

KADINA YÖNELİK EVLİLİK İÇİ ŞİDDETİN HUKUKİ BOYUTLARI

Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme

Emel BAYDUR*

Burcu ERTEM**

Giriş

Kadınlar asırlar boyunca sürdürdükleri toplum ve aile içinde cinsel eşitlik mücadelesinin sonuçlarını, ülkemizde son dönemde yapılan kimi anayasal ve yasal düzenlemelerle –en azından hukuki platformda– kısmen kazanmışlardır. Normlar hiyerarşisine uygun olarak öncelikle anayasal değişikliklerin incelenmesi yerinde olur. 2001 ve 2004 yıllarında Anayasa’da yapılan değişikliklerle kadın erkek eşitliğine ilişkin iki yeni adım atılmıştır.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 4709 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile Türkiye Cumhuriyet Anayasası’nın 41. maddesinin birinci fıkrasına “*ve eşler arasında eşitliğe dayanır*” ibaresi eklenmiştir. Bu değişiklik sonrasında Anayasa’nın “*Ailenin Korunması*” kenar başlıklı 41. maddesi aşağıdaki şekli almıştır:

“Aile, Türk toplumunun 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.”

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında 5170 sayılı Kanun’un 1. maddesine göre Anayasa’nın 10. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere “*Kadınlar ve erkekler*

* Yard. Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

** Ar. Gör., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.” fıkrası eklenmiştir. Bu değişiklik sonrasında Anayasa'nın “Kanun Önünde Eşitlik” kenar başlıklı 10. maddesi aşağıdaki hali almıştır:

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Bu değişiklikler sonucunda kadınların erkeklerle eşit haklara sahip oldukları, daha açık bir ifadeyle anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Üstelik devlete bu eşitliğin yaşama geçirilmesini sağlama yükümlülüğü getirilmiştir. Ayrıca kadına aile içinde de eşitlik anayasal bir hak olarak tanınmıştır.

Yasal değişikliklerden inceleme kapsamında değerlendirilecek en önemli ikisi 4721 sayılı ve 22.11.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu ile 5237 sayılı ve 26.09.2004 tarihli Türk Ceza Kanunu'dur. Daha eski tarihli bir değişiklik olmakla birlikte, 4320 sayılı ve 14.05.1998 tarihli Ailenin Korunmasına Dair Kanun da konu açısından taşıdığı önem nedeniyle, incelemenin kapsamına dahil edilmiştir.

Evlilik içi şiddetin ortaya çıkış biçimleri fiziksel şiddet, psikolojik şiddet ve cinsel şiddettir.¹ Evlilik içi fiziksel şiddet kadına yönelik olarak genellikle itilip kakılmak, tartaklanmak, dövülmek (tekme, yumruk, tokat vb.), kesici veya vurucu aletlerle bedenine zarar verilmek şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kadına yönelik evlilik içi psikolojik şiddetin başlıca görünüm şekilleri hakarete uğraması, aşağılanması, aldatılması, tehdit

¹ Benzer görüş için bkz., Güven, K., “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, GÜHFD (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan), S. 1-2, 1998 Ankara, s. 19. Bazı yazarlar evlilik içi şiddeti, fiziksel ve psikolojik (sözlü) olmak üzere ikiye ayırarak; cinsel şiddeti, fiziksel şiddet başlığı altında değerlendirmektedirler. İkili ayrımı benimseyen yazarlar için bkz., Erdoğan, M., “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması”, *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara 2000, s. 91; Ayan, S., *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004, s. 298- 299. Ancak, özellikle yeni TCK'nın kabulü ile cinsel şiddetinin arz ettiği nitelikli özellik nedeniyle ayrı bir şiddet türü olarak ele alınması daha yerinde olacaktır. Türkiye'de evlilik içi şiddet ile ilgili istatistik veriler için bkz., *Türkiye'de Aile İçi Şiddet*, İstanbul 2003.

edilmesi, istediği insanlarla görüşmesinin engellenmesidir. Evli kadının isteği dışında, istemediği şekilde ve ortamda cinsel ilişkiye zorlanması ise cinsel şiddet örnekleridir.

Bu üçlü ayrıma ek olarak, dördüncü bir evlilik içi şiddet türü olarak ekonomik şiddeti sayanlar da vardır. Ekonomik şiddet, ekonomik kaynakların ve paranın kişi üzerinde bir yaptırım, tehdit ve kontrol aracı olarak kullanılması şeklinde tanımlanabilir.² Ancak ekonomik şiddet, aslında sonuçları itibariyle psikolojik şiddetin alt başlıklarından birini oluşturabilecek niteliktedir.

Kadına yönelik evlilik içi şiddetin yasal boyutlarının incelenmesine geçilmeden önce, özellikle kadınların maruz kaldığı şiddetin önlenmesi konusundaki yaklaşımların daha net anlaşılabilmesi için, genel olarak kadına yönelik şiddetin üzerinde durulmasında fayda vardır.

I. Kadına Yönelik Şiddet

Kadına yönelik şiddet kadının yaşam hakkının, güvenliğinin, onurunun, özgürlüğünün (düşünsel, ekonomik, cinsel vb.) ve bedensel bütünlük hakkının sırf kadın olması nedeniyle her türlü ihlalidir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 30.04.2002 tarihli "*Tavsiye Kararı'na Ek*"³ çerçevesinde kadına yönelik şiddet, "*cinsiyete dayalı, kadınlara fiziksel, psikolojik veya cinsel zarar veya sıkıntı veren ya da vermeye yol açabilecek her türlü şiddet fiili ya da tehdidi*" olarak tanımlanmıştır. Tanımlamayı takiben fiziksel ve ruhsal saldırganlık, psikolojik istismar, ırza geçme ve cinsel istismar, çiftler arasında yaşanan evlilik içi veya evlilik dışı tecavüz de dahil olmak üzere aile içinde ya da hanede karşılaşılan şiddet, kadına yönelik şiddet örnekleri olarak sayılmıştır.

Pekin+5 Sonuç Belgesi⁴ uyarınca kadına yönelik şiddet, "*kadının fiziksel, psikolojik ve cinsel zarar görmesi veya acı çekmesi ile sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel olan bu tip hareketleri ve hareket tehditlerini içine alacak şekilde, baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, ister toplum önünde ister özel hayatta meydana gelmiş olsun, cinsiyete dayalı her*

² Uçar, M. A., *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara 2003, s. 82.

³ Metin için bkz., [http://www.ksggm.gov.tr/\(28.05.2006\)](http://www.ksggm.gov.tr/(28.05.2006)).

⁴ Metin için bkz., A/RES/S-23/3, <http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/ress233e.pdf> (28.05.2006).

türden şiddet” olarak tanımlanmıştır. Kadına yönelik şiddet örnekleri olarak, dayak dahil aile içinde meydana gelen fiziksel, cinsel ve psikolojik şiddet, çeyizle bağlantılı şiddet, evlilikte tecavüz, zorla kısırlaştırma ve düşüğe zorlama sayılmıştır.

Bu belgede kadına yönelik şiddetin, eşitlik, kalkınma ve barış hedeflerine ulaşılması açısından engeller yaratarak, kadınların insan haklarını ve temel özgürlüklerini kullanmalarını engellediği, bozduğu ve değersiz hale getirdiği belirtilmiştir. Zira bütün toplumlarda kadınlar ve kız çocukları –az ya da çok ölçüde– fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddete maruz kalmaktadırlar. Kadınların sosyal ve ekonomik statüsünün düşük olması, kadınlara yönelik şiddetin hem nedeni hem de sonucu olabilmektedir.

Kadına yönelik şiddet, erkeklerin hakimiyetine ve kadına yönelik ayrımcılığa yol açan; kadının ilerlemesini engelleyen, kadınla erkek arasında çağlar boyunca sürmüş eşit olmayan güç ilişkilerinin görünürdeki yüzüdür. Hayat boyunca devam eden kadına yönelik şiddet, temelde kültürel modellerden, özellikle de belirli geleneksel veya adet olmuş uygulamaların zararlı etkilerinden kaynaklanır. Irk, cinsiyet, dil veya dinle bağlantılı bütün aşırı hareketler ailede, iş yerinde, toplulukta ve toplumda kadına uygun görülen düşük statüyü devamlı hale getirir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi’nin 30.04.2002 tarihli “*Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2002)5 ve İzahat Belgesi*”⁵ kapsamında üye ülke hükümetlerine bir takım tavsiyelerde bulunmuştur. Bunlardan özellikle dikkat çekici olanları, kadınlara insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması, bunları kullanma, bunlardan yararlanma ve bu hakların korunmasını teminat altına alma konusudur. Söz konusu tavsiye kararında kadınlara karşı uygulanan erkek şiddetinin, kadınlarla erkekler arasındaki eşitsiz güç ilişkilerinden kaynaklanan temel bir yapısal ve toplumsal sorun olduğunun altı çizilmiştir. Bu nedenle üye devletlere yapılan tavsiyede erkeklerin, kadınlara karşı uygulanan şiddetle mücadeleyi hedefleyen eylemlere katılımının teşvik edilmesi önerilmiştir.

Rec(2002)5 sayılı Tavsiye Kararı’na Ek’in “*Kadınlara Karşı Şiddetle İlgili Genel Önlemler*” başlığı altında, kadınların herhangi biri tarafından herhangi bir şiddete maruz bırakılmama hakkını teminat altına almanın

⁵ Metin için bkz., Rec (2002)5 <http://www.ksggm.gov.tr/> (28.05.2006).

devletlerin çıkarına olduğu hatırlatılmış ve devletlerin sorunluluğunda olan bu alanın milli politikalarda önceliğe sahip olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu kapsamda üye devletlere ceza hukuku ve medeni hukuk alanlarında kadına yönelik şiddetle ilgili düzenlemeler yapmaları ve önlemler almaları hususlarında telkinlerde bulunulmuştur.

Ceza hukuku alanında kişiye karşı şiddet kullanılmasının (özellikle fiziksel veya cinsel şiddet kullanımının) sadece ahlak, onur veya terbiye ihlali olmayıp; kişinin fiziksel, psikolojik ve/veya cinsel özgürlüğünün ihlalinin teşkil ettiğini belirten hükümler içermesinin sağlanması tavsiye edilmiştir. Özellikle ulusal yasaların evlilik içi ya da dışındaki birlik-teliklerde taraflar arasındaki cinsel şiddet ve tecavüzü cezalandırması önerilmiştir.

