

İSTANBUL SÖZLEŞMESİ VE YARGISAL İÇTİHATLAR AÇISINDAN EŞ KAVRAMININ DEĞERLENDİRİLMESİ

EVALUATION OF SPOUSAL CONCEPT IN TERMS
OF İSTANBUL CONVENTION AND CASE LAW

Berat ÇAMLICA*

Özet: Anayasa ve uluslararası sözleşmelere göre insanların yaşam hakkı ile ruh ve vücut bütünlüğünün sağlanması, aile hayatının korunması, kadın ve erkek eşitliğinin temin edilmesi, devletin pozitif yükümlülük olarak temel amaç ve görevidir. Hane içi şiddet yıllardır süre gelen mücadeleye rağmen, mevcut uygulamalara bakıldığında, hala insan hakları ihlallerinin en önemli örneklerinden biri olarak görülmektedir. Bu çalışmada, evlenme ve aile kurma hakkının her geçen gün öneminin arttığı, uygulamada yargı organlarının önüne daha sık gelmeye başladığı, özellikle Avrupa ülkelerinde olmak üzere evlenme ve aile hayatıyla ilgili gelişmelerin, hukuksal alanda yeni düzenlemeler yapılmasına ve yargısal içtihatlarda değişikliğe gidilmesine yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Aile İçi Şiddet, Eş Statüsü, Resmi ve Resmi Olmayan Evlilik

Abstract: According to the Constitution and international conventions, the right to life, protection of physical and physiological integrity of people, protection of family life, ensuring gender equality are the main objectives and tasks of a state as a positive obligation. Despite years of struggle, domestic violence is still considered as the most significant examples of human rights violations regarding the contemporary situation of women's rights. In this study, it is concluded that the importance of the right to marry and found a family has been increasing and this right became more actionable. It is also concluded that developments concerning marriage and family life caused new legal regulations and changes in case law especially in European Countries.

Keywords: Domestic Violence, Peer Status, Legal-Illegal Marriage.

* Bakırköy 14. Ağır Ceza Mahkemesi Üye Hâkimi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, bratcamlica@gmail.com, ORCID: 0000-0001-8797-6601, Makalenin Gönderim Tarihi: 10.03.2020, Kabul Tarihi: 10.03.2020

GİRİŞ

Evlilik, evlenecek olan erkek ve kadının evlendirme memuru huzurunda tarafların karşılıklı rızası ile gerçekleştirilen ve evlendirme memurunun evlenmenin kanuna uygun olduğunu açıklamasıyla kurulmuş olan birliği ifade eder. Evlilik doktrinde kimi yazarlara göre bir sözleşme olarak kabul görmüş iken kim yazarlara göre bir şart tasarruf işlem olarak kabul edilmektedir.¹ Türk Ceza Kanunu'nda ise eş kavramı tanımlanmamıştır.

Eş kavramının tanımlanması ve içeriği Türk Medeni Kanunu'ndaki (TMK) evliliğin genel hükümlerine göre ortaya çıkarılmıştır. Böylece eşe karşı işlenen suçlarda eş kavramı evlilik birliği içerisinde bulunan kişileri ifade etmekte olup fiili birliktelikleri, imam nikahı ve partnerlik gibi sosyolojik oluşumları ifade etmemektedir. İstanbul Sözleşmesi'ne göre ise eş kavramı sadece resmi nikahı ifade etmemekte fiili birliktelik, imam nikahı, partnerlik gibi birliktelikleri de kapsamaktadır.

Bu makalede hukukumuzda yer alan eş kavramından bahsedilecek olup ceza yargılamasında eş kavramının nasıl ele alındığı ve yargının "eş" kavramını nasıl tanımladığı ifade edilecektir. 1 Ağustos 2014 tarihinde 10 ülkenin onaylaması sonucu yürürlüğe giren "Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi" kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi ile "eş" kavramına uluslararası bir norm, geniş bir perspektif getirilmiştir. Bütün bunların ışığında iç hukukumuza doğrudan sirayet edecek olan bu sözleşmenin uygulanması ve uygulanma sırasında ortaya çıkmış temel tartışmaların değerlendirilmesi ele alınacaktır.

I. Türk Medeni Hukuku'nda Eş Kavramı

Türk Medeni Kanunu'na göre evlilik, evlenme adı verilen, kanunda belirtilmiş olan şekillere uyularak yapılan hukuki bir işlem ile kadın ve erkeğin oluşturdukları birliği ifade eder.^{2 3} Dural, Ögüz ve Gümüş'e

¹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, M. Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013, C. III., s.11.

² Dural, Ögüz ve Gümüş, s.11.

³ Türk Medeni Kanunu'nun 141 ve 142. maddelerinde evlenmenin, evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip iki ergin tanığın önünde tarafların olumlu cevaplarını verdikleri anda oluştuğu belirtilmiştir. Evlendirme memuru

göre; evlenmenin hukuki niteliğini açıklayan iki önemli görüş mevcuttur.⁴ Bu görüşlerden ilki, evlenmenin bir aile hukuku sözleşmesi olduğunu ifade etmekte ve tarafların karşılıklı uygun rızalarıyla evliliğin kurulduğuna ilişkin kanaate dayanmakta iken diğer görüşe göre ise, tarafların evlilik hükümlerini değiştirmekte özgür olmadıklarını, tarafların ancak evlilik statüsüne girmek hususunda iradelerini açıkladıkları, bu nedenle evlenmenin bir *şart-tasarruf* işlem olduğunu kabul etmektedir.⁵

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) her ne kadar eşe karşı suçlar mevzuatta yerini almış olsa da Türk Ceza Kanunu'nda eş kavramı tanımlanmamıştır. Bu nedenle Türk Ceza Kanunu'nda eş kavramından bahsederken Medeni Kanun tarafından tanımlanmış ve şekil şartları belirlenmiş olan "karı kocadan her biri" olarak anlamak gerekmektedir.⁶

Türk Medeni Kanunu gereğince evlendirme memuru önünde gerçekleştirilen evlilik töreni, devlet tarafından tanınmakta ve taraflar eş statüsüne kavuşmaktadır. Kanuni anlamda geçerli bir evlilik söz konusu olmadığı için fiili birliktelik, dini nikah, birlikte yaşam gibi hallerde taraflar eş statüsüne sahip değildirler. Bu durum Türk Ceza Kanunu'ndaki eş kavramını da etkilemekte ve eş kavramını sınırlandırmaktadır.⁷

II. Türk Ceza Kanunu'nda Eşe Karşı İşlenen Suçlar ve Eş Kavramı

Türk Ceza Kanunu'nda eşe karşı işlenebilen birçok suç, kanun koyucu tarafından Türk Ceza Kanunu'na yerleştirilmiş ve cezai mü-

evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu belirtir.

