

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

TÜRK CEZA KANUNUNDA
AİLE HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN
YÜKÜMLÜLÜKLERİN İHLALİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
Sezin Duygu TUNCER

TEZ DANIŐMANI
Prof.Dr.Zeki HAFİZOĞULLARI

ANKARA –2015

KABUL ve ONAY SAYFASI

Sezin Duygu Tuncer tarafından hazırlanan “Türk Ceza Kanununda Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüklerin İhlali” adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi:15/06/2015

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

İmzası

Jüri Üyesi :Prof.Dr.Kudret GÜVEN-Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi : Prof.Dr.Zeki HAFIZOĞULLARI-Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi :Prof.Dr. Muharrem ÖZEN-Ankara Üniversitesi

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../20....

Prof. Dr. Doğan TUNCER

Enstitü Müdürü

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	iv
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	10
TÜRK HUKUK DÜZENİNDE AİLE KURUMU	10
1. GENEL OLARAK AİLE.....	10
1.1. Ailenin Korunmasının Önemi	10
1.2. Türk Hukuk Düzeninde Aile Ve Ailenin Korunması.....	12
2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA AİLENİN KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER	21
3. AİLE HUKUKUNA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER.....	25
3.1. Ferdietçilik İlkesi.....	25
3.2. Devamlılık ve Birlik İlkesi	25
3.3. Ailenin ve Çocukların Korunması İlkesi.....	26
3.4. Eşitlik İlkesi.....	27
4. AİLE HUKUKUNDAN KAYNAKLI YÜKÜMLÜLÜKLER	29
4.1. Devamlılık ve Birlik İlkesi	30
4.2. Sadakat Yükümlülüğü	32
4.3. Karşılıklı Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü.....	33
4.4. Çocukların Bakım, Gözetim ve Eğitimi Yükümlülüğü.....	34
4.5. Birlikte Yaşama Yükümlülüğü.....	39
4.6. Evlilik Birliğini Birlikte Yönetme Yükümlülüğü	40
5. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN MEDENİ-CEZAİ YAPTIRIMLAR.....	41
İKİNCİ BÖLÜM	44
BAKIM, EĞİTİM VE DESTEK OLMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEME SUÇU	44
1. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR	44
1.1. Fail.....	44
1.2. Hukuki Konu	46
1.3. Mağdur	46

2. SUÇUN UNSURLARI.....	47
2.1. Fiil	47
2.2. Hukuka Aykırılık.....	54
2.3. Kusurluluk.....	56
3. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	57
3.1. Teşebbüs.....	57
3.2. İçtima.....	57
3.3. İştirak.....	58
4. SUÇUN HALLERİ.....	59
5. YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE ZAMANAŞIMI.....	59
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	65
HAMİLE KADINI TERK SUÇU	65
1. GENEL OLARAK.....	65
2. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR	66
3. SUÇUN UNSURLARI	67
3.1. Fiil	67
3.1.1. Fail İle Hamile Eşin Evlilik Birliğinin Devam Etmekte Olması	69
3.1.2. Failin Kendisinden Hamile Kaldığını Bildiği Kadınla Sürekli Birlikte Yaşamaması.....	70
3.1.3. Hamile Eş Veya Sürekli Birlikte Yaşarken Gebe Kadının Çaresiz Durumda Terk Edilmesi	72
3.1.4. Gebeliğin TCK 233/2'deki Suçun Ön Şartı Olması Ve Soruşturmada Tespitinin Zorunlu Bulunması.....	75
3.1.5. TCK 233/2'deki Suçta Erkeğin Kadının Gebeliğini Bilmesi Koşulu	77
3.1.6. TCK 233/2'deki Suçta Erkeğin Hamile Kadını Çaresiz Durumda Terki Koşulu.....	79
3.1.7. Taşıyıcı Ya Da Sperm Bağışçısı Kişilerin TCK 233/2 Madde Gereğince Sorumluluklarının Bulunup Bulunmadığı	80
3.2. Hukuka Aykırılık.....	81
3.3. Kusurluluk.....	83
4. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	84
4.1. Teşebbüs.....	84
4.2. İçtima.....	84

4.3. İştirak.....	85
5. SUÇUN HALLERİ.....	85
6. YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE ZAMANAŞIMI.....	85
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	87
MADDİ VE MANEVİ ÖZEN NOKSANLIĞI SEBEBİ İLE ÇOCUKLARIN.....	87
AHLAK, GÜVENLİK VE SAĞLIĞINI TEHLİKEYE SOKMA SUÇU.....	87
1. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR	88
2. SUÇUN UNSURLARI	89
2.1. Fiil	89
2.2. Hukuka Aykırılık.....	92
2.3. Kusurluluk.....	93
3. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ	93
3.1. Teşebbüs.....	93
3.2. İçtima.....	93
3.3. İştirak.....	94
4. YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE ZAMANAŞIMI.....	94
SONUÇ.....	95
KAYNAKÇA	98

KISALTMALAR

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
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

I.

Aile, sözlükte “*Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik*” olarak tanımlanmaktadır¹. Bütün insan toplumlarında bulunan bir ilk gruptur; insanın en derin ve köklü, kısmen organik nitelikteki özelliklerine dayanan aile, evrensel bir sosyal kurumdur². Gerçekten, kişi, yaşamına aile içinde başlar. Nitekim insan, aile içinde doğmuş olmakla kalmaz, aynı zamanda, aile çevresinde edindiği ve insan ve vatandaş olarak kaderini belirleyen unsurlardan biri olan eğitimle biçimlenir ve gelişir³. Her toplum yapısının değişmez gerçeği, her bireyin bir aile içerisinde doğduğudur⁴. Toplumcu düşüncede aile, insanın fikri ve fizik gelişmesi, hislerinin yeşerebilmesi için varlığı kaçınılmaz şekillerden biridir.

Bir toplumu meydana getiren en esaslı unsur ailedir⁵. Bu nedenle evlilik ve aile, toplumun temelidir⁶. Bu nedendir ki, toplumlar aileye göre şekillenir ve güçlenir. Aile içinde birlik ve beraberlik olmadığı sürece o toplumda da birliğin sağlanması mümkün değildir. Feyzioğlu’na göre, aile esasına dayanmayan bir toplum harçsız yapılmış bir bina gibidir; en küçük bir sarsıntıya dayanamaz; öyle bir toplumda yaşayan insanlar, rüzgârın esintisine göre yön değiştiren, sokaklarda sürüklenen yapraklar gibidir; bu tür kişilerin meydana getirdiği toplumlar ise düzenden, faziletten, ümit ve çalışma azminden yoksun

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.53f62c0db4cc31.20809658; “a. (a:ile) 1. top. b. Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik: *Birbirlerine nasıl tutkun, yangın bir aile olduklarını sayıp döktü.*” -L. Tekin. 2. Aynı soydan gelen veya aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü: *Kendilerinin hangi asil aileye mensup olduklarını bilmiyorum.*” -N. Hikmet. 3. Birlikte oturan hısım ve yakınların tümü. 4. *hik.* Eş, karı. 5. Aynı gaye üzerinde anlaşılan ve birlikte çalışan kimselerin bütünü. 6. Temel niteliği bir olan dil, hayvan veya bitki topluluğu, familya.”

² DÖNMEZER, Sulhi; Sosyoloji, 9. baskı, Ankara, 1984, s.214.

³ TOROSLU, Nevzat; Ailenin Korunması Yönünden Ceza Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler, Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açısından İncelemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği, 1984, Ankara, s. 153.

⁴ DİNÇKOL, Bihterin; Devlet-Aile, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9.S1-3, 1995, s. 126

⁵ KAPLAN, İbrahim; Sosyal Güvenlik ve Sağlık Yasalarında Aileyi Koruyucu Hükümler- Bu alanda yapılması gerekli Yasal Düzenlemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği, “Türkiye’de Ailenin Değişimi-Yasal Açısından İncelemeler”, Ankara, 1984, s. 165.

⁶ 1982 Anayasası 41. madde; “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

olurlar⁷. Kişiler aile yükümlülüklerini getirmemeye başlayınca, toplum, gücünü kaybetmeye başlar⁸.

Geçmişe bakıldığında, özel hukukun konusu olan aileye 20. yüzyıla kadar ceza hukuku ile müdahale edilmesi doğru bulunmamış, müdahale halinde ailenin sükûn ve huzurunun bozulacağından endişe edilmiştir. Çok eski çağlardan beri, bütün toplumlarda aile, erkeğin egemenliği ve kadının tutsaklığı temeli üzerine kurulmuş sosyal bir bütün olarak yaşamını sürdürüyordu⁹. Bu nedenle sanayi devrimine kadar aile yükümlülüklerinin ihlaline cezai yaptırım uygulanmazken; zina, fücür, nesep suçları, çok evlilik gibi sayılı konulara ceza kanunlarında yer verilmiştir¹⁰. Oysa 20. yüzyılda dünyanın geçirdiği iki büyük savaş iki büyük etkiyi aile üzerinde yapmış, gelenek ve örf ve adetlerdeki yumuşamalar aile içindeki dayanışma ve onun için fedakârlık duygusunu geniş ölçüde zedelemiştir¹¹.

Eski devirlerde aileler bireylerinin geçimi, oturma, yeme ve giyme, neslin devamı ve karşılıklı anlayış ve sadakat duyguları çerçevesinde birlikte yaşayan geniş topluluklar olarak vücut bulmaktaydı. Bu tip ailelerde, aile bireyleri, bir reisin hâkimiyeti altında toplanan ve onun himayesinden yararlanan birer “kabile” biçiminde yaşarlardı¹². Yetişen ve evlenen çocuklar aile ocaklarını terk etmezler, evin ve ailenin devamlılığı ve refahı için birlikte çalışırlardı.

Aile düzenine ilişkin suçlara I. Dünya Savaşına kadar genel adaba aykırı suçlara oranla fazla önem verilmemiş, bunlar çoklukla adab ve ahlaka karşı işlenen suçların bir cüz’ü gibi sayılmış ve sayıları sınırlı kalmıştır¹³. Manzini, aile düzeninin korunabilmesinin ahlak ve adaba karşı işlenen suçların korumak istediği hukuki değerlerle mümkün olacağını düşünmektedir¹⁴. Ona göre; “*Adab, cinsi ilişkilerin ahlakiliği, serbestliği ve iffet duygusunun dokunulmazlığı için gerekli sayılan sınırlara uyulmasından oluşur. İffetsizce*

⁷ Bkz. FEYZİOĞLU, Fevzi Necmeddin; Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 1.

⁸ DÖNMEZER; Sosyoloji, s.215.

⁹ VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1976,s.5.

¹⁰ ARTUK, Mehmet Emin; “Ceza Hukukunda Aile Düzeni Aleyhine Cürümler”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9. S.1-3,1995

¹¹ DÖNMEZER; Sosyoloji, s. 225.

¹² Bkz. FEYZİOĞLU; s.3

¹³ DÖNMEZER, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1983, s.30.

¹⁴ DÖNMEZER; Ceza Hukuku Özel Kısım, s.30

*hoşgörü toplumu bozar ve kundaklar; önceleri aile içinde bilinmese bile, aile düzenini dolayısıyla ve daima ihlal eder*¹⁵.”

Sanayi devrimi ve 1. Dünya Savaşına kadar aile düzenine ilişkin suçlara bakış açısı bu şekildeyken, süreçle birlikte toplum ve ekonomik şartlar değişmeye başlamış ve aile de bu değişikliklerden etkilenmiştir.

Sanayi devrimi ile köyden kente göç başlamış, büyük sanayi kentleri oluşmuştur. Teknolojinin ve bilimin gelişmesi ile çocuk ölümleri azalmaya ve nüfus artmaya başlamıştır. Köylerde yaşayan geniş aile, yerini şehirde yaşayan ve tüm bireylerin çalıştığı aileye bırakmıştır¹⁶. Osmanlıda da yabancı kapitalizminin iktisadî ve moral tesirleriyle eski tip ailenin sarsılmaya başlaması, moda düşkünlüğüne, israf ve tüketime dönük harcamanın artmasına, konakların, çiftliklerin ve baba ocaklarının parçalanıp dağılmasına sebep olmuştur¹⁷. Evinde oturan kadın büyük harbin devamı süresince ve onu takip eden yıllarda, karşısında bulunduğu geçim derdi ve iktisadî zorlukları yenebilmek için, kocasından boşalan yeri doldurmak üzere sınaî ve ticarî müesseselerde çalışmaya başlar¹⁸.

Sanayi devrimi ve 1. Dünya savaşı sonrasında oluşan bu yeni düzen kapsamında yasa koyucular aile içerisinde huzurun sağlanması halinde toplumun da huzurunun sağlanacağına inanmış ve bu doğrultuda düzenlemeler yaparak ceza kanununa eklemişlerdir. Bu eğilimlerde olan Almanya, Danimarka, Yunanistan, Norveç ve İtalya gibi devletler aile hukukundan çıkan yükümlülüklerin yerine getirilmemesini cezalandırmak ve aile düzenini koruma amacını güden suçlar için kanunlarda ayrı bölümler açmak yoluna gitmişlerdir. Biri liberal diğeri otoriter eğilimli iki kanun, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunları, aileye karşı işlenen suçlara 2 ayrı bab ayırmıştır¹⁹. Yapılan düzenlemelerle amaçlanan, aileyi oluşturan bireylerin özel hukuktan kaynaklanan görev ve yükümlülüklerini yerine getirmelerinin bir nevi müeyyidelerle garanti altına alınmaya çalışılması olarak yorumlanabilecektir.

¹⁵MANZİNİ; Trattato di Diritto Penale Italiano, c.VI, s.500,no:233 aktaran DÖNMEZER; Ceza Hukuku Özel Kısım, s.31,

¹⁶ATALAY, Beşir; Sanayileşme ve Sosyal Değişme, DPT Yayını, Ankara 1983,s.33.

¹⁷ÜNAL, Mehmet; Medeni Kanunun Kabulünden Önceki Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, AÜHFD Cilt 34 sayı 1-4, Ankara, 1978, s.214.

¹⁸ÜNAL; s. 215.

¹⁹DÖNMEZER; Ceza Hukuku Özel Kısım, s.31.

Kocanın işini evden dışarıya taşıması, evdeki otoritesini azaltmış, kadın da çalışıyorsa otorite daha da zayıflamıştır. Büyük aile dayanışmasına dayalı hizmetlerin bir kısmı (sağlık, emniyet, çocuk bakımı için tesis, işsizlik sigortası gibi) devlete geçmiştir. Büyük kentlerde ailenin dini, eğitim ve koruma görevleri evden tamamen uzaklaşmıştır²⁰. İşte ortaya çıkan bu yeni ekonomik ve sosyal durum, karı-kocaların birbirlerine ve çocuklarına karşı yükümlülüklerini yerine getirmemesine ve aile bağlarının zayıflamasına sebep olmuştur.

I. Dünya Savaşı'ndan kısa bir süre sonra II. Dünya Savaşı meydana gelmiş, savaş sonrasında toplumlarda genel adab ve ahlaka ilişkin yaklaşımların gevşemeye başladığı, yasal düzenlemelerin toplum hayatını yeteri kadar karşılamadığı gözlemlenmiştir²¹. Bu durumun kadın özgürlüğüne, kadın haklarına etkisi olmamasının olanağı yoktu²². Yaşanan bu süreç sonrasında, ekonomi ve sosyal gereksinimler, sosyal devlet sisteminin benimsenmesine sebep olmuştur.

Yeni bir sınıfın, işçilerin oluşturduğu ve sayıları kısa sürede yüz binleri bulan kütlenin insancıl sorunlarını, sadece yasa karşısında eşitliği sağlamakla yetinen, sözleşme özgürlüğünü ileri sürerek sermaye sahibi ile işçi arasından çekilen liberal bir siyasal tutumla çözmek mümkün değildi²³. Sermaye sahibi ile işçiler arasındaki bu eşitsizlik, yepyeni bir düşünce akımını doğurdu. Sosyalizm²⁴... Yaşanılan tüm sıkıntılar devletin sosyal ve ekonomik alanlara müdahalesini zorunlu kılmıştır. Böylelikle sosyal devlet ortaya çıkmıştır. Sosyal devletle²⁵ elde edilmek istenen demokrasinin ekonomik ve siyasal

²⁰ATALAY; s.35.

²¹DÖNMEZER; Ceza Hukuku Özel Kısım, s.33.

²²VELİDEDEOĞLU; s.7.

