

Boşanma Halinde veya Yakın Yaşam Arkadaşlıklarında Kadınların Eş Şiddetinden Korunması Sorunu*

Eray KARINCA**

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet, sokakta, işyerinde, yaşamın birçok alanında gerçekleştirilmesine karşın belki de en az görüleni, fakat en fazla uygulananı olan aile içinde gerçekleşendir. Aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin 14 Ocak 1998'de çıkarılan 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, kadına yönelik şiddetin karanlıkta kalan yüzüne ışık tutması yanında, önlenmesi için tedbirler getirmesi ve yaptırım uygulaması nedeniyle yasal düzenlemeler içinde kadına yönelik şiddetin kale kapısının kırılması için adeta bir koçbaşıdır. İki maddeden ibaret bu yasadaki eksiklikleri ve içtihat birliğinin sağlanamayışı yanında, toplum tarafından henüz yeterince benimsenemeyişi nedeniyle tam verim alınamamaktadır. Buna karşın yasanın birçok sorunun çözümünü uygulamacılara bırakması ve Yargıtay denetiminin yerinde ve zorunlu olarak yokluğu, daha ileri yorum ve açılımlara da olanak sağlayabilecek niteliktedir. Bazı aile mahkemesi yargıçları tarafından resmi evlilik aranmaksızın eş/partner şiddetinden kurtulmak isteyen kadınlar için koruma kararı verilmesi, yani yasanın koruma kalkanından daha fazla kadının yararlanmasının sağlanması düşüncesi,

buna güzel bir örnektir. Ne var ki, bu konuda bir kısım akademisyenin yaklaşımı cesaret verici değildir.

Bu çalışma, gerek iç hukuk, gerekse uluslararası hukuktaki konuya ilişkin düzenlemeler doğru yorumlandığında, yakın yaşam arkadaşlığında veya boşanma sonrasında eş şiddetine uğrayan kadınların 4320 Sayılı Yasa'daki koruma önlemlerinden yararlandırılabileceklerini kanıtlama amaçlıdır. Her ne kadar eş ve aile olma olgusu boşanma ile sona ermekte ise de gerçek yaşamda genel düzenlemelerin kadını, boşandığı için şiddetinden korumaya yetmediği örneklere sıkça rastlanmaktadır. Çünkü eski kocalar, boşanmış olsalar dahi eşlerinin namus bekçiliğini sürdürme eğilimi içerisinde olup kadın üzerindeki egemenliklerini sürdürmek için zaman zaman kanlı olaylara yol açabilmektedirler. Aynı sonuç yakın yaşam arkadaşları açısından da geçerlidir. Resmi bir evlilik olmaksızın belli bir süre karı koca gibi birlikte yaşadıkları sonra, özellikle kadının ayrılmak istemesi durumunda erkek, terk edilmeyi gururuna yediremediği için veya farklı nedenlerle kadını taciz etmekte ve şiddet uygulayabilmektedir.

Eray Karınca

Beri yandan 4320 Sayılı Yasa'daki boşluklar ve bu yasa uyarınca verilen koruma kararlarına ilişkin olarak temyiz olanağının bulunmaması nedeniyle içtihat birliği oluşmamıştır. Uygulamada bazı hatalı kararlar verildiği görülmekle birlikte, yasadaki boşlukları dolduran, yasayı çıkarılış amacına uygun biçimde yorumlayıp geliştiren nitelikli kararlar da vardır. Uygulama birliği, adalete güvenin sağlanması için son derece önemli olduğundan, bunu sağlayabilecek tek araç olan, bu yasa uyarınca verilen kararlara yönelik farklı yaklaşımlar irdelenmelidir.

Söz konusu yaklaşım farklılıklarının en önemlisi, boşanan ve resmi evlilik dışı ilişkilerdeki -serbest birleşmeler- şiddet mağduru kadınların, yasanın sağladığı korumadan yararlandırılıp yararlandırılmayacağına ilişkindir. Nitekim bu sorun, öğreti ve uygulamada en çok tartışılan konudur. Farklı yargıçlarca, aynı kişiler arasındaki aynı olay için zıt kararlar verildiği dahi görülmektedir. Ancak bu kararlardan önce Medeni Yasa'daki aile kavramının irdelenmesi, tartışmaların anlaşılması açısından yerinde olacaktır.

1. MEDENİ YASADA AİLE KAVRAMI

Medeni Yasa'da aile kavramı üç değişik içerikte kullanılmıştır. Yasa genel olarak Evlilik Hukuku kısmında aileyi eşler olarak algılamakta, Velayete ilişkin düzenlemelerinde ise ailenin ana baba ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmiştir. Buna karşın "Ev Düzeni" başlığı altında 367. maddesinde, aile kavramını çok geniş olarak belirlemiştir. Madde şu

şekildedir: "Aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örf'e göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur. Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayan herkesi kapsar."

Öyleyse ana baba ve çocuklar dışındaki kan bağıyla veya evlilik bağıyla bağlı olan akrabalar dışında, işçi, bahçıvan, hizmetçi gibi kişiler, bir sözleşme ilişkisi içinde de bunlarla bir arada yaşıyorlarsa aile kavramına dahil edilecektir. Maddenin bu haliyle 4320 Sayılı Yasa açısından amacı aşmış, özel hukuk ilişkisi içindeki kişileri de içerdiği görülmektedir.

