

# Kadına Karşı Eviçi Şiddette Devletin Sorumluluğu ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Opuz v. Türkiye Kararı

**D. Çiğdem Sever**

*Hukuk Fakültesi, Atılım Üniversitesi*

## **Öz**

Kadına karşı eviçi şiddet, diğer şiddet türlerinden farklı özellikleri nedeniyle devlet tarafından farklı koruma ve müdahale mekanizmaları geliştirilmesi gereken bir suç tipidir. Bu şiddet türünün dünya çapında yaygınlığı ve çoğu zaman hukuk sistemlerinin sorunu çözmekte yetersiz kalmaları nedeniyle konu uluslararası normlarla düzenlenmiş, devletlerin bu konudaki sorumluluğu tanınmış ve uluslararası mahkemeler tarafından devletlerin özen yükümlülüğü doğrultusunda ölçütler geliştirilmiştir. Türkiye'de konuyla ilgili çeşitli reformlar yapılmışsa da hukuk sistemi sorunu çözmekte yeterli olamamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2009 yılında Türkiye aleyhine ihlal kararı verdiği Opuz kararı, bir yandan Türkiye'deki ilgili mevzuatı ve uygulamayı değerlendirme, diğer yandan da kadına karşı eviçi şiddetin hukukî nitelendirilmesi ve devletlerin sorumluluğu bakımından yeni ölçütler getirmesi bakımından önem taşımaktadır.

## **Anahtar Kelimeler**

Kadın, Aileiçi Şiddet, Devletin Sorumluluğu, Opuz Kararı

## Giriş

Kadına karşı şiddet, kadını korkutmak, aşağılamak, izole etmek, baskı yapmak, tehdit etmek veya yaralamak amacıyla fiziksel, cinsel, duygusal, ekonomik veya psikolojik eylemlerde bulunmak anlamına gelir. Kadına karşı şiddetin en yaygın, genellikle tekrarlanan ve sonuçları bakımından en ağır türü de eviçi şiddettir. Eviçi şiddet, kadının özel alandaki rolüne yönelen veya kadını özel alanda doğrudan veya dolaylı biçimde etkileme hedefi olan ve bu özel alan içerisinde uygulanan şiddettir (Coomaraswamy 1997).

Kadına karşı şiddet tüm dünyada yaygın ve ciddi bir sorundur. Birleşmiş Milletler'in 2010 yılında hazırladığı bir rapora göre üç kadından biri hayatları boyunca en azından bir defa dayak, cinsel ilişkiye zorlama veya diğer kötü muamele türlerinden biriyle şiddete maruz kalmaktadır. Dünya Sağlık Örgütü'nün verilerine göre öldürülen kadınların %40-70'i önceki veya o zamanki partnerleri tarafından öldürülmektedir (DTÖ Raporu 2002, 3). Dünya Bankası'nın tahminlerine göre dünyada 15 ile 44 yaş arası kadınlar eviçi şiddetten ölüm veya bir engel nedeniyle hayatlarından bir ile beş yıl arasında kaybetmektedir (Hanna 2011, 133). Ülkelere tek tek bakıldığında da durum çarpıcıdır: ABD'de 1998 yılında 850.000 civarında kadına karşı eş/erkek arkadaş tarafından şiddet kaynaklı suç işlendiği tespit edilmiştir. Suç duyurusu haline gelmeyen olaylar da dikkate alındığında evli kadınların yüzde ellisinin en az bir defa şiddete uğradığı tahmin ediliyor (Jones 2007, 213). Türkiye'de de sorunun büyüklüğü ortadadır: 2009 yılında Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü tarafından Türkiye çapında yapılan bir araştırmaya göre, Türkiye'de 15 yaşından büyük tüm kadınların yüzde 42'si ve kırsal kesimdeki kadınların yüzde 47'si – toplamda yaklaşık 11 milyon kadın - yaşamlarının herhangi bir evresinde kocalarından veya partnerlerinden fiziksel veya cinsel şiddet görmektedir. Çalışmanın bir diğer sonucu ise cinsel ya da fiziksel şiddete uğramış kadınların sadece yüzde sekizinin herhangi bir kurum, sivil toplum örgütü ya da başka bir destek kaynağına başvurduğudur. Türkiye'de kadına karşı şiddetin diğer türleri konusunda gerçekçi verilere ulaşmak daha zor görünmekle birlikte<sup>1</sup> sadece eviçi şiddet kapsamındaki cinayetlerin sayısına bakıldığında bile sorunun ciddiyeti ortaya çıkmaktadır: 2011'in ilk 11 ayında gazetelerden, internet sitelerinden ve ajanslardan derlenen haberlere göre 245 kadın öldürüldü, 103 kadına tecavüz edildi.<sup>2</sup>

Kadına karşı eviçi şiddet, taşıdığı özellikler ve bahsedilen yaygınlığı nedeniyle hukuk sisteminin görmezden gelemediği kamusal niteliği de olan bir sorundur. Bir insan hakkı ihlali ve aynı zamanda kadın-erkek eşitliğinin sağlanmasının önündeki bir engel olarak kadına karşı eviçi şiddet, 1980'lerden bu yana hem uluslararası hukuk alanında çok sayıda norma konu olmuş, hem de ulusal olarak pek çok ülkede hukuk reformları gündeme gelmiştir. Ancak yapılan düzenlemelerin sorunu çözmek konusundaki yetersizliği vurgulanarak bu konudaki uluslararası düzenlemelere bir yenisi daha eklenerek Mayıs 2011'de Türkiye'nin de imzaladığı "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" yürürlüğe girmiştir.

Bu tür uluslararası düzenlemelerde vurgulanan en önemli konu, eviçi şiddetin önlenmesi için devlet müdahalesinin gerekliliği ile kadının korunmasına yönelik önlemlerin kapsamının genişletilmesi ve etkililiğinin sağlanması ihtiyacıdır.

<sup>1</sup> Türkiye'de kadına karşı şiddetle ilgili yapılan bir saha çalışması için bkz. Altınay ve Arat (2007).

<sup>2</sup> Bkz. Erkek Şiddeti Kasım Tam Metin

## I. Kadına Karşı Şiddet ve Özellikleri

Çalışmada incelenen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye aleyhine 2009 yılında verdiği Opuz kararı<sup>3</sup>, Türkiye'nin kadına karşı eviçi şiddette hem yasal düzeyde hem de yasaların uygulanması bağlamında sözleşmeye aykırılık tespit etmesi bakımından önemli olmakla birlikte, kararın asıl önemi bu kararla mahkemenin eski içtihadından farklı olarak yeni ölçütler geliştirmesidir.

Kadına karşı şiddet, mağdura yakın bir kişi tarafından işlenmesi, genellikle tekrar ve hatta süreklilik içermesi, kadının kontrol edilmesi ve baskı altında tutulmasını hedeflemesi, kadın üzerinde ağır duygusal ve fiziksel etkileri olmasına rağmen toplum ve hatta kadının kendisi tarafından meşru görülebilen bir şiddet olması gibi nitelikleriyle diğer şiddet türlerinden farklı bir içeriğe sahiptir. Bu özellikleri nedeniyle de önlenmesi için farklı koruma mekanizmaları bulunması gerekmektedir. Bu mekanizmaların tartışılması için her şeyden önce toplumsal cinsiyete duyarlı bir perspektif geliştirilerek bu şiddetin altında yatan erkek egemen toplumlarda kadın ve erkek arasındaki eşitsiz güç ilişkisinin yattığının görülmesi gerekmektedir.

Bu eşitsiz güç ilişkisinin sonucunda, bu kadar yaygın olmasına rağmen konunun bir sorun olarak kabul edilmesi ve mücadele için etkin sosyal ve hukukî önlemler alınması fikri yakın tarihlerde olabilmıştır. Örneğin erkeklerin eşlerini dövmeleri ortak hukukta (*common law*) uzun zaman erkeğin cezalandırma hakkı kapsamında nitelendirilmiş ve ancak 19. yüzyılın sonlarında ABD'de bu hak resmen reddedilmiştir (Jones 2007, 212). Bunun en önemli nedeni, bu şiddetin toplum tarafından kabul gören meşru bir şiddet sayılması ve özel alana ait kabul edilmesidir.

Şiddet gören kadınların çoğu zaman bunu çok yakın çevresinden görmesi, şiddet gördüğü kişiden korkması, sosyal ve kültürel olarak kabullenmişlik<sup>4</sup> ve dışlanmaktan çekinmesi, ekonomik ve sosyal bağımlılık<sup>5</sup> gibi etkenler nedeniyle çoğu zaman eviçi şiddet hukukî başvuru konusu dahi edilememekte ve hukuk bu bakımdan da etkili bir araç olarak işletilememektedir.

Kadına karşı şiddetle ilgili hukukî durum hakkında kapsamlı bir değerlendirme yapılabilmesi için bir sosyal gerçeklik olan ve bu kadar yaygın olan bu tür şiddetin nedenlerini de tartışmak gerekmektedir. Bu konudaki görüşler temelde üç kategoride incelenebilir: Birinci teori, bireye odaklanarak bu şiddeti uygulayan kişilerin bireysel

<sup>3</sup> Bkz. Başvuru no: 33401/02

<sup>4</sup> Uluslararası literatürde posttravmatik stres bozukluğu türü olarak şiddet gören kadın sendromu ve bu tür kadınların kendilerine şiddet uygulayanla beraberliklerini bu şekilde sürdürmeleri üzerine çok sayıda çalışma mevcuttur. Bkz. Walker (1979).

<sup>5</sup> Daha bağımlı bir ilişki biçimi ve Türkiye özelinde dikkat çekilmeyen bir konu da dezavantajlı konumdaki kadınların daha fazla şiddete uğrama potansiyeli olduğu ve pek çok zaman bunların görünmemesidir. Örneğin ABD'de yapılan çeşitli araştırmalara göre engelli kadınların gördüğü şiddet çoğu zaman hukukî yollara başvurulmadığından fark edilmemekte; bu kişiler zaten dezavantajlı konumda oldukları için bu şiddetin etkileri de daha fazla olmakta ve bu kadınların şiddete karşı çıkma ihtimali de daha düşük olmaktadır. Benzer şekilde bir ülkede kimlikleri yüzünden dezavantajlı olan kadınlar da kadına yönelik şiddetin görünmeyen yüzü niteliğindedir. Bkz. Jones (2007, 211); Rivera (1994, 231); Gabriel, (2007).

özellik ve koşullarının şiddete sebep olduğunu belirtirken, ikinci teori kişinin yetiştiği çevre ve ailesinin bu şiddete etki ettiğini belirtir. Üçüncü teori ise daha geniş kapsamlı bir çerçeve geliştirerek sosyal yapıyı açıklama olarak kabul eder (Amirthalingam 2005, 695). Hukuk reformunun üzerinde şekilleneceği bir temel olması bakımından bu teorilerden hangisinin daha etkili bir hukuk sistemine olanak tanıyacağı düşünüldüğünde sosyal yapıyı dikkate alan teori daha etkili olabilecektir. Feminist teoride sıklıkla ifade edildiği gibi, bu konunun bir sapkınlık ya da kişisel özelliklerden kaynaklı bir konu olduğunu kabul etmek konuya sınırlı ve özel alana ilişkin bir konuymuş gibi bakılmasına neden olacaktır. Oysa kadına karşı şiddetin kökeninde bu şiddete kültürel ve hukukî olarak kabul veya hoşgörü bulunması ve toplumsal cinsiyet rollerine ilişkin modeller yatmaktadır. Bu nedenle sosyal yapıya ilişkin teori, toplumsal cinsiyetin dikkate alınmasına daha elverişli bir değerlendirmeye olanak tanıyacak ve kadına karşı şiddetin özel alandan kamusal taşınmasını ve bir aile meselesi değil, hukukun konusu ve insan haklarına ilişkin bir sorun olarak kabul edebilmesini sağlayacak bir bakış açısıdır (Amirthalingam 2005, 696). Sosyal yapıyı dikkate alan bir hukuk sistemi, kadına karşı şiddetin kaynağında yer alan kadınla erkek arasındaki eşitsiz güç ilişkisini dikkate alarak yasal düzenlemelerde usulî eşitliğin yeterli olmayacağını ve gerçek eşitliğin sağlanması için dikkate almak zorundadır. Bununla birlikte, sosyal yapının dikkate alınması kadına karşı şiddet konusunda kültürel rölativizm gibi anlaşılmamalıdır. Özellikle çokkültürlü ülkelerdeki birçok çalışmada ortaya çıkan bulgular göstermiştir ki kadına karşı şiddet kültürel farklılıklardan bağımsız biçimde varlığını sürdürmektedir; dünyanın çok farklı kültürel özelliklere sahip pek çok ülkesinde temel bir sorun olarak aynı şekilde yaşanmaktadır. Bu tür bir kültürel rölativizm, kadın haklarının taviz verilmeyecek şekilde ve evrensel olarak korunmasının önünde de engel oluşturabilecek ve farklı koruma standartlarının oluşması ya da uluslararası normların reddedilmesine gerekçe olarak kullanılabilir olması nedeniyle ötürü özellikle reddedilmesi gereken bir yaklaşımdır.

