

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TÜRK CEZA KANUNU MADDE
232'DE DÜZENLENEN KÖTÜ MUAMELE SUÇUNUN
İNCELENMESİ, ÇOCUK HAKLARI VE KADIN HAKLARI
BAKIMINDAN MADDENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
ÖZNUR ŞAHİN

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Ahmet MUMCU

Ankara-2019

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

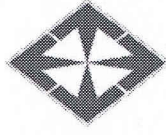
İNSAN HAKLARI AÇISINDAN TÜRK CEZA KANUNU MADDE
232'DE DÜZENLENEN KÖTÜ MUAMELE SUÇUNUN
İNCELENMESİ, ÇOCUK HAKLARI VE KADIN HAKLARI
BAKIMINDAN MADDENİN DEĞERLENDİRİLMESİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
ÖZNUR ŞAHİN

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Ahmet MUMCU

Ankara-2019



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 24/07/2019

Öğrencinin Adı, Soyadı :Öznur ŞAHİN

Öğrencinin Numarası : 21520200

Anabilim Dalı : Kamu Hukuku

Programı : Tezli Yüksek Lisans

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Ahmet MUMCU

Tez Başlığı : İnsan Hakları Açısından Türk Ceza Kanunu Madde 232’de Düzenlenen Kötü Muamele Suçunun İncelenmesi, Çocuk Hakları ve Kadın Hakları Bakımından Maddenin Değerlendirilmesi

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 73 sayfalık kısmına ilişkin, 24.07.2019

tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 19’dur.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

24.07/2019

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Prof. Dr. Ahmet Mumcu

KABUL VE ONAY SAYFASI

T.C. Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi Öznur Şahin tarafından hazırlanan İnsan Hakları Açısından Türk Ceza Kanunu Madde 232’de Düzenlenen Kötü Muamele Suçunun İncelenmesi, Çocuk Hakları Ve Kadın Hakları Bakımından Maddenin Değerlendirilmesi adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi:.....21...../08/2019

(Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu):

İmzası Jüri Üyesi : Prof. Dr. Ahmet Mumcu

Jüri Üyesi :

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi Dğür

Jüri Üyesi : KÜCÜKTAŞ DEMİR

Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üyesi İsmail

YUKSEL

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../2019

Enstitü Müdürü

ÖZET

Toplumun en küçük yapılanması olan aile ülkemizde Anayasa başta olmak üzere çeşitli kanuni düzenlemeler ile korunmuştur. Ailenin korunması bir yandan toplumun korunması olarak bir yandan da aile içinde yetişen bireylerin yani insanın korunması olarak değerlendirilebilir. Aileye verilen önem doğrultusunda oluşturulan uluslararası anlaşmalar ve ulusal düzenlemeler incelendiğinde çalışmanın konusu olan Türk Ceza Kanunu madde 232'ye de rastlanmaktadır. Üç bölümden oluşan tez çalışmasında düzenlemenin barındırdığı iki ayrı suç tipi ele alınacaktır. Bu kapsamda aile bireylerinden olan çocukların ve kadınların uluslararası anlaşmalar ile koruma altına alınan hakları çerçevesinde incelemeler yapılacaktır.

Kötü muamele suçunu incelerken düzenlemede ve başlıkta yer alan kavramlara değinilecektir. Bu kapsamda aile, şiddet, merhamet, acıma, şefkat kavramları anlaşılmaya çalışılacaktır.

Bütün yapılan incelemeler sonucunda düzenlemenin çocuklar, kadınlar ve aile açısından etkili bir koruma sağlayıp sağlamadığı tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aile, Kötü Muamele, Şiddet, Disiplin Yetkisi, Çocuk Hakları, Kadın Hakları

ABSTRACT

The family, which is the smallest structure of the society, has been protected by various legal regulations, especially the Constitution. Protection of the family can be considered as protection of the society on the one hand and protection of the people who grow up in the family on the other hand. When the international agreements and national regulations established in line with the importance given to the family are examined, article 232 of the Turkish Penal Code, which is the subject of the study, is also found. In this thesis, which consists of three chapters, two different types of crime covered by the regulation will be discussed. In this context, studies will be carried out within the framework of the rights of children and women who are members of their families protected by international agreements.

In examining the crime of ill-treatment, the concepts in the regulation and title will be mentioned. In this context, the concepts of family, violence, compassion, mercy, kindness will be tried to be understood.

As a result of all the examinations, it will be discussed whether the regulation provides effective protection for children, women and family.

Key Words: Family, Maltreatment, Violence, Authority of Discipline, Rights of Children, Rights of Women

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	V
GİRİŞ	1
BÖLÜM I TÜRK CEZA KANUNU MADDE 232	4
1.1. Genel Olarak	4
1.2. Hukuki Konu.....	4
1.2.1. Çocuk Hakları Bakımından	9
1.2.2. Kadın Hakları Bakımından	12
1.3. Maddi Konu	19
BÖLÜM II KÖTÜ MUAMELE SUÇU	25
2.1. Tarihsel Gelişim.....	25
2.2. Fail	27
2.3. Mağdur	29
2.4. Maddi unsur	34
2.4.1. Fiil.....	34
2.4.2. Merhamet, Acıma, Şefkat Kavramları.....	37
2.5. Manevi Unsur.....	38
2.6. Hukuka Aykırılık	39
2.6.1. Kanunun veya Yetkili Merciiin Emrinin Yerine Getirilmesi	39
2.6.2. Meşru Savunma	40
2.6.3. Zorunluluk Hali	41
2.6.4. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası	42
2.7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	43
2.7.1. İçtima	43
2.7.2. Teşebbüs	45
2.7.3. İştirak	45
2.8. Eleştirisi	46
2.8.1. Kanunun Başka Düzenlemeleri Bakımından.....	46

2.8.2. Kanunilik İlkesi Bakımından.....	47
BÖLÜM III DİSİPLİN YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU.....	55
3.1. Tarihsel Gelişim.....	55
3.2. Fail	55
3.3. Mağdur	55
3.4. Maddi unsur	57
3.4.1. Fiil.....	57
3.5. Manevi Unsur.....	58
3.6. Hukuka Aykırılık	58
3.6.1. Kanunun veya Yetkili Mercinin Emrinin Yerine Getirilmesi	58
3.6.2. Zorunluluk Hali	59
3.6.3. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası	59
3.7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri.....	59
3.8. Eleştirisi	60
SONUÇ	63
KAYNAKÇA.....	68

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜHFD	: Ankara Üniversite Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	: Cilt
CEDAW	: Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme
Çev	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
K.	: Karar
No	: Numara
RG	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
t.	: Tarih
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu

YCD : Yargıtay Ceza Dairesi
YG : Yargıtay
YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

İnsan hakları alanında, çocuk haklarının ve kadın haklarının önemli bir yeri vardır. Çocuk haklarını ve kadın haklarını geliştirmek ve korumak için birçok uluslararası anlaşmaya Türkiye de taraf olmuş, ulusal mevzuatta düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerden olduğu söylenen Türk Ceza Kanunu'nun Kötü Muamele başlıklı 232. maddesinin uluslararası sözleşmelere ve insan haklarına, kadın haklarına, çocuk haklarına uygun olup olmadığı irdelemek amacıyla huzurdaki tezi ortaya çıkaran çalışma yapılmıştır.

Kötü muamele başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinin birinci fıkrasında aynı konutta yaşayanların birbirine karşı kötü muamelelerinin, ikinci fıkrasında ise birbiri üzerinde terbiye hakkı olan kimselerin bu haktan doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasının cezalandırılması öngörülmektedir. Her iki fıkranın adeta ayrı iki tip suç oluşturduğu ancak hukuki konu ve maddi konu bakımından benzerlik gösterdiği düşünülebilir. Bu nedenle çalışmanın ilk bölümünde Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesine genel olarak yer verildikten sonra hukuki konu ve maddi konu irdelenmiştir. Hukuki konu kapsamında çocuk haklarını ve kadın haklarını incelenmiştir. Bu incelemenin nedeni kötü muamele suçunun çocuk haklarını ve kadın haklarını korumak gibi bir amacı olup olmadığını varsa ne kadar yeterli olduğunun tezin devamında tartışılabilmesidir. Çocuk Hakları ve kadın hakları incelemesinin yapılabilmesi içinde kısaca insan haklarının tarihsel gelişimine kısaca değinilmiştir. İnsan haklarının tam anlamıyla korunabilmesi güçsüz olanın güçlüye karşı korunmasına dayanmaktadır. Bu nedenle çocuk hakları hassasiyetle üzerinde durulması gereken bir konudur. Aksi takdirde çocuğun hakları, yetişkinler tarafından görmezden gelinmektedir. Kötü muamele suçu ile çocuğun haklarının ne kadar korunduğu irdelenecektir. İnsan hakları hukukunda ayrıca ele alınan ve erkek egemen zihniyetin baskın olduğu dünyamızda, baskıyı azaltabilmek, cinsiyetler arası eşitliği sağlayabilmek için pozitif ayrıcalıkların tartışıldığı kadın hakları açısından kötü muamele suçunun kadını ne kadar erkek ile eşit konuma getirebildiği Düzenlemenin aileye karşı suçlar başlığı altında yer alması nedeniyle yasa koyucunun aslında aile kurumunu korumaya çalıştığı doktrinde tartışılmıştır. Bu nedenle aile kavramını ele almak gerekmektedir. Ülkemizde aile kavramı ve kötü muamele suçunun düzenlenişi ve suça öngörülen cezanın üst sınırı da düşünülerek, adeta “kol kırılır yen içinde kalır” şeklinde çağın gerisinde kalan bir düşüncenin ürünü olup

olmadığı tezimizde incelenecek, kötü muamele suçu ele alınacaktır. Kimi kaynaklarda aile içi şiddeti engellemeye yönelik bir düzenleme olduğu belirtilen kötü muamele suçunun gerçekten de aile içi şiddeti engelleyebilecek şekilde düzenlenip düzenlenmediğini anlamaya çalışacağız.

Suç tipinin insan haklarına ve evrensel ceza hukuku prensiplerine uygun olarak kaleme alınıp alınmadığını anlayabilmek için tezin ilk kısmında insan haklarının gelişiminden ve kaynaklarından bahsedilmesi çalışmanın ilerleyen bölümlerinde adil yargılanma hakkı kapsamında kanunilik ilkesine uygun bir düzenleme yapıp yapılmadığı bakımından önem arz edecektir. Suçun unsurlarının tüm ayrıntılarıyla belli olup olmadığı, kanun maddesinin gerekçesinin, suç düzenlemesinin daha iyi anlaşılabilmesi noktasında ne kadar yeterli olduğu tartışılacaktır. Ceza Hukuku normlarının şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi gerektiği tartışma götürmeyecek bir konudur. Yüzyıllar önce ortaya konulan kanunilik ilkesi de bu noktada karşımıza çıkmaktadır. İnsan Hakları Hukuku ile Ceza Hukukunun ortak konularından biri olan kanunilik ilkesi, insan hakları hukukunun uluslararası kaynaklarının hemen hepsinde “adil yargılanma hakkı” kapsamında ele alınmış ve düzenlenmiştir. Dolayısıyla çalışmamızın birinci bölümünde insan haklarının gelişimini, kaynaklarını ve kanunilik ilkesini inceleyeceğiz. Ancak kanunilik ilkesinin başlı başına bir tez konusu olması sebebi ile çalışmamızda kanunilik ilkesinin unsurlarından yalnızca belirlilik ilkesinden bahsedeceğiz. Bu incelemeyi yapmamız kötü muamele suçunun hukukun evrensel ilkelerine ne kadar uygun olduğunu tartışmak açısından çok önemlidir.

Tezin ikinci bölümünde ise kötü muamele suçu başlığı altında Türk Ceza Kanunu'nun ilk fıkrası kapsamında suç tipini incelemesi yapılmıştır. Bu incelemeyi yaparken ulusal ve uluslararası yargı kararlarından faydalanılmıştır. Yasa koyucunun iradesini anlamaya çalışırken, kanunilik ilkesinin öneminin bir kez daha anlaşılacağı kanısı ile mağdurun ve korunmaya çalışılan hukuksal değer neler olduğunun yeterince anlaşılıp anlaşılmadığını, yapılan düzenlemenin amacı ile öngörülen müeyyide arasında bir çelişki bulunup bulunmadığını Türk Ceza Kanununda yer alan başkaca suçlardan yola çıkarak ortaya koyulmaya çalışılmıştır.

Son bölümümde ise yine Türk Ceza Kanunu'nun 232. Maddesinin ikinci fıkrası disiplin yetkisinin kötüye kullanılması ayrı bir suç tipi gibi incelenmiştir. Çalışmanın geneli içerisinde suç tipini anlamaya yardımcı kavramlar irdelenmiş, yargı kararlarından örnekler paylaşarak, kararlar incelenmiştir. Bu sayede kanun koyucunun kötü muamele suçunu düzenlerken korumayı istediği hukuksal değer ile görünürde koruduğu hukuksal değer aynı olup olmadığı anlaşılacaktır. Yine yargı kararlarından yola çıkarak uygulamaya içtihatlar ile nasıl yön verildiğini, somut olay adaletinin sağlanıp sağlanmadığını anlamaya çalışarak tezimizin sonuç bölümünde kötü muamele suçu ile ilgili varılan sonuçlara yer verilecektir.

BÖLÜM I

TÜRK CEZA KANUNU MADDE 232

1.1. Genel Olarak

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu özel hükümlere ilişkin ikinci kitabın, üçüncü kısmının, Aile Düzenine Karşı Suçlar başlıklı sekizinci bölümünde 232. Madde iki ayrı fıkra halinde düzenlenmiştir.

Kanun maddesi aynen,

*“(1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.”*

şeklindedir. Bu hali ile kanun koyucu aynı maddenin iki ayrı fıkrasında faili, mağduru, unsurları farklı olan iki ayrı suç tipini düzenlemiştir. Ancak hukuki konu ve maddi konu bakımından her iki fıkra da benzerlik göstermektedir.

1.2. Hukuki Konu

Suçun hukuki konusu, her suçun hukuki bir değer yahut menfaatin ihlali olması düşüncesinde saklıdır¹. Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinde korunan birden fazla hukuksal değer mevcut olup karma bir nitelik taşımaktadır. Suç düzenlemesinin ilk fıkrasında aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerde birine karşı kötü muamelenin niteliğine

¹ Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2017, s.199

göre ve ikinci fıkrada terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin ne şekilde kötüye kullanıldığına göre korunan hukuksal değer de farklılık göstereceği açıktır. Kötü muamele ve disiplin yetkisinin kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecek fiiller, maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, ruh ve beden sağlığını bozmaktadır.

Aile birliğine zarar verecek fiiller suç olarak düzenlenmiş, aile bireylerinin vücut bütünlüğü ve onurunu korunarak toplumun temeli olan aile de koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla kötü muamele suçunun birinci fıkrasında korunan hukuksal değer, aynı konutta yaşayanların, vücut bütünlüğü ve onuru olup, aynı zamanda ailedir². İkinci fıkrada ise terbiye hakkından doğan disiplin yetkisine sahip olana karşı idare edilenin, büyütülenin, okutulanın, bakılanın, muhafaza edilenin, bir meslek veya sanat öğretilenin vücut bütünlüğü ile onuru korunmaktadır³.

Kanunun her iki fıkrasının da çocuklar üzerinde kesiştiği açıktır. Çocuklar hem aile bireyi olmaları hem de idare edilen, büyütülen, okutulan, bakılan, muhafaza edilen, meslek ve sanat öğretilen konumunda bulunmaları sebebi ile hukuki konu kapsamında çocuk haklarının gelişimi, hakları ve haklarının korunmasını sağlayan uluslararası belgeler önem arz etmektedir. Ayrıca cinsiyet eşitliğinin sağlanamadığı, erkek egemen düşünce yapısının hakim olduğu toplumlarda da ilk fıkrada düzenlenen suçun mağdurunun kadınlar olacağı düşünülebilir. Bu nedenle kadın haklarının gelişimi, hakları ve haklarının korunmasını sağlayan uluslararası belgeler incelenirse hukuki konu daha iyi anlaşılıp, kötü muamele suçunun düzenlenmesinin gerçek anlamda nasıl bir koruma sağlayıp sağlamadığı belirlenebilecektir.

Yeryüzü üzerinde şimdilik bilindiği kadarıyla düşünen (zeki) insanın “homo sapiens’in” 150.000 yıllık varlığı⁴ süresince tarım toplumuna geçiş ile birlikte başlayan yaklaşık son beş bin yıllık kısmının, yazılı olması sebebi ile hakların gelişimi daha rahat

² Demirbaş, Z. Ferda: Aile Bireylerine Karşı Fena Muamele, s. 3 <http://acikerisim.deu.edu.tr/> E.T: 17.02.2018

³ Demirbaş, F. s.3

⁴ Harari, YuvalNoah: Hayvanlardan Tanrılara Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi, Çev. E. Genç, 10. Baskı, İstanbul 2015, s.27.

anlaşılabilir. Yazının bulunmasının öncesinde insan, hak, hukuk, devlet gibi kavramların nasıl değerlendirildiği maalesef bilinmemekle birlikte bu kavramların tartışılmamış olduğunu söylemek de mümkün değildir. Nitekim arkeolojik buluşlar yazının bulunmasından önce de devlete benzer toplumsal yapılanmaları olan uygarlıkların olduğunu ortaya koymaktadır⁵.

Günümüze kadar tanımlanmaya çalışılan “insan hakları” kavramının tanımından önce “hak” kavramını tanımlamak gerekir. Hak, hukuk düzeni tarafından tanınan yasal yetkidir⁶. İnsan hakları ise, insanların sahip olduğu serbest hareket etme güçleri yani hürriyetleridir⁷. İnsan haklarının diğer haklardan farkı, bir doğal hukuk ürünü olması, devletten önce var olmaları, devlet eliyle konulmasının ve vazgeçilmesinin mümkün olmaması ayrıca tüm insanların birbirine karşı sadece insan olmaktan kaynaklanan ödevleri olmasıdır⁸.

Devlet ve hukuk düzenlerinin ilk örnekleri, hükümdarın Tanrı olduğu yahut Tanrı'nın yeryüzündeki gölgesi olduğu inancının hakim olduğu dönemlerde görülmektedir. Egemenliğin tanrısal bir kaynağa dayandığı teokratik monarşi ile yönetilen devletlerden Sümer, Eski Mısır ve Hitit Uygarlıkları kadın ve erkeğin eşitliğine önem veren, neredeyse eşit haklar tanıyan, dönemin koşullarına göre değerlendirme yapıldığında hoşgörülü siyasal ve toplumsal bir yapıya sahiplerdir⁹. Çin ve Hint Uygarlığında ki filozoflar incelendiğinde ise genellikle filozofların, bireylerin iç dünyasına yönelen, tüm insanları sevmeye yönelten (Mo-Ti) ve arzulara hakim olarak acıdan kurtulmayı hedefleyen (Budha), düşüncelerinin dinsel akımlara dönüştüğü, bu şekilde eşitlik düşüncelerinin geliştiği dikkat çekmektedir¹⁰. Buna ek olarak önemli düşünürlerden Konfüçyus'un egemenliğin kaynağının halk olduğuna dair düşünceleri de dikkat çekmektedir¹¹. Yunan filozoflarından Platon ve Aristoteles'in devlet yapısına ilişkin görüşleri ise köleliğin kabul edildiği monarşileri

⁵ Mumcu, Ahmet/ Küzeci, Elif: İnsan Haklar ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Ankara 2015, s.30.

⁶ Mumcu/Küzeci, s.17.

⁷ Gözler, Kemal: İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2018, s. 85.

⁸ Akıllıoğlu, Tekin: İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 2010, s. 2.

⁹ Mumcu, s. 33.

¹⁰ Mumcu/Küzeci, s. 36.

¹¹ Mumcu/Küzeci, s. 35.

destekler niteliktedir. Stoacılar ise ilk kez insana devlet dışında manevi bir değer tanımış, eşitlik ve kardeşlik fikrini ortaya koymuşlardır¹².

Yunan filozoflarının görüşleri, Roma Uygarlığına hayat vermiş ancak bu düşünceleri besleyecek büyük düşünürler neredeyse yok denecek kadar az kalmıştır¹³. Yunan kültürü üzerinde yükselen Roma Uygarlığında toplumun, soyluluğa göre bir ayırım tabii tutulduğu Çin ve Hint Uygarlıklarından farklı olarak soylular, kadınlar ve köleler olmak üzere bir ayırım oluşturulduğu göze çarpmakta, eşitlik kavramı ise yalnızca eşitler (soylu erkek yurttaşlar) arasındaki bir eşitlik olarak değerlendirilmiştir¹⁴.

Orta Çağa gelindiğinde ise insan hakları konusunda iki düşünürün Thomas Aquinas ve Marsilius Patavinus'un düşünceleri çağa damgasını vurmuştur. Thomas Aquinas'ın düşünceleri iktidarların Tanrı'dan geldiğini kabul eden anlayışlara karşı olup, iktidarın Tanrı'dan geldiği düşünülse dahi iktidarın sahip olduğu gücün nasıl kullanılacağına insanlar tarafından belirleneceği şeklindedir¹⁵. Marsilius Patavinus ise siyasi iktidarın kaynağının halk olduğunu, kilisenin devlet üzerinde hakimiyetinin olmadığını savunmuş, din ve vicdan özgürlüğünü ortaya koymuştur¹⁶.

Yeniçağda ise sırasıyla Niccolò Machiavelli bilimsel olarak devlet kurumunu ve bu kuruma ilişkin kavramları açıklamış, özgürlüğü her daim savunmuştur¹⁷. Tüm insanları kucaklayan evrensel bir hukukun öncüsü olan Hugo Grotius doğal hukuku savunmuş, hukuku da aklın ürünü olarak ortaya koymuştur¹⁸. Thomas Hobbes toplum sözleşmesini savunmuş, insanın doğuştan kötü olduğundan yola çıkmış, insan ve insanın psikolojisine dayanarak devlet kurumunu açıklamıştır¹⁹. Yine toplum sözleşmesine dayanan ancak bu defa insanın iyi ve mutlu olduğundan yola çıkan John Locke bireye her daim değer vermiş, devletin işleyişini de insanın özgürlüklerini temel alarak açıklamıştır²⁰. Toplum

¹² Gözler, s. 125,126.

¹³ Mumcu/Küzeci, s. 42.

¹⁴ Mumcu/Küzeci, s. 39.

¹⁵ Gözler, s. 130.

¹⁶ Gözler, s. 129.

¹⁷ Gözler, s. 131.

¹⁸ Mumcu/Küzeci, s.54-55.

¹⁹ Mumcu/Küzeci, s.56.

