tahakküme neden olmadığı, fakat hâkim bu prensibi yorumlarken cinsiyetçi bakış açısına göre davranırsa cinsel tahakküme neden olabileceği sonucuna varabilir.

"…. Boşanmaya neden olan olaylarda başka kadınlarla evlilik dışı yaşam süren davacı koca tamamen kusurludur. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi

[363]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 17 Şubat 2005, K: 2005/2269, E:2005/156'dan aktaran Ali İhsan İpek, Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yay, Ankara, 2008, s. 20.

gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır. …"[364]

"…Toplanan delillerden, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda sadakatsiz davranışlarda bulunan kocanın tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Davalı kadının tepki niteliğindeki sözleri hükme esas alınamaz …"[365]

"… Karısının ailesini eve kabul etmeyen, karısını ailesiyle görüştürmeyen eş kusurlu sayılmalıdır. …."[366]

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Prensibi

Yalnızca eşlerinin kusuruna dayanmayı boşanma nedeni olarak kabul etmenin yerinde olmadığını kabul eden hukuk sistemleri, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını da boşanma nedeni olarak kabul etmiştir.[367] Ancak taraflardan birinin bu nedene dayanarak boşanabilmesi için boşanmayı haklı kılacak bir neden ortaya koyması gerekmektedir.[368] Bu nedene dayanarak boşanabilmek için taraflardan birinin kusursuz olması şartı aranmamaktadır.[369] Fakat eşlerden birinin kusurlu ya da her iki eşin kusurlu olduğu durumlarda da, boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibine dayanılabilinmektedir.[370]

[364]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi , 26 Şubat 2007, K: 2007/2671, E:200/15170. hptt://www.corpus. cd .medya.
[365]Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, 27 Eylül 2005, K:12906,E: 2005/7609'dan aktaran İpek, Son Tarihli…, s. 56.
[366]Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, 15 Haziran 2005, K:2005/9260, E: 2005/7055'dan aktaran, İpek, Son Tarihli…, s. 56.
[367]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 971. ; Schwarz, Aile…, s. 138.
[368]Öztan , Aile…, s. 272-273.
[369]Schwarz, Aile…, s. 138. ; Akıntürk , Türk Medeni…, s. 249.
[370]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 240.

"Kusura dayanan hareketler kanunda açıkça tarif ve objektif olarak ispat edildiği halde, bir evlilikte düzenin bozulup, bozulmadığı meselesi tamamen takdiri bir meseledir."[371] Fakat boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibine dayanıldığında, evlilik bağının sarsılmasında taraflar kusurlu olsa da, yalnız başına tarafların kusuru boşanmaya karar vermede rol oynamaz. Önemli olan eşlerden birinin veya her iki eşin kusurunun evlilik birliğini temelinden sarsıp sarsmadığıdır. [372]

Medeni Kanunumuzun 166 maddesi uyarınca da;

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir."

Doktrinde toplum menfaati veya düzen bozukluğu olarak nitelenen ilkeye göre, evlilik birliği temelinden sarsılmışsa bu evliliğin devamını istemenin hiçbir faydası yoktur.[373] Eşlere ve çocuklara mutluluk yerine üzüntü veren bir evliliğin devamında toplum için her hangi bir yarar kalmaz.[374]

"Kanun koyucu her türlü geçimsizlik halini veya anlaşmazlık halini boşanma sebebi olarak kabul etmemiştir. Boşanma, ancak eşler arasındaki geçimsizlik veya anlaşmazlığın evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede ciddi ve şiddetli olması durumunda söz konusu olabilecektir."[375] Bu nedenle " hemen her ailede rastlanabilen ufak tefek

[371]Schwarz, Aile…, s. 138..
[372]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 240.
[373]Schwarz, Aile…, s.139. ; Öztan Aile…, s. 273.
[374]Öztan Aile…,s.273. ; Akıntürk ,Türk Medeni…, s. 249. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 971.
[375]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 270.

geçimsizlikler, fevri hiddet ve hareketler evlilik birliğinin temelinden sarsacak ve boşanmaya sebep olabilecek olaylar değildir."[376]

"… Kadının rahat davranışları nedeni ile aralarına güvensizlik girdiği, kadının bu davranışları sonucu evlilikten beklenen sadakat ve güven duygusunun taraflar arasında gerçekleşmediğini, davacının da alkol alışkanlığı nedeniyle evlilik birliğine gereği gibi sahip çıkamadığı, söylentilere engel olamadığı, sonuçta kamu düzenin açısından korunmaya değer bir evlilik birliğinin taraflar arasında söz konusu olmadığı ve temelinden sarsıldığı anlaşılmış olup mahkemenin boşanmaya ilişkin kararı usul ve yasaya uygundur. …"[377]

"… Davalı kadının eniştesi ile ilişki kurduğu yolunda köyde yaygın bir dedikodu bulunduğu gerçekleşmiştir. Söylentiyi koca çıkarmadığına göre kadının bu olayın sonuçlarına katlanması zorunludur. Güven duygusuna dayanmadıkça esenlikli bir aileden söz edilemez az önce açıklanan söylenti sebebiyle ortak hayatın çekilmez bir hal aldığı kabul olunarak, boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır. …" [378]

" …. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda, eşinin başkasıyla ilişkisi olduğunu ve çocukların kendisinden olmadığını söyleyen koca ağır kusurludur.

[376]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 271.
[377]Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05 Aralık 2001, K:2001/1107, E: 20012/1108, hptt://www.corpus.cd.medya.
[378]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 20 Mart 1978, K: 1978/2193, E:1978/779, http:// www.akip com.

Türk Medeni kanununun 174/2 maddesi, boşanmaya sebebiyet vermiş olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafın, kusurlu olandan manevi tazminat isteyebileceğini öngörmüştür. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylardan tazminat isteyen kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. …" [379]

"… Yapılan, soruşturma, toplanan delillerle kadının kocasına sürekli olarak babamın malıyla sen bu hale geldin, seni kapıya koyarsam donunla kalırsın, babamın parasıyla adam oldun dediği gibi, orospu çocuğu diye de hitap ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK. M. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır. …"[380]

C. İrade Prensibi

İrade ilkesi, eşlerden birinin veya her iki eşin evliliği sona erdirmeye yönelik irade açıklamasıyla evlilik birliğinin ortadan kalkması düşüncesine dayanır.[381] Ferdiyetçi görüşe sahip bulunanlar boşanmada irade prensibine de dayanılabileceğini çünkü evlilik birliğinin insanların serbest iradeleri ile meydana geldiği gibi serbest iradeleri ile sona erebileceğini iddia ederler.[382]

[379]Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, 17 Mayıs 2007, K:2007/6465 E: 2006/1123'den aktaran İpek, Son Tarihli…, s. 165.
[380]Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, 04 Mayıs 2004, K:2004/2699 E: 2004/1732'den aktaran İpek, Son Tarihli…, s. 251.
[381] Akıntürk, Türk Medeni…, s. 248-249.
[382]Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 261. ; Saymen/Elbir, Türk…, s. 236. ; Öztan Aile…, s. 273.

Boşanmada irade prensibine dayanıldığında eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte başvurmaları halinde mahkemenin eşlerin iradesinin boşanma yönünde olması eşlerin boşanması için yeterli bulunur.[383] Eşlerden her ikisinin birlikte başvurması ya da bir eşin açtığı boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi durumunda hâkim boşanma davasının taraflarının kusuru olup olmadığını araştırmadan yalnızca tarafların iradelerine göre hareket edecektir.[384]

Bazı yazarlar boşanmada sadece tarafların iradesine bağlı kalmayı doğru bulmayıp,[385] irade prensibine dayanmanın hâkimi takdir yetkisini ortadan kaldırıp, hâkimi bir tescil memuruna dönüştürdüğü için eleştirilmiştir.[386] Hatta bu eleştiriyle de yetinilmeyerek, idare prensibinin boşanmayı sadece eşlerin keyfine bıraktığı için boşanma kurumunu yozlaştırabileceği ileri sürülmüştür.[387]

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesinde kanun koyucu irade prensibine belirli bir oranda boşanmada yer vermiştir. Taraflardan birinin istemi ya da tarafların anlaşmaları üzerine eşlerin ancak yargıcın vereceği kararla boşanabilecekleri kabul edilerek, boşanmada kısmen irade prensibine dayanılmıştır.[388] Boşanmak isteyen tarafların iradelerini serbestçe açıklayıp, açıklamadığı hususunda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Fakat Hâkim tarafların ikrarı ile bağımlı kılınmamıştır.[389] Tarafların iradesi

[383]Kemal Tahir Gürsoy, "Rızaya Dayanan Boşanma", Ankara Hukuk Fakültesi 50. yıl armağanı C. 2, Ankara, 1977, s. 151.
[384]Erol Cansel, "Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar", Ankara Hukuk Fakültesi 50. yıl armağanı C. 2, Ankara, 1977, s. 75–76.
[385]Öztan, Aile…, s. 273. ; Schwarz Aile…, s. 138-139. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 968. ; Saymen/Elbir, Türk…, s. 238.
Bkz. Şakir Berki "Boşanma ve Ayrılık", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, sayı. 1-4, 1975, s. 136-136. "…aileyi kuran karı-kocanın serbest iradesi olduğu halde söndürebilmek karı kocanın ferdi arzu ve iradesine terk olunmamıştır. Doğrusu da budur…" diyerek, boşanmada irade prensibine dayanılmasına açıkça karşı çıkmıştır.
[386]Gürsoy, "Rızaya Dayanan …", s. 151.
[387]Gürsoy, "Rızaya Dayanan…", s. 43-56.
[388]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 972. ; Schwarz, Aile…, s. 139. ; Saymen/Elbir Aile…, s. 238
[389]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 280.

yalnızca evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına yönelik bir karinedir.[390] Hatta hâkim tarafların irade açıklamalarına dayanarak boşanma kararı vermiş olsa bile boşanma eşlerin irade açıklaması ile değil hâkimin kararı ile hukuksal sonuçlarını doğurur.[391] Bu düşünceyi aşağıdaki karalarda da görmek mümkündür:

"….4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesinde, en az bir yıl sürmüş evliliklerde eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılabileceği öngörülmüştür. Bu halde dahi boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin bizzat tarafları dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocuklarının durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması gerekmektedir. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. …"[392]

"… Hakim boşanma için gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça sabit addedemez. İki tarafın bu konudaki kabulleri dahi hâkimi bağlamaz. Hâkim gösterilen delilleri serbestçe takdir eder. Boşanma davalarında hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket imkânı yoktur. Hâkim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğunca korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur. Ancak evliliğin devamı toplumun düzenini zedeler hale gelmiş, toplum için sorun oluşturmaya başlamış ve evlilik sosyal ve ahlaki yönden çökmüş ise bu durumda evliliğin korunmasında

[390]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla Medeni…, s. 972. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 280.
Bazı yazarlar taraf iradelerinin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına yönelik bir karine olması ile tarafların ikrarının hâkimi bağlamamasının çelişi bir durum olduğunu öne sürmektedirler.
Bkz. Akıntürk, Türk Medeni…, s. 283-284. ; Tekinay, Aile…, s. 195.
[391]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 241.
[392] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 23 Mart 2008, K:2008/263, E:2007/4199,hptt:// www.corpus.cd.medya.

gerek eşler ve gerekse de çocuklar yönünden bir yarar kalmamış demektir. Hâkimin böyle bir böyle bir evliliği sürdürmemesi en uygun çözüm tarzı olacaktır. Hâkim belirtilen ilkeleri irdelemek, bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak, evlilik birliğinin gerçekten onarılmaz şekilde temelden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır. …"[393]

D. Elverişsizlik (Uygunsuzluk) Prensibi

Boşanma hukukunda elverişsizlik (uygunsuzluk) prensibi diğer prensiplerden daha sonra ortaya çıkmıştır.[394] Elverişsizlik (uygunsuzluk) ilkesi gereğince eşlerden biri bedensel veya ruhsal rahatsızlığı nedeniyle evliliğin gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmeye elverişsiz hale gelmişse, bu evlilikte mükellefiyetini yerine getiremeyen eşe kusur izafe edilemese de evlilik birliğine son verilebilir.[395] Eşlerden birinin kısırlığı, iktidarsızlığı, akıl hastalığın veya diğer eşin alt soyu için tehlikeli olabilecek bir hastalığı taşıması, zührevi hastalıklar, hatta faşist rejimlerdeki bir ara kabul edilmiş olan farklı ırka mensup olma, elverişsizlik prensibine dayanılarak boşanmaya örnek teşkil eder.[396] Elverişsizlik prensibine Türk Medeni Kanununda akıl hastalığı nedeniyle boşanmada dayanılmıştır.[397]

Türk Medeni Kanunu'nun önemli bir parçası olan boşanmaya yönelik olan kanuni düzenlemelerin kadın-erkek eşitliğine dayandığı düşünülse de, yukarıdaki prensipler erkek egemenliğini yansıtacak şekilde yorumlamaya ve anlamlandırmaya elverişlidir. Doktrinde bakire olarak evlendiği varsayılan kızın bakire olmaması, kocanın terbiye hudutlarını aşan

[393] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 10 Ekim 2005, K: 2005/53, E: 2005/14833'den aktaran İpek, Son Tarihli…, s. 29.
[394] Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s.240. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 250. ; Öztan, Aile…, s. 273-274.
[395] Akıntürk, Türk Medeni…, s. 250.
[396] Schwarz, Aile…, s. 139. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 240.
[397] Zevkliler/Acarbey/Gökyayla Medeni…, s. 972. ; Schwarz ,Aile…, s. 139. ; Öztan, Aile…, s. 273-274.