²³MUMCU, Ahmet/KÜZECİ, Elif; İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Yayınevi, Ankara, 2011, s.75.

²⁴MUMCU/KÜZECİ; s.75.

²⁵AYM 26-27.09.1967 tarih ve 1967/29K. Sayılı kararı, RG 19.10.1968t. No: 13031 “Sosyal devlet; ferdin huzur ve refahını gerçekleştiren ve teminat altına alan, kişi ve toplum arasında denge kuran, emek ve sermaye ilişkilerini dengeli olarak düzenleyen, özel teşebbüsün güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayan, çalışanların insanca yaşaması ve çalışma hayatının kararlılık içinde gelişmesi için sosyal, iktisadî ve malî tedbirler alarak çalışanları koruyan, işsizliği önleyici ve millî gelirin adaletle uygun biçimde dağılmasını sağlayıcı tedbirler alan adaletli bir hukuk düzeni kuran ve bunu devam ettirmeye kendini yükümlü sayan, hukuka bağlı kararlılık içinde ve gerçekçi bir özgürlük rejimini uygulayan devlet demektir.”

“Sosyal hukuk devleti, güçsüzleri güçlüler karşısında koruyarak gerçek eşitliği yani sosyal adaleti ve toplumsal dengeyi sağlamakla yükümlü devlet demektir. Çağdaş devlet anlayışı, sosyal hukuk devletinin, tüm kurumlarıyla Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun biçimde kurulmasını gerekli kılar. Hukuk devletinin amaç edindiği kişinin korunması, toplumda sosyal güvenliğin ve sosyal adaletin sağlanması yoluyla gerçekleştirilebilir. (...) Anayasa'nın Cumhuriyetin nitelikleri arasında yer verdiği sosyal hukuk devletinin dayanaklarından birini oluşturan sosyal güvenlik kavramının içerdiği temel esas ve ilkeler uyarınca toplumda yoksul ve muhtaç insanlara Devletçe yardım edilerek onlara insan onuruna yaraşır asgarî yaşam düzeyi

temellerini değiştirmeksizin, sosyal güvenliği ve sosyal adaleti sağlamak için yapılan faaliyetleri geliştirmektedir. Bu nedenle devlet, sosyal ve ekonomik yaşama müdahale eder²⁶.

Modern ailenin yapısında, maddi ve manevi, mutlak ortaklık esası yerine ferdiyetçilik prensibi ağır basmaktadır. Bugün, prensip itibariyle, ailenin bütün fertleri kendi başlarına mülkiyet sahibi olabilir ve aile dışında ekonomik faaliyette bulunabilirler²⁷. Geniş ve ekonomik anlamda birbirine bağımlı eski aile türünden, ana-baba ve çocuklardan oluşan çekirdek aileye dönüşen modern ailede yetişkin çocukların aileden ayrılması için bir engel bulunmamaktadır²⁸.

Yaşanılan tüm bu toplumsal süreçle birlikte, kadının ve çocuğun sosyal durumlarının değişmesi ceza hukuku anlamında da değişiklikler yapılmasına sebep olmuştur. Sanayi devrimiyle, kadınların da iş hayatına girmesi ile kadın ile erkeğin kanun önünde eşitliği çok daha belirgin bir biçimde ön plana çıkmıştır. Bunun yanı sıra çalışmayan ve ekonomik anlamda bağımlı olan kadınların da korunması gerekmiştir. Yine ocukların toplumun geleceği olduğu gerçeği karşısında sağlıklı ve başarılı nesiller için çocukların korunmasına, iyi eğitim alabilmelerine ve maddi –manevi destek alabilmelerine ilişkin gerek özel hukukta gerekse kamu hukukunda düzenlemeler yapılması gerekmiştir. İtalyan Kanununun 29. maddesine bakıldığında; “Cumhuriyet, evlenme üzerine kurulu doğal bir toplum olarak ailenin haklarını tanır. Evlenme, aile birliğini teminen kanunla belirlenen sınırlar içinde, eşlerin ahlaki ve hukuki eşitliği üzerine kuruludur.” düzenlemesi ile aileye ilişkin düzenlemeler yapıldığını görmek mümkündür.

Özellikle 1. Dünya Savaşından sonra ortaya çıkan ekonomik ve sosyal sebeplerle, aile müessesesinin zayıflaması karı kocanın birbirine ve çocuklarına karşı görevlerini icrada laubalilik göstermeleri Ceza Kanunlarının bu yükümlerini ceza tehdidi ile kuvvetlendirmelerini gerektirmiş ve bundan ailenin terki adı verilen ve aile hukukundan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesinin suç haline getirilmesini belirleyen bazı suçlar meydana ıkmıřtır²⁹. Ceza hukukunun bu konuda sağladığı koruma daima sınırlı

sağlanması, böylece, sosyal adaletin ve sosyal devlet ilkelerinin gerçekleşmesine elverişli ortamın yaratılması gerekir.” AYM Kararları Dergisi, Sayı 24, Ankara, 1989, sf 451-452

²⁶ ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayinevi, 2. Baskı, Ankara, 1992, s. 103.

²⁷ TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Türk Aile Hukuku,2.Baskı, Faklterler Matbaası, İstanbul,1971,s.1.

²⁸ TEKİNAY; s. 1.

²⁹ DÖNMEZER; Ceza Hukuku zel Kısım,s.443

olmuştur ve öyle de olacaktır. Çünkü evliliğin ve ailenin esası ve evlilik ve aile ilişkilerinden doğan bütün görevler, öncelikle bireyin iç değerlerine ilişkindir³⁰.

1947 yılında birçok hükmü değiştirilecek İtalyan Anayasası ile uyumlaştırılan 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun gerekçesinde, ailenin korunmasına ilişkin olarak Devletin, toplumun çekirdeği olan ailenin hukuki-ahlaki durumuna dikkat etmesi gerektiği işaret edildikten sonra aile topluluğunda ebeveynin söz ve özellikle davranışlarıyla ilerde vatandaş olacak çocuklarının formasyonuna örnek olduğu, evdeki hava ahlak açısından ne kadar temiz ya da bozuk olursa suça o derece elverişli veya elverişsiz ortam hazırlandığı vurgulanmıştır³¹.

Dünyada yaşanan gelişim ve değişimler sonucunda bazı suçlar suç olmaktan çıkartılırken, aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin de yerine getirilmemesi suç olarak düzenlenmeye ve ceza kanunlarında yer almaya başlamıştır³². İşte güçlü toplum için “aile” ve “aile düzeni”, yasa koyucular tarafından korunmakta ve aile birliğinin güçlenmesi için gerekli düzenlemeler yapılmaktadır.

Ülkemizin de taraf olduğu 1948 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 16’da aile ve evlenmeye ilişkin düzenleme yapılmıştır³³. Beyannameye göre; “*Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır. Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır. Aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur.*”

AİHS ’nin 8. maddesinde; “*Herkes, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı göstermesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan*

³⁰TOROSLU; s. 155.

³¹H.Donnedieu de Vabres, La Crise moderne du droit penal. La politique criminelle des Etats autoritaires, Paris 1938 aktaran ARTUK; s.4.

³² 765 sayılı TCK’nun cürümler başlıklı ikinci kitabının Adabı Umumiye ve Nizamı aile aleyhinde cürümler başlıklı 8. babının 5. faslında düzenlenen 440-444 maddeler arasında düzenlenen zina cürümü.440. madde AYM’ nin 23.06.1998 tarih ve 1998/3E.,1998/28K. sayılı kararı ile, 441. madde AYM’ nin 23.09.1996 tarih ve 1996/15E., 1996/34K sayılı kararı ile, 442,443,444 maddeler AYM’ nin 13.07.1999 tarih ve 1994E., 1999/30K. sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

³³ 06.04.1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, RG 27.05.1948t Sayı No:7217

ölçüde ve yasayla öngörölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.” düzenlemesi ile aile hayatına saygı gösterilmesini istemeyi temel bir insan hakkı olarak kabul etmiş, bunun yanı sıra yasalar ile belli şartların varlığı halinde kamu otoritesinin bu en temel insan haklarına müdahale edebileceği düzenlenmiştir. AİHM aldığı kararda³⁴ 8. maddede yer alan ailenin tanımını yapmıştır. İşbu karara göre “sadece evliliğe dayalı ailelerle sınırlı olmamakla birlikte, başka de facto birliktelikleri de kapsamına alabilmektedir. Bir ilişkinin aile hayatına dâhil olup olmadığına karar verirken, birkaç faktör önemli olabilir; çiftin birlikte yaşaması, ilişkinin uzunluğu ve çocuk yaparak veya başka yollarla birbirlerine bağlılıklarını kanıtlamaları gibi...” denilerek aile tanımlanmıştır. Bu mahkeme kararı ile transseksüel birey ile partnerinin çocuğu arasında bir aile hayatının mevcut olduğunu kabul etmiştir.

1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu’ndan veya maruf olan isimle Zanardelli Kanunundan iktibas edilen 765 sayılı TCK ’da genel adab ve aileye ilişkin düzenlemeler birebir alınmamıştır. Bunun sebebi genel ahlak ve adaba ilişkin kuralların, örf ve adetlerin toplumdandan topluma değişim göstermesidir. Dönmezer’ e göre bu durum zorunludur, zira ceza hukukunun ve kanunun yerli, milli bir karakter taşımasını sosyal gerçekten esinlenmesini ve bu gerçeklerin kanunda direktif olmasını, hiçbir konu genel adaba ve aile düzenine ilişkin suçlar kadar gerektirmez³⁵. Ceza kanunu iktibas edilirken, bu kısma ilişkin düzenlemeler, milli ve mahalli karakterimize uygun olarak 8. Bap’ da düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK’ da “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhine Cürümler” başlığı altında, “Şahıslara Karşı Cürümler” başlıklı dokuzuncu Bap’ ın “Terbiye ve İnzibat Vasıtalarının Suistimali ve Aile Efradına Karşı Fena Muamele” başlıklı Altıncı faslında 477, 478 ve 479. maddeleridir. Aile Hukukundan Kaynaklı Yükümlülüklerin İhlali, 765 sayılı TCK’ da düzenlenmemiştir³⁶.

³⁴ X,Y,Z/Birleşik Krallık Davası

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno":\["21830/93"\],"itemid":\["001-58032"\]](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?appno), (05.05.2015)

³⁵ DÖNMEZER; Ceza Hukuku Özel Kısım, s.41

³⁶ “...Günümüz ailesini yakından ilgilendirmesine karşılık, kaynak kanuna uygun olarak, kanunumuzun düzenlemediği bir konu da “ aile yardımına” ilişkin yükümlülükleri (veya ödevler) ve bunları ihlal eden fiillerdir. Halen modern ceza yasalarının bazıları, parçalanması ve dağılması sonucunu doğurabilecek tehlikelere karşı ailenin bütünlüğünü sağlamlaştırmak amacıyla, bir zamanlar hukuk düzenin değil, fakat sadece ahlakın ihlali olarak bilinen bu gibi fiilleri cezalandırma yoluna gitmişlerdir. Yardım etmek başkalarının maddi ve manevi ihtiyaçlarını karşılamak anlamına gelir. Ailenin mahiyeti ve ahlaki-sosyal fonksiyonu nazara alındığında, “aile yardımına” ilişki yükümlülüklerin içeriğinin de, sadece maddi ve ekonomik değil, fakat aynı zamanda manevi nitelikte olabileceğine kuşku yoktur. Şu halde ceza hukuku reformunun, aileyi terk etmek suretiyle aile reisliği veya eş sıfatına ilişkin yardım görevlerinden kaçınma,

Ülkemiz de AİHS imzaladıktan sonra ülke içerisinde temel hak ve özgürlüklerin korunması için gerekli düzenlemeleri yapmış, çeşitli kanunlarla sözleşmeye uyum sağlanılmıştır. Bu paralelde 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun³⁷ "Topluma Karşı Suçlar" başlıklı 3. kısmın sekizinci bölümünde "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlığı altında yer verilmiştir. TCK 230-234.maddelerde beş ayrı suça ilişkin düzenleme yapılmıştır.

TCK 230. maddede "birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören"³⁸, TCK 231. maddede "çocuğun soy bağına değiştirme", 232. maddede "aynı konutta birlikte yaşayan veya idaresi altında bulunan bireye kötü muamele", 233. maddede "aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali" ve 235. maddede "çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu" düzenlenmiştir.

Günümüzde ailenin ceza kanunlarında düzenlenen yaptırımlarla korunmasının doğru veya yanlış olmasına ilişkin tartışmalar aşılmıştır. Böylece, aile ve sürekli birliktelikte yaşanan hamile kadın ve çocuk, cezai himayenin konusu yapılmıştır. Kanun koyucu, ceza kanununda yaptığı düzenlemeler ile aileyi korumak yoluna gitmiştir. Günümüzde, tartışma konusunun ailenin ceza kanunundaki yaptırımlarla korunması değil, ceza kanununda yapılan bu düzenlemelerle bireylerin özel hayatları ve kişisel alanlarına ne kadar müdahale edilebileceği olduğudur. Bu değerlendirmenin tam ve doğru olarak yapılabilmesi için, TCK 'nın "Aile Düzenine Karşı Suçlar" başlıklı 8. Bölümdeki suçlara konu fiillerin, mağdurun durumunun ve korunan değerlerin kişi hak ve özgürlüklerine zarar verip vermediği yönünde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu bölümde düzenlenen 5 suç için de yasa koyucunun aileye ilişkin yaptırımlar koyarak, kişinin temel

velayet veya vesayeti altındaki kimselere yahut eşe aile malları sürekli olarak maledinme veya israf etme ve reşit olmayan veya çalışmayan fûru ile usule, kardeşe ve kendi kusuru olmaksızın ayrılığına karar verilen eşe yaşamaları için gerekli olan araçları sağlamama fiillerini ceza müeyyidesi altına alması gerekmektedir. Ancak, sonuncu durumda, ceza müeyyidesi altına alınması savunulan husus, medeni kanunun öngördüğü bakım yükümlülüğü değildir. Nitekim bakım nafakası, (yoksulluk nafakası hariç) bundan yararlanacak olan kimsenin sosyal ve ekonomik şartlarına göre belirlenecek ihtiyaçlarını tatmin etmek için gerekli olan miktarı içermesine karşılık, burada ceza müeyyidesi altına alınmak istenen husus, sadece yaşayabilmek için zorunlu olanın, yani bir tür yardım nafakasının sağlanmasıdır. " Bkz. TOROSLU; Ailenin Korunması Yönünden Ceza Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler, s. 162,163

³⁷ RG 12.10.2004t. Sayı No:25611

³⁸AYM 27.05.2015t. ve 2014/36E.,2015/51K. sayılı kararında; "... kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırımlarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır." gerekçesi ile TCK 230/5,6.maddelerinin AY' nın 13,20 ve 24. maddelerinde aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir. (www.anayasa.gov.tr/Haber/detay/305/2015-51.pdf) (E.T. 29.05.2015)

hak ve özgürlüklerine zarar vermediği, kişinin açıkça en yakınına verdiği zararın giderilmesinin amaçlandığını söylemek mümkündür.

II.

Bu çalışmada, “Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali” başlığı altında TCK 233 maddede düzenlenen 3 ayrı suç unsurlarıyla birlikte ele alınacak, bu suçların düzenleme biçimleri incelenecek ve değerlendirilecektir. Konunun fazla işlenmemiş olması, uygulamada da kullanımına pek rastlanmayan bu kanun maddesi ile; kanun koyucunun ulaşmak istediği aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerin yerine getirilmesi gayesine ulaşip ulaşmadığına, ulaşması için düzenlemenin nasıl daha kristalize olabileceğine ilişkin fikirler sunulmaya çalışılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere TCK 233. maddede üç farklı suç düzenlenmiştir. İlk fıkrada aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim ve destek yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi, ikinci fıkrada hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı kadını çaresiz bir biçimde terk fiilini ve üçüncü fıkrada maddi ve manevi özen noksanlığı nedeni ile çocukların ahlak, güvenlik ve sağlığının tehlikeye düşürülmesi fiillerini suç olarak kabul etmiş ve yaptırma bağlamıştır.

