

## KADIN HAKLARI LEHİNE DEĞİŞEN YASALARIN YARGITAY KARARLARINA YANSIMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ<sup>(\*)</sup>

Av. Fatma BENLİ<sup>(\*)</sup>

2002 yılı sonrası süreçte özellikle yeni Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanununun yürürlüğe girmesi ile oluşan yeni hukuk düzeni, kadının insan hakları lehine önemli ölçüde değişiklikler içermektedir. Ancak insan hakları “soyut ve teorik” olmadığından<sup>1</sup>, somut pratik yaşama etkili olacak şekilde yorumlanarak uygulanması önem arz etmektedir. Yasaların pratik hayata nasıl yansıtacakları, ne şekilde yorumlanıp şekillenecekleri de, mahkeme içtihatlarıyla açıklık kazanmaktadır. Bu makale de, değişen yasalar ve soyut olarak var olan hakların fiili hayata ne dereceye yansıdığını, kadın aleyhine bakış açısının neden olduğu yargı kararlarının yeni şekillenen hukuk düzenine etkisini tartışmayı hedeflemektedir.

Hukuk, modern toplumlarda reformların başlıca aracıdır. Ancak reformların kaderi, hukuku üretenlerin niyetlerine olduğu kadar, bu metinlere hayatıyet kazandıran uygulayıcıların tutumlarına da bağlıdır. Uygulayıcılar, demokratikleşme sürecini, hukuku üretenlerin iradelerine uygun bir şekilde pekiştirebilecekleri gibi, bu iradeye rağmen engelleme, yavaşlatma veya aksatma gücüne de sahiptirler. Normları cansız harfler olmaktan çıkıp, toplumsal yaşamın dokusuyla buluşturan hiç kuşkusuz özel bir öneme sahiptir. <sup>2</sup> Yargı kararları, yasalardaki değişimin toplumsal hayata dönüşümünde önemli bir rol oynamaktadır. Yasalarda yapılan olumlu değişikliklerin ve soyut olarak var olan hakların fiili hayata yansıtılması, ancak yargının bu yönde kararlar vermesi ile sağlanabilecektir.

Bu noktada kadının insan hakları lehine değişen yasaların pratik yaşama yansıma şeklini göstermek için, Yargıtay’ın “*kadın bağırmazsa tecavüz değildir*”, “*kadının, ev kadını olarak, evin yemek, temizlik gibi işleri yapması, kocasına ait evin ve otomobilin edinilmesine katkıda bulunduğunu göstermez*” şeklinde kamuoyuna akseden kararları ile zihin okuması yaparak salt kıyafet biçiminden ötürü genel ifadelerle kadını itham eden yorumları incelenmiştir. Bu surette değişen yasalardaki bakış açısı ile çelişen genel yorumlar tespit edilerek, yasaların benimsenmesi ve fiilen uygulanması için yargı organlarının ve genel olarak toplumun zihniyetinin değişmesi ve hukukun öncelenmesi gerektiği ortaya konmaya çalışılmıştır.

---

\* Bu çalışmanın kısaltılmış şekli “Cinsiyet Halleri: Türkiye’de Toplumsal Cinsiyetin Kesişim Sınırları” isimli kitapta yer almaktadır. (Varlık Yayınevi, İstanbul 2008, Derleyen Nil Mutluer, Kadın ve Hukuk: Kadın Haklarının Yargıtay Kararlarına Yansıması )

\* Av. Fatma Benli, İstanbul Barosu Avukatı, Ayrımcılığa Karşı Kadın Hakları Derneği (AKDER) Başkan Yardımcısı

<sup>1</sup> Golder v. İngiltere s 35 (Luedicke, Belkacem, ve Koç / Almanya . s: 42; Marecx / Belçika, 13.6.1979, A 31, s: 31

<sup>2</sup> Sancar Mithat, Ümit Eylem, TESEV Demokratikleşme Programı, “ Algılar, Zihniyet Yapıları ve Kurumlar: Yargı Kurumu Raporu, İstanbul 2007, s. 3- 4,

[http://www.tesev.org.tr/etkinlik/alg...kasim\\_2007.pdf](http://www.tesev.org.tr/etkinlik/alg...kasim_2007.pdf)

## ***Kadının İnsan Hakları Lehine Son Dönemde Gerçekleşen Yasal Değişiklikler***

2001 yılı sonrası, Avrupa İstikrar Girişimi'nin 2007 yılında yayımladığı “*İkinci Kadın Devrimi. Feminizm, İslam ve Türkiye Demokrasisinin Olgunlaşması*” adlı raporda, Türkiye Cumhuriyeti tarihinde kadınların statüsü konusunda büyük çapta yeniliklerin gerçekleştiği ikinci dönem olarak kabul edilmektedir. 2002 yılında eşitlik açısından oldukça önemli değişiklikler içeren Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesi, 2004 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunu'nun özel olarak kadını ilgilendiren maddelerinde yapılan değişiklikler, 2003 yılında yürürlüğe giren yeni İş Kanunu ve 2004 yılında Devlet Memurları Kanunu'nda yapılan değişikliklerle kadın işçiler ve kadın memurlar hakkında paralel düzenlemeler getirilmesi, cinsiyet dahil hiç bir nedenle temel insan hakları bakımından ayırım yapılmayacağıın özel olarak belirtilmesi, cinsiyet veya gebelik nedeniyle daha düşük ücret verilemeyeceğinin, cinsel tacizlerle ilgili hükümlerin yasada yer alması, kadınlarla ilgili ciddi hukuki ilerlemelerin kaydedildiğini göstermektedir. 2007 yılında Ailenin Korunmasına Dair Kanunda yapılan kısmi değişikliklerle devam eden bu düzenlemeler, dönemin önemli bir reform dönemi olarak adlandırılmasına neden olmuştur.<sup>3</sup> Yasalardaki değişime yol açan bakış açısı, Anayasa'nın 10. maddesine “*Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür.*” ifadesinin eklenmesi ile anayasal nitelik kazanmıştır. Bu durumda yasa değişikliklerinin ana hedefinin, kadının bir birey olarak korunması, hukuki ve fiili eşitliğin sağlanması olduğu ifade etmek mümkündür.

## ***Türk Medeni Kanunu'ndaki Ana Değişiklikler***

22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilen Türk Medeni Kanunu, ailede cinsiyetler arası denge açısından önemli değişiklikler getirmiştir. Yasada yapılan düzenleme sonucu eşler çocukların velayet hakları ve evlilik süresince edinilen mallar konusunda eşit karar alma yetkilerine sahip olmuştur.

Kanundaki en önemli değişikliklerden bir tanesini, evlilik içerisinde edinilen malların paylaşım sistemi oluşturmaktadır. Yeni Medeni Kanun, evlilik içinde edinilmiş olan ve kişisel malın dışında kalan genel olarak manevi tazminat, kişisel kullanıma tahsis edilen mal ve miras ve evlilikten önce sahip olunan mallar dışındaki mallar ikiye bölünmesini gerektirmektedir. Yasa yürürlüğe girdikten sonra elde edilen malların bedeli, evlilik sona erdiğinde eşit olarak paylaştırılmaktadır.

Yürürlükten kalkan eski Medeni Kanunu'nda mal rejiminde, boşanma halinde evlilik içinde edinilen mal kime ait ise, onun uhdesinde kalmaktaydı. Zira “karı koca mallarının idaresi” hususunda ayrı bir sözleşme yapılmadığı takdirde “mal ayrılığı” uygulanmaktaydı.

Türk Medeni Kanunu'nun 186. maddede;

---

<sup>3</sup> ESI(European Stability Initiative), “Sex and Pover in Turkey Feminism Islam and the Maturing of Turkish Democracy”, Berlin İstanbul, 2 Haziran 2007, [http://www.esiweb.org/pdf/esi\\_document\\_id\\_90.pdf](http://www.esiweb.org/pdf/esi_document_id_90.pdf)

“Karı kocadan her birinin bütün mallarının mülkiyet, idare ve intifa haklarını muhafaza etmesine mal ayrılığı denir. Karı mallarının iadesini kocasına bırakmış olduğu takdirde evliliğin devamı müddetince hesap sormaktan vazgeçtiği ve mallarının bütün gelirini ev masrafına karşı kocasına bıraktığı farz olunur.

Karı, kocasına bıraktığı idare hakkını her zaman geri alabilir ve geri almak hakkını iskat etmesi mümkün değildir.”

ifadeleri yer almaktaydı.

Genel olarak, Türkiye’deki gayrimenkullerin %90’undan fazlasının erkeklere ait olduğu gerçeği, her iki eşin de çalıştığı ailelerde dahi malların erkek üzerinde kayıtlı olduğunu ve “mal ayrımı” rejiminin kadının maddi anlamda zarara uğramasına sebebiyet verdiğini göstermektedir. Bu nedenle yeni Medeni Kanun, “ev içi hizmeti” ekonomik bir değer kabul ederek ve mevcut hakaniyetsiz uygulamayı sona erdirmeyi hedeflemiştir. Dönemin Adalet Bakanı "Eşitlik ilkesi görüşmekte olduğumuz tasarının temeli niteliğindedir. Bu eşitlik her şeyden önce, kadın-erkek arasında ve ailede eşler arasındadır (...) Bu tasarıya göre, eşler eşit haklara, eşit yükümlülüklerle sahiptirler." ifadeleriyle yeni Medeni Kanun’a yansıyan bu bakış açısını ortaya koymuştur.

### ***Ceza Kanununun Değişme Süreci ve Kadın Sivil Toplum Kuruluşlarının Yasalaşma Sürecine Etkileri***

1 Temmuz 2005 tarihinde yürürlüğe giren Türk Ceza Yasası, özellikle ceza yasa tasarısı ile karşılaştırıldığında, kadın hakları açısından önemli gelişmeler içermektedir.

Yasa taslağı; henüz 4. maddesinde tanımlar yapılırken “Bu deyim kızları da kapsar” ifadesine yer veren, kadına karşı işlenen suçların “Topluma Karşı Suçlar” kapsamında “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Töresine Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında değerlendirildiği, “Küçüklerin ve çocukların rızası ile ırzına geçilmesi” şeklinde bir madde başlığı taşıyan oldukça sorunlu bir metindi. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi’nin (CEDAW) 1996 raporu, Türkiye’nin uygulamadaki Ceza Yasası’nın 29 maddesinin sözleşme hükümlerine uymadığına dikkat çektiği halde, kadın bir adalet bakanı görevde iken dahi Ordinaryüs Profesör Sulhi Dönmezer’in yaklaşık on sekiz yıl gündemde kalan taslağında sadece yüzeysel bazı değişiklikler gerçekleştirilmişti.