çocuk dövmesi (kocaya açıkça çocuk dövme hakkı veriyor), kadının kocasının cebinden habersizce para alması, kadının kocasının rızasını almadan çocuk aldırması vs.[398] olgular yukarda bahsettiğimiz prensiplerin erkek egemenliğinin yansıtacak şekilde yorumlanması sonucunda boşanma sebebi sayılmaktadır.

II. TÜRK MEDENİ KANUNUN'DA BELİRTİLEN BOŞANMA NEDENLERİ BAKIMINDAN CİNSEL TAHAKKÜM

Boşanma nedenleri bakından cinsel tahakküm açıklanmadan önce bu kısımda boşanma nedenlerinin sınıflandırılmasından söz edilecektir.[399] Aşağıda tek tek sıralanacak olan boşanma nedenleri doktrinde özel boşanma nedenleri ve genel boşanma nedenleri olarak ikiye ayırmaktadır.[400]

Özel boşanma nedenleri şu şekilde belirtilebilir:

— Zina

— Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış

— Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme

— Akıl hastalığı

— Terk[401]

Genel Boşanma Sebepleri ise:

--- Evlilik birliğinin Sarsılması

--- Eşlerin Anlaşması

--- Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasıdır.[402]

---

[398]Ergün Ömer, "TMK'nın 166. Maddesine Göre Boşanma Nedenleri", hptt://www.akader.info/sbard/sayilar/2005Eylul/14.pdf 27/08/2008.

[399]Bu bölümde kadının erkeğe olan tâbiyeti yalnızca boşanma nedenleri bakımından incelenecektir. Boşanmanın süreci sonuçları bakımından cinsel tahakküm bu tezin kapsamında yer almamaktadır. Bunun için bu bölümde sadece boşanma nedenleri ile ilgili olarak seçilen Yargıtay kararlarına ilişkin değerlendirme yapılmakla yetinilecektir.

[400]Öztan, Aile…, s. 275.

[401]Aydın Zevkliler/ Ayşe Havutçu, Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Seçkin, Yay. Ankara, 2004, s. 270.

[402]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 270.

Özel boşanma nedenleri, kanunda ismen düzenlenen boşanma nedenine varlık kazandıran olayın açıkça belirtildiği ve bu olay dışında eşler arasında yaşanmış başka olaylara ve aynı kanun maddesine dayanarak boşanma sonucunu doğurmamasıdır.[403] Genel boşanma nedeni " belli bir olguya veya olaya dayanmayan, önceden belirlenmesi ve saptanması mümkün olmayan çok çeşitli ve farklı olgulardan veya olaylardan doğan bir durumu esas alan" boşanma nedeni olarak tanımlanmaktadır.[404]

Özel ve genel boşanma nedeni ayrımı yalnızca hukuk teorisi için yapılmış bir ayrım değildir. Bu ayrım hukuk pratiği için de çok önemlidir; çünkü özel boşanma nedenlerine dayanarak boşanma davası açıldığında, hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmak yükümlüğü yoktur. Hâkim boşanma davası açan tarafların dayandığı özel boşanma nedeninin varlığına kanaat getirdiğinde, evlilik birliği boşanma davası açan taraf için çekilmez hale gelmese de, boşanmaya karar verebilir. Yani özel boşanma nedenlerinden her biri başlı başına birer boşanma nedenidir. Oysa genel boşanma nedenine dayanılarak boşanma davası açıldığında, boşanma davası açan taraf için evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğinin araştırılması zorunludur.[405]

A. Zina Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm

7421 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun 161(eski MK 129) maddesine göre zina bir boşanma nedenidir;[406]

[403]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 976.
[404]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 270.
[405]Öztan, Aile…, s. 306- 307.
[406]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 252.

"Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur."

Türk Medeni Kanunu'nda zina yapmak boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Fakat bu kanunda zina ve zinanın unsurları tanımlanmamıştır.[407] Zina hukuk doktrininde "Evlilik birliği devam ederken, kadın eşin başka bir erkekle veya erkek eşin başka bir kadınla evlilik dışı cinsel ilişki kurması" olarak tanımlanmıştır.[408] Bir kimsenin zinasından söz edebilmek için onun evli olması, eşinden başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi ve kusurlu olması gerekir. [409] Her iki eş zina nedenine dayanarak boşanma davası açma hususunda kanun önünde eşit haklara sahiptirler.[410]

Eşlerden birinin birbirleri ile evlenmeden önce veya evlilik birliği ortadan kalktıktan sonra karşı cinsten bir kişi ile cinsel ilişkiye girmiş olmaları zina kapsamında değildir.[411] Fakat evlilik birliği devam ederken ayrılık, gaiplik, beraber yaşamaya ara vermiş olma gibi durumlarda eşler fiilen beraber yaşamasalar dahi, eşlerden birinin, başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi zinadır; çünkü evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüğü evlilik birliği fiilen devam ettikçe değil hukuken devam ettikçe vardır.[412] Bu nedenle batıl bir evlenme hâkimin iptal kararına kadar geçerli bir evliliğin

[407]Mustafa Reşit Belgesay "Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyei Muhakemeye İtiraz" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara, 1958, s. 265.
[408]Selahaddin Sulhi Tekinay, Aile Hukuku, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1966, s. 175; Öztan Aile…, s. 277. ; Schwarz Aile…, s. 143 ; Oğuzoğlu , Medeni…, s. 93.
[409]Tekinay, Aile…, s. 175. ; Birsen, Medeni…, s. 289.
[410] Zevkliler/Havutçu, Yeni Medeni…, s. 271.
[411] Saymen/Elbir, Türk Medeni…, 243. ; Akıntürk , Türk Medeni…, s. 253.
[412]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 984. ; Oğuzman/ Dural, Aile…, s. 115. ; Öztan, Aile…, s. 279.

sonuçlarını doğurduğundan, hâkim evliliğin iptaline karar verene kadar eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğü vardır.[413]

Zina eşlerden birinin üçüncü şahısla doğrudan cinsel ilişki kurmak suretiyle evlilikteki cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi demektir. Bu nedenle zinaya alelade hazırlık sebepleri ve teşebbüs hareketleri, baştan çıkarma teşebbüsleri, sair en yakın bedeni temaslar dahi zina kapsamında değerlendirilmemektedir.[414] Bu tür fiillerin, her ne kadar zina kapsamında değerlendirmezlerse de, duruma göre haysiyetsiz hayat sürme veya şiddetli geçimsizlik kapsamında değerlendirilebilecekleri ileri sürülebilir.[415] Evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin kendisi ile aynı cinsiyetten bir kişi ile birlikte olması da zina kapsamında görülmemiştir. Bu durum da haysiyetsiz hayat sürme kapsamında değerlendirilmiştir.[416] Yani namusu cinsellikle özdeşleştirme anlayışından yola çıkılarak, haysiyetli olmak cinselliği yaşamaya indirgenmiştir.

Eşlerden birinin diğer eş yerine bir başkası ile cinsel ilişkiye girmesi, ancak eşlerden birine kusur izafe edilebildiği takdirde zina olanak kabul edilir.[417] Yani eşlerden birinin bilerek isteyerek eşinden başkasıyla cinsel ilişkiye girmesi gerekir.[418] Buradan hareketle şiddet uygulanarak veya bayıltılarak, yahut uyuşturucu madde verilerek ırzına geçilmiş olan bir kadın eşinden başkasıyla kendi iradesiyle cinsel ilişkiye girmediği için kusurlu kabul edilemez.[419] Ayırt etme gücüne sahip olmayan eş başkası ile cinsel ilişkiye girerse

[413]Tekinay, Aile…, s. 175. ; Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 267. ; Oğuzoğlu , Medeni…, s. 93. ; Öztan, Aile…, s. 278.
[414]Schwarz Aile…,s. 143. ; Tekinay Aile…, 176. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 254. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 243.
[415]Tekinay Aile…, s. 176.
[416]Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 266-267. Zafer Ergün, Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004, s. 72. ; Oğuzman/ Dural, Aile…, s. 113-114.
[417]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 980. ; Tekinay Aile…, s.176. ; Akıntürk…, s. 254.
[418]Akıntürk Türk Medeni…, 254. ; Öztan, Aile…, 280.
[419]Zevkliler,/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 980. ; Köprülü/Kaneti, Aile… s.159. ; Öztan, Aile…, s. 280.

ona kusur izafe edilemeyeceği için zina yapmış kabul edilemez.[420] Korkutularak eşinden başkası ile cinsel ilişkiye rıza göstermek zorunda kalan kadın, her koşulda kusursuz kabul edilmemektedir. Sadece hayata ya da sağlığa yönelik tehdit altında, kadın kusursuz bulunmaktadır. Fakat mala zarar verme tehdidi altında cinsel ilişkiye girmeye razı olan kadın zina yapmış sayılmamaktadır.[421] Kadının kocasının onayını almadan yapay döllenme (suni ilkah) yaptırması, zina kapsamında kabul edilmemektedir.[422]

Zinanın ispatı için, zina yapan eşin zina yaparken tespit edilmesi gerekmemektedir.[423] Zinanın ispatı için zina yapan eşin zina yaptığına ilişkin kuvvetli deliller bulunması yeterlidir. Toplanan delillerin, hayat tecrübelerine göre, zina fiilinin işlendiğine kanaat oluşturması, zinanın ispatı için yeterli görülmektedir.[424] Ayrıca zina isnadında bulunulan tarafın zina fiilini ikrar etmiş olması hâkimi bağlamaz. [425] Zina nedenine dayanılarak aleyhine boşanma davası açılmış olan eş, diğer eşin de zina yapmış olduğunu iddia ve ispat etse dahi açılmış olan dava düşmez.[426] Yani zinalar takas ve mahsup edilemez.[427]

Zina nedenine dayanarak boşanma davası açabilmek için kanun koyucu hak düşürücü süreler koymuştur.[428] Bu hak düşürücü sürelerden birisi zina davası açma hakkına sahip olan eşin diğer eşi affetmesi, diğeri ise zina fiili üzerinden belli sürelerin geçmesidir.[429] TMK'nın 161/III e göre eşinin zinasını affeden tarafın dava açma hakkı

[420]Tekinay, Aile…, s. 176. ; Oğuzoğlu ,Medeni …, s. 94. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 243.
[421]Akıntürk, Türk Medeni…, s.254.- 255. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 980. ; Tekinay Aile…, s.176. Öztan, Aile…,s.280.
[422]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 980. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 254. ; Öztan, Aile…, s. 279.
[423] Tekinay, Aile…, s. 177.
[424]Öztan, Aile…, s. 281. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 255.
[425]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 244.
[426]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 255.
[427]Schwarz, Aile…, s. 144. ; Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 267.
[428]Hıfzı Veldet, Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1963, s. 364. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 244-245. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 256. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 982.
[429]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 256. ; Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 268-269.

ortadan kalkar.[430] Affın açık ya da örtülü olması fark etmez.[431] Fakat affetme iradi olmalıdır. Diğer eşin ya da başkalarının hile ve tehdidi altında olmamalıdır.[432] Zina nedenine dayanarak boşanma davası açma hakkı, zinanın öğrenilmesinden itibaren altı ay ve en çok zinanın yapıldığı tarihten itibaren 5 yıldır. Bu süreler hak düşürücü olduğu için, süreler geçtikten sonra zina davası açılamaz.[433]

Eşlerin birbirlerine karşı cinsel sadakatleri ile ilgili olan gerek ilgili maddede gerek zinayla ilgili yapılan tanımda, sadece şekli eşitlik anlayışından hareket edildiği, kadınlarla erkekler arasındaki cinsel eşitsizlik gerçeğinin göz önüne alınmadığı görülmektedir.

Her şeyden önce kadınla erkeğin zina davası açabilmek için kanun önünde eşit haklara sahip olmalarının zina nedenine dayanarak boşanma davası açabilmek için eşit koşullara sahip oldukları anlamına gelmez. Aile kurumu içerisinde kocalarıyla aralarında güç eşitsizliği bulunan kadınların çoğunlukla eşlerinin cinsel sadakatsizliklerine katlandıkları bilinmektedir. Dolayısıyla zina nedenine dayanarak boşanma davası açabilme şansına kadın ve erkeğin eşit olarak sahip bulunmadığı ileri sürülebilir.