Kadına karşı eviçi şiddet konusunda doksan ülkede çalışma yürüten Levison'un saptamasıyla bir ülkede kadına karşı şiddeti etkileyen faktörler dört noktada toplanmaktadır: (1) Cinsiyete dayalı ve ekonomik eşitsizlikler, (2) Şiddet vakalarının çözülme yöntemi, (3) Erkeğe gemen bakış açısına sahip idari makamlar, (4) Kadın için boşanma sınırlandırmaları. Bu faktörler bir ülkede ne kadar olumsuzsa kadına karşı şiddet de o oranda artmakta, aksi durumda ise azalmaktadır (Levinson 1989). Bu tür farklılıklara rağmen kadınlara yönelik bu tür şiddet evrensel nitelikte görülmeli ve bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu nedenle, kadına karşı eviçi şiddet uluslararası normların güvencesi altında ve bir insan hakkı sorunu olarak görülmelidir. <sup>6</sup> Çünkü eviçi şiddet, ancak hukuk sistemleri tarafından yapılan özel/kamu ayırımının giderilmesi ve kadını eviçi şiddet döngüsünün içine hapseden kültürel yapılardan uzaklaştırılarak engellenebilir. Bu noktada da yasalarda kadın-erkek arasında eşitsizliği giderici mekanizmalar geliştirilmesi, bunların uygulanması aşamasında

<sup>6</sup> Öğretilerde kadına karşı şiddeti sağlık hakkı kapsamında değerlendiren görüşler mevcutsa da kanımızca sağlık hakkı, meselenin kadın-erkek eşitsizliği bağlamında değerlendirilmesi bakımından yeterli bir bakış sağlamamaktadır. Bu yönde bir görüş için bkz. Hanna (2011, 127-148).

## II. Kadına karşı şiddeti önlemeye yönelik hukukî düzenlemeler

da yargıcın hukuk yaratıcı/yorumlayıcı işlevi ile yürütme organının yasaları eksiksiz uygulaması büyük önem taşımaktadır. Ancak bu, uluslararası insan hakları normlarının kadın konusunda yeterli olduğu anlamına gelmemektedir; insan hakları normlarının da feminist eleştiri kapsamında yeniden gözden geçirilmesi gerekmektedir (Amirthalingam 2005, 705).

Hukukî anlamda kadına yönelik şiddetin en önemli ve bu çalışmada incelenecek özelliği, uzun süre bu tür eylemlerin hukuk alanının dışında, tamamen özel alana ve özel hayata ilişkin, devletin ve hukukun müdahale etmediği/etmemesi gereken bir alan olarak görülmesidir. Bunun en önemli nedeni, hukukun erkekegemen biçimde şekillenmesi, sosyal gerçeklikle hukuk arasındaki ilişkide toplumsal cinsiyet merkezli bir bakış açısı geliştirilmemesi ve bunun sonucunda hukuk tarafından yapılan özel/kamusal ayrımı konusundaki algıdır. Kamusal alanın erkekegemen bir alan olduğu, kadının ise özel alana ait olduğuna ilişkin temel bir algının yansımaları sonucunda özel/ kamu ayrımı hukuk tarafından da benimsenmiştir. Bu bağlamda ayırım, aslında kadın ve erkeğin rollerine ilişkin bir bakış açısını da yansıtır (Meyersfeld 2003, 384). Bu ayırım sonucunda eviçi şiddet özel alana ilişkin kabul edilerek kamusal müdahale gerektirmeyen bir durum haline gelmiş, hatta bu tür bir müdahale özel hayata müdahale olarak kabul edilmiş ve hukuk tarafından düzenlenmemesine neden olmuştur. Bunun dışında, hukuk sistemleri, eviçi şiddetin diğer şiddet türlerinden farklı olduğunu gözetmeyerek kadının faili tahrik ettiği veya isterse bu şiddetten kurtulabileceği gibi varsayımlara sahip olmuş; bu nedenle yapılan yasal düzenlemelerin yanında yargı kararları da ihtiyaçları karşılamaktan uzak kalmıştır.

Bu konudaki yoğun çabalar sonucunda özellikle son yirmi yılda pek çok ülkede ve Türkiye’de belli oranda gelişme kaydedilerek reformlar yapılmıştır.<sup>7</sup> Çağdaş olma iddiasındaki bütün ülkelerde kadına karşı eviçi şiddetin ayrımcılık anlamına da gelen ve eşitsizliği derinleştiren bir insan hakkı sorunu olduğu kabul edilmiştir. Hatta dünyada bugün yoğun biçimde tartışılan nefret suçları kapsamında kadına karşı eviçi şiddetin bir toplumsal cinsiyet merkezli nefret suçu olarak kabul edilmesi ve bu doğrultuda cezalandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin 1994 yılında ABD’de çıkarılan Kadına Karşı Şiddet Yasası (Violence against Women Act) bir ayırım yaparak eğer kadına karşı şiddet eyleminin toplumsal cinsiyet merkezli yapıldığı saptanırsa bunun bir ayrımcılık içerdiği ve federal medenî hakların ihlali anlamına geldiği kabul edilerek federal bir suç haline geleceği kabul edilmiştir (Goldscheid 2005, 683).

Bu reformların en önemli nedenlerinden biri de feminist hareketlerin de etkisiyle uluslararası toplumda konunun yoğun biçimde ele alınması ve artık kadına karşı şiddetin ulusal bir mesele olmaktan öte insanî ve tüm dünyayı ilgilendiren bir sorun olduğunun kabul edilmesidir.

### a. Uluslararası alandaki düzenlemeler

Kadın hakları alanında en eski ve önemli uluslararası sözleşme, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen sekiz temel insan hakları sözleşmelerinden biri olan 1979 tarihli ve Türkiye’nin 1985 yılında taraf olduğu “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi

<sup>7</sup> Türkiye’ye benzer kültürel sorunlar yaşanan iki ülkeyi, Singapur ve Malezya’yı inceleyen bir çalışma için bkz. Amirthalingam (2005, 683-708).

Sözleşmesi”(CEDAW)dir. Sözleşme, taraf devlet sayısının çokluğu ve kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için devletlere önemli yükümlülükler getirmesi nedeniyle en önemli sözleşmelerden biri olmakla birlikte doğrudan şiddete yönelik hükümler içermemektedir. Ancak, bu sözleşmede yer alan “ayrımcılığın önlenmesi” kavramı geniş yorumlanarak kadına karşı şiddetin kadınların erkeklerle eşit hak ve özgürlüklerden faydalanabilmelerini engelleyen bir ayrımcılık türü olduğu CEDAW Komitesi’nin tavsiye kararlarında da açıkça belirtilmiştir.<sup>8</sup>

Zaman içerisinde Birleşmiş Milletler bünyesinde kadına yönelik şiddetle ilgili çeşitli raporlar ve toplantılar gerçekleştirilmiş; 1989 yılında Kadına Karşı Eviçi Şiddetin Önlenmesine ilişkin bir rapor hazırlanmış; 1993 yılında BM Genel Kurulu tarafından Kadına Yönelik Şiddetin Ortadan Kaldırılması Hakkında Bildirge (DEVAW)<sup>9</sup> yayınlanmıştır. Bu Bildirgenin 2. maddesinde eviçi şiddetin kapsamı ilk defa bir uluslararası normda tanımlanmış ve eviçi şiddetin bunlarla sınırlı olmaksızın aşağıdakileri içerir biçimde anlaşılması gerekeceği belirtilmiştir:

- a. Dayak ve hırpalama, ev halkı dahil kız çocuklarının cinsel suiistimali, drahoma bağlantılı şiddet, evlilik içi tecavüz, kadın cinsel organını sakatlama veya kadına zarar veren diğer geleneksel uygulamalar, eş haricinde (ev halkına dahil) kişilerce uygulanan şiddet, sömürüyle bağlantılı şiddet dahil olmak üzere aile içinde meydana gelen fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet;
- b. Tecavüz, cinsel suistimal, iş yerinde, eğitim kurumlarında veya diğer yerlerde meydana gelen cinsel taciz ve sindirme, kadın ticareti ve fahişeliğe zorlama dahil olmak üzere genel olarak toplum içinde meydana gelen şiddet;
- c. Nerede olursa olsun devlet tarafından işlenen veya göz yumulan fiziksel, cinsel veya psikolojik şiddet.<sup>10</sup> Bildirge, bağlayıcı ve yaptırımı olan bir norm niteliğinde olmamakla birlikte, devletlerin eviçi şiddeti önlemek, kadınlara destek olmak ve şiddetin sonuçlarını gidermek konusundaki pozitif yükümlülüklerini belirtmesi anlamında önemlidir.

1993 yılında kadına karşı şiddetin incelenmesi ve değerlendirilmesi için özel raportör atanması ile başta 1997’de Radhika Coomarasamy ve 2003’te Yakın Ertürk’ün raporları bu konudaki farkındalığın artırılmasında önemli rol oynamış; devletlerin hem yasal düzeyde, hem de yasaların uygulanması aşamasında yapması gerekenlerle ilgili öneriler içermiş ve eviçi şiddetin başka sözleşmelere konu olmasını sağlamışlardır.

<sup>8</sup> Bkz. CEDAW Komitesi 1989 tarihli (12) sayılı Genel Tavsiyesi ile 1992 tarihli (19) sayılı Genel Tavsiyesi.

<sup>9</sup> Bildirge için bkz. on the Elimination of Violence Against Women <http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/%28symbol%29/a.res.48.104.en>

<sup>10</sup> Bildirgenin Türkçesi için bkz. [http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara\\_karsi\\_siddet/siddet\\_kadinlara\\_yonelik\\_siddetin\\_ortadan\\_kaldirilmasina\\_dai.pdf](http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/kadinlara_karsi_siddet/siddet_kadinlara_yonelik_siddetin_ortadan_kaldirilmasina_dai.pdf)

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Nisan 2002 tarihli 2002/5 sayılı Tavsiye Kararında<sup>11</sup>, üye devletlerin, şiddet mağdurlarının güvenliğinin sağlanması ve korunması, ceza hukukunun ve medeni hukukun bu doğrultuda yeniden ele alınması, kamusal bilincin artırılması, kadına yönelik şiddetle karşı karşıya kalan meslek sahiplerinin eğitilmesi ve şiddetin önlenmesine dayalı olarak şiddete karşı ulusal politikalar üretilmesi gibi ihtiyaçları dile getirilmiş; ayrıca eviçi şiddete ilişkin hukuki düzenlemelerin nasıl olması gerektiği konusunda da tavsiyelere yer verilmiştir.

Benzer şekilde, 1980'lerden itibaren çok sayıda uluslararası kadın konferansları, BM bünyesinde Beijing Beyanname ve Hareket Platformu, Amerika kıtasındaki ülkelerce imzalanan Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerikan Devletleri Sözleşmesi, Haziran 2000'de New York'da *Kadının İnsan Hakları Projesi* çerçevesinde yapılan özel oturumda kararlaştırılan *Birleşmiş Milletler Pekin+5 Sonuç Belgesi* ve benzeri uluslararası metinlerde kadına karşı şiddet tanımlanmış ve bu şiddetin engellenmesi bakımından devletlere çeşitli yükümlülükler getirilmiştir.

Konuyla ilgili çok sayıda konferans, tavsiye kararı ve benzeri metin oluşturulmuşsa da bu uluslararası metinler içinde Türkiye bakımından en yeni ve doğrudan konuyu düzenleyen norm Mayıs 2011'de İstanbul'da imzaya açılan ve Avrupa Konseyine üye 13 ülke tarafından imzalanan "Kadına Yönelik Şiddet ve Eviçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi"<sup>12</sup>dir. Sözleşme, diğer uluslararası normlardan farklı olarak, kadına yönelik şiddeti ilk kez açıkça insan hakkı ihlali ve ayrımcılık olarak tanımlayan bağlayıcı bir uluslararası norm niteliğindedir. Sözleşmenin uygulanmasını denetleyecek bir mekanizmaya da yer verilmiş ve devletler kadına karşı şiddetin önlenmesi bakımından "önleme", "yargılama", "koruma" ve "politika" olmak üzere dört başlık altında yükümlü kılınmıştır. Sözleşme, diğer uluslararası metinlerden farklı olarak uzmanların eğitimi, sığınma evleri, gerekli yasal değişiklikler, eşitliğin yaşama geçirilmesi için izlenecek politikaların üretilmesi gibi somut öneriler getirmektedir. Sözleşmenin getirdiği yükümlülükleri gerçekleştirmek için Türkiye'de önemli reformlar yapılması gerekmektedir.

Bunların dışında temel bir insan hakları belgesi olarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan kadınlara yönelik bir hükme ya da eşitlik ilkesine yer verilmemişse de sözleşmenin farklı maddelerinde eşitlik ilkesinin çeşitli görünümüne rastlamak mümkündür. Eşitlik ilkesi temelde ayrımcılık yasağı ve maddi anlamda eşitliğin sağlanması olmak üzere iki yönüyle ele alındığında ayrımcılık yasağı kısmı sözleşmenin ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesi ile Ek 12. protokolün 1. maddesinde yer alan ayrımcılığın genel olarak yasaklanması hükümlerinde düzenlenmiştir. Maddi anlamda eşitliğin sağlanması kapsamında ise 7 no. lu protokolün 5. maddesi, 6. maddedeki adil

<sup>11</sup> Tavsiye kararının asıl metni için bkz. <https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?id=280915>

<sup>12</sup> <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/HTML/DomesticViolence.htm> (Sözleşmenin gayriresmî çevirisine [www.ihop.org.tr](http://www.ihop.org.tr) adresinden ulaşmak mümkündür.)