Sonuç olarak Medeni Yasa'nın net bir aile tanımı vermediği, ele alınan konuya göre aile ilişkisini dar ya da geniş olarak belirlediği, resmi evlilikle sınırlamadığı görülmektedir. Bunu, ailenin süreç içindeki değişimini sezen yasa koyucunun uzak görüşlülüğü olarak değerlendirmek gerekir. Öğretide de: "...aile sanki yaşayan bir canlıdır ve kavram zaman ile zemine göre değişiklik göstermektedir." denilerek bu doğrultuda bir değerlendirme yapılmıştır.

Buna karşın TMK'nin 134. maddesi ve devamında evlenmenin şekil şartları düzenlenmiştir. "Evlenme, yetkili evlendirme memuru önünde yapılmıyorsa, evlenme yoktur."¹ Bu saptama Medeni Yasa açısından tartışmasız doğru olmakla birlikte, kadını ya da bir nedenle güçsüz olan eşi, bir arada sürekli yaşamaktan kaynaklanan erkeğin ya da güçlü olanın şiddetinden korumayı

* Bu çalışma, İstanbul Barosu tarafından 25-29 Ağustos 2008 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Yaklaşımlar Sempozyumu"nda bildiri olarak sunulmuştur. Ayrıca bir kitap çalışması olarak detaylı biçimde ele alınmıştır. Bkz. Eray Karınca, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, Kasım 2008.

** Hakim, Ankara 8. Aile Mahkemesi

(1) Koçhisarhoğlu, Cengiz, "Aile ve Aile Yarıları", Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Editörler: A.Lâle Sirmen, Çiğdem Kırcı, Vedat Bur, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2007, s.57.

(2) Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2002, s. 389.

amaçlayan 4320 Sayılı Yasa'nın amacını gerçekleştirmede kısıtladığı ve yasanın kendine özgü niteliğiyle bağdaşmadığı ortadadır. Öyleyse 4320 Sayılı Yasa açısından aile kavramını, evlilikten bağımsız değerlendirmek gereklidir.

Nitekim karşılaştırmalı hukuk açısından yapılan çalışmalarda da ailenin hukuki bir kavram olarak, kendine özgü (*sui generis*) bir nitelik taşıdığı, bazı alanlarda, boşanmadan sonra da devam ettiği belirtilmektedir. İsviçre medeni hukukçularından yapılan alıntılarda, 'aile' ve 'aile yarı' kavramının belirsizliği ve tanımlanmasındaki güçlükler gözetilerek: "Bu kavramın yorumunda hâkimlerin serbestisi hemen hemen tamdır, 'hemen hemen' diyoruz, zira onların kararlarını gerekçelendirme ödevleri vardır ve bu ödevleri aracılığıyla bir sınır ortaya çıkmaktadır." denilmektedir.³ Öyleyse, yasa koyucunun bu tür kavramları tasarlarken örtülü biçimde yargıcı, hukuk oluşturmakla görevlendirdiği, yargıcın bu tür kavramların yorumlanmasında özgürlüğünün tam olduğu kabul edilmelidir.

Öyleyse, 'resmi değilse yapılan evlilik, yoktur' önermesinin, ortada geçerli bir aile tanımı olmadığı için, kadınların şiddetten korunması söz konusu ise yumuşatılması zorunludur. Boşanma halinde ve yakın yaşam arkadaşlığında ve aile içi şiddetin önlenmesi için bir başvuru yapılmışsa, bu durumda yasada boşluk olduğu kabul edilmeli ve yargıç tarafından TMK. 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kadınların güvenlik içinde yaşama hakkının korunması amacıyla yorumlanarak bu boşluk doldurulmalıdır.

2. TARTIŞILAN KARARLAR

Ankara Aile Mahkemeleri'nde koruma kararı verilmesi için resmi evlilik bağının zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak yakın tarihli çelişkili kararlar vardır. Örneğin, 10. Aile Mahkemesi'nin 7. 5. 2007 gün ve 2007/23 değişik iş sayılı kararında, *somut olayda resmi bir birliktelik ve aile bulunmadığından tedbir talebi reddedilmiştir*.

Buna karşın aynı kişiler ve aynı olaya ilişkin olarak 5. Aile Mahkemesi'nin 2007/216 esas sayılı dosyasında görülmekte olan velayet davasında ara kararıyla, istekte bulunan kadının evlenmek amacıyla birlikte yaşadığı (nişanlı olan) erkek tarafından ilişkiyi bitirmek istemesi üzerine şiddete uğradığına değinilmiş ve *4320 sayılı yasada değişiklik yapılmasına ilişkin 5236 Sayılı Yasa'daki değişiklik ve gerekçesi incelendiğinde, bu durumda yaşayan kişilerin de korunma kapsamına alındığı* belirtilerek, koruma kararı verilmiştir.