⁴ Evlenmenin hukuki niteliği konusundaki görüşler için bakınız. Bilge Öztan, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 121 vd. Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 19.Baskı, İstanbul 2017, C. II, s. 60-61. Rona Serozan, Başak Başoğlu, Berk Kapancı, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İKÜHFD*, S. 2016/2, s.534. Ayrıca bakınız Serozan,Başoğlu,Kapancı, s.549.

⁵ Dural, Ögüz ve Gümüş, s. 46-47.

⁶ <https://sozluk.gov.tr/> , (Erişim Tarihi: 11.11.2019)

⁷ Ecehan Ardic, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 22. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.12.2019)

eyyideye tabi kılınmıştır. Bu doğrultuda öncelikle TMK kapsamında eş tanımına giren ve girmeyen durumlar ele alınıp ardından eşe karşı işlenebilen suçlar bu bağlamda değerlendirilecektir.

TMK açısından, bir kadın ve bir erkeğin evlendirme memuru önünde, uygun rızalarıyla kurulan evliliğin tarafı olan kişilere eş denilmektedir. Kanun koyucu da ceza hukuku anlamında bu evliliği referans alarak eş kavramını tanımlamıştır.

TMK'nın 170. maddesi gereğince, boşanma sebebinin ispatlanması halinde hâkim boşanmaya ya da ayrılığa karar verebilmektedir.^{8 9} Ayrılık kararında, boşanmadan farklı olarak evlilik birliği devam etmekte olup, sadece ortak hayat belli bir süre için tatil edilmiştir.¹⁰ TMK'nın 172. maddesine göre, ayrılık kararına ilişkin süre bitince ayrılık durumu sona ermiş olmaktadır. Ortak hayat yeniden kurulamamışsa taraflardan her biri boşanma davası açabilmektedir. Bu durumda kadın ve erkeğin evlilikten doğan yükümlülükleri sürmekte ve evlilik birliği devam etmektedir. Boşanma halinde ise boşanma davası kararının kesinleşmesi ile evlilik sona ermektedir. Bu bakımdan, boşanma kararı bozucu yenilik doğuran bir karardır.¹¹

Evlenmenin hükümsüzlüğü hallerinde ise önemle vurgulanması gereken husus yokluk durumu hariç hiçbir geçersizlik sebebinin kendiliğinden hüküm doğurmamasıdır.¹² Yokluk hali, kanun koyucunun evlilik birliğinin kurulması için mecburi kıldığı şartların yerine getirilmemesini ifade etmektedir.¹³ Her ne kadar görünüşte bir evlilik var ise de hukuken tanınmış bir evlilik bulunmamaktadır.¹⁴ Mutlak butlan ve nisbi butlan hallerinde evliliğin kurucu unsurları tam olmakla birlikte geçersiz bir evlilik söz konusudur. TMK'nın 156. maddesinde belir-

⁸ "Boşanma, eşlerde.n biri veya her ikisinin talep etmesi durumunda, evlilik birliğinin mahkeme kararı ile sona erdirilmesidir" Akıntürk, Ateş, s. 235.

⁹ "Boşanma nedeni gerçekleştiği takdirde, dava hakkı olan eş mahkemeye başvurmak suretiyle boşanmayı talep edebilir". Mehmet Erdem, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019, s. 144.

¹⁰ Dural, Öğüz ve Gümüş, s.133.

¹¹ Dural, Öğüz ve Gümüş, s.136.

¹² Dural, Öğüz ve Gümüş, s.70.

¹³ Öztan, s.574. Aydın Zevkliler, Beşir Acabey, Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000, s. 923-924.

¹⁴ Ardıç, s. 50.

tildiği üzere batıl bir evlilik ancak hâkim kararıyla sona ermekte ve mutlak butlan halinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur, denilmektedir.¹⁵

TCK kapsamında eşe karşı işlenen kasten öldürme¹⁶, kasten yaralama, eziyet, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, fuhuş¹⁷ gibi suçlar ele alındığında; eş ya da karı-kocalık ilişkisi TMK anlamında kurulmuş olmalıdır. Yokluk hali hariç olmak üzere batıl olan evliliklerde mahkeme evliliğin batıl olduğuna ilişkin karar verene kadar bu evlilik içinde bulunan taraflar eş statüsüne sahip olduklarından TCK kapsamında eşe karşı işlenen suçlardan dolayı cezalandırılmalıdırlar. Yokluk halinde ise söz konusu evlilik hukuk düzeni içerisinde kendisine yer bulamadığından söz konusu durumda bulunan kişiler TMK kapsamında eş statüsünde değerlendirilemeyecek ve TCK kapsamında eşe karşı işlenen suçlara ilişkin hükümler bu kişilere karşı uygulanamayacaktır. TMK

¹⁵ “Evlenmenin yokluğu, Medeni Kanun’da açıkça düzenlenmediği halde, evlenmeye ilişkin butlan sebepleri kanunda sınırlı olarak belirtilmiştir. Evlenmenin butlanı açısından bu sebepler sınırlı sayı ilkesine tabi olup, kanunda açıkça öngörülmemiş bir sebebe dayanılarak evlenmenin butlanına karar verilemez.” Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/7-695 Esas, 2011/673 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 02.08.2020).