Medeni hukuk alanında yapılan önerilerden ilki, şiddet kullanıldığı kanıtlandığında, mağdurlara olayın ciddiyeti ile orantılı olarak, maruz kaldıkları maddi ve manevi zararı (parasal, fiziksel, psikolojik, ahlaki ve sosyal zararlar dikkate alınarak) karşılayacak uygun tazminatın verilmesinin sağlanmasıdır. Üye devletler, mağdurlara hak ettikleri tazminatların ödenebilmesi için finansman sistemleri oluşturmayı gündeme almalıdırlar.

Pekin+5 Sonuç Belgesi uyarınca, evlilik içi tecavüz ve kadın veya kız çocukların cinsel tacizi dahil, her türlü ev içi şiddetle ilgili suç konularını düzenlemek için yasalar çıkartılmasının, uygun mekanizmaların güçlendirilmesinin ve şiddet olaylarının yargı önüne hızla getirilmesinin ulusal düzeyde hükümetlerce sağlanması gerektiği belirtilmiştir.

II. Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Ceza Kanunu Kapsamında Değerlendirilmesi

Kadına yönelik evlilik içi şiddet, Ceza Kanunu kapsamında değerlendirilirken, yukarıda yapılan evlilik içi şiddetin ortaya çıkış biçimlerine ilişkin sınıflandırmaya sadık kalınacaktır. Yani bu bölümün başlıklarını fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddet oluşturacaktır.

Konuya ilişkin esaslı incelemeye geçilmeden önce ifade etmek gerekir ki; suç tiplerinden bazıları müstakil olarak tek bir evlilik içi şiddet türünü içermekte, buna karşılık bazı suç tipleri ise somut olayın özelliklerine göre birden fazla şiddet türünün birlikte gözlemlendiği haller olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, teker teker şiddet türleri

incelenirken, birden fazla şiddet türüne konu olabilecek suçlar yeri geldikçe belirtilecektir.

A. Fiziksel Şiddet

Kadına karşı uygulanan evlilik içi fiziksel şiddet türlerinden, suç oluşturan fiillerin incelenmesine kasten öldürme suçundan başlamak yerinde olacaktır. TCK m. 82/d'ye göre, kasten öldürme suçunun eşe karşı işlenmesi nitelikli hal sayılmıştır. Maddi açıdan incelendiğinde serbest hareketli suçlar kategorisine girmekte olan insan öldürme suçu, gerek davranış, hareket; gerekse ihmal suretiyle işlenebilir. Zira suçun ihmal suretiyle işlenmesi durumunda, aile hukukundan doğan "karşılıklı yardım ve dayanışma" yükümlülüğünün ihlali söz konusudur.

Kadınlar, vücut dokunulmazlıklarına karşı işlenen suçlarla da evlilik içi fiziksel şiddete maruz kalmaktadırlar. TCK m. 86/3-a, kasten yaralama suçunun eşe karşı işlenmesi durumunda şikâyet aranmaksızın verilecek cezayı yarı oranında arttırmaktadır.

Yaralama suçunun işlenmesinde kullanılan aracın mutlaka cebir olması gerekmez. Örneğin taşıdığı zührevi hastalığı, rızaya dayalı cinsel ilişki ile ve kasıtlı olarak başkasına bulaştıran veya gebeliğin sağlığı için ağır bir tehlike oluşturacağını bildiği bir kişiyi rızaya dayanan cinsel ilişki ile ve kasıtlı olarak gebe bırakan kimsenin fiili, yaralama suçunu oluşturacaktır.⁶ TCK m. 87'ye göre, yaralama suçunun gebe kadına karşı işlenip de çocuğunun vaktinden önce doğmasına veya düşmesine neden olması durumunda, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış yaralama suçu oluşmakta ve cezası suçun temel şekline nazaran ağırlaştırılmaktadır.

Anayasa'nın 17. maddesinde de yasaklanan eziyet, bir kimsenin hem maddi vücut bütünlüğünün hem de manevi ruh sağlığının bozulması anlamına gelmekte olup TCK m. 96/2-b'de bu suçun eşe karşı işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak düzenlenmiştir. Eziyetin yaralama, tehdit ve hakaretten farkları, aynı fiilde tüm bu suçları içerebilmesi; suçu oluşturan fiilin süreklilik arz etmesi; sistematik olabilmesi yani az çok bir plan dâhilinde de icra edilebilir olmasıdır.⁷

⁶ Toroslu, N., *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005, s. 42.

⁷ Soyaslan, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Bası, Ankara 2005, s. 159.

TCK m. 108, bir kişinin bir şeyi yapması veya yapmaması ya da kendisinin yapmasına müsaade etmesi için bir kişiye karşı cebir kullanmasını suç saymıştır. Cebir, kişiye karşı fiziki güç kullanmak suretiyle, onun veya bir üçüncü kişinin iradesi ve davranışları üzerinde zorlayıcı bir etki meydana getirilmesi⁸ olup; gerçekleşen veya gerçekleşmesi muhtemel bir direnmeyi bertaraf etmek amacı ile başvuru ve önemsiz sayılamayacak fiziki güç kullanılmasıdır.⁹

Kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma aslında psikolojik şiddet türü olmakla birlikte, kişinin bu fiili işlemek için veya fiili işlediği sırada cebir kullanması halinde fiziksel şiddet kapsamına girmektedir. TCK m. 109/2'de bu durum, ayrıca düzenlenmiş olup, TCK m. 109/3e'de eşe karşı işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür.

Bazı suçların her somut olaya göre hem fiziksel hem de psikolojik şiddet oluşturmaları mümkündür. Bu tür suçların en iyi örneği aile düzenine karşı suçlar bölümünde düzenlenmiş olan kötü muamele suçudur. TCK m. 232/1'de kişinin aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunması suç olarak düzenlenmiştir.

Ancak, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, yasa koyucunun kullandığı "*aynı konutta birlikte yaşadığı*" ifadesinin bazı hallerde bu suçun eşe karşı işlenmesini olanaksız kılacağıdır. Zira kanunun lafzı ile bağlı kalındığında, haklarında ayrılık kararı verilmiş veya TMK m. 197 gereğince aynı konutta yaşamayan eşlerin birbirlerine karşı bu suçu işlemeleri mümkün olmayacaktır. Halbuki evlilik birliğinin ve dolayısıyla ailenin sona ermemiş olduğu bu durumlarda söz konusu suçun işlenemiyor olması, TCK m. 232/1'in bölüm başlığı olan "*Aile Düzenine Karşı Suçlar*" ifadesi ile çelişmektedir.

TCK m. 232/1'de kötü muamele tanımı yapılmamıştır. Ancak Dönmezer,¹⁰ kötü muameleyi "*bedene zarar veren, hürriyet ve haysiyeti rencide eden fiiller*" olarak tanımlamıştır. Feyzioğlu'na¹¹ göre ise, "*sağduyuya aykırı, insaf ve merhamet ölçüleri ile bağdaşmayan, kamu vicdanını zedeleyen her çeşit davranış*" kötü muamele kapsamında değerlendirilmelidir.

⁸ Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yeni Dünya, A.C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, Ankara 2005, s. 88.

⁹ Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., *Ceza Özel Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2006, s. 287.

¹⁰ Dönmezer, S., *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, B. 16, İstanbul 2001, s. 261.

¹¹ Feyzioğlu, M., "*Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları*", *AÜHFD*, C. 50, S. 1, Ankara 2001, s. 51.

Madde gerekçesinde, her türlü kötü muamelenin suçun oluşmasını olanaklı kılmayacağı, kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gerektiği belirtilmiştir. Gerekçede kötü muamele kavramına ilişkin getirilen bir diğer ölçüt, davranışın kişide basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olmasıdır.

Ancak, gerekçenin kötü muamele kavramına getirdiği belirleyici kriterler, yeterince açık ve kesin değildir. Öncelikle merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak hareket, davranışlar suça ilişkin temel bir belirleme yapmak açısından objektif olmaktan uzaktır. Örneğin Dönmezer,¹² belirli bir davranışın kötü muamele olup olmadığı belirlenirken, davranışı yapan ile ona katlanan arasındaki ilişkinin ve hayat tarzının gözden uzak tutulmaması gerektiğini belirtirken; belirli bir çevre ve grup tarafından bir davranışın normal hayat tarzı olarak kabul edilmiş olabileceğini hatırlatmaktadır.

Yargıtay konuyla ilgili görüşünü bir kararında, mağdur ve sanıkla karşı karşıya bulunmak suretiyle olaya nüfuz eden hakimin yerel örf ve adetler çerçevesinde, davranışın niteliğini takdir hakkına sahip olacağı yönünde belirtmiştir.¹³ Buna karşılık aksi görüşte olan Feyzioğlu,¹⁴ Anayasa'nın 2. maddesi gereğince insan haklarına saygılı, demokratik bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nde kötü muamele davranışının çağdaş standartlara göre tespit edilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Bu görüş çerçevesinde Yargıtay'ın yukarıda belirtilen kararına, ancak Anayasa'nın 2. maddesinde belirlenen temel değerlere saygı gösterilmesi şartı ile katılınabileceğini açıklamıştır.

Gerekçenin ikinci belirleme kriteri olan, davranışın kişide basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olması ifadesi de -özellikle basit tıbbi müdahalenin kavramının belirsizliği açısından- eleştirilmektedir.¹⁵ Gerekçede davranışın basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek ölçüde etkisinin olması halinde, kasten yaralama suçundan ceza verilmesi gerektiği belirtilmişse de; basit tıbbi müdahale kavramı açıklanmadan, uygulamada yaşanacak sorunların kolaylıkla aşılması mümkün görülmemektedir.

¹² Dönmezer, S., *a.g.e.*, s. 262.

¹³ Y.C.G.K., 14.01.1985, 2-395/5.

¹⁴ Feyzioğlu, M., *a.g.e.*, s. 51.

¹⁵ Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., *a.g.e.*, s.159.