8. Aile Mahkemesi'nin 2007/10-12 değişik iş sayılı kararında ise, boşanmış olan eşlerin, boşanma kararından sonra birlikte oturmayı sürdürdükleri belirtilerek, *"boşanmış olsalar bile kimi zaman eski kocaların bazılarının, boşandıkları eş ve velayetleri altında olmayan çocukları üzerinde baskı ve şiddet uygulama eğilimi taşıdıkları"* gerekçesiyle, istekte bulunan kadın lehine koruma kararı verilmiş, erkek evden uzaklaştırılmıştır. Somut olayda kadın, işsiz güçsüz ve içkiye düşkün olan eski eşi, zor durumda kaldığı için ve çocuklarının ısrarını kıramayarak eve aldığı, ancak birkaç ay sonra adamın kendisine yine şiddet uygulamaya başladığını ileri sürmüştür.

İstanbul Aile Mahkemeleri'nce de imam nikahlı ya da serbest birleşmeler ve boşanmış eşler için 4320 Sayılı Yasa

(3) a.g.y., dipnot. 8, s.62.

uyarınca tedbirler verildiğine ilişkin basında haber çıkmıştır.⁴

3. ELEŞTİRİLER VE YANITLARI

Tarıtılan bu kararlar, bir erkekle resmi nikah ilişkisi olmaksızın birlikte yaşayan veya boşanmış olan kadınlar açısından eş şiddetinden korunmanın mahkemelere başvurulacak kadar önemli ve sık rastlanan bir sorun olduğunu göstermektedir. 4320 Sayılı Yasa'nın boşanmış olan ya da resmi evlilik dışı ilişki yaşayan kadınları korumayacağı çeşitli yazılarda dile getirilmiştir. Örneğin, "Kanunun amacı aileyi korumaktır. Toplumda resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkek aile olarak kabul görse de bu ilişkileri aile saymak dolayısı ile kanundan bu şahısları yararlandırmak, amacına uygun değildir. Zaman zaman değişik mahkemelerin resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkek ile ilgili koruma kararı verdiğine rastlanmışsa da bu kararlar yasaya aykındır."⁵ denmiştir.

Bu görüş iki temel kabule dayanmaktadır. Birinci kabul, kanundan bu kişileri yararlandırmanın amaca uygun olmadığına ilişkindir. Oysa yasanın çıkarılış amacı, genel gerekçesinde de belirtildiği üzere kadını şiddetten korumaktır. Yukarıdaki örneklerde de koruma kararı almak için başvuruda bulunanların şiddet mağduru kadınlar olduğu tartışmasızdır.

Öte yandan bir şeyin yasada var olmaması ile yasak olarak açıkça düzenlenmiş olması ise ayrı şeylerdir. 4320 Sayılı Yasa'da olsun diğer yasalarda

olsun, *resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkek için koruma kararı verilmemez, verilirse yasaya aykırıdır*, diye bir düzenleme yoktur. O halde bu kararlar yasaya aykırıdır, biçimindeki saptama yasal dayanaktan yoksundur.

Bir başka görüşte ise, öncelikle bir aileden söz edebilmek için Medeni Kanun anlamında kurulmuş bir evliliğin mevcut olması gerekir denilerek, 4320 Sayılı Yasa'nın kapsamının eşler açısından resmi evlilikle sınırlı tutulması gerektiği savunulmuştur: "Aile gibi bir arada yaşıyor olsa bile nikahsız birlikteliklerin bir görünümü olan sadece dini nikaha dayanan birliktelikler, 4320 Sayılı Kanun'un tam anlamıyla kapsamında sayılamazlar. Birlikte yaşayan çiftler arasında resmi nikah olmadığından aralarındaki birliktelik evlilik olarak adlandıramayacağı için birlikte yaşayan eşler 4320 Sayılı Kanun kapsamında korunamazlar."⁶

Erdem'in, kanunen yok olarak kabul edilen imam nikahlı evliliklerin (birlikteliklerin) de 4320 sayılı Kanun'un kapsamında olduğuna ilişkin görüşe yönelik eleştirisi ise şu şekildedir: "Yazar bu görüşünü 4320 sayılı kanunda aynı çatı altında yaşayan bir aileden bahsetmesine dayandırmaktadır. Yazarın dikkate aldığı menfaatleri kabul etmekle birlikte, 4320 sayılı kanun çerçevesinde böyle bir yorum kabul edilemez. Medeni Kanun anlamında olmayan birlikteliklerde (nikahsız birliktelikler), eşlerin birbirlerinin şiddetine karşı koruma talep edebilmeleri mümkün değildir. Medeni Kanun anlamında bir evlilik mevcut değilse, 4320 sayılı kanun anlamında da

(4) Bkz. Hürriyet Gazetesi, 22 Nisan 2007, s.6.

(5) Ateş, Mustafa; "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, yıl: 65, sayı 3, Yaz 2007, s.162.