2003 yılında Türk Ceza Kanunu’nun tamamen değiştirilmesi gündeme geldiğinde ise taslak, kadın örgütlerinin girişimi ile parlamento Adalet Alt Komisyonu’nda uzman hukukçular eşliğinde tekrar revize edildi. Bu süreçte kadına karşı işlenmesi nedeniyle öncelikle kadını ilgilendiren maddeler tekrar düzenlendi. Ceza Yasasının amacının kişi hak ve özgürlüklerini korumak olduğunu belirten birinci maddeden başlanmak suretiyle yasadaki köklü değişiklikler gerçekleştirildi. Toplumun ve ailenin vazgeçilmez ögesi bulunan kadının, önce bir birey olarak kabul edilmesi gerektiği düşüncesiyle yasadaki kadın-kız ayrımı kaldırıldı ve kadına karşı işlenen suçlar “kişilere karşı işlenen suçlar” bölümüne alındı. Cinsel davranışlarla bir kimse- nin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesi, “cinsel saldırı” şeklinde tanımlandı, şikâyet halinde evlilik içi gerçekleştirilen cinsel saldırı suç sayıldı. Sonradan evlenme halinde cinsel

saldırı suçundan ceza almayı engelleyen madde ile evli ve bekâr kadınların kaçırılmalarının cezasını farklı düzenleyen ceza maddeleri yürürlükten kaldırıldı. Kolluk kuvvetleri tarafından ya da işyerinde gerçekleşen taciz, cezayı ağırlaştırıcı sebepler arasında sayıldı. Töre saiki ile gerçekleştirilen cinayetlerin cezası ağırlaştırıldı. Kadınlara verilen altı aydan az süreli hapis cezalarının evde geçirilmesine imkân tanındı. Aile içi şiddet, dayak, aç bırakma şeklinde gerçekleşen “eziyet” yasa kapsamına alındı. Evlilik ile alakalı hileli hareketler, suç haline getirildi. Resmi nikahın bulunmadığı durumlarda dahi “kendisinden hamile olduğu bildiği bir kadının zor durumda terk edilmesi” şeklinde yeni suç tipleri düzenlendi.

Bu surette yasalaşma aşamasında alternatif metinler hazırlayan kadın örgütlerinin tekliflerinin adalet komisyonundaki milletvekilleri tarafından kabul görmesi üzerine, tasarıdaki yaklaşık 35 maddenin 30 tanesi değişikliğe uğradı. Adalet Bakanının “*Türkiye sessiz ve derinden bir zihniyet değişimini yaşıyor. Bu zihniyet değişiminin önemli bölümünü de Ceza Kanunu yansıtıyor.*” ifadeleri ile değerlendirdiği bu süreçte, Ceza Yasası'nın ana mantığı tamamen değişti<sup>4</sup>

### ***Yasalardaki Değişikliklerin Topluma Yansımaları***

Özellikle cinsiyetler arasındaki fiili eşitliği sağlamayı hedefleyen bir bakış açısı ile hazırlanan Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'nda, kadın sivil toplum kuruluşlarının çalışmalarını dikkate alınarak somut düzenlemeler yapılması oldukça önemli bir aşamadır. Ancak kanunlar, toplumsal değişim için önemli bir araç olsa da, tek başına yeterli değildirler. Önemli olan yasalarda yer alan kadınlara ilişkin olumlu düzenlemelerin hayata geçirilmesidir. Kanundaki değişimin toplum nezdinde hissedilmesi, bu yönde uygulamalar gerçekleşmesine bağlıdır.

2007 AB İlerleme Raporunda ifade edildiği üzere, Türkiye'de cinsiyet eşitliğini teminat altına alan yasal çerçeve mevcuttur. Ancak bu çerçeveyi sosyal bir gerçek haline dönüştürmek için daha fazla çabaya ihtiyaç duyulmaktadır. Zira ekonomik katılım ve fırsatlar, eğitim düzeyi, sağlık ve siyasi güç açısından kadın ve erkek arasındaki fark belirgin düzeydedir.<sup>5</sup>

Yapılan araştırmalar, Türkiye'de genel olarak yasalardaki hakların, kısıtlı bir şehirli kesim dışında Türk toplumuna nüfuz etmediği gerçeğini ortaya koymaktadır. Türkiye, cinsiyet eşitliği açısından hemen hemen her ölçüte göre Avrupa ülkelerinin gerisinde yer almaktadır. Kasım 2006'da İstanbul'da gerçekleşen Dünya Ekonomik Forumu toplantısında sunulan rapor<sup>6</sup> Türkiye'nin cinsiyet temelli eşitsizlikler açısından 115 ülke arasında 105. sırada yer aldığını göstermektedir. Kadının eğitim, sağlık, parlamento ve çalışma yaşamına katılımını değerlendirdiği bu tabloda AB (Avrupa Birliği) ve OECD (Avrupa Ekonomik ve İşbirliği Örgütü) ülkeleri arasında işgücünde en düşük kadın oranına sahip olan ve kadınlar arasında okuryazar oranı açısından en kötü durumdaki ülke Türkiye'dir.

<sup>4</sup> ESI, age.

<sup>5</sup> Türkiye için AB ilerleme Raporu 2007 (Kadın)

[http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4022&Itemid=72](http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4022&Itemid=72)

<sup>6</sup> ESI, age. Birleşmiş Milletler (BM) Kalkınma Programı'nın (UNDP) 2007-2008 İnsani Gelişme Raporuna göre de Türkiye ekonomik büyüklükte dünya 17'sinde yer alan Türkiye, 'İnsani gelişmişlik endeksinde 177 ülke arasında 84'üncü sırada yer almaktadır.

Sadece hukuki mevzuatta değişiklik yapılması, uygulamayı kendiliğinden değiştirmemekte, uygulamanın değişmesi ayrıca çalışma yapılmasını gerektirmektedir. Avrupa İstikrar Girişimi'nin (ESI) yaptığı araştırmada, 2005'e ait Emniyet Genel Müdürlüğü'nün istatistiklerinde suçların tanımının yeni yasaya uyarlanmadığının örneklerine rastlamıştır. Bu raporda; suç verilerinde "evlenme vaadiyle kızlık bozma" gibi yeni yasaya göre artık suç sayılmayan durumların dahi listelendiği ve örneğin Güneydoęu Anadolu'da ailesinden şiddet gören kadınların acil yardım başvurularına rağmen bazen mahkemelerin aylarca hükme varmadığı ve pek çok yerde yeni kanunların içeriği ve uygulaması konusunda yeterli bilince sahip olmayan hâkimler ve savcılar bulunduğu gözlemlendiği ifade edilmektedir.

### ***Yasalardaki Değişimin Yargı Kararlarına Yansıması***

Yargı kararları kanunlardaki değişimin kadının yaşantısına yansıması ve hakların somut olarak kullanılmasında kilit rol oynamaktadır. Zira sadece bazı emarelere dayanmak suretiyle kadın aleyhine emsal nitelikli ve kesin hüküm içeren genel yorumlar yapılması, değişen yasaların fiili olarak akamete uğratılmasına neden olmaktadır.

Sonuçta pozitif hukuk, yürürlüğe girdiği anda henüz bütünüyle belirlenmiş bir anlama sahip olmayıp nihai biçimlenişini uygulama aşamasında kazanıyorsa, uygulamaya dair kurallar (yöntem kuralları) da bir hukuk düzeni için en az hukuk normları kadar önemlidir.<sup>7</sup> Hukuk normlarının anlamını belirleme, somut olayda bu normların gerçeğini ve sınırları hakkında bağlayıcı karar verme imkanı, yargının “*gerçek veya filli yasama*” ya da “*derin yasa koyucu*” olarak nitelenmesine bile yol açmıştır. Yargının, bu işlevini kamunun gözlerinden ırak süreçlerde, toplumun büyük bir kısmının anlamakta zorlandığı bir lügatle ve eleştirilere karşı geleneksel algılardan ve/veya yasalardan kaynaklanan “koruma duvarları” içinde icra etmesi, onun bir tür “sessiz iktidar” haline getirmektedir. Uzun süreden beri değişikliğe uğramamış normlar karşısında, bu iktidar, nispeten sınırlıdır. Bu sınır, normun anlamının ve benzer olaylarda uygulama şeklinin, tekrarlanan ve böylece istikrar kazanan içtihatlar nedeniyle önemli ölçüde belirginleşmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır.<sup>8</sup> Buna karşın (şu an kadın hakları ya da genel insan hakları lehine olduğu gibi) hukuk düzeninde kapsamlı değişikliklerin yapıldığı reform zamanlarında, “yargı erki” nin hareket serbestisi artarak etki alanı genişlemekte ve siyasal işlevi öne çıkmaktadır). Reformlar karşısında yargının takınacağı tavır da, bu çerçevede hayati önem kazanmaktadır).<sup>9</sup>

Bu nedenle yargının değişen yasalara olan bakış açısını ortaya koymak üzere sırasıyla, cinsel saldırı, kadının ev içi emeği ve yükseköğretim kurumlarında başını örten öğrencilerle ilgili üç farklı temalı karar incelenmiştir.

<sup>7</sup> Sancar Mithat, Ümit Eylem, age.s.5

<sup>8</sup> Sancar Mithat, Ümit Eylem, age. s16

<sup>9</sup> Sancar Mithat, Ümit Eylem, age. s16

Ancak öncelikle ifade etmemiz gerektiği üzere emsal nitelikte olması açısından önem arz eden bu kararlarda eleştiri konusu yapılan, yargı makamlarının hukuki değerlendirmesi değildir. Bu makalenin nihai hedefi, Yargıtay ve Danıştay’ın temyizden incelenmesi sonucu tesis ettiği kararlarda kullanılan yorumlar ve genel olarak kadının insan hakları aleyhine varılan sonucun değişen yasalardaki eşitlikçi bakış açısıyla çeliştiğinin ortaya konmasıdır.

### ***Somut Delil Olmayan Durumlarda Yargının Cinsel Saldırı Suçlarına Bakış Açısı***

Yargıtay’ın cinsel saldırı (tecavüz) suçuna bakış açısını gösteren bir kararda, Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, cinsel saldırı ve geceleyin konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlediği gerekçeyle 15 yıl ağır hapis cezasına hükmettiği bir kararda, Yargıtay “kadın bağırmadığına göre eylem rızaya dayalıdır” yorumuyla ceza verilmemesi gerektiğini ifade etmiştir.

### **Olay**

Olay, Samsun Alaçam ilçesindeki bir köyde, şikayetçi kadının eşinin il dışında olduğu bir dönemde gerçekleşmiştir. Yerel mahkeme kararında,<sup>10</sup> sanık A.B.’nin akrabası ve komşusu olan üç çocuk annesi N.D.’nin evinin mutfak camını kırarak zorla evine girdiği ve cinsel ilişki teklifinde bulunduğu, bu teklifi kabul etmeyen N.D.’ye saldırdığı ifade edilmiştir. A.B.’in iki kez daha zorla evine girdiği N.D.’ye cinsel saldırı suçunu işlediği iddia edilmektedir. N.D. olaydan duyduğu rahatsızlık sonrası durumu eşine anlatmıştır. N.D. ve eşi Bafra Cumhuriyet Başsavcılığı’na başvurarak A.B. hakkında suç duyurusunda bulunmuştur. Tecavüze uğradığını iddia eden N.D., kendisine cinsel ilişkiye girme teklifinde bulunan A.B.’yi reddettiğini, kovduğunu ancak çocuklarının uyanmasından ve kendisini tecavüze uğrarken görmelerinden çekindiği için bağırmadığını belirtmiştir. Eşinin ve çevresinin tepkisinden çekindiği için yaşadığı olayı kimseye anlatamadığını belirten N.D. şehir dışında olan eşinin eve döndükten sonra kendisinin durgun halinden şüphelendiğini ve bunun üzerine eşine A.B.’nin yaptıklarını anlattığını ifade etmiştir. Sanık A.B. ise duruşmada verdiği ifadede N.D.’nin kendisini, evine lamba tamir etmesi için davet ettiğini ve o sırada birliktelik teklif ettiğini iddia etmiştir. N.D.’yi ilişkiye girmek için zorlamadığını belirten A.B. üç kez birlikte olduklarını kaydetmiştir. Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, sanık, şikayetçi ve tanıkların ifadesinin ardından A.B.’yi (cinsel saldırı suçundan 12 yıl, konut dokunulmazlığını ihlal suçundan 3 yıl) toplam 15 yıl ağır hapis cezasına çarptırmıştır.