²⁰ Mumcu/Küzeci, s.57.

sözleşmesine dayanmaksızın, devlet biçimlerini araştıran, “güçler” ayrımı” kuramını ortaya koyan Montesquieu, siyasal özgürlükleri ve eşitlik sorununu araştırmış ve ilk kez kanunilik ilkesinden bahseden düşünür olmuştur²¹. Daha sonra kanunilik ilkesi Beccaria ve Voltaire tarafından benimsenmiş ve savunulmuştur. Din ve vicdan özgürlüğünü savunan ancak bir devlet kuramı ortaya koymayan Voltaire tüm eserlerinde özgürlükçü tutumunu ortaya koymuştur²². Jean Jacques Rousseau da toplum sözleşmesine dayanan düşüncelerinde, insanın doğal durumunda mutlu olduğunu, egemenliğin kaynağının halk iradesinde olduğunu savunmuştur²³. İnsan Hakları üzerine yapılan çalışmalar günümüze kadar uzanmış ve insan haklarının kaynakları oluşmuştur. İnsan haklarının yazılı kaynaklarını uluslararası kaynaklar ve ulusal kaynaklar olarak tasniflemek mümkündür. Uluslararası kaynaklar başlıca; İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Antlaşması, UNESCO Antlaşması, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesidir. Ulusal kaynaklar ise temel hak ve hürriyetleri düzenleyen anayasa ile anayasaya aykırı olamayacak olan kanunlardır. Ülkemizde kanunların anayasaya aykırı olamayacağı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı” başlıklı 11. maddesinde düzenlenmiştir²⁴.

Uluslararası kaynakların iç hukuktaki yeri ise Anayasa’nın 90. maddesinde düzenlenmiştir. Anayasa m. 90’a göre uluslararası antlaşmalar Türkiye Büyük Millet Meclisinin çıkaracağı uygun bulmaya yönelik kanunla onaylanır. Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan antlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemesi ayrıca kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak kaydıyla yayımlanması ile yürürlüğe girmektedir. Dolayısıyla bu antlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur. Uluslararası bir antlaşmaya dayanan uygulama antlaşmaları ve kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî antlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluluğu da

²¹ Aygün Eşitli, Ezgi: Suçların Ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2013, 25. Yıl, 104.sayı, s. 230.

²² Mumcu/Küzeci, s.59.

²³ Mumcu/Küzeci, s.61.

²⁴ Akıllıoğlu, s. 46.

bulunmamaktadır. Ancak ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren antlaşmaların yürürlüğe girebilmesi için yayımlanması şarttır²⁵. Usulüne uygun olarak yürürlüğe giren antlaşmaların kanun hükmünde olacağı ve aleyhlerine Anayasa Mahkemesi'ne aykırılık iddiası ile başvurulamayacağı da bu madde ile düzenlenmiştir. Bu şekilde yürürlüğe giren, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan uluslararası antlaşmalar ile ulusal kanunların aynı konulara ilişkin düzenlemelerde farklılar bulunması halinde oluşabilecek uyuşmazlıklarda uluslararası antlaşmaların esas alınacağı hüküm altına alınmıştır. Gerek Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamayacak olması, gerek çıkacak uyuşmazlıklarda antlaşmaların esas alınacak olması da temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaları kanunlardan üstün bir yere taşımıştır²⁶. TC Anayasası'nın 11. ve 90. maddesi birlikte değerlendirildiğinde kanunların Anayasa ve uluslararası antlaşmalara aykırı olamayacağı açıktır. Kadın hakları ve çocuk haklarına ilişkin uluslararası sözleşmeler ile ulusal mevzuat arasında bir çelişki bulunması halinde ise hangisinin daha kapsamlı bir koruma sağladığı değerlendirilmelidir.

1.2.1. Çocuk Hakları Bakımından

Çocukların haklarına ilişkin gelişmelerin, uluslararası alanda 1920 yılında Cenevre'de kurulan Çocuklar İçin Uluslararası Yardım Örgütü ile başladığı söylenebilir²⁷. Yardım örgütünün amacı Birinci Dünya Savaşı sonrasında barışçıl toplumu inşa ederken çocukların toplumun temeli olduğuna dikkat çekerek, çocukların her tür istismar ve ihmalden korunmasını sağlamaktır. Bu amaç doğrultusunda hazırlanan Çocuk Hakları Cenevre Bildirgesi 1924 yılında Milletler Cemiyeti Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. Beş maddeden oluşan bildirgeyi Türkiye Cumhuriyeti adına Cumhuriyetin kurucusu ve Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk imzalamıştır. Ancak İkinci Dünya Savaşı nedeni ile Milletler Cemiyeti ve imzalanan bildirge geçerliliğini koruyamamıştır. Çocuk hakları konusundaki gelişmeleri 1946 yılında UNICEF takip etmiş, 1948 yılında İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si kabul edilmiştir. Evrensel Beyanname ile çocuk hakları ve özgürlükleri güvence altına alınmış olsa da çocuğun korunmaya ve gözetilmeye ihtiyaç

²⁵ Uluslar arası sözleşmelerin Uygun Bulunması Kanunları hakkında detaylı bilgi için bkz: Yüksel, İsmail, 1982 Anayasasına Göre Türkiye Büyük Millet Meclisi'nin Kanun Yapma Yetkisi

²⁶ Mumcu, s. 239.

²⁷ Akyüz, s.38.

duyması nedeniyle ayrıca çocuk haklarını içeren bir bildirgenin hazırlanmasına başlanmıştır. On yılda hazırlanan ve on maddeden oluşan Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi 1959'da kabul edilmiştir. Ancak bildirgenin uluslararası sözleşme haline gelebilmesi de otuz yıllık bir süre almış, nihayetinde 1989 yılında Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi oy birliği ile kabul edilmiştir²⁸.

Çocuk haklarını koruyan uluslararası belgeler başlıca; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi, Çocuklara Karşı Nafaka Mükellefiyetine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, Küçüklerin Korunmasında Makamların Yetkisine Uygulanacak Kanuna Dair Sözleşme, Evlat Edinmeye İlişkin Kararların Tanınması, Uygulanacak Hukuk ve Yetkiye Dair Sözleşme, Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'dir²⁹.

Çocuk hakları sözleşmesine hakim olan ayrımcılık yasağı, çocuğun yaşama ve gelişme hakkı, çocuğun yüksek yararına öncelik tanınması, çocuğun görüşlerinin dikkate alınması ve katılım hakkı, çocukların görüşlerini ortaya koyma hakkı, çocukların görüşlerini serbestçe ifade etme hakkı, çocukların kendilerini etkileyen konular ve sorunları öğrenme hakkı ilkeleri kapsamında, çocuğun güvence altına alınan en önemli hakları, çocuğun kişisel hakları ve özgürlükleri, çocuğun ailesi tarafından veya ailesi tarafından veya ailesi dışındaki bakım ortamlarında yetiştirilme ve korunma hakkıdır³⁰.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirisi'nin ardından aynı doğrultuda Türk Çocuk Hakları Bildirisi hazırlanmıştır. Hazırlanan bildiri, 28 Haziran 1963 günü UNESCO Türkiye Millî Komisyonu 7. Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir³¹. Türkiye, Birleşmiş Milletler Çocuk Sözleşmesini 1995 yılında onaylamıştır. 03.07.2005 tarihinde ise 5395 Sayılı Çocuk Koruma Kanunu kabul edilmiştir. Birleşmiş Milletler Çocuk Sözleşmesi m.16'ya göre hiçbir çocuğun onur ve itibarına saldırılmayacağı, m.18'de çocuğun yetiştirilmesi ve gelişmesinin sağlanmasında anne ve babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin düzenlemesi

²⁸ <http://www.unicef.org.tr/>, E.T: 15.12.2018

²⁹ Akıllıoğlu, s.196-198.

³⁰ Özdemir, s. 15-24.

³¹ Kurt, Sevil Lale, Çocuk Haklarına İlişkin Temel Uluslararası Belgeler Ve Türkiye Uygulaması , Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi 16 Sayı: 36 Tarih: Ocak-Haziran 2016 Ss: 99-127 Issn: 2148-9424 <http://Dx.Doi.Org/10.21560/Sped.28915.S.105>, E.T: 15.12.2018

karşısında, Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kötü muamele suçunun uygulanışı bahsedilen sözleşme maddeleriyle bağdaşmamaktadır.

Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çocuklara tanıdığı önemli haklar da çocuğun her tür şiddete karşı korunma hakkı, çocuğun, işkence, aşağılayıcı davranış ve özgürlükten yoksun bırakmaya karşı korunma hakkı, çocuğun oyun, dinlenme, boş zaman değerlendirme hakkıdır³². Sözleşmenin tarafı devletlerin, çocuğun sözleşme ile koruma altına alınan haklarını iç hukukta yapacağı düzenlemelerle koruma altına alması ve geliştirmesi gerekmektedir. Türkiye'de Anayasa başta olmak üzere birçok kanun ve yasal düzenleme ile çocuğun hakları düzenlenmiş, korumaya ve geliştirmeye yönelik yasal düzenlemeler yapılmıştır. Ailenin korunması ve çocuk hakları başlıklı 41. madde ile ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, ailenin eşler arasında eşitliğe dayandığı güvence altına alınmıştır. Ayrıca ailenin huzur ve refahını, ananın ve çocukların korunmasını, aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamayı devlete bir görev olarak verilmiş, devlete bu doğrultuda gerekli tedbirleri almak ve teşkilâtı kurmak ödevi yüklenmiştir. Aynı maddeye göre her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkı da güvence altına alınmış bu konuda da devlete, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirler alma zorunluluğu getirmiştir.

İsviçre Ceza Kanun'u ile çocuklara yönelen kötü muamelelerin yanı sıra çocukların bakımlarının ihmal edilmesini, fazla yorulmasına sebep olan davranışları ve çocuklara alkol verilmesini de suç tipi olarak düzenlemiştir.³³ İsviçre Ceza Kanunu farklı olarak bu suç tiplerini aileye karşı suçlar başlığı altında değil hayata ve vücut bütünlüğüne karşı suçlar arasında yer vermiştir³⁴.

Alman Ceza Kanunu ile de kötü muamele suç olarak düzenlenmiş olup vahşice davranışlar, eğitim ve bakım görevlerinin yerine getirilmemesinin cezalandırılması düzenlenmiştir. Alman Ceza Kanunu, TCK ile mukayese edildiğinde kanunilik ilkesine

³² Akyüz,s. 64-75

³³ Demirbaş,F, s.46.

³⁴ Demirbaş, F, s.46.

uygun olarak mağduru tanımlamıştır. Yine daha çok kişiyi kötü muamele suçunun koruması altına almış olup bu kişileri de detaylı şekilde tanımlamıştır. Düzenlemeye göre failini korumasına ve bakımına bırakılmış veya aile çevresinde olan, küçükler, engelliler, hastalıkları sebebi ile kendilerini koruyamayacak durumda olanlar ile iş veya istihdam sebebiyle faile tabi olanlar suçun mağduru olarak düzenlenmişlerdir³⁵.

Avusturya’da çocuğa yönelen kötü muamele suç olarak düzenlenirken, kötü muamelenin fiziki olabileceği gibi ahlaki de olabileceği belirtilmektedir. Ayrıca vahşice davranışlar ile yardım ve eğitim görevlerinin yerine getirilmemesi de suç olarak düzenlenmiştir³⁶.

1.2.2. Kadın Hakları Bakımından

Kadın erkek ayrımı yapılmaksızın, insanın yalnızca insan olması nedeniyle sahip olduğu haklar maalesef yüz yıllar boyunca görmezden gelinmiş, kadın ve erkek sahip oldukları haklar bakımından ayrıştırılmış, kadın aşağılanmış ve hor görülmüştür. İlk çağdan günümüze uzanan süreçte, kadınları baskılayan yasalar ve uygulamalar, cinsiyetler arası bugün dahi kapanmayan uçurumlara sebep olmuştur. Bu örneklerden bazıları; kadınlara karşı dava açılmasında, yapılan yargılama sonucu ölüm cezası verilmesinde hiçbir beis görmeyen Atina yasalarının, kadınların mahkeme önünde tanıklık yapmasına izin vermemesi, bunun yerine mahkeme dışında yaptıkları tanıklığı erkeklerin mahkeme önünde tanık sıfatıyla anlatmasını benimsemesi³⁷; İbranilerde bakire olmayan gelinin, ailesinin onurunu zedelemiş olması sebebiyle taşlanarak öldürülmesi, ancak gelinin bakire olmadığını iddia eden damada karşı kadının bakire çıkması durumunda gelinin babasına tazminat ödemesi ve gelinden boşanmasının yasaklanması; Perslerde kendi kızından çocuk sahibi olmayı kutsayan hukuksal ve dinsel metinler bulunması; Mısır’da (M.Ö. 1570-1397) kız çocuklarının babaları ile yahut kendi erkek kardeşleri ile evlendirilmesi; Babil’de bir kadının menstürasyon dönemini kirli addedilip, bu dönemde yapılan seksin erkeğin gücünü ve bilgeliğini azalttığına inanılması; Asurlar’da bu dönemin “yaklaşılamaz” kelimesi ile ifade

³⁵ Demirbaş, F, s.46.

³⁶ Demirbaş, F, s.46.

³⁷ Berkowitz, Eric: Seks ve Ceza Arzuyu Yargılamanın Dört Bin Yıllık Tarihi, Çev. O. Düz, 2.Baskı, İstanbul 2013.s.73.

edilmesi; yine İbranilerin yasalarında “kirli” olmasına rağmen yakınlaşan kadın ve erkeğin tutuklanmasının ve ölüm cezasına çarptırılmasının öngörülmesi³⁸; Romalı erkeklerin kadınların ahlaksızlığa hazır oldukları inancı ile hareket edilmesi³⁹; Romalı ailelerde evin reisi olan kocanın karısı dışında evin hizmetçileri ve onların çocukları ile de zina yapabilmesi ve bu durumun hukuki açıdan bir sorun olmaması⁴⁰dır. Roma’da Augustus’un “eğer biz eşimiz olmadan yaşamımızı sürdürebiliyor olsaydık, istisnasız hepimiz bunu yapardık” şeklinde ki sözleri “ama doğa öylesine kararlı ki, ne kadınlarla rahat edebiliyoruz ne de onlarsız yaşayabiliyoruz. Bu nedenle geçici zevklerimizden ziyade kalıcı himayeyi düşünmeliyiz” şeklinde devam etmiştir. Bu ifadelerden anlaşılacağı üzere kadınlar ya geçici zevklerin aracı ya da himaye altına alınacak kimseler olarak görülüyordu⁴¹. 18. yüzyıla kadar süren cadı avında ise 1450-1750 yılları arasında yaklaşık ellibin civarında kadının büyücülük suçundan infaz edildiği bilinmekte olup bu davaların çoğunda kadınların şeytan ile seks yaptığı iddia edilmiştir. Fransız cadı savcısı Henri Bouget’un “bütün kötülükler bir kadının kötülüğünün yanında hiç kalır” şeklindeki beyanları ise tarihin sayfalarında yerini almıştır.⁴²

18. yüzyılın sonlarına gelindiğinde 1791 tarihli Olympe de Gouges Kadın ve Vatandaş Hakları Beyannamesinde, eşitlik ilkesine bağlı olarak cinslerin eşitliği ilkesine ilk olarak rastlandığı söylenebilir⁴³. İlerleyen süreçte kadınların seçme ve seçilme hakkı gündeme gelmiştir. Ardından 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ne hakim olan eşitlik ilkesi, Avrupa Birliği’nin kurucu anlaşmalarından olan Maastricht anlaşmasında da güvence altına alınmıştır⁴⁴. Ancak eşitlik ilkesinin cinsiyetler arası eşitliği kapsadığına dair seslerin yükselmesi feminizm ile başlamıştır. Feminizm; cinsiyetler arası eşitliğin sağlanması doğrultusunda, sırf cinsiyet nedeni ile karşılaşılan baskılarla, kısıtlamalarla ve şiddetle, cinsiyetler arası eşitsizliklerle mücadele eden akımdır⁴⁵. Feminizm bir özgürlük felsefesi ve politikasıdır⁴⁶. Feminizmi cinsiyet farklılığına odaklanan bir akım olarak görenler için belirtmek gerekir ki esas olan farklılıklar değil, farklılıklar nedeniyle yaşanan

³⁸ Berkowitz, s. 31.

³⁹ Berkowitz, s.103.

⁴⁰ Berkowitz, s.120.

⁴¹ Berkowitz, s.121.

⁴² Berkowitz, s.219-232.

⁴³ Özdamar, Demet: CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol’ün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 57.

⁴⁴ Özdamar, s. 57.

⁴⁵ Sancar, Türkan: Türk Ceza Hukukunda Kadın, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 51.

⁴⁶ Sancar, s. 51.

hiyerarşidir⁴⁷. Toplumsal cinsiyetin, bireylerin karşısına çıkan fırsatlar açısından belirleyici olmasına karşı çıkan feminist teori sayesinde erkek tahakkümünün sorgulanması sağlanmıştır. Dolayısıyla feminizmi salt kadın haklarını savunan bir akım olarak değerlendirmek hatalı olacaktır. Feminizm cinsiyetçi sömürüye karşı mücadele eden bir harekettir⁴⁸. Bu nedenle kadın hakları ile kastedilenin aslında İngilizce kullanımında olduğu gibi cinsiyet eşitliği (genderequility) olduğunu anlamak gerekir⁴⁹. Bu eşitlik anlayışının yerleşmesi, hukukta yerini bulması ve dilin şiddetinden arındırılmış hale gelecek kadar kanıksanması için bazı düzenlemelerin yapılması gerekmiştir.

Kadınların siyasal hakları, çalışma koşulları, evlenme yaşları, kadın ticareti gibi konularda birçok sözleşme bulunmaktadır. Ancak cinsiyetler arası eşitliğe vurgu yapan ve ayrımcılık karşısında kadının korunmasına yönelik düzenlemeler içeren başlıca kaynaklar kronolojik sırası ile 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Andlaşması⁵⁰, 1948 tarihli Evrensel Bildirge, 1950 tarihli Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi⁵¹, 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı⁵² ve 1979 tarihinde imzalanan Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi⁵³ olup, bahsedilen sözleşmelere Türkiye de taraftır.

Birleşmiş Milletler Andlaşmasının başlangıç kısmının yanı sıra 1. Maddesinde *“Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözümede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak⁵⁴”* şeklinde düzenlenmiş, cinsiyet eşitliğine yönelik aynı vurgu 13, 55 ve 76. Maddelerde de yapılmıştır. Andlaşma'nın 8. Maddesinde BM örgütü yapılanmasında görev alacak kişilerin görevi ne olursa olsun kadınlar ile erkeklerin eşit koşullarda seçileceği düzenlenmiştir⁵⁵.

⁴⁷ Sancar, s. 15.

⁴⁸ Sancar, s. 52.

⁴⁹ Akıllıoğlu, s.194.

⁵⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T: 15.12.2018.

⁵¹ <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T: 15.12.2018.

⁵² <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T: 15.12.2018.

⁵³ <http://www.resmigazete.gov.tr>, E.T: 15.12.2018.

⁵⁴ <https://www.tbmm.gov.tr>.

⁵⁵ Akıllıoğlu, s. 194.

1948 tarihli Evrensel Bildirge'nin açıklayıcısı olan ve bildirge ile birlikte Dünya İnsan Hakları Anayasası⁵⁶ olarak değerlendirilen Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinde ;“*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt eder*⁵⁷.” şeklindeki 3. Maddesi ve Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinde “*Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, bu Sözleşmede yer alan bütün ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında erkeklere ve kadınlara eşit haklar sağlamayı taahhüt eder.*⁵⁸” Şeklindeki 3. maddesi ile kadın ve erkek eşitliği güvence altına alınmıştır. Her iki sözleşmenin ortak ikinci maddelerinde de ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir.

AİHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. Maddesinde yapılan düzenlemeyle de “*hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.*” ifadelerine yer verilmiştir.

Avrupa Sosyal Şartı 1961 tarihli düzenlemeleriyle kadın-erkek eşitliğine, birçok maddede yer vermesinin yanı sıra 1988 tarihinde ek protokol ile de meslek alanlarında cinsiyete dayalı ayrımı önleyen fırsat eşitliğine, işyerinde cinsel ve manevi tacizi yasaklamaya ve ailevi sorumluluğu olanların eşitliğine yer vermiştir.

Birleşmiş Milletler tarafından Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (CEDAW) ile kadınları yalnızca cinsiyetleri nedeniyle erkeklerden farklı muameleye tabi tutan anlayışa karşı, kadınların sahip oldukları haklara dikkat çekmiştir⁵⁹. Yüz altmış sekiz ülkenin imzalayarak taraf olduğu sözleşme otuz maddeden oluşmaktadır. Sözleşmeye taraf ülkeler kadına yönelik ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik sözleşmede belirtilen yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü

⁵⁶ Akıllıoğlu, s. 212.

⁵⁷ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin133.pdf , E.T:15.12.2018.

⁵⁸ http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf E.T:15.12.2018.

⁵⁹ Arslan, Gülay: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme(Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller), İÜHFM, 2004, C.LXII, S.1-2, s.3 vd. <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95911>, E.T: 15.12.2018

kılınmışlardır. Sözleşme doğrultusunda taraf ülkeler, kadına yönelik şiddeti engelleyememeleri halinde şiddetin soruşturulmasını, cezalandırılmasını ve zararın tazmin edilmesini sağlamakta yükümlüdürler. Nitekim kadının güçlenmesinin önündeki engellerden en önemli insan hakkı ihlali, kadına yönelik şiddettir⁶⁰.

Türk kadını, İslam dininin kabulünden önce dönemin erkek tipi ile neredeyse aynı konumda olup, ata binen, ok atan, kılıç kullanan, düşmanla savaşan, Hun devletinde görüldüğü üzere eşi ile birlikte ülke yönetiminde söz sahibi olan bir konumdadır⁶¹. Orhun Kitabelerinden anlaşıldığı kadarıyla çıkarılan emirname üzerinde yalnızca “Han emreder” şeklindeki ifade emirnameyi geçersiz kılmakta olup, emirnamenin geçerli olabilmesi için “Han ve Hatun emreder” ifadesini barındırması gerekmektedir⁶². Her ne kadar geçen zaman içerisinde kadının erkek ile eşit olan konumu korunamamış olsa da, Atatürk inkılaplarının en önemlilerinden birisi de Türkiye Cumhuriyeti’nin erkeklere tanıdığı hakları kadınlara da tanınmasıdır. Atatürk’ün kurduğu devlet hukuk devleti olarak tanımlanmış ve yapılan yasalarla kadınlar erkekle eşit haklara kavuşmuştur. Nitekim Atatürk; “*Türkiye Cumhuriyeti anlamınca kadın, bütün Türk tarihinde olduğu gibi bugün de en muhterem mevkide her şeyin üstünde yüksek ve şerefli bir mevcudiyettir*”⁶³ şeklinde Türkiye Cumhuriyeti’nin kadına bakış açısını açıklamıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasaları’nın tamamında eşitlik ilkesi benimsenmiş; 1924 Anayasası m.69’da “*Türkler kanun nazarında müsavi ve bilaistisna kanuna riayetle mükelleftirler. Her türlü zümre, sınıf, aile ve fert imtiyazları mülga ve memnudur.*”; 1945 Anayasası m.69’da “*Türkler kanun karşısında eşittirler ve ayrıksız kanuna uymak ödevindedir. Her türlü grup, sınıf, aile ve kişi ayrıcalıkları kaldırılmıştır ve yasaktır*”; 1961 Anayasası m.12’de “*Herkes dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz*”; 1982 Anayasası m.10’da “*Herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayrımı gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınmaz*” şeklinde düzenlenmişse de “*kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür*” şeklindeki eklemenin yapılması 7 Mayıs 2004 senesini

⁶⁰ Moroğlu, Nazan, Kadınların İnsan Hakkı Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 71.

⁶¹ Doğramacı, Emel: Türkiye’de Kadının Dünü ve Bugünü, 3. Basım, Ankara 1997, s.3.