(6) Erdem, Mehmet; "Aile İçi Şiddet Ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım Aralık 2007, s.51.

birlikte yaşayan kişiler açısından bir aileden bahsetmek mümkün olmaz.⁷⁷

Bu bakış açısının Medeni Kanun'la sınırlı olduğu, özet olarak kanunen evli olmayan kadının, 4320 Sayılı Yasa kapsamında korunamayacağını savunulduğu görülmektedir. Buna göre evliliğin boşanma veya iptal gibi bir nedenle sona ermesi halinde de eski eşler kanunun kapsamından çıkacaktır: Nitekim boşanmış kadınların korunması gerektiği görüşüne karşı da aynı eleştiriler sürdürülmektedir: "Bizce sona eren bir evlilik sonrasında artık boşanmış eşler açısından 4320 sayılı kanunun uygulanmasını gerektirecek bir menfaat kalmamaktadır. Evlilik sona erdikten sonra meydana gelen şiddete karşı eşlerin başka kanuni imkanları kullanmaları yeterlidir. Bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla 5636 sayılı kanun ile 4320 sayılı kanuna bazı eklemeler yapılmıştır. 5636 sayılı kanun "mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden (burada aile bireyleri ifadesi yerine eş ifadesinin kullanılması yerinde olurdu)" bahsederek, mevhumu muhalifinden, boşanma durumunda, 4320 sayılı kanunun uygulanmayacağını belirtmektedir."⁷⁸

Özetle Medeni Kanun kapsamında aile sayılmayan ilişkilerin 4320 Sayılı Yasa kapsamında korunmayacağı ve boşanma halinde yasanın uygulanmasını gerektirecek yarar kalmadığı, eşlerin başka yasal olanakları kullanabilecekleri ve yasadaki değişikliğin içermediği ilişkilerin bu kapsama sokulamayacağı görüşü, 5636 Sayılı Yasa'yla yapılan değişikliğin mevhum-u muhalifi sorgula-

arak kuvvetlendirilmektedir. Ne var ki bu sonucun pratikte sorunlar yaratacağı devamındaki satırlarından anlaşılmaktadır. Örneğin, "Aralarında resmi nikah olmamakla birlikte tarafların ortak çocukları şüphesiz Kanunun korumasından yararlanırlar." Bu, aynı çatı altında yaşayan, aynı sofrayı, aynı yatağı paylaşan kişilerin çocuklarının, onların uygulayabileceği şiddete karşı korunmayacağı anlamına gelir. Bu sonucu adil ve hakkaniyete uygun bulmak olası değildir. Öte yandan annesine uygulanan şiddet, çocukta da tahribat yaratacağından, ona da uygulanmış olacaktır. Öyleyse yasada yer almıyorsa mevhumu muhalifinden hareketle yasaktır demek yerine, yasaklayan bir düzenleme yok, öyleyse aile ilişkisi içindeki serbest birleşmeleri ve boşanmış kadınları da 4320 Sayılı Yasa'nın korumasından yararlandırabiliriz, demek de olanaklı ve yerinde olacaktır.

Boşanmış olan veya resmi nikâh olmaksızın bir erkekle birlikte yaşayan kadınların, eşleri tarafından şiddete maruz bırakılmaları halinde 4320 Sayılı Yasa'daki önlemlerden yararlanamayacaklarına ilişkin başka bir görüş ise şöyle savunulmaktadır: "Serbest birleşmeler hukuki bir kavram olmaktan öte yalnızca toplumsal açıdan önem taşıyan sosyolojik bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Serbest birleşmelerdeki tarafların da bu kanun kapsamında korunacağını kabul edilmesi, hukuk düzenince tanınmayan ve taraflarına hiçbir hak bahsetmeyen bu ilişkinin, 4320 Sayılı Kanun aracılığıyla dolaylı olarak hukukça tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkaracaktır."⁷⁹

Bu yazının çocukların aile içi şiddetten korunması hususundaki yaklaşımı ise şu şekildedir: "5636 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, serbest birleşmelerden doğmuş, fakat baba ile soy bağı kurulmamış olan ve bu Kanunun 1. maddesi anlamında "aynı çatı altında yaşayan" çocukların korunması ilkesinden hareketle, bu Kanun kapsamında korunmalıdır."⁸⁰ Yazara göre bu yorum, serbest birleşmelerin hukuken korunduğu anlamına gelmeyecektir, çünkü önemli olan husus çocuğun korunmasıdır. Ancak anneyi korumadan çocuğu korumanın mümkün olmayacağı göz ardı edilmemelidir.

Yukarıda irdelenenlere koşut olarak, koruma kararının resmi evlilikle sınırlı tutulması gerektiği görüşü ayrıca şu başlıklarda toplanabilir:

A. Boşanma halinde kanunun uygulanmasını gerektirecek menfaat kalmamıştır.

Burada yasaca korunan menfaatten ne anlaşıldığı önemlidir. 4320 Sayılı Yasa, sözüyle evlilik dışı ilişkileri koruma kapsamına almamıştır. Ancak bunu yasaklayan bir düzenleme de içermemektedir. Aksine 5636 Sayılı Yasa'yla yapılan değişikliğin 1. maddesinin gerekçesine bakıldığında, yasa koyucu çok açık biçimde, *boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler de aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden* dediğine göre, yasa boşanma halini de içermektedir. Çünkü gerekçede bir sonraki tümcedeki, *boşanma davası açılması durumlarında dahi koşulların gerçekleşmesi halinde, 4320 Sayılı Kanun'dan faydalanabileceğinin* belirtilmesi de boşanmanın gerçekleşmiş olmasıyla, bu davanın açılmış olması halinin bilinçli olarak ayrı tutulduğunu göstermektedir. Öte yandan

yasa, kadın örgütlerinin yoğun çabaları sonucunda nihai amaç olarak kadına karşı şiddeti önlemek amacıyla çıkarılmıştır. Hukuki menfaat de bu nihai amaç doğrultusunda değerlendirildiğinde yasanın, benzer ilişkiler nedeniyle ezilen, şiddete uğrayan daha çok sayıda kadını kapsamına almasında hukuki ve toplumsal yarar olduğu ortadadır.