İlk derece Mahkemesi kararı;

“Sanık A.B.’nin savunması ile N.D.’nin şikayetini içerir beyanları arasındaki ihtilaf ise, A.B.’nin şikayetçi N.D. ile cinsel ilişkiye rızayla mı girdiği yoksa, sanık A.B.’nin N.D.’ye yönelik organ sokmak suretiyle vücut dokunulmazlığını ihlal suçunu mu işlediği yönündedir. Şikayetçinin kendi rızası ile A.B. ile cinsel ilişkiye girdiği kabul edilmesi halinde, yörenin sosyal ve kültürel yapısı karşısında, evli ve çocuk sahibi namuslu bir kadının başkaca kimse tarafından görülme ve bilinmeyen rızası ile girdiği cinsel ilişkiyi, olaydan daha sonra, eşine an-

<sup>10</sup> Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, 13.10.2006 tarihli karar

latmasını gerektirecek herhangi bir olgu yaşanmadığı halde, eşi Y.D.'ye anlatması hayatın olağan akışı ile örtüşmemektedir. Şikayetçi N.D.'nin ilişkiye rızayla girdiği kabul edilmesi halinde bunun herhangi bir sebep olmadığı halde çevreninde duyacağı aşık olacak nitelikte eşine anlatmasında bir menfaat ya da beklentisi de bulunmamaktadır. Bu nedenlerle şikayetçinin beyanlarına itibar etmek olayların oluşuna, hayatın olağan akışına, yörenin sosyal ve kültürel yapısına, hak ve nesafete uygun düşeceği anlaşılmıştır.

şeklindedir.

Aynı şekilde kararda;

Sanık A.B. savunmalarda, olaydan önce, şikayetçi N.'nin kendisinin etrafında dolaştığını, sabahın erken saatlerinde dahi bahçede çalıştığında bakkala giderken N.'nin sigara almaya, çay almaya gidiyorum diyerek kendisinin yanından geçtiğini söylediği, sanığın bu beyanlarından da, N.'nin eşi Y.'nin Ç.'ye gitmesinden önce, şikayetçi N.'ye yönelik meşru olmayan düşünceler içerisinde olduğu görülmektedir. Ayrıca sanığın bu düşünceler ile Y.'yi birlikte yaşadıkları köyden uzaklaştırmak amacıyla Ç. iline, S.'a götürüp, cebine 500,00 YTL para vererek otobüse bindirecek şekilde çaba ve gayreti göstererek gönderdiği anlaşılmaktadır. Ayrıca sanığın olay tarihinde şikayetçi N.'nin evine elektrik lambasının tamiri için gittiğini, tamirden sonra N. ile çay içtikleri sırasında tahrik olarak N.'nin rızasıyla N. ile cinsel ilişkiye girdiğini savunmasına rağmen, soruşturma aşamasındaki olay günü sabah saatlerinde N.'nin kendisinin yanına geldiği ve kendisini sevdiğini, ilişkiye girmek istediğini, saat 22:00 de çocuklarının uyuduğunu, bu saatten sonra kendisinden eve gelmesini istediğini, erkek kişi olarak bu teklife hayır diyemediğini belirttiği görülmüştür. Sanığın N.'nin rızayla cinsel ilişkiye girdiği yönündeki anlatımları da kendi aralarında birbiri ile çelişkili ve tutarsızdır, bu nedenlerle de sanığın rızayla cinsel ilişkiye girdiği yönündeki savunmalarına itibar edilmemesi gerektiği anlaşılmıştır.”

ifadelerine yer verilmiştir. Karar sanık tarafından temyiz edilmiştir.

### **Yargıtay'ın Yorumu**

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, “nitelikli cinsel saldırı” değişik zamanlarda ırza geçme ve ırza geçme eyleminde çevreden yardım istememe hususlarını değerlendirdiği kararında<sup>11</sup> Bafra Ağır Ceza Mahkemesi'nin kararını oy birliği ile bozmuştur. <sup>12</sup>Yargıtay'ın kesinleştirdiği karar özetle aşağıdaki şekildedir;

<sup>11</sup> Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2007/1161, K. 2007/2039, T. 19.3.2007

<sup>12</sup> Mağdure muhtemelen bu konuda Barodan ücretsiz avukat temin etme hakkında haberdar olmadığı için davada müdahil değildir. Bu durumda değişen yasalar hakkında kamuoyunun daha fazla bilgilendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Soyut olarak haberdar olunmayan ve fiili olarak kullanılmayan haklara, sahip olmanın bir anlamı yoktur. Baroların Kadın hakları Merkezlerinin güçlendirilmesi, kadın hakları merkezi bulunmayan illerde “adli yardım servislerin” daha işler hale getirilmesi, yeterli hukuki bilgiye sahip olmayan kadınların ücretsiz avukat yardımından yararlanmasını ve haklarını daha iyi kullanmasını sağlayacaktır (yazar notu)

“Evinde çocukları bulunan mağdurenin ırza geçme eyleminin gerçekleştirildiği zamanlarda bağırıp çevreden yardım istememiş olması, eylemin birden çok değişik zamanlarda tekrarlanmasına rağmen hiç kimseye anlatmaması ve şikayetçi olmaması, durgun halinden şüphelenen eşine olaydan yaklaşık iki ay sonra açıklama yapması gözetildiğinde: ırza geçmenin cebir şiddet kullanarak yapıldığına dair iddiasının durumunu çevresine mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı ırza geçmenin zorla yapıldığı hususunda mağdurenin anlatımı dışında sanığın cezalandırılması için kesin ve inandırıcı başkaca da delil elde edilemediği, dolayısıyla eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü yerine, oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırıdır”

### **Kararda Yer Alan İfadelerin Değerlendirilmesi**

Cinsel saldırı suçları, niteliği gereği üçüncü kişilerin tanıklığında gerçekleşmeyen ve genel olarak bilgisizlik, tecrübesizlik ve mağdurun ruh hali nedeniyle, olay sonrası derhal karakola ve Adli Tıp Kurumuna gidilemediğinden somut bulguların temin edilemediği delillerin temin edilemediği, bu nedenle daha çok mağdurenin ve sanığın anlatımlarına dayanarak hüküm verilen bir suç tipidir. Yargının konuya bakış açısını göstermesi açısından bu karar önem arz etmektedir. Zira toplumdaki genel yargı, kadının cinsel saldırıyı kendi istediği, en azından kendisinin etken olduğu yönündedir.<sup>13</sup>

Yargıtay sadece dosyadaki ifadelere bakarak genel yorumlarla şikayetçi kadını suçlamıştır. Zira Yargıtay’a göre “kadının bağırması” ve “olaydan iki ay sonra olayı açıklaması” eylemin rızaya dayalı olarak işlendiğinin kabulü için yeterlidir. Söz konusu kararda cinsel saldırı suçunun oluşumunu engelleyen iki ana kriter kullanılmıştır. Bundan sonraki davalarda, bu kriterlerin yoksunluğu suçun işlenmediğini ve “kadının rızası olduğunu” gösterir bir delil kabul edilecektir.

Nitekim Yargıtay, “suçun ispatlanmadığı” ya da “yeterli delil olmadığı” gerekçesiyle sanığın beraat etmesi gerektiği sonucuna varmamıştır. “Şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca sanığa ceza verilemeyeceği” şeklindeki bir ifade ile dosyayı bozmamıştır. Eksik gördüğü konularda gerekli incelemenin yapılması için dosyayı yerel mahkemeye de göndermemiştir. Maddi olayın araştırılması, gerçeklerin net olarak ortaya çıkması yönünde bir talepte bulunmamıştır.

Yargıtay Ceza Dairesi, “kadının rızası olduğunun kabulü gerekir” ifadeleriyle olayın oluş şeklini yorum çıkartmak suretiyle kadının cinsel saldırıya rızası olduğu sonucuna varmıştır.

---

<sup>13</sup> “Hiçbir kadın tecavüze uğramak istemez”, Melek Kırmacı, [http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4020&Itemid=74](http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4020&Itemid=74). Tecavüzün kadının değil erkeğin sorunu olarak (kabul eden bakış açısı) kurbanın suçun oluşmasında payı olduğu yani kadının tecavüze davetiye çıkardığı yönündedir. Kriminolojinin alt dallarından kurban-bilin (victimology) birçok durumda kurbanın suçluyu kışkırttığını ifade eder. ... Buna göre kadın bilinçli ya da bilinçdışı olarak kendini suçluya sunar yani onunla işbirliği yapar... (Bu nedenle) kadının karşı koy(a)madığı durumlar çoğu zaman kadının aslında istekli olduğu yorumlanır.



Gerçekte ise tarafların iddialarının doğruluğu konusunda en sağlıklı hukuki değerlendirmeyi yapabilecek olan, ilk derece mahkemesidir. Ağır Ceza Mahkemesi sanığın kendi anlatımlarının çelişkili olduğunu, mahkeme ve sorgu esnasında çelişkili beyanlarda bulunulduğunu, olay sabahı şikayetçinin kendisini davet ettiğini söylemesine rağmen, sonra bundan bahsetmediğini, sanığın ifadelerinden mağdurun eşine para verip ve iş bularak köy dışına gitmesini temin ettiği ayrıca evli ve çocuk sahibi (otuz sekiz yaşındaki) bir kadının, başka kimse tarafından görülmeyen, bilinmeyen, rızası ile girdiği cinsel ilişkiyi eşine anlatmasının hayatın olağan koşulları ile örtüşmediğini beyan etmiştir.

Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, suçun oluşmadığı, gerçekte kadının rıza olduğunu ifade etseydi, hakimin delilleri doğrudan değerlendirdiği, tarafların anlatımı ve delilerin takdiri neticesi bu sonuca varabileceğini kabul etmek gerekirdi. Sonuçta yargılamanın temel amaçlarından bir tanesi maddi gerçeğin ortaya çıkmasıdır. Tarafları karşılıklı dinleyen ve gerekli gördüğünde tarafların birbiriyle olan ilişkisini tespit etmek için çevredeki kişilerin tanıklığına başvurabilecek olan, ilk derece mahkemesidir. Bu nedenle ağır ceza mahkemesinin verdiği karar mağdur aleyhinde olsaydı *yargıcın delilleri serbestçe inceleme ve değerlendirme yetkisi bulunduğundan "hakimin takdir yetkisini sorgulamamız doğru değildir."* sonucuna varılabilirdi.