Suçun maddi unsuru aynı konutta beraber yaşayan bireylerden birine kötü muamelede bulunmaktır. Kötü muamele, kişinin vücut bütünlüğü, özgürlük ve onuruna karşı hukuki önem arz edecek derecede yapılan fiillerdir.¹⁶ Bu noktada sorun teşkil eden bir diğer husus, kötü muamele suçu açısından “süreklilik unsuru”nun aranıp aranmadığı noktasında düğümlenmektedir. Zira 765 sayılı TCK’dan farklı olarak TCK’da “fena muameleler” şeklindeki çoğul ifade yerine, “kötü muamele” şeklindeki tekil ifade tarzının benimsenmesinden hareketle; süreklilik unsuru aranmadığı ve bu nedenle münferit eylemlerin de bu madde kapsamında değerlendirilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁷ Karşı görüş olarak ise bu fiillerin az çok süreklilik arz etmesi gerektiği ve birbirlerini izleyen ve kötü muamele teşkil eden icrai veya ihmali hareketlerin yapılması ile suçun tamamlanacağı belirtilmektedir.¹⁸

Mağdura fiziki ve/veya psikolojik acı çektirme şeklinde ortaya çıkabilecek olan kötü muamele suçu; hakaret, tehdit ve çok hafif yaralama suçlarını içinde barındırmaktadır.¹⁹ Bu noktada üzerinde durulması gereken ihtilaflı bir husus, somut olayda kötü muamele suçunun yanı sıra, tehdit, hakaret ve benzeri suçların da bulunması halinde, sanığın eylemlerinin bir bütün halinde aile bireyelerine kötü muamele suçunu mu, yoksa aile bireyelerine kötü muamele ve söz konusu diğer bağımsız suç tiplerini de mi oluşturduğu; başka bir deyişle diğer bağımsız suç tiplerinin aile bireyelerine kötü davranma suçunun içinde eriyip erimeyeceği sorundur.

Yargıtay konuyla ilgili görüşünü bir kararında, “TCK m. 191/son’da düzenlenen sair tehdit suçunun aile bireyelerine kötü muamele suçu içinde eriyeceğini kabul etmek mümkün ise de, diğer fıkralardaki tehdit eylemlerinin bu suç içinde eridiğini kabul etme olanağı bulunmadığını; aksi halde aileyi korumak amacıyla getirilmiş olan bir düzenlemenin, aynı fiillere daha az ceza verilmek suretiyle onları mağdur etme sonucunu doğuracağı, böyle bir düşünce tarzının ise, belirli suçların aile bireyleri tarafından işlenmesi halinde cezasının

¹⁶ Soyaslan, D., a.g.e., s. 486- 487.

¹⁷ Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., a.g.e., s. 580; Aynı yazarlar bu konuda, aynı konutta oturan kişilerin birbirlerine karşı işledikleri sistematik nitelikteki hareketlerin varlığı durumunda, TCK m. 44’te yer alan fikri içtima kuralları gereği, TCK m. 96’da yer alan eziyet suçundan hüküm kurmak gerekeceğini yerinde olarak belirtmişlerdir.

¹⁸ Soyaslan, D., a.g.e., s. 486.

¹⁹ Soyaslan, D., a.g.e., s. 486.

ağırlaştırılmasını öngören ve bununla da yetinmeyerek ailenin korunması hususunda yeni düzenlemeler getiren (örneğin, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun) yasa koyucunun amacıyla da bağdaşmayacağı açıktır” şeklinde belirtmiştir.²⁰

Bu noktadan varılan sonuç, özellikle suçun nitelikli halinin işlenmesi durumunda, bu suçun bağımsız bir suç teşkil edeceği yönünde değerlendirilmesi gerektiğidir. Bunun dışında kötü muamelenin unsurunu oluşturabilecek nitelikte bir suçun eş tarafından işlenmesinin kanunda nitelikli hal olarak öngörülmesi durumlarında da söz konusu fiilin ayrı bir suç oluşturacağı hususunda da şüphe yoktur. Ancak Yargıtay 2005 tarihli bir kararında, *“Sanığın eşine karşı 2 gün iş ve gücünden kalacak şekilde yaralamada bulunma eyleminin, aile bireylerine karşı kötü muamele suçu içinde eridiği göz önüne alınarak hüküm kurulması gerekirken, sanık hakkında mağdure eşine karşı ika ettiği eylem nedeniyle TCK’nın 478. maddesindeki suç yanında ayrıca yaralama suçundan da mahkumiyet hükmü kurulmasını”* bozma sebebi olarak görmüştür.²¹

B. Psikolojik Şiddet

Evlilik içi psikolojik şiddet kapsamına giren suç tiplerinden biri de TCK m. 84/1’de düzenlenen intihara yönlendirme suçudur. Yasa koyucu başkasını intihara azmettiren, teşvik eden, başkasının intihar kararını kuvvetlendiren ya da başkasının intiharına herhangi bir şekilde yardım eden kişiyi cezalandırmıştır. Söz konusu maddede esas itibariyle üç ayrı suç tipi öngörülmüş olup, evlilik içi psikolojik şiddete konu olabilecek suçlar intihara ikna veya yardım ile intihara zorlamadır.

Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da evlilik içi psikolojik şiddetin bir görünümüdür. TCK m. 109/1’e göre, bu suç bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakmak olarak tanımlanmıştır. TCK m. 109/3-e’ye göre, bu suçun eşe karşı işlenmesi nitelikli hal olarak değerlendirilmiştir.

İnanç düşünce ve kanaat hürriyetinin kullanılmasını engelleme, iş ve çalışma hürriyetinin ihlali, haberleşmenin engellenmesi, haberleşmenin gizliliğini ve özel hayatın gizliliğini ihlal, kişisel verilerin kaydedilmesi

²⁰ Y. C.G.K., 02.10.2001, 4-165/195.

²¹ Y. 3. C.D., 09.02.2005, 23240/1058.

ve hukuka aykırı olarak yayılması da ayrı birer suç oluşturdukları gibi; somut durum değerlendirildiğinde kötü muamele suçunun da unsurlarını oluşturabilirler.

Evlilik içi psikolojik şiddetin bir diğer görünüm biçimini oluşturan birden çok evlilik de TCK m. 230' da suç olarak düzenlenmiştir. Buna göre, evli olmasına rağmen başkası ile evlenme işlemini yaptırarak, kendisi evli olmamakla birlikte evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptırarak ve aralarında evlenme olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptırarak hakkında cezai yaptırım öngörülmüştür.

Eşlerden birinin aile hukukundan doğan bakım veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumu da TCK m. 233/1 kapsamında suç teşkil edecektir. Kocanın hamile olduğunu bildiği eşini terk etmesi, yine aynı maddenin 2. fıkrası kapsamında ceza yaptırımına bağlanmıştır.

C. Cinsel Şiddet

Evlilik içi şiddetin üçüncü ve son türü olan cinsel şiddet özellikle ceza hukuku açısından yeni TCK'nın yürürlüğe girmesiyle farklı bir boyut kazanmıştır. Bu nedenle incelemenin en önemli kısmını, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçların kadın yönünden ele alınması oluşturmaktadır.²²

AİHM, 21.11.1995 tarihli, S.W. - Birleşik Krallık davasında, *"başvurucunun karısına tecavüz suçundan mahkumiyetten ve cezadan kurtulmak için muafiyeti ileri süremeyeceğine dair kararın sözleşmenin 7. maddesine aykırılık teşkil etmediği"* yönündeki kararıyla, kocanın karısına tecavüz suçundan muaf tutulması düşüncesinin terk edilmesinin uygar evlilik kavramıyla bağdaşmaktan öte; insan onuruna ve özgürlüğüne saygı ile ilgili olduğuna hükmetmiştir.²³

Yasa koyucu, kadının cinsel özgürlüğü aleyhine işlenen bu grup suçları daha doğru bir tercihle *"Adabı Umumiyyeye ve Nizamı Aileyhine Cürümler"* başlığı altında düzenlemekten vazgeçerek; kadının cinsel

²² Maddenin TCK Tasarısı'nda ki (2000) düzenleniş şekli ve hakkındaki değerlendirmeler için bkz., Sancar, T.Y., *"Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler"*, AÜHFD, C. 51, S. 3, (ayrı bası), Ankara 2002, s.16-19.

²³ Doğru, O., *"Kadına Karşı Cinsel Şiddet"*, Ankara Barosu Dergisi, S. 2003/3, s.139.

özgürlüğünü “bir aile, genel ahlak veya edep töresi değeri olarak değil bir özgürlük değeri olarak”²⁴ ele almış ve “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlemiştir.

Ancak bu tip suçlarla ihlal edilen hakkın bireyin cinsel özgürlüğü olduğu, yani hukukun veya örf ve adetin belirlediği sınırlar çerçevesinde kişinin cinsel ilişkiler yönünden kendi bedeni üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği noktasından hareketle bu suçların aslında kişi özgürlüklerine karşı suçlar arasında düzenlenmesinin daha isabetli olacağı belirtilmiştir.²⁵

İtalyan doktrininde de yerleşik görüş, korunan hukuksal değerın suçun mağdurunun kişiliğinin cinsel boyutu üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkı olan “cinsel özgürlük” olduğu yönündedir. Bu nedenle cinsel suçlarla ihlal edilen kişinin cinsel şeref ya da manevi bütünlüğü değil; cinsel nitelikli bir davranışa girme konusundaki irade serbestisidir.²⁶

“Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında, cinsel saldırı, çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz suçları düzenlenmiştir. Kanunun lafzı ile bağlı kalınması halinde, korunan hukuki değerin kişilerin cinsel dokunulmazlığı üzerindeki tasarruf hakkı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, bu suçlarda bireyin cinsel özgürlüğünün ihlal edildiğinden hareketle bu tip suçların “kişi özgürlüklerine karşı suçlar” arasında düzenlenmesinin daha doğru olacağı yönünde de görüşler mevcuttur.²⁷

TCK m. 102’de düzenlenen cinsel saldırı suçu, eski Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen ırza geçme, ırza tasaddi ve sarkıntılık suçlarını içine alacak şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme, hem son derece tartışmalı olan ve uygulamada da farklı yorumlara yol açan ırza geçme kavramı yerine cinsel saldırı kavramının kullanılması hem de bu suretle suçun pasif süjesinin erkeklerin de olabileceğinin belirtilmesi açısından modern ceza hukuku alanındaki gelişmelerle uyum içerisindedir.

²⁴ Aydın, Ö. D.: Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=72ba459c7563-05117c9c4fce3d1&id=175, 25.02.2006.

²⁵ Toroslu, N., a.g.e., s. 56-57.