Zina nedeniyle boşanmadaki cinsel tahakküm, aşağıda tezle ilgisi oranında alıntı yapılmış olan, Yargıtay kararlarında görüleceği gibi, kadının evine bir erkeğin gündüz saatlerinde girip çıkması sanki eve girip çıkan o adamla kadın aynı yatağa girmiş gibi zina olarak değerlendirilirken, erkeğin başka bir kadından çocuk sahibi olması bu kapsamda değerlendirilmek yerine şiddetli geçimsizlik kapsamında değerlendirilmiştir.

---

[430]Zevkliler/Havutçu, Yeni medeni…, s. 271.
[431]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 981. ; Tekinay, Aile.., s. 180.
[432]Saymen/Elbir,Türk Medeni…, s. 244. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 256.
[433]Zevkliler/Havutçu, Yeni Medeni…, s. 271. ; Birsen, Medeni…, s. 291-292. ; Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 268.

"…. Toplanan delillerden; davalı kadının kocası işe gittikten sonra, kocasının amcası Ramazan´ı eve aldığı, bu kişinin sabah saat 08.30 - 09.00 gibi gelip, akşam saat 16.00- 16.30´a kadar uzun süre evde kaldığı, bu durumun sık sık tekrarlandığı ve devam ede geldiği anlaşılmaktadır. Kadının gerçekleşen eylemi sadakatsizlik olup bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Bu sebeple boşanma kararı verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru görülmemiştir. (4721 s. MK. m. 161, 166) …."[434]

"…Davalının başka kadınla gayri resmi olarak yaşadığı ve o kadından çocukları olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşmaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi uygun görülmemiştir.…"[435]

Zina fiilini affeden her iki tarafa dava hakkı vermemeyi kadın bakış açısından hareket ederek değerlendirdiğimizde ise, kadın ve erkeğin zina fiili nedeni ile birbirlerini affetmede eşit koşullara sahip olmadığından, affeden tarafın dava hakkı yoktur demekle aşağıdaki Yargıtay kararında da görüleceği gibi kadının zina davası açma hakkı elinden alınmış olmaktadır. Aile kurumunda erkeklerin kadınlar üzerinde egemen olduğu gerçeğinden yola çıkıldığında da kadınların rıza göstermeleri çoğunlukla gönüllü olmalarından değil, güçsüz pozisyonda olmaları sebebine dayanır.[436]

[434]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08 Aralık 2004, K:2004/14684, E:2004/13709, hptt://www.corpus.cd.medya.
[435] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 21 Nisan 2003, K: 2003/5756, E:2003/ 5008 hptt://www.corpus.cd.medya.

[436] MacKinnon, Feminist…, s. 198-205.

"…Davacı tanıklarının beyanlarından, davacı kadının daha önce açtığı davadan feragatinden sonra davalı kocanın bir başka kadınla düğün yaparak evlendiği ve onunla birlikte yaşadığı anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 161. madde koşulları oluşmuştur. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir.…"[437]

Bu kararda görüldüğü gibi boşanmak isteyen kadın davasında feragat ettikten sonra adamın düğün yaparak yeniden başka bir kadınla birlikte yaşaması nedeni ile kadına boşanma hakkı tanınmıştır. Feragat ettiği davada zina fiili nedeniyle kadının boşanma talebi kabul edilmemiştir.

B. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Nedeniyle Boşanmada Cinsel tahakküm

4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu'nun 162. maddesine göre:

"Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı davranışta bulunması sebebiyle boşanma davası açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde bu sebebin doğumunun üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur."

Hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranış üç ayrı boşanma nedeni olmasına rağmen Türk Medeni Kanunu'nda aynı kanun maddesinin içinde düzenlenmiştir.[438] Bu boşanma nedenlerinin her biri kusur prensibine dayanır. [439]

---

[437]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 23 Şubat 2005, K:2005/2668, E:2005/832, hptt://www.corpus.cd.medya.

[438]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 109.

Hayata kast, eşlerden birinin diğer eşin hayatını son vermeye ilişkin kasıtlı eylemde bulunmasıdır.[440] "Eşlerden birinin diğerini öldürmek niyetiyle hareket etmesi yeterlidir.[441] Fiil, yapma şeklinde olabileceği gibi, bir içtinap şeklinde de (yapmama) olabilir. Kişinin fiilinin ve kullandığı araçların öldürmeye elverişli olup olmaması önemli değildir."[442]

Hayata kast kusura dayanan bir boşanma sebebi olduğu için eşinin hayatına kasteden kişinin ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle, akıl hastası olan eşi tarafından hayatına kastedilen eş hayata kast nedeni ile değil akıl hastalığı sebebine dayanarak boşanma davası açma hakkına sahiptir.[443] Ancak hayata kast nedenine dayalı olarak açılan boşanma davasında hâkim boşanmaya karar vermek için evliliğinin diğer eş açısından çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmayacaktır.[444]

Pek kötü davranış, eşlerden birine eziyet veren, acı çektiren, eşlerden birinin beden ya da ruh sağlığını tehlikeye atan veya bozan her türlü muameledir. Aç bırakmak, dövmek, anormal cinsel ilişkiye zorlamak, işkence etmek pek kötü davranış kapsamına giren eylemlerdir.[445] Hatta eşlerden birine karşı, şahsiyetine karşı diğer eşten gelen

---

Bkz .Havutçu/Zevkliler, Yeni Medeni…, s. 271.
Pek kötü veya onur kırıcı muameleyi iki ayrı boşanma nedeni değil tek bir boşanma nedeni olarak kabul ederler. Onlara göre, Medeni Kanunun 163. maddesinde 3 ayrı boşanma nedeni değil iki ayrı boşanma nedeni vardır.

[439]Zevkliler/ Havutçu, Yeni Medeni …, s. 271-273.

[440]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 984. ; Akıntürk, Türk Medeni …, s. 257. ; Öztan, Aile…, s. 285. ; Schwarz, Aile.., s. 146.

[441]Ömer Uğur Gençcan, Öğreti ve Uygulamada Boşanma Tazminat-Nafaka Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat, C. 1, Yetkin Yay, İstanbul, 2000, s. 129.

[442]Oğuzman/ Dural, Aile…, s. 117. ; Öztan Aile…, s. 285.

[443]Köprülü/Kaneti, Aile…, s. 154. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 257. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 984. ; Öztan, Aile…, s. 286.

[444]Oğuzman/ Dural, Aile…, s. 117.

[445]Köprülü/Kaneti, Aile…, s. 154. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 258. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 985. ; Öztan, Aile…, s. 286.

hazmedemeyeceği muamelelerde pek kötü davranış kapsamında düşünülmektedir.[446] Pek kötü davranış nedenine dayanılarak açılan boşanma davasında hâkim evlilik birliğinin diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmayacaktır. [447]

Pek fena muameleye nedenine dayanarak boşanma davası açmak için, eşine pek fena muamele eden eşin kusurlu olması gerekmektedir. Bunun için akıl hastası ya da ayırdım gücünden yoksun olan eş aleyhine pek fena muamele nedenine dayanarak boşanma davası açılamaz.[448] Ancak diğer eşin tahriki altında veya diğer eşe kızgınlıkla bu davranışları sergileme duruma göre kusuru hafifletebilir, hatta ortadan kaldırabilir. Kusurun ortadan kalktığı durumlarda pek fena muameleye boşanma sebebi olmaz.[449] Hatta diğer eşin ağır tahriki veya bu davranışın hiddet anında yapılması duruma göre kusuru tamamen ortadan kaldırır veya hafifletir; çünkü aleyhine boşanma davası açılan eşin kusuru ortadan kalktığı ölçüde pek fena muamele boşanma nedeni olamaz.[450]

Pek fena muamele nedenine dayanarak boşanma da kanun koyucu hak düşürücü süreler koymuştur.[451] Bunlardan birisi dava açan eşin aleyhine dava açtığı eşini affetmesidir. Diğer hak düşürücü neden ise davacı eşin, kendisine pek fena muamele yapıldığını öğrendiğinden itibaren altı ay ve pek fena muamele yapılmasından itibaren de beş yıldır.[452]

---

[446]Belgesay, " Boşanma ve Aile Hayatı…", s. 257.
[447]Oğuzman/ Dural, Aile…, s. 117. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 260.
[448]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 985. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 247. ; Schwarz, Aile…, s. 147.
[449]Oğuzoğlu, Medeni…, s. 97-98. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 260.
[450]Oğuzoğlu, Aile…, Medeni…, s. 98. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 260.
[451]Birsen, Medeni…, s.294.
[452]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 985. ; Akıntürk, Türk Medeni…, 260. ; Feyzioğlu/Doğanay…, s. 269.

Eşlerden birinin davranışının fek fena muamele kapsamında değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği konusunda hâkimin geniş takdir yetkisi vardır.[453] Hâkim takdir yetkisini kullanırken eşlerin kültürel durumlarını, sosyal ve ekonomik durumlarını, yaşadıkları çevrenin gelenek ve göreneklerini de göz önüne alarak eşlerden birinin davranışının pek fena muamele olarak kabul edilip, edilemeyeceğine karar verir.[454]

Eşlerden birinin diğer eşin onuruna haksız olarak, diğer eşi küçük düşürmek amacıyla yaptığı haksız saldırı onur kırıcı davranış olarak tabir edilir.[455] Eski Medeni kanunumuzun 130. maddesinde boşanma nedeni olarak yer almayan onur kırıcı davranışlar yeni Medeni kanunumuzun 163. maddesinde boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir.[456] Medeni kanunumuzda her onur kırıcı davranış değil, ağır derecede onur kırıcı davranış boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir.[457] Fakat onur kırıcı davranış tıpkı pek fena muamele gibi kusura dayalı boşanma nedeni olduğun için bu nedene dayalı olarak açılan boşanma davasında onur kırıcı davranışlarda bulunan eş ayırt etme gücüne sahip bulunmalıdır. Fakat tıpkı pek fena muamelede olduğu gibi, eşlerden birinin diğer eşin tahriki nedeniyle veya kızgınlık anında onur kırıcı davranması, duruma göre kusuru tamamen ortadan kaldırabileceği gibi hafifletebilir. Bu gibi durumlarda kusur ortadan kalktığı için onur kırıcı davranış boşanma nedeni olamaz.[458]

Onur kırıcı davranış nedenine dayanarak boşanma da kanun koyucu hak düşürücü süreler koymuştur. Bunlardan birisi dava açan eşin aleyhine dava açtığı eşini affetmesidir.

[453]Tekinay, Aile…, s. 185.
[454]Oğuzoğlu, Medeni…, …, s. 97- 98.
[455]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 108.
[456]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 260.
[457]Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun …, s. 11-12.
[458]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 260.

Diğer hak düşürücü neden ise davacı eşin, kendisine onur kırıcı davranışı öğrenmesinden itibaren altı ay ve onur kırıcı davranışın yapılmasından itibaren de beş yıldır. [459]

Anlamı gayet açık olan bu madde dayanılan tahdidi olarak sayılmış olgulara göre boşanma davası açılabilir. Çıplak gözle bakıldığında kanun koyucunun evlilik birliğini sürdürmeye her iki eşi de zorlamada kadın ve erkek arasında ayrım gözetmediği izlenimi uyansa da, bu maddede kadınlarla erkelerin arasındaki güç eşitsizliğin görmezden gelindiği ileri sürülebilir. Bunun nedeni kadınların sistematik bir biçimde erkeklere tâbi olduğu gerçeği göz önüne alındığında kadınların erkekler gibi tam birer insan olarak kabul[460] edilmediği gerçeği göz önüne alındığında erkelerin gurur sahibi varlıklar olarak kabul edildiklerinden, kendi imgelerine yönelik her davranışın onların gururlarını inciteceği varsayılır. Kadının gurunun aynı şekilde incinmesi erkek egemen kültürde erkeğin gururunun incinmesi kadar önemli değildir.

İlk bakışta kanun koyucu bu kanun maddesinde her ne kadar kadın ve erkek arasında ayrım gözetmediği zannedilse de, aşağıda incelenecek olan kararlarda da görüleceği gibi bir erkeğe gururu nedeniyle biçilen değer ile bir kadına biçilen değer farklı olduğu için bu kanun maddesi ile aslında kadın ve erkek arasında ayrım gözetilmiştir.

"… Kocanın başka kadınlarla gezinti ve eğlence yapmasından ileri bir münasebetin sübutuna medar olmayan hal ve hareket, karının kocasına karşı haysiyet ve gururunu rencide edecek derecede fena muamele ve hakaret etmesine hak ve salahiyet bahşetmeyeceği derkar olup bu husus dairenin müstakar içtihadı cümlesindendir…" [461]

[459]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 108.
[460]MacKinnon, Women's Lives…, s. 105.
[461]Yargıtay 2 Hukuk Dairesi, 26 Şubat 1951, K:1951/2946, E:1951/1170, hptt:// www.corpus.cd.medya.

"....Toplanan delillerden, davalının davacı kocasına kavat, pezevenk, senden iğreniyorum diye ağır hakaret edip onurunu kırdığı gerçekleşmiştir. Davacının bu eylemi sebebi ile aile birliğinin koca açısından çekilebilirliğinden söz edilemez. Bu itibarla boşanmaya karar verilmesi gerekir. …"[462]

Yukarıdaki iki mahkeme kararı karşılaştırıldığında ilkinde kadının eşinin başka kadınlarla beraber olması kadının gururunu incitecek bir durum olarak değerlendirilmezken, ikincisinde ise kadının kocasına hakareti kocasının onurunu kıran bir davranış kabul edilmiştir.

C. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Nedeniyle İlgili Cinsel Tahakküm

4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni kanunu'nun 163. maddesine göre:

"Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir."

"Suç işleme" ve "haysiyetsiz hayat sürme" birbirinden bağımsız iki farklı boşanma nedeni olmalarına rağmen Medeni kanunumuzda aynı kanunu maddesinin altında tek bir başlık altında düzenlenmiştir.[463] Gerek küçük düşürücü bir suç işleme nedenine gerek haysiyetsiz hayat sürme kusura dayalı boşanma nedenlerindendir.[464]

Türk Medeni Kanununun 163. maddesinde boşanma nedeni olarak her türlü suç değil, yalnızca küçük düşürücü suçlar boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir. Oysa Türk

[462]Yargıtay 2.Hukuk Dairesi, 5 Haziran 1986, K:1986/5857, E:1986/5648, hptt:// www.corpus.cd.medya.
[463]Zevkliler/Havutçu, Yeni Medeni…, s. 273.
[464]Dural/ Oğuz/Gümüş, Türk Özel …, s. 109. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 987. ; Tekinay, Aile…, s. 189.

Ceza Kanununda küçük düşürücü suç olarak belirlenmiş suç grubu yoktur.[465] Suçun küçük düşürücü olup olmadığı suça uygun görüler cezanın ağırlığına ya da hafifliğine göre değil, toplumun ahlak anlayışına göre o suçun küçük düşürücü olup olmadığına bakılarak belirlenir.[466] Eşlerden birinin işlediği suçun toplumsal ahlak anlayışına göre küçük düşürücü olup olmadığı hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır.[467] Doktrinde dolandırılıcılık, hırsızlık, hileli iflas, ırza geçme[468] evli bir kadının başka erkeklerle düşüp kalkması,[469]zina,[470] iffete tecavüz, fuhuşa tahrik,[471] küçük düşürücü suç (terzil edici cürüm) olarak kabul edilmektedir. Toplumsal ahlaka aykırı olarak görülmediği için cezası ne kadar ağır olursa olsun siyasi suçlar[472] hatta namus ve şerefe yapılan ağır haksız tahrik altında adam öldürme suçu[473] doktrinde küçük düşürücü suç (terzil edici cürüm) olarak kabul edilmemektedir.

Haysiyetsiz hayat sürme toplumdaki anlayışa göre, belli bir süreden beri, devamlı olanak, namus ve haysiyet kavramları ile bağdaşmayacak bir şekilde yaşamak[474] biçiminde tanımlanır. Genelev işletmek, muhabbet tellallığı, beyaz kadın ve uyuşturucu madde ticareti yapmak, ayyaşlık, kumarbazlık, esrarkeşlik, anormal cinsel ilişki alışkanlığı, kadının evli olmasına rağmen kocasından başka erkeklerle düşüp kalkmak hukuk doktrininde haysiyetsiz hayat sürmeye örnek gösterilmektedir.[475]

---

[465]Akıntürk , Türk medeni…, s. 261.
[466]Oğuzoğlu, Medeni …, s. 101. ; Velidedeoğlu, Türk Medeni…, s 365; Esat Arsebük, Medeni Hukuk, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940, s. 739-740. ; Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 109. ; Zevkliler/Havutçu, Yeni Medeni…, s. 273. ; Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 269.
[467]Zevkliler/ Havutçu, Yeni Medeni…, s.273.
[468]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s.109. ; Velidedeoğlu, Türk Medeni …, s. 365.
[469]Zevkliler/ Havutçu, Yeni Medeni…, s. 273.
[470]Oğuzoğlu, Medeni …, s. 101.
[471]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 248.
[472]Velidedeoğlu, Türk Medeni …, s. 365. ; Oğuzoğlu, Medeni …, s. 101. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 248.
[473] Birsen, Medeni…, s. 295.
[474]Öztan , Aile…, s. 294. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 262.
[475]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s.109. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 262. ; Öztan, Aile…, s. 294. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 987. ; Tekinay, Aile…, s. 189.

Haysiyetsizliğin boşanma nedeni olarak kabul edilebilmesi için sürekli olması gerekir. Bir kez yapılan haysiyetsiz davranış için haysiyetsiz hayat sürme nedenine dayanmak boşanma kapsamında değildir.[476] Örneğin evlilik birliği devam ederken bir iki kez kumar oynayan ya da bir kez esrar içen koca için haysiyetsiz hayat sürüyor denilemez.[477] Hatta haysiyetsiz yaşamın evlenmeden sonra başlamış olması gerekmektedir.[478]

Eşlerden birinin haysiyetsiz hayat sürmesi hâkimin eşlerin boşanmasına karar vermesi için yeterli değildir. Ayrıca eşlerden birinin haysiyetsiz hayat sürmesi diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale sokmuş olmalıdır. [479] Bu nedenle eşlerden biri diğer eşin haysiyetsiz hayat tarzına iştirak ediyorsa haysiyetsiz hayat sürme nedenine dayanarak boşanma davası açamaz.[480]

"Suç işleme" ve "Haysiyetsiz hayat sürme" nedenlerine dayanarak boşanma davası açabilmek için kanun koyucu hak düşürücü süreler öngörmemiştir.[481] T.M.K'da düzenlenmemiş olmasına rağmen eşlerden biri diğerinin haysiyetsiz yaşamını affettiği takdirde haysiyetsiz hayat sürme nedenine dayanarak boşanma davası açmaz.[482]

Doktrindeki haysiyetsiz hayat sürme kavramı toplumsal ahlakı referans alıcı niteliktedir. Oysa referans alınan bu toplumsal ahlak daha önceden de belirtildiği gibi özü itibariyle ataerkildir. Bu ataerkil ahlak da doğrudan kadın cinselliğiyle bağlantılı olup,

[476]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 987. ; Tekinay, Aile…, s. 189.
[477]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 262.
[478]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 249.
[479]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 262. ; Tekinay, Aile…, s. 189. ; Öztan Aile…, s. 294.
[480]Öztan, Aile…, s. 295. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 249.
[481]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 986-987. ; Tekinay, Aile…, s. 188-189.
[482]Öztan Aile…, s. 295. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 987. ; Tekinay, Aile…, s. 189.

kadının haysiyetini aşağıdaki Yargıtay karalarında görüleceği üzere, cinselliği yaşayış biçimine indirger.

"…Davalı kadının, gece yarısından sonra evine erkeklerin girip çıkması, evlilikteki sadakati ihlal eder şekilde aynı apartmanda oturan başka bir şahısla içki âlemlerinde bulunması ve evine alma gibi hareketleri haysiyetsiz hayat sürme niteliğinde olduğundan, cemiyetin ahlak kurallarına göre boşanmalarına karar vermek isabetlidir. …."[483]

D. Terk Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm

Terkle ilgili 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunun 164. maddesi şöyledir:

"Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.

Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim, esası incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli bir sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılamaz. …"

[483]Yargıtay 2.Hukuk Dairesi, 2 Ocak 1969, K:1969/5494, E:1969/3154, hptt://www.corpus.cd.medya.

Medeni Kanunumuza göre, eşlerden birinin, evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi veya haklı bir neden olmadan ortak yaşama dönmemesi başlı başına bir boşanma nedenidir.[484]

Terk nedeniyle boşanma davası açabilmek için eşlerden birinin ortak konuttan ayrılması zorunludur.[485] Bu nedenle eşler ortak konutta bir arada oturdukça birbirleriyle hiç konuşmasalar, sofralarını, oturma odalarını, yatak odalarını ayırmış olsalar hatta cinsel ilişkiye bile girmeseler müşterek hanede yaşadıkları sürece terk nedenine dayalı olarak boşanma davası açamazlar.[486] Hatta hâkim kararı ile müşterek hayata ara verilmesi terk kapsamında değildir.[487] Eşlerin ayrı yaşaması bir mahkeme kararına dayandığı için hukuka uygundur.[488] Haklı bir nedene dayanmaktadır.[489] Terk nedenine dayanarak boşanabilmek için yalnızca eşlerden birinin evden ayrılmış olası yeterli değildir. Evden ayrılan eşin evlilik birliğinin gerektirdiği yükümlülükleri yerine getirmemek amacı ile evden ayrılması zorunludur.[490] Önemli olan eşlerin ayrı yaşamaları değil, ayrı yaşamaktaki amaçlarıdır.[491] Bu nedenle askerlik, yurt dışına ihtisas yapmak amacıyla gitme vs. terk nedenine dayanarak boşanmaya gerekçe oluşturmaz. [492] Fakat eşlerden biri evden ayrıldıktan sonra evden ayrılma amacını değiştirse, duruma göre terk gerçekleşmiş olur. Örneğin evden

[484]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 988. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 263. ; Zevkliler/Havutçu…, s. 274-275.
[485] Oğuzman/Dural…, Aile…, s. 119. ; Tekinay, Aile…, s. 190.
[486] Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s.269 -270. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 249.
[487]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 989. ; Tekinay, Aile…, s. 192.
[488]Tekinay, Aile…, s. 191–192.
[489]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 264.
[490]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 989– 990. ; Tekinay, Aile…, s. 191.
[491]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 264.
[492] Feyzioğlu/Doğanay Medeni…, s. 270.

yalnızca yurtdışında ihtisas yapmak amacıyla evden ayrılan koca ihtisası bittiği halde eve dönmüyorsa artık evden ayrılma amacı ihtisas yapmak değil evi terk etmektir.[493]

Terk nedenine dayanarak boşanma davasında eğer eşlerden biri ortak konuttan kovulur veya ortak konutu terk etmeye zorlanırsa, evden kovularak evden ayrılan eş değil, eşini ortak konuttan kovan onu konutu terk etmeye zorlayan eş evi terk etmiş sayılır.[494]

Eski Medeni Kanunumuzda terk nedenine dayanarak boşanma davası açabilmek için üç aylık bir süre öngörülmüştü.[495] Fakat yeni Medeni Kanunumuzda bu süre eşlere daha uzun bir süre düşünme imkânı vermek amacıyla uzatılmıştır. Yeni Medeni Kanuna göre terk nedenine dayanarak boşanma davası açabilmek için, ayrı yaşamanın en az altı ay sürmüş ve devam ediyor olması gerekmektedir.[496] Bu nedenle terk eden eş altı aylık süre sona ermeden ortak konuta döner ve yeniden eşler beraber yaşamaya başlarsa, bu süre kesilmiş olur.[497] Aynı eş bir süre sonra tekrar ortak konutu terk ettiğinde altı aylık süre yeniden işlemeye başlar. Ancak bu terkler ve ortak konuta dönmemeler sık sık tekrarlanırsa, bu durumda hakkın kötüye kullanılması nedeniyle terk süresi kesilmemiş olur.[498]

Terk edilen eşin boşanma davası açabilmesi için, terk olayının üzerinden dört ay geçince, hâkim aracılığı ile kendisini terk eden eşine ihtar göndermesi gerekmektedir.[499]

---

[493]Oğuzman/Dural, Aile…, s. 120.
[494]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 263-264. ; Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 988. Feyzioğlu/Doğanay, Medeni…, s. 269-270.
[495]Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun…, s. 12.
[496]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 112.
[497]Zevkliler/Havutçu…, s. 274.
[498]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 990. ; Akıntürk Türk Medeni…, s. 265. ; Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 250.
[499]Akıntürk Türk Medeni…, s. 265. ; Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 111.

İhtar terk eden eşi eve dönmemesinin sonucu hakkında uyarmak içindir.[500] Hâkim ihtarı boşanma davasının esasına girmeden yani terkin şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığını incelemeksizin göndermek zorundadır. Terk olayının gerçekleşmesinden itibaren en az dört ay geçtikten sonra gönderilebilecek ihtarda hâkim terk eden eşi iki ay içinde eve dönmesi hususunda uyarır. Terk olayının üzerinden en az dört ay geçmesine ilişkin ihtar göndermeden önceki dört aylık süre ve ihtar gönderdikten sonraki iki aylık süre yani toplam en az altı aylık süre dolunca terk edilen eş boşanma davası açabilir.[501] Terk nedeniyle açılan boşanma davası belirli bir hak düşürücü süreye bağlı değildir. Terk devam ettiği sürece açılabilir. Fakat terk olayının üzerinden geçen zaman dört aydan ne kadar fazla olursa olusun, ihtar gönderdikten sonra iki ay geçmeden boşanma davası açılamaz.[502] Terk edilen eşin ihtarının hukuksal bir sonuç doğurabilmesi için, ihtar gönderen eşin, terk eden eşin ortak hayata devam etmesi hususunda samimi bir arzusunun olması gerekir.[503] "Terk edilen eş haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmüyorsa, terk nedeniyle boşanma davasının şartları tamamlanır." [504]

Terk nedenine dayanarak boşanmada da kadınla erkek eşit koşullara sahip değildir. Örneğin terk nedenine dayanılarak boşanma düzenlenirken kadınlarla erkeklerin evi terk edebilmek için eşit maddi imkâna sahip olmadıkları gerçeği göz önüne alınmamıştır. Çoğunlukla terk edebilecek maddi imkâna sahip olan erkekler, başkalarını desteğine ihtiyaç duyan da kadınlardır.[505]

[500]Tekinay, Aile…, s. 191-192.
[501]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 112-113.
[502]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 990.
[503]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 113.
[504]Akıntürk Türk Medeni…, s. 267.
[505]Bkz. R.W. Connell, Toplumsal İktidar ve Cinsiyet (Toplum Kişi ve Cinsel Politika), çev. : Cem Soydemir, Ayrıntı Yay, İstanbul, 1987, s. 33. Connell'e göre kadınların yolunda gitmeyen evliliklerini eşlerinden şiddet gördüklerinde bile sürdürmeleri, kadınların evlerini terk ettikten sonra barınma imkanına sahip olmamalarıdır.