## b. Türkiye'deki düzenlemeler

yargılanma hakkı kapsamında silahların eşitliği, AİHM'in içtihadı doğrultusunda 1 no. lu protokolün 3. maddesinde yer alan serbest seçim hakkı kapsamında eşitliğe ilişkin hükümler yer almaktadır.<sup>13</sup>

Bunların dışında, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmelerde yer alan sağlık, yaşam hakkı, işkence yasağı gibi hükümler de kadına karşı şiddet konusunda dikkate alınacak normlardır.

Eviçi şiddetle ilişkilendirilebilecek Anayasal hükümler, 17. maddedeki “yaşam hakkı”, 10. maddede düzenlenen “kanun önünde eşitlik” ve “Ailenin Korunması” başlıklı 41. maddesinde yer alan hükümdür. 41. maddeye göre “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, teşkilâtı kurar.” Maddeye 2010 yılında eklenen son fıkrada çocuklara karşı şiddetin önlenmesi için “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır” hükmü eklenmiştir.

Anayasa'da yer alan bu hükümlerin eviçi şiddeti önlemek bakımından ilkesel olarak bile uzak olduğu açıktır. Her şeyden önce, aşağıda da değinilecek ve eviçi şiddetin “aile” kapsamında ele alınması, diğer yandan kadının da ancak “ana” sıfatıyla korunmaya değer görülmesi yetersiz bir yaklaşımdır.<sup>14</sup>

Bununla birlikte hukuk sistemlerinde Anayasaların temel ilkeleri belirtmek işlevi olan genel hükümler içerdiği ve genellikle doğrudan uygulanabilir hükümler olmaması dikkate alındığında asıl önemli olan doğrudan uygulamayı belirleyecek yasaların içeriğidir. Türkiye'de de dünyadaki örneklere benzer şekilde uzun süre kadına karşı eviçi şiddet, hukuk tarafından görmezden gelinen bir “aile meselesi” olarak görülmüş; eğer yargıya taşınırsa da ceza hukuku kapsamında yer alan yaralama ve öldürme gibi genel suç tipleri bu fiiller için de uygulanmıştır. Bununla birlikte, 765 sayılı eski Ceza Kanunu, özellikle kadının korunması ve ayrımcılık yasağı bağlamında eleştirilen bir yasa olmuş; 26. 09. 2004 tarihli 5237 sayılı Ceza Kanunu eski kanuna göre kadın-erkek eşitliği ve kullandığı dil bakımından daha olumlu düzenlemeler getirmiştir. Bazı suçların eşe karşı işlenmesinin ağırlaştırıcı neden olması, evlilik içi tecavüzün suç olarak kabul edilmesi, eskiden eşitsizlik içeren belli suçlarda değişiklikler yapılması veya tamamen kaldırılması<sup>15</sup> gibi değişiklikler ilk akla gelen gelişmelerdir.

<sup>13</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Altwicker (2011, 121-397).

<sup>14</sup> Bu nedenle İngilizce'de kavram önceleri “family violence” sözcüğüyle ifade edilirken daha sonra “domestic violence” sözcüğüyle ifade edilmeye başlanmıştır. Ancak, Türkçe'de konu hala “aile” kapsamında bir sorun olarak ele alınmakta ve evlilik dışındaki ilişki biçimlerinde yaşanan şiddet sanki konunun dışına atılmaktadır.

<sup>15</sup> Bu çalışmanın sınırlarını aşmakla birlikte, ırza geçme suçunda evlenmenin erteleme ve düşme nedeni olmasına ilişkin hükmün, evli/bekar veya bakire olan/olmayan ayrımı ifade eden çeşitli suçların, karı-koca arasında kötü muameleyi şikayete bağlı suç sayan ve gayrimeşru çocuğa ayrımcılık yapan hükümlerin kaldırıldığını da belirtmek gerekir.



Eviçi şiddet bakımından daha doğrudan ve şiddetin önlenmesi bakımından daha etkili olabilecek yasa ise 1998 yılında çıkarılan Ailenin Korunması Hakkında Kanun'dur. İki yasanın amaç ve yöntemler bakımından önemli farkları olduğunu ve birbirlerinin alternatifi olmadıklarını da burada belirtmek gerekir. Ceza yasasının kadına karşı eviçi şiddet bakımından uygulanabilecek hükümleri suç işlendikten sonra devreye girer ve cezalandırmanın temelinde var olan toplumsal düzeni sağlama, ödetme, ıslah, caydırıcılık vb. unsurları içerir. Oysa Ailenin Korunması hakkında Kanun'un amacı bundan bağımsız olarak şiddetin önlenmesi veya devam etmesini engellemektir ve bu bakımdan hem aile ilişkilerini düzenleyen medeni hukuktan farklı özelliklere sahiptir, hem de ceza hukukundan farklı bir amaca yönelir. Bu nedenle iki yasanın uygulanmasında mahkemeler tarafından uygulanan yöntemin de farklılaşması ihtiyacı vardır. Ceza yargılamasında uzun bir sürecin sonunda somut deliller bulunması halinde cezalandırmaya yönelik hapis, para cezası gibi cezalar gündeme gelirken ailenin korunmasına yönelik yargılamada daha kısa sürede verilmesi gereken ve şiddeti önleyebilecek nitelikte evden uzaklaştırma, tedbir nafakası gibi daha farklı nitelikte yaptırımlar öngörülmüştür. Bu gibi farklılıkları nedeniyle iki kanun ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

### 1. Ceza Kanunu'ndaki ilgili suçlar

Ceza Kanunu'nda yer alan ve kadına karşı eviçi şiddet bakımından önemli suç tipleri şunlardır:

- i. *Kötü muamele*: Eski kanunda yer alan kötü muamele suçu yeni kanunda 232. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." Kötü muamele suçu, yaralama, tehdit, sövme, cinsel saldırı gibi kanunun başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan ve muhatabına karşı merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemi kapsayan geniş bir suç tipidir. Yargıtay tarafından yapılan tanıma göre kötü muamele; "müessir fiil oluşturmayan ve aynı zamanda terbiye ve disiplin araçlarını kötüye kullanma biçiminde kendisini göstermeyen, ancak beden bütünlüğüne zarar veren hürriyeti ve haysiyeti esaslı biçimde rencide eden fiiller"dir. Yargıtay tarafından öğretinin görüşlerine de dikkat çekilerek küfür, beden kabiliyetleri ile bir oran halinde bulunmayan ağır hizmetler yaptırmak, çıplak gezdirmek, gece sokakta yatırmak, aç susuz bırakmak gibi hareketlerin kötü muamele suçunu oluşturduğu, belirli bir muamele tarzının kötü muamele olup olmadığı belirlenirken, yapan ile ona katlanan arasındaki ilişki ve hayat tarzının gözden uzak tutulmaması gerektiği ileri sürülmüştür.<sup>16</sup>

Yeni kanundaki en önemli değişiklik, bu suçun aile bireylerine karşı işlenmesi halinde suçu şikayete bağlı hale getiren fıkranın maddenin yeni halinde yer almamasıdır.

- ii. *Eziyet*: Türk ceza hukukuna yeni bir suç tipi getiren 96. maddeye göre "Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi

<sup>16</sup> Karar için bkz. YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2001/4-165, K. 2001/195, T. 2. 10. 2001

hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.” Aynı maddenin ikinci fıkrasının (b) bendine göre bu suçun eşe karşı işlenmesi hâlinde ceza ağırlaştırılarak cezası üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası haline getirilmiştir. Maddenin gerekçesinde suçun niteliği açıklanmıştır: “Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arz eder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır.”

Suçun üçüncü bölümde işkence ve eziyet başlığı altında düzenlenmesine bakıldığında bu suç tipinin geliştirilmesinin nedeninin, memur olmayanlar tarafından işlenen işkence niteliğindeki hareketlerin yaptırım altına alınmak olduğu görülmektedir.

iii. *Kasten yaralama*: 86. maddeye göre “Kasten başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Aynı maddenin ikinci fıkrasının (a) bendine göre bu suçun eşe karşı işlenmesi halinde ceza iki yıldan beş yıla kadar olacaktır. Ancak 88. maddeye göre kasten yaralama fiilinin kişi üzerindeki etkisinin basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçüde hafif olması hâlinde suç şikayete bağlı hale gelmekte ve faile dört aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası verilebilmektedir. İleride ayrıntılı olarak değinileceği gibi, uygulamada kadına karşı eviçi şiddette yaşanan en önemli sorunlardan birisi toplumsal ve psikolojik baskı ya da korku gibi nedenlerle şikayete bağlı suç durumlarında şiddet gören kadınların şikayetlerini geri çekmeleridir. Türk Ceza kanunu'nda değişiklik yapan 5328 Sayılı Kanunla 86. madde değiştirilerek kasten yaralamanın eşe karşı işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın verilecek cezanın yarı oranda artırılacağı düzenlenmiştir.

iv. *Cinsel saldırı*: 765 sayılı eski Ceza Kanunu ırza geçme veya tasatti suçları bakımından bir sınırlandırma getirmemişse de bu suç tipinin evlilik içinde işlenemeyeceği yönünde bir içtihat bulunuyordu. 5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde ise cinsel saldırı suçunun eş tarafından işlenmesi de mümkün hale getirilmiş; ancak şikayete bağlı olarak düzenlenmiştir.

Bunlar dışında, ceza hukuku reformunun kadına karşı eviçi şiddet bakımından olumlu etkilerinden birisi de mağdur için de avukat isteme imkanının getirilmesidir. 1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda sadece sanık için müdafî mecburiyeti öngörülen haller bulunmaktayken yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 234. maddesine göre, vekili bulunmayan mağdurun da baro tarafından kendisine bir avukat görevlendirilmesini isteme yetkisi vardır.

## 2. Ailenin Korunmasına Dair Kanun<sup>17</sup>

Bu düzenlemeler doğrultusunda kadına karşı şiddetin çeşitli türleri bakımından cezaî yaptırım öngörülmüşse de öğretilerde eviçi şiddetin kendin özgü nitelikleri dikkate alınarak özel bir suç tipi olarak düzenlenmesi gerektiği savunulmaktadır.

Eviçi şiddet konusunda en önemli özel yasa, 17. 01. 1998 tarihinde yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dur. Yasa, "eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hâkimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen" belli tedbirler alabilmesini öngörmüştür. Yasa'nın 1. maddesine göre bu tedbirler; (a) kusurlu kişinin aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması, (b) müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması, (c) aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi, (ç) Aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi, d) Varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesi, e) Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması, f) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması şeklinde olabilecektir. Yargıç, ayrıca tedbir nafakasına da re'sen hükmedebilecektir.

Yasada bu tedbir kararlarına uyulmasını sağlamak amacıyla 2. maddede bu kararlara uyulmaması durumunda uygulanacak yaptırım da düzenlenmiştir: Koruma kararına uyulmaması halinde durum genel kolluk kuvvetleri tarafından şikâyete gerek kalmaksızın re'sen soruşturma yapılarak en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirilecek ve savcılık Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açacaktır. Bu durumda fiil başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Kanun yürürlüğe girdiği tarihten sonra 26/4/2007 tarihli 5636 sayılı yasayla yapılan değişiklikle kanunun kapsamında failerin sadece eş değil, diğer aile üyeleri de olabileceği düzenlenmiş,<sup>18</sup> ayrıca savcının re'sen harekete geçebilmesinin önü açılmıştır.

Yasaya yöneltilen ilk eleştiri yasanın başlığına ilişkindir. Yasanın başlığının ailenin korunmasını içermesi, Türkiye'de pek çok mahkeme kararında da gözlemlenebilecek kadını bir birey olarak değil, "ailenin bir ferdi" sıfatıyla yani, "aileyi korumak için korumak" yaklaşımını yansıtmaktadır. Ancak yasaya ilişkin bu bağlamda getirilen en

<sup>17</sup> Bu yazı hazırlandıktan sonra bu yasa yürürlükten kaldırılarak 8.3.2012 tarihli 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 20.3.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Burada bahsedilen sorunların bir kısmı bu yasayla ortadan kalkmıştır.

<sup>18</sup> Maddenin ilk haline karşı Anayasa Mahkemesi'ne eşitlik ilkesine aykırılık iddiasıyla başvurulmuşsa da eşler ile diğer aile üyelerinin aynı statüde olmadığı gerekçesiyle mahkeme bu başvurunun reddine karar vermişti. Bkz. E. 1999/35, K. 2002/104, 12. 11. 2002.