²⁶ Tezcan, D.- Erdem, M. R.-Önok, R. M., a.g.e., s. 207.

²⁷ Toroslu, N., a.g.e., s. 56-57.

Suçun aktif süjesi, cinsiyet ayrımı gözetilmeksizin herhangi bir kimse olabilir. Aynı durum, suçun pasif süjesi içinde geçerlidir; ancak pasif süjenin 18 yaşın altında olması durumunda ayrı bir suç oluşmaktadır. Bu suçun mutlaka karşı cinse karşı işlenmesi zorunlu olmayıp, aynı cinsler arasında da işlenmesi mümkündür. Suçun maddi konusunu oluşturan insanın kadın ya da erkek, evli veya bekâr olması da önemli değildir.

Suçun temel şekli açısından maddi unsur, cinsel davranışlarla iki kişi arasında vücut teması kurulması suretiyle, bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir.²⁸ Bu suçun oluşması için, failin davranışını cinsel saikle yapması yeterli olup, ayrıca fiilen cinsel tatmine ulaşması da şart değildir.²⁹ Cinsel davranışın cinsel ilişki boyutuna ulaşması, vücuda organ veya diğer bir cisim sokulmak suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, TCK m. 102/2’de düzenlenen nitelikli hal oluşacak olup; bu durum, suçun basit şekli ile nitelikli şekli arasındaki ilk farkın, maddi unsur açısından ortaya çıktığını göstermektedir.³⁰

Cinsel saldırı suçunun manevi unsuru kast olup buradan anlaşılması gereken failin mağdurun iradesi hilafına “*şehvi*” fiilleri işlemek iradesine sahip olmasıdır.³¹ Burada kast, kanuni tipte yer alan bütün unsurlara yönelmektedir. Cinsel saldırı suçunun neticesi itibariyle ağırlaşmış şeklinin olası kastla işlenmesi de mümkündür.³²

Esas itibarı ile cinsel saldırı suçunun basit şekli ile nitelikli şekli arasındaki ikinci fark da, failin kastı bakımından ortaya çıkmaktadır. Suçun temel şeklinde genel kast yeterli olmamakta, ayrıca “*cinsel arzuları tatmin*” amacının güdülmesi aranmaktadır. Buna karşın, suçun nitelikli hali açısından organ veya sair bir cisim soktuğunu bilmesi ve istemesi gerekmekte olup, gerekçe nazara alındığına bu durumda ayrıca gerçekleştirilen davranışın cinsel arzuların tatmini amacına yönelik olması aranmayacaktır.

Ancak bu ifade yerinde değildir. Zira suçun temel şeklinin varlığı için gerekli olan bütün unsurların suçun nitelikli şeklinde de bulunması

²⁸ Toroslu, N., *a.g.e.*, s. 58.

²⁹ 102. madde gerekçesi; Toroslu, N., *a.g.e.*, s. 58; Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., *a.g.e.*, s. 35.

³⁰ Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., *a.g.e.*, s. 34; Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., *a.g.e.*, s. 214.

³¹ 102. madde gerekçesi.

³² Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., *a.g.e.*, s. 34.

zorunlu olup, cinsel arzuların tatmini şartı aranmaması ayrıca kişilere karşı suçlar kısmında düzenlenen diğer suç tipleri ile nitelikli cinsel saldırı suçunun sınırının çizilememesi sonucunu doğuracak ve hatta kulağa parmak sokulması fiili dahi nitelikli cinsel saldırı suçunu teşkil edecektir.³³

Esas itibariyle neticesi harekete bitişik bir suç olan cinsel saldırı suçu, temel şekli açısından vücut dokunulmazlığını ihlal edici nitelikteki davranışın gerçekleştirilmesi; buna karşın nitelikli şekli ise vücuda organ veya sair bir cisim sokulması durumunda tamamlanmaktadır. Ancak söz konusu suç tipi, icra hareketlerinin kısımlara ayrılabilirdiği hallerde, icra hareketlerine başlanmakla birlikte icra hareketlerinin iradi yahut irade dışı olarak tamamlanamaması durumlarında teşebbüse olanaklı hale gelmektedir. İcra hareketlerinden gönüllü vazgeçme durumunda, o ana kadar gerçekleştirilen davranışların esas itibariyle bir başka suçu oluşturması şartıyla, failin o ana kadar gerçekleşen suçlar bakımından sorumluluğu devam etmektedir.

Burada üzerinde durulması gereken husus; bu tip suçların geçitli suçlardan olmaları itibariyle, cinsel saldırı suçunun nitelikli haline teşebbüsün, suçun basit şeklini oluşturan davranışlar olarak nitelendirilebildiği durumlarda ortaya çıkabilecek olası sorunlardır. Esasen bu durumun failin kastına bakılmak suretiyle belirlenmesi yoluna gidilebilir.

Failin kastının mağdurun vücuduna organ veya sair bir cisim sokulmasına yönelmiş olması halinde; icra hareketlerinin tamamlanamaması durumunda, nitelikli hale teşebbüsün varlığından söz edilebilecektir. Ancak bu durumda da failin kastının belirlenmesinin güçlük arz edebileceği durumlar nazara alındığında, somut olayın akış biçimini de dikkate almak gerekecek ve belirtilen nedenlerle bu husus sıkıntı yaratmaya devam edecektir. Bu hususun kanunilik ilkesi³⁴ gereği daha açık ve net olarak ortaya konulması daha yerinde olurdu. Suçun nitelikli halinden gönüllü vazgeçme durumunda, fail suçun temel hali bakımından cezalandırılabilir.³⁵

Nitelikli cinsel saldırı suçunun eşe karşı da işlenmesi mümkündür. Bununla birlikte, suçun basit şeklinin eşe karşı işlenmesi durumunu

³³ Toroslu, N., *a.g.e.*, s. 59-60.

³⁴ Toroslu, N., *a.g.e.*, s. 37 vd.; Sancar, T.Y., *a.g.e.*, s. 2.

³⁵ Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., *a.g.e.*, s. 221.

yasa koyucu düzenlememiştir. Halbuki cinsel özgürlüğü esas alarak düzenlemeye gittiği iddiasında bulunan bir yaklaşımın evlenmekle kişinin cinsel özgürlüğünü diğer eşe terk etmediği gerçeğini nazara alması ve bu anlayış doğrultusunda cinsel saldırının temel biçiminin eşler arasında gerçekleşmesi halinde de ayrı bir düzenleme ile yasaya dahil edilmesi gerekirdi.³⁶ Ancak böyle bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığını savunan karşı görüş tarafından bu tür eylemlerin evlilik birliğinin katlanılmasını zorunlu kıldığı davranışlar olarak kabulünün gerektiği gerekçesi ile cinsel saldırı suçunun temel şeklinin eşe karşı işlenmesinin mümkün olmadığı ve bu durumda TCK m. 232'de düzenlenen kötü muamele suçunun uygulama alanı bulacağı ileri sürülmektedir.³⁷

765 sayılı Kanun döneminde, kadına eşini cinsel yönden tatmin etmesi görevinin yüklenmesi ve adeta obje yerine konulması şeklindeki primitif düşünce tarzının ürünü olarak erkeğin eşini rızası hilafına normal yoldan cinsel ilişkiye zorlaması ve bu suretle cinsel ilişkiyi gerçekleştirmesi, ırza geçme suçunun kapsamı dışında tutulmakta olup, cezasız bırakılmaktaydı. Erkeğin eşini rızası hilafına normal yollardan cinsel ilişkiye zorlaması durumunda ırza geçme suçunun oluşmayacağı hususundaki uygulama yanında cinsel ilişkinin anormal yollardan gerçekleştirilmesi durumunu da Yargıtay tarafından yalnızca kötü muamele kapsamında değerlendirmekteydi.³⁸

Örneğin Yargıtay, tehditte bulunarak, eşi ile ters cinsel ilişkide bulunmayı, aile bireylerine fena muamelede bulunmak olarak kabul etmiştir.³⁹ Yine evli olduğu mağdureyi manevi zorla anal ilişkiye zorla-

³⁶ "Oysa yasa koyucu böyle bir yola gitmemiş, eşler arasında gerçekleşen cinsel saldırıyı, yalnızca TCK m. 102/2 açısından suç olarak düzenlemiştir. (Aslında TCK m. 102/1 kapsamına giren cinsel saldırının eşe karşı işlenmesi durumunda da suçun oluşacağı söylenebilir ise de böyle bir yorum, TCK m. 102/2'de suçun nitelikli halinin eşler arasında işlenmesinin şikayete bağlı tutulması karşısında, temel biçiminin re'sen kovuşturulması sonucuna yol açacağından yasa koyucunun eşler arasında gerçekleşen basit cinsel saldırıyı suç saymak istemediği sonucuna varılabilir.) Bu da gerçekte burada nitelikli bir halin değil, tamamen bağımsız bir suçun söz konusu olduğu görüşüne üstünlük kazandırmaktadır." Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., *a.g.e.*, s. 223; benzer görüş için bkz., Hafızoğulları, Z., "Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı*, Ankara 2005, s. 363. Gerçekten de, bir suçun temel şeklinin mevcut olmadığı durumlarda bu suçun nitelikli halinden de söz edilemeyecektir.

³⁷ Malkoç, İ., *Cinsel Saldırı Suçları*, Ankara 2005, s. 50-51.

³⁸ Sancar, T.Y., *a.g.e.*, s. 5.

³⁹ Y. 4. C.D., 19.12.1990, 5557/ 7044.

yan sanık aleyhine, aile bireylerine kötü muameleden hüküm kurulmuş olup;⁴⁰ benzer şekilde nikâhlı eşini kaçırıp zorla cinsel ilişki kurulması halini kötü muamele saymıştır.⁴¹

Ancak bu tip bir uygulamayı 765 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeye göre de kabul etmek mümkün değildir. Zira kanuni tipte suçun pasif sujesi ile suçun aktif sujesi arasındaki evlilik bağının mevcut olması durumunda hukuka aykırılığın ortadan kalkacağı şeklinde bir sınırlama mevcut olmadığı gibi; eski TCK m. 434 kapsamında failin söz konusu suçları işledikten sonra mağdur ile evlenmesi durumunda gerek takibat gerek infaz bakımından özel bir tecil müessesesini öngörmektedir.

Dolayısıyla burada sıkıntı yaratan durum, bizzat kanuni düzenlemelerden değil primitif yorum tarzından kaynaklanmaktaydı.⁴² Ancak bahsedilen yeni düzenleme ile artık söz konusu sıkıntılı durum kısmen de olsa aşılmıştır.