Terk nedeniyle ayrılık en az altı ay geçtikten sonra terk edilen eş tarafından boşanma davası açılması koşulu bu süre zarfında boşanma davası açılamadığı için tedbir nafakası da isteyememesi sonucunu doğurmaktadır; çünkü tedbir nafakasının istenebilmesi için boşanma davasının sonuçlanması gerekmese de boşanma davasının açılmış olması zorunludur.[506]

Terk nedeniyle boşanmada cinsel tahakküm aşağıdaki Yargıtay kararında da görüleceği üzere ilgili maddenin amacını aşacak bir biçimde, kadınların evlerini terk ettikten sonra, kocalarının eve dön ihtarı samimi ise kocalarıyla aralarında geçen her şeyi affedip evlerine dönmeleri istenmektedir.

"….Toplanan delillerden, davalının, evlenmelerinden 2-3 ay sonra (davacının beyanına göre 15.5.2002 tarihinde) haklı sebeple evi terk ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim davalı kadın, 22.5.2002 tarihinde nafaka davası açmış, ayrı yaşamakta haklılığı kabul edilerek, lehine nafakaya hükmedilmiştir. Davalının, ortak evi terkte haklı oluşu ona, hayat boyu eşinden ayrı yaşama hakkı bahşetmez. Koca, 9.6.2003 tarihinde mahkemeye başvurarak eşinin eve dönmesi için ihtar edilmesini istemiş, istek doğrultusunda verilen ihtar kararı davalıya 23.6.2003 tarihinde tebliğ edilmiştir. Gerekli yol giderleri de karşılanmıştır. İhtar usule uygundur. Davalı, haklı bir sebeple davete uymadığını ispat edememiştir. Kocanın, ihtarının samimi bir arzunun ürünü olmadığı yönünde delil yoktur. Davalının annesi tanık Ümmühan'ın ifade ettiği olay, ihtar süresi içinde değil, ilk ayrıldıkları döneme ilişkindir. Türk Medeni Kanununun 164. maddesi şartları gerçekleşmiştir. Ne var ki ilk incelemede bu yön gözden kaçtığından

[506]Öztan, Aile…, s. 345-348.

hüküm bozulmuştur. Davacının karar düzeltme talebinin kabulüne, bozma kararının kaldırılmasına hükmün onanmasına karar verilmesi gerekmiştir. ….”[507]

Yukarıdaki terk nedenine dayanan boşanmaya ilişkin Yargıtay kararındaki kadını evi terk etmekte haklı olup olmadığının ispat yükünde de ilk bakışta pek fark edilmese de kadına yönelik cinsel tahakküm vardır. Hukuk mantığına göre, hukuk davasında vakıaların doğru olup olmadığının ispat yükü o maddi vakıa'yı iddia eden tarafa düşer.[508] Oysa aile içerisindeki tâbi kılınma düzeninde kadınların sistematik bir biçimde yaşamış olduğu her türlü aşağılanmayı mahkemeler önünde ispatlamak çok zordur.

E. Akıl Hastalığı Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm

4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanununun 165. maddesine göre:

“...eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir. ...”

Medeni Kanunumuzda her türlü hastalık boşanma nedeni olarak görülmemiştir. Ne kadar ağır olursa olsun cüzzam, frengi, AİDS gibi hastalıklar diğer eşin sağlığı için ne derece tehlikeli olursa olusun bu kanun maddesinin kapsamına girmez.[509] Bu kanun maddesinde yalnızca akıl hastalığı boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir.[510]

[507] Yargıtay 2.Hukuk Dairesi, 24 Ocak 2006, K:2006/253, E:2005/1836,hptt://www.corpus.cd.medya.
[508]Baki Kuru/Ejder Yılmaz/Ramazan Arslan, Medeni Usül Hukuku ve Diğer Mevzuat Yetkin Yay, Ankara, 2002, s. 415.
[509]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 268.
[510]Velidedeoğlu, Türk Medeni…, s. 366.

Eski Medeni kanunumuza göre eşlerden birinin akıl hastalığı nedeniyle boşanabilmesi için diğer eşin akıl hastalığının en az üç yıldır devam ediyor olması gerekmekteydi.[511] Fakat yeni Medeni Kanunumuz bu üç yılık süreyi kaldırmıştır.[512] Akıl hastalığının boşanma nedeni olanak kabul edilmesi kanun koyucu tarafından bazı koşullara bağlanmıştır.[513] Bütün akıl hastalıkları değil, iyileşmesi mümkün olmayan akıl hastalıklarını boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir.[514] Boşanma sebebi olarak ileri sürülen akıl hastalığının iyileşmesinin olanaksız olduğu resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmelidir.[515] Ayrıca resmi sağlık kurulu raporunda hastalığın iyileşmesinin mümkün olup olmadığının belirtilmesi gerekmektedir. [516]

Her ne kadar TMK'nın 165. maddesinde belirtilmemişse de boşanma nedeni olarak kabul edilen akıl hastalığı evlenmeden sonra meydana gelmiş olmalıdır.[517] Zira "evlenmeden önceki akıl hastalığı evlenmeye engel teşkil edecekse zaten kesin bir evlenme engelidir ve evlenmeyi önler".[518] Akıl hastalığı nedenine dayanarak boşanma davası açabilmek ortak yaşamın diğer eş içinde çekilmez hale gelmesi de zorunludur.[519]

[511]Tekinay, Aile…, s. 199-200.
[512]Kılıçoğlu, Medeni Kanun'umuzun…, s. 12. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 269.
[513]Zevkliler/ Havutçu, Yeni Medeni…, s. 276.
[514]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 269.
[515]Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 114.
[516]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 269.
[517] Oğuzoğlu, Medeni…, s.104. ; Akıntürk, Türk Medeni…, s. 268.
[518]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 268. ; Zevkliler/ Havutçu, Yeni Medeni…, s. 276 ; Aksi, Dural/ Oğuz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 114. Bu yazarlara göre akıl hastalığının ne zaman başladığı önemsizdir. Önemli olan akıl hastalığının boşanma davası açıldığı sırada var olup olmadığıdır. Evlenmeden önce evlenmeye engel bir akıl hastalığına rağmen eşler evlenmişlerse akıl hastalığı hem boşanma sebebi hem de mutlak butlan sebebidir.
[519] Zevkliler/Acarbey/Gökyayla Medeni…, s. 995.

Doktrinde Akıl hastalığını nedenine dayanılarak açılan boşanma davasında akıl hastası eşe kusur izafe edilemeyeceği için, akıl hastası eşten maddi tazminat istenmeyeceği öne sürülmektedir. [520]

"… Davacı kadının akıl hastalığı sebebine (TMK. Mad. 165) dayanarak boşanma isteminde bulunmuştur. Davalının akıl hastası olup olmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi, akıl hastası olduğunun anlaşılması durumunda davalıya vasi atanması konusunda vesayet makamına bildirimde bulunulması vesayet makamı tarafından atanacak olan vasiye davanın yöneltilmesi, tarafların kanıtlarının toplanması ile sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile taraf teşkili oluşmadığı gerekçesi ile davanın reddi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. …" [521]

Aşağıdaki Yargıtay kararında görüleceği üzere akıl hastası olan eşin davranışları iradi değildir denilerek, akıl hastalığı nedeniyle eşinden boşanmak isteyen kadının eşiyle olan evliliğini süresi zarfında yaşadığı zorluklar için eşinden maddi-manevi tazminat talebi reddedilebilinmektedir. Kararda yalnızca maddi-manevi tazminat talebi reddedilmekle kalınmamış, şiddetli geçimsizlik nedeniyle kadın boşanma davası açtığı için kadının kocasının davranışları iradi değildir denilerek boşanma talebi de reddedilmiştir.

"…1.davalı kocanın akıl hastası olduğu Adli tıp raporu ile belirlenmiş ve bu sebeple Türk Medeni Kanununun 405. maddesi gereğince kısıtlanmıştır. Bu durumda davalının davranışlarının iradi olduğundan söz edilemez. Öyleyse Türk Kanunu medenisinin 134. maddesine dayanan davanın reddi gerekirken boşanmaya karar verilmesi

[520] Akıntürk Turgut, "Boşanmanın Hukuki Sonuçları" Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1977 C.2, Boşanma Hukuku Haftası. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, Ankara, 1977, s. 188.
[521] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 07 Haziran 2007, K: 2007/9650 E: 2006/20487,'den aktaran İpek, Son Tarihli…,

usul ve yasaya aykırıdır. Ne var ki, hükmün bu bölümü temyiz edilmediğinden bozma sebebi yapılmamış yanılgıya işaret edilmekle yetinilmiştir.

2. Temyiz sebebine hasren yapılan incelemede; Dosyadaki yazılara, kararların dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplerle ve özellikle manevi tazminatın ancak iradi davranışların söz konusu olduğu durumlar için düşünülebileceğine, olayda olduğu gibi akıl hastası davalının kusurundan bahsedilemeyeceğine göre,…"[522]

F. Evlilik Birliğinin Sarsılması Nedeniyle Boşanmada Cinsel Tahakküm[523]

Önceki Medeni Kanunumuzun 134. maddesinde evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın kurulamaması boşanma nedeni olarak kabul edilmişti.[524] Kanun koyucu sadece imtizaçsızlık başlığı altında tek genel boşanma sebebi düzenlemişti.[525] Fakat kanundaki imtizaçsızlık kavramına madde metninde şiddetli geçimsizlik kelimesi geçtiği için, hukuk doktrininde şiddetli geçimsizlik denilmiştir.[526] Daha sonra eski Medeni Kanun'umuzun 134 üncü maddesinde 4. 5. 1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın yeniden kurulamaması kenar başlığı altında evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın kurulamaması üç farklı boşanma sebebi kabul edildi. Yeni Medeni Kanun'umuzun 166. maddesi yeni Medeni Kanunumuzun 134 maddesi gibidir. Sadece 166. maddenin kenar başlığı evlilik birliğinin sarsılması olarak değiştirilmiştir.[527]

---

[522]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 08 Aralık 2004, K:2004/14688, E:2004/1378, hptt://www.corpus.cd .medya.
[523]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 270.
[524]Öztan, Aile…, s. 306.
[525]Zekvliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 996.
[526]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 270. ; Feyzioğlu/Doğanay…, Medeni…, s. 271-272. ; Oğuzman/Dural, Aile…, s. 122-123.
[527]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 270.

1. Evlilik Birliğinin Sarsılması

4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk medeni Kanunu'nun 166. maddesine göre:

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hâllerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir."