önemli eleştirisi, yasanın evlilik dışı birliktelikleri ve boşanmış kadınları kapsamamasıdır.<sup>19</sup> Ayşe Paşalı cinayeti ve evlilik bağı olmaksızın ilişkisi olan erkeklerce öldürülen pek çok kadının gördüğü şiddette açıkça görüldüğü gibi, kadına karşı eviçi şiddetin sadece evlilik içi olarak tanımlanması sorunun çözülmesi bakımından bir grubu dışarıda tutmakta; adeta boşanan ya da evli olmayan kadınları korunmaya değer görmemektedir.<sup>20</sup>

Yasanın uygulanmasındaki bir sorun da yasada koruma kararı verilmesi için bulunması gereken delillere ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamasına rağmen yargıçların koruma tedbirini herhangi bir ceza yargılaması gibi algılayarak delil olmadan koruma kararı vermemeleridir. Bazı yargıçların delil isteyip bazılarının istememesi nedeniyle yaşanan çelişkiler ve delil istenmesi halinde yaşanan gecikmeler kadının korunması bakımından etkili bir sistem kurulmasının önünde engel oluşturmaktadır.<sup>21</sup> Bu konunun önemi nedeniyle Birleşmiş Milletler'in çıkardığı kadına karşı şiddetle ilgili yasama faaliyetleri için el kitabında da delil konusu düzenlemiş ve ilgili mevzuatta mağdurun ifadesinin yeterli görülmesi gerektiği ve bu ifadenin ardından tıbbi, polisiye ya da diğer türlü bağımsız delil talep edilmemesi gerektiği özel olarak belirtilmiştir.<sup>22</sup>

Yasanın etkili uygulanmasının yolu, özellikle kolluk kuvvetleri ile yargıç ve savcıların konu hakkında bilinçlenmeleri ve yaklaşımlarının değiştirilmesidir. Türkiye'de yapılan pek çok saha çalışmasının gösterdiği gibi, eviçi şiddet sadece sıradan vatandaşlar tarafından değil, kadınları korumakla yükümlü kolluk kuvvetleri ve hatta adli makamlar tarafından bile bir aile meselesi olarak ya da meşru görülebilmekte; kadınların yaptığı başvurular sonuçlandırılmamaktadır.<sup>23</sup> Bu nedenlerle CEDAW Komitesi, son iki Türkiye raporunda

<sup>19</sup> Aile Mahkemesi yargıçları tarafından amaçsal yorum yoluyla maddenin kapsamı genişletecek nitelikte kararlar verilmişse de bu yorum türü Yargıtay tarafından benimsenmemiştir. (Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E. 2009/7-131, K. 2009/284, T. 8. 12. 2009) Bu yönde bir karar veren yargıcın yasayla ilgili değerlendirmeleri için bkz. Eray Karınca, "Ailenin Korunması Kanunu'ndaki Değişiklik Hakkında", <http://bianet.org/bianet/bianet/106837-ailenin-korunmasi-kanunundaki-degisiklik-hakkinda>

<sup>20</sup> Türkiye'de bu durumun altında yatan nedenler açıkça belirtilmekten kaçınılsa da benzer bir durum ve bakış açısını bazı Asya ülkelerinde de görmek mümkündür. Örneğin Malezya'da konuyla ilgili bakan açıkça evlilik dışındaki ilişki biçimlerini teşvik etmek istemediklerini belirterek bu gruplara bir koruma sağlanmamasının bilinçli bir tercih olduğunu açıklamıştır. Bkz. Amirthanlingam (2005, 691).

<sup>21</sup> Delil istenen bazı durumlar hakkında şiddet gören kadınların ifadeleri için bkz. İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Mayıs 2011 tarihli "Kocandır, Döver De, Sever De: Türkiye'de Aile İçi Şiddet ve Korumaya Erişim" başlıklı raporu, s. 36-37.

<sup>22</sup> El kitabı için bkz. Handbook for Legislation on Violence against Women, 48. <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>

<sup>23</sup> Özellikle polislerin çeşitli olaylarda verdikleri tepkilere ilişkin bkz. İnsan Hakları İzleme Örgütü'nün Mayıs 2011 tarihli Kocandır, Döver de, Sever de: Türkiye'de Aile İçi Şiddet ve Korumaya Erişim, 30-33. [http://www.bianet.org/files/doc\\_files/000/000/223/original/hrw\\_%C5%9Fiddet\\_raporu.pdf](http://www.bianet.org/files/doc_files/000/000/223/original/hrw_%C5%9Fiddet_raporu.pdf)

### III. Kadına karşı şiddetin önlenmesi ve etkilerinin giderilmesinde devletin rolü

Türkiye'ye Ailenin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasına odaklanması yönünde özel bir talepte bulunmuştur.<sup>24</sup>

Bunların dışında, aile mahkemelerinin ve savcılıkların teşkilat anlamında yetersizliği, acil durumlarda başvurulmasını mümkün hale getirecek nöbetçi hakimlik gibi bir uygulamanın olmaması, nafakaların genellikle ödenmemesi ve bu durumda kadını korumaya yönelik mekanizmaların bulunmaması gibi olumsuz etkenler yasanın uygulanmasını güçleştiren ve kadınların etkin korunmasının önündeki önemli engeller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu yasada değişiklik yapılması ihtiyacı seçim öncesinde hem anamuhalefet hem de iktidar partisi tarafından dile getirilerek çeşitli teklifler<sup>25</sup> hazırlanmışsa da bunların yasalaşması gündeme gelmemiştir.

Kadına karşı eviçi şiddetin yukarıda da değinilen en önemli özelliği eşitsiz güç ilişkisi ve mağdurunun yeterli araçlara sahip olmaması nedeniyle bu şiddetin genellikle tekrar etmesidir. Şiddet mağduru kadın, kendisine yönelen tehdit karşısında bu şiddetten kaçtığı daha büyük şiddetle karşılaşmaktan endişe etmektedir. Bunun dışında, eviçi şiddetle yoksulluk ve ekonomik bağımlılık birlikte değerlendirildiğinde kadının bu şiddetten kaçtığı halde ekonomik anlamda hayatını sürdürmesi de zor olabilmektedir. Bunun üzerine kültürel koşullar da eklenerek kadının barınma ihtiyacını karşılama gücünün eviçi şiddetin bir kısır döngü şeklinde devamına neden olmaktadır. Bu nedenle de, eviçi şiddet konusunda devletin rolü diğer şiddet türlerinde olduğu gibi ceza hukuku aracılığıyla cezalandırma tehdidinin ötesinde olmak zorundadır. Bu zorluklar dikkate alındığında eviçi şiddetin önlenmesi için devlet, kadının şiddete uğramasını engelleyecek önlemleri almanın yanısıra şiddete uğradığında ve şiddetten kaçtığı güvenliğini sağlamak üzere kadının korunmasını içeren önlemler almalı, eviçi şiddetten uzak kaldığı anda hayatını sürdürebileceği maddi ve fiziki koşulların oluşturulması için gerekli önlemleri almalıdır.<sup>26</sup> Bu kapsamda kadına karşı şiddetin önlenmesi dendiğinde cezai takibat dışında iki temel mekanizma akla gelmektedir: Sığınmaevleri ve koruma tedbirleri.

Kadının eviçi şiddetten kurtulabilmesi için en önemli ilk ihtiyaç güvenli bir ortamda barınmasının sağlanması için sığınmaevleri kurulması ya da kadının evde güvenli bir şekilde kalarak şiddet uygulayan eşin evden uzaklaştırılmasının etkin biçimde sağlanmasıdır. Sığınma evleri, kadınların başvurabilecekleri yardım hatları, destek ve danışma merkezleri vb. sosyal hizmetlerin bir parçasıdır ve çoğu zaman kadının sığınmaevine yerleştirilebilmesi bakımından bu sosyal merkezler de büyük önem taşımaktadır. Sığınmaevlerinin beklenen faydayı sağlayabilmesi için kadının sadece barınması ihtiyacından öte sığınmaevinde bilgilendirilme, hukuki ve sosyal destek verilmesi, bundan

<sup>24</sup> CEDAW raporu için bkz. BM Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesine Karşı Komite Nihai Yorumlar: Türkiye, 2010, paragraf 23, <http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/485/60/PDF/N1048560.pdf?OpenElement>

<sup>25</sup> CHP'nin önerdiği teklif için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2-0896.pdf>

<sup>26</sup> Örneğin ABD'de evsiz kadın ve çocuklarının yarısının eviçi şiddetten kaçtığı belirtilmekte ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine ilişkin yasanın özellikle barınma bakımından yetersiz olduğu vurgulanmaktadır. Bkz. Thomas (2004, 292).

sonraki hayatını şekillendirebilmesi için destekleme işlevlerine de sahip olmalıdır. AİHM de kararlarında sığınmaevlerinin önemini sıkça dile getirmektedir; hatta bir kararında devletin etkin koruma mekanizmalarına sahip olup olmadığını değerlendirirken olay bakımından değerlendirme yaptığı gibi devletin etkili mekanizmalara sahip olmadığını bir göstergesi olarak o devletin örneğin reform yapma aşamasında kaç tane sığınmaevi açtığını da değerlendirmiştir.<sup>27</sup>

Türkiye’de 5393 sayılı Belediyeler Kanunu’na göre “Büyükşehir belediyeleri ile nüfusu 50.000’i geçen belediyeler, kadınlar ve çocuklar için koruma evleri açar”. Bu hüküm, belediyelere sığınma evi açmak konusunda bir yükümlülük getiren bir düzenleme olmakla birlikte gereği gibi uygulanmamaktadır. Türkiye’de nüfusu 50. 000’nin üzerinde olan en az 166 yerleşim birimi olmasına karşılık şu an Türkiye’de STK’ların tahminlerine göre halihazırda 52 adet sığınma evi vardır. Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü’ne göre ise 37’si SHÇEK’a ait, 25’i de STK’lar, valilikler ve yerel yönetimler tarafından işletilen toplam 62 adet sığınma evi bulunmaktadır (İnsan Hakları İzleme Örgütü 2011, 43). Bu rakamlar da yasanın etkin biçimde uygulanmadığını ve şiddet gören kadınların başvuracağı yeterli sayıda ve coğrafi olarak erişilebilir sığınmaevi olmadığını açıkça göstermektedir.

Kadınları şiddetten koruyabilmenin önemli bir diğer aracı olan koruma tedbirleri ise diğer mahkeme kararlarından farklı olarak, daha önceki bir eylemi cezalandırmak değil, gelecekte oluşabilecek eylemleri engellemeye yönelik, bu bakımdan da genellikle acil nitelikli kararlardır. Bu kararlar ülkeden ülkeye farklılık gösteren bir içeriğe sahip olmakla birlikte bunların ortak paydası, bir kısmı geçici, bir kısmı kalıcı olmak üzere kadını şiddetten koruyabilecek çeşitlilikte yükümlülükler getiren ve verilmesi için uzun bir yargılamaya veya delil göstermeye ihtiyaç duyulmadan çabuk verilebilen/verilmesi gereken kararlar olmasıdır. Bu kararlarla ilgili asıl sorun, kararların uygulanmasının kolluk kuvvetleri tarafından sağlanması ve uygulanmaması halinde yaptırıma tâbi tutulabilmeleri noktasında görülmekte ve pek çok zaman bu kararlar fail bakımından yeterince caydırıcı olmamaktadır.<sup>28</sup> Bu sorun, sadece Türkiye’de değil, dünyanın pek çok ülkesinde benzer bir şekilde yaşanmakta ve yasalarda reform yapılsa bile bu yasaların kolluk kuvvetleri tarafından uygulanması veya yargıçlar tarafından yorumlanması aşamasında gerekli ilerleme sağlanamamaktadır.<sup>29</sup> Bunun önemli bir nedeni, eviçi şiddetin özel alana ilişkin olduğu ve devletin konusu olmadığına ilişkin algının hala sürmesidir. Bu algının uzantısı olarak, devletin bu konudaki yükümlülüklerin hukuk düzeni tarafından tanınması ve kadına karşı eviçi şiddette şiddetin faili sıfatı olmamasına rağmen devletlerin sorumlu tutulabilecekleri fikri uluslararası mahkemeler tarafından çok yakın zamanda geliştirilebilmiştir. Bu konuda bilinen ilk örnek Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi’nin 1988 tarihinde verdiği

<sup>27</sup> Bkz. A. v. Hırvatistan, Başvuru no. 55164/08, par. 54.

<sup>28</sup> ABD’deki yasa hakkında değerlendirme için bkz. Developments in Law: Legal Responses to Domestic Violence (1993, 1511 vd.)

<sup>29</sup> Texas’ta yapılan bir saha çalışmasındaki benzer sorunlara vurgu yapan bir çalışma için bkz. Truss (1995, 1188 vd.)

*Velasquez Rodriguez v. Honduras* kararıdır. 30 Kararda devletin sorumluluğunun doğrudan eylemin kendisinden değil, devletin gerekli özeni göstermemesinden (*due diligence*) kaynaklandığı belirtilmiş ve bu gerekli özeni gösterme sorumluluğu daha sonraki uluslararası belgelere ve mahkeme kararlarına da yansımıştır. Bu kararından sonra Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi 2001 yılında Fernandes davasında özel yükümlülük ölçütünü ayrımcılık yasağı çerçevesinde geliştirerek kullanmaya devam etmiştir.<sup>31</sup> Benzer şekilde CEDAW Komitesi<sup>32</sup> 2005 yılında A. T.'nin Macaristan'a karşı şikayetinde devletin koruma kararları mekanizması geliştirmede için A. T.'yi eviçi şiddetten korumak için yeterli özeni göstermediğini belirtmiştir (Hasselbacher 2010, 196). Bu doğrultuda 2006 yılında Birleşmiş Milletler bünyesinde hem genel sekreter Kofi Annan, hem de özel raportör Yakın Ertürk tarafından hazırlanan raporlarda devletin eviçi şiddet bakımından gerekli tedbirleri alması konusunda sığınmaevleri açılması, koruma kararları ve nitelikleri, maddi ve manevi içerikli çeşitli destek olanakları, yasalarda yapılacak düzenlemelerin niteliği, ilgili personelin eğitimi gibi konularda belli standartlar geliştirilmiştir.