Sonuç olarak, erkeğin eşini rızası hilafına cinsel ilişkiye zorlaması durumunda nitelikli cinsel saldırı suçu oluşacak olup; benzer şekilde başka erkeklerin karısına karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu gerçekleştirmelerini kolaylaştıran erkek de, söz konusu suçun şeriki olarak kabul edilecektir.⁴³ Nitelikli cinsel saldırı suçunun evlilik birliği içerisinde gerçekleşmesi durumunda soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikayetine bağlıdır.

III. Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Medeni Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi

Kadına yönelik evlilik içi şiddet, Medeni Kanun kapsamında değerlendirilirken üzerinde durulacak konular, boşanma, velayet, tazminat ve nafakadır.

Ancak boşanmaya ilişkin kısım incelenirken, yukarıdaki sistematikten ayrılınacak ve TMK'nun boşanma nedenlerini düzenlerken izlediği sistematığe uyulacaktır. Zira tek bir boşanma sebebi aslında birden fazla türde evlilik içi şiddeti içeriyor olabilir. Bu nedenle aşağıda boşanma

⁴⁰ Y. 4. C.D., 07.07.1994, 2788/ 6217.

⁴¹ Y. 5. C.D., 07.05.1992, 1166/ 1478.

⁴² Aynı yönde görüş için bkz., Artuk, M.E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., *a.g.e.*, s. 42-47.

⁴³ Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., *a.g.e.*, s. 42-47.

nedenleri incelenirken bunların hangi türde evlilik içi şiddet oluşturduklarının üzerinde durulacaktır.

Daha sonra şiddet türü ayrımı yapılmaksızın, evlilik içi şiddetin velayet, tazminat ve nafaka yansımaları incelenecektir.

a. Boşanma

Boşanma sebepleri TMK'nın 161-164. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu sebeplerin özel ve genel sebepler olarak ayrılması mümkündür. Boşanmanın özel sebepleri zina (TMK m. 161); hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış (TMK m. 162); suç işleme ve haysiyetiz hayat sürme (TMK m. 163); terk (TMK m. 164) ve akıl hastalığıdır (TMK m. 165). Genel boşanma sebebi ise evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır (TMK m. 166).

Anlaşmalı boşanma ve fiili (eylemli) ayrılık da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi şartını arayan boşanma sebeplerinin nisbi; bu şartın aranmadığı sebeplerin ise mutlak boşanma sebebi olduğu kabul edilmektedir.⁴⁴

Evlilik içi psikolojik şiddet türlerinden birini ve özel-mutlak boşanma sebebini oluşturan zina, evlilik birliği devam ederken eşlerin karşı cinsten başka biriyle bilerek ve isteyerek cinsel ilişki kurmaları anlamına gelir. Zinadan söz edilebilmesi için, kişinin evli olması, eşinden başka ve karşı cinsten biriyle cinsel ilişkide bulunması (tek bir kez bile olsa) ve kusurlu olması gerekir.

Kadının ırzına geçilmesi (TCK m. 102/2 uyarınca nitelikli cinsel saldırı suçunun mağduru olması) durumunda, kusur şartı gerçekleşmediğinden, koca zinaya dayanarak boşanma davası açamayacaktır. Bu noktada düşünülmesi gereken sorun, kocanın evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma davası açıp, açamayacağıdır. Yargıtay bu soruya olumlu yanıt vermekte ve *"Türk toplumu, karısı böyle bir duruma düşen kocadan onu şefkatle bağrına basmayı beklemmez. Aksine kocanın bunu hoşgörü ile karşılaması toplum içindeki değerinin yitirilmesine yol açar. Bu yargı, onu giderek herkesin gözünden düşürür."* ifadesini kul-

⁴⁴ Öztan, B., Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 373; Akıntürk, T., Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 234; Dural, M.-Öğüz, T.-Gümüş, A., Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 103.

lanarak, boşanmaya karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.⁴⁵ Ancak bu görüşün kabul edilebilir olmadığı açıktır.⁴⁶

Eşlerden birinin sadakatsizliği nedeniyle zinaya dayanarak boşanma davası açılabilir gibi, bu eylemin doğurduğu çekilmezlik nedeniyle de boşanma davası açılabilir. Davacı hem zinayı, hem evlilik birliğinin sarsıldığını ileri sürerek dava açabilir.⁴⁷

Aynı cinsten olan kişiler arasındaki cinsel ilişki, zina olarak kabul edilmez. Benzer şekilde normal cinsel ilişki dışında kalan diğer cinsel ilişki türleri (hayvanlarla, livata, vibratör vb. araçlarla yapılanlar) de zina kavramına dâhil edilmemiştir. Bu tür durumlar haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163) veya evlilik birliğinin temelinden sarsılması (TMK m. 166) nedeniyle boşanma sebebi olabilir.⁴⁸

Zina sebebiyle boşanma davası açma hakkı TMK m. 161 uyarınca, eşin affı ve sürenin geçmesi ile ortadan kalkar. Duygu veya düşüncenin açıklanması olan af, zinadan sonuç çıkarılmayacağını beyandır. Açık veya zımni olarak, eşe ya da üçüncü kişilere karşı yapılabilir. Affın şarta bağlanması mümkündür.⁴⁹

Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak 6 ay ve her halde zina eyleminin üzerinden 5 yıl geçmesiyle dava hakkı düşer. Yargıtay zina eyleminden önce rıza göstermenin ahlaka aykırı olacağından hareketle, rızanın af kapsamına girmeyeceği ve boşanma davası açılabilirliği görüşündedir.⁵⁰ Zinaya ilişkin hak düşürücü sürelerin geçmesi durumunda, zina geçimsizliğe sebep oluyorsa sadece genel boşanma sebebine dayanarak dava açılabilir.⁵¹

Zinayı ileri süren taraf, bunu her türlü delille ispat edebilir. Mektuplar, smsler, e-mailler, fotoğraflar, doğan çocuğun DNA ve kan testlerinin sonuçlarına istinaden başkasından dünyaya geldiğinin anlaşılması vb. deliller bu kapsamda değerlendirilir.⁵²

⁴⁵ Y. 2. H.D., 01.03.1976, 1414/1767, Gençcan, Ö.U., *Boşanma Hukuku*, Ankara 2006, s. 89; benzer görüş için bkz., Şener, E., *Boşanma*, Ankara 1997, s. 48.

⁴⁶ Benzer görüş için bkz., Gençcan, Ö.U., *a.g.e.*, s. 91.

⁴⁷ Y. 2.H.D., 31.05.1983, 3732/4974, Özüğür, A.İ., *Boşanma ve Ayrılık*, Ankara 2000, s. 80.

⁴⁸ Özüğür, A. İ., *a.g.e.*, s. 76.

⁴⁹ Zevkliler, A.-Acabey, B.-Gökyayla, E., *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 6. Bası, Ankara 2000, s. 859; Öztan, B., *a.g.e.*, s. 380.

⁵⁰ Y. H.G.K., 11.03.1964, 607/197.

⁵¹ Dural, M.-Öğüz, T.-Gümüş, A., *a.g.e.*, s. 107.

TMK m. 162'de özel-mutlak boşanma nedenlerinden biri olarak düzenlenen "*hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış*", başlığında aslında üç ayrı boşanma sebebi sayılmıştır. Bunlardan ilki olan hayata kast, eşlerden biri tarafından bilerek ve isteyerek diğerinin hayatına karşı yapılan ve öldürme amacı taşıyan eylemlerdir. Eğer bu eylem, diğer eşi fiilen öldürmeye teşebbüs şeklinde ortaya çıkmışsa evlilik içi fiziksel şiddet; diğer eşi intihara teşvik, zorlama ve yardım olarak ortaya çıkmışsa evlilik içi psikolojik şiddet söz konusudur.

Öldürme tehdidi eşe karşı uygulanan psikolojik şiddetlerden biri olmakla birlikte sadece tehdit aşamasında kaldığı sürece hayata kast sebebi ile boşanma kararı verilmesi mümkün değildir.

Buna karşılık öldürme kastının bulunmadığı fiziksel şiddet türleri, diğer eş için hayati tehlike yaratmış olsa bile, yine hayata kast sebebi ile boşanma davası açılması söz konusu olamayacaktır.

Pek kötü davranış, eşlerden birinin diğerinin bedensel ve ruhsal sağlığını tehlikeye düşürecek maddi nitelikteki her türlü davranışdır.⁵³ Evlilik içi fiziksel şiddet örnekleri oluşturan eşlerden birinin diğerini dövmesi, aç bırakması, hapsetmesi; psikolojik şiddet örneği oluşturan doktor yerine üfürükçüye götürmesi;⁵⁴ cinsel şiddet örneği oluşturan cinsel ilişkiye zorlaması pek kötü davranış olarak nitelendirilir.

Yargıtay, pek kötü davranış sebebi ile boşanmaya karar verilebilmesi için kocanın karıyı bir defa bile olsa dövmesinin yeterli olduğu görüşündedir.⁵⁵

Onur kırıcı davranış, eşlerden birinin diğerinin onuruna veya haysiyetine bilerek ve isteyerek haksız saldırı yöneltmesidir. Davranışın amacı genellikle, eşe hakaret etmek ya da onu küçük düşürmektir. Saldırı sözlü, yazılı olabileceği gibi, hareketle de yapılabilir.⁵⁶ Yapılan fiilin hem eşler hem de yaşadıkları çevre açısından onur kırıcı olup olmadığını hakim takdir edecektir. Diğer eşin kışkırtması varsa onur kırıcı davranışı yapan eşin kusuru kısmen ya da tamamen ortadan kalkabilir.⁵⁷

⁵² Öztan, B., *a.g.e.*, s. 378.

⁵³ Dural, M.-Öğüz, T.-Gümüş, A., *a.g.e.*, s. 108; Öztan, B., *a.g.e.*, s. 384.

⁵⁴ Y. 2. H.D., 07.05.2002, 1532/6083.

⁵⁵ Y. 2. H.D., 04.03.1996, 1432/2070.

⁵⁶ Dural, M.-Öğüz, T.-Gümüş, A., *a.g.e.*, s. 108.

⁵⁷ Akıntürk, T., *a.g.e.*, s. 217.