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanarak boşanabilmek için, eşler arasında şiddetli bir geçimsizlik veya anlaşmazlık yahut önemli fikir ve duygu ayrılığının bulunmalıdır.[528] Ayrıca eşler arasındaki geçimsizliğin ortak hayatı çekilmez hale getirmesi gerekir.[529] Evlilik birliğinin temelinden sarsılması objektif, ortak hayatın çekilmez hale gelmesi sübjektif bir niteliktir.[530] Bu objektif şarta geçimsizlik, sübjektif şarta ise çekilmezlik ismi verilmektedir.[531]

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının objektif şartı olan geçimsizlik, eşlerden bir arada yaşamalarının beklenemeyeceği kadar şiddetli olmalıdır.[532] Eşler arasındaki geçimsizlik objektif bir kriter olduğu için eşler arasındaki geçimsizliğin şiddeti saptanırken eşlerin evlilikten beklenen amacı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğine bakılır.[533] Bu

[528]Akıntürk, Türk Medeni…., s. 271. ; Dural/ Öğüz/ Gümüş, Türk Özel…, s. 116.
[529]Zekvliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 998.
[530]Birsen, Medeni…, s. 300.
[531]Schwarz, Aile..,, s. 152-154.
[532]Zekvliler/Acarbey/Gökyayla Medeni…, s. 999. ; Akıntürk, Türk Medeni…., s. 271.
[533]Akıntürk, Türk Medeni…., s. 271.

nedenle eşler arasında hemen her ailede yaşanabilen ufak tefek geçimsizlikler, ani kızgınlıklar, fevri hareketler evlilik birliğini temelinden sarsacak nitelikte görülmediği için boşanma nedeni oluşturmazlar.[534]

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını sübjektif şartı ise çekilmezliktir.[535] Sadece eşler arasında şiddetli geçimsizliğe neden olan olaylar evlilik birliğini sona erdirmek için yeterli değildir. Evlilik birliği içerisinden yaşanan bu olayların evlilik birliğini eşler açısından çekilmez hale getirmesi de zorunludur.[536] Fakat evlilik birliğinin her iki eş için çekilmez hale gelmesi gerekmemektedir. Eşlerden birisi için çekilmez hale gelmesi yeterlidir.[537] Hâkimin çekilmezlik şartını değerlendirirken geniş takdir yetkisi bulunmaktadır.[538] Eşlerden birin her türlü sinir hastalığını, zührevi hastalığını, eşler arasındaki ruhi soğukluğu, hayata dair görüş ayrılıklarını çekilmezlik olarak değerlendirebilir. [539]

Evlilik birliliğini temelinden sarsılması nedenine dayanarak boşanma kusur prensibine dayanmamaktadır. Eşler arasındaki geçimsizlikte her iki eşin veya eşlerden birinin kusuru olması gerekmemektedir.[540] Fakat eşler arasındaki şiddetli geçimsizliğe neden olan olaylarda her iki eş de kusurlu ise, dava açma hakkı Medeni Kanun'a göre kural olarak daha az kusurlu olan eşe aittir. [541] Bu nedenle kanun koyucu kusuru daha fazla eş boşanma davası açtığında, kusuru daha az olan eşe açılan boşanma davasına itiraz hakkı tanımıştır. [542] Her ne kadar kanun maddesinde itiraz hakkı kelimesi geçmiş olsa da, daha az

[534]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 255.
[535]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 1001.
[536]Akıntürk, Türk Medeni…., s. 274.
[537]Zevkliler/Havutçu, Yeni Medeni…, s. 278.
[538]Öztan, Aile…, s. 307.
[539]Saymen/Elbir, Türk Medeni…, s. 255.
[540]Dural/Oğuz/Gümüş, Türk Özel…, s. 116. ; Schwarz, Aile…, s. 155.
[541]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 1001-1002.
[542]Zevkliler/Havutçu, Yeni Medeni…, s. 280.

kusurlu olan eş davada itiraz hakkını kullanmadıkça, boşanma davasında davacının daha fazla kusurlu olduğunu hâkim re'sen dikkate alamaz.[543] Fakat daha az kusurlu tarafın boşanma davasına itiraz etmesi hakkın kötüye kullanılması ve özellikle evliliğin devamında davalı eş ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaat kalmamış bulunması durumunda, davacı daha fazla kusurlu olsa bile, hâkim boşanmaya karar verebilir.[544]

Medeni Kanun'da diğer boşanma nedenlerinde olduğu gibi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıyla ilgili madde düzenlenirken de kadınla erkek arasındaki cinsel eşitsizlik ve kadınların erkeklerden sistematik bir biçimde gördüğü şiddet hiç dikkate alınmamıştır. Hatta evlilik içi tecavüz 5237 sayılı ve 26.09.2006 tarihli Türk Ceza Kanununda suç olarak düzenlenmesine rağmen, Türk Medeni Kanununda ayrı bir boşanma nedeni olarak düzenlenmediği gibi, Yargıtay tarafından da başlı başına evlilik birliğini temelinden sarsacak bir durum olarak değerlendirilmemiştir.

"…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle kocanın ters ilişki kurmasına karşın, kadının da ailesi ile birlikte ev eşyalarını tahrip edip, kocasına taş attığı, bu durumda taraflardan birinin kusurunu diğerinden üstün tutmanın mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya

[543]Bkz. Saymen/Elbir, Türk Medeni…., s. 258. ; Schwarz, Aile…, s. 156. ; Oğuzman/Dural, Aile…, s. 126. Bu yazarlara göre bu maddede geçen itiraz hakkı kelimesi teknik anlamda bir itiraz değil bir defidir. Çünkü itirazın davanın taraflarından birinden gelmesi gelmektedir. Hâkim re'sen boşanma davası açmakta kimin daha fazla kusurlu olduğunu dikkate alamamaktadır.
[544]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 1002.

zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır."[545]

Yukarıdaki Yargıtay kararı tam anlamıyla kadınlarla erkekler arasındaki cinsel ilişkiye yönelik olarak erkek bakış açısını yansıtmaktadır. Kararda koca yalnızca eşini ters cinsel ilişkiye zorladığı için kusurlu görülmektedir.

Yukarıdaki kararı kadın bakış açısından değerlendirilecek olursak, eşi tarafından ister ters, ister normal yoldan olsun kadınların arzu duymadan girdiği her cinsel ilişki cinsel şiddet yani tecavüzdür.[546] Bu kararda pornografide kadınlar ne gözle görülüyorsa o gözle görülmektedir; yani erkek insan, kadın eşya olarak değerlendirilmektedir. Kocanın eşine yönelik cinsel şiddeti ile kadının ev eşyalarını tahrip etmesi aynı kefeye koyularak, kadına verilen zararla eşyaya verilen zarar bir tutulmaktadır. Eşyaya zarar veren kadınla, kadına cinsel şiddet uygulayan erkek eşit kusurlu olarak kabul edilmiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanarak boşanmada, kadına bekâret muayenesi yaptırmak, ne yazık ki, yalnızca taraflar arasında cinsel ilişkinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitiyle sınırlı olan bir uygulama değildir. Aşağıdaki Yargıtay kararlarında boşanma davasının taraflarından olan kadının bakire olup olmaması kendi başına evlilik birliğini temelinden sarsacak bir durum olarak görülmektedir.

"… Davalının kızlık zarı hakkında iki gün ara ile verilen raporlar çelişkilidir. Davalının sağlık kuruluşuna sevk edilerek raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi

[545]Yargıtay 2.Hukuk Dairesi, 25 Ocak 2001, K:2001/1116, E:2000/19200, hptt:// www.corpus.cd.medya.
[546]MacKinnon, Feminist…, s. 135.

sonucuna göre hüküm kurulması gerektiğinin düşünülmemesi doğru bulunmamıştır. …„[547]

Kadının kocasıyla evlenmeden önce başka bir erkekle cinsel ilişkiye girip girmediğini açığa çıkarmaya çalışmak başlı başına bir cinsel tahakkümken, aşağıdaki Yargıtay kararında boşanma davasının taraflarından olan kadının biyolojik yapısı gereği kızlık zarının cinsel ilişkiyle yırtılmayacağı dahi tespit edilmiş olmasına rağmen, kocanın eşinin kendinden önce başka erkeklerle cinsel ilişkiye girdiğine ilişkin şüphesinin bile başlı başına bir boşanma nedeni olarak görülmesi, boşanmada kadına yönelik cinsel tahakkümü daha da perçinlemektedir.

"… Karının bekâret zarının mukarenetle (cinsel ilişkiye girme) yırtılamayacağı sabit olup başkası ile münasebette bulunduğu ispat edilememiş ise de kocada hâsıl olan şüphe ve tereddüt eşler arasında şiddetli geçimsizliğe sebebiyet verdiğinde boşanmaya hükmolunmak icap eder.[548]

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanmada cinsel tahakküm aşağıdaki Yargıtay kararında da görüleceği üzere, kadının kocası tarafından yaralanması kadının kocasına karşı cinsel sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği için mazur gösterecek şekilde, yaralayarak eşine şiddet uygulayan erkekle eşini aldatan kadın eşit şekilde kusurlu kabul edilmiştir. Bu kararda da kadınla erkeğin arasındaki cinsel eşitsizlik gerçeği hiç dikkate alınmamıştır. Zira çoğunlukla erkekler eşlerine fiziksel bakımdan daha güçlü

[547] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16 Mart 2001, K:2001/2213, E:2001/3956, hptt:// www.corpus.cd.medya.
[548] Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 27 Şubat 1951, K:1951/1573, E:1951/668, hptt:// www.corpus.cd.medya.

oldukları için şiddet uygulama olanağına sahiptir. Kadınlarsa aksine eşlerinden sistematik bir biçimde şiddet görmektedirler.[549]

Kadınlar çoğunlukla erkekler gibi eşlerine karşı fiziksel şiddet uygulayamazlar.[550] Kadınların eşlerinden gördükleri muameleye karşı yapabilecekleri çoğunlukla, aşağıdaki Yargıtay kararında da görüleceği gibi, hakaret ya da beddua etmektir. Aşağıdaki Yargıtay kararında da kadınlarla erkekler arasındaki güç eşitsizliğinden kaynaklana bu farklılık hiç dikkate alınmadan, kendisini başka kadınlarla aldatan eşine kadının hakaret etmesi, erkek için haklı bir boşanma nedeni olarak değerlendirilmiştir.

"... Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacı kocanın başka kadınla ilişki kurduğu davalının da davacıya sürekli, küfürlü ve beddualı ağır hakaretlerde bulunduğu, beni yakanlar kör olsun dediği ve davacıya da sen orospu bulursun, bende koca bulurum dediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır. …"[551]

2. Eşlerin Anlaşması[552]

4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunun 166/ 3. maddesine göre; *"Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin*

[549]MacKinnon, Women's Lives…, s. 103-108.
[550]Connell, Toplumsal Cinsiyet…, s. 34.
[551]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 22 Ocak 2001, K:2001/941, E:2000/16090, hptt:// www.corpus.cd.medya.
[552]Bkz. Akıntürk, Türk Medeni…, s. 279. Kanun koyucu, bu boşanma sebebini ayrı bir isim altında ve kanun maddesinde düzenlememiştir. Evlilik birliğinin sarsılması kenar başlığı altında 166/3'de düzenlemiştir.

davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz."

Önceki Medeni Kanunumuz evlilik sözleşmesinin eşlerin serbest iradeleri ile kurulabileceğini kabul etmekle beraber, evlilik kurumunun sadece eşlerin serbest iradelerine dayanılarak sona erdirilmesini kabul etmemiştir.[553] Ancak 12.05.1988. gün ve 19812 R.G sayılı kanunla önceki Medeni Kanun'umuzda yapılan değişiklikle eşlerin anlaşarak boşanmalarını belli şartlar dâhilinde kabul etmiştir.[554] Yeni Medeni Kanun'umuza da anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartlar aynen alınmıştır. [555]

Yeni Medeni Kanuna göre eşlerin anlaşmalı olarak boşanabilmeleri için, evlilik birliğinin kurulmasından itibaren en az bir yıl geçmelidir.[556] En az bir yıllık süre dolmadan açılan davada, anlaşmalı boşanmanın diğer şartları gerçekleşmiş olsa bile diğer dava şartları incelenmeden, boşanma davası reddedilmelidir.[557] Ayrıca boşanmak için eşler mahkemeye birlikte başvurmalı veya bir eş diğerinin açtığı boşanma davasını kabul etmelidir.[558] Fakat eşlerden biri boşanma kararı verilinceye kadar açtığı davayı geri alma

---

[553]Belgesay, "Aile Hayatı ve Boşanma…" s. 235.

[554]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 997.
[555]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 278.
[556]Öztan, Aile…, s. 320.
[557]Oğuzman/Dural, Aile…, s. 128.
[558]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 120.

hakkına sahiptir. Davanın geri alınamayacağına yönelik olarak eşler anlaşma yapamazlar.[559] Ayrıca boşanma kararı verebilmek için hâkim davanın taraflarını bizzat dinlemek zorundadır.[560] Hâkim tarafları ayrı ayrı veya bir arada hatta celse dışında da dinleyebilir.[561] Hâkim tarafları celse dışında dinlese dahi, tarafların beyanlarının zapta geçirilmesi gereklidir.[562] Hâkim tarafları dinledikten sonra, boşanma hususunda tarafların iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirmelidir.[563]

Yeni Medeni Kanun'un 184/3. maddesinde tarafların her türlü ikrarı hâkimi bağlamayacağı hükme bağlandığı için, HMUK' un 236. maddesinde kesin delil olarak kabul edilen ve varlığına kesin hukuki sonuç bağlanan "ikrar beyanına" dayanılarak boşama davasında hüküm verilemez;[564] çünkü boşanma davasında kanuni delil sistemi yerine vicdani delil sistemi kabul edilmiştir.[565] Bunun için boşanma davasının dayandığı olgular ile alakalı olarak, ne hâkim ne davanın tarafları yemin teklif edemez. Fakat Medeni Kanun'un166/3 maddesi eşlerin anlaşmalı boşanmasını yeni bir boşanma nedeni olarak kabul etmiştir. Bu nedenle 166/3 madde 184/3 maddedeki tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağına ilişkin hükmün istisnasıdır.[566]

Tarafların sadece boşanma hususunda anlaşmaları yeterli değildir. Boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda da anlaşmaları zorunludur.[567] Taraflar yaptıkları anlaşmayı hâkime yazılı olarak sunabilecekleri gibi, sözlü olarak da sunabilirler. Tarafların yaptıkları anlaşmanın zapta geçirilmesi ve bu anlaşmanın infaz edilecek şekilde

[559]Öztan, Aile…, s. 319.
[560]Akıntürk, Türk Medeni…., s. 280.
[561]Oğuzman/Dural, Aile…, s. 129.
[562]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 120.
[563]Oğuzman/Dural, Aile…, s. 129.
[564]Mehmet Akif Tutumlu, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yay, Ankara 2002, s. 124-125.
[565]Tekinay, Türk Aile…, s. 241.
[566]Akıntürk, Türk Meden…, s. 291.
[567]Öztan, Aile…, s. 320.

hüküm fıkrasına geçirilmesi gerekmektedir.[568] Bu anlaşmayı hâkim uygun bulursa anlaşmalı boşanma mümkün olabilir.[569] Hâkim bu anlaşmayı tarafların ve çocukların menfaatine uygun bulmadığı takdirde, re'sen bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir.[570] Hâkimin yaptığı değişiklikleri taraflar aynen kabul etmezlerse anlaşmalı boşanmaya karar verilemez.[571]

Aşağıdaki Yargıtay kararında da görüleceği üzere, Yargıtay da evlilik birliğinin anlaşmalı boşanmayla sonlanabilmesi için yalnızca kanunda öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemekle yetinmiştir.