⁶² Doğramacı, s.3.

⁶³ Doğramacı, s.153.

bulmuştur. Ardından 1 Ocak 2002 de yürürlüğe giren Medeni Kanun ile CEDAW’da öngörülen amaçlara uygun düzenlemeler yapılmıştır. Aile Mahkemelerinin Kurulmasına Dair Kanun 18 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiş, eşitlik ilkesi, ceza kanununda düzenlenmiş, iş kanununda pozitif ayrımlar içeren düzenlemeler yapılmış, 2009 yılında “Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu” kurulmasına ilişkin kanun çıkarılmıştır. Komisyonun raporlarından Türkiye’de cinsiyet ayrımcılığının görüldüğü alanlarda erken evlilik, başlık parası ve erkek çocuk tercihinin büyük rol oynadığı kumalık başı çekmektedir⁶⁴. Buradan da anlaşıldığı gibi kadınlara karşı ayrımcılığın yok edilmesi ve cinsiyetler arası eşitliğin sağlanabilmesi için CEDAW’ın da en önemli standartlarından olduğu üzere, sadece kamusal alanda değil, aile içinde ve ilişkilerde yani özel alanlarda da düzenlemeler yapılmalıdır⁶⁵. Ancak yapılan düzenlemeler CEDAW’ın getirdiği yükümlülükler karşısında son derece yetersizdir. Doktrinde birçok kaynakta kötü muamele suçunun CEDAW ile yüklenen sorumluluklar kapsamında düzenlendiği belirtilmiş olsa da bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Nitekim yasa koyucunun gösterdiği amaç ile kanunun düzenleniş şekli ve uygulamadaki sonuçları CEDAW’a aykırıdır.

İsviçre Anayasası’na kadınların ve erkeklerin eşit haklara sahip oldukları ilkesi 14 Haziran 1981 tarihinde İsviçre Federal Anayasası’nın 4. Maddesi ile yer almış olup, Medeni Kanunu’nun (ZGB) Anayasa değişikliğine uygun hale getirilmesi ise 01.01.1988 tarihinde olmuştur⁶⁶. İsviçre’de kadınlara seçme ve seçilme hakkının 1971 yılında verilmiş olması göz önüne alındığında, Anayasa’da yapılan bu değişiklik ile önemli bir yol kat edildiği anlaşılmaktadır. İsviçre’de anayasa değişikliğini izleyen gelişmeler sırasıyla; Bern’de merkezi Gleichstellungsbüro adlı eşit davranma bürosunun kurulması, bu büroların kantonlara da kurulması ve eşit davranmaya yönelik kanunların yürürlüğe girmesidir. Söz konusu kanun ile cinsiyete dayalı ayrımcılık kesinlikle yasaklanmış, kadınların çalışma şartları, zarara uğratılmayacakları şeklinde düzenlemelerle geliştirilmiş, bazı iddialara yönelik ispat yükü kolaylaştırılmıştır. Kanunun bölümleri incelendiğinde iş hayatına yönelik bir eşit davranma kanunu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi

⁶⁴ Yüksel, İlnur/ Ergöçmen, Banu: TBMM Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Çocuk Cinsiyeti Nedeniyle Kadın Üzerinde Oluşturulan Psikolojik Şiddet, Başlık Parası Ve Geleneksel Evlilikler Hakkında Komisyon Raporu Mart 2011, s.63.

⁶⁵ Acar, Feride: Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları, Uluslararası Standartlar Hukuk ve Sivil Toplum. Ayata, Gökçiçek/ Eryılmaz, Sevinç/ Oder, Bertil (Der.), Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama, 1. Baskı, İstanbul 2010, s.17.

⁶⁶ Özdamar, s.61.

içtihatlarına göre boşanma sebepleri arasında yer alan kötü muamele, kötü muamele sayılabilmesi için kötü niyetle yapılması, devamlı olması, mağdurun şahsına matuf olması, mağdurun haysiyetini ihlal etmesi aranmıştır⁶⁷. Türk Hukukunda olduğu gibi İsviçre hukukunda da bir tanım sorunu olduğu, soyut kavramlardan uzaklaşamadığı ve Türk Ceza Kanunu'nda olmasa da yargı kararlarında görüldüğü üzere fiilin devamlılığının arandığı anlaşılmaktadır.

Almanya'da kadın ve erkeğin eşit haklara sahip olduğuna ilişkin düzenleme 1949 senesinde yapılan değişiklik ile anayasada yerini almıştır. Ancak eşitlik ilkesine aykırı yasaların 1953 senesine kadar yürürlükte kalabileceği, bu zamana kadar eşitliği sağlamaya yönelik çalışmaların yapılacağı, bu tarihten sonra eşitliğe aykırı kanunların yürürlükten kalkacağı düzenlenmiş olsa da 1953 senesinde çalışmalar tamamlanamamıştır⁶⁸. 1994 senesinde yapılan Anayasa değişikliği ile eşitlik ilkesine devletin, kadın ve erkeklerin hukuki ve fiili olarak eşit haklara sahip olmasını sağlamak ve ayrımcılığı gidermek için önlemler almak yükümlülüğü bulunduğu yönünde ekleme yapılmıştır⁶⁹. 01.07.1958 tarihinde kadın ve erkeğin medeni hukuk alanında eşit haklara sahip olmalarına ilişkin yürürlüğe giren kanun ile kadınlar evlilik içerisinde mallarını özgürce idare edebilme, çocukların karşısında baba ile eşit konumda olma haklarına kavuşmuş, kocası tarafından iş akdinin sonlandırabilme keyfiyetini düzenleyen kanundan kurtulmuşlardır. Ayrıca sırasıyla, eşlerin aile adını serbestçe seçebilmeleri, aile adı yanında kendi soyadlarını muhafaza edebilmeleri, aile adı belirlemedikleri takdirde kendi soyadlarını kullanmaya devam etmeleri düzenlenmiş, erkeğin çocuk üzerindeki son sözü söyleme hakkına son verilmiştir⁷⁰.

Avusturya'da eşit davranmaya ilişkin ilk düzenlemeler, iş hayatındaki ücret belirlemesine yönelik olarak yapılmış ve 1979 yılında yürürlüğe girmiştir. 2008 senesine gelindiğinde ise eşit davranmaya yönelik değişikliklerin yanı sıra, eşit davranmaya ilişkin olarak kanun hazırlanmıştır. Eşit davranma kanununun ardından eşit davranma konusunda

⁶⁷ Gemalmaz, Mehmet Semih, Osmanlı'dan Cumhuriyete Kadınlara, Çocuklara ve Azınlıklara Karşı Ayrımcılık, Şiddet ve Sömürü, 1. Basım, İstanbul 2018, s.1947.

⁶⁸ Özdamar, s. 65.

⁶⁹ Özdamar, s. 65.

⁷⁰ Özdamar, s. 67.

kurulan komisyon ile kanunun uygulanması yönünde bir denetim ve raporlama mekanizması geliştirilmiştir⁷¹.

1.3. Maddi Konu

Suçun maddi konusu, suçun etkilerinin üzerinde görüldüğü kişi ya da şey olarak tanımlanabilir⁷². Türk Ceza Kanunu'nun 232. maddesinin maddi konusu birinci fıkrada kötü muamelenin üzerinde vuku bulduğu kişi ya da şeydir. İkinci fıkrada ise disiplin yetkisinin üzerinde kötüye kullanılan kişi veya şeydir. Bu aşamada şiddet tanımının ortaya koyulması, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde detaylarıyla bahsedilecek olan kötü muamelelerin ve disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasının bir şiddet türü olup olmadığını anlamaya yardımcı olacaktır. Dünya Sağlık Örgütü'nün tanımına göre şiddet; bir yaralanma ya da yaralanma tehlikesi, ölüm, psikolojik hasar, gelişim bozukluğu ya da yoksunlukla sonuçlanan, bir kişiye, kişinin kendi kendine, bir grup ya da topluma kasıtlı olarak fiziksel ya da duygusal zor kullanması, güç uygulaması veya tehdididir⁷³.

Şiddetin toplumun gözünde yer bulduğu şekilde, güçlü olanın güçsüz olana karşı kendini göstermesi nedeniyle, yargı kararları incelendiğinde, aile içinde de çoğunlukla erkeğin kadına, erişkinin çocuğa ya da evdeki güçlü kişi tarafında yaşlıya yöneldiği görülmektedir. Çocuk politikasını aile politikasından bağımsız düşünmek mümkün değildir⁷⁴. Çocukların korunmaya muhtaç olması karşısında, kadınların toplumumuzun kimi kesiminde halen korunmaya ihtiyaç duyması da toplumsal bir gerçekliktir. Ancak kadın hakları bakımından yapacağımız değerlendirmeler, kadının korunmaya ihtiyaç duyması noktası temel alınarak değil, cinsiyet eşitliği temel alınarak yapılacaktır.

Aile içi şiddetten en fazla etkileneninde çocuklar olması sebebi ile çocuğun ihmali ve istismarını da içine alan bir tanım yapan DSÖ'ne göre şiddet tanımı;

⁷¹ Özdamar, s. 80-83.

⁷² Hafızoğulları, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 209.

⁷³ (WHO, 2002; 5).

⁷⁴ Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, Ankara 2012, s. 427.

“çocuğun sağlığını, fiziksel ve psikososyal gelişimini kötü yönde etkileyen, ülkesi, toplum yada bir yetişkin tarafından, bilerek veya bilmeyerek ortaya konan tutumlar veya yaratılan ortamlar, çocuk istismarı olarak kabul edilir. Tanım aynı zamanda çocuğun istismar veya şiddet olarak algılamadığı veya yetişkinin istismar olarak kabul etmediği davranışları da içine alır”⁷⁵.

şeklindedir.

Kadına karşı şiddet ise, Birleşmiş Milletler Kadınlara Yönelik Şiddetin Önlenmesi Bildirgesi’nde *“ister kamusal isterse özel yaşamda meydana gelsin, kadınlara fiziksel, cinsel veya psikolojik acı veya ızdırap veren veya verebilecek olan cinsiyete dayanan bir eylem veya bu tür eylemlerle tehdit etme, zorlama veya keyfi olarak özgürlükten yoksun bırakma”* şeklinde tanımlanmıştır⁷⁶. Bu nedenle çocuğa ve kadına yönelen şiddet irdelenmeli ve çocuk hakları, kadın hakları bakımından kötü muamele suçunun ne derece koruyucu ve eşitlikçi olduğu tartışılmalıdır.

Türk Dil Kurumu’na göre şiddetin sözlük anlamları; bir hareketin, bir gücün derecesi, sertlik; hız; bir hareketten doğan güç; karşıt görüşte olanlara kaba kuvvet kullanma; kaba güç; duygu veya davranışta aşırılık şeklindedir⁷⁷.

Aile içi şiddet ise, aile bireylerinden biri tarafından, başka bir bireyin yaşamını, fiziksel veya psikolojik bütünlüğüne zarar veren, bağımsızlığını tehlikeye sokan, kişilik gelişimine yönelen davranışlardır şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁸. Kişinin kendini en güvenli hissetmesi gereken yerin aile ortamı olması karşısında aile içi şiddet kişide şiddetin diğer türlerine göre daha da yıkıcı bir etkisi olacağı açıktır⁷⁹. Aile içi şiddet kavramı, TCK 232. madde bakımından son derece önemlidir.

⁷⁵ Polat, Oğuz/Ziyalar, Neylan: Çocuk İstismarının Hukuki Boyutları. Argumentum, Mayıs 1993, Y.3, S.33, s.597.

⁷⁶ <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/210969> (UN, 1993), E.T: 15.12.2018

⁷⁷ TDK, “şiddet”, <http://www.tdk.gov.tr/index>, E.T:20.08.2018

⁷⁸ Demirbaş, Timur: Kriminoloji, 2. Bası, Ankara 2005, s. 221.

⁷⁹ Polat, Oğuz/ Batuk İşler, Hülya, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddette Sosyodemografik Özellikler ve Adli Tıbbi Yaklaşım (I), Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2003, s.2759.

Aile içi şiddetin türleri başlıca fiziksel şiddet, cinsel şiddet, psikolojik şiddet, duygusal şiddet, ekonomik şiddet, sosyal şiddet, dijital şiddet ve flört şiddeti olarak belirtilebilir. Şiddet aynı konutta sevgililer arasında söz konusu olabileceği gibi, eşler arasında, kardeşler arasında ve ailenin tüm bireyleri arasında olabilir. Çoğunlukla da şiddet mağduru olanlar kadınlar ve çocuklardır. Nitekim kadına ve çocuğa şiddetin zeminini hazırlayan bir zihniyet toplumumuzda egemen olup, bu zihniyetin yansımaları ileri de değineceğimiz üzere yargıya, doktrine, kanun koyucuya sirayet etmiş birçok örneği basına da yansımıştır⁸⁰. Günümüzde hala hangi davranışların şiddet olduğunun bilinmemesi de toplumumuzun başkaca bir sorunudur. Şiddet mağduru birçok kişi, şiddet içeren davranışları evliliğin yahut ilişkinin normal rutini olarak görmekte veya kıskançlık gibi bir takım duygularla perdelemektedir. Bu nedenle şiddetin türlerini tanımlamasının pek önemli olduğunu düşünmekteyiz.

Fiziksel şiddet, kaba kuvvet kullanmak suretiyle ortaya çıkan bir şiddet türü⁸¹ olup, kişinin vücut bütünlüğüne yöneltilmektedir⁸². Fiziksel şiddet örneklerinin tamamı yaralama suçuna hayat verecek nitelikte olup başlıca tokat, yumruk, tekme, silahla yaralama gibi örnekleri mevcuttur.

Cinsel şiddet, cinsel davranışlar ile ortaya çıkan bir şiddet türü olup, kişinin cinselliğine yöneltilmektedir. Kişiyi cinsel davranışlarla yalnızca cinsel bir nesne gibi davranmak veya yine cinsel davranışlarla cinselliğinin yetersiz olduğunu göstermek cinsel şiddettir. Taciz, tecavüz, çocuk doğurmaya zorlamak, sadece çocuk için cinsel birliktelik yaşamak, aldatmak cinsel şiddetin başlıca örnekleridir⁸³. Düşüncemize göre cinselliği ortak bir paylaşım olmaktan çıkararak, her türlü davranış cinsel şiddettir.

Psikolojik şiddet, psikolojik gereksinimlerin kullanılması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Psikolojik şiddet kişinin psikolojisine yöneliktir. Öfke, gerginlik, küçük düşürme, zorlama psikolojik şiddete örnek olarak verilebilir. Cezalandırma aracı olan söz ve

⁸⁰ Gemalmaz, s. 1935

⁸¹ Sünnetçi, Büşra/ Sayı, Ayfer/ Gümüştepe, Burcu/ Enginkaya, Bilge/ Yıldızdoğan, Çise/Yalçın, Müge: Üniversite Öğrencilerinin Flört Şiddeti Algıları Üzerine Bir Araştırma, s.4.

⁸² Güler, Nuran/ Tel, Hatice/ Özkan Tuncay, Fatma: Kadının Aile İçinde Yaşanan Şiddete Bakışı, s.3.

⁸³ Güler/ Tel/ Özkan Tuncay., s.3.

hakaretlerin sürekli olarak bir başkası üzerinde uygulanmasıdır. Üzmek, yaralamak amacıyla hakaret etmek, sık sık eleştirmek psikolojik şiddetin sözel yollarla gerçekleştirilmesi örnek olarak verilebilir.

Duygusal şiddet, duygusal gereksinimlerin aksine bir takım davranışlarla ortaya çıkan bir şiddet türüdür. Kişinin duygu dünyasına yöneliktir. Eşin, çocuğun, kardeşin duygusal ihtiyaçlarını karşılamamak veya duygusal ihtiyaçların aksine davranışlarda bulunmak duygusal şiddetin örneklerini oluşturur. Yetersiz hissettirmek, sevgi ve ilgi göstermemek örnek olarak verilebilir⁸⁴. Kıskançlık duygusuna sığınarak karşısındaki bireyin özel alanına müdahale edecek⁸⁵ şekilde giyimine ve hareketlerine müdahale etmek de duygusal şiddete örnek olarak verilebilir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde duyguda aşırılık anlamına gelen şiddet türü olarak değerlendirilebilir.

Ekonomik şiddet, ekonomik gücün kullanılması suretiyle ortaya çıkan bir şiddet türüdür. Kişinin ekonomik durumuna, yaşam standartlarına yönelmektedir. Bireyleri birbirine ekonomik olarak bağımlı hale getiren, belli şekilde davranılmaması halinde fakirliğe sürükleneceği algısını oluşturan davranışlar ekonomik şiddete örnektir⁸⁶. Kişinin çalışmasına engel olmak, çalışmak istemeyen kimseyi çalışmaya zorlamak, taraflardan birini diğerinin istediği bir işte çalışmaya zorlamak, bireyin kazandığı para üzerindeki tasarruf hakkını kısıtlamak yahut engellemek ekonomik şiddet örneklerindedir.

Sosyal şiddet, sosyal ortamların ve sosyal davranışların kullanılması ile ortaya çıkan, kişinin sosyal yaşamına yönelen bir şiddet türüdür. Kişinin kimlerle sosyal ortamını paylaşacağını belirlenmesi, sosyal yaşantısının engellenmesi, kendi sosyal çevresi ile sosyalleşme dayatması şeklinde tezahür eden bir şiddet türüdür⁸⁷.

⁸⁴ Güler, Nuran/ Tel, Hatice/ Özkan Tuncay,s3.

⁸⁵ Sünnetçi/ Sayı/ Gümüştepe/ Enginkaya / Yıldızdoğan /Yalçın, s. 21

⁸⁶ Güler/Tel/ Özkan Tuncay, s3

⁸⁷ www.sebuka.com, E.T:04.11.2018

Dijital şiddet, kişinin dijital kimliğine yönelik bir şiddet türü olup, dijital platformlardaki şifrelerin ele geçirilmesi, ortak dijital hesaplar oluşturma dayatması, dijital dünyadaki arkadaşlıklara ve paylaşımlara müdahale edilmesi dijital şiddet örnekleridir. Dijital şiddet olarak değerlendirilebilecek bir diğer şiddet türü de siber şiddettir. Bu şiddet türünde ise şiddet içeren davranışlar siber yollar ile gösterilmektedir. Bilgisayar, cep telefonu gibi teknolojik haberleşme araçlarının kullanılması yoluyla sürekli aynı mesajın gönderilmesi, taciz içerikli mesajlar, iftira içeren mesajlar gönderilmesi veya internet sitesi hazırlamak suretiyle saldırı niteliğinde yayın yapılmasıdır⁸⁸.

Flört şiddeti, flörtleşen tarafları belli şekilde davranmaya zorlayan, farklı davranıldığında flörtün sona ereceğine dair korku yaratan, sosyal kısıtlamalar getiren davranışlardır⁸⁹. Flörtleşen çiftlerden birinin, her daim karşıdakinin ne yaptığı, ne giydiği, nereye gittiği, kimlerle görüştüğü konularında haberdar olma beklentisi içeren davranışları flört şiddeti olup, aynı evi paylaşan ve AİHM kararlarında aile olarak kabul edilen sevgililer arasında bu şiddet türü de kötü muamele suçuna fikrimizce örnek teşkil etmektedir.

Şiddet türleri arasında fiziksel şiddet ve cinsel şiddetin izlerinin kolaylıkla görülebilmesi karşısında diğer şiddet türlerinin maddi izlerinin olmaması, bazı kimseleri şiddet kavramının gerçek tanımından uzaklaştırdığı düşünülebilir. Oysa şiddetin her türü insan sağlığına yönelmektedir. İnsan sağlığı fiziksel ve ruhsal olarak bir bütündür. Ancak doktrinde zorlayıcı tahakküm oluşturan davranışlar kavramı da yer almaktadır. Kadınların yaşantıları üzerinde hakimiyet oluşturmaya yönelik, devamlılık gösteren bir istismar biçimi olarak tanımlanan “zorlayıcı tahakküm” kavramı da aslında şiddeti içerisinde barındırmaktadır. Zorlayıcı tahakkümle şekillerine örnek olarak duygusal ve psikolojik suiistimler, zorlayarak ikna, duygusal ve sözel şiddet, izolasyon, yıldırma gösterilmektedir. Zorlayıcı tahakküm kapsamında değerlendirilen fiillerin bir çoğu Türk Ceza Kanunu’nda

⁸⁸ Polat, s.33

⁸⁹ Polat, s.22

suç olarak düzenlenmişse de zorlayıcı tahakküme yol açacak her davranış suç olmayacağı doktrinde belirtilmiştir⁹⁰.

⁹⁰ Küçüktaşdemir, Özgür, Kadın Cinayetlerini (Femicide) Önlemede Zorlayıcı Tahakküm (Coercive Control) Kavramının Önemi ve Alınabilecek Hukuksal Tedbirler, <http://www.kadinvehukuksempozyumu.com/bildiriozeti/>: E.T:15.09.2019

BÖLÜM II

KÖTÜ MUAMELE SUÇU

2.1. Tarihsel Gelişim

1.3.1926 tarihli ve 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda "Aile Bireylerine Karşı Fena Muamele Suçu" "Şahıslara Karşı İşlenen Cürümler" bölümünde düzenlenmesine karşın 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda da bu suçlar "aile düzenine karşı suçlar" arasında yer almıştır. Ceza kanunu sistematigi içerisindeki yeri nedeniyle kötü muamele suçu düzenlenirken korunmak istenenin aile bireyleri olmayıp aile kurumunun korunmaya çalışıldığı düşünülerek eleştirilmiştir⁹¹.

Kötü muamele suçunun düzenlendiği madde metnini anlayabilmek için her ne kadar kanunun gerekçesi bağlayıcı olmasa da gerekçeyi incelemek gerekmektedir. Gerekçeye göre; "*Madde, aynı konutta birlikte yaşayan kişilerden birine kötü muamelede bulunulmasını cezalandırmaktadır. Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz.*" Bu hali ile hem kanunun hem de gerekçenin aynı konutta yaşayanlar arasında kötü muamele suçunun işlenebileceği anlaşılmakta, aile bağı aranmadığı anlaşılmaktadır. Gerekçenin devamında "*Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir*" demekle tersinden bir okuma ile merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşan kötü muamelelerin cezalandırılmayacağı anlaşılmaktadır. Ancak ne türden bir kötü bir muamelenin merhametle bağdaştırıldığı açıklanmamıştır. Gerekçenin devamı daha da karmaşık bir hal alarak "*Ancak, bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir*"⁹² .”denilmiştir. Gerekçenin devamında

⁹¹ Önok, Murat 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Kasten Yaralama, Eziyet ve Kötü Muamele Suçu, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:1 Ceza Hukuku, Centel, Nur (editör) Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 208.

⁹² Erol, Haydar, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 1. Baskı, Ankara 2010, s.2492.

cezalandırılabilir davranışlar için verilen örnekler ise yarı aç veya susuz bırakmak, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur etmektir.

Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyon Raporun incelendiğinde tasarının 333.maddesi ne göre aile mensuplarından birine veya böyle olmasa da onsekiz yaşını bitirmemiş bir küçüğe kötü muamelede bulunulmasını cezalandırılması öngörülmüş, bunun yanı sıra her türlü kötü muamelenin suçu oluşturmayacağı belirtilmiştir. Kanunu gerekçesinde yer aldığı üzere tasarıda da kötü muamelenin merhamet (acıma) ve şefkatle (sevecenlikle) bağdaşmayacak nitelikte bulunmasının gerektiğinin altı çizilmiştir. Tasarıda merhamet ve şefkatle bağdaşmayacak derecede kötü muamele ile kastedilenin nasıl anlaşılması gerektiği de tartışılmıştır. Bu tartışma sonucu kötü muameleyi etkili eylem, fuhşa teşvik, ırza tasaddi, ırza geçme, terk gibi hâller dışında tutmuştur. Kötü muamele sayılacak eylemleri ise beden bütünlüğüne, etkili eylem oluşturmayacak surette zarar veren, onur ve hürriyeti esaslı biçimde ihlâl eden fiiller olarak belirtmiştir. Kanunun gerekçesindeki “yarı aç, susuz, gece soğukta dışarıda bırakma, uyku uyutmamak” örnekleri tasarıdan aynen alınmıştır. Karısının karşı koymasına karşın onu livata fiiline katlanmaya mecbur etmeyi Yargıtay kötü muamele saydığı belirtilmiştir. Yine "aile mensupları" terimi ile sadece hısımların kastedilmediği, birlikte yaşamakta bulunan tüm kişileri kapsadığı tasarıda belirtilmiştir. Ayrıca onsekiz yaşından küçüğe kötü muamele hâlinde onun aile mensuplarından olması koşulu aranmayacağı belirtilmiştir⁹³.

Mülga 765 sayılı TCK'da ise daha önce de belirtildiği gibi kanunun kişilere karşı işlenen suçlar arasında Şahıslara Karşı Cürümler başlığı altında yer almış olup;

“Madde 478 Yukarıki maddede beyan olunan haller haricinde ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuğa veya aile efradından birine rahim ve şefkatle kabili telif olmayacak surette fena muamelelerde bulunan şahıs otuz aya kadar hapsolunur.

⁹³ Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)
<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM: E.T:12.09.2019>

Bu fena muamele neseben ve sıhren usul ve fîrudan biri aleyhine vaki olursa ceza üç aydan üç seneye kadardır.

Bu muameleyi karı kocadan biri öbürü aleyhine yapmış ise takibat icrası mutazarrırın şikayetine bağlıdır. Mutazarrır küçük ise evlenmeden evvel üzerine hakkı velayet veya vesayeti olanlar da şikayette bulunabilir.”

şeklinde düzenlenmiştir⁹⁴. Yukarıdaki madde ile beyan olunan şekilde belirtilen haller disiplin yetkisinin kötüye kullanılması hali olup ileride değinilecektir. Bu hali ile göze çarpan farklılıklar oniki yaşından küçük çocukların mağdur olarak ayrıca belirtilmiş olması ve öngörülen cezanın üst sınırının mevcut düzenlemeye göre çok daha fazla olmasıdır. Ayrıca suçun takibinin şikayete bağlı olması da bir başka farklılıktır.

2.2. Fail

Kötü muamele suçunun birinci fıkrasına göre fail, mağdur ile “aynı konutta birlikte yaşayan” kişilerden biridir. Her ne kadar aileye karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiş olan bir suç tipinden bahsediliyorsa da aile geniş anlamı ile ele alındığında, fail ile failin fiiline maruz kalan kişi arasında akrabalık ilişkisi aranmayacaktır. Ev arkadaşı olan kimseler veya yaşamını aynı konutta sürdüren sevgililer arasında da bu suçun hayat bulabilmesi mümkün olacak, yine geniş aile şeklinde bir arada yaşayan gelinin kayınvalidesine, dedenin torununa veya hizmetçinin eşlerden birine karşı kötü muamele niteliğindeki davranışları da bu madde kapsamında değerlendirilecektir⁹⁵. Buna karşın madde metni aynı konutta yaşamayı ifade ettiği için geçici olarak aynı konutta bulunan kimselerin birbirine karşı kötü muamelesi bu suç kapsamında değerlendirilemeyecektir⁹⁶. Öte yandan Türk Ceza Kanunu’nun 232/1 maddesinde yer alan “aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı” ifadesi ile kötü muamele suçunu işleyebilmek için aynı konutta birlikte yaşama özelliğini haiz olma şartının aranması sebebiyle madde metninde aile olmalarına rağmen aynı konutta yaşamayanlar

⁹⁴ <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/765.htm>: E.T: 12.09.2019

⁹⁵ Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 585-586.

⁹⁶ Tezcan, Durmuş/ Erdem, M.Ruhan/ Önok, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 1. Basım, Ankara 2016, s. 916.

açısından bir değerlendirme yapılmadığı için suçun unsurları oluşmadığı için bu kimseler bakımından kötü muamele suçunun işlenemeyeceği anlaşılmalıdır⁹⁷.

Kötü muamele suçunun ikinci fıkrasına göre ise fail; mağdur ile arasındaki ilişkiye göre mağduru terbiye etme hakkını haiz kimsedir. Bu hakkı bulunmayan bir kimsenin yetkisini kötüye kullanması mümkün olmayacaktır. Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi kaynağını özel hukuktan veya kamu hukukundan alabilir⁹⁸. Kanun maddesinin gerekçesine göre “disiplin yetkisi eğitim hakkının doğal bir sonucudur” şeklinde belirtilmiştir.

Yargıtay “...mağdurun babası olduğu, Adana ilinde yaşadığı, suç tarihinde iş için şehir dışında kaldığını ...şüpheden sanık yararlanacağı, suç tarihinde mağdur üzerindeki denetim ve gözetim yükünün annesinin üzerinde olduğu⁹⁹” belirterek baba hakkında beraat kararı verilmesi gerektiği yönündeki ilamı ile anne ve babayı müşterek fail olarak değerlendiren ve disiplin hakkının kötüye kullanılması suçu nedeniyle hüküm veren yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yargıtay, katılmak mümkün olmayacak bir şekilde denetim ve gözetim yükümlülüğünü fiili bir yükümlülük olarak yorumlamış ve anne-babayı birlikte fail olarak görmek yerine çocuğun mendil sattığı esnada iş için babasının şehir dışında olan babanın denetim ve gözetim yükümlülüğünün kötüye kullanmadığını değerlendirmiştir. Bunun yerine “sanığın eyleminin TCK.nın 232/1. maddesi kapsamında kötü muamele suçunu oluşturacağı gözetilmeden suç niteliğinde yanılıya düşülerek TCK 232/2. Maddesinin uyarınca hüküm kurulması,¹⁰⁰” demek sureti ile kötü muamele suçunun birinci fıkrasının uygulanması gerektiğine karar vermiştir. Bu noktada da anne ile babanın birlikte fail oldukları düşünülmelidir¹⁰¹.

⁹⁷ Dönmezler/Erman, s.423.

⁹⁸ Soyaslan, s.583.

⁹⁹ T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2015/24958 E. , 2016/10863 K.
<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, ET:13.10.2018

¹⁰⁰ T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2015/24958 E. , 2016/10863 K.
<https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, ET:13.10.2018

¹⁰¹ Dönmezler/Erman, s.423.

2.3. Mağdur

Kötü muamele suçunun birinci fıkrasına göre mağdur; fail ile birlikte aynı konutta yaşayan kimsedir. Mağdur faille aynı konutta yaşayan, failin eşi, sevgilisi, ev arkadaşı yahut hizmetçisi olabilir. Madde metnine göre akrabalık ilişkisi şartı aranmamakta ve birlikte yaşamaya ilişkin bir süre öngörülmemektedir¹⁰². Doktrinde bu konuya ilişkin olarak fail ile mağdur arasında bir hiyerarşiyi, geniş anlamda bir aile ilişkisini şart gören, evli gibi birlikte yaşayanların arasında bu suçun işlenmesinin mümkün olmadığını savunan yazarlar da vardır¹⁰³.

Kötü muamele suçu, Türk Ceza Kanunun'da topluma karşı suçların düzenlendiği Üçüncü Kısımın sekizinci bölümünde aile düzenine karşı suçlar başlığı altında düzenlenmiştir. Bu sistematik içerisinde aslında aile bireylerini birbirinden korumaktan ziyade, aile düzeninin ve toplumun korunmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır¹⁰⁴. Bunun aile hayatının ve aile bireylerinin birbirleriyle olan sağlıklı ilişkilerin aile içinde yetişen kişileri dolayısıyla toplumu etkileyeceği kanaati ile ilgisi olduğu düşünülebilir¹⁰⁵. Ailenin korunmasının toplumun gelişimine sağlayacağı fayda elbette göz ardı edilemez. Ancak aile bireylerinin bilinçlenmesi ve birbirine karşı korunması tam anlamıyla sağlandığında aile düzenine müdahalenin zaten gereği kalmayacaktır. Kötü muamele suçunun, aile düzenine karşı işlenen suçlardan olması sebebiyle aile kavramını anlamakta fayda vardır. Aile kavramının tanımı, aile kurumunun özellikleri, çeşitleri ve tarihsel gelişimi sosyoloji biliminin ilgilendiği bir alan olmakla aile kavramının farklı birçok tanımı ve aile kurumunu farklı yapıları hem tarihsel süreçte hem de günümüzde göze çarpmaktadır¹⁰⁶. Sosyoloji biliminde aile, toplumun temel taşı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁷. Ancak “aile kavramı”nın evrensel bir tanımı bulunmamaktadır. Evrensel bir “aile” tanımının olmaması nedeniyle

¹⁰² Tezcan/ Erdem/ Önok s. 917.

¹⁰³ Nuhoğlu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, 1. Baskı, Ankara 2009, s. 102-104.

¹⁰⁴ Gemalmaz, s. 2396.

¹⁰⁵ Özdemir, Hayrinnisa/ Ruhi, Ahmet Celal, Çocuk Hukuku, 1. Basım, Ankara 2012, s.530.

¹⁰⁶ Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008, s.4.

¹⁰⁷ Dönmezler, Sulhi: Sosyoloji, 6.bası, İstanbul 1976, s. 225.

“aile” nin adeta yaşayan bir canlı olduğunu ve bu kavramın zamana, koşullara göre değişebileceğini söylemek mümkündür¹⁰⁸.

Aile kavramına verilen önemin nedeni sosyolojik, psikolojik ve ekonomik yönlerden sağlam ailelerin, düzenli bir toplum için hayati öneme sahip olduğu, ailenin sarsılması halinde toplumun düzeninin bozulmaya, yozlaşmaya ve psikolojisinin dağılmaya başladığı olarak açıklanabilir¹⁰⁹. Bu nedenle incelenen aile kavramı pek çok farklı tanımla anlatılmaya çalışılmıştır. Bunlardan belli başlı bazılarına yer vermek gerekmektedir. İnsan topluluklarında ilk grup aile olarak tanımlanmakla, evrensel bir kurumdur¹¹⁰. Aile tanımı yapılırken normatif tanımlardan ziyade geleneksel ve kültürel tanımlar, örf ve adet hukuku kapsamında yer almaktadır. Evlilik bağı ile kurulan aile tanımına sadık kalanlar açısından toplumdan topluma değişen çeşitli aile tanımları bulunmaktadır. Kimi toplumlarda aynı soydan olanların evlenmesi yasakken, kimi toplumlarda çapraz kuzenler arası evlilik desteklenmektedir. Hatta ülkemizde berdel olarak adlandırılan bir tür aile tanımına göre, kadının eşinin vefatı durumunda ölen eşin kardeşi ile evlilik yapılmaktadır¹¹¹.

Ailenin çiftlerin duygusal ve cinsel paylaşımlarına, birlikte sahip olunan amaç, çıkar, inanç ve kurallara dayandıran, çocukların bakıldığı ve eğitildiği bir ortam¹¹² şeklinde tanımının çocuklar olmadan ailenin var olamayacağı yorumuna fırsat vermemesi gerekmektedir. Aileden bahsedebilmek için çocukların olması şart değildir. Bu nedenle tanıma, çocukların olması halinde anlamına gelecek bir ekleme yapılarak “varsa çocukların bakıldığı ve eğitildiği ortam” şeklinde aile tanımı genişletilmelidir. Şunu da belirtmek gerekmektedir ki aileyi oluşturan çiftlerin cinsel birliktelikleri sonucu üremelerini ailenin temeline koyan anlayışlara göre “aile, karşı cinsle birlikte yaşama içgüdüsünün yarattığı bir birlik”¹¹³ olarak tanımlanmış ise de, yasaların tanımamış olmasının, LGBT bireyler arasında yaşanan birliktelikleri, özelliklerini barındırması halinde aile olmaktan çıkarmayacağı açıktır.

¹⁰⁸ Koçhisarlıoğlu, Cengiz: Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı, s.268,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/277/2501.pdf> , ET: 17.02.2018

¹⁰⁹ Akıntürk, s.4.

¹¹⁰ Dönmezer, s.170.

¹¹¹ Işıktaç, Yasemin, Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitapevi, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 355

¹¹² Yörükoğlu, Atalay: Çocuk Ruh Sağlığı, 12.Bası, Ankara 1986, s.93.

¹¹³ Demirbaş, s. 3

Aile kavramına ilişkin her tanımlama çabası farklı aile modellerini, farklı sosyal yapıları ve ayrı kalıpları gündeme getirmiştir¹¹⁴.

Ülkemizde ise kanun koyucu için aile kavramının tanımlanması imkansız görülmüş ve aile kavramı sosyal bir gerçeklik olarak kabul edilmiş¹¹⁵ olacak ki aile kavramı birçok mevzuatta yer almakla birlikte, “aile” kavramının açık bir tanımı ne Anayasa’da, ne Türk Medeni Kanun’da ne Türk Ceza Kanun’da ne de Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da yer almaktadır. Aile tanımının açıkça yapılması yerine özelliklerinden bahsedilerek tanıma ulaşılmaması yoluna gidilmiştir. Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik’in tanımlar başlıklı dördüncü maddesinde her ne kadar “aile: Aynı veya ayrı çatı altında yaşayan eş ve çocuk ile aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini¹¹⁶” şeklinde tanımlanmış ise de “diğer aile bireyleri” ile kastedilenin hangi bireyler olduğu yine açıkça tanımlanmamıştır. Hukuk sözlüklerinin birinde yer alan aile tanıma göre, “bir kişinin beslemeye mecbur olduğu kimseler, kan rabitasıyla veya evlenme ile yani hukuki işlemlerle bir araya gelen fertler¹¹⁷” aile olarak tanımlanmıştır. Türk Dil Kurumu’nun tanımına göre aile, “Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik, Aynı soydan gelen veya aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü; birlikte oturan hısım ve yakınların tümü; eş, karı; aynı gaye üzerinde anlaşılan ve birlikte çalışan kimselerin bütünü¹¹⁸” şekillerinde tanımlanmıştır.

Roma hukukuna göre, eski hukuk döneminde aile, geniş anlamda roma ailesi ve dar anlamda roma ailesi kavramları ile karşılaşılmaktadır. Eski hukuk döneminde aile kavramı paterfamilias’a ait olan maddi malların ve kölelerin tamamını kapsamaktadır¹¹⁹. Kan hısımı olan, ortak soydan gelen erkek evlatların bir araya gelerek oluşturduğu adına gens denilen

¹¹⁴ Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, M. Alper: Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku, İstanbul 2008.. s.8.

¹¹⁵ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 4.Bası, Ankara 2004. s. 3.

¹¹⁶ <http://www.resmigazete.gov.tr>, Yayınlanma Tarihi: 01.03.2008, E.T: 15.12.2018

¹¹⁷ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/sozluk.htm>,E.T: 17.02.2018

¹¹⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aa00e9e810964.69723294,E.T: 17.02.2018

¹¹⁹ Serim, Gökçe, Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, 1. Baskı, Ankara 2018, s.7.

topluluklar geniş anlamda roma ailesini oluşturmaktadır¹²⁰. Gens içindeki erkek evlatların bölünmesi ile oluşan küçük gruplar ise dar anlamda roma ailesini tanımlamaktadır¹²¹.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 16. maddesinin 3. Fıkrasında ise, “*Aile cemiyetin tabii ve temel unsurudur; Cemiyet ve Devlet tarafından korunmak hakkına sahiptir*” hükmüne yer verilmiştir.

Anayasamızda, milletlerarası hukuka ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun olarak, Türkiye Cumhuriyeti Anayasamızın 41. maddesinde aileye yer verilmiştir. Madde metninin ilk fıkrasına göre, “*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.*” İkinci fıkrada ise “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.*” şeklindeki düzenleme ile ailenin korunması yönünde Devlet’e görev yüklemektedir. Bu noktada madde metninin kendi içinde bir çelişki barındırmaktadır. İlk fıkrada eşlerin eşitliğinden bahsedilirken ikinci fıkrada ananın korunmasının düzenlenmesi karşısında babanın korunmasından bahsedilmemesi eşler arasındaki eşitliği zedelemektedir. Ayrıca ananın korunmasına dikkat çekilmesi kadını da korunmaya muhtaç bir statüye zorlamakta, kutsal anne düşüncesini gündeme getirmektedir. Oysa kanımızca anne olup olmaması ayrılmaksızın kadın ile erkek eşit olup, eşlerden hiçbirine diğerinden ayrı bir koruma sistemi oluşturulmamalıdır. Anayasada yapılan düzenlemeler ile aile hukukuna egemen ilkeler ışığında aile kavramının tam bir tanımı olmasa da sahip olduğu özelliklerden yola çıkılarak bir tanım yapmak mümkün olabilmektedir. Türk Medeni Kanun’da düzenleniş şeklinden yola çıkarak üç farklı aile yapısının düzenlendiği göze çarpmaktadır. Bunlar, sadece eşlerden meydana gelen bir birliği ifaden eden dar anlamda aile; anne, baba ve çocuklardan oluşan geniş anlamda aile ve aynı çatı altında hep birlikte aile olarak yaşayan bireylerden oluşan en geniş anlamda ailedir. En geniş anlamda aile kavramının içine aralarında kan bağı olan hısımların yanı sıra hısımlı olmayan ancak aynı çatı altında yaşayan kişilerin, çalışanların dahil olduğuna da şüphe yoktur¹²². Böylece doktrinde dar anlamda

¹²⁰ Serim s.10.

¹²¹ Serim, s. 11.

¹²² Akıntürk s.6.

ailenin, evlilik birliği en geniş anlamda ailenin ise ev topluluğu olarak tanımlandığı anlaşılmaktadır.

Birleşmiş Milletlerin sayım ve araştırmalarda kullanılmak üzere önerdiği aile tanımına göre aile, kan, yasa ve evlilik aracılığı ile bir araya gelen ve birbirleriyle belli bir akrabalıkları olan kimselerden meydana gelmektedir. Ayrıca tanım “*Ailenin sınırlarını tespitiye yönelik olarak kullanılan akrabalık dereceleri, verilen kullanıma bağlıdır ve bu nedenle bütün dünya için tamamıyla geçerli değildir*¹²³”. şeklinde tamamlanmış olup, yine eleştiriye açıktır. Nitekim bu tanıma göre aralarında kan ve evlilik bağı olmayan, yasa yoluyla birbirine bağlı olmayanların aile özelliklerini göstermeler dahi aile olarak tanımlanmamıştır. Bu eleştirinin ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında giderildiği görülmektedir.

“Aile hayatı” kavramı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin birçok kararında ele alınarak tanımlanmış ve unsurları gösterilmiştir. Özel yaşama ve aileye saygı konusunun altının çizildiği Marckx-Belçika davasında¹²⁴ aile tanımlanırken ikili bir ayırım yapılmaması gerektiğinin altı çizilerek, meşru ve tabii ayrımı uygun bulunmamıştır. Elsholz-Almanya davasında ise, aile kavramından bahsedebilmek için bir ilişkinin illaki evliliğe dayanmasına gerek olmadığı, aralarında evlilik bağı olmasa da bir arada oturan çiftlerin fiilen aile olarak nitelendirilebileceđi¹²⁵, Johnston- İrlanda davasında da evli olmasalar da çocuklarıyla birlikte yaşayan çiftlerin, aile hayatı yaşadığı belirtilmiş, bu tür ilişkinin aile olarak görülmesinin nedeni ise istikrarlı olması ve diğer özellikleri bakımından evli çiftlerin kurduğu aileden farkının olmaması gösterilmiştir¹²⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından anlaşıldığı üzere, aile hayatının tanımını ortaya koyabilmek için aile bireyleri arasındaki kan bağı bir yana, eşler arasındaki ilişkilerin aile hayatının, aile özelliklerine uygun olup olmaması değerlendirilmeli, süreklilik, duygusal bağ ve ekonomik bağ gibi konular incelenmelidir. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre

¹²³ Demirbaş, F s.3.

¹²⁴ Tezcan, Durmuş/Erdem, Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, Murat, İnsan Hakları, Seçkin, 7. Baskı, Eylül 2018 Ankara s.69.

¹²⁵ GillesDutertre, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler , Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2007, s. 314-315.

¹²⁶ Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, AİHS'nin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, İnsan Hakları El Kitapları No: 1, Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukuk İşleri Genel Müdürlüğu, Eylül 2007, s. 15.

özelliklerini gösteriyorsa ve süreklilik arz ediyorsa birlikte yaşayan sevgililer de aile olarak görülmektedir. Bu halde LGBT bireyler arasındaki birliktelikler de özelliklerini barındırıyor ve süreklilik arz ediyor ise eşitlik ilkesi gereği aile olarak değerlendirilmeli, kötü muamele suçunu düzenleyen 232. maddenin uygulanması bakımından heteroseksüel sevgililerden farklı bir muameleyle tabi tutulmamalıdır.

Ailenin toplumlar için önemi karşısında aileyi konu alan düzenlemelerin yapılması kaçınılmaz olsa da adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek nitelikte kanunilik ilkesine uygun düzenlemeler yapılmalıdır. Aileye karşı suçlardan biri olan kötü muamele suçunu insan hakları, çocuk hakları ve kadın hakları açısından değerlendirebilmek için öncelikle suç tipinin incelenmesi ve anlaşılabilmesi şarttır. Kanunilik ilkesi gereği kötü muamele suçu ile korunmak istenen aile düzeninin nasıl bir aile düzeni olduğunun düzenlenmesi gerekmektedir. Aksi takdirde failin sorumluluğu bakımından genişletici yorumların oluşabileceği gibi, mağdurun korunması bakımından da daraltıcı yorumlara sebep olacaktır.

2.4. Maddi unsur

2.4.1. Fiil

Hareket icrai şekilde ortaya çıkabileceği gibi ihmali şekilde de ortaya çıkabilir. İcrai biçimde ortaya çıktığında bir davranışı yapmak şeklinde icra hareketleri, ihmali biçimde ortaya çıktığında ise bir davranışı yapmamak şeklinde ihmal hareketleri ile suç hayat bulacaktır¹²⁷. Suç normunda, netice için belirli bir hareketin gerekli görüldüğü suçlara, bağlı hareketli suçlar, belirli bir hareketin aranmadığı, neticenin herhangi bir hareket ile meydana geldiği suçlara serbest hareketli suçlar denmektedir¹²⁸.

Belli bir hareketin yapılmasını gerektiren suçlar olabileceği gibi belirli bir harekete ihtiyaç olmaksızın suçu meydana getirmeye elverişli her çeşit hareket ile hayat bulan suçlar

¹²⁷ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 170.

¹²⁸ Dönmezler/ Erman, s.362.

da olabilir. Bu ayrıma göre suçlar bağlı hareketli suçlar ve seçimlik hareketli suçlar olmak üzere bir ayrıma tabidirler¹²⁹.