B. Boşanmış olan eşler başka yasal olanakları kullanabilirler.

Boşanma halinde ve yakın ilişkilerde bu ilişki kapsamında şiddete uğrayan kadının başka yasal olanaklar kullanabileceği savı ise, bu kişiler arasındaki ilişki, sokaktaki herhangi iki kişinin ilişkilerinden farklı olduğu, kusurlu kişinin gerçekleştirdiği takip, taciz ve ızzarda kendisine bir hak gördüğü, toplumun da buna seyirci kalmayı yeğleyebildiği görülmekle pratikte yetersizdir. Örneğin ayrılmak istediği sevgilisi tarafından makamında tokatlandığı için önce ceza mahkemesine başvuran üst düzey kamu görevlisi olan kadın, faile sonuç olarak üç yüz YTL ceza verilmesi üzerine uğradığı düş kırıklığını şu tümceyle ifade etmiştir: "Bu adam üç yüz lira vermeyi göze alır ve ayda bir makamıma gelip beni yine tokatlar."

C. Serbest birleşmelerdeki tarafların bu kanun kapsamında korunacağını kabul edilmesi, hukuk düzenince tanınmayan bu ilişkinin dolaylı olarak hukukça tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkarır.

Hukuk düzenince tanınmayan bir ilişkinin korunma kapsamına alınmayacağı savı mutlak bir gerçeklik değildir. Çünkü hukuk sistemimizde zaten, resmi nikah olmasa da karı koca gibi birlikte yaşayanların, diğer koşullar uygunsa

(7) Erdem, a.g.m. dipnot 17, s. 51.

(8) Erdem, a.g.m. , s.52.

(9) Erdem, a.g.m., s.51.

(10) Kahveci, Nalan; "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 2007, Yıl 72, Sayı 3, s.282.

(11) Kahveci, a.g.m. , s.283.

haksız fiil halinde destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanacağı öteden beri kabul edilmektedir. Öte yandan nişanlanma, hukukça tanınmış ve Türk Medeni Kanunu'nun 118. vd. maddelerinde düzenlenmiş evlenme vaadiyle yapılan bir sözleşmedir. Öyleyse, nişanlılık döneminde yakın yaşam arkadaşlığı şeklinde ilişki yaşayan bir kadın, bu ilişkiyi sonlandırmak istemesi üzerine şiddete uğraması halinde koruma kapsamı dışında tutulmamalıdır.

Boşanmış olan veya resmi nikâh olmaksızın bir erkekle birlikte yaşayan kadınların, yasadaki koruma önlemlerinden yararlandırılmasının, imam nikâhlı birliklikleri artıracığı ya da Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın olduğu üzere, birlikte yaşamayı teşvik edeceği yolundaki endişe ise bu düzenleme ilişkinin başlangıcını değil, sonucunu etkileyeceği için yerinde değildir. Çünkü bu yolda verilecek olan tedbir, zaten var olan, yaşanan birliklikler için söz konusudur ve nikâhsız birliklikleri teşvik etmek bir yana, tam tersine bu birliklikten kurtulmak isteyen kadına, ilişkiden kurtulma çabasında katkı sağlayacaktır. Aslında bu karara en çok gereksinme duyan toplum kesimi onlardır ve hiçbir kadın, 4320 Sayılı Yasa var. evlenmesem de olur. başıma bir şey geldiğinde bu yasa beni korur, diyerek nikâhsız bir ilişki yaşamak istemeyecektir.

4. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA AİLE KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN YAKIN YAŞAM ARKADAŞLIĞI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan veya

resmen evliyken boşanmış olan, yani resmi evlilik dışı birlikliklerdeki şiddet mağdurlarını kararlarında aile olarak kabul etmesine karşın, ailenin öncelikle, eşler ve çocuklardan oluştuğunu vurgulamaktadır. Mahkeme kararlarına göre aile kavramı, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Buna karşın öğretilerde, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/1 maddesi anlamında aile geniş anlaşılmaktadır. Buna göre aile, ana-baba ve meşru veya gayrimeşru çocukları ile olan ilişkileri içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki ilişkiyi de 8/1 anlamında aile yaşamı olarak kabul etmiş, 8/1' in koruma alanına doğal ailenin girdiği sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, de facto sıkı kişisel ilişkileri olan kişilerin de bu maddeden yararlanabileceğini ifade etmekteyse de bu karardan evliliğe dayanmayan aile yaşamının genel olarak hukuki açıdan evliliğe dayanan aile yaşamıyla eş tutulması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılamaz."¹² görüşü savunulmuştur.