Çalışmamız dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde aile, aileye ilişkin düzenlemelerin ceza kanunlarında düzenlenmesinin dünyada ve ülkemizdeki tarihçesi açıklanacaktır. İkinci bölümde 233/1. maddede düzenlenen suç, üçüncü bölümde TCK 233/2 maddede düzenlenen suç, dördüncü bölümde TCK 233/3 maddede düzenlenen suç unsurları ile birlikte ayrı başlıklar altında ele alınacaktır. Her bir suçun farklı özellikler taşıması nedeni ile, bölümlerin tasniflerde farklılar bulunmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUK DÜZENİNDE AİLE KURUMU

1. GENEL OLARAK AİLE

1.1. Ailenin Korunmasının Önemi

Türk toplumunun en büyük serveti, hiç kuşkusuz Türk ailesidir. Toplumumuzun 20. yüzyılın başından beri geçirdiği büyük değişikliklere rağmen Türk ailesi gücünden fazla bir şey kaybetmemiş, aile yapısı ve ilişkiler geleneksel görünümünü muhafaza etmiş ve değerler korunabilmiştir³⁹.

Ülkemizde olduğu gibi tüm dünyada da toplumların temel taşı olarak kabul edilen ailenin, kişilerin gelişiminde dolayısıyla toplumun gelişiminde de büyük rol aldığı herkes tarafından kabul edilen bir gerçektir. Kişiler bedensel ve ruhsal anlamda geliştikçe hayatta başarılı olurlar, bu kişiler buldukları topluluğun da gelişimini sağlar. Zira bir toplumun özelliği aile ilişkilerine göre belirlenir⁴⁰.

Ailenin refahı ile toplumun refahının doğru orantıda olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. *“Ailenin ve toplumun kaderi de çocuğun kaderine bağlıdır. Çocukluk insan hayatının muayyen bir başlangıç devresinin adı olarak, bu hayatın dinamizmi içinde maddi ve ruhi büyümenin en hızlı geliştiği, en hassas bir zaman parçasını ifade eder⁴¹.”* Ailenin çocuğa attığı psikolojik ve ekonomik değerler bir yandan toplumun gelişmişlik düzeyiyle, diğer yandan da ailenin sahip olduğu çocuk sayısı ile ilişkilidir. Nitekim çocuğun ekonomik değeri çok çocuklukla, psikolojik değeri ise az çocuklukla

³⁹ DÖNMEZER, Sosyoloji, s. 225.

⁴⁰ DÖNMEZER, Sosyoloji, s. 214.

⁴¹ FER, Müslüh; Korunmaya Muhtaç Çocuklar, İktisadi Araştırmalar Vakfı, İstanbul, 1970 aktaran; DANIŞOĞLU, Emel; Türkiye’de Çocuğun Durumu, 1990’ların Çocuk Politikası Kongresi (yayınlanmamış bildiri metni), s. 35.

orantılıdır⁴². Aile bütünlüğünün korunduğu, aile içi dengenin bozuk olmadığı durumlarda çocukların, kendilerini çevrenin olumsuz ve ayartıcı etkilerinden korudukları gözlemlenmiştir. Ailenin makul ölçüde kontrol ve desteğini alan çocuğun suça yönelmesini engellediği de tespit edilmiştir⁴³. Yine ailenin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmediği ya da yetersiz kaldığı durumlarda çocukların kişilik gelişiminde olumsuzluklara yol açabileceği bir gerçektir. Üçcan' a göre çocukların sosyal uyumsuzluklarını önlemek bakımından ailenin olumlu etkisi birinci derecede, okul ikinci derecede rol oynamakta, sosyal kontrol sistemleri (mahkeme, zabıta kuvvetleri) oldukça etkisiz kalmaktadır. Toplumların gelişiminin yeni kuşakların sağlıklı gelişimine bağlı olduğu gerçeği göz önüne alındığında, sağlıklı toplumlar için sağlıklı çocukların yetiştiği ailelerin ne kadar önemli olduğu ortaya çıkacaktır.

Geleneksel aile yapısında çocukların bakımı ve eğitiminden sorumlu olan kişi annedir. Bu nedenle sağlıklı çocuk ve nesiller için sağlıklı anne ve kız çocukları şarttır. Ancak anne ve kız çocuklarının eğitimi ile toplumun da gelişmişliği artacaktır. Bu nedenle annenin korunması özellikle önemlidir. Çocuğun ruhen sağlıklı olmasında, sağlıklı yaşamsında hatta hayatta kalmasında da annenin oynadığı rol büyüktür. Nitekim çocuğun hastalığını teşhis ederek ona müdahaleyi yapacak kişinin anne olduğu göz önünde tutulduğunda, sağlık bilincine sahip ve bu konuda eğitilmiş annenin önemi hemen anlaşılacaktır⁴⁴. Ancak yeni bir yüzyılın ilk çeyreğine girmekte olduğumuz şu tarihlerde dahi, ülkemizde halen kadınların ve kız çocukların korunması ve eğitimi için yeterli düzenlemelerin yapılamadığı ve kadın cinayetlerinin önüne geçilemediği üzülmektedir.

Çocuğun gelişiminde annenin önemi yanı sıra babanın ve yakın akrabasının da önemi büyüktür. Okul öncesi dönemde çocuk, sosyal bir birey olacağını öğrenirken, aynı zamanda, en büyük ayrıntısına kadar kopya edeceği bir modele gereksinim duyar⁴⁵. Genellikle anne-baba, amca-dayı gibi aile içinden bir yetişkin olan model üyenin, bozuk bir kişilik yapısına sahip olması halinde, bu kötü davranış örneğinin çocuğa da yansıma

⁴² ÜÇCAN, Fikret; Türkiye'de Çocuğun Durumu, 1990'ların Çocuk Politikası Kongresi, s. i. (yayınlanmamış bildiri metni)

⁴³ ÜÇCAN; s.ii.

⁴⁴ ÜÇCAN; s.iii.

⁴⁵ YAVUZER, Haluk; Aile içi etkileşim ve aile dışı öğelerin doğurduğu psiko-pedagojik sonuçlar, Türkiye'de çocuğun durumu, 1990'ların Çocuk Politikası Kongresi (yayınlanmamış bildiri metni), s. 271.

olasılığı mevcuttur. İşte bu sebeplerle çocuğun gelişimi için ailenin varlığının gerekliliği kadar, ailenin doğru örnek olmasının da önemli olduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır.

Sonuç olarak, toplumun sağlıklı ve gelişmiş olabilmesi için; çocuğun aile içerisinde, özgüvenli, eğitimi, çocuklarına karşı güven verici, hoşgörülü ve iyi birer rol model olan ebeveynler tarafından yetiştirilmesi gerekmektedir. Burada toplumun yüksek menfaatleri göz önüne alınarak, Devletin koyduğu yasalarla aileyi, anne ve çocuğu koruması kaçınılmazdır. İşte bu nedenle Anayasa'nın 41. maddesinin gerekçesinde toplum yaşamının ilk modeli olan ailenin, millet hayatının temeli olması sebebi ile Devlet tarafından korunacağını Anayasa ile düzenlemiştir.

1.2. Türk Hukuk Düzeninde Aile Ve Ailenin Korunması

Anayasanın⁴⁶ “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlıklı 3. bölümünde yer alan 41. maddesinde; *“Aile, Türk toplumunun temelidir. "ve eşler arasında eşitliğe dayanır." Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”* denilerek ailenin Türk toplumu için önemini ve devletin bu temel taşı korumak için bir takım tedbirler alabileceğini düzenlenmiştir.

Anayasada ailenin tanımına yer verilmemiştir. Ancak gerekçesine bakıldığında *“medeni olmadan bir aileden bahsedilemeyeceğini, ailenin ahlaki bir çevre olduğu, toplu yaşamın ilk modeli olarak eğitim, yardımlaşma ve şefkat kaynağı olduğu, millet hayatı bakımından da kutsal bir temel teşkil ettiğinden devletin ailenin huzur ve refahını koruyacağı”* belirtilmiştir. Yine gerekçeye göre ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesiz olduğu belirtilerek, medeni olmadan aileden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Buradan 41.maddede düzenlenen ve korunacak olan ailenin Medeni Kanun

⁴⁶ 18.10.1982 gün ve 2709 sayılı T.C. Anayasası, RG 09.11.1982 t. 17863 mükerrer

hükümlerine göre evlenme akdi ile kurulmuş olan aile olduğu anlamını çıkartmak mümkün olacaktır⁴⁷.

Ancak gerekçeye bakıldığında salt evlenme akdi ile kurulmuş olan evliliklerin korunmasının amaçlanmadığı da görülebilmektedir. Zira düzenleme ile ailenin korunması yanında, ananın ve çocuğun da korunması hükme bağlandığı, ananın, bu sıfatla korunması mevzuatta esasen yer aldığı, çocuğun korunmasının, genel olarak ifade edildiği ve evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esasının benimsendiği açıkça belirtilmiştir.

Bununla beraber, büyük aile bireylerinin de kendi buldukları hukuki duruma göre Devletçe korunma hakları vardır. Sözleşmeli işçilerin İş Kanunu; Sosyal Sigortalar Kanunu hükümlerinden yararlanmaları veya dede, büyükanne gibi, çekirdek aileye kan bağı ile ilişkili olanların örneğin Emekli Sandığı veya Bağ kur Kanunundan yararlanmaları gibi⁴⁸.

Cansel'e göre, bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti Devleti, ancak hukukun koruduğu meşru, monogam aileyi toplumun temeli olarak kabul edebilir. Nitekim, eşler arasındaki hak ve görevler, çocukla ana baba arasındaki hak ve ödevler, çocukla baba arasındaki hukuki ilişkiler, boşanma ve sonuçları, nafaka yükümlülüğü, tazminat talepleri, batıl evlilik, velayet, vesayet gibi konularda ancak medeni kanunla düzenledikleri takdirde gerektiği zaman hak sahibinin talebiyle haklarının Devletçe korunması söz konusu olabilir⁴⁹. Bütün bu kuralların amacı aile düzenini korumak ve aileyi ayakta tutmaktır. Bu konuda hâkime geniş değerlendirme yetkisi verilmiş ve böylece evlilik birliğinin korunması için hakimin bu birliğe müdahalesi –tarafardan birinin istemi üzerine- kabul olunmuştur⁵⁰.

Sınırlarının saptanmasındaki güçlüğü rağmen, Devlete yüklenen koruma görevinden iki türlü sonuç çıkarmak mümkündür. Bunlardan ilki ailenin “menfaatleri

⁴⁷ DİNÇKOL; s.125.

⁴⁸ CANSEL, Erol; Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi, Prof. Dr. Jale G. Akipek' e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:11, Konya, 1991, s. 406.

⁴⁹ CANSEL; s.407.

⁵⁰ VELİDEDEOĞLU; Ailenin Çilesi Boşanma, s. 22.

zedelenmemeli”, aile mağdur duruma düşürülmemelidir. İkincisi ise; sosyal devlet ilkesinin bir sonucu olarak aile “desteklenmelidir”⁵¹.

Yine Anayasanın 10. maddesinde “Kanun Önünde Eşitlik” ilkesi düzenlenmiştir. Her iki düzenleme 2001, 2004 ve 2010 yıllarında değişikliğe uğrayarak daha da güçlendirilmiştir.

Anayasa’nın “Sosyal Güvenlik Bakımından Özel Olarak Korunması Gerekenler” başlıklı 61. maddesinin 3. fıkrasında; “Devlet, korunmaya muhtaç çocukların topluma kazandırılması için her türlü tedbiri alır.” hükmünü düzenlemiştir. Bu düzenleme ile aile içinde bulunan veya ailesi tarafından terk edilmiş ve korunmaya muhtaç çocukların bakımı devlet tarafından üstlenilmiştir.

Anayasa’da ailenin korunmasına ilişkin düzenlemeler ışığında, özel ve genel kanunlarla koruma altına alınmıştır.

Türk Medeni Kanunu’nda aileye ilişkin olarak yapılan düzenlemelerde, evlilik hukuku, hısımlık ve vesayete ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Yukarıda anlatıldığı üzere aile hukuku ilişkilerinin önemi sebebi ile devlet aileye ilişkin detaylı düzenlemelerle müdahale etmek zorunda kalmıştır. İsviçre Medeni Kanunu’ndan iktibas edilen 743. sayılı Türk Medeni Kanunu’nu⁵² 75 yıl yürürlükte kalmıştır. Kanunla, aile hukuku yönünden aile içerisinde kadın erkek eşitliği sağlanmış, resmi nikâh zorunluluğu getirilerek tek eşlilik kabul edilmiştir. 01.01.2002 tarihinde Türk Medeni Kanunu’nun⁵³ yürürlüğe girmesine kadar hükümleri uygulanmıştır. TMK, ailenin ve birliğin korunmasına ilişkin birçok yeni düzenlemeye yer vermiştir. Türk Medeni Kanun bu hali ile kadın-erkek eşitliğini gözeten, cinsiyet ayrımcılığına son veren, kadınları aile ve toplum içerisinde erkekler ile eşit kılan, kadın emeğini değerlendiren bir düzenlemedir. “Ailenin reisi kocadır”⁵⁴ ibaresi yerini “evlilik birliğini eşler beraber yönetir”⁵⁵ hükmüne bırakmıştır. Aynı zamanda evlilik birliğinin temsili eşlerin her ikisine de verilmiştir⁵⁶.

⁵¹ ANSAY, Tuğrul; Anayasalarda Aile Kavramı, Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği Yayını, 1984, Ankara, s. 22-23

⁵² RG 04.07.1926 t., Sayı:339, 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi

⁵³ RG 08.12.2001 t., Sayı 24607, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

⁵⁴ 743 sayılı MK 152/I maddesi; “Koca, birliğin reisidir.”

⁵⁵ 5721 sayılı TMK 185/II maddesi “Birliği eşler beraberce yönetirler.”

⁵⁶ 5721 sayılı TMK 188/I maddesi “Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.”

TMK’ da ailenin tanımına yer verilmemiştir. Çünkü “aile kavramı”, mahiyeti ve yapısı zamanla değişen, çevresi genişleyip daralan değişken bir kurumu ifade eder⁵⁷. Dar anlamda aile sadece eşlerden oluşan birliği, geniş anlamda aile ise ana, baba ve çocukların oluşturduğu topluluğu ifade eder. 743 sayılı yasada “ev düzeni” başlığı altında düzenlenen en geniş anlamda aile ise; bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında hep birlikte aile halinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğu kastedilmektedir⁵⁸.

TMK 142. madde⁵⁹ hükmüne göre evlenme resmi memur önünde irade beyanlarının açıklanması ile yapılır. Evlilik, ayrı cinsten iki kişinin tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak konusunda anlaşmalarıdır. Bu nedenle evlenecek kişilerin iki ayrı cinsten olmaları gerekir. Aynı cinsten iki kişinin evlenmesi durumunda bu evlilik yok hükmündedir⁶⁰. Maddede belirtilen şekil şartlarını taşımayan evlilikler de geçerli değildir⁶¹. Nitekim evli olmayan kadının bağlayıcı bir yasal anlaşmayla evli kadınların sahip olduğu bir takım pozitif haklardan yararlanmak istemesi kabul edilmemektedir⁶². AİHM’ in Şerife Yiğit/Türkiye davası (Başvuru no:3976/05) kararlarında⁶³ ; “AİHM’ e göre de hâlihazırda, yürürlükteki ulusal kanunlara göre bir imam tarafından kıyılan imam nikâhı üçüncü şahıslar ve devlet nezdinde herhangi bir yükümlülük oluşturmaz. Başvuranın ileri sürdüğü savdan bağımsız olarak, buradaki esas belirleyici unsur, uzun süreli ve sağlam bir ilişkinin varlığı değil, tüm hak ve yükümlülüklerin akdi olarak belirtildiği resmi bir taahhüdün var olup olmadığıdır. Bağlayıcı bir yasal anlaşmanın yokluğunda, Türk yasama organının sadece resmi nikâhı koruma altına alması mantıksız sayılmaz. Bu bağlamda AİHM, daha önceki kararlarında da evlilik kurumunun evli çiftlere özel bir statü tanıdığına genel kabul gördüğüne hükmettiğini anımsatıyor. Ölüm yardımları konusunda resmi nikâhlı çiftler ile evli olmayan çiftler arasında gözlemlenen

⁵⁷ AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, 2008, İstanbul, s.4

⁵⁸ ÜNAL, Mehmet; Türk Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, C. Ankara, 1979,s.112.

⁵⁹“Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar.”

⁶⁰ GÜVEN, Kudret; “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuk Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997 s. 68.