Bir başka ayırım da suçun, bir hareketin aniden ve yapmakla tükenmesi sonucu suçun meydana gelmesine yahut suçun meydana gelebilmesi için hareketin belirli bir süre devam etmesine bakılarak yapılan ayırımdır. Bu durumda ani suçlar ve kesintisiz suçlar ayrımı oluşmuştur¹³⁰.

Kötü muamele suçunun birinci fıkrasına göre kötü muamele olarak adlandırılacak olan hareketler özel olarak belirtilmemiştir. Ancak maddenin gerekçesinde kötü muamele olarak adlandırılacak hareketlerin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu hareketler vücut bütünlüğüne yönelmiş ise basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde olması gerektiği vurgulanmıştır. Örnek olarak ise yarı aç veya susuz bırakma, uyku uyutmamak, zor koşullarda çalışmaya mecbur etmek gösterilmiştir. Bu hali ile suçun serbest hareketli bir suç olduğu anlaşılmaktadır. Hareket esaslı bir tasnif yapıldığında kötü muamele suçu serbest hareketli olup, icra hareketi ile işlenebileceği gibi ihmal hareketi ile de işlenebilir. Ayrıca ani hareketli bir fiil sonucu oluşabileceği gibi ihlali meydana getiren hareketin süreklilik arz etmesi sonucu da suç meydana gelebilir. Çünkü Yargıtay vermiş olduğu kararların bazılarında süreklilik şartı aramıştır¹³¹. Ancak kanun madde metnini düzenlerken süreklilik şartı aramamıştır. Ayrıca

¹²⁹ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 187.

¹³⁰ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 187.

¹³¹ T.C.Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2016/14985 E. , 2016/15838 K. “Somut olayda sanığın, daha önceden de evden kaçan ve kız kardeşi olan mağdureyi korkutup, evden kaçmasını engellemek amacıyla saçlarını kesmek şeklindeki eylemi sabittir. Kötü muamele suçunun oluşması için eylemin -en azında kendi içerisinde- bir devamlılık göstermesi gerektiği çeşitli içtihatlarıyla dairemizce kabul edilmektedir. Bu husus daha önce de örneğin Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 2006/10765 E. ve 2008/9588 K. sayılı ilamında vurgulanmıştır. Kaldı ki Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 16.06.2008 tarih ve KYB-2008/48015 sayılı itirazında da eylemin süreklilik arz etmesi gerektiği kabul görmüştür. Bunların haricinde tek başına saç kesme eylemi süreklilik göstermediğinden ve kanundaki suç oluşturan diğer fiillerden farklılaşmadığından TCK 232. maddesi kapsamına girmeyeceği, eylemin kasten yaralama niteliğinde olduğu Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 29.03.2012 tarih ve 2011/14882 E. 2012/12692 K. sayılı ilamında açıkça kabul edilmiştir. Dairemizce de benimsenen, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 24.05.2011 tarih ve 2011/2-81 E, 2011/106 sayılı ilamında belirtildiği üzere, yaralama suçunda korunan hukuki yarar kişinin vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğü olup suçun konusu, mağdurun acı verilen veya bozulan bedeni veya ruhsal sağlığıdır. Bu sonucu doğurmaya elverişli tüm hareketlerle yaralama suçunun işlenmesi olanaklıdır. Bu doğrultuda, öğretide sağlığın bozulması kavramı “bir kimsenin kendisine göre var olan sağlığının kötüye gitmesine sebebiyet verilmesi” şeklinde değerlendirilmiş olup, “sağlığın maddi olarak bozulmanın yanında manevi kişiliğin sağlığının bozulması da” bu kapsamda görülmüştür (Yaşar/Gökcan/Artuç, Yorumlu Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, 2010, s. 2905-2906) Bir kişinin psikolojisinin bozulması da (örneğin korkutmak suretiyle) kasten yaralama suçu kapsamında değerlendirilmelidir. (Üzülmez İlhan: Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, 2013, s. 12). Açıklanan nedenlerle; Dairemizin 04/05/2016 gün ve 2015/24354 esas, 2016/9583 karar sayılı bozma kararındaki gerekçeye göre Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazı yerinde

gerekçede yer alan merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak hareketlerin süreklilik arz etmesi halinde eziyet suçunun oluşup oluşmayacağı düşünülebilir. Türk Ceza Kanunu'nun 96. Maddesinde “*Bir kimsenin eziyet çekmesine yol açacak davranışları gerçekleştiren kişi hakkında iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklinde düzenlenen eziyet suçunun gerekçesinde¹³² ile benzerlik bulunmaktadır.

Netice, ihmal veya icra hareketi sonucu dış dünyada meydana gelen değişikliktir. Dış dünyada meydana gelen değişiklik fiziki, fizyolojik veya psikolojik şekillerde olabilir¹³³. Suçlar neticesine göre tabiatçı (doğal) hukuk anlayışına ve hukuki(normatif) anlayışa göre ayrımlara tabii tutulmuştur¹³⁴. Tabiatçı anlayışta neticesiz suçlar ve neticeli suçlar ayrımı yapılmaktadır. Buna göre; tabiatçı anlayışta ceza normunca aranan, hareketle nedensel olan ve algılanabilen dış dünyadaki tipik değişiklik olarak, diğer anlayışta ise zarar vermek suretiyle hukukça korunan menfaatin ihlali olarak tanımlanmaktadır. Hukuki anlayışa göre ise netice, fiilin ihlal edici etkisinden ibarettir¹³⁵. Dolayısıyla neticesiz suç yoktur. Bu görüşe göre, ihlal hareketin neticesi değil suçun kendisi kabul edilmektedir. Buradan hareketle tabiatçı anlayışa göre kötü muamele suçunun neticesiz suçlardan olduğu söylenebilir. Belli bir hareketin yapılmasının ardından netice aranmaksızın suç oluşuyor ise bu tür suçlara neticesiz suç denmektedir¹³⁶. Nitekim kötü muamele suçunda cezalandırılan kötü muamele olarak ve terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanma şeklinde değerlendirilen hareketin kendisidir. Ayrıca bir netice öngörülmemiştir. Mağdurun iç ve dış dünyasında bir değişikliğin meydana gelip gelmemesi suçun unsuru olarak sayılmamıştır. Ancak kötü muamele suçunun işlendiği sırada neticeli ve neticesiz başkaca suçlar da işlenebilir. Bu durumda işlenen diğer suçların ayrıca cezalandırılacağı kanun gerekçesinde belirtilmiştir.

görülmediğinden 6352 sayılı Yasanın 99/3 maddesiyle 5271 sayılı CMK nun 308. maddesine eklenen 3. fıkraya hükmüne göre dosyanın Ceza Genel Kuruluna GÖNDERİLMESİNE, 12.10.2016 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”

¹³² Eziyet olarak, bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışlarda bulunulması gerekir. Aslında bu fiiller de kasten yaralama, hakaret, tehdit, cinsel taciz niteliği taşıyabilirler. Ancak, bu fiiller, ani olarak değil, sistematik bir şekilde ve belli bir süreç içinde işlenmektedirler. Bir süreç içinde süreklilik arzeder bir tarzda işlenen eziyetin özelliği, işkence gibi, kişinin psikolojisi ve ruh sağlığı üzerindeki tahrip edici etkilerinin olmasıdır. Bu etkilerin uzun bir süre ve hatta hayat boyu devam etmesi, eziyetin bu kapsamda işlenen fiillere nazaran daha ağır ceza yaptırımına alınmasını gerektirmiştir.

¹³³ Toroslu, Nevzat/ Toroslu, Haluk: Ceza Hukuku Genel Kısım, 23. Baskı, Ankara 2016, s. 138.

¹³⁴ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 174.

¹³⁵ Toroslu/ Toroslu, s.122.

¹³⁶ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, 175.

2.4.2. Merhamet, Acıma, Şefkat Kavramları

Kanun koyucunun merhamet, acıma ve şefkat ifadelerine madde metninde yer vermediği, yalnızca gerekçede yer vermiş olduğu göz önünde bulundurulduğunda bağlayıcı terimler olmadığı bilinmektedir. Ancak birçok yargı kararında da yer verilmiş olması bu ifadelerin ne anlama geldiğinin araştırılması gerekliliğini oluşturmuştur. Merhamet kelimesi, kelime anlamı itibarıyla birçok sözlükte şefkat ve acıma duygusunu da barındıran bir duygu olarak tanımlanmıştır¹³⁷. Türk Dil Kurumu sözlüğünde ise merhamet, “*bir kimsenin veya bir başka canlının karşılaştığı kötü durumdan dolayı duyulan üzüntü, acıma*¹³⁸” şeklinde tanımlanmıştır.

Kötü muamele suçu bakımından incelemeyi gerekli kılan kısmı ise bu duyguların ölçütü olarak neyin alınacağınıdır. Madde metninde de gerekçede de belirlilik ilkesinden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim bir muamelenin merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşıp bağdaşmadığının takdiri yargıca bırakıldığında, aynı durumlarda farklı kararların verileceği, aynı durumda olan bireylerin eşit muamele görmesi durumunun zedeleneceği şüphesizdir. Belirli bir davranış kimileri için merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşırken, kimileri için bağdaşmayabilir. Ayrıca merhamet, acıma ve şefkat duygularının her bireyde bulunmaması da başkaca bir sorundur.

Küçük yaşlardan itibaren, başkaca kişilerin mutluluklarına ve hüzünlerine duyarsız kalarak yetişen çocuklarda merhamet duygusunun gelişmesinin oldukça zor olduğu bilinmektedir¹³⁹. Merhamet duygusu gelişmemiş bir kimsenin, işlediği fiilin merhametle bağdaşmadığından bahisle cezalandırılmasının, ceza hukukunun özüne ne kadar uygun olduğu da tartışılmalıdır. Öyle ki Ioanna Kuçuradi’ya göre, gerçeklikle bağdaşmayan değer yargılarının egemen olması halinde değer yargılarının insan yaşamı için taşıdığı anlam silikleşecektir¹⁴⁰. Merhamet konusunda farklı filozofların birbirine tamamen zıt görüşleri de

¹³⁷ Nişanyan Etimoloji Sözlüğünde (2016) merhamet, şefkat gösterme, esirgeme, acıma anlamlarına gelmektedir. Türk Dil Kurumunun (2016) sözlüğünde Cambridge sözlüğünde (2016) ise acı çekenlere acıma duygusu olarak tanımlanmaktadır.

¹³⁸ <http://www.tdk.gov.tr>, E.T:04.11.2018

¹³⁹ Kural, Bilgen/ Başdağ, Suat/ Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi 2017, Cilt 8, Sayı 1 (USOS 2016 Özel Sayısı) Sınıf Öğretmenlerinin Merhamet Eğitimine İlişkin Görüşleri, s.82

¹⁴⁰ Ay, Volkan, 2013Research Article Nietzsche’de ‘Merhamet’ Kavramının Yeniden Değerlendirilmesi: Beytulhikme An International Journal of Philosophy Volume 3 Issue 1 June 2013, s. 200.

mevcuttur. Örneğin Nietzsche tarafından merhamet duygusu, bireyler arasında sorgulanmaya açık olması nedeniyle ve başkaca nedenlerle eleştirilmiştir ¹⁴¹ . Schopenhauerise bu duyguyu yüceltmış olmasına rağmen ancak bu duygu hissedildiğinde karşıdaki kişinin acısının anlam ifade ettiğini, bu duygu hissedilmeden karşıdakinin acısının anlaşılamayacağını da belirtmiştir ¹⁴² . Dolayısıyla kanun koyucu merhamet ile bağdaşmayacak davranışları suç sayacak ise ilk olarak bunu gerekçede değil suç normunun kendisini düzenlerken ifade etmeli, ikinci olarak da merhamet duygusunu muhakkak tanımlamalıdır. Aksi takdirde kanunun başkaca maddelerinde suç sayılmamışsa yalnızca merhametle bağdaşmadığı için faile kötü muamele suçundan ceza verilememesinin kanunilik ilkesine aykırı olacağı düşünülmelidir.

2.5. Manevi Unsur

Manevi unsurun aranması ve manevi unsur olmaksızın bir fiilin suç olmayacağı kabul edilmiş ve insan uygarlığının önemli bir aşamasını meydana getirmiştir. Kasttan bahsedebilmek için TCK 21. Maddede belirtildiği üzere “*suçun kanun tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” gerekmektedir¹⁴³. Bir suçun oluşabilmesi için kanunda taksirli hali öngörülmemişse “kastın” varlığının aranması şarttır. Kötü muamele suçunun taksirli hali düzenlenmemiştir. Bu nedenle kötü muamele suçunun manevi unsuru genel kasttır. Kötü muamele suçu tabiatçı anlayışa göre neticesiz bir suç olması nedeniyle kastın varlığından söz edilebilmesi için, failin salt icra veya ihmal hareketini bilmesi ve istemesi yeterlidir¹⁴⁴. Türk Ceza Kanunu 232/1 için kötü muamelede bulunma iradesi ile TCK 232/2 için ise terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanma iradesi ile hayat verilen icrai ve ihmali hareketlerin bilinmesi ve istenmesi, suçu oluşturan genel kastın varlığı için yeterlidir.

¹⁴¹ Ay, s.210.

¹⁴² Ay, s. 208.

¹⁴³ Toroslu/ Toroslu, s. 212.

¹⁴⁴ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 253.

2.6. Hukuka Aykırılık

Hukuka uygunluk nedenleri, toplumsal hayatın düşünülenden daha karışık olması nedeniyle bazı koşulların yasaklanan davranışlara izin verilmesi veya emredilen davranışların dışına çıkılmasının makul karşılanabilmesi sonucu ortaya konmuş ve kanunda düzenlenmiştir¹⁴⁵. Bir hukuk düzeninin bir fiili hem yasaklaması hem de aynı fiile rıza göstermesi, hukuk düzenini çelişkiye düşürecektir. Ancak objektif etkiye sahip nedenlerin ortaya konması halinde bu çelişkinin doğması engellenecektir¹⁴⁶. Türk Ceza Kanunu'nda, görevin yerine getirilmesi, meşru müdafaa, zorunluluk hali, hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası gibi genel hukuka uygunluk nedenleri düzenlenmiştir¹⁴⁷. Bu hukuka uygunluk nedenleri bütün suçlar için ortak olup öte yandan belli suçlar için kabul edilen özel hukuka uygunluk nedenleri de bulunmaktadır¹⁴⁸. Hukuka uygunluk nedenlerinin kötü muamele suçu bakımından mümkün olup olmayacağını tartışabilmek için hukuka uygunluk nedenlerini tek tek ele almak gerekmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki kanun, kötü muamele anlamına gelen davranışların neler olduğunu belirtmemiş sadece gerekçede örneklendirilmiştir. Bu nedenle verilen örneklere göre hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunamayacağı da uygulamada değişiklik gösterecektir biz de konuyu ele alırken örnek verebilen fiiller yönünden hukuka uygunluk nedenlerinin varlığından bahsedilecektir. Oysa doktrinde hukuka uygunluk nedenleri ile bu suçun bağdaşmayacağı şeklinde görüşler bulunmaktadır¹⁴⁹.

2.6.1. Kanunun veya Yetkili Mercinin Emrinin Yerine Getirilmesi

Türk Ceza Kanunu'nun 24. Maddesi “(1) Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez, (2) Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz.” şeklinde düzenlenmiştir. Kanun hükmünü yerine getiren kişi ile kastedilen kamu görevlisi yani memurdur¹⁵⁰. Kanun hükmü ifadesinden ise

¹⁴⁵ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 210.

¹⁴⁶ Toroslu/ Toroslu, s.154,155.

¹⁴⁷ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 210.

¹⁴⁸ Toroslu/ Toroslu, s.155.

¹⁴⁹ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım s.210.

¹⁵⁰ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 213.

anlaşılması gereken “hukuk normu” dur¹⁵¹. Kötü muamele suçu çerçevesinde konu ele alındığında, her ne kadar uygulamada bu konu hakkında verilmiş bir karar bulunmasa da, eşlerden birinin bir ayı aşkın süre ortak konuta gelmemesinin ve evlilikten doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin, merhamet, acıma ve şefkat ile bağdaşmayacağı açıktır. Eşlerden birinin eve bir ayı aşkın bir süre gelmemesinin kötü muamele olarak değerlendirilmesi önünde bir engel bulunmamaktadır. Ancak ortak konuta gelmeyen eşin asker olduğu düşünüldüğünde, kanun hükmünü yerine getirmesi sebebiyle kendisine ceza verilmeyeceği, dolayısıyla bu suç yönünden görevin yerine getirilmesinin hukuka uygunluk nedeni olabileceği tartışılmalıdır.

2.6.2. Meşru Savunma

Türk Ceza Kanunu’nun 25. maddesinin birinci fıkrası incelendiğinde bir kişinin kendisine veya kendisine/ bir başkasına ait bir hakka yönelen veya yönelmesine yahut tekrarına kesin gözüyle bakılan haksız bir saldırının, orantılı bir şekilde önlenmesi mecburiyeti ile işlenen fiillere ceza verilemeyeceği düzenlenmiştir. Doktrinde meşru savunma kurumunu, insanda bulunan kendini koruma içgüdüsünü hukuk düzeninin kabul etmesi¹⁵² şeklinde tanımlayan görüşler olduğu gibi meşru savunma kurumunun bu şekilde açıklanamayacağını, meşru savunmanın esasının saldırıya uğrayan hakkın saldırıda bulunan haktan üstün olmasında bulan görüşler de mevcuttur¹⁵³. Meşru savunma kurumunun özünü hukuk düzeninin bir hakka yönelen saldırıya izin vermeyeceği noktasında aramak doğru olacaktır¹⁵⁴. Hukuk düzeninin koruduğu bir hakka yönelen saldırı ile savaşmak hukuk düzenine aykırılık teşkil etmeyecek ve saldırı altında işlenmezse suç teşkil edecek olan fiili, hukuka uygun kılacaktır.

Kötü muamele suçunun faili yönünden de meşru savunma halinin varlığı durumunda, kötü muamelenin hukuka uygun hale geleceğini söylemek mümkündür. Nitekim Yargıtay’ın birçok kararında eşlerden birinin diğerini eve almaması kötü muamele olarak

¹⁵¹ Toroslu/ Toroslu, s. 157.

¹⁵² Toroslu/ Toroslu, s. 161.

¹⁵³ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 218.

¹⁵⁴ Dönmezler /Erman, s.104

değerlendirilmiş ve sanığa ceza verilmesi uygun görülmüştür¹⁵⁵. Eve alınmayan eşin aile bireylerine sürekli şiddet uyguladığı bir örnek düşünüldüğünde ise bu saldırıyı defetmek zorunda kalan diğer eşin, aile bireylerine şiddet uygulayan eşi eve almaması fiilinin meşru savunma kapsamında kalacağı değerlendirildiğinde hukuka uygunluk nedeninin somut olayda uygulanabilir olduğu düşünülmelidir.

2.6.3. Zorunluluk Hali

Zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedenlerinden biri olmasının esası, çatışan değerler gündeme geldiğinde üstün olan değeri korumaktır¹⁵⁶. Her ne kadar meşru savunma kurumu ile benzerlik gösterse de meşru savunma kurumunda hakka yönelmiş olan bir saldırı varken zorunluluk halinde bir tehlike durumu söz konusudur. Meşru savunma kurumunda saldırının kaynağı hedef alınmaktadır. Oysa zorunluluk halinde tehlike durumunun nedeni insan saldırısı olabileceği gibi doğal güçler yahut hayvanlar da olabilir¹⁵⁷. Dolayısıyla tehlikeden kurtulmak isteyen ve bu doğrultuda suç olan bir fiili gerçekleştiren kişi hukuka uygun hareket etmiş olacaktır¹⁵⁸.

Ağrı'nın Patnos ilçesinde eşine dışkı yediren kocanın başkaca insan onuru ile bağdaşmayan, acı verici ve aşağılayıcı davranışlarının bulunması ve eylemlerinin süreklilik arz etmesi nedeniyle fiilleri eziyet suçu kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak süreklilik arz etmeyen, mağdurun merakı ve rızası olmaksızın dışkı yedirme yahut idrar içirme fiilinin kötü muamele kapsamında değerlendirileceğine şüphe yoktur. Buna rağmen deprem enkazında hayatta kalabilmesi için eşlerden birinin diğerine idrar içirmesi örneği ele alındığında, idrar içiren eşin zorunluluk hali nedeniyle cezalandırılmayacağı düşünülmelidir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenlerinden zorunluluk halinin kötü muamele suçu yönünden uygulanabileceği söylenebilir. TCK m. 232/2 yönünden de bir kimseye meslek öğreten kimsenin tedip yetkisi çerçevesinde bir kimseyi aç ve susuz bırakması kötü muamele

¹⁵⁵ <https://karararama.yargitay.gov.tr>, E.T: 25.05.2018

¹⁵⁶ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 222.

¹⁵⁷ Toroslu/ Toroslu, s.171.

¹⁵⁸ Dönmezer/ Erman, s. 127.

suçuna hayat verebilecekken, doğal bir afet nedeni ile aç ve susuz bırakması durumunda zorunluluk halinin uygulanabileceği düşünülmelidir.

2.6.4. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

Hukuka uygunluk nedenlerinden bir diğeri de kişinin bir hakkını kullanması yahut ilgili fiile rıza göstermesidir¹⁵⁹. Türk Ceza Kanunu'nun 26. maddesi “(1) Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez.(2) Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” şeklinde düzenlenmiştir.

Hukuk düzeni tarafından tanınmış bir hakkı kullanan hak sahibi cezalandırılmaz¹⁶⁰. Bir hukuk düzeninin, fertlerini öncelikle bir düzene uygun davranmaya zorlayıp ardından bu düzene uygun davrananları cezalandırmak suretiyle çelişkiye düşeceği düşünülemez¹⁶¹. Doktrinde hakkın kullanılması konusu açıklanırken çocuklar üzerinde eğitim ve terbiye hakkı bulunan ana babanın hakkın kullanılmasını amaçlayarak, çocuklarına karşı suç olabilecek bazı davranışları yapabilecekleri örnek olarak verilmiştir. Bu görüşe göre; disiplin yetkisinin kötüye kullanılması niteliğinde olmayan fiiller hakkın kullanılması kapsamında kalacaktır¹⁶².

İlgilinin rızasının hukuka uygunluk nedeni olabilmesi için ise kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakka ilişkin olması ve rızanın geçerli olması gerekmektedir¹⁶³. Yargıtay'ın ileride detayları ile ele alacağımız bir kararında¹⁶⁴ eve kuma getirilmesi şeklinde bir fiil başlı başına kötü muamele suçuna gerekçe olarak gösterilmemiş, eve getirilen kumanın ardından sanığın, müştekiye kötü davranması ve bu davranışların müşteki üzerinde meydana getirdiği olumsuz etkiler bir bütün olarak değerlendirilerek hüküm kurulmuştur. Bu kararın yanı sıra yalnızca “eve kuma getirmek” fiilinin kötü

¹⁵⁹ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 226.Fşi

¹⁶⁰ Toroslu/ Toroslu, s.175.

¹⁶¹ Dönmezer/Erman, s. 29.