Ancak zaten şikayetçi kadının gerçekleri söyleyip söylemediğini en iyi değerlendirecek olan üç kişilik hakim heyeti sanığın 15 sene hapsine hükmetmiştir. Delillerin doğrudanlığı, sözlü tanık ifadelerini dinleyen Ağır Ceza mahkemesinin görüşlerine itibar edilmesini gerektirmektedir. Sonuçta üç kişilik mahkeme heyeti, tarafları dinledikten sonra mağdurun şikayetinin doğruluğuna ilişkin kanaat oluşturup ceza vermiştir.

Yargıtay ise, dosya üzerinde inceleme yapan bir üst yargı organıdır. Taraflardan hangisinin doğru söyleyip söylemediğini gözlemleyebilecek, "olay anında aynı yerdeymişçesine" rızanın olup olmadığı hakkında yorum yapabilecek bir noktada değildir. Buna karşın Yargıtay, olay örgüsü içinde kadının eylemleri üzerinde yorum yaparak suçun oluşmadığına karar vermiştir.

Üstelik gerçekte olayda maddi gerçeğin ortaya çıkartılması, eylemin rızaya dayalı olup olmadığını tespit etmek mümkünken bu yolu tercih etmemiştir. Yeni bir inceleme yapıp, kadının iddia ettiği üzere "kırık bir camın sonradan tamir edilip edilmediğini" araştırmak ve "tarafların olay öncesi ve sonrası birbirine karşı tutumlarını tespit etmek için tanık dinlemek" bu konuda tereddütleri önleyecektir. Bunlar taraflardan hangisinin doğru söylediğini ispat edebilecek *maddi olgulardır.*

Yargıtay kesin hükme varmak için, araştırma yapmak üzere dosyayı Ağır Ceza mahkemesine göndermek yerine "evinde çocukları bulunan mağdurenin ırza geçme eyleminin gerçekleştirildiği zamanlarda bağırap çevreden yardım istemiş olmasını" mağdurenin rızasının varlığını kanıtlayan yeterli bir delil kabul etmiştir. Halbuki müşteki kadın, "karşı koyduğunu, saldırganı iteklediğini ancak gücünün yetmediğini çocuklarının kendisini tecavüze uğrarken görmesinden çekindiği için bağırap yardım isteyemediğini" ifade etmektedir. Yargıtay ise eylemi değerlendirirken kadının bu ifadelerini dikkate almamıştır. Gerçekte ise hiçbir annenin bu durumda iken kendisini çocuklarının görmesini istemeyeceği açıktır. Nitekim mahkeme

kararından anlaşıldığı kadarıyla çocuklardan en büyüğü on yaşından küçük olup, fiilen söz konusu saldırıya engel olabilecek durumda değildirler.

Kadının eylemi değerlendirilirken kadın içinde bulunduğu psikolojik durum göz ardı edilmiştir. Yargıtay bu konuda bir inceleme ve değerlendirme yapma ihtiyacı hissetmemiş, psikolojik rapor istenmemiştir.<sup>14</sup> Bu davada psikolojik rapor istenseydi inceleneceği üzere, bağırma ya da fiziksel olarak karşı koymama, cinsel ilişkiye rızanın var olduğunu ispatlamaz. “Dissosiasyon” yani “ketlenme” ve “donma refleksi<sup>15</sup>”, travmatik bir olayla karşılaşan kişinin donup kalmasına ve tepki verememesine neden psikolojik bir durumdur. Dissosiasyon, ani beklenmedik, üstesinden gelinmesi zor olan korku heyecan ya da öfke durumlarında insanlarda ortaya çıkan düşünce duygu ve davranışlar arasındaki bağlantının ortadan kalkması anlamına gelmektedir. *Bu durum sadece cinsel saldırı gibi ağır travmatik bir durumda değil, hırsızlık, konut dokunulmazlığını ihlal gibi beklenilmeyen durumlarda dahi kişinin tepkisiz kalarak yardım istemini engellemektedir.* Ketlenme (donup kalma) durumunda, bağırıp, çağırma yardım isteme gibi davranışların gösteremeyen bir tür bağlantısızlık durumu olduğundan kişi beklenen davranış yerine tamamen farklı davranış gösterebilmekte, örneğin oğlunun öldüğünü öğrenen bir kadın halay çekmeye başlayabilmektedir. Zira bu durumdaki kişiler yaşadıkları travma ile ilgili zaman, mekan ve kişi gibi ayrıntıları hatırlamamakta ve bellek bozulmasının yanı sıra dehşet verici olay karşısında gösterilmesi gereken duygusal reaksiyonları gösterememektedirler.

---

<sup>14</sup> Bu dava dosyasında mağdur açısından psikolojik raporun alınmaması en büyük eksiklik ve hatalardan biridir. Tecavüzün delili her zaman fiziki bulgular veyahut bağırma şeklindeki yardım çağrıları değildir. Başka bir deyişle bu bulguların olmayışı veyahut mağdur kadının Yargıtay’ın belirttiği şekilde bağırma- nın olmaması tecavüzün olmadığı anlamına gelmez (mektur). Tecavüz mağdur açısından korkunç bir deneyimdir ve aradan uzun yıllar geçse dahi izlerini taşır; Bu hususun tespitine yönelik olarak bir psikolojik raporun (alınması) gerekmektedir. Mahkemeler ise, cinsel saldırının ispatında Adli Tıp Kurumlarının fiziksel muayene sonucunda verdiği raporları delil olarak kabul etmektedirler. Oysa mağdurlar, yaşadıkları travma nedeniyle doktora gitmekte zorlanmakta ya da olaydan çok sonra hekime başvurumaktadırlar. Bu da, fiilin fiziksel izlerinin silinmesine yol açmaktadır. (Ancak) mağdur travma sonrası stres bozukluğunu ise olayın üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin yaşamaya devam etmektedir. (Buna karşın) ülkemizde Cinsel saldırının ispatı için psikolojik raporların alınmasında çeşitli zorluklar yaşanmaktadır. Derdest dava ve soruşturma dosyalarında mağdur taraf ve vekilince talep edildiği halde bu talepler yargı makamlarınca çoğu kez red edilmektedir. Halbuli AİHM "Şükran Aydın / Türkiye" davasında Şükran Aydın'ın gözaltında işkence gördüğüne ve Türkiye'nin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS) 3. ve 13. maddelerini ihlal ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme kararında, "işkence iddialarıyla ilgili olarak kapsamlı ve tarafsız bir soruşturma yürütülmediği" sonucuna varmış ve "tecavüz iddialarıyla ilgili eksiksiz bir soruşturmanın, bağımsız tıp uzmanlarınca yapılacak psikolojik muayeneyi de içermesi gerektiği" özellikle belirtilmiştir. "Soruşturma konusu suçun doğası göz önüne alındığında, tıbbi kanıtın elde edilmesi biçimi ve tıbbi raporların içeriği" yetersiz bulunmuştur. Cinsel saldırı iddialarına ilişkin davalarda psikolojik raporların bulunmasını talep eden tek kurum AİHM değildir. "İstanbul Protokolü" de cinsel işkence iddialarının değerlendirilmesinde psikolojik muayenenin gerekli olduğunu belirtmektedir (Bu nedenle uygulamada) cinsel saldırı sonrasında, muayene genellikle bekaretin durumu ve livataya ilişkin bulgular aranmakta ve fiziken bir tahribat bulunmadığında (ruhsal tahribatın varlığı araştırılmaksızın) saldırının olmadığı yönünde kanaat oluşması hatalıdır. Av. Semire Nergiz Toz.

<http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=16280>

<sup>15</sup> Bu argüman Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'e yapılan MC v. Bulgaristan başvurusunda psikiyatrist raporları eşliğinde ileri sürülerek kabul görmüştür. AİHM'in fiziksel olarak tepki verilmeyen hususlarda dahi cinsel saldırı suçunun gerçekleşebileceğine her olayın ayrı değerlendirmesi gerektiğine dair kararları mevcuttur.

Aynı şekilde Yargıtay cinsel ilişkinin üç defa gerçekleşmesini kadının rızası olduğuna dair iddiasına dayanak olarak göstermiştir. Ancak olay tarihinde kadının kocası, sanığın müdahalesi sonucu il dışındadır. Saldırı ilk defa gerçekleştiğinde tepki veremeyen bir kadının, daha sonra başkalarından yardım istemesi kolay değildir. Sanığın eğer herhangi birisine bu olaydan bahsederse Yargıtay’ın da kabul ettiği gibi “*kendisinin cinsel ilişkiye rızası olduğunu*” söylemesi, kadının bu olaydan kimseye bahsetmemesi ile sonuçlanacaktır.

Yargıtay kadının “*durgun halinden şüphelenen eşine olaydan yaklaşık iki ay sonra anlatmış olmasından*”, “*ırza geçmenin cebir şiddet kullandığına dair iddiasının durumunu mazur gösterme düşüncesinden kaynaklandığı*” sonucuna varmaktadır. Bir kadının, “eşi kendisine durgunluğunun sebebini sorduğunda, komşusu tarafından saldırıya uğradığını” söylemesinin, durumunu mazur gösterme amacına matuf olmadığı açıktır.

Türk toplumunun genel yapısı ve hatta Yargıtay kararında dahi dile getirilmekten çekilmeyen “kadın kendisinin rızasının olduğuna” ilişkin yorum tarzı dikkate alındığında, cebir şiddet kullanılarak cinsel saldırı suçuna maruz kalan kadının, yargılama aşamasında tekrar mağdur olacağı ve tüm hayatının olumsuz değişeceği aşikardır. Olay toplum tarafından bilinir hale geldiğinde çevrenin olası tepkisi, cinsel saldırı suçunun derhal ihbar edilmesini engellemektedir. Sonuçta çoğu tecavüz mağduru kadının, toplumdan dışlandığı ve bazen öldürüldüğü düşünüldüğünde, konunun karakola hemen aksetmemesi toplumsal açıdan anlaşılabilir bir sebeptir.

Nitekim olayımızdaki kadın eğer rızaya dayalı bir cinsel beraberlik gerçekleştirseydi, bu durumu kimseye söylemeden çok rahatlıkla gizleme imkanına sahipti. Mağdurenin komşusunu şikayet ederek elde edeceği maddi ya da manevi bir yarar bulunmamaktadır. Aksine olayın açığa çıkması kadının hayatını olumsuz etkilemiştir. Komşusunu şikayet ettiği için tüm aile hayatı tehlikeye düşmüş ve büyük ihtimalle aynı çevrede yaşamaya devam edememiştir. Sonuçta bir köyde yaşamaktadır, olayın savcılığa aksetmesinin kadın aleyhinde pek çok söylenti çıkmasına neden olacağı açıktır. Herkesin şüphe dolu bakışları “rızasıyla mı eşini aldattı, komşusuna iftira mı atıyor” şeklinde olacaktır.

Yargıtay kararında yer alan ifadeler de, bu söylentilere meşruiyet kazandırmaktadır. Zira biz-zat yargı kararı, “kadının rızasıyla eşini aldattığı” yönünde olmuştur. *Bu* yorum, şikayette bulunan mağdureyi “suçlu” konumuna getirmiştir. Zina boşanma nedenidir. Mağdurenin eşi, sadece Yargıtay kararını gerekçe göstererek boşanma davası açabilecek ve çocukların velayetini alabilecektir. Bunun yanı sıra müşteki kadın hakkında, “iftira” atarak yargı organlarını yanılttığı gerekçesiyle ceza davası açılabilir. Karar sadece toplumsal açıdan değil, ceza ve tazminat hukuku açısından kadının zarar görmesine neden olmuştur.