⁶¹ YG 2. HD 30.11.2006 t. ve 2006/8409E.,2006/16681K. sayılı kararı “Evllenme, şekle bağlı akitlerden olup iki tarafın evlendirme memuru ve tanıklar önünde karşılıklı olarak iradelerini açıklamaları ile kurulur. Davacının hasımsız olarak açtığı ve gayri resmi bir evlilik yaptığını belirterek evliliğin tespiti ve tesciline karar verilmesini istediği davada, geçerli bir evlenme akdine dayanmadan birleşen taraflar arasında geçerli bir nikah akdi meydana gelmediği halde davanın kabulüne karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır”(www.kazancı.com)

⁶²KARINCA,Eray;http://www.radikal.com.tr/radikal2/resmi_nikah_ve_aih_m_kararlari-1011429 (20.05.2015)

⁶³ YG 10. HD 01.03.2010 t. 2008/18155E., 2010/2758K. sayılı kararı (www.kazancı.com)

farklı uygulamaların meşru bir amacı gözettiğini, geleneksel resmi nikâhla kurulan ailelerin korunması gibi haklı ve makul bir dayanağı olduğudur.”

AİHM kararlarında da belirtildiği üzere ölüm yardımları konusunda resmi nikâhlı olmayan eşler yönünden farklı uygulamalar yapılması amacına uygundur. Yargıtay da emsal kararlarında⁶⁴; “Dava, trafik kazasından kaynaklanan destekten yoksun kalma tazminatı istemine ilişkindir. Mahkemece davacının şiddetli geçimsizlik nedeni ile müteveffadan boşanmış ve halen bir başkası ile evli olduğu, destekten yoksun kaldığını kanıtlayamadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Davacı imam nikâhlı eşini kazada kaybettiğini iddia etmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı istemi için resmi bir evlilik bağı ile bağlı olunması gerekmediği gibi, mirasçı olunmasına da gerek yoktur. Önemli olan, düzenli ve eylemli bir birliktelik ve destek ihtiyacının kanıtlanmasıdır. Davacının ölmeden önce müteveffa ile birlikte yaşayıp yaşamadığı, ortak bir hayatları olup olmadığı araştırılmalıdır.” diyerek imam nikâhlı eşin de destekten yoksun kalma tazminatı alabileceğini kabul etmiştir. Şu halde resmi nikâhlı olmayan eşin de koruma altına alındığını söylemek mümkündür.

Evlilik birliğinin korunması amacı ile TMK 195. ve 201 maddeleri arasında hâkimin evlilik birliğine müdahale edebilmesi kabul edilmiştir. Hâkimin müdahalesinin mümkün olabilmesi için, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi ve eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini istemeleri gerekmektedir⁶⁵. Hâkimin müdahaleye ilişkin yetkisi, TMK 195 madde ve devamında sınırlı bir biçimde belirlenmiştir. Hâkim, kendisine verilen bu yetkiler dışına çıkamaz. Zira burada korunmak istenen aile birliğinin devamıdır, ailenin özel hayatına müdahale değildir.

Çocuğun korunmasına ilişkin olarak TMK 347. maddede düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemeye göre; “*Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile*

⁶⁴ YHGK 13.04.2011 t., 2011/17-3E., 2011/142K. sayılı kararı (www.kazancı.com)

⁶⁵ 4721 sayılı TMK 195. madde; “**MADDE 195.**- Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”

yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır.” Devlet çocuğun korunması için gerekirse anne ve babanın velayet haklarını ellerinden alabilir⁶⁶, çocuğun başka bir ailenin yanına veya SÇEK’ e yerleştirilmesine karar verebilir.

Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un⁶⁷ amacı şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemektir. Bu kanunun yürürlüğe girmesi ile birlikte, 1998 yılında yürürlüğe giren ve aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin ilk özel düzenleme niteliğinde olan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun⁶⁸ yürürlükten kalkmıştır. 4320 sayılı yasa yürürlükteyken, 5636 sayılı kanunla sadece evli kadınların değil, aynı zamanda aile bireylerinin de koruma kapsamına alınmasını sağlamıştır.

6284 sayılı kanunda “şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri” mağdur olarak kabul etmiştir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere taraflar arasında evlilik birliği ya da hısımlık ilişkisi aramamış, şiddet tehlikesi altında bulunan herkesi suçun mağduru olarak kabul ederek, koruma altına almıştır. Kanunun isminin her ne kadar kadına karşı şiddetin önlenmesi olsa da, mağdurun tanımından da anlaşılacağı üzere bir cinsiyet belirtilmediğinden erkek de bu korumadan

⁶⁶ YG 2 HD 07.10.2003 t. 2003/11644E., 2003/12972K. sayılı kararı “Taraflar 1986 doğumlu zeka özürlü Mehmet’in velayetini üzerlerine almaktan ısrarla kaçınmaktadırlar. Ana babanın bu tutum ve davranışı karşısında çocuğun bunlardan birisine verilmesi çocuğun bedeni ve fikri gelişmesini tehlikeye düşürecek, çocuğa yarar değil zarar getirecektir. O halde Türk Medeni Kanununun 347. maddesi ve 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu hükümleri de re’sen gözetilerek uygun bir karar verilmesi gerekirken, çocuğun velayetinin babaya verilmesi usul ve yasaya aykırıdır”

⁶⁷ RG 20.03.2012 t. Sayı No:28239, 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

⁶⁸ RG 17.01.1998 t. Sayı No:23233, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun

yararlanabilir. Kanunla hem mülki amirlere⁶⁹ hem de mahkemelere⁷⁰ koruyucu ve önleyici nitelikte tedbirler alabilmeleri yetkisi vermiştir.

Türk Ceza Kanunu' nda "Aile Düzenine Karşı Suçlar" ayrı bir başlık altında 230-234 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Kanun koyucu daha önce de belirtildiği üzere; aile düzenine ilişkin yaptığı düzenlemelerde kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermediği, kişinin açıkça en yakınına verdiği zararın giderilmesinin amacındadır. Aileye mensup veya aile dışında bir kişinin hukuken korunan bir hakkını ihlal eden ve

⁶⁹ MADDE 3 - (1) Bu Kanun kapsamında korunan kişilerle ilgili olarak aşağıdaki tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere mülki amir tarafından karar verilebilir:

a) Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması.

b) Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması.

c) Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi.

ç) Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması.

d) Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a) ve (ç) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde mülki amirin onayına sunar. Mülki amir tarafından kırksekiz saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.

⁷⁰ MADDE 5- (1) Şiddet uygulayanlarla ilgili olarak aşağıdaki önleyici tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere hâkim tarafından karar verilebilir:

a) Şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması.

b) Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.

c) Korunan kişilere, bu kişilerin buldukları konuta, okula ve işyerine yaklaşmaması.

ç) Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması.

d) Gerekli görülmesi hâlinde korunan kişinin, şiddete uğramamış olsa bile yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması.

e) Korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi.

f) Korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi.

g) Bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi.

ğ) Silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi.

h) Korunan kişilerin buldukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların buldukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması.

ı) Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması.

(2) Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde birinci fıkranın (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, ilgili kolluk amirlerince de alınabilir. Kolluk amiri evrakı en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk işgünü içinde hâkimin onayına sunar. Hâkim tarafından yirmidört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar.

(3) Bu Kanunda belirtilen tedbirlerle birlikte hâkim, 3/7/2005 tarihli ve 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirler ile 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulması hususlarında karar vermeye yetkilidir.

(4) Şiddet uygulayan, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hâkim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.

cezalandırmanın fayda sağlayacağı eylemlerin suç olarak düzenlenmesi günümüz ceza hukuku anlayışına uygun olacaktır⁷¹. Ailenin sınırlı olsa da cezai yaptırımlarla korunması, evlenme akdi ile oluşan ve eşlere belirli hak ve yükümlülükler yükleyen evliliğin dolayısıyla eşlerin menfaatlerini ve evlilik birliğinin devamını sağlayarak, aileyi koruma amacına uygun düşecektir⁷². Ancak TCK’ da yapılan düzenlemeler salt evlilik birliği içerisindeki tarafları değil, sürekli birlikte yaşadığı kadını ve evlilik birliği dışında meydana gelmiş çocuğu, hatta doğmamış bebeği de korumaktadır.

Uluslar arası düzenlemelerde de aile kurumunun korunmasına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

*İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin*⁷³ 12. maddesinde; “*Kimsenin özel yaşamına, ailesine konutuna ya da haberleşmesine keyfi olarak karışamaz, şeref ve adına saldırılamaz. Herkesin bu gibi karışma ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı vardır.*” hükmü ile özel yaşam ve aile koruma altına alınmıştır. Yine 16.madde; “*Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır. Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır. Aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur.*” hükmü yer almaktadır. Bildiride bu maddeler haricinde 23., 25 ve 26. maddeler ile aileyi koruyan hükümler kabul edilmiştir. Beyanname Bakanlar Kurulu kararı⁷⁴ ile ülkemizde okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulmasına karar verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ nin⁷⁵ 8. maddesi; “*Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmiş olmak koşuluyla söz konusu*

⁷¹ NUHOĞLU, Ayşe; Aile Düzenine Karşı Suçlar; Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 5.

⁷² YILMAZ, Berfin Işık; Türk Ceza Kanununda Aile hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012, s. 23.

⁷³ BM Genel Kurulu’nun 10.12.1948t. ve 217. A III. sayılı kararı

⁷⁴ 06.04.1949 t., 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı (RG 27.05.1949 t. Sayı:7217)

⁷⁵ 10.03.1954 t. 6365 s. Onay Kanunu (RG 19.03.1954t., No:8662)

olabilir.” hükmünü içermektedir. Yine 12. maddeye göre; “Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.” AİHS’ nin 12. maddesi ile ailenin ve özel hayatın kanun ile koruma altında olduğu bu korumanın ihlali halinde kanun yolları ile koruma hakkına başvurulabileceği düzenlenmiştir⁷⁶.

AİHM’ in Türkiye Aleyhine verdiği bir kararda⁷⁷; aile içi şiddeti engelleyemediği ve kadına karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri hayata geçirmedeği gerekçesi ile Türkiye’ yi suçlu bulmuştur.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’ nin⁷⁸ 3. maddesinde, taraf devletlerin, çocuğun ana-babasının vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak, esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamayı üstleneceğini ve bu amaçla tüm uygun yasal ve idari önlemleri alacağını kabul etmiştir. Sözleşmeye ayrıca ulusal ve uluslar arası düzeyde çocukları aile yanına yerleştirme ve evlat edinmeye de özel atıfta bulunarak madde 3’te yer alan düzenlemeye göre; anne, baba veya vasileri ya da kendisinden hukuken sorumlu olan kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde tutarak çocukların bakım ve korunması zorunluluğunu hüküm altına almıştır⁷⁹. BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde yer alan diğer düzenlemelerle; çocuğun yetkili makamlar karar vermedikte taraf devletlerin çocuğun ana babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alacağını⁸⁰, çocukların ekonomik sömürüye ve her türlü tehlikeli işte ya da eğitimine zarar verecek ya da sağlığı veya bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ya da toplumsal gelişmesi için zararlı olabilecek nitelikte çalıştırılmasına karşı korunma hakkının bulunduğunu⁸¹ da kabul etmiştir.

Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW)’nin⁸² 3. maddesinde; taraf Devletlerin özellikle politik, sosyal, ekonomik ve kültürel sahalarda olmak üzere bütün alanlarda, erkeklerle eşit olarak insan hakları ve temel özgürlüklerinden yararlanmalarını ve bu hakları kullanmalarını garanti etmek

⁷⁶ NUHOĞLU; s. 40.

⁷⁷ AİHM 3. Daire 09.06.2009 t. 33401/02 sayılı OPUZ/TÜRKİYE Kararı. (www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/33401-02.pdf) 20.05.2015

⁷⁸ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 20.11.1989 t. ve 44/25 sayılı kararı (4058 sayılı Onay Kanunu, RG 11.12.1994 t. Sayı: 22138)

⁷⁹ NUHOĞLU; s. 41.

⁸⁰ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 9.

⁸¹ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi madde 32.

⁸² Bakanlar Kurulu’nun 24.07.1985 t. ve 85/9722 sayılı kararı (RG 14.11.1985T. Sayı No:18898)

amacıyla, kadının tam gelişmesini ve ilerlemesini sağlamak için yasal düzenleme dâhil bütün uygun önlemleri alacaklarını kabul edilmiştir. Yine 16. maddede⁸³ taraf devletlerin erkeklerle kadınlara eşit haklar tanıyacağı kabul edilmiştir.

CEDAW’ da öngörülen temel ilkeler kadın haklarının “evrenselliği” ve bu hakların “birey olarak” her kadına tanınması gerekliliğidir. Kadınlara yönelik ayrımcılığın bütün toplumlarda var olduğu gerçeğinden hareket eden CEDAW, bu tür uygulamaların bütünüyle ortadan kaldırılması gereğinin koşulsuz olarak kabul edilmesini öngörmektedir⁸⁴.

Sonuç olarak gerek iç hukukta gerekse uluslar arası düzenlemelerde; ilgililerin menfaatleri göz önüne alınarak kişiler ön planda tutulmaktadır. Burada devletin yaptığı düzenlemeler, kişilerin özel hayatlarına müdahaleden çok, haklarının korunup korunmadığını kontrolünden ibarettir.

2. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA AİLENİN KORUNMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Alman Ceza Kanunu’nda 1973 yılında yürürlüğe giren Dördüncü Ceza Hukuku Reformu Kanunu ile, ahvali şahsiye, evlilik müessesesi ve aileyi koruyan hükümler yeniden düzenlenmiştir⁸⁵. Kanunun 170 a maddesi ile yapılan düzenleme sonucunda gebe

⁸³ Madde 16- 1. Taraf Devletler, kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

a- Evlenmede erkeklerle eşit hak,

b- Özgür olarak eş seçme ve serbest ve tam rıza ile evlenme hakkı,

c- Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar,

d- Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların menfaatleri en ön planda gözetilecektir.

e- Çocuk sayısına ve çocukların ne zaman dünyaya geleceklerine serbestçe ve sorumlulukla karar vermede ve bu hakları kullanabilmeleri için bilgi, eğitim ve diğer vasıtalarla yararlanmada eşit haklar,

f- Her durumda çocukların çıkarı en üst düzeyde tutularak ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyum olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar,

g- Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil karı ve koca için eşit kişisel haklar,

h- Ücret karşılığı olmaksızın veya bir bedel mukabilinde malın mülkiyeti, iktisabı, işletmesi, idaresi, yararlanılması ve elden çıkarılmasında eşlere de eşit haklar,

2. Çocuğun erken yaşta nişanlanması veya evlenmesinin hiçbir kanuni etkisi olmayacak ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi ve evlenmelerin resmi sicile kaydının mecburi olması için yasama dahil gerekli tüm önlemler alınacaktır.

⁸⁴ SANCAR, Türkan Yalçın; Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013, s. 312.

⁸⁵ JESCHECK, Hans-Heinrich; tercüme eden Feridun Yenisey, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2007, s.98.

kadını terk suçunu düzenleyen 170 c maddesi yürürlükten kaldırılmıştır⁸⁶. Aile hukukuna ilişkin özel görevlerin ihlali olarak ancak 170 b maddesinde “nafaka ödeme yükümlülüğünün ihlali suçu”(verletzung der Unterhaltspflicht) ve 170 d maddesinde “bakıp gözetme mükellefiyetini ihlal”(Verletzung der Fürsorgepflicht) suçları düzenlenmiştir. Alman hukukunda, hamileye karşı bakım yükümlülüğünü ihlal, genel nitelikteki bakım yükümlülüğünü ihlal suçunun nitelikli halini oluşturmaktadır⁸⁷.

Bakıp gözetme yükümlülüğünü ihlal suçunda, 16 yaşından küçük kişilere karşı söz konusu olan, bakıp gözetme veya eğitme mükellefiyetinin ihlal edilmesi cezalandırılmıştır. Failin cezalandırılabilmesi için, mükellefiyetin ağır bir şekilde ihlal edilmiş olması ve terbiye, nezaret veya muhafaza altında olan kişinin, mükellefiyetinin ihlali neticesinde, vücut veya ruhi gelişmesinde önemli bir zararla karşılaşma, suça yönelik bir hayat tarzı sürme veya fuhuşa sürüklenme tehlikesi içine düşmesi şarttır⁸⁸. Bu durumda “cezalendirme şartı” bulunduğunu söylemek mümkün olacaktır. Alman Anayasasında, evlilik ve aile devletin özel koruması altındadır denilerek aile kurumu özel olarak devletin koruması altına alınmış ve anayasal güvenceye kavuşmuştur. Anayasal güvencenin yanında, devlete ailenin kurulması ve korunması için yükümlülükler getirilmiştir⁸⁹.