¹⁶ Evlenmenin butlan ile geçersiz olması durumuna değinecek olursak bu hususta iki görüş vardır. İlk görüşe göre; MK’nın 124/2. maddesi kapsamında mutlak butlanla geçersiz olan evlilik hâkim kararına kadar geçerli bir evlenmenin bütün hükümlerine haiz olduğundan, butlanla evliliğin devamı sırasında eşlerin birbirine karşı öldürme eylemlerinde TCK’nın 82/1-d maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s.129, Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2008, s.507, Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 226, Adem Palut, Kasten Adam Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2019, s.426-427. Yargıtay’ın da katıldığı ikinci görüşe göre ise; MK’nın 124/2. maddesinin evlenmenin özel hukuk alanındaki sonuçları için konulmuş olduğunu, bunun ceza hukuku alanına sirayet edemeyeceğini ve bu nedenle mutlak butlan ile geçersiz olan evlenmede TCK’nın 82/1-d maddesinin değil TCK’nın 81/1 maddesinin uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 4. Baskı, İstanbul 2017, C. I, s. 52, Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2008/10689 Esas-2009/6189 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 05.08.2020)

¹⁷ Aksi görüş; “Madde metninde ‘eş’ ifadesi kullanıldığı ve bunun yalnızca hukuk kurallarına uygun olarak resmi nikah sonucu kurulan ilişki olduğu bilindiğinden, metin bu haliyle kaldığı sürece genişletici yorum yapılması mümkün olmayacaktır ve nikah akdi ile kazanılan eş sıfatına sahip olmayan kişiler bakımından bu suçun eşe karşı işlenmesi halinde uygulanacak olan artırım uygulanamayacaktır”. Ayşe Özge Atalay, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013, s.59. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.08.2020).

anlamında kurulmamış olan fiili birliktelik, imam nikahı, partnerlik gibi haller de TCK kapsamında eş olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak eşe karşı işlenen hükümlerin konuluş amacı gözetildiğinde, birlikte yaşayan çiftler bakımından aralarında kanunen tanınmış bir evlilik olmasa dahi bu hükümlerin uygulanması gerekir.^{18 19} Yargıtay da bu konuda söz konusu eşe karşı işlenen suçların ancak resmi nikahlı eşe karşı işlenebileceğini kabul etmekte ve TMK kapsamında tanınmayan fiili birliktelik hallerini göz önünde bulundurmamaktadır.

Kanun koyucu eşe karşı kredi kartlarının kötüye kullanılmasında bir şahsi cezasızlık hali öngörmüştür. TCK'nın 245/4-a maddesi gereğince, suçun, haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerden birine karşı işlenmesi halinde ilgili diğer eş hakkında cezaya hükmolünmemektedir. Bu suçta kanun koyucu TCK'daki eş kavramı içerisine "haklarında ayrılık kararı verilmiş eş" kavramını yerleştirmiş, normatif açıdan buna hukuki bir sonuç bağlamıştır. Şayet eşler hakkında ayrılık kararı verilmiş ise kişi bu maddeye göre cezalandırılmaktadır. Ancak evlilik birliği devam eden ve haklarında herhangi bir ayrılık kararı bulunmayan eşlerin birbirine karşı işlediği bu eylem şahsi cezasızlık nedeni olmakta ve cezalandırılmamakta iken, haklarında ayrılık kararı verilmiş eşlerin birbirlerine karşı işlediği bu eylem cezalandırılmaktadır. TMK çerçevesinde, ayrılık kararının evliliği bitirici bir etkisinin olmadığı, evlilik birliğinin devam ettiği göz önüne alındığında haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşler ile haklarında ayrılık kararı verilmiş eşler arasında bir ayırım yapılması TCK kapsamında anlaşılan "eş" kavramına aykırı olduğu düşünülmektedir.²⁰

Eşe karşı işlenen cinsel saldırı suçu hususunda ise TCK'nın 102/2. maddesi gereğince vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen cinsel saldırı eylemi yalnızca eşin şikayeti halinde ceza-

¹⁸ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara Ekim 2016, s.128.

¹⁹ Aynı görüşte, Ezgi Cankurt, Toplumsal Cinsiyet Ders Notları, İstanbul 2019, (Yayımlanmamış)

²⁰ Aynı görüşte, Dural, Öğüz ve Gümüş, "...Öte yandan haklarında ayrılık kararı verilmemiş ve fakat henüz boşanma davası devam eden eşlerin de bu hükümden yararlanmaları mümkündür. Hatta bu eşlerin aynı evi paylaşmaları da şart değildir.Zira özellikle limiti yüksek bir kartın aralarında artık 'husumet' bulunan eşler tarafından kullanılması diğeri için yıkıcı olabilir". s. 976-977.

landırılabilir. ²¹ Söz konusu eş kavramının resmi nikah bağlamında ele alındığı açıktır. ²² Eşler arasında ayrılık kararı verilmiş olsa dahi evlilik birliği devam ettiğinden eş statüsü korunduğu için söz konusu organ veya sair cisim sokulması halinde diğer eşin şikâyetinin olup olmadığının araştırılması gerekmektedir. Yokluk hali hariç batıl evliliklerin mahkeme kararına kadar geçerli olacağı açık olduğundan bu tür batıl evliliklerde işlenen bu suçun cezalandırılması için diğer eşin şikâyeti aranacaktır. Ancak yokluk halinde söz konusu evlilik hukuk düzeninde var olmadığından bu tür eylemin gerçekleştirilmesi halinde şikâyetin varlığı aranmayacak, suç resen soruşturulacak ve kovuşturulacaktır. Yine aynı şekilde fiili birliktelik, imam nikahı, partnerlik gibi durumlarda söz konusu eylemin gerçekleştirilmesi halinde de şikâyetin varlığı aranmayıp resen soruşturma ve kovuşturma yürütülecektir. ^{23 24}

Kötü muamele suçunu bu bakımdan ayrı bir yere koymak gerekmektedir. TCK'nın 232. maddesinde *“aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı”* ifadesi kullanılmıştır. Nitekim madde düzenlemesine göre, suçun objektif koşulunun sanık ile mağdurun bir arada yaşamasının şart olduğu, bu kapsamda TMK'da bahsedilen aile kavramının suçun oluşabilmesi için zorunlu olmadığı anlaşılmaktadır. ²⁵ Ancak doktrindeki diğer görüşe göre, ²⁶ TMK'da bahsedilen aile kavramının geniş aile ve dar aile olmak üzere ikiye ayrıldığı, kanun koyucunun suç açısından amacının aile yanında “ev düzeni kurumu-

²¹ Handan Yokuş Sevrük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s.119.

²² Ali Parlar, Muzaffer Hatipoğlu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I, s. 824, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017, s.375.

²³ Detaylı açıklama için, Ardic, s. 45-54.

²⁴ Dini nikah veya karı-koca gibi birlikte yaşamın da eş olarak kabul edilmesi görüşü için bakınız Mahmut Koca, İlhan Üzülmaz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017, s.284.