Bu gelişmelere paralel olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ihlal kararı vermemekle birlikte özel kişilerin eyleminden dolayı devletin sorumlu olabileceğini ilk olarak 1998 yılında Birleşik Krallık'a karşı Osman'ın açtığı davada tanımış;<sup>33</sup> daha sonra 2003'te Bulgaristan aleyhine M. C.'nin başvurusunda Osman kararındaki ölçütleri geliştirerek kişinin yaşama hakkının gerçek ve acil bir risk altında olması durumunda devletin bu riski ortadan kaldırma yükümlülüğünden bahsetmiştir.<sup>34</sup> M. C. davasında tecavüze uğrayan bir kadın, adli makamlara başvurmuşsa da soruşturmanın devamı için çaba harcamamış; bu olayda mahkeme, kadının içinde bulunduğu koşulları dikkate alarak o tarihte hala olayın etkisinde ve korkmuş olduğu gerekçesiyle devletin kadının çabası olmamasına rağmen gerekli önlemleri almadığı için sorumlu tutulması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme bu doğrultuda sözleşmenin 3. ve 8. maddelerinin ihlal edildiğine karar vermiş; 14. madde yönünden inceleme gereği duymamıştır.<sup>35</sup>

Mahkemenin sözleşmeyi yaşayan bir metin olarak ele alması ve içtihadını geliştirmesi sonucunda bu konuda verdiği iki karar ise kadına karşı şiddette devletin sorumluluğu bağlamında bir dönüm noktası oluşturmuştur. İlk önemli karar Bulgaristan'a karşı Bevacqua'nın yaptığı başvuruda verilen karardır.<sup>36</sup> Başvuruya konu olan olayda Bevacqua, eski eşi tarafından defalarca şiddete maruz kalmış ve şikâyetine rağmen son olayda savcılık

<sup>30</sup> Karar için bkz. <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Rodriguez.pdf>

<sup>31</sup> Bu karar hakkında bkz. Hasselbacher (2010, 196-197).

<sup>32</sup> Cedaw İhtiyari Ek protokolü ile CEDAW Komitesi'ne sözleşmenin öngördüğü hakların ihlal edilmesi halinde birey veya grupların şikayetlerini inceleme yetkisi tanınmıştır ve Türkiye de 29. 03. 2003'te bu protokolü tanımıştır.

<sup>33</sup> Osman v. Birleşik Krallık, Başvuru no. 23452/94.

<sup>34</sup> M. C. v. Bulgaristan, Başvuru no. 39272/98.

<sup>35</sup> M. C. v. Bulgaristan, par. 60 vd.

<sup>36</sup> Bevacqua v. Bulgaristan, Başvuru no. 71127/01.

hafif yaralanma olduğu için kovuşturmaya gerek olmadığına karar vermiş ve başvuru AİHS'te yer alan 3, 8, 13 ve 14. maddelerin ihlal edildiğini iddia etmiş; mahkeme 8. maddede yer alan özel hayatın korunmasına ilişkin hükmün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, bu kararında konuyla ilgili 2002 Tavsiye Kararı, Yakın Ertürk'ün 2006 tarihli raporu gibi çeşitli uluslararası belgelere ve İnter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi'nin ilgili kararlarına atıf yaparak devletin eviçi şiddeti önlemek için gerekli özeni gösterme yükümlülüğünü değerlendirmiştir. Bu değerlendirmesinde mahkeme, 8. maddede bahsedilen özel hayata saygı gösterilmesini devlete müdahale etmemek şeklinde negatif bir yükümlülük değil, aynı zamanda bireyler arasında özel alanda gerçekleşen ilişkilere ilişkin önlemler almak şeklinde pozitif yükümlülükleri de içeren bir hak olarak yorumlamıştır. Ancak, kararın ileride bahsedileceği üzere Opuz kararından bir adım geri sayılmasının iki nedeni bulunmaktadır. İlk neden, mahkemenin ulusal makamların hafif yaralanma olması nedeniyle olayı kovuşturmamalarının sözleşmenin ihlali olarak yorumlamaması ve bu tür düzenlemeleri taraf ülkelerin takdirinde kabul etmesidir.<sup>37</sup> İkinci olarak, mahkeme bu kararında ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddeye aykırılık görmemiş ve sadece 8. madde bakımından ihlal kararı vermiştir. Oysa, Bulgaristan ceza hukukundaki bu tür düzenlemelerin pratik sonucu ayrımcılıktır ve kadınların çok ağır yaralanmalar dışındaki yaralanmalarda korunmasız bırakılarak eşitsiz konumlarının daha kötü duruma gelmesine neden olmaktadır (Hasselbacher 2010, 208-209).

AİHM, 2009 yılında Opuz kararıyla, devletlerin eviçi şiddet bakımından sorumluluklarını daha geniş kapsamlı değerlendirmiştir. Başvuruya konu olaylarda Nahide Opuz, kocası H. O.'dan defalarca şiddet görmüş, boşanma kararı alma evresinde bu şiddet annesine de yansıyarak bıçaklama, arabayla ezme dahil olmak üzere yedi şiddet olayı adli makamlara da yansımıştır. Bu kovuşturmalar sırasında Nahide Opuz ve annesi ya şikayetlerini geri çekmişler ve ya da adli makamlara yardımcı olmamış veya ifadelerini değiştirmiş olduklarından H. O. herhangi bir cezaya uğramamıştır. Olaylar sırasında Nahide Opuz'un annesi hayatının tehlikede olduğunu savcılığa bildirmişse de H. O.'nun ifadesinin alınmasıyla yetinilmiş ve H. O., eşinin taşınması sırasında annesini öldürmüştür. Bu olayı diğerlerinden farklı kılan, başvuru Nahide Opuz'un yaşadığı şiddete karşı yasal yollara başvurmamış veya etkili olarak işletilmesi için yeterli çabayı göstermemiş olmasıdır. O dönemde yürürlükte olan Ceza Kanunu'na göre yaralamaların 10 günden daha az işgöremezlik raporu alacak şekilde olması durumunda suç şikâyetine tabi olduğundan şikâyet geri çekildiğinde davanın görülmesine devam edilememiştir. Bununla birlikte, bu olayların yayıldığı zaman dilimi içerisinde Ailenin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiş ve bu Kanun uyarınca da herhangi bir önlem alınmamıştır. Opuz kararında mahkeme, taraf devletlerin bu tür suçlarda yapacağı düzenlemeler bakımından ölçütler geliştirmiş ve Türkiye'deki ceza yasasını değerlendirirken bu ölçütlerin dikkate alınmadığını belirtmiştir. Bu bağlamda mahkeme Bevacqua kararından farklı olarak bu tür suçların şikâyete bağlı olmasının sözleşme hükümlerine aykırılık anlamına gelebileceği yorumunu yapmıştır. Ayrıca mahkeme, bu tür durumlarda devletin yeterli koruma sağlamamasının ayrımcılık

<sup>37</sup> Bevacqua v. Bulgaristan, par. 82 vd.



anlamına geldiği ve bu denli ağır ve sürekli bir şiddetin özel kişilerce yapılması bile işkence yasağı kapsamında değerlendirilebileceğine karar vermiştir.<sup>38</sup>

Kararda dikkat çekilmesi gereken bir başka nokta da, mahkemenin kadına karşı eviçi şiddeti ayrımcılık yasağına ilişkin 14. madde bakımından da incelemesi ve bu maddenin de ihlal edildiğine karar vermesidir. Belirtmek gerek ki, kadına karşı her tür şiddet ve devletin bu şiddete yeterli müdahalede bulunmadığı her durum 14. maddeye aykırılık oluşturmayacaktır.<sup>39</sup> Opuz kararının değerlendirmesinde mahkeme, kadınların o ülkede cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa uğranıldığının tespiti konusunda eski içtihadına da dayanarak önemli tespitler yapmış ve geliştirdiği kriterler çerçevesinde Türkiye'deki durumu değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, istatistikler tek başına ayrımcılığı tespit etmek konusunda yeterli delil oluşturmamakla birlikte bir ülkede örneğin kadınlar ve erkeklerin durumuyla ilgili bir eşitsizliği tespit eden verilerin bulunması halinde bu verilerin ayrımcılık anlamına gelmediğini ispat etmek devlete düşecektir; aksi takdirde ispatı zaten zor olan dolaylı ayrımcılığın ispatı imkânsız hale gelecektir.<sup>40</sup> Mahkeme, ayrıca Türkiye'de kadına karşı şiddette ayrımcılık bulunduğu değerlendirmesi için Türkiye'de çeşitli kuruluşların rapor, inceleme ve saha çalışmalarını da dikkate alarak (Mor Çatı, Diyarbakır Barosu, Uluslararası Af örgütü gibi) kararında bunlara ayrıntılı biçimde yer vermiş ve bu raporları ayrımcılığa ilişkin bir gösterge olarak değerlendirmiştir.<sup>41</sup> Bu raporlardan hareketle kadınların başvurduğu polislerin meseleyi aile içi mesele olarak gördükleri ve kadınlara bu yönde telkinde bulunarak kimi zaman hiç müdahale etmedikleri ve benzer şekilde yargının da kadına karşı şiddette ayrımcı pasif tutum sergilediği, Ailenin Korunması Hakkında Kanun'un uygulanmasında önemli sorunlar yaşandığı da vurgulanmıştır.<sup>42</sup>

Karar bu bağlamda çeşitli özelliklere sahipse de karar özellikle iki konu ekseninde incelenecektir. Birincisi, kadına karşı eviçi şiddetin yukarıda da değinilen özellikleri nedeniyle çoğu zaman hukukî takibat konusu yapılamamasına neden olan ve eviçi şiddet mağdurlarının korku veya çaresizlikleri durumundaki iradelerinin rıza sayılarak devletin herhangi bir müdahalesi olmaması sorunu ve ikinci olarak eviçi şiddetin işkence yasağı kapsamında nitelendirilip değerlendirilemeyeceğidir.

#### a. Devlet Müdahalesinin Sınırı (?): Mağdurun Rızası Sorunu

Kadına karşı eviçi şiddet konusunda feminist hukuk teorisi çerçevesinde tartışılan konulardan birisi de özel hayattaki "rıza"nın kapsamının ve sınırının ne olduğuna ilişkindir.

<sup>38</sup> Opuz v. Türkiye, par. 160 vd.

<sup>39</sup> Örneğin 14 Ekim 2010 tarihli CASE OF A. v. Hırvatistan (Başvuru no. 55164/08) davasında da kadına karşı eviçi şiddet ve yetersiz devlet müdahalesi nedeniyle 2, 3 ve 8. maddelerden ihlal kararı verilmişse de mahkeme Opuz olayından farklı olarak mahkemelerin pasif tutumu veya polisin meseleyi aile içi mesele olarak görme gibi unsurlar bulunmadığı için ayrımcılık olmadığına ve 14. madde bakımından ihlalden bahsedilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. Par. 93-96.

<sup>40</sup> Opuz v. Türkiye, par. 180.

<sup>41</sup> Opuz v. Türkiye, par. 91-106.

<sup>42</sup> Opuz v. Türkiye, par. 194-196.

Rıza, bir şiddet olayını tamamen özel alana ait ve müdahale edilemeyecek hukuka uygun bir durum haline mi getirir? Ya da rızaya rağmen devlet müdahalesi hangi durumlarda kabul edilebilir?<sup>43</sup> Sadece eviçi şiddet bağlamında değil, sadomazoşist veya şiddet içeren cinsel ilişki, çok eşlilik, pornografi, fahişelik gibi konularda ortaya çıkan bu soru pek çok davada da sorgulanmak zorundadır. Bu tür bir davada üç temel konunun tartışılması gerekecektir: Devletin özel ve rızaya dayalı bir ilişkide yer almasının sınırı nedir? Özellikle mağdurun böyle bir müdahaleyi istememesi durumunda devletin müdahalesinin uygun biçimi ne olmalıdır? Feminist hukuk teorisi özel hayata müdahale, cinsellik ve evlilik karşısında nasıl bir tutum sergilemelidir?