Sonuç itibarıyla Bafra Ağır Ceza Mahkemesi tarafları dinlemiş ve delil serbestisi içinde vicdani kanaatini kullanarak sanığın suçlu olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay ise sadece dosyadaki belgeleri inceleyerek dosya üzerinden genel bir yorum yapmıştır. Delillerin serbestliği ilkesi ve yargıcın vicdanını kanaatini sorgulayan bu değerlendirmeyi hukuki açıdan pek çok yönüyle

eleştirmek mümkündür. kadının insan hakları yönünden kabul edilemez husus, Yargıtay sanık hakkında “şüphenin sübutu yok” “şüpheden sanık yararlanır, delil olmadığı için beraate hükmedilmesi gerek” şeklinde bir ifade ile kararı bozmak yerine, direk bu durumda cinsel saldırı suçunun muhatabı olan kadın hakkında “rızası olduğu kabul edilmelidir” şeklinde görüş beyan edilmesidir. Bu yorumun da “*tamam tecavüze uğradığını iddia ediyorsun, ama önce orada ne işin vardı, onu açıkla*” tarzındaki bir söylemden farkı bulunmamaktadır.

Hukuki denetim mekanizması olan Yargıtay’ın maddi meselenin takdirinde hata olup olmadığını değerlendirirken kadın aleyhine bir bakış açısıyla hareket etmesi, tarafsız olma niteliğini zedelemiştir.

Belirtildiği üzere cinsel saldırı suçu, genel olarak üçüncü kişilerin tanıklığına gerçekleşen, somut delilleri bulunan bir suç tipi değildir. Delil olmadığı için cinsel saldırının rızaya dayandığını kabul edilmesi, her davada kullanılabilecek bir argümandır. Bu karar mağdurun ispat edeceği bir fiziksel karşılığın verilemediği durumlarda, örnek sunulacaktır. Bu surette başka şikayetlerin de, aynı şekilde rızaya dayalı olduğu ve suç oluşmadığı iddiasıyla sonuçsuz kalması söz konusu olacaktır. Zaten çoğu zaman yargı süreci çok yıpratıcı olduğu sanığa ceza verilme ihtimali çok düşük olmadığı için tecavüz mağdurları adli makamlara başvurmamaktadırlar.<sup>16</sup> Cezasızlık da, suçu teşvik etmekte, başkalarının da aynı suçu işlemelerine imkan tanımaktadır.

“Ceza yasa taslağında tecavüze suçuna suça kendisinin sebebiyet verenin de suçun faili olacağına dair bir hüküm bulunmaktaydı.<sup>17</sup> Kişinin hem mağdur hem sanık olması kabul edilemeyeceğinden yasa koyucu bu hükme yeni yasada yer vermemiş, devrim olarak kabul edilen düzenlemeler yapılmıştır. Yasa koyucu Türk Ceza Kanununda yaptığı değişikliklerde, “evlilik içi cinsel saldırıyı” dahi suç haline getirerek, kadının bedensel bütünlüğüne koruma yönünde iradesini ortaya koymuştur. Buna rağmen Yargıtay yine de “*fiziksel olarak karşı koyduğunu ispat edemediğine göre kendisinin de rızası vardır*” tarzında karar tesis etmiştir. Bu durum kanunlardan ziyade, kararlardaki “zihniyetin değişmesi” gerektiğini göstermektedir.

*Bahis konusu karar, yasaların uygulanması için bu yöndeki yargı kararlarının da yasanın ana mantığına uygun hale getirilmesi ve temel algının değişmesine yönelik çalışmalar yapılmasını zorunlu hale getirmektedir.*

### ***Yargıtay’ın Mal Rejimine ve Kadının Ev İçi Emeginin Değerine İlişkin Bakış Açısı***

Mal rejiminin değişmesinde ana amaç, fiili eşitlik ve adaletin sağlanmasıdır. Yeni Medeni Kanun mal rejimi ile ev içi emeği, ekonomik karşılığı olan bir değer olarak kabul etmektedir. Ev içi emeğe verilen bu anlam evlilik birliğine sadece mal varlığı ile değil emek ile de katkıda bulunulabileceğini ortaya koymaktadır. Kadın, ücret karşılığı çalışmasa ve ev kadını bile olsa

<sup>16</sup> Kişilerin birebir özdeşlik kurabildiği için toplumsal algıyı etkileme gücüne sahip televizyon dizilerinde gerçekleşen cinsel saldırı olaylarının şikayet konusu edilmemesi de medyanın sorumluluğu açısından dikkate alınması gereken bir husustur. (Yazar notu)

<sup>17</sup> Türk Ceza Kanunu taslağı 315. maddenin 3. fıkrası

evlilik içi edinilen mallardan pay almasını sağlandığı için maddi anlamda korunmaktadır. Eşlerin evlilik birliğinde mal varlığına maddi katkıda bulunmasına gerek yoktur. Eşin ev işlerini yapması ve çocuklara bakması bir emeğin bulunduğunu göstermektedir. Zira Türk Medeni Kanunu'nun 186. maddesi “eşler evlilik birliği giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlığı ile katılırlar” şeklindedir.

Ancak “mal paylaşımında eşitlik” ilkesini öngören yeni Medeni Kanun, yürürlüğe girdiği 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren geçerlidir. 3 Aralık 2001 tarihli “Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun<sup>18</sup> Medeni Kanun”a “geçmişe etkili olmama kuralı” getirilmiştir. 1. madde;

“Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukukî sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Türk Medenî Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir.”

hükümünü içermektedir.<sup>19</sup>

2002 yılından önce evlilik içinde edinilen mallar açısından yasada herhangi bir istisna yoktur. Bu tarihten sonrası için Türk Medeni Kanunu'nun 202. maddesi uyarınca “*eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır.*” Bu durumda yasanın yürürlük maddesi, Medeni Yasa yürürlüğe girdiğinde evli olan yaklaşık 17 milyon evli çiftin, daha önce evlilik içerisinde sahip oldukları mallar açısından eşit bir kazanım elde edemeyeceğini göstermektedir.

Bu nedenle yasadaki bu düzenleme, yerel ve uluslararası kuruluşlar tarafından eleştiri konusu olmaktadır. Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi (CEDAW), tavsiye kararlarında Türkiye ile ilgili Medeni kanunda yapılan edinilmiş mal rejimin ilişkin değişikliğin geçmişe yönelik istenmemesinden endişe duyduğunu beyan etmektedir.<sup>20</sup>

### ***Konunun tazminat hukuku açısından değerlendirilmesi***

Türk Medeni Kanunu'ndaki mal rejiminin 2002 yılından itibaren geçerli olması, özellikle uzun süren evlilikler için genel olarak mal varlığına sahip olmayan kadınlara aleyhinde fiilen hakkaniyetsiz bir duruma yol açmaktadır. Ancak bu sorunun çözülmesi için hukuki bir düzenleme yapılması oldukça zordur. Yeni bir kanun çıkartılması ve kanunun yürürlük tarihinin evliliklerin başlangıcına kadar çekilmesi de, hukuk kurallarının geriye yürümezliği ilkesini ihlal

<sup>18</sup> Kanun no 4722

<sup>19</sup> <http://www.ntvmsnbc.com/news/413850.asp>, Av Habibe Kayar, Yasa henüz parlamentoda görülme aşamasında iken, Meclis Alt Komisyonunda tasarı “Eğer eşler aksi bir sözleşme yapmazlarsa yasa evlilik tarihinden itibaren geçerlidir” şeklinde kabul edilmesine rağmen Meclis Genel Kurulunda değiştirilmiştir.

<sup>20</sup> CEDAW/C/2005/I/CRP.3/Add.8/rev.1 ADVANCE UNEDITED VERSION, 28 January 2005 Original: English, 05-21758 (E) \*0521758\*, Committee on the Elimination of Discrimination against Women Thirty-second session 10-28 January 2005, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi (CEDAW), 32. Oturum, 10-28 Ocak 2005, parag 33, 34, 43

edecektir. Hukuki güvenlik, kişinin mevcut duruma göre hak ve borç altına gitmesini, daha sonradan yapılacak düzenlemelerin hak kaybına neden olmamasını gerektirmektedir. Bu nedenle geçmişe yönelik yeni bir düzenleme yapılıp, geçmişteki tasarrufları etkileyen bir sistem getirmek hukuki güvenlik ilkesini zedeleyecektir. Yasa yürürlüğe girdikten sonra beş yıldan fazla zaman geçmesi ve bu dönem zarfında gerçekleşen boşanmalar ve malların el değiştirmesi teknik açıdan da bu sorunun yasa ile çözülmesine engel teşkil etmektedir.

*Bu noktada konunun tazminat hukuku açısından değerlendirilmesi, mevcut hakkaniyetsizliği ortadan kaldıracak bir çözümdür. Yeni Medeni Kanunun bakış açısını taşıyan kararlar tesis edilmesi halinde, evlilik içerisinde kadının çalışmasının, yasa yürürlüğe girene kadar eşinin maliki olduğu araç ve gayri menkul gibi kayıtlı mallar üzerinde ne derece katkı yaptığını belirlemek mümkündür. Nitekim bu konuda açılan bir davada bilirkişiler söz konusu olayda kadının katkısının %31 olduğunu tespit etmişlerdir.*

Basına yansıdığı üzere<sup>21</sup>; Ankara'da bir ev kadını, esinin üzerine kayıtlı olan ev ve otomobilin satışından elde edilen paranın yarısını talep eden bir dava açmıştır. Kadın, evlendiklerinde hiç malları olmadığını, kendisinin ev kadını olmasına rağmen, evde yaptığı işler ve parayı idareli kullanmasıyla 2002 yılı öncesi malların alındığını ileri sürmüştür. Erkek, ev ve otonun kendi maaşıyla alındığını, hiç çalışmayan ve miras gibi bir geliri de olmayan eşinin bunlarda hakkı olmadığını savunmuştur. Ankara 27. Asliye Hukuk Mahkemesi'nde görülen davada bilirkişiler, kadının evde yaptığı işlerin ekonomik değerini ayrı hesaplamıştır. Bu teknik hesaplamının sonunda, ev dışında çalışmasa bile kadının, evde yaptığı işler ve aile içindeki giderlerin kontrolüyle aile bütçesine yüzde 31 oranında katkısı olduğu belirlenmiştir. Dava temyiz edilmiştir. Kadının edinilen mallarda katkısının yüzde 31 mi, yoksa yarı yarıya mı hakkı olduğu konusunda son kararı, Yargıtay'ın tüm hukuk dairelerinden oluşan Hukuk Genel Kurulu verecektir.<sup>22</sup> Bu karar Medeni Kanun'da yer alan ev içi emeğin değerlendirmesini öngören emsal bir nitelik taşımaktadır.