²⁵ Nihal Çavuş, Türk Ceza Kanunu'nda Kötü Muamele Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2015, s.71-72. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 29.11.2019)

²⁶ “Aynı konutta birlikte yaşayanlardan anlaşılması gereken, kan ya da kayın hısımlığı veya sözleşme veya koruma, gözetme (velayet, vesayet) ilişkisi sebebiyle birlikte ev başkanının otoritesine tabi olarak yaşamayı kabul eden ve topluluk üyesini ev başkanının otoritesine tabi tutmayı mümkün kılacak süreklilik arz eden birden fazla kişinin bir arada yaşadığı topluluklardır”. Ayşe Nuhoglu, Aile Düzenine Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 102-104.

nu” korumak olduğu, bu nedenle TMK’da bahsedilen geniş aile kavramının suçun objektif unsurunu oluşturduğu ifade edilmiştir.²⁷

III. İstanbul Sözleşmesi ve Kapsamı Genişletilen Eş Kavramı

“Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi” kısa adıyla İstanbul Sözleşmesi 11 Mayıs 2011 tarihinde İstanbul’da imzaya açılmış ve Türkiye tarafından imzalanıp onaylanmıştır. 1 Ağustos 2014 tarihinde ise sözleşme yürürlük maddesi gereğince 10 ülkenin onaylaması sonucunda yürürlüğe girmiştir.²⁸

Sözleşme’de kadına karşı şiddetle mücadele için kapsamlı bir hukuki çerçeve oluşturmak üzere önleme (prevention)²⁹, koruma (protection), kovuşturma (prosecution) ve mağdur destek mekanizmaları oluşturma politikaları (policy) konularına yer verilmiştir.^{30 31 32}

Sözleşme’nin 3. maddesinde sözleşme içerisindeki kavramların tanımlaması yapılmış ve ev içi şiddet; aile içerisinde, ev içinde veya daha önceki veya şu anki eşler veya partnerler arasında meydana gelen, failin aynı evi şu an veya daha önce şiddet mağduruyla paylaşp

²⁷ Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 878.

²⁸ Begüm Özcan, Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 52. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)

²⁹ “Sonuç olarak şiddet öğrenilen bir davranıştır ve ortadan kaldırılması için toplumun, ailenin, bireyin bilgilendirilmesi gerekmektedir; aksi halde kadına yönelik şiddet eylemleri son bulmayacaktır”. Nur Centel, “Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Korumu mu?”, Ceza Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, İstanbul, 2012, s. 1.

³⁰ Nazan Moroğlu, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi – 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf, s. 367. (Erişim Tarihi: 25.11.2019)

³¹ “Ayrıca Sözleşmede bütüncül politikaların bir parçası olarak veri toplama ve araştırma yapılmasını desteklemeyi amaçlamaktadır”. <https://bianet.org/1/85/186497-istanbul-sozlesmesi-nedir> (Erişim Tarihi: 03.08.2020)

³² “Devletin özen yükümlülüğü, her bir kadına ilişkin olarak, şiddetin önlenmesi, kadının şiddete karşı korunması, failerin cezalandırılması ve mağdur için alternatif çözüm yolları bulunması hususlarını içerir. Bu yükümlülük, her bir kadının ihtiyaçlarını karşılama konusunda, kadının ihtiyaçlarına göre değişen bir takım esnek müdahaleleri gerektirir”. Dr. Recep Doğan, Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, Ss. 91-120, s. 100. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398519>, Erişim Tarihi: 03.08.2020)

paylaşmadığına bakılmaksızın, fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddetin bütün türleri olarak ifade edilmiştir.^{33 34 35}

İstanbul Sözleşmesi'nin en önemli özelliği, biyolojik veya hukuki, ailevi bağ olup olmadığına bakılmaksızın ev içi şiddetin (örneğin eski veya mevcut eşler, evlilik dışı partnerler, birlikte ikamet edilen aile fertleri, akrabalar veya birlikte ikamet edilen başkaları tarafından yöneltilen şiddetin) ve kadınlara yönelik her türlü şiddetin önlenmesi ve bunlarla mücadeleye ilişkin standartlar öngören ve Avrupa ülkelerini hukuki olarak bağlayan ilk belge olmasıdır.^{36 37}

İstanbul Sözleşmesi ile TMK anlamında bir kadın ve erkeğin karşılıklı uygun rızalarıyla kurulan evlilik birliği kavramı genişlemiştir. Şöyle ki sözleşme ile eşlerin boşanmış olup olmadığının veya TMK tarafından birliktelik halinin tanınmış olup olmadığının bir önemi bulunmamakta ve bu kapsamda bireylerin birbirlerine yönelik her türlü şiddet içerikli eylemleri sözleşmeyi onaylamış bulunan devletlerin mücadele etmesi gereken eylem sınıfına girmektedir.

³³ Kadriye Bakırcı, İstanbul Sözleşmesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4, s.149, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf> (Erişim Tarihi: 01.12.2019)

³⁴ Bakırcı, "...Sözleşme'nin Türkçe metni ile İngilizce metni karşılaştırıldığında, Türkçe çeviride yanlışlıklar olduğu görülmektedir. Sözleşme'nin metnindeki "ev içi şiddet (domestic violence) ibaresi, Türkçe'ye "aile içi şiddet" olarak çevrilmiş, ev içinde (domestic unit) ibaresi ise "aile birliğinde" olarak çevrilmiştir... Türkiye'nin de tarafı olduğu 1969 tarihli Antlaşmalar Hukuku Hakkında Viyana Sözleşmesi m. 33 uyarınca, uluslararası sözleşmelerin orijinal metinleri bağlayıcıdır. Türkiye, İstanbul Sözleşmesi'ne herhangi bir çekince de koymadığından, Türkiye açısından bağlayıcı olan, hatalı ve eksik Türkçe çeviriler değil, orijinal metinlerdir". s.137-138.

³⁵ "Aile içi şiddet, ne kadar yaygın olduğu tam olarak bilinmeyen bir olaydır. Çünkü aile içi şiddet aile mahremiyetinin bir unsuru olarak görüldüğü için çoğu zaman korku, çaresizlik gibi duygularla gizlenmektedir. Dolayısıyla da mücadele edilmesi ve önlenmesi zor bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır". Eray Karınca, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, Ankara 2008, s. 3. (http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/kadinarastirmalari_b5652.pdf , Erişim Tarihi:03.08.2020)

³⁶ Bakırcı, s. 134.