Bu konuda feminist teori içinde de başka gerekçelere dayanan farklı görüşlere rastlamak mümkündür: Devlet müdahalesinin ancak mağdurun talebi olması durumunda mümkün olması gerektiğini savunan görüşler bir kişinin şiddete rıza gösterebileceği varsayımına dayanmazlar. Bu konudaki temel argümanlar bireysel özerklik ve karar verebilme gibi kişiye ilişkin özelliklere dayanabildiği gibi devletin bu tür müdahalesinin etkili olamayacağı şeklinde pragmatik nedenlere de dayanabilmektedir (Coker 2001, 806). Diğer bir görüş ise konuyu özel hayatın korunması bağlamında değerlendirmekte ve devlet müdahalesinin gerekli olduğu yolundaki değerlendirmeyi yapacak idari mercilerin bu değerlendirme biçimiyle özel hayata fazla müdahale etme riskini ve hatta ilişkisini şiddete rağmen sürdürmek isteyen kadının bu müdahaleden olumsuz etkileneceğini de vurgulamaktadır. Diğer bir açıdan bakıldığında, kadının iradesini belli durumlarda yok sayarak ona irade sahibi olamayacak bir hukuk süjesi kimliği tanımak da sorunlu görünmektedir. Bu durum, feministlerce eleştirilen ve kadına aile ve çocuk bağlamında bir rolün ötesinde bağımsız bir kimlik atfetmeyen mahkeme kararlarına yapılan eleştiri de dikkate alındığında önemlidir.<sup>44</sup> Bu tartışmada neyin kadın için iyi ya da kötü olduğuna ilişkin yapılacak değerlendirme çoğu zaman subjektif içerikli olacağından bu sorulara cevap vermek de kolay olmayacaktır.

Rızanın ne olduğu konusunda hukuk öğretisinde de pek çok tartışma yürütülmüş ve konu birçok mahkeme kararına yansımış olmakla birlikte rızanın her olay bakımından geçerli bir tanımının yapılması zordur. Seçenek ve rıza kavramları birlikte değerlendirildiğinde şu sorunun cevaplandırılması gerekmektedir: Kişinin bir seçim yapma koşulu bulunmadığı ya da mağdurun başka seçeneği olmadığı/olmadığını düşündüğü durumlarda rızadan bahsedilebilir mi?

Bu soru, eviçi şiddet ya da fahişelik, çokeşlilik, şiddet içeren pornografi oyunculuğu gibi sorunlarda daha da karmaşık hale gelmektedir. Eviçi şiddet bakımından rızanın verildiği bir “an”dan bahsetmek mümkün değildir. Genellikle rıza, süreç içerisinde oluşmaktadır ve çoğu zaman muhatabının karşılaştığı/karşılaşacağı durum konusunda tam bilgi sahibi olmadığı, iradesinin ilişkiyi sürdürmek endişesi ya da korku ile etkilendiği durumlarda

<sup>43</sup> Bir makalede bu soru ABD’de çok eşlilik konulu bir dizinin adı olan “Big Love” kavramı üzerinden incelenmiştir, bkz. Hanna (2009).

<sup>44</sup> Kadının kürtaj bakımından iradesini bu şekilde değerlendiren bir kararın eleştirisi için bkz. Hanna (2009, 120).

ortaya çıkmaktadır. Bu koşullar içerisinde verilen kararlar mağdur tarafından alınmış gibi görünmekle birlikte, bu rızanın aslında bir süreç içerisinde diğer kişinin oluşturduğu koşullar sonucunda zorlama olduğunu ve mağdurun çoğu zaman başka bir seçeneği olmadığını görmek mümkündür.<sup>45</sup> Başka bir seçenek olan ve tarafların “seçtiği” durumlarda dahi uygulanan şiddet toplumsal yarara aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle devlet müdahalesine konu olabilir.<sup>46</sup>

Opuz kararı, bu tartışma bağlamında özel bir öneme sahiptir ve mahkeme, getirdiği ölçütlerle devletin bu koşulları taşıyan durumlarda müdahale etmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu davada Türkiye Cumhuriyeti savunmasında, Nahide Opuz ve annesinin yaşadıkları şiddet olaylarında yürütülen adli takibat sırasında ya şikâyetlerinden vazgeçtikleri ya da ifadelerini değiştirdikleri gerekçesiyle özel hayata müdahale edemeyeceğini belirtmişse de mahkeme bu iddiayı yerinde görmemiş ve Türkiye'nin AİHS'in yaşam hakkına ilişkin 2. maddesi, işkence yasağına ilişkin 3. maddesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin 14. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu bakımdan, kararı daha önceki AİHM kararlarından farklı kılan özellik, ulusal mahkemelerin kadına karşı şiddet bakımından suç şikâyete bağlı olsa bile kovuşturup kovuşturma konusunda karar verirken dikkate alması gereken unsurları içeren bir liste sunmasıdır. Buna göre; AİHM, üye Devletlerdeki uygulamaları inceleyerek, kovuşturmanın devamına karar verilmesinde şu unsurların dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir:

- Suçun ciddiyeti;
- Mağdurun yaralarının fiziksel veya psikolojik olması;
- Davalının silah kullanıp kullanmadığı;
- Davalının saldırıdan bu yana tehditlerde bulunup bulunmadığı;
- Davalının saldırıyı planlayıp planlamadığı;
- Hanede yaşayan çocuklar üzerindeki (psikolojik) etkisi; davalının tekrar saldırıda bulunma ihtimali;
- Mağdur veya dahil olan, veya olabilecek, diğer kişilerin sağlığı ve güvenliğine yönelik devam etmekte olan tehdit;
- Mağdurun davalıyla halihazır ilişkisi; kovuşturmaya mağdurun isteğinin aksine devam edilmesinin bu ilişki üzerindeki etkisi;
- İlişkinin evveliyatı, özellikle geçmişte de şiddet uygulanıp uygulanmadığı;

<sup>45</sup> ABD’de görülen ve bu tür rıza sorunları içeren bazı davalardan örnekler için bkz. Hanna, (2009, 140-155).

<sup>46</sup> AİHM’in de önüne gelen bir davada bir barda sadomazoşist seks sırasında yakalananların yargılanması kapsamında rıza konusu değerlendirilmiş ve bu hallerde devletin şiddeti önlemek için müdahalede bulunabileceği, AİHS’in 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Davada mahkeme, ilişkilerin homoseksüel olması nedeniyle devletin ahlaka ilişkin bir müdahalede bulunmadığını, şiddetin önlenmesi şeklindeki toplumsal faydayı gözettiğini vurgulamıştır. Bkz. Laskey, Jaggard ve Brown v. Birleşik Krallık,

-Ve davalının adli sicili, özellikle geçmişte şiddet uygulamış olup olmadığı.<sup>47</sup>

Bu listeden hareketle mahkeme “Bu uygulamadan, suç ne kadar büyükse ya da başka suçların işlenmesi riski ne kadar yüksekse, kamu yararı açısından kovuşturmanın devam etmesinin, mağdurlar şikâyetlerini geri çekse dahi, o derece önemli olduğu” sonucuna varmıştır.<sup>48</sup>

Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi ülkelerde eviçi şiddet bakımından farklı uygulamalar içeren yasalar bulunduğunu ve bazı ülkelerde kovuşturmanın şikâyete bağlı olduğunu belirtmekle birlikte, bu farklılıklar konusunda uluslararası bir standart getirmiş olmaktadır. Buna göre olayda olduğu gibi, bu listede yer alan unsurların olayda gerçekleşmesine rağmen suçun takip edilmemesine yol açacak bir yasa ve uygulama AİHS’in ihlali anlamına gelecektir. Ancak, kararda dikkat edilmesi gereken bir nokta da mahkemenin de belirttiği gibi, Opuz kararındaki şiddet olayları devam ederken yürürlüğe giren Ailenin Korunması Hakkında Kanun etkili biçimde işletilmemiştir. Bu olaylar sırasında şikâyetlerin geri çekilmesine rağmen savcılık 4320 sayılı yasanın uygulanmasını sağlama olanağına sahipti.<sup>49</sup>

Mahkemenin bu değerlendirmelerinden anlaşıldığı üzere, mahkeme rıza sorununu değerlendirirken şiddet gören kadının psikolojik durumunu, şiddetin yukarıda değinilen özelliklerini, ayrıca bu kadınların sosyo-ekonomik koşulları nedeniyle de savunmasız olduklarını dikkate almış<sup>50</sup>; devletlerin bu tür suçları düzenlerken elbette takdir yetkileri olmakla birlikte bu düzenlemelere AİHS bağlamında bir sınır getirmiş olmaktadır. Liste dikkatli incelendiğinde listede yer alan unsurların pek çoğunun (Tehdit, tekrar, çocuklar üzerinde olumsuz etki vb.) aslında eviçi şiddet olaylarında genellikle bulunduğu görülmektedir. Ancak, madde tüm ülkelerin her durumda bu suç tipini şikâyete bağlı olmayan bir suç olarak düzenleme zorunluluğunu da içermez. Özellikle listede yer alan “Mağdurun davalıyla halihazır ilişkisi; kovuşturmaya mağdurun isteğinin aksine devam edilmesinin bu ilişki üzerindeki etkisi” şeklinde belirtilen unsurun yukarıda değinilen ve rızaya aykırı biçimde işleyen hukuki sürecin kadın üzerinde daha olumsuz etki göstermesini engelleme amacı taşıdığı görülmektedir. Bu bakımdan da AİHM, Interrights’ın ve Yıldırım kararında CEDAW’ın yaklaşımından farklı olarak, rızanın tamamen yok sayılması gerektiğini kabul etmemiştir ve üye ülkelerin bu unsurları dikkate alan esnek bir düzenlemenin nasıl yapılabileceği ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

Eviçi şiddet, tanımlanırken genellikle iki ayrım üzerinden kategorize edilir: Fiziksel şiddet ve psikolojik şiddet. Bu iki şiddet türü pek çok zaman iç içe geçmekte ya da belli döngüler içinde tekrarlanmaktadır. Ancak iki ayrı kategorinin eviçi şiddet kapsamında değerlendirilmesi, daha doğru bir deyişle psikolojik şiddetin bir şiddet türü olarak kabul edilmesi geç tarihlerde olabilmıştır ve önemli bir kazanımdır. Bununla birlikte, hukukî

#### **b. Eviçi Şiddetin Türleri: Kötü Muamele ve Özel İşkence**

<sup>47</sup> Opuz v. Türkiye, par. 138.

<sup>48</sup> Opuz v. Türkiye, par. 139.

<sup>49</sup> Opuz v. Türkiye, par. 148.

<sup>50</sup> Opuz v. Türkiye, par. 126 vd. , 140, 143-148.

olarak tanımlarken tüm şiddet türlerini tek bir başlık altında inceleyip bunlara benzer hukukî sonuçlar bağlamak gerekmemektedir. Meyersfeld, eviçi şiddeti ikiye ayırarak birinci kategoriye hakaret, sövme, aşağılama, küçük düşürme, itme, tokatlama, cinsel ilişki konusunda ısrarcı olma vb. şiddet biçimlerini dâhil ederek bunları “kötü muamele”, ikinci kategoriye ise yumruklama, tekmeleme, çeşitli araçlarla yaralama, tecavüz gibi şiddetin daha ağır çeşitlerini dahil ederek bunları da “özel işkence” adı altında inceler (2004, 376). Özel işkence kapsamındaki şiddet, diğer şiddet türlerinden farklı olarak, genellikle mağdurun aciz hale gelmesine neden olur. Fiziksel şiddet, ekonomik bağımlılık, psikolojik kontrol, tehdit ve korkutmak gibi araçlarla mağdur genelde bu şiddetten kaçamaz hale gelmiştir ve bu anlamda bir hapsolme durumu söz konusudur. Bu özel işkence, tekrar eden ve sistematik olma, güç kontrolünü içeren ve nitelikli bir şiddeti içerir. Bu tür şiddetin sürekli ve sistematik olması, bu şiddetin mağdur üzerinde anlık değil, geniş zamana yayılan biçimde etki etmesine ve şiddet kadar sürekli bir şiddet tehlikesi içinde yaşamasına neden olur. Özel işkencenin güç kontrolünü içermesi ise ilişkideki güç dengesizliği sonucunda mağdurun şiddet sonucunda aciz hale gelmesi anlamına gelir ve bu nedenle de şiddet gören kadınlar çoğu zaman bu döngüden çıkamazlar. Şiddeti işkence haline dönüştüren üçüncü unsur ise şiddetin derecesidir. Eviçi şiddetin bu hali, kemik kırma, bıçakla yaralama, yüzde tahribat, tecavüz gibi yoğun bir şiddeti içermesi nedeniyle mağduru bakımından güçsüzleştirici ve yıkıcı bir ortam oluşturur (Meyersfeld 2004, 390).

Bu ayırım bakımından dikkat edilmesi gereken nokta, birinci kategoride yer alan kötü muamelenin daha az önemli ya da gözardı edilebilecek bir şiddet türü olmadığı, bununla birlikte ikinci tür şiddetin daha ağır bir şiddet türü olduğunun ve başka türlü yaptırımların uygulanması ihtiyacının vurgulanmasından ibarettir.

Bu tür şiddetin “özel işkence” olarak değerlendirilmesinin pratik ve kadına karşı eviçi şiddetin önlenmesi bakımından sonucu, işkence yaşama ilişkin uluslararası normların uygulanmasıdır. Her ne kadar uzun süre uluslararası hukukta özel kişilerin faaliyetleri nedeniyle doğan zararlar özel alana ilişkin ve uluslararası hukukun süjesi olarak devletlerle ilişkili görülmemişse de bu durum değişmeye başlamıştır. Yukarıda değinilen türden bir şiddete maruz kalan bir kadın ile kamusal bir alanda –örneğin bir cezaevinde- şiddete maruz kalan kadın arasında korumanın niteliği, kapsamı ve devletin bu şiddet bakımından konumunun farklılaşmasını getirecek bir durum yoktur. Özel işkence ile hukuk tarafından tanımlanan kamusal işkence biçimleri karşılaştırıldığında özel işkencenin üç özelliği nedeniyle diğer işkence türlerine tanınan korumadan ve devletin sorumluluğundan yararlanması gerekir: Özel işkence kamusal işkence gibi yoğun bir şiddeti ifade eder, mağdurunun izole edilmesine neden olur ve işkence görenin ötekileştirilmesini, ona ayrımcılık yapılmasını içerir (Meyersfeld 2004, 401).