Oysa yukarıdaki yorumun tersine, sıkı kişisel ilişkiden kasıt, tam da resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşamak, yani yakın yaşam arkadaşlığıdır. Nitekim Mahkeme, 1984 yılında sonuçlandırdığı bir dizi başvurunun kararında, aile yaşamını eşler arasındaki ilişkinin içeriğine ve sürekliliğine dayandırmıştır: "...Biçimsel koşulları henüz gerçekleşmeyen evliliklerin 8. maddenin sağladığı güvenceden yoksun bırakılmayacağı..." belirtilirken, başvuruçuların aile oluşturma koşulları değerlendirilmiştir¹³ Açıkçası Mahkeme'ye göre evliliğin

biçimsel koşulları değil, eylemsel olarak aile olup olmamak önemlidir.

Bir başka kararda ise, "devletin, bir kişinin fiziksel şahsiyetinin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinin 8. maddenin ihlali olduğu."¹⁴ belirtilmiştir. Bu karar, tartışmamıza uyarlanırsa, genel hükümlerin şiddeti durdurmaya yetmediği durumda, başka önlemlerin alınması gerekecektir. Örneğin boşanma ya da yakın yaşam arkadaşlığından kaynaklanan bir nedenle şiddete uğranılması halinde 4320 Sayılı Yasa'nın uygulanması artık devletin yükümlülüğüne girmektedir.

Aynı sonuca Anayasa 90. maddede ve usul yasalarımızda yapılan değişikliklerden sonra da varmak zorunludur. Çünkü, "2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası, genel yetkili mahkemeler verdikleri kararlarda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerini değil, aynı zamanda Sözleşme hükümlerinin yorumu niteliğindeki AİHM kararlarını da göz önünde bulundurmaları zorunludur. Özellikle, Türkiye'nin 2002 ve 2003 yıllarında CMK ve HMUK'da yaptığı değişikliklerle Strasbourg Mahkemesi'nin belirlediği ihlal kararlarının ceza, hukuk ve idari yargılama usulünde yeniden yargılama sebebi olarak kabul edilmesi, AİHM içtihatlarına iç hukukta normatif bir değer kazandırmıştır."¹⁵

Öyleyse Türkiye, uygar uluslar ailesinin üyesi olarak, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*'ni (CEDAW) 1979'da kabul ettiğine göre,

ulusal mahkemeleri de artık sözleşmenin daha birinci maddesinin *medeni durumlarına bakılmaksızın tüm kadınların dediğini dikkate almalıdır*. Aynı biçimde Anayasa'nın 90. maddesi ve usul yasalarındaki değişiklikler doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de facto yani sıkı kişisel ilişki yaşayanların aile sayıldığı dikkate alınmak zorundadır. Yoksa AİHM önüne bir uyuşmazlık getirildiğinde, sözleşmenin ihlal edildiği kararının verilmesi ve ülkemizin tazminat ödemek zorunda kalması işten değildir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında da durum farklı değildir. Kuşkusuz asıl olan yasal evliliklerdir. Ancak kadına yönelik şiddet söz konusu ise ve bu durum eş gibi yaşamaktan kaynaklanıyor ise uygar ülkelerin, kadına resmi nikâhın yoksa ben bu şiddete dolaylı da olsa göz yumarım demeleri söz konusu değildir. Örneğin, New York Aile Mahkemelerine ilişkin aşağıdaki saptamalar da bu yoldadır: "Anayasa anlamında aile resmi evlilikleri içerir. Bu nedenle yetkili memur olamayan kişi önünde yapılmayan törenler veya birlikte yaşamalar kanun koyucu açısından yok evliliklerdir. New York aile mahkemeleri de toplum politikası olarak bu birleşmelere sıcak bakmamakla birlikte, bu tür birlikliklerde çocuk varsa evliliğe ilişkin kanunları uygulamaktadır. Bizde bu tür birleşmelerden doğan çocukların nesebi, idari veya yasal yollarla giderilmektedir (MK md. 282 vd.). Ancak bu tür birleşmeler için de bir düzenleme yapılmalıdır. Nitekim Almanya'da birlikte yaşayanlar için yaşam

(12) Kahveci, a.g.m., dipnot 30, s. 282.

(13) Dinç, Güney, "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması", İnsan Hakları Konferanslar (14 Nisan 2006-26 Mayıs 2006), Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s.22.

(14) Akın, Mustafa; "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması", Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2007, Sayı 14, s.98.

(15) Başlar, Kemal; Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara, Nisan 2008, s.6.

ortaklığı yasası çıkarılmıştır. Yaşam ortaklığı davalarını görmekle de aile mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Burada hakimin, yaptığı yargılama sonucu yaşam ortaklığının feshiyle, bunun sonucu olarak da yardım ve destek yükümlülüğü, nafaka, müşterek konut ve ev eşyası gibi sonuçları hüküm altına alacağı belirtilmiştir.¹⁶

Görüldüğü üzere çağdaş dünyada fiili nedenlerle kabul edilen birlikte yaşama olgusu, hızla hukuksal çerçeveye içine alınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti temelindeki lâik niteliği gereği, şeriat hukukunun uzantısı olan imam nikâhli evliliklere soğuk yaklaşmakla birlikte, bu toplumsal olguyu da görmezden gelememektedir. Nitekim bu tür birlikteliklerden doğan çocukların tanınması, haksız fiil sonucu ölüm hallerinde sağ kalan resmi nikahsız eşe destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi bu kaçınılmazlığın sonuçlarıdır. Görmezden gelme ya da yok sayma, hukuken olanaklı gibi görülse de toplumsal ve bireysel bedellerinin ağır olduğu ortadadır.