³⁷ Sözleşmenin getirdiği yükümlülükler o kadar önemlidir ki 2. maddenin son fıkrasına göre silahlı çatışma durumlarında bile geçerliliğini korur ve taraf devletlerin bunu garanti altına alması gerekir. Tuğba Bayraktar, İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 2018, Ss. 87-111, s.95. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/610429> , Erişim Tarihi: 03.08.2020)

İkinci belirtilmesi gereken husus ise sözleşmenin 55. maddesi gereğince taraf devletlerin sözleşmede sayılan 35. (fiziksel şiddet), 36. (cinsel saldırı dahil cinsel şiddet), 37. (zorla evlilik) , 38. (kadın sünneti) ve 39. (zorla kürtaj ve zorla kısırlaştırma) maddeleri uyarınca belirlenen suçların soruşturmalarının veya kovuşturmalarının; suçun mağdur tarafından bildirilmesi veya şikayette bulunulmasına bağlı olmamasını ve mağdur şikayetini veya ifadesini geri alsa bile kovuşturmanın devam etmesini sağlamakla yükümlü olduğunun belirtildiği, bu kapsamda TCK'nın 102/2. maddesi gereğince vücuda organ veya sair cisim sokmak suretiyle eşe karşı işlenen cinsel saldırı eyleminin yalnızca eşin şikayeti halinde cezalandırılabilceği de göz önüne alındığında, söz konusu maddenin sözleşmeye aykırılık teşkil ettiği görülmektedir.³⁸

Sözleşme'nin 3/b maddesi gereğince aile içi şiddetin tanımı yapılırken ekonomik şiddet kavramının da tanım içinde yer aldığı, İstanbul Sözleşmesi'nin ekonomik şiddet dahil olmak üzere şiddetin bütün türlerini yasakladığı göz önüne alındığında TCK'nın 245/4-a maddesinde bahsedilen haklarında ayrılık kararı verilmemiş eşlerin birbirine karşı bu fiili gerçekleştirmeleri halinde sözleşme gereğince ekonomik şiddet sınırları içerisinde kaldığı ve yine sözleşme gereğince şikayet aranmaksızın bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması gerektiği anlaşılmaktadır.

IV. İstanbul Sözleşmesi Kapsamında "Eş" Kavramına Yargının Bakışı

Burada biri Kanun Yararına Bozma kararı, diğeri de Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararı olmak üzere iki farklı yargı kararına değinilecektir.

*1.Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin Kanun Yararına Bozma talebine ilişkin kararı;*³⁹

Sanığın evi terk eden eşine karşı TCK'nın 106/1-1. cümlesindeki tehdit suçunun değerlendirilmesinde, ilk derece mahkemesi tarafından İstanbul Sözleşmesi'nin 48/1. maddesi gereğince, aile içi şiddet suçla-

³⁸ Cankurt.

³⁹ KYB Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2018/7937 Esas - 2019/450 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)

rında uzlaştırmanın mümkün olmadığı yönündeki yasal düzenlemenin, Anayasa'nın 90/5. maddesi uyarınca uluslararası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğu dikkate alınarak uzlaştırma hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı gerektiğinden bahisle, uzlaştırma hükümlerinin uygulanmadığı ve sanığın bu suç nedeniyle adli para cezasına çarptırıldığı, hükmün sanığa tebliğine rağmen dosyanın istinaf edilmediği, dosyanın Kanun Yararına Bozma (KYB) talebine konu edildiği anlaşılmıştır.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin söz konusu KYB istemine ilişkin yaptığı değerlendirmede, *"...TCK'nın 106/1-1. cümlesi kapsamındaki tehdit suçunun uzlaştırma kapsamına alınması, her ne kadar uzlaştırma usul hukuku kurumu olarak düzenlenmiş ise de fail ile devlet arasındaki ceza ilişkisini sona erdirmesi bakımından maddi hukuka da ilişkin bulunması nedeniyle yürürlüğünden önceki olaylara uygulanabilmesi, Kadına Yönelik Şiddetin ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi)'nin 48. maddesinin 1. fıkrasında, Sözleşme kapsamında yer alan her türlü şiddet olayıyla ilgili olarak, arabuluculuk ve uzlaştırma da dahil olmak üzere, zorunlu anlaşmazlık giderme alternatif süreçlerini yasaklamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alma hususunda taraf devletlere yükümlülük getirilmesine rağmen bu eylemlerde uzlaştırmayla yapılamayacağına dair düzenleme bulunmaması, yine Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ya da diğer kanunlarda eşe karşı tehdit suçunda uzlaştırmayla uygulanamayacağına dair hüküm bulunmaması"* nedeniyle Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin KYB istemini kabul etmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin gerekçesi, tamamen İstanbul Sözleşmesi'nin 48/1. maddesindeki yasak ile ilgili kanuni bir düzenlemenin mevcut olmamasına dayanmaktadır.

2. Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kararı,⁴⁰

Sanık Mehmet Dursun'un aynı çatı altında nikahsız olarak birlikte yaşadığı eşine karşı tehdit ve şiddet içeren eylemleri nedeniyle mahkemece 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunu'n 1/a maddesi gereği 4 ay süreyle şiddet ve korkuya dayalı davranışlarda bulunmaması yönünde tedbir kararı verildiği, sanığın eşine karşı tekrar etki-

⁴⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/7-131 Esas - 2009/284 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)

li eylemde bulunması sonucu koruma kararına aykırı davranmaktan hakkında 4320 sayılı Kanun'un 2. maddesi uyarınca kamu davasının açıldığı, ilk derece mahkemesince sanık hakkında beraat kararı verildiği, Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin kararıyla nikahsız eşe karşı yapılan tehdit ve şiddet içeren eylemlerin 4320 sayılı Kanun kapsamında koruma altında olduğu gerekçesiyle verilen tedbir kararının hukuka ve yasaya uygun olduğu ve bu tedbir kararının ihlal edilmesi şeklinde nikahsız eşe karşı gerçekleştirilen etkili eylemin sanık üzerine atılı suçu oluşturduğundan bahisle ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi bu kararında, TMK kapsamında ailenin tanımlanmadığını, aile fertlerinin kimlerden oluştuğuna dair Kanun'da herhangi bir bilgi bulunmadığını, 4320 sayılı Kanun'da da ailenin tanımının yapılmadığını belirtmiş, bu nedenle anayasa kurallarına ve milletlerarası anlaşma hükümlerine yönelmiştir. Yaptığı değerlendirmede Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerine ve ayrıca İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin (İHAS) "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması" başlıklı 8. maddesine atıf yapmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarıyla sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen aile hayatı kavramını ele alarak sanığın nikahsız olarak yaşadığı eşiyle fiilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir aile hayatı yaşadıklarının anlaşıldığını belirtip, mahkemece verilen koruma kararının hukuka uygun olduğunu ve bu tedbir kararının ihlalinin dosyadaki delil durumuna göre cezalandırılması gerekçesine dayanmıştır.