"…Davacı Selçuk Okumuş'un 10.9.2003 tarihinde davalı Marina Okumuş aleyhine açtığı boşanma davasının, tarafların boşanma konusunda anlaştıklarına dair beyanları doğrultusunda kabul edildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanununun 166/3 maddesi ile "Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır" hükmü getirilmiştir. Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 30.10.2002 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, Medeni Kanunun l66/1–2. maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, Medeni Kanunun 166/3. maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır"[572]

[568]Oğuzman/Dural, Aile…, s. 129.
[569]Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 974.
[570]Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel…, s. 120.
[571]Akıntürk, Türk Medeni…., s. 281.
[572]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 16 Ekim 2006, K:2006/6904, E:2006/14059, hptt://www.corpus.cd.medya.

"… Taraflar Medeni Kanunun 134/3. maddesi uyarınca boşanmışlar, davacı kadın orada yoksulluk nafakası isteğinin olmadığını açıklamıştır. Medeni Kanunun 144. maddesi uyarınca yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, nafaka isteyenin boşanma anında, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşeceğinin anlaşılması gerekir. Davacının beyanı bu olgunun varlığını kabule engeldir. Yoksulluk nafakası isteğinin reddi gerekirken kabulü yanlıştır. …."[573]

3. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması

4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin son fıkrasına göre;

"Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir."

Ortak hayatın kurulamaması olgusu, önceki Medeni Kanun'un 134. maddesinde 1988 yılında 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklik sonucuna genel boşanma nedenlerinden biri olarak kabul edilmiştir. Yeni Medeni Kanun'umuz da bu boşanma nedeni aynen yer almıştır.[574] Bu boşanma nedenine, fiilen çözülmüş bir evliliğin devamında ne eşler ne de toplum için fiilen bir yarar bulunmadığı düşünülerek, yer verilmiştir.[575] "Maddesel yönden

[573]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 15 Aralık 1997, K:1997/13691, E: 1997/13591, hptt://www. kazanci.com.tr. 03.Ekim. 2008.
[574]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 282.
[575]Öztan, Aile…, s. 321.

çökmüş evliliklerin hukuksal yönden sona ermesine imkân sağlamak" amaçlanmıştır.[576] Ortak hayatın yeniden kurulaması olgusuna dayanarak boşanma davası açmak için bazı şartlar gereklidir.[577]

Kanun maddesinin sonundaki "…eşlerden birinin istemi ile karar verilir." cümlesi emredici bir hükümdür. Hâkime takdir yetkisi dahi tanımamaktadır. [578] Tarafsızlık esasına dayanan bu maddede, aşağıdaki Yargıtay kararında da görüleceği gibi, hâkime boşanma davasının taraflarını, özellikle de kadınların o boşanma ile ilgili özel koşullarını dikkate alma şansı verilmemektedir.

"....Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi biri ile açılmış ve reddedilmiş olan davada kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç yılın geçmesi ve evlilik birliğinin yeniden kurulamaması yeterlidir. Reddedilen davanın taraflar arasındaki son dava olması koşul değildir. Reddedilen ilk dava 6.5.2000 tarihinde kesinleşmiş olup, bu dava üç yıllık fiili ayrılık süresi sonunda açılmıştır. Evlilik birliği yeniden kurulamadığından davanın kabulü gerekir. Daha sonra açılmış olan davanın kesinleşme tarihine göre üç yıllık sürenin dolmadığından söz edilerek davanın reddi bozmayı gerektirmiştir. …"[579]

[576]Tekinay, Türk Aile…, s. 282.
[577]Akıntürk, Türk Medeni…, s. 282.
[578]Bkz. Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni…, s. 101. Zevkliler/Acarbey/Gökyayla'ya göre kanun koyucu emredici hükümlerle kanuni düzenleme yaptığında hakim takdir yetkisini kullanamaz.
[579]Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 11 Mayıs 2005, K:2005/7727, E:2005/5633, hptt:// www.corpus.cd.medya.

SONUÇ

MacKinnon'a göre tâbilik eşit konumda bulunmamaktır. Tâbi olmak fiili kinci sınıf bir statüye başkaları tarafından zorlanmayı ifade etmektedir. Örneğin işçinin işverene, mahkûmun gardiyana, çocuğun ebeveyne karşı konumu gibi bir konumda bulunmak tâbi olma durumudur. Kısaca tâbi olma, tâbi olanla tâbi kılan arasındaki hiyerarşik ilişkinin adıdır.[580] Aralarındaki güç eşitsizliği nedeniyle, tâbi kılan insanlar tâbi kıldıkları insanlara kendileriyle eşit birer insan gibi muamele etmezler.[581]

MacKinnon, hâkimlik-tâbilik ilişkisinin erkekler ile kadınlar arasında da erkeklerin lehine kadınların aleyhine olacak biçimde var olduğunu iddia etmektedir. Ona göre kadınlar ile erkekler arasındaki bu hiyerarşik ilişki, diğer hiyerarşik ilişkiler gibi, insanın doğasından değil, toplumsal ilişkilerden kaynaklanmaktadır;[582] yani kadınların erkeklere olan tâbilikleri biyolojik cinsiyetlerinden değil, toplumsal cinsiyetlerinden kaynaklanmaktadır.[583]

MacKinnon'a göre, kadınlar biyolojik yeniden üretim kapasitelerine ve bu ayrım üzerinden oluşturulmuş cinsiyetçi iş bölümündeki geleneksel rollerine göre tanımlanmaktadırlar. Kadınlar bu şekilde tanımlanınca, kadınların erkeklere olan tâbiliğinin kaynağında toplum yerine doğa varmış gibi yaklaşılmaktadır.[584] Kadınların tâbiliği doğaya havale edildiğinde ise kadınların tâbiliğini ortadan kaldırıp yerine kadın-erkek eşitliğine dayalı bir toplumsal yapılanma oluşturulmaması için mazeret bulunmuş olmaktadır.

[580]MacKinnon, Women's Lives …, s. 305.
[581]MacKınon, Women's Lives…, s. 305.
[582]MacKinnon, Women's Lives…, s. 285-287.
[583]MacKinnon, Women's Lives…, s. 41.
[584]MacKinnon, Women's Lives…, s. 26.

MacKinnon'a göre her yerde her zaman güç sahibi olanlar erkeklerdir.[585] Erkekler güce sahip oldukları için toplumsal yapıyı kendi istedikleri gibi oluşturmaktadırlar. Sadece erkeklerin istediği biçimde oluşturulmuş toplumsal yapıda kadınlar, erkekler kadar güce sahip olmadıkları için, toplumsal iktidardan erkeklerle eşit bir biçimde pay alamamaktadırlar.[586]

MacKinnon cinsel tahakküm teorisinde cinsel taciz, tecavüz, pornografi, aile içi şiddet vb. olguları kadınlar ile erkekler arasındaki güç eşitsizliğine dayandırmaktadır;[587]çünkü ona göre toplumsal yaşamda güçsüz olanlar hukuk karşısında da güçsüzdür. Ona göre güç sahibi olanlar hukukun nasıl olması gerektiğini belirler.[588] Güçsüz olanlar da güçlülerin belirledikleri hukuka göre yaşarlar. Kadınlar henüz erkeklerle eşit toplumsal güç ve iktidar sahibi olmakları için yaşadıkları toplumun hukukunun belirlemekte söz sahibi değildirler. Bu nedenle kendi belirledikleri hukukun altında değil, erkeklerin belirledikleri hukuk altında yaşamaktadırlar.[589]

MacKinnon hukukta cinsel tahakkümü açıklarken, hukukun kadınlar ile erkekler arasındaki güç eşitsizliğini göz önüne almadan, biçimsel eşitlik esasına göre oluşturulduğunu belirtmektedir. Ona göre hukuk düzeninde kadınlar ile erkekler arasındaki cinsel eşitsizlik ortadan kaldırılmaya çalışılmamaktadır. Hukuk yalnızca erkeklerin deneyimleri merkez alınarak oluşturulmakta, kadın bakış açısı hukuka yansıtılmamaktadır.[590] Dolayısıyla MacKinnon'un cinsel tahakküm teorisi çerçevesinde kadın-erkek eşitliğine dayandığı iddia edilen hukukun, aslında kadınların erkeklere

[585]Dobrowolsky/Devlin, "The Big Mac Attack…", s. 576.
[586]Bartlett, "MacKinnon's Feminism…", s. 1559.
[587]Bartlett, "MacKinnon's Feminism…," s. 1561-1563.
[588]MacKinnon, Women's Lives…, s. 39.
[589]MacKinnon,Women's Lives…, s. 277-289.
[590]MacKinnon, Women's Lives…, s. 23.

tâbiliğine dayandığı öne sürülebilir. Bu nedenle bu çalışmada kadınlar ile erkeklerin cinsel eşitsizliğinin hukuka nasıl yansıyabileceğine ilişkin bir fikir edinmeye yönelik olarak, boşanma nedenlerindeki kadın-erkek eşitsizlikleri incelenmeye çalışıldı.

Bu çalışmada boşanma nedenlerinin dayandığı kusur, elverişsizlik, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, irade prensipleri ile ilgili hem hukuk doktrininden hem de bu prensipleri içeren Yargıtay Kararlarından örnekler seçilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun önemli bir parçası olan boşanmaya yönelik kanuni düzenlemelerin kadın-erkek eşitliğine dayandığı düşünülse de, bu prensipler erkek egemenliğini yansıtacak şekilde yorumlanmaya ve anlamlandırılmaya elverişlidir. Bu prensiplere dayanan Türk Medeni Kanunu'ndaki boşanma nedenleri ve bu nedenlerle ilgili Yargıtay kararları da bu tarzda incelenmeye çalışılmıştır. Kadınlar ile erkekler arasındaki güç eşitsizliği hiç yokmuş farz edilerek soyut eşitlik anlayışından hareket edilmesinin sonucu kadın erkek eşitsizliğinin boşanma hukukunda da kadınların aleyhine, ortaya çıkmasına neden olmaktadır.[591] Hatta yargı kararlarında ataerkil ahlak anlayışına dayanılan toplumsal gelenekler dayatılarak, kanun önünde eşitlik esası kadınlar aleyhine kullanılabilmektedir. Fakat tüm bu sıraladığımız gerekçelerden, boşanma nedenleri bakımından, hukukta kadınların tamamen erkeklere tâbi kılındığı biçiminde sonuç çıkmaz. Boşanma nedenlerinin dayandığı prensipler erkek bakış açısıyla yorumlandığında veya boşanma nedenlerine yönelik değerlendirme yaparken kadınların içinde bulundukları koşullar yeterince dikkate alınmadığı durumlarda, kadınların boşanma nedenleri bakımından erkeklere tâbi kılınmasının muhtemel olduğu düşünülebilir.

[591] MacKinnon, Women's Lives…, s. 282-285.

KAYNAKÇA

ACAR, Feride, **"Kadınların İnsan Hakları Hukuku"**, İnsan Hakları Hukuk ve Kadın, Hazırlayan, B. V. Dinçkol, İstanbul Ticaret Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

ACAR-SAVRAN, Gülnur, **Beden Emek Tarih/Diyalektik Feminizm İçin**, Kanat Yayınları, İstanbul, 2004.

AKINCI, Şahin **"Medeni Kanunda Kadın ve Aile"**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8, Sayı: 1-2. Haziran-Aralık, Ankara, 2004.

AKINTÜRK, Turgut, **Türk Medeni Hukuku-Aile Hukuku,** Beta Yayınları, İstanbul, 2006.

AKINTÜRK, Turgut, **"Boşanmanın Hukuki Sonuçları"** Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925 -1977 C, 2. Boşanma Hukuku Haftası. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No. 407 Ankara**,** 1977.

ARBEK, Ömer**, "Boşanmanın Mali Sonuçları**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, sayı. 1, 2004.

ARIDEMİR-GENÇ, Arzu, **"Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan kadın Haklarına İlişkin Uluslar arası Belgeler ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi"** Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği Yayınları, İstanbul, 2004.