5. YARGICIN ETİK SORUMLULUĞU AÇISINDAN BİR DENEME

Boşanmış ya da yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan kadınların yasaca korunmasına karşı çıkılmasının temel nedeni, uygarca bir arada yaşama olanağını tehdit eden aile içi şiddetin, salt medeni hukuk kapsamında, yani normatif yaklaşım ile çözülebilecek bir olgu olarak görülmesidir. Oysa yasa koyucu, 4320 Sayılı Yasa'da hukuki ve cezai, hatta

idari boyutları olan karma bir düzenleme yapmıştır. Öyleyse toplumsal şiddetin önemli bir bölümünü oluşturan kadına karşı şiddetin önlenmesinde, çıkarılmış amacına uygun olarak yasadaki azami ölçüde yararlanma olanağının olup olmadığı, konunun hukuki niteliği yanında etik ve felsefi açıdan da ele alınarak tartışılmalıdır.

Örneğin 4320 Sayılı Yasa'nın kısa sürede değişiklik yaşamasına karşın hâlâ birçok açıdan eksiklikleri barındırdığı gözetildiğinde bu, yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olabilir mi sorusu akla gelmektedir. Öyle veya değil, etik açıdan bakıldığında, bu eksiklik nasıl doldurulacaktır ya da yargılama sırasında yargıç, yargıladığı eylem ile yasa arasındaki bağlantıyı nasıl kurmaktadır? "Yani kriter olarak yasayı mı kullanıyor ve davranışa değer biçiyor? Yoksa, yargıç olarak yargılayacağı eylemin değerini -yapıldığı koşullarda değer yapılabilir olanlara göre özelliğini- kendisi belirledikten sonra mı yasa ile bağlantı kuruyor?"¹⁷ Buna verilecek yanıt, boşanmış ya da yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan kadın için koruma önlemleri verilmesi tartışmasına da ışık tutacak niteliktedir.

Bu durumda, her türlü yargılamanın nihai hedefi, haklının haksızdan ayırt edilmesi, adaletin gerçekleştirilmesi ise, belki de doğru yanıt. "Bir yargıcın yargıladığı olayı ya da durumu yarattığı ileri sürülen eyleme uygun bir yasa maddesine değer biçmeyip, onu doğru değerlendirebilmesine ve bu değerlendirilmesine göre yürürlükteki bir yasaya bağlamasına ya da bağlanmamasında

saklıdır."¹⁸ Öyleyse yargıcın etik sorumluluğu, kararın biçimsel olarak yasalara uygun olmasıyla sınırlı değildir. Dahası, "Etik sorumluluğu yaratan tipik soru sudur. Yargıç doğru yani adil bulmadığı bir hukuk normunu, salt pozitif karakterinden dolayı uygulamalı mıdır?"¹⁹ diyerek, tartışmayı daha ileriye götürmek olanaklıdır.

Yukarıda tartışılan olaylarda kimi yargıçlar, yasada açıkça yazmamasına karşın 4320 Sayılı Yasa'daki koruma tedbirlerini boşanmış eşler ve yakın yaşam arkadaşlığı olarak adlandırabileceğimiz resmi evlilik dışı ilişkilerde de uygulamıştır. Yani gereksinim olmasına karşın, yasanın konuyu açıkça düzenlemediğini gören yargıç inisiyatif kullanmıştır. Artık burada adalet ile hukuk güvenliği arasında bir çatışma söz konusu değildir. Çünkü yasada bu konuda bir yasaklama bulunmamaktadır. Yine de bir an için karşı görüşü benimserseniz, yani adalet ile hukuk güvenliği arasında bir çelişki olduğunu varsayarsak, bu çelişki nasıl giderilecektir? Alman Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki formülü şöyledir: "Adalet ile hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasama ve iktidar ile güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca aykırı dahi olsa, öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, yasanın yanlış bir hukuk olarak adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaşmış olsun."²⁰

Tartışılan konuya gelince, yasa sustuğu için, mevhum-u muhalifinden yola çıkılarak, boşanmış ya da yakın yaşam arkadaşlığı sürdüren kadınlar,

koruma önlemlerinden yararlanamaz demek doğru değildir. Bir yanda hukuk güvenliği öte yanda, azımsanamayacak sayıda bir kadın grubunun özgür ve güvenli yaşama hakkı söz konusu ise seçim, elbette ki Alman Mahkemesi'nin belirttiği üzere, hukuk güvenliğinin adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaştığının kabulü biçiminde olmalıdır.

SONUÇ

Ailenin Korunmasına Dair 14.1.1998 tarihli ve 4320 Sayılı Kanunla, devlet, aile içi şiddetin varlığını kabul etmiş ve önlenmesi için yükümlülükler üstlenmiştir. Başka deyişle o tarihten itibaren kamu, genel hükümlerden ayrı olarak aile içi şiddetin kaynağında önlenmesi için tavır almıştır. Bugün bu kararlılık TBMM'nin 25.06.2005 tarihli ve 853 sayılı kararıyla oluşturulan Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan TBMM Araştırma Komisyonu Kararındaki öneriler ve "Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler" konulu 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi içeriği doğrultusunda artarak devam etmektedir.