Söz konusu karar, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nca resmi olmayan birlikteliklerin 4320 sayılı Kanun kapsamında korunamayacağından bahisle, beraata hükmedilmesi gerektiği yönünde itiraz kanun yoluna başvurularak Yargıtay 7. Ceza Dairesi kararının kaldırılmasına karar verilmesi talep edilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında özetle, "4320 sayılı Kanun'da ihdas edilmiş olan suçla korunan hukuki yarar, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesi uyarınca verilmiş bulunan tedbir kararının hukuki otoritesidir. Bu nedenle de Cumhuriyet Savcısını veya Sulh Ceza Hakimini ilgilendiren; 1. madde uyarınca verilmiş ve kesinleşmiş bir tedbir kararının bulunması ve bu kararda hükmedilen tedbirlere uyulmamış olmasıdır, yoksa kesinleşmiş olan tedbir kararının içeriğinin doğru olup olmadığı Cumhuriyet Savcısı ve

ceza hakimi tarafından denetlenemez” şeklinde belirtmiş ve “Ceza mahkemesinin, yapılan yargılama sırasında kesinleşmiş tedbir kararının içeriğini denetleme olanağı bulunmadığından, 4320 sayılı Kanun’un 2. maddesindeki suçun unsurlarının oluştuğunun kabulü zorunludur” diyerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’nın itirazını 4320 sayılı Kanun’un “resmi olmayan birliktelikleri” de koruyup korumadığı yönündeki tartışmaya girmeden reddetmiştir.

Her ne kadar Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında resmi olmayan birlikteliklerin kanun tarafından korunup korunmadığına ilişkin hukuki bir tartışma yapılmamış olsa da söz konusu kararda muhalif üyelerinin görüşleri, “eş” kavramının geniş yorumlanmasının suçta ve cezada kanunilik ilkesine ve Anayasa’nın 174. maddesindeki Devrim Kanunları’na aykırılığı noktasında toplandığı görülmektedir.

Eş kavramının geniş yorumlanıp yorumlanmayacağına ilişkin söz konusu tartışmaların incelenmesinde;

1. İstanbul Sözleşmesi ile genişletilen “Eş” kavramının İnkılap Kanunları’na aykırı olduğu iddiası;

Anayasa’nın 174. maddesine göre İnkılap Kanunları, anayasaya aykırı olarak anlaşılamaz ve yorumlanamaz. TMK’da yukarıda da bahsedildiği gibi, resmi evlendirme memurunun önünde tarafların birbirine uygun rızalarıyla kurulan evlilik, kanun koyucu tarafından tanınarak taraflara eş statüsü verilmektedir. Burada değerlendirilmesi gereken husus usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası anlaşmanın Anayasa’nın 174/4. maddesi ve TMK’nın ilgili hükümleriyle çatışması halinde ne yapılacağına ilişkindir. Anayasanın 90/5-son maddesi gereğince tartışılması gereken uluslararası metinlerin kanun ile anayasa arasında bir normatif değere mi sahip olduğu yoksa anayasanın bile üstünde bir normatif değere mi sahip olduğudur.⁴¹ Bununla ilgili doktrinde farklı görüşler mevcut olsa da⁴² Anayasa Mah-

⁴¹ Anayasanın 90/5 maddesinin son cümlesi aşağıdaki gibidir;
“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”.

⁴² Mustafa Çolaker, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta Doğrudan Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2009, s. 17-29. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)

kemesi, insan haklarına ilişkin uluslararası anlaşmaları, kararlarında “destek ölçü norm” olarak kullanmakta, anayasa hükmüymüş ya da anayasanın bazı maddelerinin açıklamasıymış gibi görmektedir.⁴³ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın, Türkiye Cumhuriyeti Devleti’ni tanımlarken insan haklarına saygılı bir devlet olduğunu açıkça kabul ettiği ve Anayasa’nın kanun önünde eşitlik başlıklı 10. maddesinde herkesi kanun önünde eşit saydığı göz önüne alındığında İstanbul Sözleşmesi’yle iç hukuka dahil olan partnerlik, imam nikahı ile evlilik ve fiili birlikteliklerin TCK kapsamında eşe karşı işlenen suçlar başlığı altında değerlendirilerek yaptırıma tabi tutulması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir.⁴⁴ Ayrıca burada şu yaklaşımın da getirilmesi mümkündür. Evliliğin bir sözleşme olarak değerlendirildiği doktrinin ağır basan görüşü dikkate alındığında, kanun koyucunun sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde bazı sözleşmeleri şekil şartlarına bağlaması ve birtakım hukuki sonuçlar öngörmesi kanun koyu-

⁴³ Çolaker, s. 27.