### ***Yargıtay'ın Evlilik İçi Edinilen Mallarda Hakkı Olmadığına İlişkin Kararı***

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi ise tamamıyla farklı bir yorumla hareket etmiş ve 2002 yılı öncesi alınan mallarla ilgili bir davada lehteki Ankara 5. Aile Mahkemesi kararını bozmuştur. “*Yemek yaptın diye benden mal bekleme*” başlığı ile basında yer alan<sup>23</sup> kararda, kadının ev içindeki çalışmasının tazminat sebebi olamayacağını ifade etmiştir.

Yargıtay kararı;

“Taraflar 27.04.1989' da evlenmişler, boşanma davası 18.04.2003 tarihinde açılmış boşanma yönünde oluşan hüküm 06.07.2005 tarihinde kesinleşmiştir. Keçiören'deki ev 11.04.1995' ta,

---

<sup>21</sup> Davada taraf ya da vekili olunmadığı ve karar yayımlanmadığı müddetçe mahkeme kararlarını temin etmek mümkün değildir. Bu nedenle değerlendirme yazısında konu ile ilgili gazete yazılarından yararlanılmıştır. (Yazar notu)

<sup>22</sup> “Ev kadını aile servetine yüzde 31 katkı yapıyor”, <http://cep.sabah.com.tr/haber,40@F14...056E40292.html>

<sup>23</sup> “Yargıtay'dan kadını üzen karar çıktı”, Hürriyet Gazetesi, 7 Temmuz 2007,

otomobil ise 19.08.1997 tarihinde alınmıştır. Dinlenen tanıklar, davalı kadının 2000 yılında hediyelik eşya yapıp sattığını zaman zaman da temizliğe gittiğini ifade etmişlerdir. *Davacının davalıya ait evin ve otomobilin edinilmesine katkıda bulunduğuna ilişkin bir beyan ve delil bulunmamaktadır. Kadının, ev kadını olarak, evin yemek, temizlik gibi işlerini yapması ve çocukların bakımını üstlenmiş olması, Türk Medeni Kanununun 227. maddesi anlamında katkı sayılamaz. O halde, isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.*<sup>24</sup>

şeklindedir.

### **Kararın Değerlendirilmesi**

Türk Medeni Kanunu'nun 227. maddesi, 1 Ocak 2002 yılı sonrası için evliliklerde edinilen mallarda eşlerin birbirine yaptığı katkının neden olduğu artış payının hesaba katılması ile ilgilidir. Yasa koyucunun bu maddedeki ana hedefi yapılan somut katkının değil, bu katkının yol açtığı artışın hesaba katılması ve daha hakkaniyetli bir sonuca ulaşılmasıdır.<sup>25</sup> Ana hedef eşlerin birbirlerinin mal varlığı konusunda eşlerin eylemlerinin mal varlığı üzerinde dolaylı katkısının kabul edilmesidir. 227. madde de bir malın edinilmesi, iyileştirmesi hatta korunmasına yapılan katkıdan bahsetmektedir. Bu katkının her şekilde gerçekleşmesi mümkündür.

Vaki olayda kadının, ücret karşılığı çalışmasa da ev kadını olarak, evin yemek, temizlik gibi işlerini yapması ve çocukların bakımını üstlenmiş olması, o evlilik içerisinde eşinin para biriktirerek ev ve araba almasını sağlamıştır. Her iki tarafın da özverisi olmasaydı bu malların edinilemeyeceği gerçeği, bu malların da hakkaniyetli şekilde paylaşımını gerektirmektedir. *Sonuçta Yargıtay'ın ifade ettiği gibi* “ev işi yapmak dikkate alınması gereken bir katkı olmasaydı” yasa koyucu 2002 den sonra alınan malların eşler arasında bölünmesini öngörmezdi.

Medeni Kanun, eşlerin ev içindeki ve dışındaki çalışması, aile ekonomisi açısından ‘eşit ekonomik değerde’ kabul etmektedir. Ancak Yargıtay bu değişiklikteki bakış açısını kabul etmemekte direnç gösterir bir tavır takınmıştır. Yargıtay “kadının ev emeğini küçümseyen, değersiz ya da yok sayan” bir anlayışla hüküm vermiştir.

Kararda eleştirilmesi gereken husus, kadının ev içi emeğinin değerlendirilmesi açısından kullanılacak tazminat, haksız zenginleşme gibi araçları ortadan kaldıran bir bakış açısını yansıtmaktadır. Ana sorun, *kararda yer alan genel ifadeler ve kadının ev içinde yaptığı katkının hiçe sayılmasıdır.*

Yasa koyucu ev içi emeği kabul ettiği için yeni Medeni Kanunu'nda edinilmiş mal rejimini kabul ederek, boşanma ve ölüm halinde malların bölüşüleceğini öngörmüştür. Zira yeni Me-

<sup>24</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 2007/8774Esas, 2007/9394 Karar, 06.03.2007 tarih

<sup>25</sup> Medeni Kanun Madde 227 – eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık olmaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranda alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının katkının başlangıçtaki değeri esas

Böyle bir malın daha önce elden çıkartılmış olması halinde hakim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyette uygun olarak belirler.

deni Kanun “Kadının evde veya dışarıda çalışması eşit ekonomik değerdedir, herkes emek gücü oranında ailenin gelişmesi için çalışır. Evde kalıp çocuk yetiştirmek, yemek yapmak da aile için emek vermektir” anlayışına göre hazırlanmıştır. Bu yorumu 2002 öncesi evlilik içinde alınan mallar için tazminat hukuku açısından değerlendirmek gerekmektedir. Sonuçta 2002 öncesi alınan mallar için adaletsiz bir durum söz konusudur. Uygulamada da karşı tarafın açık kusuru olmadıkça tazminata hükmedilememektedir. Kadınların Türkiye’deki gayrimenkullerinin yüzde onuna dahi sahip olmaması, evliliklerde birikimin genel olarak erkekte toplanması, özellikle uzun süren evliliklerde kadının mağdur olması ile sonuçlanmaktadır. Yargıtay biraz geniş bir yorumla yetkisini aşmadan Medeni kanunun 2002 yılından itibaren yürürlüğe girmesinin neden olduğu sakıncayı giderebilirdi.

Bu noktada kadının evlilik içinde mal edinilmesine bulunduğu katkı oranının, bilirkşi raporları ile tespit edilmesi ve hakkaniyete uygun bir tazminata hükmedilmesi mümkünken, keskin ifadelerle bu yolun kapatılması ve 2002 öncesi hukuki durumun farklı araçlarla giderilmesini engellenmesi yeni Medeni Kanunun ana bakış açısı ile çelişmektedir.

### ***Niyet Okuması Yoluyla Kadın Aleyhine Sonuca Varılan Yargı Kararları***

Anayasa ve yasalar, yargı organlarının kanun koyucu yerine geçmesini açıkça yasaklamakta<sup>26</sup> ve kanun koyucunun görüşüne uygun olarak kanunların yorumlanması gerekliliğini<sup>27</sup> öngörmektedir. Buna karşın yargı organlarının bazı kararları, yasaları hak ve hürriyetler aleyhine yorumlama ve zihin okuma şeklinde ile sonuçlanmaktadır.

Başörtü üniversite öğrencilerinin eğitim görme taleplerinden hareketle “*bu konuda kendi toplumsal çevrelerine uyma zorunluluğu duymayacak veya onların etkisi altında kalmayacak ölçüde eğitim gören kızlarımızın, sırf laik cumhuriyet ilkelerine karşı çıkararak dine dayalı bir devlet düzenini benimsediklerini belirtmek amacı ile çoğu zaman aynı biçimde başlarını örtükleri bilinmektedir. Bu kişiler için başörtüsü masum bir alışkanlık olmaktan çıkarak kadın özgürlüğüne ve Cumhuriyetimizin temel ilkelerine karşı bir dünya görüşünün simgesi haline gelmektedir.*”<sup>28</sup> ifadelerine yer veren Danıştay kararı da bu duruma ayrı bir örnek oluşturmaktadır.

Aynı bakış açısına stajyer avukatın başını örtmeyeceğini ifade eden Danıştay kararında da rastlamak mümkündür. Kararda “*Türkiye Cumhuriyetinin temel ilkelerinden en başta gelenleri, Atatürk ilke ve devrimlerine bağlılık ve laikliktir. Bu ilke ve devrimlerin her biri ile çağdaş*

<sup>26</sup> Anayasa 153. maddesinin 2. fıkrası “ Anayasa Mahkemesi bir kanun veya kanun hükmünde kararnamenin tamamını veya bir hükmünü iptal ederken, kanun koyucu gibi hareketle, yeni bir uygulamaya yol açacak biçimde hüküm tesis edemez.” şeklindedir.

<sup>27</sup> Anayasa Mahkemesi’nin bir kararına göre “Yasalar her şeyden önce sözü ile uygulanır. Yasa metinlerinde kullanılan sözcüklerin hukuk dilindeki anlamlara göre anlaşılması gerekir. Yasa kuralının, günün sosyal, ekonomik gerekleriyle çeliştiği sanılsa bile yürürlükte kaldığı sürece uygulanması hukukun gereğidir. Kimi düşünce ve gerekçelerle bu kuralın dışına çıkılması, metinlerin anlamlarından başka biçimlerde yorumlanması, metnin bir tür düzeltilmesine kalkışılması aslında yasada olmayanı yasaya yakıştırmak ve yorum yoluyla amacını değiştirmek ya da yasa koyucunun yerini almak olur”(12.03.1992 tarih,21169 sayılı R.G., 28.01.1992 tarih, 1992/7E., 1992/2 K. Sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı)

<sup>28</sup> Danıştay 8. Dairesi 23.2.1984 tarih, 1984/207 E., 1984/330 K.