¹⁶² Toroslu/ Toroslu. s.177

¹⁶³ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 227

¹⁶⁴ T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2015/23641 E; 2017/1535 K, E.T: 03.11.2018

muamele olarak değerlendirildiği kararlar da verilmiş olup ileride incelenecektir. Burada rıza kurumu tartışılacağı için kararlardan bağımsız olarak değerlendirildiğinde eve kuma getiren eşe gösterilecek rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği tartışılmalıdır. Nitekim bu husus son derece tartışmaya açık olacaktır. Bir yandan tarafların evlilik birliği içerisinde aldatmayı affederek bir daha boşanma nedeni yapamayacakları gözetildiğinde sadakat yükümlülüğü üzerinde tasarruf haklarının olduğu açıktır. Dolayısıyla eşlerin karşılıklı anlaşarak sadakat yükümlülüğünü kaldırabilmeleri de mümkün olacaktır. Öte yandan bu tarz bir rızanın farklı kültürlerde farklı anlamlar ifade edeceği düşünülmelidir. Eşlerin evlilik birliklerini devam ettirmek istemelerinin yanı sıra başka kimseler ile duygusal ve cinsel birliktelik sürdürmelerine rıza gösterilen evliliklerin benimsendiği örnekler olabileceği gibi sosyal ve ekonomik açıdan eşlerden birinin diğerine mecbur olduğu dolayısıyla kumaya rıza göstermek zorunda kaldığı örneklerde mevcuttur. Kuma kültürünün benimsendiği topluluklarda dahi kumaya rıza gösteren kadınlar olduğu gibi rıza göstermek zorunda olan kadınlar da vardır. Aynı şekilde kuma kurumuna, kültürü gereği mecbur bırakılan erkeklere de toplumumuza rastlanmaktadır. Dolayısıyla kötü muameleyi değerlendirecek olan hakimın takdir hakkı bu noktada önem kazanacaktır. Bizce sadakat yükümlülüğünü ihlal eden davranışlar şefkatle bağdaşmamaktadır. Ancak rıza geçerli bir rıza ise hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsetmek mümkündür.

2.7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

2.7.1. İçtima

Ceza kanununun, bir kimse tarafından birden fazla ihlal edilmesi ve birden fazla suç yönünden sorumlu olunması halinde suçların içtimai söz konusu olacaktır¹⁶⁵. Fakat böyle durumlarda kanunun birden fazla olan bu ihlalleri tek suç olarak görmesi, bu nedenle faile tek ceza verileceğini düzenlediği haller mevcuttur¹⁶⁶. Suçların içtimai ceza kanununda sırasıyla bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima olarak sıralanmıştır.

¹⁶⁵ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 353.

¹⁶⁶ Toroslu/ Toroslu, s.355.

Her biri suç olan fiiller söz konusu olduğunda bir suç değerinin unsuru yahut ağırlaştırıcı nedeni olduğunda bileşik suçtan bahsedilecektir¹⁶⁷. Birden çok suçun bulunmasına rağmen faile tek ceza verilmesinin öngörüldüğü durumlarda ise zincirleme suçtan bahsedilecektir¹⁶⁸. Zincirleme suç bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi ile mümkün olabileceği gibi aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek fiile işlenmesi durumunda da mümkündür. Bir fiil ile birden farklı suçun işlenmesi halinde ise fikri içtima söz konusu olacaktır.

Kötü muamele suçunun bir başka suçun unsuru yahut ağırlaştırıcı hali olması kanunda düzenlenmemiştir. Dolayısıyla kötü muamele suçu açısından bileşik suçtan bahsedilemeyecektir. Her ne kadar maddenin gerekçesinde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek türden yaralamaların kötü muamele suçu kapsamında değerlendirileceği belirtilmişse de bu Türk Ceza Kanunu kapsamında son derece çelişkili olmakla insan haklarına da aykırıdır. Ancak zincirleme suç ve fikri içtima örneklerine sıkça rastlanabilir¹⁶⁹. Aynı konutta yaşayan kişilerden birinin diğerini bir hafta boyunca her gece uykusuz bırakması yahut Yargıtay kararlarına göre ortak yaşantının sürdüğü evin kapısını kilitleyerek aynı konutta yaşayan diğer kişilerin sokakta yatmasına neden olmak zincirleme suça örnek olarak verilebilir¹⁷⁰. Ancak bu suç tipinde en çok fikri içtimanın gündeme geleceği açıktır. Öyle ki kötü muamele suçunu oluşturabilecek birçok fiil aslında başkaca suçlara da hayat vermekle en azından yaralama fiilinin basit halidir. Kötü muamele teşkil eden fiiller çerçevesinde işlenen başkaca suçların kötü muamele suçu içerisinde eriyip eriyemeyeceği 765 sayılı mülga Türk Ceza Kanunu yürürlükteyken çok tartışılmışsa¹⁷¹ da mevcut uygulamada böyle bir tartışma kalmamıştır.

¹⁶⁷ Hafizoğulları, Ceza Hukuku Genel Kısım, s. 356.

¹⁶⁸ Toroslu/ Toroslu, s. 318.

¹⁶⁹ 3. Ceza Dairesi 2015/20856 E. , 2016/10680 K.:Sanığın mağdur sayısınca olmak üzere TCK 232/1. maddesi gereğince toplam 3 kez cezalandırılması gerekirken TCK'nin 232/1 ve 43/1 maddeleri gereğince 1 kez cezalandırılmasına karar verilmesi aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre sanığın temyiz itirazlarının reddiyle hükmün istem gibi ONANMASINA, 27/04/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.

¹⁷⁰ Evin kapısını kitlemek şeklindeki fiil kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında değerlendirilmeliyken Yargıtay kararlarında kötü muamele olarak değerlendirilmiş, bu sebeple örnek olarak kullanılmıştır.

¹⁷¹ T.C. YARGITAY CEZA GENEL KURULU E. 2001/4-165 K. 2001/195 T. 2.10.2001: TCY.nın 191/son maddesinde düzenlenen sair tehdit suçunun aile bireylerine kötü muamele suçu içinde eriyeceğini kabul etmek mümkün ise de, diğer fıkralardaki tehdit eylemlerinin bu suç içinde eridiğini kabul etme olanağı bulunmamaktadır; aksi halde aileyi korumak amacıyla getirilmiş olan bir düzenlemenin, aynı fiillere daha az ceza verilmek suretiyle onları mağdur etme sonucunu doğuracağı, böyle bir düşünce tarzının ise, belirli suçların aile bireyleri tarafından işlenmesi halinde cezasının ağırlaştırılmasını öngören ve bununla da yetinmeyerek ailenin korunması hususunda yeni düzenlemeler getiren (

2.7.2. Teşebbüs

Türk Ceza Kanununda teşebbüs, icrasına doğrudan doğruya ve elverişli hareketlerle başlanan ancak elde olmayan nedenlerle kişinin işlemeyi kastettiği suçun tamamlanamamasıdır. Teşebbüsün özelliğinin sonucun gerçekleşmemesi olduğunu savunan yazarlar tamamlanmış suçtan sonucun çıkarılması halinde teşebbüsten bahsedileceğine ilişkin formüller üretmiş olsalar da sırf hareket suçlarında sonucun olmayacağı dolayısıyla bu formülün hatalı olacağı açıktır¹⁷².

Kötü muamele suçunun birinci fıkrasının da ikinci fıkrasının da teşebbüse elverişli olmadığını savunan, bu görüşünü de aslında kanun metninde yer almamasına rağmen suçun süreklilik arz etmesi gerektiği fikrine dayandıran yazarlar¹⁷³ olduğu gibi, hareketlerin bölünebilir olması halinde teşebbüsün mümkün olduğunu savunan yazarlar¹⁷⁴ da vardır. Hareketin bölünmesi halinde suça teşebbüs mümkün olabilecek ise de bölünen hareketlere başlanma anlamı taşıyan fiil de başlı başına kötü muamele olmamalıdır. Eğer ki neticesiz bir suç olan merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşmayan, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanma anlamına gelen hareketlerin hazırlık hareketi niteliğindeki davranışlar da merhamet, acıma ve şefkat duyguları ve terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi ile bağdaşmıyor ise teşebbüsten değil doğrudan suçun oluşmasından bahsedilecektir.

2.7.3. İştirak

Aynı konutta yaşayanların fail olabileceği bu suçun iştirak halinde işlenmesinin önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. Doktrinde bu suç tipi bakımından iştirakin özellik göstermeyeceğini savunanlar¹⁷⁵ olduğu gibi yalnızca azmettirme ve yardım etme şeklinde

örneğin, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun) yasa koyucunun amacıyla da bağdaşmayacağı açıktır. Bu itibarla Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir. Kurulun iki üyesi itirazda belirtilen gerekçelerle kabulü yönünde karşı oy kullanmışlardır.<http://www.hukuki.net/showthread.php?44210-Aile-ici-siddet-Yargitay-Karari:et:13.10.2018>

¹⁷² Toroslu/Toroslu, s. 294.

¹⁷³ Soyaslan, s. 586.

¹⁷⁴ Tezcan/ Erdem/ Önok s.916.

¹⁷⁵ Tezcan/Erdem/Önok s. 916

iştirakin mümkün olabileceğini savunanlar¹⁷⁶ da bulunmaktadır. Aynı konutta yaşayanların birbirine karşı kötü muameleleri iştirakin her türü ile kendini gösterebilir. Aynı konutta yaşayan üç kişiden birine diğer ikisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde kötü muameleleri birlikte faillik kurumuna örnek olarak gösterilebileceği gibi, birinin diğerine yardım etmesi şeklinde de meydana gelebilir.

2.8. Eleştirisi

2.8.1. Kanunun Başka Düzenlemeleri Bakımından

Fiilin kanunun başkaca maddelerine hayat vermesine rağmen bazı Yüksek Yargı Mahkemesi kararlarında kötü muamele suçundan hüküm verildiği görülmektedir. Kötü muamele suçunun cezasının ise diğer düzenlemelere oranla daha hafif olması nedeni ile verilen kararlar incelendiğinde düzenlemenin mağduru koruması noktasında yetersiz kaldığı görülmektedir. Bu eleştiriyi yansıtan Yargıtay'ın bazı kararları aşağıdadır.

“Aile bireylerine kötü davranma suçu; yaralama, tehdit, sövme gibi Yasanın başka maddelerinde açıkça düzenlenmiş suçlar dışında kalan, çıplak gezdirme, aç bırakma, sürekli alay etme, korkutma gibi merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eylemleri kapsamaktadır. Somut olayda, Tosya Asliye Hukuk Mahkemesince, eşine karşı korku ve şiddete yönelik davranışta bulunmamasına ilişkin tedbir kararı verilen sanığın, tedbir süresi dolmadan gerçekleşen tartışma sırasında, iki gün önce doğum yapan eşini kolundan tutup "defol git" diyerek evden dışarıya atma biçimindeki merhamet ve şefkatle bağdaşmayan eyleminin, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Yasanın 2/4 maddesindeki özel gerçek içtima hükmü uyarınca, hem 4320 sayılı yasa hükümlerine göre verilen koruma kararına aykırı davranma, hem de T.C.Y."nın 232/1 maddesine uyan kötü muamele suçlarını oluşturduğu gözetilerek her iki yasa ile ayrı ayrı mahkumiyet hükmü kurulması gerekirken eşe karşı kötü muamele suçundan sanığın beraatine

¹⁷⁶ Özbek, V. Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014.s.860

karar verilmesi, Yasaya aykırı ve O Yer Cumhuriyet Savcısının temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden,

HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesinden başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 23.2.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi¹⁷⁷.”

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 2009/1540Esas; 2011/2345Karar Sayılı Kararında eleştirilmesi gereken husus ise kanunda dosyaya konu fiilin cezasının başkaca bir suç normu ile düzenlenmiş ve yine kötü muamele suçu için öngörülen cezadan daha fazla ceza belirlenmiş olmasıdır. TCK'nun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma başlıklı 109. maddesinin “*Bir kimseyi hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir*” şeklinde düzenlenmesine ve suça öngörülen cezanın üst sınırının beş yıl olmasına rağmen yerel mahkeme beraat kararı vermiştir, Yargıtay ise hatalı bir madde tayin ederek, yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Yargıtay'ın aynı doğrultuda TCK m. 109'u görmezden gelerek verdiği birçok kararı bulunmaktadır¹⁷⁸.

2.8.2. Kanunilik İlkesi Bakımından

Birçok buluşun bir ihtiyaç sonucunda icat edilmesi gibi kanunilik ilkesi de bir takım ihtiyaçların sonunda ortaya konulmuştur. İlk yazılı kanunlar olarak bilinen Hammurabi kanunlarında yer alan “*Bunlar adaletin kanunlarıdır...güçlününzayıfa zulmedemeyeceği... takibata maruz kalen haksız kişi, bırakın benim statümün önünde gelsin ve...kendisine*

¹⁷⁷ T.C Yargıtay 4. Ceza Dairesi

2009/1540E. 2011/2345K.,<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 03.11.2018.

¹⁷⁸ T.C Yargıtay 4. Ceza Dairesi 2007/213 E., 2009/5127 K.“Ayrıca, incelenen olayda sanığın 03.01.2005 tarihinde açtığı boşanma davasından sonra katılanın başvurusu üzerine Aile Mahkemesince 4320 sayılı Kanun uyarınca 04.02.2005 tarihinde verilen, sanığın ortak konuta sarhoş halde gelmemesi ve şiddet kullanmaması yolundaki altı ay süreyle koruma kararı da, katılanın ortak konuttan yararlanma hakkının bulunduğunu göstermektedir. Açıklanan yasal gerekler karşısında, sanığın suç tarihinde aile konutunun anahtarını değiştirerek eşini eve almama biçimindeki gerçekleşen ve merhamet ve şefkatle bağdaşmaz nitelikteki eyleminin, TCY'nin 232/1. maddesinde öngörülen aile bireylerine kötü davranma suçunu oluşturacağı gözetilmeden ve eşlerin müşterek konuttan yararlanmasını farklı şekilde düzenleyici nitelikte karar verildiğine ilişkin bir kanıt da gösterilmeden, yetersiz gerekçe ile beraat hükmü kurulması, (HÜKMÜN BO-ZULMASINA), yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 18.03.2009 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”,<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 03.11.2018.

*haklarını açıklayın, bırakın kendisine hangi kanunların uygulanacağını görsün*¹⁷⁹ ” ifadelerinde kanunilik ilkesinin ilk izlerine rastlandığını söylemek mümkündür. Ancak Hammurabi Kanunlarında belirtilen, toplumda yaşayan bireylere kanunları açıklamak, kendilerine hangi kanunların uygulanacağını bildirmek öylesine görmezden gelinmiştir ki keyfi uygulamalar ile asırlar boyu birçok haksız uygulamaların örnekleri tarih sahnesindeki yerini almıştır. 1215 tarihine gelindiğinde İngiliz kralının adeta Hammurabi gibi mutlak yetkilerini kısıtlandığı Magna Carta Libertatum (Büyük Özgürlük Fermanı) m.39 ile anlaşılmaktadır. Bu maddeye göre “..ülkenin bu konuda bir yasası olmadıkça, hiçbir özgür kişi yakalanmayacak, zindana atılmayacak, mal ve mülkü elinden alınmayacak, sürgüne yollanmayacak ya da herhangi bir biçimde kötü muameleye maruz bırakılmayacaktır”¹⁸⁰ . Ancak Magna Carta’da yer alan düşünceler 13. Yüzyıl Avrupa’sının tamamı için geçerli olamamış, 13. yüzyıl Avrupa’sında karanlık çağ yaşanmış, kilise sorgulamayı adeta yasaklamıştır.

Skolastik dönem adı verilen dönemde güçlü olan kilisenin otoritesi, Martin Luther’in Almanya’da başlattığı ve Avrupa’ya yayılan Reform hareketleri ve ardından yaşanan Rönesans ile ancak azalmaya başlamıştır¹⁸¹ . 18. Yüzyıla gelindiğinde Avrupa’da aydınlanma yaşanırken, Amerika’da, “Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi (4 Temmuz 1776)” yayınlanmış, kolonilerin bağımsızlıklarını kazandığı Paris Anlaşması imzalanmış ve “Amerika Birleşik Devletleri (ABD)” kurulmuştur¹⁸² . Aydınlanma dönemi düşünürlerinin fikirlerinin yaygınlaşması, Amerika’da yayınlanan bağımsızlık bildirgesi ve milliyetçilik akımının etkisi ile Fransa’da halk ihtilal yapmıştır. Fransız İhtilal’i sonucunda ortaya çıkan kavramlardan biri de laiklik kavramı olup, hukukun kaynağının ve kanunilik ilkesinin sınırlarını belirlemede büyük önem arz etmiştir¹⁸³ . Laiklik, kanunun temelindeki iradenin beşeri irade olmasını ifade eder. Bu yönüyle kanunun kaynağı artık ilahi irade olmaktan çıkmıştır. Egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu toplumlarda, milletin iradesi ile yapılan kanunlar esastır. İlahi iradenin ve ilahi kaynakların kanunlara esas alınması mümkün

¹⁷⁹ Gültaş, Veysel: Geçmişten Günümüze İnsan Hakları, Ankara 2004, s.31.

¹⁸⁰ Gültaş, s. 35.

¹⁸¹ Aygün Eşitli, s. 227.

¹⁸² Aygün Eşitli, s. 227.

¹⁸³ Aygün Eşitli, s. 227.

değildir¹⁸⁴. Yani iktidarın dinde değil, ulusta olduğu, siyasal iktidarların gerçek kaynağının ise gökler değil halk olduğu laikliğin anlamını ortaya koymaktadır¹⁸⁵.

Kanunilik ilkesini, Avrupa’da ilk kez Montesquieu kuvvetler ayrılığı ilkesi ile birlikte ortaya koymuştur. Montesquieu’ya göre, iktidarın gücü sınırlandırılmaksızın bireysel özgürlüklerin korunabilmesi mümkün değildir. Bu nedenle iktidarın gücü sınırlandırılmalıdır. Bu sınır için en uygun araç kanundur. Daha sonra kanunilik ilkesi, Avrupa’da birçok düşünür tarafından geliştirilmiştir. Bunlardan bazıları Beccaria, Voltaire ve Anselmo Feuerbach’dır. Aydınlanma düşüncesi ve bu dönem ortaya koyulan laiklik anlayışı “Kanunilik İlkesi” ne hayat vermiştir¹⁸⁶. Nitekim kuvvetlerin ayrılığı, laiklik ve kanunilik ilkeleri bir bütündür. Suçlara ilişkin cezaların ancak yasalarla belirlenmesi, bu yasaların kaynağının, bütün toplumu temsil eden yasa koyucu olması ve yargıçların bu yasalarla bağlı olması şart olup, yargıcın bir kimse için yasaların öngördüğü sınırı aşan bir cezaya hükmetmesinin, yargıcı yasa koyucu haline getireceği ortaya konmuştur¹⁸⁷. Suçların ve cezaların kanuniliği ilkesi anlamına gelen kanunilik ilkesi sayesinde cezalandırılacak davranışlar ile serbest olan davranışların sınırı çizilmektedir. Bu sınır ile bir kişi cezalandırılacak davranışta bulunduğu kusurlu olmaktadır¹⁸⁸. Kanunilik ilkesinin ceza hukukunda benimsenmesi epey zaman almış, iktidarın keyfi davranmasının önüne geçilmesi zorlu bir süreçte gelişmiş ve ortaya konmuştur.

II. Dünya Savaşı’ndan sonra 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nin 11. maddesinde yer alan¹⁸⁹ kanunilik ilkesine göre, masumiyet karinesi benimsenmiştir. Masumiyet karinesine göre suç isnadı yapılan kimseye kendisini savunması için ihtiyaç duyduğu tüm koşulların sağlandığı bir yargılama sonucu suçlu olduğu tespit edilinceye kadar bu kimsenin suçsuz kabul edileceği kabul edilmiştir. Ayrıca ikinci fıkra aynen; “*Hiç kimse işlendiği sırada ulusal ya da uluslararası hukuka göre bir suç oluşturmayan herhangi bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu sayılamaz. Kimseye suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*” şeklindedir. 4

¹⁸⁴ Hafizoğulları, Zeki: Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>. E.T:03.05.2018

¹⁸⁵ Özden, Yekta Güngör, İnsan Hakları Laiklik Demokrasi Yolunda, 2. Baskı, Ankara 1996, s.41.

¹⁸⁶ Aygün Eşitli, s.228.

¹⁸⁷ Beccaria, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. S. Selçuk, 6. Baskı, Ankara 2016, s.31-32.

¹⁸⁸ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 1, 11. Bası, İstanbul 1994, s.30-32.

¹⁸⁹ Aygün Eşitli, s. 231.

Kasım 1950 tarihli İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 7. Maddesi ile kanunilik ilkesi temel bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ise 7. Maddesi ile kimseye işlendiği zaman ulusal ve uluslararası düzenlemeler doğrultusunda suç olarak düzenlenmeyen bir fiil nedeniyle ceza verilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Yine suç işlediği tespit edilen bir kimseye uygulanacak cezanın işlendiği sırada öngörülen cezadan daha ağır bir ceza olamayacağı güvencesi 7. madde ile verilmiştir¹⁹⁰. AİHS'deki anlamı ile bu ilke, yalnızca “kanun”un suçun unsurlarını belirleyebileceği ve bunun karşısında ceza öngörebileceği anlamına gelmektedir. Suç ve cezaların hangi tür tasarrufla düzenleneceği ise bir iç hukuk sorunudur¹⁹¹. Maddenin konu ve amacı gereğinden olarak bu hükmü keyfi soruşturma, mahkumiyet ve müeyyidelere karşı gerçek bir koruma sağlayacak şekilde yorumlamak ve uygulamak gerekir¹⁹². Madde suç ve cezaların yasallığı ilkesini getirmektedir. Başka bir deyişle, ceza mahkûmiyeti suç teşkil eden fiilin işlendiği sırada yürürlükte olan kanuna dayanacak (nullumcrimen sine lege¹⁹³) ve fail suç teşkil eden fiil nedeniyle, işlendiği anda öngörülmüş olan cezadan daha ağır bir ceza ile cezalandırılmayacaktır (nullapoena sine lege¹⁹⁴). Kanunilik ilkesinin açıkça ülkemiz kanunlarında yer bulması, kanunların Anayasaya uygunluğunun denetim mekanizması olan Anayasa Mahkemelerinin kurulmasına kadar sürmüştür.

Suç ve cezaların kanuniliği ve laiklik ilkelerinin“Kurtuluş Savaşının meyvesi ve Atatürk'ün en büyük eseri olan”¹⁹⁵ Türkiye Cumhuriyeti Devleti anayasalarının tamamının 2. maddesinde izine rastlanmakla birlikte açıkça düzenlenmesi Anayasa Mahkemelerinin kurulmasını da düzenleyen 1961 Anayasası ile olmuştur.

Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti, insan haklarına dayanmakta olup bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren devlettir. Yine hukuk devletinin eylem ve

¹⁹⁰ https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, E.T:09.07.2018

¹⁹¹ Gölcüklü, Feyyaz/Gözübüyük, Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 1. Basım, Ankara,1994, s. 325.

¹⁹² Gölcüklü/Gözübüyük s. 324.

¹⁹³ Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2007, s. 112.

¹⁹⁴ Demirbaş, T, s. 112.