⁴⁴ “Genel anlamda uluslararası hukuk ve özelde uluslararası anlaşmaların iç hukuk ile ilişkisi konusunda ikici ve tekçi olmak üzere iki sistem geçerlidir. İkici sisteme göre; uluslararası hukuk ile ulusal hukuk birbirinden farklı iki alanı ifade etmekte olup birinde var olan kuralın diğerinde geçerli olabilmesi için ya açıkça bir yollama ya da bir aktarım işleminin yapılması gerekmektedir. Bu anlayışa göre, uluslararası hukukun iç hukuka uygulanabilmesi için bunların idari makamların ya da yasama organının bir tasarrufu ile iç hukuka aktarılması gerekir. Tekçi sistemde ise; uluslararası hukuk ile iç hukuk bir bütünün parçalarını ifade etmekte olup tek bir hukuk düzeni söz konusudur. Bu anlayışa göre, uluslararası hukuk alanında usulüne göre oluşturulan kural, doğrudan ulusal kuralları arasındaki yerini alır ve aldığı yere göre de uygulanır. Türkiye’nin hukuk düzeninde de bu sistem geçerlidir”. Ahmet Durak Bilgin, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin İç Hukuktaki Yeri”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22., S.1., s84. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/274329> Erişim Tarihi:04.08.2020), İbrahim Şahbaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.54, 2004, s.178 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66> Erişim Tarihi:04.08.2020), Samet Talha Tekçe, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi’nde Kadına Karşı Şiddeti Önleme Mekanizmaları ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 98-99. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 04.08.2020). Bu bilgiler ışığında, “Tekçi Sisteme” sahip Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın usulüne uygun olarak kabul edilen uluslararası metinlerin anayasanın da üstünde olduğu kabul edilmelidir. Bunun nedeni, toplum sözleşmesi ile yasa yapma yetkisinin yasama organına verildiği ve anayasanın da bu toplum sözleşmesinin temel normu olduğu gerçeği karşısında uluslararası bir erk tarafından oluşturulan metinlerin yasama organı tarafından uygun bulunduğu an toplum sözleşmesindeki yasa yapma yetkisi uluslararası bir erke devredilmiş olacağı düşüncesinden kaynaklanmaktadır.

⁴⁵ Cankurt.

cunun tamamen iradesi altında olduğu, resmi memur önünde tarafların birbirine uygun rızalarıyla evlilik birliğinin kurulduğu durumlara Anayasa'nın 174. maddesi kapsamında yasal sonuçlar bağlamasının uluslararası metinlere ve anayasada var olan eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak ceza normları açısından eşitlik ilkesine aykırı davranılamayacak olması nedeniyle gayri resmi birliktelik ile resmi birliktelik arasında bir fark olamayacağından, İstanbul Sözleşmesi'nin ilgili maddeleri ile Anayasa'nın 174. maddesi ile çakışması durumu ortadan kalkmış olacaktır. Bu açıdan Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda öne sürülen bu muhalif düşünceye katılmak mümkün gözükmemektedir.

2. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince İstanbul

Sözleşmesi'nin doğrudan iç hukuka uygulanamayacağı iddiası;

Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, hangi fiillerin suç olduğunun ve bu fiillere uygulanacak cezaların kanunda yer almasıdır. Kanunilik ilkesinin dayandığı temel esas, suç yaratma ve cezalandırma yetkisinin idare veya hâkimin keyfiliğine bırakılmaması ve bu yetkinin demokratik niteliğe sahip olan yasama meclisi tarafından kullanılmasıdır.⁴⁶ Suçta ve cezada kanunilik ilkesi aslında kişilerin hak ve özgürlüklerini güvence altına almakta olup kişilerin keyfi olarak cezalandırılmasının önüne geçmek için tarihsel yargılama süreçleri içerisinde ortaya çıkmış evrensel bir ilkedir. Keza 10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 11/2. maddesinde, *“Hiç kimse işlendikleri sırada milli veya milletlerarası hukuka göre suç teşkil etmeyen fiillerden veya ihmallerden ötürü mahkûm edilemez. Bunun gibi, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha şiddetli bir ceza verilemez”* denilmekte ve yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin *“Kanunsuz Ceza Olmaz”* başlıklı 7. maddesinde *“Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez”* denilmekle söz konusu ilke bir insan hakkı olarak tanınmış ve koruma altına alınmıştır. TCK'nın 2/1.

⁴⁶ Emre Niğdelioğlu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi, Yüksek Lisans Tezi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Niğde 2019, s. 58. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 03.12.2019)

maddesi ile de iç hukukta suçta ve cezada kanunilik ilkesi tanınmış olup aynı maddenin 3. fıkrası ile kıyas yasağı getirilmiş ve kıyas olacak şekilde geniş yorumlamanın da önüne geçilmiştir. Tüm bu ulusal ve uluslararası metinlerdeki maddeler göz önüne alındığında, kanunilik ilkesinin temelde keyfiliği önlemek için kanunda yer almayan bir ceza normu ile kişilerin cezalandırılmamasını ifade etmektedir. Söz konusu suçta ve cezada kanunilik ilkesinde ‘kanun’ ibaresinden kastedilen şekli kanun olmayıp maddi kanunun ceza normu içeren hükümleridir. Maddi kanun İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve AİHS’de tanımlanan “uluslararası hukuka” göre suç oluşturan normatif hükümlerdir. Şekli ve maddi kanun ayrımında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin de maddi kanun anlayışını kabul ettiği, suç ve ceza koyan düzenlemeler açısından da yasama organı tasarrufunu şart olarak görmediği, mahkeme açısından hukuk normunun nesnel olmasına önem verildiği anlaşılmaktadır.⁴⁷ AİHM kararlarının iç hukukumuzu bağlayıcı olduğu da ele alındığında, İstanbul Sözleşmesi ile hukukumuzda giren eş kavramının geniş perspektifinin, yargı kararlarıyla doğrudan uygulanması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği, söz konusu uluslararası normların maddi kanun niteliği taşıdığı, AİHM’nin de durumu bu şekilde değerlendirdiği anlaşıldığından Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nda öne sürülen bu muhalif düşünceye de katılmak mümkün gözükmemektedir.

SONUÇ

TCK’da eş tanımının yapılmamış olması nedeniyle bir diğer ana kanun metni olan TMK yardımıyla “eş” kavramı tanımlanmaya çalışılmaktadır. Ancak TMK’da da “eş” kavramı doğrudan tanımlanmakla birlikte sadece evlilik üzerinden bir tanımlamaya gidilmektedir. İstanbul Sözleşmesi’nin “eş” kavramını değerlendirmesinde genişletici tanımlama yapılmış olup, birlikte yaşam iddiası olan herkesin “eş” kavramına dahil edildiği görülmektedir. Ayrıca sosyal yaşamda da bireyler kanun maddelerinden daha hızlı değişmekte, dönüşmekte ve toplum ile mer’i hukuk arasında farklılıklar oluşmaktadır. Yukarıda da görüldüğü üzere yargı makamları tarafından da tartışılan İstanbul

⁴⁷ M. Nedim Bekri, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010, s. 59. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 06.12.2019)