Avrupa İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muamele veya Cezaya Karşı Sözleşme'nin 2. maddesine göre işkence, “bir kimseye karşı, kendisinden itiraf almak veya üçüncü kişi hakkında bilgi edinmek, kendisinin veya üçüncü kişinin yaptığı veya yaptığından kuşkulandığı bir eylem nedeniyle cezalandırmak veya kendisini veya üçüncü kişiyi korkutmak veya zorlamak amacıyla veya ayrımcılığa dayanan her hangi bir sebeple, bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından

veya bu görevlinin veya kişinin teşviki veya rızası veya muvafakatiyle işlenen ve işlendiği kimseye fiziksel veya ruhsal olarak aşırı acı veya ıstırap veren herhangi bir fiildir. ” 1998 tarihli ve Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin kurulmasını sağlayan Roma Statüsü'nün tanımlarına bakıldığında, işkence “yasal yaptırımlardan kaynaklanan, kaza eseri veya kalıtsal acı ve ızdırap hariç, sanığın elinde veya kontrolü altında bulunan bir kişinin fiziksel veya manen büyük acı ve ızdırap çekmesini bilinçli olarak sağlamak” anlamına gelir. Statü'nün 7. maddesinde ise “Tecavüz, cinsel kölelik, fuhuşa zorlama, zorla hamile bırakma, zorla kısırlaştırma veya benzer ağırlıktaki diğer cinsel şiddet şekilleri” insanlığa karşı suçlar başlığı altında yer almıştır.<sup>51</sup>

Bu tanımlardan hareketle bir fiilin işkence olması için gerekli şartlar kadına karşı eviçi şiddet bakımından değerlendirilmelidir. Her iki fiilde de sanık bilinçli olarak ve ciddi biçimde fiziksel veya psikolojik olarak acı verme niyetiyle hareket etmekte; mağdurun bu şiddetten kaçmasını engelleyecek bir fiziksel kontrol ve tehdit bulunmaktadır. Ancak, özel işkence konusundaki en önemli tartışma, işkence suçunun bir kamu görevlisi veya resmi sıfatla hareket eden bir başka kişi tarafından veya bu görevlinin teşviki, rızası veya muvafakatiyle işlenebilen bir suç olması karşısında eviçi şiddetin bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusundadır. İşkence suçunun ortaya çıkışı özellikle mahkûm, tutuklu veya gözaltına alınan kişilere uygulanan şiddetin önlenmesi için olmuştur. Ancak, zamanla suç tipi genişlemeye uğramış ve doğrudan devlet tarafından işlenmesi de kamu görevlisinin rızası, bilgisi dahilinde işlenmiş olması da tanımın içinde yer almış; hatta devletin varlığını bildiği ve önlemek için yeterince çaba harcamadığı durumların da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur. Örneğin 1982 yılında Bileşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, BM Siyasi ve Medeni Haklar Sözleşmesi'nin işkence yasağına ilişkin 7. maddesini yorumlarken maddenin kapsamının eğitim veya disiplin amacıyla cezalandırmaları da içerdiğini, ayrıca doğrudan kamu görevlileri tarafından işlenmesi bile devletin bu tür muameleye karşı kişileri koruma görevini yerine getirmemesi durumunun da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.<sup>52</sup> Mahkemeler tarafından yapılan bu tür yorumlar sonucunda da örneğin ABD'de 1980'lerden itibaren “gerekli özeni gösterme yükümlülüğü” (due diligence) kavramı doğrultusunda devletlerin bu tür şiddetten sorumlu olacağı kabul edilmiştir.<sup>53</sup>

Bu bakımdan, kadına karşı eviçi şiddetin bir özel işkence türü haline gelebilmesinin temel koşulu, eviçi şiddetin önlenmesi bakımından devletlerin yükümlülüklerin tanınması ve devletlerin bu yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda söz konusu şiddetin adeta devletin gözetiminde gerçekleşen bir hal alacağı kabul edilmesidir. Mahkeme daha önceki kararlarına da atıfla devletin sorumluluğunun kapsamını bu şekilde

<sup>51</sup> Uluslararası Ceza Divanı Roma Statüsü için bkz. [http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge\\_cezadivani\\_b2.pdf](http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf02/belge_cezadivani_b2.pdf)

<sup>52</sup> Report of the Human Rights Committee, Official Records of the General Assembly, 37. Oturum, Supp. No. 40, at 94-95, Annex. 5, General Comment 7 (16), (A/37/40) (1982).

<sup>53</sup> ABD mahkemelerinin bu yöndeki çeşitli kararları için bkz. Meyersfeld, (2004, 408-411).

geniş yorumlayarak bunu şu şekilde ifade etmiştir: “Devletlerin, kendi yargı yetkileri dâhilindeki bireylerin, bireyler tarafından uygulananlar da dâhil olmak üzere, işkence, insanlık dışı, küçültücü muamele veya cezaya maruz bırakılmamalarını temin etmek için oluşturulmuş tedbirleri almaları gerekli(dir)”<sup>54</sup>. Bu nedenle, AİHM’in Opuz kararı eviçi şiddette devletin sorumluluğu bağlamında da dönüm noktası kabul edilebilir. Bu yaklaşım aslında sorumluluk hukukunun geleneksel yaklaşımından ayrılarak devletin doğrudan faili olmadığı ve o anda müdahale etmesi dahi mümkün olmayabilecek bir eylemden dolayı ve daha geniş bir çerçeve içerisinde, tekrarlanan büyük bir şiddeti engellemeye yönelik mekanizmalara sahip olmamasından ötürü sorumlu tutulmaktadır.

Bununla birlikte, kararda önceki kararlarına da atıfla 3. maddenin ihlalden söz edebilmek için şiddetin derecesinin de önemli olduğu vurgulanmıştır. Mahkeme şiddetin derecesini nasıl değerlendireceğin ise şöyle ifade etmiştir: AİHM, 3. maddenin kapsamına girebilmesi için, kötü muamelenin asgari bir vahamet seviyesine ulaşması gerektiğini tekrarlar. Bu asgari seviyenin değerlendirilmesi görelidir: Muamelenin niteliği ve kapsamı, süresi, fiziksel ve ruhsal etkileri ile bazı durumlarda, mağdurun cinsiyeti, yaşı ve sağlık durumu gibi dava koşullarına bağlıdır (*Costello-Roberts – İngiltere* 25 Mart 1993, Seri A no. 247-C).<sup>55</sup>

Mahkemenin devlete yüklediği bu sorumluluğun niteliğinin saptanması kararın iç hukukta yaratacağı etki bakımından da önem taşır. Burada bahsedilen sorumluluk kusursuz sorumluluk olarak mı nitelendirilmelidir, yoksa olumsuz eyleme yani ihmale dayalı kusurlu sorumluluk mudur? Bu iki sorumluluk türünün sorumluluk hukuku bakımından pek çok farklı hukuki sonucu bulunmakla birlikte en önemli fark kusursuz sorumlulukta devletin her tür önlemi aldığını ve herhangi bir kusuru bulunmadığını ispatı halinde dahi sorumlu olabilecekken kusurlu sorumlulukta devletin kusurunun ispat edilmesi gereğidir. Bu sorumluluk türlerinin hukuki rejimindeki farklılaşma da Opuz kararının sonuçları bakımından önemlidir: Kusursuz sorumlulukta rücu mekanizmasının işletilmesi mümkün olmayacakken, kusurlu sorumlulukta Anayasa’nın 129/5 hükmü gereği idarenin kusurlu personele rücu etmesi zorunluluğu gündeme gelebilecektir.

Türkiye’de rücu mekanizması yeterince üzerinde durulmayan ve etkin biçimde uygulanmayan bir mekanizma olmakla birlikte, aslında hak ihlallerinin sona ermesi bakımından son derece önemli bir mekanizmadır. Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrasına göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir. “ Buna paralel bir hüküm de Devlet Memurları Kanunu’nda yer almıştır ve bu maddelerde belirtilen ifadelerden yola çıkılarak rücu mekanizmasının işletilmesi konusunda idarenin takdir yetkisi bulunmadığı hem mahkeme kararlarında, hem de öğreti tarafından kabul edilmiştir. Ancak, bu tür bir durumda rücu mekanizmasının işletilmemesi halinde ilgili kişilerin rücunun işletilmesini zorlayacak başvuru yapmaları ancak Bergama davasında gündeme

<sup>54</sup> Opuz v. Türkiye, par. 159.

<sup>55</sup> Opuz v. Türkiye, par. 158.

**IV. Opuz Kararının  
Türkiye Bakımından  
Sonuçları: Anayasa'nın  
90. maddesi ve Konuyla  
İlgili Uluslararası  
Sözleşme Hükümlerinin  
Ulusal Makamlarca  
Uygulanması**

gelmiştir. Bergama davasında hukuka aykırı bir Bakanlar Kurulu Kararı nedeniyle yargı kararları dahi uygulanmayarak AIHS'te belirtilen hakları ihlal edilen Bergamalılar AIHM'e başvurmuş ve mahkeme 6. maddede yer alan adil yargılanma hakkı ve 8. maddede yer alan özel hayatın korunması hakkı bakımından ihlal kararı vermiştir.<sup>56</sup> AIHM'e başvuran Bergamalıların devletin AIHM kararı doğrultusunda tazminat ödemek zorunda kalmasına neden olan kusurlu personele rücu edilmesi istemiyle yaptıkları başvurunun reddedilmesi ve bu işleme dava açılması üzerine ilk derece mahkemesi, başvuruların menfaat ihlali olmadığına ve bu nedenle davanın ehliyet yönünden reddine karar vermiştir. Temyiz başvurusu sonucunda Danıştay 5. Daire, AIHM kararları bakımından da Anayasa'nın 129/5. fıkrasının işletilmesi gerektiğine ve idarenin rücu etme zorunluluğuna rağmen bunu yapmaması durumunda ilgili kişilerin rücu edilmesi talebinde bulunmasında menfaatleri olduğu gerekçesiyle davacıların ehliyeti bulunduğu karar vermiştir.<sup>57</sup> Bu karardaki durum kadına karşı eviçi şiddet bakımından da geçerli olabilecektir. Bu nedenle örneğin Opuz kararında tespit edilen idarenin ve mahkemelerin kusurlu bulunduğu durumlar bakımından (örneğin öldürülen annenin ifadesi yerine şiddet uygulayan kişinin ifadesine güvenilerek polisler tarafından herhangi bir işlem yapılmaması, mahkemenin yaşanan pek çok şiddete rağmen tedbir kararı vermemesi gibi) bu kusurlu kamu görevlisine rücu edilmesi gerekecektir.

İstanbul Sözleşmesi'nin imzalanmasının ardından bu konuda yasal değişikliklerin gündeme geldiği bugünlerde Opuz kararının şu an yürürlükte olan hukuk bakımından ne gibi sonuçları olacağı ve kadına karşı eviçi şiddetin etkin biçimde engellenmesi için ne yapılması gerektiği iyi değerlendirilmelidir. Yukarıda değinildiği üzere, Ailenin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi olumlu bir gelişme olmakla birlikte, evli olmayan veya boşanmış kadınların adeta korunmaya değer görülmeyle kanun kapsamında kabul edilmemesi önemli bir sorun oluşturmaktadır. Mahkemenin Opuz kararındaki değerlendirmeleri ışığında şiddet ve tecavüz yaşandıktan sonra boşanmadan bir buçuk yıl sonra koruma talebi reddedilen ve 11 yerinden bıçaklanarak ve boğazı kesilerek öldürülen Ayşe Paşalı örneği gibi pek çok şiddet olayında olduğu gibi bu tür kadınların öngörülebilir bir şiddetten korunmaması Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ihlali anlamına gelecektir.<sup>58</sup>

Ceza hukuku bakımından ise, yeni ceza kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte ceza kanunundaki pek çok sorun ortadan kalkmıştır. Bu yasanın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren psikolojik şiddet, evlilik içi tecavüz de ceza hukukunun konusu haline gelmiş olmakla birlikte basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilecek yaralanmanın evli olmayan kadınlar bakımından şikayete bağlı olması, AIHM'in getirdiği ölçütlerle uyumlu olmayabilecektir.

<sup>56</sup> Karar için bkz. TAŞKIN vd. v. TURKEY, Başvuru Numarası 46117/99.

<sup>57</sup> Karar için bkz. DANIŞTAY 5. Dairesi Esas No: 2007/7369, Karar No : 2008/3234.