¹⁹⁵ Hafizoğulları, Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, s. 1.

işlemleri hukuka uygun olur ve daima adaletli bir hukuk düzenini sağlayarak bunu geliştirir. Anayasa'ya aykırı işlemlerden hukuk devletinin kaçınması esastır. Hukuk devletinde hukuk tüm devlet organlarına egemen olup, devlet kendini de Anayasa ve yasalarla bağlamıştır. Hukuk devletinin işlemleri her daim yargı denetimine açıktır¹⁹⁶. Hukuk devletinin bu özelliklerini sağlamak ve korumak keyfiyetten uzaklaşmayı, kanunla bağlı olmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla kanunun sınırının belirlenmesi ilkesi, ceza hukukunda suçta ve cezada kanunilik ilkesi olarak kendisini göstermektedir¹⁹⁷. Kanunilik ilkesi, bireyin fiilinin hangi normu hangi yönüyle ihlal ettiğinin açıkça tespit edilmesi ve failin ona göre cezalandırılması yönüyle yargı organını, hangi fiilin cezalandırılacağına ise yalnızca yasa koyucu tarafından belirlenmesi yönüyle de yasama organını bağlamaktadır¹⁹⁸. Dolayısıyla kanunilik ilkesi hak ve özgürlüklerinin bir garantisi olarak görülmelidir¹⁹⁹.

Türk Medeni Kanunu, 1. maddesinde, Türk Hukuku'nun şekli kaynakları kanun, örf ve adet, hâkimin yarattığı hukuk olarak sıralanması karşısında, Türk Ceza Kanunu'nun suçta ve cezada kanunilik ilkesi başlıklı 2. Maddesinin il fıkrası: *“Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.”* şeklinde olup ikinci fıkrası ise: *“İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.”* şeklindedir. Maddenin son fıkrası ise *“Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz.”* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca cezanın belirlenmesi başlıklı 61. Maddenin 10. Fıkrasında *“Kanunda açıkça yazılmış olmadıkça cezalar ne artırılabilir, ne eksiltilebilir, ne de değiştirilebilir.”* şeklindeki düzenlemesi ile Türk Ceza Hukukunun şekli kaynağının sadece ve sadece kanun olduğunu defaatle belirtmiştir. Ceza Kanun'unda hukukun kaynağının Medeni Kanun'dan farklı olarak yalnızca kanun olarak gösterilmesinin sebebi kamunun egemen gücüne karşı bireyin, korunması, keyfi uygulamalara maruz bırakılmasının önüne geçilmek istenmesidir. Medeni Kanun'un uygulanacağı özel hukuk

¹⁹⁶ http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-161pdf Esas Sayısı : 2017/137 Karar Sayısı : 2017/161

¹⁹⁷ Sade, Ümit: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi <http://acikerisim.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/554/UmitSadeYLtez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, E.T:13.06.2018

¹⁹⁸ Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008, s. 39.

¹⁹⁹ Bakıcı, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Basım, Ankara 2008, s. 25.

olaylarında ihtilafın her iki tarafı da eşit konumda olup, taraflardan birinin üzerinde kamu baskısının olması söz konusu değildir. Medeni Kanun ile Ceza Kanununun arasındaki fark kendini bu noktada gösterir.

Doktrinde öze ilişkin (maddi) kanunilik ilkesi ve biçimsel kanunilik ilkesi gibi ikili bir ayırmadan bahsedilse ve kıstas olarak fiilin suç olarak sayılıp sayılmamasından ziyade tehlikeli olup olmadığı değerlendirilmesine gidilse de böyle bir ayırım ve fiilin tehlikeliliğinin değerlendirildiği maddi kanunilik nitelendirmesi kanunilik ilkesi ile bağdaşmamaktadır²⁰⁰.

Kanunilik ilkesinin unsurlarını; “belirlilik ilkesi”, “kıyas yasağı ilkesi”, “lehte kanun ilkesi”, “ülkesellik (mülklik) ilkesi” ve “şahsilik ilkesi” olarak sıralamak mümkündür²⁰¹. Bu unsurlar hem kanun koyucuyu hem de yargıcı bağlamaktadır. Belirlilik ilkesi doğrudan kanun koyucuyu, kıyas yasağı ilkesi doğrudan hakimi bağlayan unsurlar olmakla birlikte, lehte kanun ilkesi, ülkesellik ilkesi ve şahsilik ilkesi hem hakimi hem de kanun koyucuyu bağlayan ilke ve unsurlardır. Kanunilik ilkesinin unsurlarından belirlilik ilkesinin doğrudan yasa koyucuyu bağlaması ve ceza kanunundaki suçların düzenleniş şeklini anlatması bakımından önemi büyüktür. Suçların ve cezaların belirli olması, suçun unsurlarının açıkça düzenlenmesi belirlilik ilkesini açıklamaktadır.

“Somut olayda; sanığın eşi olan mağdur ile birlikte yaşadığı eve kuma getirmesi ve resmi nikahlı eşi olan mağduru eve gelen kuma ile birlikte yaşamaya zorlaması, şeklinde tarif edilen eylemin in bir bütün halinde sevgi ve merhamet duyguları ile bağdaşmayan, mağdura ruhen zarar veren, mağdurda duygusal bozukluğa yol açacak boyuta ulaşan kötü muamele niteliğinde olduğu ve dolayısıyla sanığın üzerine atılı kötü muamele suçunun (5237/m.232) oluştuğu gözetilmeksizin, kanuni ve yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi, nedeniyle O Yer Cumhuriyet savcısının temyiz nedenleri yerinde görüldüğünden

²⁰⁰ Toroslu/ Toroslu, s.41-43.

²⁰¹ Aygün Eşitli, s. 234.

tebliğnameye uygun olarak HÜKMÜN BOZULMASINA, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 13.11.2017 tarihinde oy birliğiyle karar verildi²⁰².”

Yargıtay 18. Ceza Dairesi'nin 2015/43157Esas; 2017/12810Karar Sayılı kararı ise kanunilik ilkesi açısından en çok eleştirilmesi gereken kararlarından biridir. Bu karar ancak duygusal şiddeti, şiddet olarak görmeyen, mağdurda duygusal bozukluğa sebep olan bir davranışı kasten yaralama kapsamında değerlendirmeyen bir zihniyetin ürünü olabilir. Kararda sanığın fiilinin, bir yandan açıkça mağdurda duygusal bozukluğa sebep olduğu belirtilmiştir. Öte yandan mağdurun duygusal, ruhsal bozukluğu bir zarar olarak nitelendirilmemiştir. Bu halde fail açıkça, mağdurun sağlığının bozulmasına neden olmuş, eşe karşı kasten yaralama suçunu işlemiştir. Kadın haklarının önemsendiği bir toplumda yaralama suçu varken faili kötü muamele suçunun öngördüğü ceza ile cezalandırmak aslında faile ödüdür. Failin açısından bir inceleme yapacak olursak, yasa koyucunun düzenlemesi gereken bir duruma yargı erkinin müdahale ettiği söylenebilir. Çünkü üzülenek belirtiriz ki toplumumuzun birçok kesiminde gözlemlenen “kuma” meselesi, bazı kimseler tarafından kanıksanmıştır. Oysa asıl problem bu hususun ayrıca suç olarak düzenlenmemiş olmasıdır. Kuma kurumunun açıkça suç olarak düzenlenmemiş olması karşısında bu kurumun kötü muamele suçuna hayat verebilmesi için yargıcın her olayda mağdurda duygusal bir bozukluğun oluşup oluşmadığını tespit etmesi gerekecektir. Mağdurda duygusal bir bozukluk olması halinde de, bu bozukluğun “kuma” meselesinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı araştırılmalıdır. Yine bu duruma rıza gösteren ile kültüründe merhamete aykırı görülmeleyen örneklerde nasıl hüküm kurulacağı da sorundur. Bu nedenle kanunilik ilkesi gereği tek çözüm önerisi “kuma” kültürünü yaşatanların cezalandırılacağını öngören ceza normlarının TCK'da yerini almasıdır. Böylece kadın ile erkek arasındaki eşitsizliğin önemli örneklerinden olan kumalık meselesi cezasız kalmamış olur. Ancak suça öngörülen

²⁰² T.C. Yargıtay 18. Ceza Dairesi 2015/43157 E.; 2017/12810 K.,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 03.11.2018.

cezanın, kötü muamele suçunun cezası kadar hafif olmaması ile cinsiyetler arası ayrımcılığın önlenmesinde de daha etkili bir çözümün ancak gündeme gelebileceği açıktır.

BÖLÜM III

DİSİPLİN YETKİSİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI SUÇU

3.1. Tarihsel Gelişim

İkinci fıkraya ilişkin olarak gerekçede yine basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek etkiler aranmış, aksi takdirde kasten yaralama suçundan cezaya hükmedileceği belirtilmiştir. Ayrıca gerekçede; “*Keza, hakaret oluşturan fiiller, bu disiplin yetkisi kapsamına girmedikleri gibi, kötü muamele suçu olarak değil, hakaret suçundan dolayı cezalandırılmayı gerektirir.*” demek suretiyle hakaret oluşturan fiillerin hakaret suçundan dolayı cezalandırılacağı belirtilmiş ancak basit yaralama oluşturan fiiller için aynı durum öngörülmemiştir. Son olarak her ne kadar gerekçede “*Disiplin yetkisinin sınırı ise maddede gösterilmiştir.*” denmişse de madde metninden somut bir sınır anlaşılmamaktadır.

3.2. Fail

Disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunun faili disiplin yetkisini haiz olan kimsedir. İdare etmek, büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek, bir meslek veya sanat öğretmek yetkilerine sahip olan kişi veya kişiler bu suçun faili olabilirler.

3.3. Mağdur

Kötü muamele suçunun ikinci fıkrasına göre ise mağdur; terbiye hakkından doğan disiplin yetkisine sahip olana karşı idare edilen, büyütilen, okutulan, bakılan, muhafaza edilen, bir meslek veya sanat öğretilen kimsedir. Aile birliğindeki evlatlar ve evlat edinilenler mağdur olabilecekleri gibi idare altında bulunan işçiler, hizmetçiler, yatılı okuyan küçükler, bakım evinde tedavi gören hastalar, akıl hastaları, yaşlılar ve meslek öğrenmek

üzere bir kimsenin yanına bırakılan çıraklar da bu maddenin sağladığı korumadan mağdur olarak faydalanırlar²⁰³.

Kötü muamele suçunun ikinci fıkrasının kimlere karşı işlenebileceği açıkça belirtilmiş olmakla, terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kimler arasında söz konusu olabileceği ve bu yetkinin sınırları da belirlenmelidir. Eşler açısından bir değerlendirme yapıldığında, Anayasamızın 41. Maddesinde eşler arasında eşitliğe dayanan bir aile modelinin benimsendiği açıktır. Bu nedenle eşlerden birinin diğeri üzerinde terbiye hakkı bulunmadığına da şüphe yoktur.

Eski Medeni Kanununun 267. Maddesinde tedip hakkına, “ana, baba çocuklarını tedip hakkına sahiptir” şeklinde yer verilmiştir. Yeni Medeni Kanunun ise 339. Maddesinde çocuğun söz dinleme yükümlülüğüne yer verilmiş olup bu hakkın kötüye kullanılması ise kötü muamele suçu olarak düzenlenmiştir. Bir kimsenin, idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişiler üzerinde, yükümlülüğünü yerine getirebilmek için bazı haklara da sahip olması gerekmektedir. Her ne kadar kötü muamele suçu, aile düzenine karşı işlenen suçlar başlığı altında düzenlenmiş olsa da ikinci fıkrada bahsedilen terbiye hakkından doğan disiplin yetkisi ile yalnızca aile kastedilmemiş, aralarında tabiyetilişkisi bulunan tüm kişiler kastedilmiştir. Anne, baba ile çocuklar arasında tabiyet ilişkisinin olduğuna şüphe bulunmamakla birlikte, disiplin yetkisinin kapsamı daima somut olaylarda geniş yorumlanması halinde daha ağır ceza öngören eziyet suçu kapsamında değerlendirilebilecek fiiller kötü muamele suçu kapsamında değerlendirilecektir. Bu durumda mağduru korumaktansa zararlı fiili gerçekleştiren fail lehine bir durum oluşturacaktır. Disiplin yetkisinin kapsamının dar yorumlanması halinde ise failin disiplin yetkisi kapsamında gördüğü fiiller dahi suç olarak değerlendirilecektir. Kanun koyucunun çerçevesini çizmediği hak ve yetkiler söz konusuysen yargı mercinin tutarlı ve eşitlikçi kararlar vermesi de beklenemez.

²⁰³ Dönmezler, s. 210.

3.4. Maddi unsur

3.4.1. Fil

Kötü muamele suçunun ikinci fıkrasına göre ise suça hayat veren fiilin "...terbiye hakkından doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması" şeklinde nitelendirilebilecek hareketle ortaya konması gerekmektedir. İlk fıkrada olduğu gibi ikinci fıkrada da belli bir hareket öngörülmemiş olup serbest hareketli bir suç tipi tanımlanmıştır. Bahsedilen hak ve yetkinin kötüye kullanılması yapma veya yapmama şeklinde olabileceğinden hem icra hareketi ile hem de ihmali bir hareketle işlenebilecektir. Yine yetkinin kötüye kullanılması ani suç olup, süreklilik de arz edebilir. Ancak süreklilik şart değildir. Burada dikkat edilmesi gereken "kötüye kullanma" haline vücut veren hareketin başka bir suça hayat vermemesidir²⁰⁴.

"Olay tarihinde 16 yaşında olan ve birden fazla kez evden kaçan mağdura yönelik babası olan sanığın bir kez tokat atması şeklinde gerçekleşen eylemde, babanın mağdura yönelik tedip hakkını kullandığına dair kabulde bir isabetsizlik görülmediğinden, tebliğnamedeki bozma görüşüne iştirak olunmamıştır.

Yapılan yargılamaya, toplanan ve karar yerinde açıklanan delillere, mahkemenin kovuşturma sonucunda oluşan inanç ve takdirine, gösterilen gerekçeye ve uygulamaya göre o yer Cumhuriyet savcısının temyiz itirazının reddiyle hükmün isteme aykırı ONANMASINA, 22.09.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi²⁰⁵."

Yargıtay 3. Ceza Dairesi'nin 2014/6680Esas; 2014/30559Karar Sayılı kararında olduğu gibi çağın çok gerisinde kalan, hala tokat ile çocukların terbiye edilebileceğine inanan ve çocuk haklarını görmezden gelen yargıçların aksine aşağıdaki şekilde karar veren

²⁰⁴ Tezcan/Erdem/ Önok, s. 582.

²⁰⁵ T.C. Yargıtay 3. Ceza Dairesi 2014/6680E.; 2014/30559K.,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 03.11.2018.

yargıçların da olması umut vericidir fakat yeterli değildir. Kaldı ki 2014 senesinde verilen bir kararın 2006 senesinde verilen bir karara kıyasla çağın gerisinde kalmış bir izlenim vermesi de oldukça düşündürücüdür.

3.5. Manevi Unsur

Disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçunun manevi unsuru kasttır. Fail, mağdurla arasında disiplin ilişkisinin bulunduğunu, bu disiplin ilişkisinin terbiye hakkında doğduğunu, fiile hayat verirken terbiye hakkında doğan disiplin yetkisini kullandığını ve hareketinin disiplin yetkisinin sınırlarını aştığını bilmeli ve istemelidir²⁰⁶.

3.6. Hukuka Aykırılık

Hukuka uygunluk nedenlerinden bir önceki bölümde bahsedilmiş olması sebebiyle bu bölümde tekrara düşmemek için yalnızca verilebilen örneklere göre disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu bakımından da hukuka uygunluk nedenlerinin bulunup bulunamayacağı değerlendirilecektir.

3.6.1. Kanunun veya Yetkili Mercinin Emrinin Yerine Getirilmesi

Kötü muamele suçunu düzenleyen 232.maddenin ikinci fıkrası kapsamında bir değerlendirme yapıldığında ise bir öğrencinin eğitim hakkını kısıtlayacak şekilde öğrenciyi sınıfa almayan, derslere girmesine engel olan öğretmenin terbiye hakkında doğan disiplin yetkisinin kötüye kullandığı, dolayısıyla TCK m.232/2 kapsamında cezalandırılması talep edilebilir. Ancak Millî Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'ni uygulayarak bağımlılık yapan zararlı maddelerin ticaretini yapan öğrenci hakkında disiplin kurulunca örgün eğitim dışına çıkarma cezası verilen öğrencinin sınıfa girmesini engelleyen

²⁰⁶ Çavuş, Nihal, Türk Ceza Kanununda Kötü Muamele Suçları, İstanbul 2015, s.125,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>: (E.T: 18.09.2019)

öğretmen, TCK m.232/2 kapsamında yetkili merciin emrini yerine getirmesi nedeniyle cezalandırılmayacaktır.

3.6.2. Zorunluluk Hali

Muhafaza edilmesi için bakım evine yatırılan akıl zayıflığı olan yatalak bir yaşlının bir yere gitmesi zaten mümkün olmadığından kişiyi hürriyetinden yoksun kılmak mümkün değildir. Fakat böyle bir hastanın ses yapmaması için ellerinin bağlanması terbiye hakkında doğan disiplin hakkının kötüye kullanılmasıdır. Nitekim maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi zaten yatağa bağımlı bir hastanın tek hareket kabiliyetine sahip uzvu olan ellerinin de bağlanması ruhsal sağlığına zarar verecektir. Ancak aynı kişinin midesine bağı bir kordon (peg) yardımı ile beslendiği düşünülüğünde bu kordonu çekip koparmaması yahut bakımını sağlayan kişilere saldırmaması için elleri bağlandığında meşru savunma kurumu gündeme gelebilecektir.

3.6.3. Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

Bir meslek ya da sanat öğrenmek isteyen kimsenin, öğreneceği konuyu daha iyi öğrenebilmek için günlerce uykusuz kalarak çalışmaya rıza göstermesi, meslek öğrendiği kimseden kendisine sürekli olarak iş vermesini istemesi her ne kadar iş sahibine fayda sağlasa ve çalışma saatlerine aykırı olarak çalıştırmak olsa da hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılabilecektir.

3.7. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Suçun Özel Görünüş şekillerdi bakımından kötü muamele suçu açısından yapılan tüm açıklamalar disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu için de geçerlidir.

3.8. Eleştirisi

Kötü muamele suçunun yaptırımı olarak öngörülen ceza, 232. maddenin ilk fıkrasında iki aydan bir yıla kadar hapis cezası olarak düzenlenmiştir. Terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullananlar için ise ikinci fıkrada bir yıla kadar hapis cezası düzenlenmiştir. Ancak ikinci fıkra için cezanın alt sınırı öngörülmemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 49. Maddesinde “*Sürelî hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.*” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ikinci fıkrada bahsedilen fiili işlediği sabit bulunan faile bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilecektir. Kötü muamele suçunun her iki fıkrada öngörülen cezası kısa süreli hapis cezasıdır. TCK 50. Maddesine göre kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Seçenek yaptırımları adli para cezası; mağdurun veya kamunun uğradığı zararın aynen iadesi, suçtan önceki hale getirilmesi veya tazmin suretiyle, tamamen giderilmesi; en az iki yıl süreyle bir meslek veya sanat edinmeyi sağlamak amacıyla, gerektiğinde barınma imkanı da bulunan bir eğitim kurumuna devam etmesi; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, belirli yerlere gitmekten veya belirli etkinlikleri yapmaktan yasaklanması; sağladığı hak ve yetkiler kötüye kullanılmak suretiyle veya gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılarak suç işlenmiş olması durumunda; mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle, ilgili ehliyet ve ruhsat belgelerinin geri alınmasına, belli bir meslek ve sanatı yapmaktan yasaklanması ve mahkûm olunan cezanın yarısından bir katına kadar süreyle ve gönüllü olmak koşuluyla kamuya yararlı bir işte çalıştırılması seçenek yaptırımlar olarak düzenlenmiştir.

Suçun düzenlendiği madde metninde cezayı arttıran veya azaltan özel nedenler düzenlenmemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun 86. maddesinde kasten yaralama suçu düzenlenmiştir. Kasten yaralama fiilinin faili için bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür. Yaralama fiilinin mağdur üzerindeki etkisinin basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde hafif olması halinde ise dört aydan bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası düzenlenmiştir. Hükümün üçüncü fıkrasında ise kasten yaralama suçunun üstsoya, altsoya, eşe veya kardeşe karşı işlenmesi halinde cezanın yarı oranında arttırılacağı belirlenmiştir. Bu durumda ceza sekiz aydan iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası halini almaktadır. Bu haliyle bir değerlendirme yapıldığında kötü muamele suçunun

gerekçesi ile kasten yaralama suçunun cezasını arttıran nedenler arasında bir çelişki doğmaktadır. Kötü muamele suçunun gerekçesinde “... bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir” denerek basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek muameleleri daha ağır cezayı gerektiren yaralama suçu kapsamında çıkararak daha hafif cezayı gerektiren kötü muamele suçu kapsamına sokmuştur. Bu yönüyle de aynı konutta yaşayan kimseler tarafından mağdur edilenler bakımından olumsuz bir sonuç ortaya çıkmıştır. Bir yandan yaralama suçu kapsamında aile bireylerinin mağdur olması cezayı arttıran neden olmuşken bir yandan da basit tıbbi müdahale ile etkisi giderilebilecek fiiller bakımından kötü muamele suçu, kasten yaralama suçunun cezası azaltan bir nedeni olmuştur. Bu yönüyle kasten yaralama ve kötü muamele suçlarının düzenlenişi ceza kanununda bir tezat oluşturmuştur.

Kötü muamele suçu bakımından getirilen eleştiriler disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suçu için de geçerlidir. Şiddetin mağdurda yarattığı etki adli tıp raporları ile sabit hale getirilmeli ve şiddet içeren eylemin yaralama suçunun unsurlarına hayat vermesi halinde içtima kurumu doğrultusunda fail yaralama suçu kapsamında cezalandırılmalıdır. Yargıtay’ın bu eleştiriye sebep veren kararlarından biri;

“Oluşa ve tüm dosya kapsamına göre; Sincan Yetiştirme Yurdu müdürü olan sanığın, suç tarihinde, yurttan kalan katılana süreklilik arz etmeyen ve belli bir süreç içerisinde gerçekleşmeyen bir kez sigara yedirmesi şeklindeki eyleminin TCK. nun 232/2 madde ve fıkrasında düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturduğu ve bu suçtan mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği²⁰⁷”

şeklindedir.

Yargıtay 8. Ceza Dairesi’nin 2018/6101Esas; 2018/7443Karar Sayılı kararına göre çocuğa sigara yedirmek terbiye hakkında doğan disiplin yetkisinin kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiştir. Oysa bir çocuğa sigara yedirmek, açıkça çocuğa yönelen bir

²⁰⁷ T.C Yargıtay 8.Ceza Dairesi 2018/6101 E.;2018/7443 K.,
<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> E.T: 03.11.2018.