ve uygar insanlık düzeyine ulaşabilmek amaçlanmıştır. Giyim kuşam, hiç kuşkusuz, insanların geleneklerine, çevre koşullarına, kültür yapısı ve düzeyine göre şekillenir. Ülkemizde de, geleneksel yaşamın egemen olduğu kimi kesimlerde kadınlarımız, hiçbir siyasi ya da özel amaçları olmadan başlarının örtmektedirler. Ancak bir kısım kadın ve kızlarımız ise çağdaş giyim ve kuşama dışsal bir tepki ve Atatürk ilke ve devrimleri ile laikliğe karşı koyma eylemi olarak başlarını örtmektedirler. Bu dünya görüşünde olanların, din kurallarını vicdanlardan alarak bir yaşam biçimine dönüştürmek ve devleti de yine din temellerine dayamak istedikleri bilinmektedir. Cumhuriyet Devrim ve İlkeleri sayesinde özgürlük, eğitim-öğretim yurttaşlık haklarını kullanabilme olanağını elde etmiş olmalarına karşın, bazı meslek sahibi kadın ve kızlarımızın da, demokrasi ve temel özgürlüklerle bağdaşmayan bu dünya görüşünü benimsedikleri ve bunun simgesi olarak başlarını örttüğü görülmektedir. Oysa, laik ve demokratik toplumumuzun bazı kurumlarında kamu görevi yapan, dava konusu olayda olduğu gibi avukatlık mesleğini seçip bu mesleğin hazırlık aşaması olan staj dönemindeki kadın ve kızlarımızın, bağımsızlık ve özgürlüğü simgeleyen laikliğe ve Atatürk İlke ve Devrimlerine en fazla sahip çıkanlardan olmaları gerekir. Bununda ötesinde avukatlık mesleğinin yargı düzeni içindeki çok önemli yeri ve verilen kamu hizmetinin niteliği nedeniyle çağdaş Anayasa İlkelerine uyulması bir zorunluluktur. 1136 sayılı Avukatlık Yasasının 5/C maddesinde yer alan "avukatlık mesleğine yaraşmayacak tutum ve davranışlar" ifadesi, mesleğin yürütülmesi ile birlikte, avukatın tüm özel yaşamını, bu arada giyim kuşamını da kapsamaktadır. Dava dosyasının incelenmesinden, stajyer listesine yazılarak staja başlayan avukat adayının başörtülü olarak staja geldiğinin saptanması üzerine ilgili baro yönetim kurulunca 1136 sayılı Yasanın 5/C maddesi uyarınca staj listesinden kaydının silinmesine karar verildiği, bu karara yapılan itirazın reddine ilişkin 9.5.1991 günlü 664-6 sayılı Türkiye Barolar Birliği Yönetim Kurulu Kararının Adalet Bakanlığınca onanmayarak geri gönderildiği anlaşılmıştır. Avukat adayları, stajlarını 1136 sayılı Avukatlık Yasası kurallarına göre yaptıklarından, meslek kurallarına aykırı davranışlarının da aynı yasa kurallarına göre belirleneceği ve haklarında gereken işlemlerin yapılacağı kuşkusuzdur. İlgililerin uyarmalarına karşın türbanlı olarak staja devam eden stajyerin bu davranışının laik hukuk devleti ilkesine aykırı, avukatlık mesleği ile bağdaşmaz nitelikte ve 1136 sayılı Yasanın 5/C maddesinde tanımlanan avukatlığa engel bir durum oluşturduğu açıktır."<sup>29</sup> İfadeleri yer almaktadır. Danıştay'a göre başını örtmek dini vicdanlarından alarak yaşam biçimine dönüştürmek ve devleti din temellerine dayandırmak istemenin bir tezahürüdür. Ayrıca avukatlık mesleğinin yaraşmayacak tutum ve davranışlar avukatın tüm özel yaşamını kapsar.

Yargının yorum yoluyla kişileri itham ederek kanunları yorumlaması, uygulamadaki aksaklıkların daha fazla özgürlükçü tutumlar içeren yeni yasalara rağmen devam etmesine neden olmaktadır. Sonuçta kararlar, başörtülü kadınları sadece ataerkil baskı ya da aile baskısı altındaki cahil kadınlar olabileceğini ifade etmektedir. Eğitim gören kişilerin mutlaka başlarının açık olmasını öngörmekte ve bu öngörüye aykırı hareket edenlerin de hepsini tanıyormuşçasına

<sup>29</sup> Danıştay 8. Dairesi 02.03.1994 tarih, 1993/843 E, 1994/686 K.

genel ve keskin yorumlar yaparak, toplumun büyük bir kısmına hakaret sayılabilecek yakıştırmalarda bulunmaktadır.

Bu yorumlar, aslında beden dili üzerinden gerçekleşen bir şiddet oluşturmaktadır. Zira kadının sadece bir özelliğinden yola çıkılarak genel hükme varılarak hak kaybı meşru addedilmektedir. Üstelik olmayan bir şeyin ispatına da mümkün olmadığından, kişi kendini savunma ve genellemeci bir tavırla yapılan bu yorumların doğru olmadığını söyleyebilme imkanına sahip değildir.

Amerika Yüksek Mahkemesi bir kararında geçen “*Şeytan bile insanın kafasından geçeni bilemez*”<sup>30</sup> ifadeleri, yargıçların insanın kafasından geçeni, açıklamamış zihni işlemleri ortaya çıkaracak güçte olmadıklarının bilincinde olmasını gerektirmektedir.

Hukuk “olan”ı esas aldığından yargıçların da somut olaylara dayanarak hüküm vermesi gerekir. Yargı organlarının kişilerin kafasının içindeki düşüncelerini biliyormuşçasına, keskin yargılarla karşı tarafı mahkum eden kararlar vermesi de, tüm hukuk düzenine zarar vermektedir.

Sonuçta objektif tespitlerden ziyade, “sübjektif” değerlendirmeler, hukuk bilimi ile asla bağdaşması mümkün olmayan genellemeler, hukuk dışı saptamalar, Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz.” hükmünün hiçe sayılması anlamına gelmektedir.

### **Sonuç ve Genel Değerlendirme**

Türkiye’de yapılan hukuk kuralı değişikliklerinin uygulamayı değiştirip değiştirmediği sürekli tartışılan bir konudur. Yasanın değişmesi üzerine son tahlilde kuralın uygulanmasından başka bir şey olmayan yargı kararının da değişmesi gerekir, doğru olan budur.<sup>31</sup> Ancak yargıçlar açık yasa hükümlerinden ziyade var olan zihinsel kalıpları ile kişiye göre değişen yorumlarla kararlar ihdas ettiklerinde, sonuç her zaman bu yönde olmamaktadır. Yargı organlarının kanunları kanun koyucunun öngördüğünden daha dar yorumlaması yasaların toplumsal hata dönüşümünü olumsuz etkilemektedir.

Kadının insan hakları lehine yasalarda değişiklik yapılması, yapılan değişikliklerin hayata geçirilmesi ile önem kazanmaktadır. Buna karşın yasalardaki temel değişim, yargı kararlarına değişik şekillerde yansımaktadır. Türk Ceza Kanununun uygulamasında Antalya 3. Ağır Ceza Mahkemesi’nin kadının ruhsal dengesini bozduğu ve bundan sonraki yaşamını etkileyeceği gerekçesiyle dini nikahlı eşini rıza dışı ters ilişkiye zorlayan sanığı 10 yıl 5 ay hapse mahkum etmesi<sup>32</sup> ve töre saikiyle işlenen cinayetlerde sanığa verilen ağırlaştırılmış müebbet cezaları-

---

<sup>30</sup> Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi Kararı NLRB v.Donnely Garmet Co. 330 US 219, 229,1947

<sup>31</sup> <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=619788>, Mustafa Şentop, Devletin önceliği devleti korumak değildir.

<sup>32</sup> “Karısına tecavüz eden kocaya 10 yıl hapis cezası”, Vatan Gazetesi, 11 Temmuz 2007

nın verilmesi<sup>33</sup>, mal varlığını kumara yatıran eşin kısıtlanması<sup>34</sup> gibi örnekler yasa koyucunun ve sivil toplumun yasa değişikliklerinde hedeflediği olumlu yönde gelişmelerdir.

Ancak bu makalede inceleme konusu yapılan Yargıtay'ın bağırmayan kadının cinsel saldırıya rızası olduğu sonucuna varması, 2002 yılı öncesi ev içi emeğin tazminata esas olunmayacağına ilişkin kararları, eğitim görmüş örtülü kadınların aslında laik cumhuriyet ilkesine karşı çıkma amacıyla örtündükleri iddiası, yasalardaki kadının birey olarak korumayı hedefleyen bakış açısının, her zaman için kararlara yansımadağını göstermektedir.

Elbette ki bir kaç Yargıtay kararından yola çıkarak yasaların uygulanmadığını ya da “Yargı da kadın düşmanlarının!” olup olmadığını sorgulamak doğru değildir. Ancak basına yansıyan<sup>35</sup> emsal nitelikteki kararlar, yasalardaki değişimin sadece şekilsel olarak değil, esas açısından da kararlara daha fazla yansımadağı gerektiğini göstermektedir. Önemli olan yasalardaki ana mantığın geçerlilik kazanmasıdır.

“Tecavüze uğramışsa kadının da bunda bir payı vardır” ya da “evlilikte edinilen mallarda kadının herhangi bir hakkı yoktur” tarzı “başını örttüğüne göre hakkı da kısıtlanabilir” tarzı ön kabuller sonucu yargı kararlarına yansıyan yorumlar, sadece yasal mevzuatın değişmesinin yeterli olmadığını ve bu alanda özel çalışma yapılması gerektiğini ortaya koymaktadır.

Sonuçta yargı kararları, değişen yasaların toplum tarafından içselleşmesinde önemli rol oynamaktadır. Kadının kuvvetlendirilen yasal konumun pratik yaşamada yansımadağı için kararların da aynı yönde olması gerekmektedir. Nitekim bahis konusu hatalı yorumlar içeren kararlardan basın yoluyla haberdar olan kişilerin örneğinin olası bir cinsel saldırı suçunda “*bunu ispat edemem, delil olmadığı için beni haksız bulurlar bu nedenle hiç karakola müracaat ederek daha kötü bir duruma düşmeyeyim*”, ya da “*nasılsa benim ev içi emeğimin maddi bir değeri yokmuş*” veya “*ne kadar ağır bir ayrımcılığa muhatap olursam olayım başörtülü olduğu için mahkeme beni haksız bulacaktır*” düşünceleriyle hukuki yollara müracaattan vazgeçmesi olasıdır. Bu durum da adaletin tesis edilmesini engellemektedir.

Nitekim TESEV'in “Algılar, Zihniyet Yapıları ve Kurumlar: Yargı Kurumu Raporu”nda ortaya konan “temel hak ve hürriyetlerden ziyade devleti” korumanın görevi olduğunu ifade eden yargıçların varlığı, örneğinin Yargıtay eski başkanı Osman Arslan'ın emekliye ayrılırken yaptığı konuşmada “yargının da taraf olacağını ama Türkiye Cumhuriyeti'nden yana, Cumhuri-

---

<sup>33</sup> “Güldünya davasında karar”, 15 Kasım 2007,

[http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4025&Itemid=74](http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4025&Itemid=74)

<sup>34</sup> <http://www.forumex.net/guncel-olaylar/122534-yargitaydan-savurgan-ese-kisitlama.html>, Yargıtay'dan "savurgan" eşe kısıtlama, Habertürk 12.07.2007

<sup>35</sup> Bireysel nitelikteki özellikleri itibarıyla sadece tarafları bağlayan kararları pervazsızca “Yargıtay tecavüzcüyü sevindirdi,” “Yargıtay'da kadın düşmanı mı var”, “Tecavüz Olsaydı Bağırırdın” tarzı yorumlarla kamuoyu ile paylaşan basın yayın organlarının daha sorumlu yayıncılık yapmaları gerekliliği de ayrı bir inceleme konusu yapılmalıdır. Zira genel medyanın kadınlarla ilgili haberleri yansıtış şekli de, toplumsal açıdan oldukça önemli etkilere yol açmaktadır.

yet'in temel nitelikleri konusunda taraf olacağına”<sup>36</sup> ilişkin beyanları, *yargıcın yalnızca ve sadece hukuktan taraf olması gerektiği* yönündeki tartışmaları da beraberinde getirmiştir.<sup>37</sup>

Tarafsız bir noktada durması gereken yargının belli şartlar altında hukuku göz ardı edilebileceğine ilişkin bir bakış açısına sahip olması, bir sonraki aşamada her yargıcın her konuyu hukuki normlardan önce kendisi bakış açısına göre değerlendirilmesi tehlikesini beraberinde getirmektedir. **Devletin yüksek menfaatleri için evrensel hukuktan her sapma hukuk devleti ilkesine zarar verdiği için fayda yerine zarar vermektedir.**

Nitekim TESEV'in yargı mensupları ile görüşerek gerçekleştirdiği çalışmayı değerlendiren Doç Dr. Mustafa Şentop'un da ifade ettiği üzere, yargıçların kendilerini, bir tür "memur" olarak görmeleri sorunun temelini oluşturmaktadır. Yargı bir bürokratik kurum haline gelmiştir. Hukuk sistemi içinde yargıcı yücelten, vicdanına atflar yapan, kanaatine değer veren kurallar bürokratik işleyiş içinde bir mânâ taşımamaktadır. Yargıç, hukuk kuralına, olayın özelliklerine, tarafların iddia ve savunmalarına, vicdanî kanaatine değil, Yargıtay'ın uygulamasına göre karar vermeyi tercih etmekte; yine raporda kullanılan ifade ile "yüksek yargı oligarşisi"ne tabi olmayı seçmektedir. Bu noktada kararı temyiz aşamasında Yargıtay tarafından bozulan yargıçlardan hemen hemen tamamı, kararında "ısrar" yerine Yargıtay görüşüne uymak zorunda hissetmektedir. Zira Yargıtay tarafından bozulan her karar yargıcın yükselmesinde olumsuz etki yapmaktadır.<sup>38</sup>

Tek başına yasa değişiklikleri ile bir ülkenin ve fertlerin özgürleşmesi ve haklarını engelsiz olarak kullanabilmeleri mümkün değildir. Bunun için yasa uygulayıcılarının ve yargının da fiilen özgürleşmeleri ve kararlarına bunu yansıtması gerekmektedir.