Majno Şerhi'nin⁹⁰ 390 ve devamı maddelerinde aile ve çocuğa ilişkin düzenlemelerde ailenin tanımı tam olarak yapılmamıştır. Ancak Terbiye ve İnzibat Vasıtalarının Suiistimali ve Aile Efradına Karşı Pek Fena Muamele başlığı altında düzenlenmiş 390. maddede “failin idaresi altında bulunmak” ibaresi geniş anlamdadır⁹¹. Yine 391. Maddede yer alan “fena muamele” suçunda ailenin tanımına yer verilmemiştir⁹². Kanunun 390. maddesinde, cürümün mağduruna işaret ederken failin idaresi altında bulunan veya ona tevdi edilmiş olan şahıstan bahsetmektedir⁹³. 391. maddede aile fertlerine ve on iki yaşında küçüklere fena muameleden bahsedilmektedir. On iki yaşından küçük olan çocuğun aile fertlerinden olması gerekmemektedir. Terbiye ve inzibat

⁸⁶ JESCHECK; s. 98.

⁸⁷ ZAFER, Hamide; Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali suçu, s.4.

(<http://hamidezafer.com/wp-content/uploads/2012/05/43-Aile-Hukukundan-Kaynaklanan-Y%C3%BCK%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCl%C3%BCl%C4%9F%C3%BCn-%C4%B0hlali-Su%C3%A7u-HZ-AA2.pdf>) (Erişim Tarihi 19.05.2015)

⁸⁸ JESCHECK; s.98.

⁸⁹ UÇAR, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aileyi Koruma Yasası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 62.

⁹⁰ MAJNO Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:8, C.3., Ankara , 1980, s.320-334.

⁹¹ EREM, Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C.III, Ankara,1993, s. 2219

⁹² EREM; s.2224.

⁹³ MAJNO; s. 327.

vasıtalarının kötüye kullanılması ile çocuğa ve aile fertlerine fena muamele arasındaki fark, niyet unsurunda aranmalıdır. Tedip maksadı bulunuyorsa 390 ve eğer fail tedip maksadı ile olmayarak gaddarlık hissi ile hareket etmiş ise 391. madde tatbik edilir⁹⁴. 390. madde için hapis, 391. Madde için ağır hapis düzenlenmiştir. Her iki suç için de soruşturmanın resen yapılması düzenlenmiş olup, karı-koca arasında fena muamele sebebi ile soruşturulma yapılması şikâyete bağlanmıştır.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanununun 2. Kitabının 11. Babı “Aileye Karşı Cürümler” başlığını taşımaktadır. 4 fasıla ayrılmış babda birinci fasıl “Evliliğe ilişkin Cürümler” düzenlenmiştir. 556. maddede çok evlilik, 557. maddede suçun zamanaşımına uğraması, 558. maddede aldatmak sureti ile evliliğe sürüklenme, 559. maddede kadının zinası (adulterio), 560. maddede kocanın zinası (concupinato), 561. maddede cezayı kaldıran, hafifleten haller, 562. maddede ferî ceza ve medeni hukukla ilgili yaptırımlar, 563. maddede 559 ve 560. maddelerde yer alan suçların düşmesi düzenlenmiştir⁹⁵.

Babın “Aile Ahlakı Aleyhine Cürümler” başlıklı 2. faslında 564. maddede fücür, 565. maddede ise basılmış eserler vasıtasıyla aile ahlakına saldırı suçları düzenlenmiştir. “Aile Haline Karşı Cürümler” başlıklı 3. fasılda doğmadığı halde çocuğun nüfus kütüğüne kaydı ve doğumu saklama 566. maddede, küçüğü şahsi halini değiştirme 567. maddede, nüfuz kütüğüne nezhebi sahih veya evlilik dışı olmasına rağmen tanınmış olarak kaydettirilen küçüğü şahsi halini gizleyerek hayır kurumuna terk etme 568. maddede, 569. maddede ferî ceza düzenlenmiştir.

Babın son faslının başlığı “Aileye İlişkin Bakım Görevinin İhlali Cürümleri”dir. Aileye Karşı Bakım Yükümlülüğünün İhlali (Manevi Terk) 570. maddede, terbiye ve tedip vasıtalarının kötüye kullanılması 571. maddede, aile efradına ve küçüklere kötü muamele 572. maddede, küçüğü rızasıyla kaçırma 573. maddede, velayet, vesayet altındaki bir akıl hastasını veya 14 yaşından küçüğü kaçırma veya arzusu hilafına alıkoyma 574. maddede düzenlenmiştir⁹⁶. İtalyan Ceza Kanunu’nun 570. maddesine eklenen 3. fıkra⁹⁷ ile çocuklara ilişkin hükümler hariç diğer kişiler için suçun takibi şikâyete bağlanmıştır. Aynı maddeye

⁹⁴ MAJNO; s. 326.

⁹⁵ ARTUK; s. 12.

⁹⁶ ARTUK; s. 12.

⁹⁷ 1981/689 sayılı yasa ile eklenen kısım

son fıkrada⁹⁸ yapılan ekleme ile, failin fiilinin bu maddeden ayrıca daha ağır bir suç oluşturması halinde failin 570. maddeden değil, daha ağır olan suçtan yargılanmasını düzenlemiştir.

1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu'nda aileye ilişkin bu kadar detaylı düzenlenmesinin nedeni Dönmezer 'e göre, ailenin faşist doktrinde İtalyan Büyüklüğünün esaslı elemanlarından sayılması ve ailenin devlet örgütlenmesi içerisinde yer alması ve bir devlet Korporasyonu kabul edilmesindedir⁹⁹. Ancak İtalyan Anayasası' nın 29. ve 30. maddelerini konusunda bugüne kadar anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmediğinden bu durumun geçerli olduğunun söylenmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

İsviçre Ceza Yasası'nın özel hükümler kitabının altıncı başlığı, "Aileye Karşı İşlenen Cürüm ve Kabahatler" dir. Bu başlık altında, birden çok evlilik (İsv. CK m.215), bakım yükümlülüğünün ihmali (İsv.CK m.217), bakıp gözetme ve eğitim yükümlülüğünün ihlali (İsv.CK m.219) ve reşit olmayan kişiyi kaçıрма (İsv.CK m.220) suçlarına yer verilmiştir¹⁰⁰. Kanunda yapılan değişiklikle zina, soy bağının değiştirilmesi, gebe bırakılan kadının terki suç olmaktan çıkarılmıştır. Bunun sebebi bu suçların ceza hukuku uygulamasında anlamsız kaldığı ve cezalandırmaya artık ihtiyaç olmadığı kabul edilmesidir¹⁰¹. Ceza düzenlemesi yanında İsviçre Medeni Kanunun'da da ailenin korunmasına ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İMK' u 172. maddesinde, eşlerden birinin aileye karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin aile birliğine ilişkin önemli konularda uyuşmazlığı hallerinde hâkimden birliğin korunmasının talep edileceği düzenlenmiştir. Koruma talep ve şartları TMK ile aynı esasları taşımaktadır¹⁰².

⁹⁸ 1987/74 sayılı yasa ile eklenen kısım

⁹⁹ DÖNMEZER, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, s. 392-393.

¹⁰⁰ ZAFER; s. 8.

¹⁰¹ NUHOĞLU; s. 10.

¹⁰²GÜVEN, Kudret: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", Prof. Dr. İhsan Tarakcıoğlu' na Armağan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1-2, Ankara 1999, s. 12-14.

3. AİLE HUKUKUNA HÂKİM OLAN TEMEL İLKELER

3.1. Ferdiyetçilik İlkesi

Aile düzenine, bu birliğin amaç ve ereğinin doğrultusunda, kişilerin korunması ilkesi damga vurmuş bulunmaktadır. Kadının ve çocukların korunmasına ilişkin kurallar, kısıtlanması gerekenleri korumaya yönelik kurallar aile hukukunun büyük bir bölümünü oluşturmaktadır¹⁰³. Aile hukukunda kadına tam fiil ehliyetinin tanınması, aile içinde yaşamayan küçüklerin durumlarının düzeltilmesi, ferdiyetçilik prensibinin yansımalarıdır¹⁰⁴.

Velayet hakkını kötüye kullanan anne ve babadan velayet hakkının alınması, evlilik dışı doğan çocuğun hakları, çocuğun mal varlığının yönetimine ilişkin düzenlemelerin ferdiyetçilik ilkesine dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır.

3.2. Devamlılık ve Birlik İlkesi

Aile hukuku ana düşünce olarak birlik ilkesine dayanmaktadır. Gerçekten ailenin üyeleri (ana, baba, çocuklar ve bunların yakın hısımları) birbirleriyle bağlantı kurmakta ve bu bağlantı sonucunda da bir birlik meydana gelmektedir¹⁰⁵. Aile hukuku alanına giren ilişkiler nitelikleri gereği sürekli olan ilişkilerdir¹⁰⁶. Dar anlamdaki aile yönünden yasa, karı koca arasında kurulan evlilik birliğini, gelip geçici bir beraberlik olarak düşünmemiştir. Karı koca, tasada ve kıvançta beraber olmak üzere, birliğin neşeleri günlerini paylaşmak, zor günlerine de beraber katlanmak üzere evlenirler¹⁰⁷. Kanun'da geniş ve en geniş anlamda aile için de birlik ve devamlılık ilkesi benimsenmiştir. Bu doğrultuda çocuklar, kan ve sıhrî hısımlar ve sözleşme ve gelenek sebebi ile birlikte yaşayan insanların birliği için taraflara yükümlülükler yüklemiştir.

¹⁰³KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989, s. 9.

¹⁰⁴ÖZTAN; Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004,s.15.

¹⁰⁵KÖPRÜLÜ-KANETİ, s.5.

¹⁰⁶AKINTÜRK; s.9.

¹⁰⁷ZEVKLİLER, Aydın/ACARBEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre; Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s. 741.

Aile ilişkilerinde taraflar diğer ilişkilerde olduğu gibi tek taraflı irade beyanları ile bu ilişkiyi sona erdiremezler. Aile hukukunda süreklilikten amaç da, tarafların karşılıklı anlaşma ile aralarındaki birliği ortadan kaldıramamalarıdır¹⁰⁸. Gerçekten, eşler arasındaki evlilik birliği, ya da geniş anlamda ailede çocuklar ile ebeveynleri arasındaki ilişkiler tarafların karşılıklı anlaşmaları ile sona erdirilemez. Bu durum ahlaki görüşlerin egemenliğinden ileri gelmektedir. Evlilik birliği ancak mahkeme kararı ile ya da ölümle kendiliğinden sona erer. Evlilik birliğinde aslanan eşlerden birinin ölümüyle sona ermesidir; evlilik birliğinin diğer sona erme nedenleri olağandışı nedenlerdir¹⁰⁹.

Türk Medeni Kanunu'nun 185/1 maddesinde “evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur” denilerek birliği düzenlemektedir. Aile birliğinin tüzel kişiliği bulunmamaktadır¹¹⁰. Ancak Türk Medeni Kanunu birliği adeta bir tüzel kişiymiş gibi ele almış ve korumuştur¹¹¹.

3.3. Ailenin ve Çocukların Korunması İlkesi

1982 Anayasası'nın 41. maddesinin gerekçesinde ailenin sosyal yapısının yanı sıra millet üzerinde oynadığı büyük rol sebebi ile korunmasına ilişkin düzenlemeler yapıldığını yukarıda belirtmiştik. Ailenin, kamu yararını yakından ilgilendiren toplumsal bir birim olduğundan, devlet ailenin sürekli bir düzen halinde varlığını devam ettirebilmesi amacı ile, aile hukuku ilişkilerine geniş ölçüde müdahale etmektedir¹¹². Kanun koyucu bu düzenlemeleri yaparken, aileyi ve evlilik içi ya da dışı ayırımı yapmaksızın çocukları korumayı amaçladığını açıkça belirtmektedir.

Genellikle Aile hukuku ilişkilerinin kurulmasında tarafların iradelerinin yeterli olmaması ve kamu makamlarının iznine, katılmasına veya kararına gerek bulunması, kamusal gözetimin en belirgin özellikleridir¹¹³. Gerçekten aile hukuku özel hukuk alanında

¹⁰⁸ ÖZTAN; s.15.

¹⁰⁹ KÖPRÜLÜ/KANETİ; s. 6.

¹¹⁰ HAVUTÇU, Ayşe; Evlilik Birliğinin Temsili, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 27, ÖZTAN; s.152, AYAN; Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004 s.15. <http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/evlilik-birliginin-korunmasi.pdf> (E.T. 19.05.2015)

¹¹¹ AKINTÜRK; s.10.

¹¹² KÖPRÜLÜ/KANETİ, s.7.

¹¹³ KÖPRÜLÜ/KANETİ; s.7.

düzenlenmiş olsa dahi, kamu hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Schwarz' a göre aile hukuku kamu hukukunun çok geniş ölçüde etkilediği bir özel hukuk alanıdır¹¹⁴.

Ailenin korunmasının tüm bu önemi yanında, süreç içerisinde dünyada ve ülkemizde çocuğun korunması ve gelişiminin aileye ve topluma katkısı anlaşılmış ve Anayasanın 41. maddesinin başlığı ailenin korunması iken, 2010 yılında yapılan değişiklikle “Ailenin ve Çocuğun Korunması” olarak değiştirilmiştir. Ayrıca 41. maddeye “ Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.”, “Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” ibareleri eklenmiştir.

Anayasa'ya eklenen bu fıkraların gerekçesinde, tarafı olduğumuz “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” ve “Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi” ile diğer uluslararası belgelerde yer alan ve çocuk haklarıyla ilgili kabul gören evrensel ilkelerin, Anayasa metnine dâhil edilmesi; her çocuğun himaye ve bakımdan yararlanma hakkı olduğunun vurgulanması ve çocuğun ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmektedir.

Yapılan değişiklik ile Devlete, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukların korunmasına yönelik gerekli tedbirleri alma ödevi de yüklendiği görülmektedir.

Ailenin korunması için salt çocuğun değil, aile hukuku ilişkilerinde taraf olanlardan zayıf olanların korunmasını da kapsamaktadır. Aile hukuku ilişkisinde bulunanlardan bazıları, bu uyumu bozmaya ve haksız olarak, zayıf durumda bulunan öteki ilişkilerin zarara uğramaları sonucunu doğuran davranışlarda bulunmaya yeltenirse, zayıf durumdaki kişilerin bu gibi davranışlara karşı korunmasını sağlayıcı düzenlemeleri Medeni Kanunumuz ihmal etmemiştir¹¹⁵.

3.4. Eşitlik İlkesi

Anayasamızın “Kanun önünde Eşitlik” başlıklı 10 maddesinde; *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu*

¹¹⁴ SCHWARZ, Andreas; Aile Hukuku I, (çeviren DAVRAN, Bülent), İstanbul, 1942,s.13.

¹¹⁵ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA; s. 742.

eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. “Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.” hükmüne yer verilmiştir.

07.05.2004 yılında Anayasanın 10. maddesine eklenerek kabul edilen kadın erkek eşitliği, TMK anlamında eşlere eşit davranılmasını sağlamak için de göz önüne alınmaktadır. Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi¹¹⁶ ile kadın –erkek hak eşitliğinin sağlanması kabul edilmiş, yine Birleşmiş Milletlerin “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” ile kadın erkek arasındaki eşitliğin sağlanması¹¹⁷ kabul edilmiştir. Yapılan bu düzenlemelerle insanın insan olması sebebi ile sahip olduğu temel hakları kullanırken, cinsiyet ayrımcılığı yaparak haklarını kullanmasından mahrum bırakılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Anayasamızda bu düzenlemeler ışığında 2010 yılında yapılan değişiklik ile kadın erkek eşitliğini sağlamak için yapılan düzenlemelerin “eşitlik ilkesine aykırılık” teşkil etmeyeceği açıkça benimsenmiştir¹¹⁸. Zira söz konusu düzenleme ile kadınlara pozitif ayrımcılık yapıldığı ileri sürülmektedir. Pozitif ayrımcılık, dilde; “Toplumdaki diğer kişiler ile eşit koşullarda yaşamadığı düşünülen belli gruplara çeşitli ayrıcalıklar tanıyarak onların desteklenmesi” olarak tanımlanmıştır¹¹⁹. Anayasa’ nın eşitlik ilkesini korumasının yanı sıra pozitif ayrımcılığı da kabul ettiği görülmektedir. Eşitlik ilkesinin temel amacının gruplar ya da taraflara uygulanan ayrımcılığın ortadan kaldırılması olduğu düşünüldüğünde, pozitif ayrımcılıkla güçsüz koşullardaki gruba bir fırsat eşitliği sunulmasının aslında eşitliğe zarar vermediğini tam tersine eşitliği sağladığını söylemek de mümkündür.