ARSEBÜK, Esat**, Medeni Hukuk**, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara, 1940.

BARTLETT, Katherine T. " **Feminizm and Family Law** ", Family Law Quaterly, Volume 33, Number 3, 1999.

BARLETT, Katherine T. **" MacKinnon's Feminizm: Power on Whose Terms "**, California Law Reniew, Volume 75, 1987.

BAUMANN, Zygmunt, **Sosyolojik Düşünmek**, çev.: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004.

BAŞPINAR, Veysel, "**Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı önerilerimi**z", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 52, sayı. 3, 2003.

BELGESAY, Mustafa Reşit **"Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyei Muhakemeye İtiraz"** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara, 1958.

BERKİ, Şakir "**Türk Medeni Kanununda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri",** Hüseyin Cahit Oğuzoğlu Armağanı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

BERKİ, Şakir, "**Boşanma ve Ayrılık",** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, sayı. 1-4, 1975.

BERKTAY, Fatmagül, **Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın**, Metis Kadın Araştırmaları, İstanbul, 1996.

BİRSEN, Kemaleddin, **Medeni Hukuk Dersleri**, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1954.

CALHOUN, Cheshire, "**Justice, Care, Gender Bias**", The Journal of Philosophy, Volume. 85, No 9. 1988.

CANSEL Erol, "**Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk)**" Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara, 1977.

CANSEL, Erol, " **Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar** ", Ankara Hukuk Fakültesi 50. yıl armağanı C. 2, 1977.

CONNELL, R.W. **"Toplumsal İktidar ve Cinsiyet (Toplum Kişi ve Cinsel Politika)",** çev. : Cem Soydemir, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1987.

ÇAHA, Ömer, **Sivil Kadın: Türkiye'de Sivil Toplum ve Feminizm**, Vadi Yayınları, Ankara, 1996.

DEMİR, Zekiye, **Modern ve Postmodern Feminizm**, İz yayıncılık, İstanbul, 1997.

DİNÇKOL, Bihterin, "**Kadın Erkek Eşitliği İçin Pozitif Ayrımcılık**" İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8 Güz 2005/2, İstanbul, 2005.

DOBROWOLSKY Alexandra Z. / DEVLİN, Richard F, **"The Big Mac Attack: A Critical Afffirmation of MacKınnnon's Unmodified Theory of Patriarchal Power"** McGill Law Journal, Volume 36, 1991.

DOĞAN, Murat **"Türk Medeni Kanunun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler"** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, sayı. 4, 2003.

DURAL, Mustafa /ÖĞÜZ, Tufan /GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 2005.

EDİZ, Seyfullah, **"Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi"** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, sayı. 1-4, 1973.

ERGÜN, Ömer, "**TMK'nın 166. Maddesine Göre Boşanma Nedenleri**", 2005, hptt//: www.akader.inf/sbard/sayilar/2005Eylul/14.pdf. 27/07/2008.

ERGÜN, Zafer, **Boşanma Davaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2004.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin / DOĞANAY, Y. Ümit **Medeni Hukuk Dersleri**, İstanbul, Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Yayınları, İstanbul, 1966.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin, **Aile Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi Yayınları, 1986.

FOUCOULT, Michael, **Cinselliğin Tarihi,** çev. : Hülya Uğur Tanrıöver, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003.

GENÇCAN, Ömer Uğur, **Öğreti ve Uygulamada Boşanma Tazminat-Nafaka Bilimsel Açıklama, İçtihatlar ve İlgili Mevzuat**, C: 1, Yetkin Yayınları, İstanbul, 2000.

GÖZÜBÜYÜK, Şeref / TAN, Turgut, **İdare Hukuku Cilt 1 Genel Esaslar**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2007.

GÜRKAN, Ülker, " **Medeni Kanun Eleştirileri 1: Karımın İktisaden Korunması**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, sayı. 1-4, 1978.

GÜRKAN, Ülker, **"Türk Kadının Hukuki Statüsü ve Sorunları",** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, sayı. 1-4, 1973.

GÜRİZ, Adnan ,**"Feminizm, Postmodernizm ve Hukuk"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları, Ankara, 1997.

GÜRSOY, Kemal Tahir, **"Rızaya Dayanan Boşanma"**, Ankara Hukuk Fakültesi 50. yıl armağanı C. 2,1977.

HABERMAS, Jürgen, **Kamusallığın Yapısal Dönüşümü**, çev. : Mithat Sancar - Tanıl Bora, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.

HARTMAN, Heidi, **Marksizm'le Feminizmin Mutsuz Evliliği**, çev. : Gülşad Aygen, Agora yayınları, İstanbul, 2006.

HATEMİ, Hüseyin / SEROZAN, Rona, **Aile Hukuku,** Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1993.

H.L.A, Hart, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlak**, çev. : Erol Öz, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara, 2005.

HOOKS, Bell, **Feminizm Herkes İçindir**, çev.: Ece Aydın, Berna Kurt, Şirin Özgün, Aysel Yıldırım, Çitlembik Yayınevi, İstanbul, 2002.

İPEK, Ali İhsan, **Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

İSPİR TOPRAK, Zeynep, **H.L.A'da Açık Metin Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2008.

KANDİYOTİ, Deniz, **"Çağdaş Feminist Çalışmalar ve Ortadoğu Araştırmaları"**, Farklı Feminizmler Açısından Kadın Araştırmalarında Yöntem, çev. : Neslihan Cangöz, Sel Yayınları, İstanbul, 1995.

KERESTECİOĞLU, Filiz, **"Türk Hukukuna Yönelik Feminist Eleştiri"**, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ankara, 2006.

KILIÇOĞLU, Ahmet, **Medeni Kanunumuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler**, Ankara, 2003.

KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz, **"Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği"**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 40, sayı. 1-4, 1988.

KOÇHİSARLIOĞLU Cengiz, **"Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 53, sayı. 3, 2004.

KÖPRÜLÜ Bülent/ KANETİ Selim**, Aile Hukuku**, Basım Yeri yok, İstanbul, 1989.

KÖNEZOĞLU, Bilge, **Aile ve Ailenin Korunması**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006.

KURU, Baki/YILMAZ, Ejder/ARSLAN, P. Ramazan, **Medeni Usul Hukuku ve Diğer Mevzuat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2002.

KYMLICKA, Will, **Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş**, çev. : Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2003.

LAWRENCE, Douglas, **"The Force of Words: Fish, Matsuda, MacKinnon, and the Theory of Discursive Violance",** Jstor, 2001.

MACKINNON, Catherina, "**Directions in Sexsual Haresment Law**" Nova Law Renew, 1996.

MACKINNON, Catherina, **"The Logic of experience: Reflections on the Develepment of Sexsual Harassament Laws"** Georgetown University Press, 2001.

MACKINNON, Catherina, **Feminist Bir Devlet Kuramına Doğru**, çev. : Türkan Yöney-Sabir Yücesoy, Metis Yayınları, İstanbul, 2003.

MACKINNON, "**Women's Lives Man's Law"**, Harvard University Press, Cambridge, 2005.

MILLET, Kate, **Cinsel Politika**, çev. : Seçkin Selvi, Payel Yayınları, İstanbul, 1987.

MİTCHEL Juliet /OAKLEY Ann, **Kadın ve Eşitlik**, çev. : Fatmagül Berktay, Pencere Yayınları, İstanbul, 1998.

OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa**, Aile Hukuku**, Filiz Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1994.

OĞUZOĞLU, Cahit, **Medeni Hukuk**, Yeni Desen Matbaası Yayınları, Ankara, 1958.

ÖDEN Merih, **Türk Anayasa hukukunda Eşitlik İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2000.

PATEMAN, Carole, **"Power and sex"**, Reviewed Work(s): Feminism Unmodified: Discourses on Life and *Law* by Catherine A. MacKinnon *Ethics,* Vol. 100, No. 2 (Jan., 1990), The University of Chicago Press, 1990.

SACSFOSK, M.P.A. Ute, **"Feminist Hukuk Bilimi Nedir? "** Çev. Osman Can, Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2001/1–4.

SAYMEN, Ferit H. / ELBİR Halid K, **Türk Medeni Hukuku**, Hak Kitabevi Yayınları, İstanbul, 1960.

SCHAEFFER, Denise, **"Feminism and Liberalism Reconsidered: The Case of Catherine MacKinnon"**, American Political Science Review, 2001.

SCHWARZ, B Andreas**,** , **Aile Hukuku**, çev. : Bülent Davran, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1946.

SEGAL, Lynne, **Ağır Çekim (Değişen Erkeklikle Değişen Erkekler),** çev. : Volkan Ersoy, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1992.

SUTHERLAND, Kate, **"The Promise and Perils of Marksizm for Feminist Legal Teory"** Science& Society, American Poitical science Review, 2006.

ŞIPKA, Şükran **"Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler",** Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği Yayınları, İstanbul, 2004.

TEKİNAY, Selahaddin Sulhi, **Türk Aile Hukuku**, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1966.

TEZİÇ, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 1998.

TUTUMLU, Mehmet Akif, **Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

TÜRKER, Gökçen, **Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konut**u, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 2005.

UÇAR, Mehmet Ali, **Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası,** Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

ÜNAL Mehmet, "**Manevi Tazminat ve Bu Tazminatta Kusurun Rolü**", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 35, sayı. 1-4, 1978.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, **Türk Medeni Hukuku**, Basım Yeri Yok, İstanbul, 1963.

YÜKSEL, Murat, **Feminist Hukuk Kuramı ve Feminist Düşünce Teorileri**, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.

ZEVKLİLER, Aydın / ACARBEY, Beşir /GÖKYAYLA, Emre, **Medeni Hukuk**, Seçkin Yayınları, Ankara, 1999.

ZEVKLİLER, Aydın / HAVUTÇU, Ayşe, **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler)**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2004.

ÖZET

Cinsel tahakküm kadınların sistematik bir biçimde insan onurundan, saygı görmekten, toplamsal kaynaklardan ve mülkiyetten, fiziksel güvenlikten, toplumun eşit bir üyesi olarak muamele görmekten, toplumsal güçten, ifade özgürlüğünden vb. haklardan yoksun bırakılmasıdır.[592]

MacKinnon hâkimlik-tâbilik ilişkisinin erkeklerle kadınlar arasında da erkeklerin lehine kadınların aleyhine olacak biçimde var olduğunu iddia etmektedir. Kadınlarla erkekler arasındaki bu ilişkinin de tıpkı diğer hiyerarşik ilişkiler gibi insanı doğasından değil, toplumsal ilişkilerden kaynaklanmaktadır.[593] Yani kadınların erkeklere olan tâbiliği biyolojik cinsiyetlerinden kaynaklanmamakta, toplumsal cinsiyetlerinden kaynaklanmaktadır.[594]

MacKinnon'a göre her kim hayatta güce sahipse hukukta da güce sahip, ya da hayatta kim güçsüzse hukuk karşısında da güçsüzdür. Yani hayatta güçlü olan hukukun nasıl olması gerektiğini belirler.[595] Güçsüz olanlarda güçlülerin belirledikleri hukuka göre yaşarlar. Dolayısıyla da kadınlar henüz erkeklerle eşit toplumsal güç ve iktidar sahibi olmadığı için yaşadıkları toplumun hukukunun belirlemekte söz sahibi değildirler. Bu nedenle kendi belirledikleri hukukun altında değil, erkeklerin belirledikler hukuku altında yaşamaktadırlar.[596]

[592]MacKinnon, Women's Lives…, s. 25.
[593]MacKinnon, Women's Lives…, s. 285-287.
[594]MacKinnon, Women's Lives…, s. 41.
[595]MacKinnon, Women's Lives…, s. 39.
[596]MacKinnon, Women's Lives…, s. 277-289.

Bu çalışma kapsamında kadın-erkek eşitliğine dayandığı iddia edilen Türk Medeni Kanunun yalnızca boşanma nedenlerine yönelik düzenlemeleri içeren kanun maddeleri kadın bakış açısından hareket edilerek değerlendirildiğinde kadınla erkek arasındaki güç eşitsizliğini görmezden gelerek, soyut eşitlik esasına dayanan bu kanun maddelerin realitede kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu öne sürülebilir.

ABSTRACT

Sexual domination is women's sistematicaly deprival of human dignity, been respected, resources and property, physical security, being threated as equal member of society, having social power, speech of freedom etc.

MacKinnon claimed that mah have more advantaged over in dominance and dependency relation. This relation between women and man a like other hierarchial relations does'nt originate from human nature but social relations. Namely, women subordination dose'nt originate theri sex, but their gender.

According to MacKinnon's opinion whoever have power in life will have power in law or whoever powerness in life will be powerness in law. The powerfull determine how to law should be. The powerness live according to determinated law. Thereforethe women who don't have equal societal power and influance they do'nt have right to determinate the rules of the society they live in. So they have to live under the law the man determinated not themselves.

In this framework Turkish Civil Code's only divorce reasons regulations which claimed that to be based on equity of women and men, examined to women perspective. This regulations which depend on formel equity, overlook power equity between the women and man. So divorce reasons regulations are not depend on equity of women and men.