Buna karşın "Tehdit algı"ları kendini devleti korumakla görevli bir memur olarak düşünen yargıçları failler karşısında farklı tutumlara sahip kılmaktadır. Yargıçlar hukukun kesinlik taşıyan, objektif ve tarafsız yüzünden ziyade yorumlarla esnetilmiş, göreceli ve sübjektif yaklaşımlara yatkın görünmektedir.

Yargıçlar da ülkenin bütün vatandaşları gibi bir siyasî görüş taşıma, hayatlarını bir dünya görüşü, bir siyaset anlayışı içinde yaşama hakkına sahiptir. Ancak yargıçları diğerlerinden ayıran husus, karar verirken adalet ideali bakımından tartışılır derecede, bu siyasî görüşlerini kararlarına yansıtılmaktan kaçınma mükellefiyetleridir. Bu kolay bir iş olmamakla beraber, yargıç olmak böyle bir zorluğu tahammül kudreti icap ettirmektedir.

Mutlak manada devleti koruma fikrine kimsenin bir itirazı yoktur. Ancak devleti korumanın tamamen keyfi, kişisel değerlendirmelere kalmış, durumdan vazife çıkartılarak icra edilecek bir iş olmadığı açıktır. Nitekim TESEV çalışmasına katılmış yargıçlardan birinin ifade ettiği,

---

<sup>36</sup> <http://www.stargaze.te.com/index.asp?haberID=135283>

<sup>37</sup> **Eser Karakaş, Yargı sadece hukuktan yana taraf olur, 26.12.2007,**  
**<http://www.boyuthaber.com/haber/20071226/Yargi-sadece-hukuktan-yana-taraf-olur.php>, bknz bu yöndeki tartışmalar için <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=22245>**

<sup>38</sup> <http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=619788>, Mustafa Şentop “Hakimin önceliği devleti korumak değildir”

"Benim tek önceliğim adalettir ve ben adaletin hakimiyim... Devletin kendini koruması için o kadar çok aygıtı var ki, o kadar çok yöntemi var ki". Yargıcın hukuku uygulaması, adaletle karar vermesi devleti koruyacaktır; devlet, hukuk kurallarının adil bir şekilde uygulanması ile korunur ve kollanır."

şeklindeki ana bakış açısının yargıçlarda hakim olması gerekmektedir.<sup>39</sup>

Bu noktada yargı bağımsızlığı ve hakimlerin yapması gereken ilkeler olarak Türkiye'nin de kabul ettiği "Bangalor Prensipleri"nde yer alan eşitlik ana esaslarını kullanmak mümkündür. Buna göre; "Hâkim, toplumdaki çeşitliliğin ve sınırlı sayıda olamamakla birlikte ırk, renk, cinsiyet, din, tabiiyet, sosyal sınıf, sakatlık, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik durum ve benzeri diğer sebeplerden neşet eden farklılıkların (davaya mesnet olmayan sebepler) şuurunda olmak ve bunları anlamak zorundadır. Hâkim, yargıçlık görevini yerine getirirken, davaya mesnet olmayan sebeplere dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözle veya davranışlarıyla meyilli ya da önyargılı olarak hareket edemez"<sup>40</sup>

Sonuçta yargıçlar kendi yasalardan ziyade kendi yorumlarını kararlara yansıttıklarında bu durum her konuda adalete aykırı kararlara verilmesi ile sonuçlanmaktadır. Kararlarda yer alan genellemeler ve yorumlar da, sadece olayın taraflarına değil tüm topluma zarar vermektedir. Kararlarda yapılan yorumlar kişiye göre değiştiğinden hukuki güvenlik ilkesini zedelemekte ve yasalarla getirilen olumlu kazanımların pratikte yargı kararları ile geri alınmasına neden olmaktadır.

Bu noktada değişen yasaların topluma dönüşümü için yargıç ve savcılarının tekrar ve tekrar meslek içi eğitimden geçmesini gerektirmektedir. Hakimler sadece değişen maddeler değil, kanunların ana mantalitesi hakkında da bilgilendirilmelidir. Özellikle Türk Ceza Kanunu ve Türk Medeni Kanunu değişikliklerine neden olan bakış açısı ön plana çıkartılmalı ve hukuki eşitliğin dışında fiili eşitliği sağlanması ve adaletin tesis edilmesi için çaba gösterilmelidir.

Elbette ki yasalar konusunda toplumu bilinçlendirmek, hatalı yorumlara karşı uluslararası mahkemeler dahil gidilebilecek tüm yolları denemek ve yasalardaki hakları yanlış yorumlayan kararları kamuoyuna aktararak gerekli tepkinin oluşması ve kadın aleyhine yapılan bir bakış açısıyla kararlar tesis edilmesinin önlenmesi için çaba göstermek ve ücretsiz hukuki yardım için adli yardım müessesesinin daha etkin hale getirmekte, genel olarak tüm birey ve sivil toplum kuruluşlarına düşmektedir. Sonuçta bir yasanın kadın ve genel olarak insan hakları açısından olumlu düzenlemeler getirmesi, kişilerin haklarından haberdar olmaları, bir sorun ve keyfilikle karşılaştıklarında ısrarcı davranışları, gidebilecekleri her türlü mekanizmayı

---

<sup>39</sup> Mustafa Şentop agm.

<sup>40</sup> <http://www.turkhukuk sitesi.com/showthread.php?t=22245>, Hindistan Bangalor eyaletinde yapılan uluslararası bir toplantıda alınan "Bangalor Prensipleri" Türkiye tarafından da kabul edilmiştir.

denemeleri sonucu yasaya işlerlik kazandırılması ve yargının bu yönde kararlar vermesi için kararlardaki olumsuz yorumların eleştirilmesi ile pratik yaşama yansıyacaktır.

## KAYNAKÇA

SANCAR Mithat/ ÜMİT, Eylem: TESEV Demokratikleşme Programı, “ Algılar, Zihniyet Yapıları ve Kurumlar : Yargı Kurumu Raporu, İstanbul 2007, s. 3- 4. ([http://www.tesev.org.tr/etkinlik/alg...kasim\\_2007.pdf](http://www.tesev.org.tr/etkinlik/alg...kasim_2007.pdf))

KIRMACI, Melek. “Hiçbir kadın tecavüze uğramak istemez”, ([http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4020&Itemid=74](http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4020&Itemid=74))

ŞENTOP, Mustafa: “Devletin Önceliği Devleti Korumak Değildir.” (<http://www.zaman.com.tr/haber.do?haberno=619788>)

KARAKAŞ, Eser: “Yargı Sadece Hukuktan Yana Taraf Olur”, <http://www.boyuthaber.com/haber/20071226/Yargi-sadece-hukuktan-yana-taraf-olur.php> (26.12.2007).

European Stability Initiative (ESI), “Sex and Pover in Turkey Feminism Islam and the Maturing of Turkish Democracy”, Berlin-İstanbul (02.06.2007). ([http://www.esiweb.org/pdf/esi\\_document\\_id\\_90.pdf](http://www.esiweb.org/pdf/esi_document_id_90.pdf)).

Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Kaldırılması Komitesi (CEDAW), 32. Oturum, 10-28 Ocak 2005, prg.33,34,43. (CEDAW/C/2005/I/CRP.3/Add.8/rev.1 ADVANCE UNEDITED VERSION, 28 January 2005 Original: English, 05-21758 (E) \*0521758\*, Committee on the Elimination of Discrimination against Women Thirty-second session 10-28 January 2005)

Türkiye İçin Kadın Konulu AB İlerleme Raporu 2007 ([http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4022&Itemid=72](http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4022&Itemid=72)).

<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=16280> (TOZ, Semire Nergiz)

<http://www.ntvmsnbc.com/news/413850.asp> (KAYAR, Habibe)

<http://www.stargazete.com/index.asp?haberID=135283>

<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=22245>

<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=22245>

“Ev Kadını Aile Servetine Yüzde 31 Katkı Yapıyor”: <http://cep.sabah.com.tr/haber,40@F14...056E40292.html>.

“Güldünya Davasında Karar”: [http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=4025&Itemid=74](http://www.ucansupurge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=4025&Itemid=74) (15 Kasım 2007).

“Yargıtay'dan kadını üzen karar çıktı”, Hürriyet Gazetesi, 7 Temmuz 2007.

“Karısına Tecavüz Eden Kocaya 10 Yıl Hapis Cezası”, Vatan Gazetesi, 11 Temmuz 2007.

“Yargıtay'dan ‘Savurgan’ Eşe Kısıtlama”, <http://www.forumex.net/guncel-olaylar/122534-yargitaydan-savurgan-ese-kisitlama.html> (Habertürk 12.07.2007).

## **Kararlar**

### **AHİM**

GOLDER v. İngiltere s.35.

LUEDİCKE/BELKACEM/KOÇ v. Almanya , s.42.

MARCKZ v. Belçika, 13.6.1979, A 31, s.31.

### **TÜRK YARGISI**

Bafra Ağır Ceza Mahkemesi, T.13.10.2006.

Yargıtay 5. Ceza Dairesi, E. 2007/1161, K. 2007/2039, T. 19.3.2007.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2007/8774, K.2007/9394, T.06.03.2007.

Anayasa Mahkemesi, E.1992/7, K.1992/2, T.12.03.1992 RG. S.21169 T.28.01.1992

Danıştay 8. Dairesi, E.1984/207, K.1984/330, T. 23.2.1984.

Danıştay 8. Dairesi, E.1993/843, K.1994/686, T. 02.03.1994.

### **ABD YÜKSEK MAHKEMESİ**

ABD Yüksek Mahkemesi Kararı, NLRB v.Donnely Garmet Co. 330 US 219, 229,1947