743 sayılı eski Medeni Kanun’da eşler arasında tam bir eşitlik söz konusu değildir. Kanun, toplumsal gerçekler karşısında, zayıf olan kadını koruyabilme amacıyla, bazen de evlilik birliği içinde düzen ve uyumu sağlayabilmek, bunun için de iki başlılığı önlemek amacıyla kadın ve erkek arasında eşitliği bozucu düzenlemelere yer vermiştir¹²⁰. MK 151/I’ maddede düzenlenen kocanın evlilik birliğinin reisi sayılması, MK 153/I maddede

¹¹⁶ İHEB madde 1- Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.

¹¹⁷ Bkz CEDAW md 3,16 vd.

¹¹⁸ AYM 10.03.2011 t., 2009/85E., 2011/49K. sayılı kararı (RG 21.11.2011t.,Sayı No:28091)

¹¹⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.555af6fdaa3726.98709866 (E.T.19.05.2015)

¹²⁰ ZEVKLİLER/ACARBEY/GÖKYAYLA; s.744.

kadının kocasının soyadını taşımak zorunda olması, MK 291 maddede kişisel mallarıyla ilişkili olmak üzere, üçüncü kişilere karşı olan davalarda karıyı kocanın temsil etmesi gibi.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile eşler arasında ayırım yapmaksızın sorumluluk ve hakların eşit olarak düzenlendiğinden söz etmek mümkündür. Türk Medeni Kanunu'nun 186. ve devamı maddelerinde evlilik birliğine ilişkin kararların alınması ve birliğin yönetimi her iki eşe birlikte verilmiş ve eşlerden birinin birliğe ilişkin işlemlerine diğer eşin katılması hakkı tanınmıştır¹²¹. Evlilik birliğinde eşitlik ilkesinin kabul edilmiş olmasının, evlilik içerisinde topluluk düşüncesini pekiştirdiği çoğu yazar tarafından da kabul edilmektedir¹²².

4. AİLE HUKUKUNDAN KAYNAKLI YÜKÜMLÜLÜKLER

Aile hukukundan kaynaklı yükümlülükler tek tek açık bir biçimde TMK 'da belirtilmemiştir. Ancak, TMK' nın "Aile Hukuku" başlıklı kısmı incelenerek kanunun kişilere yüklediği yükümlülükleri maddelerde yer alan ifadelerden çıkartabilmesi mümkündür. Yükümlülüklerin tespitinde bir diğer kaynak ise Yargıtay tarafından alınan emsal kararlardır. Bu kararların ışığında taraflardan aile içinde birbirlerinden beklenen ödevler olaylar üzerinden değerlendirilmiştir. Yine hâkim karar verirken örf-adet ve yaşanan yerin özelliklerini göz önüne almaktadır.

Örneğin, TMK 185. maddede kanun koyucu eşler arasındaki yükümlülükleri düzenlemiştir. Bu maddeye göre; *"Evlenme ile eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadır."* Şu halde kanun metninden eşlerin birliğin mutluluğunu sağlamak, çocukların bakım, eğitim ve gözetimine beraber özen göstermek yükümlülükleri bulunmaktadır. Aynı zamanda eşler birlikte yaşama, sadakat yükümlülüğü ve birbirlerine yardım yükümlülüğü altındadır.

¹²¹ AYAN; s. 45.

¹²² Bkz. UÇAR, Ayhan; "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu İle Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler" AÜEHF' nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, C.VI, s.1-4, Erzincan, 2002,s.331.

Ana ve babanın çocuklarına karşı eğitim yükümlülüğü ise TMK 340. maddede düzenlenmiştir. Bu maddeye göre “*ana ve baba çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar*” hükmü ile eşleri çocuklarını eğitmekle yükümlü kılmaktadır. Bu maddeye göre çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlama ve koruma yükümlülüğü herkesten önce anne ve babaya aittir.

Aşağıda TMK’ da yer alan yükümlülüklerin neler olduğu anlatılmaya çalışılacaktır. Bu yükümlülüklerin doğru bir şekilde ortaya konulması, çalışma konumuz olan TCK 233. maddede düzenlenen suçların oluşup oluşmadığının tespitinde büyük önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu gerekçesinde; suçun tespiti için TMK hükümlerinin göz önüne alınacağını belirtmiştir. Bu sebeple ceza hâkimi, TCK 233 maddede düzenlenen suç ile ilgili kovuşturma aşamasında “aile hukukunun genel ilkeleri” ile TMK’ da düzenlenen yükümlülükleri göz önüne almak zorundadır.

TMK’ da aile hukukundan kaynaklı yükümlülükler tek tek sayılmadığından, bu yükümlülüklerin kapsamının belirlenebilmesi için çalışmamızda, Yargıtay’ın kararları göz önüne alınmış ve somut olay üzerinden değerlendirilmeye çalışılmıştır.

4.1. Devamlılık ve Birlik İlkesi

Hayatlarını birleştirerek bir ömür boyu birlikte yaşama iradesini ortaya koyan eşlerden, birbirlerinin huzurlu ve mutlu bir hayat sürmelerini sağlayacak şekilde saygı ve sevgi içerisinde davranmaları, birbirlerinin huzurunu kaçırarak davranışlardan kaçınması beklenir. Nitekim eşlerin birbirlerine hakaret etmeleri, birbirlerine saygı ve sevgi göstermemeleri evlilik birliğinden elde edilmesi beklenen menfaatlerin ortadan kalktığı haller olarak kabul edilmektedir. Nitekim Yargıtay’ın emsal kararlarında eşine değişik zamanlarda “aptal, salak” gibi sözlerle hakaret eden eşin kusurlu olduğu kabul edilmiştir¹²³.

Eşlerden birbirlerine sevgi ve saygı gösterilmesini beklerken, birbirlerinin onurunu kırıcı davranışlarda bulunmaması gerektiği de emsal kararlarda kabul edilmiştir. YHGK

¹²³ YG. 2. HD 05.10.2004 t. 6485/11259, KAÇAK, Nazif; Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.211,212.

'nun 08.05.1985 tarihli kararında; “...davalı kocasını, (baldızının kızı ile yani davalı kadının yeğeni ile) cinsel ilişkide bulunmakla itham etmiş ve bunun 4-5 ay sürdüğünü de şikâyet dilekçesinde açıklamış, kızın bakire olduğunun tespit edilmiş olması karşısında, kadının iddiası dayanaksız kalmıştır. Kadın işbu iddiasını, başka suretle ispat edememiş, böylece kocasına karşı haksız dayanaksız ve özellikle onur kırıcı ithamlarda bulunmuştur. İşte kadının bu yersiz şikâyet ve ithamı dolayısıyla kocanın onuru sarsılmış olup, ortak hayatın devamına imkân kalmamıştır ¹²⁴ ...”

Eşlerden her biri ortak hayatın huzuru ve mutluluğunu gerçekleştirmek için elinden geleni yapmak ve bu huzuru bozacak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Zira mutluluk olmayan evde dirlik ve düzen olmayacağı gibi evlilik birliği de taşıdığı toplumsal işlevini yerine getiremez hale gelir¹²⁵. Evlilik birliği içerisinde mutluluğun sağlanamaması halinde tarafların evlilik birliğinden bekledikleri menfaat elde edilemeyecektir. Örneğin eşler meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararını göz önünde tutmalıdır. (TMK 192md)

Eşlerin cinsel anlamda da birbirlerinin mutluluğunu gözetmeleri gerekmektedir. Zira Yargıtay 'ın yerleşik içtihatlarında evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de olduğunu ve cinsel anlamda mutluluğun sağlanamaması durumunda evlilik birliğinin temelden sarsılacağı kabul edilmiştir¹²⁶. Yine bir başka emsal kararda; birlikte yaşanan uzun süre içerisinde cinsel ilişkinin başarısız olması karşısında eşlerde birbirlerine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğmasının şüphesiz olduğunu, ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yaklaşmayı beklemek için eşi zorlamanın açık haksızlık olduğu kabul edilmiştir ¹²⁷. Cinsel arzuları tatmin etme, insanın doğasından gelen ve eşlerin en temel yükümlülüğü olduğunu kabul etmek yanlış olmayacaktır.

¹²⁴ KAÇAK; s.220.

¹²⁵ ŞENYUVA, Ş.Ardahan; Evlilik Birliğinin Korunması, yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Ankara, 2010, s.33.

¹²⁶ YG.2. HD 04.10.2005 tarih 10973/13445 “... tarafların organik bir engelleri bulunmadığı halde uzun bir süre cinsel ilişki kuramadıkları, davacının bakire olduğu, cinsel ilişkinin başarısızlığında davalının kusurlu olduğu...” KAÇAK; s.183,184.

¹²⁷ YG 2 HD 25.11.2004 t. 12535/13957, KAÇAK; s.256.

4.2. Sadakat Yükümlülüğü

Eşler birbirlerine karşı sadakat göstermekle yükümlüdürler. TMK 185. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşler birbirlerine sadık olmak zorundadırlar. Eşlerin diğer yükümlülüklerinde olduğu gibi sadakat yükümlülüğü bakımından da eşler arasında fark yoktur¹²⁸. Kadın ve erkeğin birbirlerine sadakat yükümlülükleri vardır. Sadakat yükümlülüğünden kastedilen salt cinsel yönden sadakat değildir. Tabii ki evlilik birliği devamı süresince eşler birbirlerine cinsel anlamda sadık olmakla yükümlüdür, ancak burada kastedilen daha geniş anlamda bir sadakati içermektedir.

Sadakât yükümlülüğü, eşlerin birbirlerine karşı güven sarsıcı davranışta bulunmamasını da içermektedir. Eşlerin aile sırlarını üçüncü kişilerle paylaşması, eşlerin kendi eşinin menfaati yerine bir başkasının menfaatini üstün tutması, mal varlığının israf edilmesi, mal varlığının eğlence ve kumarda harcanması sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Kocanın annesinin kadını dövmesi ve kocanın bu duruma karşı çıkmaması¹²⁹, birlik görevlerini yerine getirmeyerek eşi ve çocuğu ile ilgilenmeyip borçlanarak eve haciz gelmesine sebep olması¹³⁰ sadakat yükümlülüğüne aykırılık olarak kabul edilmektedir. Yargıtay 2. HD 'nin 1981 tarihli bir kararında kadının kocasının yatak hallerini başkalarına anlatmasını ve sık sık amcasının oğlunun aklından çıkmadığını söyleyerek bir başka erkeğe olan özlemini dile getirmesini “sadakatsizlik” olarak kabul etmiştir¹³¹.

Eşlerin birbirlerine olan sadakat yükümlülüğü, fiilen ayrı yaşasalar dahi devam eder. Şöyle ki taraf arasında boşanma davası olması eşlerin birbirlerine sadık olmaları yükümlülüklerini ortadan kaldırmamaktadır. Eşlerin fiilen veya mahkeme kararıyla ayrı yaşamaları durumunda dahi, bu yükümlülük devam eder¹³². Boşanma kararının kesinleşmesine kadar eşler birbirlerine sadık olmakla yükümlüdürler¹³³.

¹²⁸ ŞENYUVA, s. 33.

¹²⁹ YG 2. HD 10.10.2005 t. 11344/13762, KAÇAK; s.224,225.

¹³⁰ YG 2 HD 19.05.2005 t. 9762/12220, KAÇAK; s.229.

¹³¹ YG 2 HD 16.04.1981 t. 2862/2898, KAÇAK; s.279.

¹³² AYAN; s. 50.

¹³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 22.12.2010 tarih, 2010/2-636E.,2010/680K. sayılı kararı; “Dava; karşılıklı boşanma, maddi-manevi tazminat ve ziynet alacağı istemine ilişkindir. Somut uyuşmazlıkta, henüz boşanma kararı verilmeden kocanın başka bir kadınla ilişkiye girdiği anlaşılmıştır. 4721 Sayılı kanunun 185. maddesi hükmü uyarınca boşanma kararı verilip kesinleşinceye kadar evlilik birliği süreceğinden, bu durumun doğal sonucu olarak taraflar arasında sadakat yükümü de evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam edecektir. Bu düzenleme dikkate alındığında, kocanın evlilik birliği sona ermeden, diğer bir anlatımla sadakat yükümü devam ederken başka bir kadın ile evlilik dışı ilişkiye girdiği hususunun hüküm kurulurken dikkate alınması

4.3. Karşılıklı Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü

Evlilik birliği kurulduğunda eşlerden birbirlerine iyi günde ve kötü günde destek olmaları beklenmektedir¹³⁴. Bu destek hem maddi hem de manevi anlamdadır. Eşler birbirlerinin sevinçlerini ve üzüntülerini paylaşmalı, birbirlerine maddi destek olabilmelidir¹³⁵. Bu nedenle evlilik birliğinin devamı süresince eşler, dayanışma duygusu içerisinde birbirlerine destek ve yardımcı olmakla yükümlüdürler.

Bu yardım ve dayanışma yükümlülüğünü maddi ve manevi olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür. Eşlerin hastalıkta birbirlerine yardımcı olmaları, öğüt vermeleri, üzüntülerinde birbirlerini teselli edebilmeleri manevi yardım ve dayanışmaya örnek olarak gösterilebilecektir¹³⁶. Söz konusu yükümlülüğün özel hukuktaki kullanımına bakıldığında Yargıtay'ın hastalanıp hastanede yatan eşi ile ilgilenmeyen¹³⁷, birbirlerinin ailelerini istemeyen ve birbirlerine karşı hoşgörü göstermeyen¹³⁸, ölümle tehdit eden, hasta annesine

gerekir. Özellikle, tarafların kusur durumuna etkili olan bu husus göz ardı edilmemelidir. Hal böyle olunca; davalı-davacı koca evlilik birliği devam ederken yapmış olduğu sadakatsizlik nedeniyle daha fazla kusurlu olup, bu nedenle kişilik hakkı saldırıya uğrayan ve eşit kusurlu olmayan eş lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.”(www.kazancı.com)

Yargıtay 2. HD. 14.01.2010 tarih 2008/18052E., 2010/572K. sayılı kararı “ ...2- Evlilik birliği süresince eşlerin birbirlerine sadakat yükümlülüğü devam eder (TMK.md.185/son). Bir eşin sadakatsiz tutum ve davranışlarda bulunması diğerine de bu hakkı vermez. (H.G.K. 26.11.2008 gün 200/2-698Esas 2008/711Karar) Toplanan delillerden sadakatsiz tutum içinde bulunan kocaya karşı boşanma davası açan kadın da, dava sırasında bir başka erkekle ilişkide bulunduğu, bu suretle sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davacı kadın da davalı eşi kadar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusurludur. Davacı kadının da eşit derecede kusurlu bulunduğu dikkate alınarak maddi ve manevi tazminat taleplerinin (TMK. md. 174/1-2) reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.” (www.kazancı.com)

¹³⁴ TMK 185. Madde A. Haklar ve yükümlülükler

I. Genel olarak

Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.

Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.

Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.

¹³⁵ Yargıtay 2. HD. 23.10.2008 tarih, 2007/13963E. ,2008/13938K. sayılı kararı “Davalının, ayrı şehirde oturan ve rahatsızlığının tedavisi için evlerine gelen, geçici bir süreyle evlerinde bulunan ameliyatlı olması nedeniyle de yardıma ve bakıma muhtaç durumda bulunan kayınvalidesini istemediği, ona yardımcı olmadığı ve "terbiyesiz" gibi sözler sarf ettiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerle gerçekleşmiştir.

Eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve birbirlerine yardımcı olmak zorundadırlar (TMK. m. 185) ve evlilikte eşit hak ve yükümlülüklere sahiptirler. Hasta ve ameliyatlı olan, bu yüzden yardıma ve bakıma muhtaç durumda bulunan kayınvalideye yardımcı olmak ahlaki bir ödevdir. Bu ödev ve fedakârlık her iki eş için de geçerlidir. Davalı, birliğin mutluluğunu temine yönelik olarak bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş, üstelik kayınvalidesine hakaret etmiştir. Bu halde, taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir.” (www.kazancı.com)

¹³⁶ AKINTÜRK; s. 114. , FEYZİOĞLU; s. 8, ÖZTAN; s.107.