5636 Sayılı Yasa'yla, 4320 Sayılı Yasa'ya getirilen yenilikler ise yararlı olmakla birlikte özellikle resmi nikâhli olmayan birliktelikleri açıkça kapsamına almadığı için eksiktir. Yine de aile içi şiddetin hukuksal birlikteliklerden öte sosyolojik bir olgu olarak değerlendirilmesi halinde, yasanın sözüyle sıkı

(16) Kuçuradi, a.g.e. s.145.

(19) Okçesiz, Hayrettin, Yargıcın Geleceği Üzerine Birkaç Söz, 2 Temmuz 2008 günü YARSAV tarafından Ankara 1 İktisadi ve Sosyal Bilimler Fakültesi'nde gerçekleştirilen, "Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı" sempozyumunda sunulan bildiri (Yayınlanmamış Çalışma).

(20) Okçesiz, Hayrettin; Sivil İtaatsizlik, 2. Baskı, İstanbul, 1996, s.131.

(16) Sirmen-Koçhisarlıoğlu, Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Kanun İş Hukuku ve İktisat Dergisi, cilt 5, s.18, s.104'den aktaran Baktı, s.103.

(17) Kuçuradi, İoanna; Etik, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2006, s.144.

sıkıya bağlı olunmadan, madde ve gerçekçedeki açıklımlardan yola çıkarak yapılacak amaçsal yorum yoluyla, resmi evlilik dışı birlikteliklerdeki şiddet mağdurlarının da korunma kapsamına alınması olanaklıdır. Türk yargıcı hukuki bilgisi ve yorum yeteneği dâhilinde

yasayı evlilik kalkanından zaten mahrum olan bu toplum kesimi için de uygulanmalıdır. Özellikle gerçekçedeki, *boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler* ifadesi bu yorumu elvermektedir. Çağdaş gelişmeler de bu yoldadır.²¹

İktidarın Bireyin Yaşamı Üzerinde Kurduğu Tahakkümde Hukukun Rolü

Onur KARTAL*

"Bugünkü hedef belki de ne olduğumuza keşfetmek değil, olduğumuz şeyi reddetmektir."

Michel Foucault

Çağdaş felsefecilerin üzerinde durduğu konulardan belki de en önemlisi iktidar sorunudur. Yapılan birçok çalışmada bu kavramın ne olduğu ve iktidarın işleyen, etkide bulunan faal bir yapı olması bakımından modern toplumda kendisini nerede nasıl gösterdiği irdelenir. Son dönem siyaset felsefesinin belirleyici isimlerinden G. Agamben, iktidar kavramına yönelik bu türden bir irdelemeyi, bu konuyla ilgilenen diğer düşünürlerle getirdiği eleştiriler üzerinden geliştirir. Öyle ki iktidarın işleyişi ile ilgili temel kavramlarını Foucault'nun siyaset kuramına yönelttiği eleştiri temelinde içeriklendirir. Agamben'e göre Foucault, son dönem yapıtlarında modern çağda iktidarın eğiliminin değiştiğine yönelik bir belirlemede bulunmakla birlikte bu eğilimin ne olduğu konusunu belirsiz bırakır. Evet Foucault devlet iktidarının artık yaşamı hedef edindiğini, doğal hayatı mekanizma ve hesaplarına giderek daha fazla dahil ettiğini, bu nedenle de siyasetin

artık biyosiyaset haline geldiğini savunarak modern dönemde egemen iktidarın işleyişine yönelik doğru bir tespitte bulunur.¹ Fakat iktidarın bireyi, bireyselleştirdiği oranda bütünselleştirdiğini söylerken bu bireyselleştirme teknikleri ile bütünselleştirme prosedürlerinin keşiştiği alanı olanca muğlaklığıyla bıraktığından, iktidarın biyolojik yaşamı nasıl ele geçirmeye çalıştığını ortaya koymadığı gibi iktidarın işleyiş mekanizmalarını hapishane, tımarhane ve hastane gibi mekanlarda aradığından bu ele geçirme ediminin gerçekleştiği asıl yeri de göremez.²

Bu temelde Agamben egemen iktidar ve biyolojik yaşam arasındaki bağ konusunda Foucault'dan farklı bir yol izleyerek, bireyin bedensel ya da biyolojik yaşamının bugün için önemini modern dönemle, antikçağ arasında bir karşılaştırma üzerinden gösterir. Antikçağda Aristoteles'ten hatırlanabileceği gibi bireyin yaşamını *bios* ve *zoe* olmak üzere iki kavram karşılar. Yalnız *bios* bütün canlı varlıkların ortak özelliği olan yalın yaşamı imlerken *zoe* bir bireyin ya da bir grubun yaşam biçimine karşılık gelir ve bütün bir siyaset analizi yaşamın bu anlamı üzerinde yükselir.³ Modern dönemde ise, bu ayrım ortadan kalkar,

* Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi.

(1) AGAMBEN, Giorgio- *Kutsal İnsan- Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2001 s.11.

(2) A.g.y s.14.

(3) A.g.y s.9.

(21) Kanna, Cray; "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler" *Terazi Hukuk Dergisi*, Yıl 2, Sayı 11, Temmuz 2007, s.120.