Evlilik içi psikolojik şiddet örnekleri de oluşturan eşlerden birinin diğerine asılsız hırsızlık ihbarında bulunması,⁵⁸ mahkeme koridorunda hakaret etmesi,⁵⁹ asılsız şekilde bakire olmadığını yayması,⁶⁰ karısının bakire olmadığını kahvehanede açıklaması,⁶¹ Yargıtay tarafından onur kırıcı davranış olarak nitelenmektedir.

Eğer eşler karşılıklı olarak birbirlerine hakaret etmeyi alışkanlık haline getirmişlerse, onur kırıcı davranış sebebi ile boşanma davasının koşulları oluşmaz. Ancak diğer koşulları da varsa, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile boşanma kararı verilebilir. Yargıtay konuya ilişkin görüşünü şöyle açıklamıştır: *“boşanmaya neden olan olaylarda eşine karşı sürekli onur kırıcı davranışlarda bulunan davacı koca tamamen kusurludur. Davalı kadının kocasına karşı sözleri tepki niteliğinde olup, boşanma nedeni yapılamaz.”*⁶²

Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak 6 ay ve her halde hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranışın üzerinden 5 yıl geçmesiyle dava hakkı düşer. Eğer bu davranışlara maruz kalan eş, diğerini affederse dava hakkı kalmaz. Ancak bu davranışlar ceza yargılamasına da konu oluşturuyorlarsa, eşin şikayetinden vazgeçmesi boşanma davası yönünden af anlamına gelmez.⁶³

TMK m. 163’de düzenlenen küçük düşürücü suç işleme veya hay-siyetsiz hayat sürme özel-nısbî boşanma sebebidir. Bu hükümde tek başlık altında iki ayrı boşanma sebebi düzenlenmiştir. Her iki fiil de doğrudan eşler arasında işlenmediği halde, yansıması evlilik içi psikolojik şiddet oluşturabilir.

Küçük düşürücü suç belirlemesi hakim tarafından, ceza hukuku anlamında değil; toplumsal anlayışa göre utanç vericilik ve yüz kızartıcılık kriterleri dikkate alınarak yapılmalıdır. Yargıtay küçük düşürücü suçlar belirlenirken, *“cürüm nevine, işlendiği ahval ve şeraite ve o yerdeki sosyal düşünce ve telakkilere göre”* değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir.⁶⁴ Hakim suçun evlilik birliğini sarstığı kararına varırken,

⁵⁸ Y. 2. H.D., 02.05.1933, 770/665, Olgaç, S.: Kazai ve İlmî İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Medenisi, C.I, İstanbul 1956, s.135.

⁵⁹ Y. 2. H.D., 19.04.1951, 2561/4891, Olgaç, S.: a.g.e., s. 130.

⁶⁰ Y. 2. H.D., 03.03.1964, 631/1056, Olgaç, S.: a.g.e., s. 134.

⁶¹ Y. 2. H.D., 19.04.1951, 2561/2993.

⁶² Y. 2. H.D., 01.06.2005, 6351/8501, Gençcan, Ö.U., a.g.e, s. 108.

⁶³ Y. 2. H.D., 24.02.2005, 719/2799.

⁶⁴ Y. 2. H.D., 17.01.1966, 7065/280.

suçun işlendiği durum ve şartları, suçun türünü ve boşanmak isteyen eş açısından suç nedeniyle birlikte yaşamanın çekilmez hal alıp almadığını dikkate almalıdır.⁶⁵ Bu suçların Anayasa'nın 76. maddesinde sayılan zimmet, ihtilas, irtikap, hırsızlık, dolandırıcılık vb. olduğu kabul edilir.

Boşanma davasının açılabilmesi için küçük düşürücü suç işleyen eşin ceza kovuşturmasına uğraması ve bu suçtan dolayı cezalandırılması şart değildir. Bu suçların kasten işlenmesi gerekmektedir.⁶⁶

Haysiyetsiz hayat sürme, toplumun anlayışına göre sürekli ve kusurlu olarak namus, şeref ve haysiyet kavramlarıyla bağdaşmayacak şekilde yaşamaktır.⁶⁷ Haysiyetsiz hayat sürmeye dayanarak, boşanma kararı verilebilmesi için toplumun değer yargıları ile bağdaşmayan, toplumca hoş görülme ve ayıplanan bir yaşam tarzı benimsenmiş olmalıdır. Bu durum ancak diğer eş için ortak hayatın çekilmezliği sonucunu doğuruyorsa boşanma sebebi oluşturur.

Yargıtay, haysiyetsiz hayat sürmenin boşanma nedeni olarak kabul edilebilmesi için üç kriter aramıştır. Bunlar davranışın, onur kırıcı, görenler üzerinde olumsuz etki yapan ve herkes tarafından hoş kabul edilemeyecek nitelikte olmasıdır.⁶⁸ Buna karşılık Yargıtay daha önceki bir kararında birden çok kişi ile değil de; tek bir kişi ile evlilik dışı sürekli ilişki yaşamayı haysiyetsiz yaşam sürme olarak görmemiştir.⁶⁹ Genel kabule göre alkol, kumar, uyuşturucu madde bağımlılığı, eşcinsel ilişkiler, genel ev işletmeciliği, fahişelik, yaygın zina söylentisi bu kapsamda değerlendirilir.

Suç işlendikten ve haysiyetsiz yaşam sürülmesi bir süre devam ettikten sonra eşin affı, bunlara bir süre ses çıkarmamış olması, onun hayat tarzına iştirak etmesi (eşlerin ikisinin de bağımlı olması vb.) boşanma davası açma hakkını sona erdirir. TMK m. 163 her iki hal için de hak düşürücü süre öngörmemiştir.

TMK m. 164'de özel-mutlak ve kusurlu bir boşanma sebebi olarak düzenlenen terk, evlilik içi psikolojik şiddet de oluşturur. Terk, eşlerden

⁶⁵ Öztan, B., *a.g.e.*, s. 389-390; Akıntürk, T., *a.g.e.*, s. 243.

⁶⁶ Dural, M.-Öğüz, T.-Gümüş, A., *a.g.e.*, s. 108; Öztan, B., *a.g.e.*, s. 390; Akıntürk, T., *a.g.e.*, s. 243.

⁶⁷ Akıntürk, T., *a.g.e.*, s. 244; Öztan, B., *a.g.e.*, s. 391.

⁶⁸ Y. 2. H.D., 16.02.1995, 772/1889, Gençcan, Ö.U., *a.g.e.*, s. 123.

⁶⁹ Y. 2. H.D., 06.02.1991, 12245/1912, Gençcan, Ö.U., *a.g.e.*, s. 123.

birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla ortak hayata son vermesidir. Ortak hayata son verme, ortak konutun terki şeklinde ortaya çıkabileceği gibi; diğer eşi ortak konutu terk etmesini için zorlamak veya haklı neden olmaksızın ortak konuta dönmesini engellemek şeklinde de oluşabilir. Boşanma davası açılabilmesi için terkten itibaren en az 4 ay geçtikten sonra hakimin terk eden eşe yapacağı ortak konuta dönmesi ihtarı üzerinden de 2 ay geçmiş olması gerekir.

TMK m. 165’de özel-nısbî ve doğası itibariyle kusura dayanmayan bir boşanma sebebi olarak düzenlenen akıl hastalığı, günlük hayatta şiddet içeren olası sonuçlar doğurabilecek olsa bile, bunlar diğer boşanma sebeplerini değil sadece akıl hastalığı nedeniyle boşanma isteminin gerekçesini oluştururlar.

TMK m. 166’da yukarıda sayılan özel boşanma sebeplerinden farklı olan ve genel (ve nisbî) boşanma sebebi olarak adlandırılan evlilik birliğinin sarsılması düzenlenmiştir. Eşlerden her biri evlilik birliğinin, ortak hayatın sürdürülmesi kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılması durumunda boşanma davası açabilir. Zira eşler arasında boşanma sebebi olabilecek her olayın önceden belirlenmesi ve düzenlenmesi beklenemez. Yani önceden belirlenmesi mümkün olmayan bir olay evlilik birliğini temelinden sarsmışsa ve bu nedenle eşlerin ortak hayatı devam ettirmesi beklenemez durumda ise, boşanmanın genel sebebinden söz edilir.

TMK m. 166’da aslında üç tür genel boşanma sebebi düzenlenmiştir. Bunlardan ilki evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Diğer iki halde ise, yasa koyucu evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu varsayımından hareketle, eşlerin birlikte dava açmaları ya da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesini anlaşmalı boşanma; açılmış olan bir boşanma davasının reddinin kesinleşmesinden başlayarak 3 yıl içinde eşlerin ortak hayatı yeniden kurmamaları halinde ise evlilik birliğinin fiilen kurulamaması kapsamında düzenlemiştir.

Evlilik içi şiddet açısından daha çok önem taşıyan TMK m. 166/I-II’de düzenlenen evlilik birliğinin temelden sarsılmasıdır. Bununla kastedilen eşler arasında önemli fikir ve duygu ayrılığının, yani şiddetli geçimsizliğin bulunmasıdır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması eşlerden en az biri için ortak hayatı sürdürmesi beklenemeyecek derecede

olmalıdır. Yargıtay eşe kötü muamele etmeyi,⁷⁰ hakaret ederek başkalarının yanında küçük düşürmeyi,⁷¹ ahlaki kurallara uygun olmayan bir hayat sürdürmeyi,⁷² cinsel uyumsuzlukları,⁷³ evlilik birliği ile ilgili sırların açıklanmasını⁷⁴ bu kapsamda değerlendirmiştir.

Evlilik içinde kadına yönelik fiziksel şiddetin yaşandığı pek çok olayda, Yargıtay evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kabul etmiştir. Kadının dövülmesi, kadına yönelik evlilik içi fiziksel şiddetin en yaygın örneğidir. Yargıtay kadının dövülmesinin⁷⁵ yanı sıra, üzerine yürünmesini ve evden kovulmasını⁷⁶ da evlilik birliğinin temelinden sarsılması için yeterli bulmuştur. Benzer şekilde davacının elinin ısırıldığı,⁷⁷ merdivenden aşağı itildiği,⁷⁸ bir odaya⁷⁹ veya tuvalete⁸⁰ kilitlendiği, makasla vurulduğu,⁸¹ tırnaklandığı⁸² hallerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabul edildiği psikolojik şiddet örneklerinin pek çoğu kadına yönelik küçültücü davranışlardan oluşmaktadır. Yargıtay davalının fiziksel özellikleri ile alay edilmesini (deve gibi boynun var, karga gibi burnun var;⁸³ zürafa gibisin,⁸⁴ yiye yiye dana gibi oldun⁸⁵) ve aşağılanması (ben seni evlendiğimizden beri kullandım, hevesimi aldım, bundan sonra seni kimse almaz)⁸⁶ bu kapsamda değerlendirmiştir. Yine psikolojik şiddet kapsamında olan nesebi reddetmediği halde ortak çocuğun kendisinden olmadığını ileri sürmek⁸⁷ ve hatta karısını sevmediğini söylemek⁸⁸ de evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak yorumlanmıştır.