¹³⁷ YG 2. HD 05.10.2004 t. 6485/11259 sayılı kararı, KAÇAK; s.212.

¹³⁸ YG 2. HD 13.10.2005 t. 11501/14075 sayılı kararı, KAÇAK; s.242.

refakat eden eşe yardımcı olmayan, anlayış göstermeyen¹³⁹ eşleri kusurlu saydığı ve eşine karşı yükümlülüğünü yerine getirmediğini kabul ettiği anlaşılmaktadır. Yargıtay bir başka emsal kararında¹⁴⁰ *temporal tipte epilepsi (sara) hastası olduğu anlaşılan eşinden boşanmak isteyen davacının talebini reddetmiştir*. Kararın gerekçesinde bu hastalığın varlığının başlı başına boşanma sebebi olmayacağı, davalının tedavi olduğu ve ruhsal sıkıntısının bulunmadığını belirtilmiştir.

Maddi yardım ve dayanışma yükümlülüğünü ise; “birlik giderlerine katılmayı aşan katkılar” olarak belirtmek mümkündür. Eşlerden birinin hastalık, işsizlik gibi zaruri sebeplerle görevini hiç ya da gereği gibi ifa edememesi halinde, diğer eşin birlik giderlerinde kendi kısmını aşan katkısı yardım ve dayanışma yükümlülüğü kapsamında kabul edilmektedir¹⁴¹. Burada kanun koyucunun “kendi kısmı” ile kastettiği, TMK 186. madde hükmüne göre eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlığı ile katıldıkları orandır. Ortada bir zaruret halinin bulunmaması, eşin bilerek ve isteyerek çalışmaması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir ve diğer eşin maddi yardımda bulunmamış olması dayanışma yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlamında kabul edilmeyeceği kanaatindeyiz.

Aile hukukunda mali yükümlülük salt eşler arasında mevcut değildir. TMK 364. maddede yoksulluk nafakası düzenlerken, aile hukuku hükümlerine göre herkes yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan alt-üst soy ile kardeşlere yardım etmekle yükümlüdür.

4.4. Çocukların Bakım, Gözetim ve Eğitimi Yükümlülüğü

Eşlerin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları evlilik birliğinin gayelerinden bir tanesi de neslin devamını sağlamaktır¹⁴². Çocuğun eğitiminin, o çocuğun sağlıklı bir birey olarak topluma katılması ve topluluğun menfaati açısından vazgeçilmez olduğu şüphesizdir. Kaldı ki yukarıda da anlatıldığı üzere; gerek Anayasa gerekse TMK 340 madde ile çocukların bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini anne ve

¹³⁹ YG 2 HD 23.11.2004 t. 12426/13574 sayılı kararı, KAÇAK; s.259.

¹⁴⁰ YG 2HD 05.06.2004 t. 4941/7899 sayılı kararı, KAÇAK; s.231.

¹⁴¹ AKINTÜRK; s.114, TEKİNAY; Aile Hukuku, s.299.

¹⁴² YG. 2 HD 25.11.2002 t. 11926/13123K sayılı ilamı

babanın sağlayacağı, olanakları dâhilinde çocuğa eğitim vermekle yükümlü olduklarını açık bir biçimde düzenlemiştir.

Eğitim, dilde; “Çocukların ve gençlerin toplum yaşayışında yerlerini almaları için gerekli bilgi, beceri ve anlayışları elde etmelerine, kişiliklerini geliştirmelerine okul içinde veya dışında, doğrudan veya dolaylı yardım etme, terbiye” olarak tanımlanmaktadır¹⁴³. Eğitim hakkı 1948 İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi başta olmak üzere birçok uluslar arası düzenlemede yer almıştır. Bildirgenin 26. maddesine göre¹⁴⁴; herkes eğitim hakkına sahiptir. Eğitim, insan kişiliğinin tüm yönleri ile gelişmesinde önemli bir faktör ve insanların kendilerini geliştirmeleri ve özgürleştirmeleri ile doğrudan orantılı olarak kabul edildiğinden, temel haklar arasında düzenlenmiştir¹⁴⁵.

Yine BMÇHS’ nin¹⁴⁶ 28. maddesinde çocuğun eğitim hakkının fırsat eşitliği üzerinde tedricen gerçekleştirilmesi görüşüyle düzenlenmiştir¹⁴⁷. Bu düzenleme ile çocuğun eğitim hakkı kabul edilmiş, ilköğretim zorunlu hale gelmiştir. Düzenleme ayrıca taraf devletlere eğitim alanında, özellikle cehaletin ve okuma yazma bilmemenin dünyadan kaldırılmasına katkıda bulunmak ve çağdaş eğitim yöntemlerine ve bilimsel ve teknik bilgilere sahip olunmasını kolaylaştırmak amacıyla uluslararası işbirliğini güçlendirme ve teşvik etme yükümlülüğünü yüklemiştir.

UNICEF tarafından düzenlenen 1999 raporunda eğitimsizlik sebebi ile anne çocuk ölümlerinin başlıca etkenlerden biri, annenin eğitim düzeyinin düşüklüğü ya da hiç okuma yazma bilmemesidir. Kız çocuklarının okullaşma oranında 10 puanlık bir artış sonunda bebek ölüm hızı binde 4.1 azalmaktadır. Şu halde, çocuğun en temel hakkı olan yaşama hakkı ile eğitim hakkı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.

¹⁴³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5457e1a945bfb2.25355033 (03.11.2014)

¹⁴⁴ Madde : 26

1 - Her şahsın eğitime hakkı vardır. Eğitim parasızdır, hiç olmazsa ilk ve temel eğitim safhalarında böyle olmalıdır, ilk eğitim mecburidir. Teknik ve meslekî öğretimden herkes istifade edebilmelidir. Yüksek öğretim liyakatlerine göre herkese tam eşitlikte açık olmalıdır.

2 - Eğitim insan şahsiyetinin tam gelişmesini ve insan haklarıyla ana hürriyetler ve saygının kuvvetlenmesini istihdaf etmelidir. Bütün milletler, ırk ve din gurupları arasında anlayış, hoşgörülük ve dostluğu teşvik etmeli ve Birleşmiş Milletlerin barışın idamesi yolundaki çalışmalarını geliştirmelidir.

3 - Ana baba, çocuklarına verilecek eğitim nev'ini tercihan seçmek hakkını haizdirler.

¹⁴⁵ 27.05.1949 t. ve 7217 sayılı RG yayınlanan 06.04.1949 tarih ve 9119 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı

¹⁴⁶ 09.12.1994t. ve 4058 sayılı Onay Kanunu (RG 11.12.1994t. , No:22138)

¹⁴⁷ <http://www.unicef.org/turkey/crc/cr23d.html> (E.T. 19.05.2015)

Yaşam hakkının yanı sıra, çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal ve ahlâk gelişimi için eğitime gereksinimi vardır. İnsanın doğuştan getirdiği yetenekleri geliştiren en önemli araç eğitimidir. Eğitim olmadan insanlar üretken biçimde çalışamazlar, sağlıklarına özen gösteremezler, kendilerini ve ailelerini gereği gibi koruyamazlar ve kültürel açıdan zengin bir yaşam sürdüremezler. Okuma yazma bilmemek, insanların yaşadıkları toplumlarda, bütün halklar ve gruplar arasında anlayışı, barışı ve hoşgörüyü, iki cinsiyet grubu arasında eşitliği öngören bir ruhla yer almalarını güçleştirir. Konu toplumun bütünü açısından ele alındığında, eğitim hakkının gerçekleştirilmemesi, demokrasi ve toplumsal ilerleme, böylece de uluslararası barışa ve güvenliğe zarar verecektir ¹⁴⁸.

İşte çocuğun eğitiminin bu önemi nedeni ile hem uluslar arası hukukta hem de iç hukukumuz da düzenlemeler yapılmıştır ¹⁴⁹. Anayasanın 42. maddesinde “*kimse eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz*” ibaresi ile en temel insan haklarından biri olan eğitim hakkı güvence altına alınmıştır.

Eşler, çocuklarının maddi ve manevi bütün ihtiyaçlarını imkânları elverdiğince karşılamalı, çocukların her bakımdan iyi bir insan olarak yetişmesi için gayret göstermelidirler ¹⁵⁰.

Çocuğun eğitim hakkının yanında başka hakları da bulunmaktadır. Çocuğun bakım ve destek yükümlülüğü kapsamında, çocukların giyecek ve yiyecek ihtiyaçlarının karşılanması, hastalanmaları halinde tedavileri için gerekli olan ilaç ve doktorun sağlanması, okul ihtiyaçlarının giderilmesi gibi hususlar bulunmaktadır ¹⁵¹.

Çocuğun eğitimi ilk önce ailede başlar. Çocuk ahlaki ve sosyal eğitimini annesi ve babasından alır. Daha sonra çocuğun okul eğitimi gelir. Yasa koyucu, TMK 340/II maddesi ile çocuğa bedensel ve zihinsel gelişimi, genel ahlak ve mesleki eğitim verilmesini kabul etmiş ve bu yükümlülüğü doğrudan anne ve babaya yüklemiştir. Çağımız, çocuğun, toplumun bir ferdi olarak geliştiği, yani insanlık mirasını kazandığı çağdır. Çocuk, bu çağda bakılır, büyütülür ve yetiştirilir. Bakma, büyütme ve yetiştirme,

¹⁴⁸ http://www.unicef.org/about/history/files/unicef_annual_report_1999.pdf (19.05.2015)

¹⁴⁹ 07.11.1982 tarih ve 2709 sayılı Anayasa, RG 09.11.1982 tarih ve no:17863(mükerrer)

¹⁵⁰ AKINTÜRK; s.114, ÖZTAN; s.108.

¹⁵¹ AKINTÜRK; s.114.

kişiyi terbiye etmektedir¹⁵². Kanun koyucu, terbiye hakkının kötüye kullanılmasını TCK 232. maddede ayrıca cezalandırmaktadır¹⁵³.

Genel eğitimden kastedilen, çocuğun ahlaki ve kişisel gelişimine ilişkin olarak verilen eğitim, mesleki eğitim ise kazanç sağlamasına yardımcı olacak bir meslek için gerekli olan bilgi ve becerilerin edinilmesi akla gelmektedir.

Eski MK 152/II maddesi karının ve çocukların bakım yükümlülüğünü kocaya yüklemiştir. Bu borcun kapsamı kocanın “bakım gücü” ile sınırlandırılmıştır¹⁵⁴. Koca karısına ve çocuklarına mali güç ve imkânları ölçüsünde yeterli bir şekilde bakmakla yükümlüdür. MK 152. Maddesinde belirtilen kadın ve çocukların, kocanın içinde bulunduğu sosyal çevre bakımından normal bir yaşayış düzeyine uygun olarak ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Eski Medeni Kanun, karının ve çocukların geçimini sağlamayı kural olarak kocaya yüklediğinden, karısının mal varlığı veya kazancı olması, kocanın bakım yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹⁵⁵. Ancak eski MK 190 maddesi hükmü gereğince koca karısının münasip bir derecede aile masraflarına iştirakini isteyebileceğini düzenlemiştir.

4721 sayılı TMK 328/1.maddesi uyarınca ana babanın bakım yükümlülüğü kural olarak çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Yasa koyucunun bu düzenleme ile erginliğe kadar olan bu süre içerisinde çocuğun ekonomik bağımsızlığını kazanacak eğitimi aldığını kabul ettiği söylenebilir. Ancak günümüz şartları göz önüne alındığında, bir ergin çocuğun ancak lise mezunu olabileceği, bu yaşta ise ekonomik bağımsızlığını tam olarak kazanmış olamayacağı da bir gerçektir. Bu nedenle ana-babaya yüklenen eğitim yükümlülüğünün üniversite mezuniyetine kadar devam etmesi eğitim hakkının en doğal ve haklı sonucudur.

¹⁵² FEYZİOĞLU, Metin; Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, AÜHFİD, C. 50, S.1, 2001,s.44.

¹⁵³ Kötü muamele madde 232- (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 büyötmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğı kişi üzerinde, sahibi bulunduğı terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.

¹⁵⁴ BOZOVALI, Haluk; Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s. 13.

¹⁵⁵ BOZOVALI, s. 15.

Yasa koyucu, eğitim hakkından faydalanabilmek açısından belli bazı şartların varlığı halinde ergin çocuğun ana-babasından nafaka adı altında eğitim yönünden destek almasını kabul etmiştir. TMK 328/2.maddesinde “Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdür” düzenlemesi ile bir istisnai düzenleme yapmıştır. Yargıtay emsal kararlarında üniversite eğitimine devam eden çocuğun ailesinden nafaka alabileceğini kabul etmiştir¹⁵⁶.

TMK 339. madde ve devamında velayet hakkının kapsamı geniş bir biçimde düzenlenmiştir. Kanuna göre ana ve baba, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygular. TMK 327.maddeye göre “çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana ve baba tarafından karşılanır” diyerek, kanun hükmünde sayılan bakım, eğitim ve korunması için gerekli olan giderlerin, ana-babanın yükümlülükleri arasında olduğunu açıkça belirtmiştir. Ancak bu yükümlülük velayet ilişkisinden bağımsızdır. Gerçekten, ana- babanın çocukları üzerindeki yükümlülükleri öz çocuklarına karşı olduğu kadar, kendi velayetlerinde bulunmayan üvey çocuklarına karşı da geçerlidir¹⁵⁷. YHGK’ nun 01.01.1969 tarih ve 2-200/14 sayılı kararında “.... dava şahitleri davalı kadının yedi yaşındaki üvey çocuğunu babası evde olmadığı zamanda hatta soğuk havalarda aç ve perişan halde sokakta bıraktığını, eve almadığını, çocuğun komşular tarafından karnının doyurulduğunu söyledikleri gibi davalının kocasını küçük görüp hakaret ettiğini de belirtmişlerdir. Bir kimsenin üvey

¹⁵⁶ YG 3. HD. 24.02.2014 tarih, 2013/18662E., 2014/2689K. sayılı kararı; “Dava, reşit üniversite öğrencisinin davalı babasından yardım nafakası istemine ilişkindir. Davacının, babasından almakta olduğu iştirak nafakası reşit olmakla yasa gereği kendiliğinden sona ermiştir. Eğitimine devam edebilmek için davalıdan yardım nafakası talep etmektedir.”

Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılması esası kabul edilmiştir.

Anne babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Ancak çocuğun eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullarına göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.

Tarafların gerçekleşen ekonomik ve sosyal durumları, nafakanın niteliği, davalının gelir durumu, mirasçılıkta da aynı sırada yer alan dava dışı annenin de nafakaya katılma yükümlülüğü nazara alınarak, hakkaniyet ilkesine uygun şekilde davacı lehine bir miktar nafakaya hükmedilmelidir.”(www.kazancı.com)

Yargıtay 3. HD. 25.06.2012 tarih, 2012/10934E.,2012/15892K. sayılı kararı “Davacı vekili dilekçesinde; davacının genç kız olduğunu, bütün giderlerini annesinin karşıladığını belirterek tüm ihtiyaçları ve eğitim giderleri için ...TL yardım nafakası ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir. Dava dosyasında yer alan ilgili emniyet birimi tarafından yaptırılan araştırmadan ve mahkeme tarafından dinlenen tanıkların beyanlarından; davacının Almanya’da öğrenim gördüğü, eğitiminin devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece sosyal ve ekonomik koşullar, davacının öğrenci oluşu, paranın alım gücü, günün ekonomik koşulları, TMK.’nun 4. maddesinde düzenlenen hakkaniyet ilkesi göz önüne alınarak davacı yararına uygun bir miktar yardım nafakasına hükmedilmelidir.”(www.kazancı.com)

¹⁵⁷ AKINTÜRK; s. 114.

evladına karşı bu şekilde muamele duyması karşılıklı saygı ve sevgi bağlarının tamamen sarsılmasını ve yok olmasını ve bu suretle taraflar arasında şiddetli geçimsizliğin çıkmasını gerektiren ahvaldendir” diyerek üvey çocuğa karşı yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde evlilikten beklenen menfaatin artık elde edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir.

TMK 338.maddede “Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdür” hükmüne yer vermiştir. Bu halde eşlerin üvey çocuklarına karşı da TCK 233 maddesi kapsamında yükümlülükleri bulunmaktadır ve çocukların bakım, eğitim ve korunmasına ilişkin yükümlülükler velayet hakkına bağlı değildir.