<sup>58</sup> Ayşe Paşalı cinayeti de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru konusu edilmiştir. Bkz. 15. 05. 2011 tarihli haber, [http://www.kazete.com.tr/haber\\_detay.php?hid=14693](http://www.kazete.com.tr/haber_detay.php?hid=14693)



Bu durumda 4320 sayılı yasanın kapsamına ilişkin hüküm ile ceza kanununun yaralanmaya ilişkin ilgili hükmünün belli durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırılığı Opuz kararından hareketle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda AİHM, Opuz kararında olduğu gibi önüne getirilen Paşalı davasında ve pek çok başka muhtemel davada ihlal kararı vermeye devam mı edecektir?

İlk olarak yapılması gereken, Türkiye'nin "Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi"ni de imzalamış olması dikkate alınarak eviçi şiddetin önlenmesi için gerekli tüm tedbirleri içerecek yasal değişikliklerin yapılmasıdır. Bu kapsamda, 4320 sayılı yasanın kapsamı tüm kadınları içerecek şekilde genişletilmeli ve yargıcın şu anda delil isteme konusunda olduğu gibi farklı yorumlar geliştirmesini engelleyecek açıklıkta düzenlemeler yapılmalıdır. Ceza Kanununda ise yaralama hükmüne getirilecek ve ilgili makamlara takdir yetkisini gündeme getirebilecek bir istisna ile eviçi şiddet suçları hafif yaralanma olsa dahi şikâyete bağlı olmaktan çıkarılabilmelidir. Ancak, bütün bu yasal düzenlemeler elbette eviçi şiddetin engellenmesi bakımından yeterli olmayacaktır. Şiddetin kökeninde yer alan erkek egemen kültür ve toplumsal meşruluk ortadan kaldırılmadığı sürece sorunun giderilmesi kadınların hukuki yollara başvurmaması veya ilgili makamların duyarsız kalması biçiminde güçleşmektedir.<sup>59</sup> Bu nedenle mutlaka erkekegemen kültürün değişimine yönelik adımlar atılmalıdır.<sup>60</sup>

Bu bakımdan, yasal değişikliklerle yetinilmeyerek ilgili uluslararası sözleşmelerin ve bu yasaların etkin biçimde uygulanabilmesini sağlamak için başta polis olmak üzere ilgili idari makamlar ve yargı mensuplarının bu konudaki eğitimine ağırlık verilmelidir.

Gerekli yasal düzenlemelerin yapılmaması durumunda da yargıcın hukuk yaratıcı işlevi bu konuda önemli adımlar atılmasına araç olabilecektir. Anayasa'nın 90. maddesine göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir." Maddenin son fıkrasına 7/5/2004 tarih ve 5170 sayılı yasayla eklenen son cümleye göre ise "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

Bu hüküm doğrultusunda 2004 yılından itibaren temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası sözleşmeler farklı bir hukukî rejime tâbi olmuştur. Buna göre kanunlarla sözleşme hükümlerinin çatışması durumunda tipik bir hiyerarşik ilişki sonucunda olduğu gibi iptal gündeme gelmeyecekse de yargıçlara ve idareye, yani yasanın uygulayıcılarına kanunu ihmal ederek doğrudan sözleşme hükümlerini uygulama yetkisi tanınmıştır. Anayasa'nın 90. maddesinin yargıca verdiği bu yetki kullanılmalı; bir olayda uygulanacak ve AİHS'e aykırılığı tespit edilen yasa hükümleri ihmal edilerek AİHS, CEDAW ve Kadına Yönelik

<sup>59</sup> Dünyada çeşitli ülkelerde yasaların özellikle kolluk makamları tarafından uygulanmaması sorununa işaret eden bir çalışma için bkz. Dauer (2006).

<sup>60</sup> Konuyu Hindistan üzerinden incelen bir örnek için bkz. Hornbeck vd. (2005).

### Sonuç ve Öneriler

Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi hükümleri doğrudan uygulanmalıdır.

AİHS bakımından yapılacak bu tür bir değerlendirmede yargıca yol gösterici olacak önemli metinler ise sözleşmenin yorumlanması aracılığıyla sözleşmenin bir parçası haline gelen AİHM kararlarıdır. Özellikle mahkemenin kadına karşı eviçi şiddet bakımından devletlerin özen yükümlülüğü (*due diligence*) bakımından standartlar geliştirmesi ve bu şiddetin ayrımcılık yasağı ve işkence yasağı kapsamında yorumlanması ulusal mahkemelere de yol gösterici olabilecektir. Bu bakımdan, 90. madde kapsamında AİHM'nin suçun şikayete bağlı olması bakımından getirdiği ölçütler ulusal mahkemeler tarafından da kullanılarak suçun takibine karar verilmesi dahi mümkün olabilmelidir.

Kadına karşı eviçi şiddet, sorunun büyüklüğü ve kendine özgü nitelikleri doğrultusunda hukuk sistemlerinin özel olarak düzenlemesi gereken bir konudur. Bununla birlikte, AİHM'nin Opuz kararı ve Türkiye'nin yakın zamanda imzaladığı Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi, eviçi şiddetin önlenmesi bakımından devletin Türkiye'de yeterli önlemleri almadığı ve daha aktif müdahalesi gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Bu doğrultuda, kadına karşı eviçi şiddetin önlenmesi için daha etkili yöntemlerin geliştirilmesi bir zorunluluktur.

Kadına karşı eviçi şiddetin kendine özgü nitelikleri, geleneksel idari işleyiş içerisinde kadını korumaya ve şiddeti önlemeye yönelik tipik mekanizmaların yetersiz kalmasına neden olmakta ve başka yöntemler geliştirilmesi gereğini ortaya çıkarmaktadır.

Ailenin Korunmasına İlişkin 4320 sayılı Kanun hem kapsamı ve dili, hem de uygulamasındaki yetersizlikler dikkate alınarak yeniden düzenlenmelidir. Bu kapsamda evli olmayan ve boşanmış kadınlar da koruma kapsamına alınmalı, koruma kararlarının etkin olarak uygulanabilmesini sağlayacak yeni mekanizmalar geliştirilmelidir. Ancak sadece bu kanunun uygulanmasına ilişkin çözüm önerileri kadına karşı eviçi şiddet bakımından yeterli olmayacaktır. Daha önce de örnekleri görülen ve sığınmaevi açılmasını zorunlu hale getiren normlar bulunmasına rağmen uygulanmaması ya da sığınmaevlerinin işlevsiz olması durumlarına benzer haller yaşanmaması için daha köklü değişikliklere ihtiyaç vardır.

Hukukun sosyal yapının bir yansıtıcısı olduğu dikkate alınarak hukuk sistemindeki erkekegemen bakış açısını ortadan kaldıracak daha geniş çerçeveli önlemler alınması ve yargıçların eğitiminden kanunun uygulayıcısı konumundaki kişilerin bilinçlendirilmesine geniş kapsamlı gelişme kaydedilmesi gerekmektedir. İdari teşkilatlanma anlamında da sığınmaevi, polis, savcılık, aile mahkemeleri arasında işbirliğinin sağlanması gerekmektedir. Kadının bir yandan güvenliğinin sağlanması, diğer yandan bilgilendirilmesi, hukukî olanaklardan faydalanması, kendine yeni bir hayat biçimi oluşturabilmesi için destek olunması gibi farklı makamların işbirliğiyle çok yönlü destek verilmediği takdirde gerçek anlamda etkili önlemler alınmış olmayacaktır.

## Kaynakça

- Altwickler, Tilmann. 2011. *Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz*. Heidelberg: Springer.
- Altınay, A. Gül ve Yeşim Arat. 2007. *Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddet*. İstanbul: Punto.
- Amirthalingam, Kumaralingam. 2005. Women’s Rights, International Norms, and Domestic Violence: Asian Perspectives. *Human Rights Quarterly* 27 (2), 683-708.
- Becker, Mary, Cynthia G. Bowman ve Morrison Torrey. 2006. *Cases and Materials on Feminist Jurisprudence: Taking Women Seriously*. Minnesota: West Group.
- Coker, Dona. 2001. Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence Law: A critical review. *Buffalo Criminal Law Review* 4(2), 801-860.
- Coomaraswamy, Radhika. 1996. *Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*. Geneva: United Nations High Commissioner for Human Rights. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/a9c6321593428acfc1256cef0038513e?Opendocument>.
- Dauer, Sheila. 2006. Violence against women: An obstacle to equality. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class* 6(2), 281-289.
- Gabriel, Raquel J. 2007. Intimate Partner Violence in the LGBT Communities. *California Law Review* 43, 417.
- Goldscheid, Julie. 1999. Gender-Motivated Violence: Developing a Meaningful Paradigm for Civil Rights Enforcement. *Harvard Women’s Law Journal* 123, 123-158.
- Hanna, Cheryl. 2011. Health, Human Rights, and Violence against Women and Girls: Broadly Redefining Affirmative State Duties after Opuz v. Turkey. *Hastings International & Comparative Law Review* 34(1), 127-148.
- Hanna, Cheryl. 2009. Rethinking Consent in a Big Love Way. *Michigan Journal of Gender & Law* 17, 11-155.
- Hasselbacher, Lee. 2009. State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection. *Northwestern Journal of International Human Rights* 8(2), 190-215.
- Hornbeck, Amy, Bethany Johnson, Michelle LaGrotta, Kellie Selman. 2005. The Protection Of Women From Domestic Violence Act: Solution Or Mere Paper Tiger. *Loyola University Chicago International Law Review* 4(2), 273-307.
- Jones, Doug. 2007. Domestic Violence Against Women with Disabilities: A Feminist legal theory Analysis. *Florida A&M University Law Review* 2, 207-233.
- Karınca, Eray. Ailenin Korunması Kanunu’ndaki Değişiklik Hakkında. İstanbul: Bianet. <http://bianet.org/bianet/bianet/106837-ailenin-korunmasi-kanunundaki-degisiklik-hakkinda>
- Levinson, David. 1989. *Family Violence in Cross-Cultural Perspectives*. CA: Sage Publications.
- Meyersfeld, Bonita C. 2004. Reconceptualizing domestic violence in international law. *Albany Law Review* 67, 371-426.
- Rivera, Jenney. 1994. Domestic Violence against Latinas by Latino Males: An Analysis of Race, National Origin and Gender Differentials. *B. C. Third World Law Journal* 14(2), 231-257.
- Thomas, Elizabeth J. 2004. Building a statutory Shelter foVictims of Domestic Violence: The United States Hosuing Act and Violence Against Women Act in Collaboration. *Washington U. J Law & Policy*, 16, 289-312.
- Truss, James Martin. 1995. The Subjection of women... still: Unfulfilled promises of protection for women victims of domestic volence. *St. Mary’s Law Journal* 26, 1150-1205.
- Developments in Law: Legal Responses to Domestic Violence (Legislation). 1993. *Harvard Law Review* 106(7), 1498-1620.
- WHO, World Report on violence and Health 93. [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/violence/world\\_report/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/violence/world_report/en/)
- Türkiye Cumhuriyeti Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, ICON-Institut Public Sector GmbH ve BNB Danışmanlık. 2009. Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması: Özet Rapor. Ankara:Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, ICON-Institut Public Sector GmbH ve BNB Danışmanlık, özet rapor, <http://www.ksgm.gov.tr/Pdf/siddetarastirmaozetrapor.pdf>

İnsan Hakları İzleme Örgütü. 2011. Kocandır, Döver De, Sever De: Türkiye’de Aile İçi Şiddet ve Korumaya Erişim. New York: Human Rights Watch.

United Nations. 2010. Handbook for Legislation on Violence against Women. New York: United Nations. <http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook%20for%20legislation%20on%20violence%20against%20women.pdf>

United Nations. 2010. BM Kadınlara Yönelik Ayrımcılığın Önlenmesine Karşı Komite Nihai Yorumlar. New York: United Nations. <http://daccessddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/485/60/PDF/N1048560.pdf?OpenElement>

## **Abstract**

### **State Responsibility for Domestic Violence against Woman and Decision of European Court of Human Rights on Opuz vs. Turkey Case**

The domestic violence against women should be regulated differently from other crimes because of its different features. Considering the prevalence of this violence around the world and the insufficiency of the legal systems to prevent it, it has been also regulated internationally and International Courts have developed criteria of due diligence to assure the responsibility and efficiency of the states to prevent domestic violence. Although there has been some legal reforms on domestic violence in Turkey, the legal system is still inefficient to solve the problem. The ECoHR’s decision of Opuz v. Turkey is being an important decision to consider the legislation and application in Turkey in the light of European Convention on Human Rights and also because of creating new criteria on the responsibility of the states on domestic violence.

## **Keywords**

Woman, Domestic Violence, State Responsibility, Opuz Decision

## **About the Author**

Graduated from the Ankara University Law Faculty in 2002, D. Çiğdem Sever has been worked as research assistant at Ankara University, Faculty of Political Sciences between 2005-2007 and is working at Atılım University Law Faculty as instructor since 2007. In the meantime, she is a Phd student on public law at Ankara University Graduate School of Social Sciences.

## **Yazar Hakkında**

2002 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden mezun olan D. Çiğdem Sever, 2005-2007 yılları arasında Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi’nde araştırma görevlisi olarak çalışmıştır ve 2007 yılından itibaren de Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde öğretim görevlisi olarak çalışmaktadır. D. Çiğdem Sever aynı zamanda Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü’nde kamu hukuku alanında doktora öğrenimine devam etmektedir.