⁷⁰ Y. 2. H.D., 26.04.1983, 3686/3764.

⁷¹ Y. H.G.K., 08.07.1981, 200/568.

⁷² Y. 2. H.D., 08.12.1975, 9170/9320.

⁷³ Y. 2. H.D., 10.04.1980, 2909/3132.

⁷⁴ Y. 2. H.D., 31.05.1984, 3525/149.

⁷⁵ Y. 2. H.D., 04.02.2002, 633/1143; Y. 2. H.D., 24.02.2005, 700/2776.

⁷⁶ Y. 2. H.D., 18.04.200, 2709/5444.

⁷⁷ Y. 2. H.D., 04.10.2004, 9940/11041.

⁷⁸ Y. 2. H.D., 25.03.2002, 3603/4255.

⁷⁹ Y. 2. H.D., 08.07.2002, 8096/9092.

⁸⁰ Y. 2. H.D., 29.03.2004, 3215/3973.

⁸¹ Y. 2. H.D., 13.07.2005, 8985/11151.

⁸² Y. 2. H.D., 01.07.2004, 7507/8824.

⁸³ Y. 2. H.D., 04.03.2002, 2184/2811, Gençcan, Ö.U., a.g.e, s. 123.

⁸⁴ Y. 2. H.D., 29.04.2002, 4911/5623, Gençcan, Ö.U., a.g.e, s. 123.

⁸⁵ Y. 2. H.D., 20.09.2004, 9119/10230.

⁸⁶ Y. 2. H.D., 14.04.2004, 3718/4766.

⁸⁷ Y. 2. H.D., 21.04.2004, 3935/5107.

⁸⁸ Y. 2. H.D., 13.07.2004, 6582/9517.

Üçüncü ve son şiddet türü olan cinsel şiddet de TMK m. 166/1 uyarınca boşanma sebebi olarak değerlendirilmektedir. Yargıtay, karısını satacağını söyleyen,⁸⁹ onu zorla ters ilişkiye zorlayan⁹⁰ kocanın davranışlarını bu kapsamda değerlendirmiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü için, eşlerin evlilik birliğini mutlaka kusurları ile çekilmez hale getirmiş olmaları şartı aranmaz. Evlilik birliğinin sarsılması, eşlerin kusur ve iradelerinden bağımsız gerçekleşebileceği gibi; kusurlu hareketleri ile de ortaya çıkabilir.⁹¹

Yasa koyucu davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan boşanma davasına itiraz hakkının olduğunu düzenlemiştir. Bununla birlikte bu itiraz, hakkın kötüye kullanılmasının oluşturuyorsa ve evlilik birliğinin devamında ne davalı ne de çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmışsa boşanmaya karar verilebilir. Yargıtay eşlerden hangisinin daha fazla kusurlu olduğunun belirlenmesi konusunda, önceden bir ölçü konulamayacağına ve bu konuda içtihadı birleşmeye gidilemeyeceğine karar vermiştir.⁹²

Yargıtay davacı kocanın davalıyı dövmesine karşılık, davalının da davacıya hakaret etmesi halinde, tarafların eşit kusurlu olduklarını kabul etmiştir.⁹³ Benzer şekilde davacı kocanın sadakatsiz davranış içinde olmasıyla, davalı eşin sürekli biçimde ona sözlü saldırıda bulunmasını kusurların denkliliği olarak nitelendirmiştir.⁹⁴

Yargıtay aynı doğrultudaki bir başka kararında da, davacı kocanın davalıyı dövmesine karşılık; davalının da davacıya karşı evlilik birliğinin yüklediği görevleri yerine getirmeyerek, onu psikolojik baskı ile evden uzaklaşmak zorunda bıraktığından hareketle eşlerin kusurlarının müşterek olduğunu kabul etmiştir.⁹⁵ Bahsedilen kararların ortak noktası Yargıtay'ın evlilik içi fiziksel şiddet ile bu fiziksel şiddetin doğurduğu bir etki olan psikolojik şiddeti, kusur açısından eşit olarak değerlendirmiş olmasıdır.

⁸⁹ Y. 2. H.D., 30.04.2002, 4945/5670.

⁹⁰ Y. 2. H.D., 16.07.2002, 7664/9567.

⁹¹ Öztan, B., *a.g.e.*, s. 403.

⁹² Öztan, B., *a.g.e.*, s. 403.

⁹³ Y. H.G.K., 26.06.2002, 2-567/547.

⁹⁴ Y. 2. H.D., 16.01.2003, 14269/355.

⁹⁵ Y. 2. H.D., 04.03.2003, 2/2809.

B. Velayet

Evlilik içi şiddetin aile hukuku yansımalarından bir diğeri de velayet konusudur. Velayet küçük veya kısıtlı çocuklar (hakkında kısıtlılık kararı verilmiş ergin çocuklar) hakkında gerekli kararları almaları için yasa koyucunun ana babaya tanıdığı bir yükümlülük ve yetkidir. Ana babaya tanınan bu yetki, çocuğun bakımı, çıkarlarının korunması, temsili, eğitimi ve mallarının yönetimi için hukuki bir temel oluşturur.⁹⁶ TMK m. 336 gereği velayet evlilik birliği devam ettiği sürece, ana baba tarafından birlikte kullanılır. Ana ve baba bu hakkı çocuğun menfaatine olacak şekilde kullanmakla yükümlüdürler.

TMK m. 348'de velayetin ana ve/veya babadan kaldırılması düzenlenmiştir. Kaldırma sebeplerinden ilki ana babanın yetersizliği (deneyimsizlik, hastalık, engellilik, başka yerde bulunma vb.); ikincisi ise çocuğa yeterli ilginin gösterilmemesi veya ona karşı yükümlülüklerinin ağır biçimde sarsaklanmasıdır. Söz konusu yetersizlik, alkol ya da uyuşturucu madde bağımlılığı, ahlaka aykırı hayat sürülmesi vb.⁹⁷ aynı zamanda evlilik içi şiddet örneği sayılabilecek durumlardan da kaynaklanıyor olabilir. Kaldırılma nedenleri ortadan kalktığında velayetin hâkim kararıyla iadesi mümkündür.

TMK m. 182 gereğince hâkim boşanma kararıyla birlikte velayeti ana babadan birine bırakılabilir. Velayet kararı verilirken çocuğun yüksek menfaati (fiziksel ve psikolojik gelişimi) göz önünde tutulur. Velayet kişisel yaşantısı iyi olmayan, çocuğun ahlaki gelişimini olumsuz etkileyecek tarafa verilmemeli; bu sırada boşanma nedenini doğuran olaylar (evlilik içi şiddet) göz önünde bulundurulmalıdır.⁹⁸ Yargıtay yakın tarihli bir kararında⁹⁹ babanın anayı sık sık ve en son sokak ortasında dövmesinin çocuğun ruhsal yapısını etkilediğini ve ana yanında yetişmesinin ruhsal yönden gelişmesini olumlu yönde etkileyeceğini belirtmiştir.

Ancak hakim çocuğun daha iyi yetişeceği kanaatindeyse, velayeti boşanmada kusurlu olan tarafa da verebilir. Örneğin somut olayda ananın zinası sabit bulunmakla birlikte, babanın durumu ve çocukların yaşı

⁹⁶ Öztan, B., *a.g.e.*, s. 625.

⁹⁷ Öztan, B., *a.g.e.*, s. 643.

⁹⁸ Özüğür, A. İ., *Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku*, Ankara 2002, s. 352.

⁹⁹ Y. H.G.K., 01.10.2003, 2-513/521.

göz önünde bulundurularak (ana bakım ve şefkatine muhtaç çocuk) velayetin anaya verilmesine karar verilmiştir.¹⁰⁰

C. Tazminat ve Nafaka

Ayrıca hâkim, eşin talebi varsa ve şartları oluşmuşsa boşanmada maddi ve manevi tazminata (TMK m. 174) ve yoksulluk nafakasına (TMK m. 175) hükmedebilir. Taraflar bu istemleri, boşanma davasıyla birlikte yapabilecekleri gibi, boşanma hükmü kesinleştikten sonra da yapabilirler. Ancak boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle bu dava hakları zamanaşımına uğrar.

Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen taraf, kusursuz veya daha az kusurlu olmak kaydıyla, kusurlu taraftan uygun bir maddi tazminat isteyebilir. Tazminat isteyen tarafın kusuru boşanma nedenlerinde ikincil derece de önem taşımalı ve her halükarda kendisinden tazminat istenene oranla daha az olmalıdır. Kusuru ile boşanmaya neden olmayan eşten maddi tazminat istenmesi mümkün değildir. Örneğin boşanma sebebinin akıl hastalığının oluşturması durumunda, çekilmezliğin oluşmasında davalının kusuru bulunmadığı için ondan tazminat istenemez. Yukarıda ki açıklamalar ışığında, evlilik içi şiddete maruz kalan tarafın kusursuz veya daha az kusurlu olması şartıyla maddi tazminat isteyebileceği açıktır.

Boşanmaya neden olan olaylar yüzünden kişilik hakları saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevi tazminat isteminde bulunabilir. Davalının kusurunun bulunması yeterli olup, ağır kusur aranmaz. Davacının ise hiç kusursuz olması değil, davalıya oranla daha az kusurlu olması manevi tazminat istemi için yeterlidir. Yargıtay tedaviden kaçınarak karısına hastalık bulaştıran (evlilik içi fiziksel şiddet) kişinin kusurlu olduğuna ve kişisel hakları ihlal edilen eşine manevi tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.¹⁰¹

Yukarıda ki haller dışında evlilik içi şiddete uğrayan eşin, evlilik birliğini sürdürmek gayesi ile bu fiili boşanma nedeni yapmaksızın, kusur sorumluluğuna dayanarak sadece maddi ve/veya manevi tazminat isteminde bulunabileceğinin kabulü gerekir.