Sözleşmesi'nin iç hukuka doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı sorunu üzerine dar kapsamlı bir değerlendirmede bulunulmuştur. Özel hukuk anlamında kanun koyucunun bazı sözleşmelere özel önem atfetmesinin kanun koyucunun inisiyatifinde olduğu, evlendirme memuru önünde yapılan evlilik akdinin kanun koyucu tarafından korunmasının eşitlik ilkesine aykırı olmadığı değerlendirilmektedir. "Eş kavramının geniş değerlendirilerek birlikte yaşama iddiasında olan bireylerin Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesi uyarınca aynı muameleye tabi olması hukuki bir zorunluluktur. Anayasa'nın 10. maddesinde "herkes eşittir" ifadesi ile bu durum iç hukukta yerini almıştır. Massachusetts Yüksek Mahkemesi Başyargıci Margaret Marshall da "Goodridge V Kamu Sağlığı Kurumu" arasındaki davada yazmış olduğu gerekçede, mahkemenin yükümlülüğünün, toplumun bir kesiminin ahlaki kodlarını dayatmak olmadığını ve herkesin özgürlüğünü tanımlamak olduğunu ⁴⁸ ifade etmiştir.

Kaynakça

Kitaplar

- Akıntürk Turgut, Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2017, C. II.
- Centel Nur, "Ceza Hukuku Şiddete Karşı Kadını Korur mu?", Ceza Hukuku Genç Akademisyenler Sempozyumu, İstanbul, 2012.
- Centel Nur, Zafer Hamide, Çakmut Özlem, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, 4. Baskı, İstanbul 2017, C. I.
- Dural Mustafa, Ögüz Tufan, Gümüş M. Alper, Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2013, C. III.
- Erdem Mehmet, Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Koca Mahmut, Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2017.
- Nuhoğlu Ayşe, Aile Düzenine Karşı Suçlar, 1. Baskı, İstanbul 2009.
- Otacı Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2008.
- Özbek Veli Özer, Doğan Koray, Bacaksız Pınar, Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler,

⁴⁸ Michael J. Sandel, Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? Harvard Üniversitesi, 6. Bası, s. 334. (Çev. Mehmet Kocaoğlu Mayıs 2018)

- Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Bası, Ankara Ekim 2016.
- Özcan Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- Palut Adem, Kasten Adam Öldürme Suçu, 1. Baskı, Ankara 2019.
- Parlar Ali, Hatipoğlu Muzaffer, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, Ankara 2007, C. I.
- Sandel Michael J., Adalet Yapılması Gereken Doğru Şey Nedir? Harvard Üniversitesi, 6. Bası.(Çev. Mehmet Kocaoğlu Mayıs 2018)
- Serozan Rona, Başoğlu Başak, Kapancı Berk, "Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi", *İKÜHFD*, S. 2016/2.
- Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016.
- Tezcan Durmuş, Erdem Mustafa Ruhan, Önok R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 15. Baskı, Ankara 2017.
- Yokuş Sevük Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Zevkililer Aydın, Acabey Beşir, Gökyayla Emre, Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2000.

İnternet Kaynakları

- Ardıç Ecehan, Eşe Karşı Cinsel Saldırı Suçu, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.12.2019)
- Atalay Ayşe Özge, Türk Ceza Hukukunda Fuhuş Suçu, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2013.
- (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 05.08.2020)
- Bakırcı Kadriye, İstanbul Sözleşmesi, *Ankara Barosu Dergisi*, 2015/4, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-4/7.pdf>, (Erişim Tarihi: 01.12.2019)
- Bayraktar Tuğba, İstanbul Sözleşmesi ve 2017 Türkiye Gölge Raporuna İlişkin Bir Değerlendirme, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 26, S. 3, 2018, Ss. 87-111. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/610429>, Erişim Tarihi: 03.08.2020)
- Bekri M. Nedim, Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2010. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 06.12.2019)
- <https://bianet.org/1/85/186497-istanbul-sozlesmesi-nedir> (Erişim Tarihi: 03.08.2020)
- Bilgin Ahmet Durak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukuktaki Yeri", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C.22., S.1. (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/274329> Erişim Tarihi:04.08.2020)
- Çavuş Nihal, Türk Ceza Kanunu'nda Kötü Muamele Suçları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2015. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 29.11.2019)
- Çolakcer Mustafazade, Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Antlaşmaların İç Hukukta

- Doğrudan Uygulanması, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2009. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)
- Doğan Recep, Kadının Şiddete Karşı Korunmasında Devletin Özen Yükümlülüğü ve Uluslararası Standartlar, *Ankara Barosu Dergisi*, 2016/2, Ss. 91-120. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398519>, Erişim Tarihi: 03.08.2020)
- Eray Karınca, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Kadına Yönelik Aile İçi Şiddetle Mücadele Projesi, Ankara 2008. (http://www.ktu.edu.tr/dosyalar/kadinarastirmalari_b5652.pdf, Erişim Tarihi:03.08.2020)
- Moroğlu Nazan, “Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi – 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi”, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2012-99-1169.pdf.
- Niğdelioğlu Emre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Yüksek Lisans Tezi, Niğde Ömer Halisdemir Üniversitesi, Niğde 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 03.12.2019)
- Özcan Begüm, Kadına Yönelik Şiddet Konusunda Feminist Hareketin ve Devletin Karşılaştırmalı Yaklaşımı: İstanbul Sözleşmesi Örneği, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi, İstanbul 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 02.12.2019)
- Şahbaz İbrahim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Türk Yargı Sistemindeki Yeri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.54, 2004. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2004-54-66> Erişim Tarihi:04.08.2020)
- Tekçe Samet Talha, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İstanbul Sözleşmesi’nde Kadına Karşı Şiddeti Önleme Mekanizmaları ve Türkiye, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019. (Yüksek Öğretim Kurulu Başkanlığı Ulusal Tez Merkezi Erişim Tarihi: 04.08.2020)

Mahkeme Kararları:

- KYB Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2018/7937 Esas – 2019/450 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2008/10689 Esas-2009/6189 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 05.08.2020)
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2009/7-131 Esas – 2009/284 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 28.11.2019)
- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 2011/7-695 Esas, 2011/673 Karar (UYAP Bilişim Sistemi, Erişim Tarihi: 02.08.2020)

Diğer

- Cankurt Ezgi, Toplumsal Cinsiyet Ders Notları, İstanbul 2019.