şiddet eylemidir. Hem fiziksel hem de psikolojik şiddete örnek olarak gösterilebilecek bu fiil TCK m.86/3-b ile TCK m.96/2-a kapsamında tartışılmadığıdır. Nitekim kasten yaralama ihtimalinde tayin edilecek cezanın üst sınırı iki yıl, eziyet suçu kapsamında değerlendirilecek ise belirlenecek cezanın üst sınırı sekiz yıl olacaktır. Yargıtay'ın bu kararında failin manevi dünyasında kastının mağduru terbiye etmek olarak değerlendirdiği görülmektedir. Oysa failin terbiye hakkı kapsamında çocuğu disiplin etmek için kullanabileceği yöntemlerden “kötüye kullanma” şeklinde yorumlanabilecek fiillerin hiç biri çocuğa acı çektirmek olamaz. Aksi bir düşüncenin çocuk haklarına aykırılık teşkil edeceği açıktır. Çocuğun beden bütünlüğüne ve psikolojisine yönelen böylesine bir davranışın, üst sınırı en hafif olan kötü muamele suçu kapsamında ele alınması çocuk hakları ile bağdaşmayacağı gibi taraf olduğumuz Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne de aykırıdır. Öte yandan fiilin süreklilik arz edip etmemesine dayalı bir gerekçe de anlamsız olup, Yargıtay'ın başkaca kararları ile de çelişki oluşturmaktadır. Yargıtay'ın daha önce değindiğimiz bir başka kararında kardeşinin saçını kesmek şeklinde gerçekleştirilen fiilin süreklilik arz etmemesi sebebiyle kötü muamele suçunu oluşturmayacağı belirtilmiştir. Yine bu fiilin kötü muamele yerine kasten yaralama suçuna hayat vereceği belirtilmiştir. Kaldı ki kanun maddelerinde ne yaralama suçu açısından ne eziyet suçu bakımından ne de kötü muamele suçu bakımından açıkça “süreklilik arz etme “ durumu suçun unsuru olarak belirlenmemiştir. Kanunilik ilkesine aykırı bu çelişkili yorumların ne mağdur ne de fail açısından kabul görmesi beklenemez.

Görüldüğü üzere düzenlemenin en basit tanımı ile kanunsuz suç ve cezanın olamayacağını açıklayan kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı açıktır. Öte yandan düzenlemenin gerekçesinde bahsedilen kötü muamelenin *merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte* olması gerektiği belirtilmiş ise de bahsedilen hissiyatların ölçütünün ne olduğu belirlenmiş değildir. Dolayısıyla hem doktrinde hem de uygulamada birçok tartışma ve çelişki doğmuştur. Bu nedenle hem madde metnindeki kavramları hem de kanun sistematığı içerisinde aile düzenine karşı işlenen suçlardan olması sebebi ile aile kavramını incelemek, suçun unsurlarını en azından tanımlamak gerekmektedir.

SONUÇ

Tez konumuzun incelenmesi neticesinde, kötü muamele suçunun düzenlendiği kanun maddesi kaleme alınırken, görüldüğü üzere kötü muamele anlamına gelen fiillerin özelliklerinin açıkça madde metninde belirtilmemiş olması ulaşılan ilk sonuçtur. Bu fiillerin özellikleri belirtilmediği gibi somutlaştırmaya yönelik bir çaba da gösterilmemiştir. “Kötü muamele” niteliğindeki fiillerin kanun ile cezalandırılması öngörülmüşse de maddede kötü muamelelerin neler olduğu kesinlikle belirtilmemiş, çerçevesi çizilmemiştir. Ancak yasa koyucu da bu durumu fark etmiş olmalı ki, bahsettiğimiz belirsizlikleri kanunun gerekçesi ile gidermeye çalışmıştır. Bu durum uygulamaya bakıldığında da işin içinden çıkılmaz bir hal almıştır.

Kötü muamele, merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak ayrıca kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmeyecek davranışlar olarak tanımlanmıştır. Şiddet içeren fiillerin hiçbirinin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacağı açıktır. Merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikteki muamelelerin neler olduğunu belirlemek son derece önemlidir. Çünkü kanunun “*Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz. Kötü muamelenin merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte bulunması gereklidir.*” şeklindeki gerekçesini tersinden okuduğumuzda merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşacak kötü muamelelerin olabileceği ancak bu muamelelerin suçu oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Bu husus, bir yandan kanunun gerekçesi yazılırken üzerine fazla düşünülmemiş izlenimi vermekte bir yandan da bazı kötü muamelelerin cezalandırılmak istenmediğini akla getirmektedir. Kötü muamelenin şiddetten farklı bir anlama büründürülmesi yahut yumuşatılması mümkün değildir. Kötü muameleler her haliyle şiddetin bir türüdür. Bu aşamada da şiddetin tanımının yapılması gerekmektedir. Çünkü şiddet içeren bir davranışın merhamet, acıma ve şefkat ile bağdaşması mümkün değildir.

Kanunun gerekçesinde kötü muamele olarak değerlendirilecek olan fiillerin acıma, şefkat ve merhametle bağdaşmayacak türden olması gerektiği açıklanmıştır. Ancak bu da yeterli değildir. Çünkü acıma, şefkat ve merhamet duygularının soyutluğu giderilememiştir. Esas alınacak olan failin acıma, şefkat ve merhamet duygularının mı olduğu, mağdurun duygularının mı olduğu belli değildir. Bahsedilen duyguların evrensel bir tanımının yapılmasının mümkün olup olmadığı ise belli değildir. Kavramlar kısmında belirttiğimiz üzere merhamet duygusu gelişmeyen bireyler bulunmaktadır. Bu durumda merhamet duygusu gelişmeyen fail açısından yahut mağdur açısından şikayete bağlı olmayan bu suç açısından yargıcın nasıl bir değerlendirme yapması gerektiği önemli bir sorundur. Kaldı ki yargıcın merhamet duygusunun gelişmemiş olması karşısında doğabilecek sorunlar dahi tartışılmamıştır. Nitekim acıma, merhamet ve şefkat duyguları kişiden kişiye farklılık gösterebileceği gibi kültürden kültüre de farklılıklar göstermektedir. Bu durumun örneklerinden biri tezimizde yer verdiğimiz yargı kararlarında mevcut olan, evli bir kişinin eşiyile yaşadığı konuta, duygusal veya cinsel birliktelik yaşadığı başka bir kimseyi dahil etmesi halidir. Kararlarda bu fiil kötü muamele olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmeye katılmakla birlikte, eleştirdiğimiz “kuma” kurumunu yaşatan kültürleri benimseyen kimselerin söz konusu durumda merhamet, acıma ve şefkat duyguları ile bağdaşmayan bir fiilde bulduklarını söylemenin yerindeliğinin tartışılması gerekmektedir. Nitekim bu kimseler kanuna ve kanunun gerekçesine aykırı bir fiile hayat verilmediğini iddia edebileceklerdir. Kuma kültürünün çağın son derece gerisinde kaldığını ve cinsiyet ayrımcılığının ciddi örneklerinden biri olduğunu tekrar etmekle birlikte uygulamada oluşan sıkıntıları belirtmek zorunluluğumuz bulunmaktadır. Öyle ki modern ailelerde sadakat yükümlülüğünü kaldıran, açık ilişki olarak tanımlanan, çiftlerin üçüncü kişilerle duygusal ve cinsel birlikteliklerini normal karşılayan evlilik modelleri mevcut olduğu gibi, kuma kültürünü kültürel bir olgu olarak gören evli çiftler de vardır. Bu kimselere göre evli iken üçüncü kişilerle birlikte olmak acıma, şefkat ve merhamet kavramlarına aykırı değildir. Kişiden kişiye değişen aile yapısı tercihleri ve kültürel olayları tartışmadan, yalnızca örneklere, ceza hukuku ve kanunilik ilkesi açısından yaklaşıldığında, madde 232'nin, failin insan haklarını da çiğnediği söylenebilir. Çünkü yasa koyucu acıma, şefkat ve merhamet kavramlarını tanımlamamıştır. Oysa ceza içeren bir norm yargıcın inisiyatifine bırakılamaz. Madde 232'de yasayı uygulayanın acıma, şefkat ve merhamet duygularına göre uygulama gelişmektedir. Oysa bu durum yargıcı yasa koyucu haline getirmekte olup, kuvvetler ayrılığı ilkesine de gölge düşürmektedir. Toplumda kültürel olguların ceza hukuku aracılığı ile

engellenmesi isteniyorsa bunu yasa koyucu yapmalıdır. Bu durumda örneğimize üretilecek olan çözüm de düzenlenecek bir suç normu ile kuma getiren eşin ve buna rıza gösteren eşin cezalandırılması olacaktır. Toplumumuzda pek çok kadın ve pek çok erkek yetiştikleri kötü koşullar, aldıkları yetersiz eğitim ve toplum baskısı nedeni ile duygusal şiddeti dahi tanıyamamaktadırlar. Dolayısıyla bu tanımlamaları muhakkak yasa koyucunun yapması gerekmektedir. Ancak bu durumda, kanunu bilmemek bahane olamayacaktır. Aksi takdirde fail kanunilik ilkesine aykırı olarak cezalandırılacaktır ki bu durum açıkça bir insan hakkı ihlalidir. “Kötü muamele nedir ?” sorusunun net bir cevabını alamıyor olmak başlı başına kanunilik ilkesine dolayısıyla insan haklarına aykırılık oluşturur. Bu sorun uygulama ile oluşturulan, emsal kararlar ile çözülemez.

Çalışmamızın sonucunda ulaşılan bir başka sonuç da madde 232'nin gerekçesi nedeni ile Türk Ceza Kanunu içerisinde bir çelişkinin meydana geldiğidir. Gerekçede “*bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir.*” şeklindeki ifadeye göre, kötü muamele sonucu kişide basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçüde bir sonuç meydana gelmiş ise 232. maddenin uygulanması öngörülmektedir. TCK m.232’de öngörülen cezanın üst sınırı bir yıldır. Oysa Türk Ceza Kanunu’nun 86. Maddesinde basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek fiillerin cezalandırılması zaten düzenlenmiş olup eşe, altsoya, üstsoya veya kardeşe karşı bu suçun işlenmesi halinde verilecek cezanın üst sınırı iki yıl olarak öngörülmüştür. Bu suçun alt sınırı ise sekiz aydır. Aile içi şiddetin önlenmesi amacı ile getirilen bir hükmün TCK m.86/3-a’ dan daha az bir ceza öngörmesi açıklanabilecek türden değildir. Bir başka çelişki de bu hüküm eş, altsoy, üstsoy, kardeş dışında aynı konutta yaşayanlara uygulanacağı zaman ortaya çıkmaktadır. Aile kavramını açıklarken bahsettiğimiz üzere geniş aile tanımında yer alan bireylerden birinin, örneğin sevgililerin birbirine yahut evin çalışanlarının birbirine karşı basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek türden yaralamasında m.86/2 uygulandığında şikayet aranacaktır. Oysa m.232 uygulanacaksa şikayet aranmayacaktır. Bu noktada aile içi şiddeti engellemek için şikayetin aranmadığı bir hüküm getirilmiş gibi görünse de, ortaya çıkan çelişki kaynağını içtima hükümlerinden almaktadır. Şöyle ki; fikri içtima başlıklı 44. Maddeye göre fail, işlenen fiilin birden farklı suçu oluşturması halinde bunlardan en ağır cezayı gerektiren suç ile cezalandırılmalıdır. TCK m.86/2’yi ile m.232 aynı fiil ile ihlal edildiğinde yapılacak değerlendirme çelişki barındırdığı için tartışılmalıdır. Şöyle ki; bu

suçların her ikisi için öngörülen cezaların üst sınırı aynıdır. Alt sınıra bakılacak olursa m.86/2’de öngörülen cezanın alt sınırı daha ağırdır. Ancak bu durumda da mağdur şikayetinden vazgeçerse faile ceza verilemeyecektir. İşte bu tablo tartışılmalıdır. Kötü muamele suçunu düzenleyen normun eksiklikleri açıklanmaya çalışılan yönüyle de giderilmelidir. Aynı konutta yaşayanlar için kötü muamele suçunu düzenleyen norm özel norm olarak uygulanmak istenirse bu durumda da hizmetkarlar arasındaki bağın aileye karşı suçlar arasında düzenlenmesi fail açısından adaletsiz bir sonuç ortaya çıkarırken mağdur açısından da daha az bir korumayı gündeme getirecektir. Bu tablo, yargıcın hukuk bilgisinin yetersizliği ile birleştiğinde eşitliğe aykırı ve farklı yönde kararların verilmesine neden olacaktır. Üstelik cezanın üst sınırı nedeni ile istinaf mahkemelerinin kurulması ile temyiz incelemesinden de geçemeyecek olan kararlara sebebiyet verecektir.

Gerekçede yer alan “*Ancak, her türlü kötü muamele, suçun oluşmasını olanaklı kılmaz.*” ifadesinin de başlı başına erkek egemen zihniyetin bir ürünü olduğunu ve bu zihniyete olanak tanıdığını düşünmekteyiz. Bu ifadeden TCK kapsamında cezalandırılması mümkün olmayan kötü muameleler de olduğunu anlamaktayız. Başka bir deyişle çocuğa ve kadına yönelen her kötü muamelenin cezalandırılması mümkün değildir. Bu haliyle yasa koyucunun çocuğu ve kadını korumaktan ziyade ailenin devamını koruma çabası güttüğü, bunu yaparken de faile az ceza öngörerek eril erki cezalandırıyor gibi görünmeyi tercih ettiği anlaşılmaktadır. Zaten suçun düzenlendiği bölüm itibari ile de yasakoyucunun ailenin bireylerini korumak yerine ailenin düzenini korumayı amaçladığı açıktır.

Son olarak yine gerekçede “*Keza, hakaret oluşturan fiiller, bu disiplin yetkisi kapsamına girmedikleri gibi, kötü muamele suçu olarak değil, hakaret suçundan dolayı cezalandırılmayı gerektirir.*” ifadesi ile “*bu muamele biçimi kişide basit bir tıbbî müdahaleyle giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmiş ise, artık kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmedilmelidir.*” ifadesi birlikte değerlendirildiğinde ortaya çıkan tabloya göre; gün içerisinde herhangi bir olaya sinirlenen, öfke kontrolü olmayan bir kimse sinirlenmesine sebep olan, sorun yaşadığı kimseyi basit tıbbî müdahale ile giderilecek şekilde yaralamak, o kişiye hakaret etmek veya eve gidip eşine hakaret etmek yerine eşini basit tıbbî müdahale ile giderilecek ölçüde yaralarsa çok daha az bir ceza alacaktır. İşte bu tablo, yasa koyucunun taraf olduğu uluslararası sözleşmelere uygun olarak

yasa yapmak ile çağın gerisinde kalmış, erkek egemen zihinlerinin yansıması olan yasaları yapmak arasında sıkıştığının kanıtıdır.

Sonuç olarak kötü muamele suçunun kanundaki yeri muhafaza edilmek isteniyor ise sınırları, unsurları daha açık ve net belirlenmelidir. Bu belirleme yapılırken fail adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecek bir konuma düşürülmemelidir. Kanunun düzenlemesi okunduğunda failin ne tür fiillere hayat vermesi halinde suçun sübut bulacağı açıkça anlaşılabilir. Mağdurun daha iyi korunabilmesi için ise kanunda düzenlenen başkaca bir suçun hayat bulması halinde diğer kötü muamele suçunun öngörülen cezanın hafifliği sebebiyle uygulanmaması gerekmektedir. Kötü muamele suçu kanunun başkaca düzenlemesini hiçbir şekilde ihlal etmeyen fiiller bakımından istisnai olarak uygulama alanı bulmalıdır.

KAYNAKÇA

Acar, Feride: Türkiye’de Kadınların İnsan Hakları, Uluslararası Standartlar Hukuk ve Sivil Toplum. Ayata, Gökçeçek/ Eryılmaz, Sevinç/ Oder, Bertil (Der.), Kadın Hakları Uluslararası Hukuk ve Uygulama, 1. Baskı, İstanbul 2010.

Akılhoğlu, Tekin: İnsan Hakları Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, Ankara 2010.

Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2008.

Akyüz, Emine: Çocuk Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2012.

Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, A. Caner: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007.

Bakıcı, Sedat: 5237 Sayılı Yasa Kapsamında Ceza Hukuku Genel Hükümleri, 2. Bası, Ankara 2007.

Beccaria, Cesare: Suçlar ve Cezalar Hakkında, Çev. S. Selçuk, 6. Baskı, Ankara 2016.

Berkowitz, Eric: Seks ve Ceza Arzuyu Yargılamanın Dört Bin Yıllık Tarihi, Çev. O. Düz, 2.Baskı, İstanbul 2013.

Centel, Nur: Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, 1. Baskı, İstanbul 2013.

Demirbaş, Timur: Kriminoloji, 2. Bası, Ankara 2005.

Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2007.

Doğramacı, Emel: Türkiye’de Kadının Dünü ve Bugünü, 3.Basım, Ankara 1997.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 1, 11. Bası, İstanbul 1994.

Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 2, 11. Bası, İstanbul 1994.

- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir:** Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. 3, 11. Bası, İstanbul 1994.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, M. Alper:** Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku, İstanbul 2008.
- Erem, Faruk/ Danışman, Ahmet/ Artuk, Mehmet Emin:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1997.
- Erdoğan, Mustafa:** İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Erol, Haydar:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, C. 2,
- Eşitli, Ezgi:** Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi, TBB Dergisi, Ocak-Şubat 2013, 25. Yıl, 104.sayı.
- Gemalmaz, Mehmet Semih:** Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Kadınlara, Çocuklara ve Azınlıklara Karşı Ayrımcılık, Şiddet ve Sömürü, 1. Basım, İstanbul 2018.
- Gölcüklü, Feyyaz/ Gözübüyük, A. Şeref:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1994.
- Gözler, Kemal:** İnsan Hakları Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2018.
- Gültaş, Veysel:** Geçmişten Günümüze İnsan Hakları, Ankara 2004.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10.Baskı, Ankara 2017.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, Ankara
- Henrich, Bernd:** Ceza Hukuku Genel Kısım,(Çev. Y. Ünver), Ankara 2014.
- Harari, YuvalNoah:** Hayvanlardan Tanrılara Sapiens İnsan Türünün Kısa Bir Tarihi, Çev. E. Genç, 10. Baskı, İstanbul 2015.
- İçel, Kayıhan/ Sokullu, Fusun/ Özgenç, İzzet/ Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih/ Ünver Yener:** Suç Teorisi, 2. Baskı, Ankara 2000.

- Kelsen, Hans:** Saf Hukuk Kuramı: Hukuk Kuramının Sorunlarına Giriş, Çev. E. Uzun, 1. Baskı, İstanbul 2016.
- Kıral, Bilgen/ Başdağ, Suat:** Sınıf Öğretmenlerinin Merhamet Eğitimine İlişkin Görüşleri, Trakya Üniversitesi Eğitim Fakültesi Dergisi, Temmuz 2017, 1. Sayı (USOS 2016 Özel Sayısı).
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.
- Önder, Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1991.
- Mumcu, Ahmet/ Küzeci, Elif:** İnsan Haklar ve Kamu Özgürlükleri, 7. Baskı, Ankara 2015.
- Özbek, V. Özer/ Kanbur, M. Nihat/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2014.
- Özdamar, Demet:** CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyari Protokol'ün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, 1. Baskı, Ankara 2009.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal:** Çocuk Hukuku, 1.Baskı, Ankara 2012.
- Özden, Yekta Güngör:** İnsan Hakları Laiklik Demokrasi Yolunda, 2. Basım, Ankara 1996.
- Öztañ, Bilge:** Aile Hukuku, 4.Bası, Ankara 2004.
- Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan:** Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2008.
- Parlar, Ali:** Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.2
- Polat, Oğuz/ Batuk, Hülya İşler:** Kadına Yönelik Aile İçi Şiddette Sosyodemografik Özellikler ve Adli Tıbbi Yaklaşım, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2003, 64. Sayı.
- Sancar, Türkan:** Türk Ceza Hukukunda Kadın, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Savaş, Vural/ Mollamahmutoğlu:** Türk Ceza Kanununun Yorumu, 2. Baskı, Ankara 1998.

Serim, Gökçe: Roma İmparatorluk Döneminde Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler, 1. Baskı, Ankara 2018

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.

Tanör, Bülent: Osmanlı- Türk Anayasal Gelişmeleri, 20. Baskı, İstanbul 2011.

Tanör, Bülent/ Yüzbaşıoğlu Necmi: 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2006.

Toroslu, Nevzat: Ceza Hukuku Özek Kısım, Ankara 2018.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, M.Ruhan/ Önok, R.Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 1. Basım, Ankara 2016.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, M.Ruhan/ Sancakdar, Oğuz/ Önok, R.Murat: İnsan Hakları, 7. Baskı, Ankara 2018.

Yüksel, İlknur/ Ergöçmen, Banu: TBMM Kadın-Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, Çocuk Cinsiyeti Nedeniyle Kadın Üzerinde Oluşturulan Psikolojik Şiddet, Başlık Parası Ve Geleneksel Evlilikler Hakkında Komisyon Raporu, Ankara 2011.

Yararlanılan İnternet Siteleri:

Akdağ, Hale: Tck'da Düzenlenen Kusurluluğu Kaldıran Ve Azaltan Nedenler

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>

Ay, Volkan: Nietzsche'de "Merhamet" Kavramının Yeniden Değerlendirilmesi,
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/40545>

Çavuş, Nihal: Türk Ceza Kanununda Kötü Muamele Suçları

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>

Demirbaş, Z. Ferda: Aile Bireylerine Karşı Fena Muamele, <http://acikerisim.deu.edu.tr/>

Güler, Nuran/ Tel, Hatice/ Özkan Tuncay, Fatma: Kadının Aile İçinde Yaşanan Şiddete Bakışı, <http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/1081.pdf>

Hafizoğulları, Zeki: Türk Hukuk Devrimi ve Laiklik, <http://www.baskent.edu.tr>.
<http://dergiler.ankara.edu>.

Harcar, Tijen/ Çakır, Özlem/ Sürgevil, Olca/ Budak, Gönül: Kadına Yönelik Şiddet ve Türkiye’de Kadına Yönelik Şiddetin Durumu,
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/210969>

Koçhisarlıoğlu, Cengiz: Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı, .268,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/277/2501.pdf> (ET: 17.02.2018)

Küçüktaşdemir, Özgür: Kadın Cinayetlerini (Femicide) Önlemede Zorlayıcı Tahakküm (Coercive Control) Kavramının Önemi ve Alınabilecek Hukuksal Tedbirler,
<http://www.kadinvehukuksempozyumu.com/bildiriozeti/> (E.T:15.09.2019)

Oğuz, Polat: Şiddet, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/274326>

Subaşı, Nüket/ Akın, Ayşe: Kadına Yönelik Şiddet; Nedenleri ve Sonuçları,
http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/kadina_yon_siddet.pdf

Sade, Ümit: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. Maddesi Işığında Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi,
<http://acikerisim.iku.edu.tr/bitstream/handle/11413/554/UmitSadeYLtez.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T:13.06.2018)

Sünnetçi, Büşra/ Sayı, Ayfer/ Gümüştepe, Burcu/ Enginkaya, Bilge/ Yıldızdoğan, Çise/Yalçın, Müge: Üniversite Öğrencilerinin Flört Şiddeti Algıları Üzerine Bir Araştırma,
<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/626868>

Yüksel, İsmail: 1982 Anayasasına Göre Türkiye Büyük Millet Meclisi’nin Kanun Yapma Yetkisi
<http://repository.bilkent.edu.tr/bitstream/handle/11693/46655/10188037.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>.

<http://www.resmigazete.gov.tr> E.T: 15.12.2018

<https://www.tbmm.gov.tr>.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/metin134.pdf.

<http://www.unicef.org.tr/>

http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/GenelKurul/Basvuru_Karari/2017-161.pdf

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/sozluk.htm>

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5aa00e9e810964.69723294