¹⁰⁰ Y. 2. H.D., 06.03.1962, 646/1497.

¹⁰¹ Y. 2. H.D., 21.05.2002, 6157/6831.

Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf kusuru daha ağır olmamak şartıyla, geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak yoksulluk nafakası isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusurlu olması şart olmayıp, önemli olan talep eden eşin kusursuz ya da daha az kusurlu olmasıdır. Başka bir ifade ile nafakayı talep eden tarafın kusuru nafaka talep edilecek tarafın kusurundan daha ağır olmamalıdır.

IV. Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Ailenin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi

Kadına yönelik evlilik içi şiddetle ilgili olarak üzerinde durulması gereken son konu, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un bu konuda getirdiği düzenlemelerdir. Kanun koyucu TMK'da düzenlenen evlilik birliğini korumaya yönelik önlemlerin alınmasının mahkemelerin iş yükü nedeniyle uzun bir süre almasını ve bu tür önlemlerin aile içi şiddeti önlemede bazı hallerde yetersiz kalmasını dikkate alarak; önlem alınması sürecini hızlandırmak için, 4320 sayılı Kanun'da bazı tedbirler düzenlemiştir.

Bu kanun, hâkime sadece aile içi şiddet durumunda, evlilik birliğine müdahale etme yetkisini vermektedir. Yani evlilik birliği aile içi şiddet dışında bir nedenle tehlikeye girmiş ise bu durumda alınabilecek tedbirler, TMK m. 195 vd. hükümlerine dayanacaktır.

Bu durum 4320 sayılı Kanun'un m.1/I'de "*Türk Kanunu Medenisi'nde öngörülen tedbirlerden ayrı olarak*" ifadesiyle de belirtilmiştir. TMK m. 195, hakime eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmesi halinde eşlerin ayrı ayrı veya birlikte talep etmeleri şartıyla müdahale etme yetkisi vermektedir.

Aile içi şiddet, 4320 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde "*aile içinde bir bireyin, diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı*" olarak tanımlanmıştır. Şüphesiz ki, evlilik içi fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddet bu kapsamda değerlendirilecektir. Yasakoyucu Kanun metninde aile içi şiddet tanımına ayrıca yer vermemiştir.

4320 sayılı Kanun sadece aile içi şiddet uygulayan eşlerden biri hakkında uygulanabilir. Çünkü Kanun'un 1. m.'si gereğince bu kanunda öngörülen tedbirler, ancak kusurlu eş hakkında uygulanabilir. Yani

aile içi şiddeti gerçekleştiren kişi, eşlerden biri değilse bu Kanun'da düzenlenen tedbirlere hükmedilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte kusurlu eşin diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine yönelik davranışları bu kapsamda değerlendirilir. Yasa koyucu diğer eşe ifadesini kullandığı için, fiilin ayrı yaşayan veya haklarında ayrılık kararı verilmiş eşler arasındaki şiddet uygulamaları da kanunun kapsamı dahilindedir. Şiddete maruz kalan kişinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi halinde aile mahkemesi hâkimi re'sen uygun gördüğü tedbirlere hükmedebilir.

4320 sayılı Kanun'un uygulanması için, aile mahkemesi hakimi tarafından verilen kararlar ihtiyati tedbir niteliğindedir ve bu nedenle temyiz edilemezler.¹⁰² Yargıtay'da bu konuya ilişkin aynı yöndeki görüşünü bir kararında şöyle ifade etmiştir:¹⁰³ "4320 sayılı Kanun ile Sulh Hakiminin aldığı karar, kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Bu kararlar, HUY.Y. m. 105, 106, 107 ve 108' de belirlenen prosedür uyarınca ittihaz olunan ve bu yasanın 109. md'si uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil; hakimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelemesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğindedir."

Yargıtay yukarıda belirtilen karardaki gerekçelerden hareketle, 4320 sayılı Kanun gereğince, aile mahkemesince hükmedilen tedbir kararlarının temyiz edilememesine karşın HUMK'nun ihtiyati tedbire itiraza ilişkin hükümleri gereğince aynı mahkemede itiraz edilebileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁴

4320 sayılı Kanun, aile içi şiddet uygulayan kusurlu eşe bir uyarıda bulunulması ve kusurlu eşin bu uyarıya uygun davranıp, davranmadığının denetlenerek, uyarıya uygun davranmaması durumunda cezai yaptırım uygulanması şeklinde bir sisteme dayanmaktadır. Bunun dışında, kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılması ve diğer eş ile çocukların ev ve iş yerlerine yaklaşmaması yönünde uyarı yapılması söz konusu

¹⁰² Erdenk, E., "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Kavram ve Uygulama Bakımından İncelenmesi", *Manisa Barosu Dergisi*, Manisa 2000, S. 75, s. 39.; Ayan, S., *a.g.e.*, s. 319; Uçar, M. A., *a.g.e.*, s. 153.

¹⁰³ Y. 2. H.D., 30.12.1998, 14493/ 14365.

¹⁰⁴ Y. 2. H.D., 13.09.1999, 9877/ 8825. Ayan'a göre, 4320 sayılı Kanun gereğince verilen koruma kararlarının temyiz edilebileceğine ilişkin bir hükmün yasaya eklenmesi yerinde olacaktır. Ayan, S., *a.g.e.*, s.319.

ise, bu uyarı ile birlikte mağdurların yaşam düzeyleri dikkate alınarak parasal katkıya da hükmedilebilir.¹⁰⁵

4320 sayılı Kanun m. 1/II' de sınırlı sayıda olmayan altı bent halindeki hükmedilebilecek tedbirler örnek olarak düzenlenmiş olup, somut olayın özelliğine göre hâkim uygun göreceği benzer başka tedbirlere de hükmedebilecektir. Bu tedbirler *"şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması"*, *"müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve veya iş yerlerine yaklaşmaması"*, *"diğer eşin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi"*, *"diğer eş, çocukları veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmemesi"*, *"varsa silah ve benzeri araçlarını zabıtaya teslim etmesi"*, *"alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak ortak konuta gelmemesi veya ortak konutta bu maddeleri kullanmaması"* dır.

Bu tedbirler 6 aylık azami süre ile sınırlandırılmıştır. Aleyhine koruma kararı alınan eş kararın etkili olduğu süre içinde karara aykırı davranırsa, durum zabıta tarafından mağdurun şikayetçi olması beklenmeksizin Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilir ve Cumhuriyet Başsavcılığı da Sulh Ceza Mahkemesi'nde koruma kararına uymayan eş hakkında kamu davası açar. 4320 sayılı Kanun m. 2/son uyarınca fiili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezası hükmolunur.

Ancak, tedbir kararına aykırı davranan eşin hapis cezası ile cezalandırılabilmesi için, alınan kararın kusurlu eşe tebliğ edilmesi ve bu kararlara aykırı davranması halinde tutuklanacağıının ve hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceğinin kendisine bildirilmiş olması gerekir. Yargıtay, bu konuya ilişkin görüşünü *"Tedbir kararının sanığa tebliğ edilip edilmediği yada sanığın tedbirden haberdar olup olmadığı araştırılıp, tespit edilmeden eksik soruşturmaya dayalı olarak karar verilmesi, yasaya aykırıdır."*¹⁰⁶ ifadesi ile belirtmiştir.

¹⁰⁵ Ayan, S., a.g.e, s.322.

¹⁰⁶ Y. 7. C.D., 25.05.2001, 8757/9614.

Kaynakça

- Akıntürk, T., *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, B. 6, İstanbul 2002.
- Artuk, M. E.-Gökçen, A.-Yenidünya, A.C., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 6, Ankara 2005.
- Ayan, S., *Evlilik Birliğinin Korunması*, Ankara 2004.
- Aydın, Ö. D., "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar", http://www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/art_showarticle.php?s=72ba459c756305117c9c4fce3d1&id=175, (25.02.2006).
- Doğru, O., "Kadına Karşı Cinsel Şiddet", *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, Ankara 2003.
- Dönmezer, S., *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*, B. 16, İstanbul 2001.
- Dural, M.-Öğüz, T.-Gümüş, A., *Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku*, İstanbul 2005.
- Erdenk, E., "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Kavram ve Uygulama Bakımından İncelenmesi", *Manisa Barosu Dergisi*, Manisa 2000, S. 75.
- Erdoğan, M., "Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması", *Hukukta Kadın Sempozyumu*, Ankara 2000.
- Feyzioğlu, M., "Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları", *AÜHFED*, C. 50, S. 1, Ankara 2001.
- Gençcan, Ö.U., *Boşanma Hukuku*, Ankara 2006.
- Güven, K., "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *GÜHFED (Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan)*, S. 1-2, 1998 Ankara.
- Hafızoğulları, Z., "Beşeri Cinsellik ve Yeni Türk Ceza Kanunu", *Türk Hukuk Kurumu 71. Yıl Kuruluş Armağanı*, Ankara 2005.
- Malkoç, İ., *Cinsel Saldırı Suçları*, Ankara 2005.
- Olgaç, S., *Kazai ve İlmi İçtihatlarla Türk Medeni Kanunu Medenisi, C. I*, İstanbul 1956.
- Özüğür, A. İ., *Velayet, Vesayet, Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku*, Ankara 2002.
- Özüğür, A. İ., *Boşanma ve Ayrılık*, Ankara 2000.
- Öztan, B., *Aile Hukuku*, B. 5, Ankara 2004.
- Sancar, T.Y., "Türk Ceza Kanunu Tasarısının (2000) Bazı Hükümleri Hakkında Düşünceler", *AÜHFED*, C. 51, S. 3, (Ayrı Bası), Ankara 2002.
- Soyaslan, D., *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, B. 5, Ankara 2005.
- Şener, E., *Boşanma*, Ankara 1997.
- Tezcan, D.-Erdem, M. R.-Önok, R. M., *Ceza Özel Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2006.
- Toroslu, N., *Ceza Hukuku Özel Kısım*, Ankara 2005.
- Türkiye'de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003.
- Uçar, M. A., *Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası*, Ankara 2003.
- Zevkliler, A.-Acabey, B.-Gökyayla, E., *Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, B. 6, Ankara 2000.