Yukarıda belirtildiği üzere TMK 166. madde hükmüne göre çocukların bakım ve eğitim giderleri anne ve baba tarafından karşılanır. Velayet hakkına sahip anne ve baba için çocuğun eğitilmesi hem bir hak hem de bir görevdir. Anne veya babanın evlilikleri sona erse de velayeti elinden alınan taraf, çocuğun bakım ve eğitim giderinden sorumlu olmaya devam eder¹⁵⁸. Anne ve babanın ekonomik durumunun yeterli olmaması halinde çocuğun giderleri devlet tarafından karşılanır¹⁵⁹.

4.5. Birlikte Yaşama Yükümlülüğü

TMK 186/1 ve 194. maddelerinde eşlerin seçecekleri aile konutunda birlikte yaşayacakları düzenlemiştir¹⁶⁰. Eşler, evlilik birliğinin kurulduğu andan itibaren birlikte

¹⁵⁸ YG 2 HD 13.02.1998 t. 11061/1583 sayılı ilamı “annenin eşinden ayrı yaşamada haklı olup olmamasının sonucu etkisi yoktur. Çocuk yararına uygun bir nafaka takdir edilmelidir.”

¹⁵⁹ TMK madde 347- Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Çocuğun aile içinde kalması ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim aynı önlemleri alabilir.

Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu önlemlerin gerektirdiği giderler Devletçe karşılanır.

¹⁶⁰ TMK madde 186- Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.

Birliği eşler beraberce yönetirler.

Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.

TMK madde 194- Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim mütahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini (Ek ibare: 6518 - 6.2.2014 / m.44) “tapu müdürlüğünden” isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.

yaşama yükümlülüğü altına girmektedirler. Eşler müşterek konutu beraber seçerler. Bu konuda ihtilaf çıkması halinde hâkimin müdahalesini talep edebilirler.

Askerlik, tedavi, öğrenim, mahkeme kararları gibi haller dışında, TMK 164. madde hükümüne göre eşlerin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir¹⁶¹. Bu kadar ağır bir yaptırıma bağlanmış olması, kanun koyucunun eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğüne verdiği önemin bir göstergesidir. Eşlere yüklenen bu yükümlülük evlilik birliği sonlanıncaya kadar devam eder. Birlikte yaşama sadece bir yükümlülük değil, aynı zamanda eşlerin en doğal hakkıdır.

TCK 233/2 maddesinde düzenlenen hamile kadının terki suçunda, aile hukukundan kaynaklanan birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlalinden de bahsetmek mümkündür.

4.6. Evlilik Birliğini Birlikte Yönetme Yükümlülüğü

“Konutun Seçimi, Birliğin Yönetimi ve Giderlere Katılma” başlıklı TMK 186/2. maddede, “birliği eşler beraber yönetir” amir hükmüne yer vermiştir. Bu hükme göre birliğin ihtiyaçlarının giderilmesi, birlik adına borç altına girilmesi veya yatırım yapılması eşlerin ortak alacakları kararlar ile mümkündür¹⁶². Birliğin yönetimi, eşler açısından bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir haktır.

¹⁶¹ YG 2. HD. 27.02.2014 tarih, 2013/21288E., 2014/4048K. sayılı kararı “Kadının 2012 yılının Temmuz ayında eşini terk ettiği, kocanın 3.12.2012 günü mahkemeye başvurarak eşinin eve dönmesi için ihtar çekilmesini istediği, istek doğrultusunda verilen ihtar kararının kadına 17.12.2012 tarihinde tebliğ edildiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Terk sebebine dayanan boşanma davasının reddedilebilmesi için terk etme konusunda haklı olmak yetmez, usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen ihtar edilen eşin haklı bir sebeple aile birliğine dönmediğinin gerçekleşmesi gerekir. Davacı-davalı (kadın) ihtara rağmen dönmekte haklı olduğunu ispatlayamamıştır. Kocanın ihtar isteğinin samimi olmadığını gösteren bir delil de bulunmamaktadır. Kadının ihtar tebliği üzerine Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesine dayanarak boşanma davası açmış olması, ihtar süresi içinde dava açmasını haklı kılan başka sebep ve olgular bulunmadıkça, dürüstlük kuralına (TMK madde 2) aykırı olup, bu davanın açılmış olması, onu ayrı yaşamakta haklı kılmaz. O halde, Türk Medeni Kanununun 164. maddesinde yer alan boşanma sebebinin gerçekleştiği gözetilerek kocanın boşanma davasının kabulü, kadının boşanma davasının ise reddi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”(www.kazancı.com)

YG. 2. HD. 22.01.2013 tarih, 2012/41506E., 2013/1327K. sayılı kararı “Mahkemece davalı kadının usulüne uygun ihtar tebliğine rağmen haklı bir sebep olmadığı halde ortak konuta dönmediği kabul edilmiş ve tarafların Türk Medeni Kanununun 164. maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmiştir. Terk sebebiyle boşanmaya karar verildiği takdirde; boşanmaya sebep olan olaylarda kusurun tamamen davalıda olduğu kabul edilir. Hal böyleyken; boşanmada tamamen kusurlu olan davalı kadın yararına Türk Medeni Kanununun 175. maddesi gereğince yoksulluk nafakasına hükmolunması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”(www.kazancı.com)

¹⁶² Yargıtay 3. HD. 30.04.2013 tarih, 2013/5259E.,2013/7076K. sayılı kararı “Taraflar arasında görülen tedbir nafaka davasında, yerel mahkemece tarafların ayrı yaşadıkları, davacının çalıştığı ve düzenli maaşı

Eşler bu yükümlülük kapsamında evlilik birliğine ilişkin her türlü iş için diğerinin görüşüne başvurmaları, eşlerin ortak alacakları kararlarla birliğin amacına uygun davranmaları gerekmektedir. Alınacak kararın mutad işlere ilişkin olması da bu yükümlülüğün varlığını ortadan kaldırmayacaktır¹⁶³. Eşler, evlilik birliğini yönetirken dürüstlük kurallarını ve yardımlaşma yükümlülüklerini göz ardı etmemeli, karşılıklı anlayış ve hoşgörü çerçevesinde aralarında hâkimden müdahale talebini zorunlu kılacak bir uyumsuzluk çıkmaması için gerekli tüm özen ve dikkati sarf etmelidir¹⁶⁴.

Acil ihtiyaç halinde eşlerden biri de birliği tek başına yönetme hakkına sahiptir.

5. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN MEDENİ-CEZAİ YAPTIRIMLAR

Evlilik birliği eşlerin hak ve yükümlülüklerde eşitliği, karşılıklı saygı-sevgi-fedakârlık prensibi temelli, tüzel kişilikten yoksun hukuksal-ekonomik bir ortaklık olarak organize edilmiştir¹⁶⁵. Yasa koyucu tarafından evliliğe verilen önem, toplumsal ahlak ve gelenek-görenekler çerçevesinde aile hukukuna tabi kişiler arasındaki yükümlülükler TMK' da belirlenmiştir. Ancak bu yükümlülüklerin sınırlandırılması kanaatimizce mümkün değildir.

Öztan' a göre üzerine düşen yükümlülüğü ihlal eden eş hakkında hapis ya da para ceza öngörülmesi düşünülemez¹⁶⁶. Ancak eşlerin hukuki anlamda talepte bulunma hakları

olduğunun anlaşıldığı, bu durumda tarafların ekonomik ve sosyal durumları dikkate alınarak, davacının nafaka talebi yerinde görülmediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak, davacı (kadının) belirli bir gelirinin bulunması, hatta gelirinin davacı kocadan fazla bile olması davalı kocaya ortak giderlere katılma yükümlülüğünden tamamen kurtarmaz. Davalı kadının gelirinin bulunması nafaka takdirine engel değildir. Hakim, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmelidir.”

YG 4. HD 16.12.2014 tarih, 2014/5908E.,2014/17300K .sayılı kararı “Dava, evlilik birliğinin devamı sırasında davalı borçları için çekilmek zorunda kalınan tüketici kredileri ile ortak giderlere katılım alacağına ilişkindir.

Mahkemece, bilirkişi raporuna göre, ev giderlerinden tarafların eşit oranda sorumlu olduklarından davacının 1/2'sini talep etme hakkı bulunduğu ve kullanılan kredilerin davalının kumar borcundan kaynaklandığı gerekçesiyle, kredi geri ödeme tutarları ile kira ve su ödemelerinin yarısının davalıdan tahsiline karar verilmiştir.

Davacının, davalının baskısıyla kredi çekmek zorunda kaldığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Ancak çekilen kredilerin davalının kumar ve diğer borçlarında kullanıldığı kanıtlanamamıştır. Davacı tarafından çekilen ve daha sonra bankalara ödenen tüketici kredileri ile ilgili talep yönünden davanın reddi gerekir.”(www.kazancı.com)

¹⁶³ AKINTÜRK; s.121.

¹⁶⁴ AKINTÜRK s.133.

¹⁶⁵ ÖZTAN, s.148.

¹⁶⁶ ÖZTAN, s.210.

mevcuttur. Buna gerekçe olarak, kanunda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin öngörülen hükümlerin, esas itibariyle, eşler arasındaki anlaşmazlıkların doğumunu önleyerek, aralarında doğmuş ve doğacak güçlükleri kaldırarak, ortaya çıkan huzursuzluklar nedeniyle tamamen yabancılaşmalarını mani olmayı amaçlamaktadır. Bu maksatla yapılan düzenlemede, eşlerin evlilik birliğindeki iç ilişkileri göz önünde tutulmuştur. Türk Medeni Kanun 'nun bu hususla ilgili 195-201 maddelerinde, evlilik birliğinin korunması hakkında, eşlerden birinin hâkimin müdahalesini talep edebileceğini düzenlediğini belirterek, yükümlülüğün ihlalinin cezai müeyyideye bağlanması halinde eşlerin birbirlerinden tamamen uzaklaşacaklarını kabul etmiştir. Öztan' a göre eşler arasındaki en büyük yaptırım boşanmadır.

Ancak Öztan' ın bu görüşüne katılmamaktayız. Zira TCK hükümlerine göre aile yükümlülüğünü ihlal suçuna ilişkin cezai yaptırımlar göz önüne alındığında, TMK 'da hâkimin müdahalesinden farklı bir durumun olmadığı ortaya çıkacaktır. Nitekim yaptırımlar ağır hapis cezasını gerektirmezken, seçenek yaptırıma dönüştürülebilecek hafif hapis cezalarıdır. TCK 233. maddede düzenlenen suçlara ilişkin cezalar evlilik birliğini ortadan kaldırıcı nitelikte değildir.

Kaldı ki söz konusu suçtan dolayı kovuşturmaya tabi tutulan yükümlü, yükümlülüğünü yerine getirmemesinin ahlaki, cezai boyutu ile yüzleşerek, hâkimin alacağı yaptırım kararı ile karşılaşma endişesi ile hareketlerine dikkat etmesine sebep olacaktır. TMK hükümlerine göre hâkimin müdahalesini talep edebilen taraflar arasında yabancılaşmadan bahsedilemiyorsa, ceza hâkiminin müdahalesi halinde daha fazla yabancılaşma olacağından da bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Kaldı ki müdahale talep eden tarafın, hâkimin müdahalesini isteyecek duruma gelmiş olması, tarafların yabancılaşacağı düşüncesi ile karşılaştırıldığında hafif kalmaktadır.

TCK anlamında “Aile Düzenine karşı işlenen suçlara” ilişkin yaptırımlar, boşanma gibi bir hukuki ve taraflar arasındaki bağı ortadan kaldıran yaptırımdan kat kat daha hafif bir yaptırımdır ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilecek bir düzeyde değildir.

Yükümlülüğü ihlal eden eşe karşı diğer eşin, hâkimin müdahalesini talep etme hakkı ile boşanma gibi hukuki yollara başvurma imkânı bulunmaktadır. Ayrıca 6284 sayılı yasaya dayanarak verilen tedbir kararına aykırılık, aynı yasanın 13. maddesi hükmüne göre

zorlama hapsine sebep olacaktır. Bunların yanı sıra TCK 233.maddede düzenlenen suçla ilişkin unsurların bulunması halinde diğer eş ve/veya aile hukukuna karşı kişiler aleyhine savcılık makamına başvurma hakkı doğacaktır.

Yine TMK 510/2 maddesi gereğince; mirasçı, miras bırakana veya miras bırakanın ailesi üyelerine karşı aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerini önemli ölçüde yerine getirmemişse, saklı paylı mirasçı mirasçılıktan çıkarılabileceği düzenlemesi, aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerin ihlaline ilişkin hukuki bir yaptırımdır.

TCK'nda yapılan düzenlemede, aile hukukundan kaynaklı her yükümlülüğün ihlali cezai yaptırıma tabi tutulmamıştır. Bakım, eğitim, destek, birlikte yaşama yükümlülüğü ve özen yükümlülüğü(manevi terk) yaptırıma tabidir. TCK' da yaptırıma tabi tutulmayan yükümlülükler ise TMK hükümleri kapsamında korunmaya devam edilmektedir. Örneğin sadakat yükümlülüğünün ihlali, TCK anlamında cezai yaptırıma tabi değilken, TMK anlamında boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir.

İKİNCİ BÖLÜM

BAKIM, EĞİTİM VE DESTEK OLMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİRMEME SUÇU

TCK 233/1. maddesinde “*Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*” hükmünü düzenlemiştir.

Kanunun gerekçesinde¹⁶⁷, kanun koyucunun aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirilmemesini suç olarak tanımladığını belirtirken, bu suçun oluşması için terk olgusunun gerçekleşmemesi gerektiğini, aksi takdirde TCK 97. maddede düzenlenen terk suçunun oluşacağını belirtmiştir. Aynı gerekçede aile hukukundan kaynaklanan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken; bu kapsamın TCK ’da ayrıca düzenlenmediğini bu hususta Türk Medeni Kanunu hükümlerinin göz önüne alınması gerektiği, bu suçun soruşturulması ve kovuşturulmasının şikâyete tabi tuttuğu da yer almıştır.

1. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR

1.1. Fail

TCK 233/1. maddede “Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi” suçun faili olarak gösterilmektedir.

Suçun başlığı göz önüne alındığında ilk akla gelen fail anne-baba olsa da; TMK anlamında bakım, eğitim ve destek yükümlülüğü bulunan herkesin suçun faili olması mümkündür. Maddenin gerekçesinde de yükümlülüğün kapsamının Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlemek gerektiği belirtildiğinden, faili de TMK hükümlerinden tespit

¹⁶⁷ EROL, Haydar; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt., s. 2499.

etmek gerekmektedir. Fail, ana baba olabileceği gibi, çocuk da olabilir¹⁶⁸. Bu suçun mağduru çocuk olduğunda fail, hem biyolojik anlamda anne baba, hem tanıma, babalık hükmü, evlat edinme ve hem de çocuğu reddetmeyen baba gibi hukukun kabul ettiği anne babadır¹⁶⁹.

Örneğin TMK 364. maddede “herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst ve alt soyu ile kardeşlerine nafaka ödemekle yükümlüdür” düzenlemesi göz önüne alınarak; TCK 233/1 maddede düzenlenen suçun failini tespit edilecektir. Bu düzenlemeye göre fail, üst ve alt soyu ile kardeşlerine yardım etmemesi halinde onların yoksulluğuna sebebiyet verecek kişidir. Buna göre kanunla nafaka vermeye yükümlü olanlar anne-baba, çocuklar, evlat edinenler, erkek ve kız kardeşler, büyükanne ve büyükbabalarıdır. Bunların dışında kalan hala, teyze, amca, dayı, kayınpeder, kayınvalide gibi yakınlar birbirlerine karşı nafaka yükümlüsü değildirler, birbirlerinden yardım talep edemezler.

Suç bu yönüyle özgü suçtur. Suçlar kural olarak herkes tarafından işlenebiliyor iken, bazı suçlar ancak belli kişiler bakımından işlenebilir ki, bunlara özgü suçlar denir¹⁷⁰. Bu sebeple herkes bu suçun faili olmaz. Suçun özgü suç olması sebebi ile bu fail/failler dışında işlenmesi mümkün değildir.

Konuya ilişkin akla gelen sorulardan biri; bakım, eğitim ve destek yükümlülüğünün birden fazla kişiye ait olup olmayacağı, bu kişiler arasında yükümlülüğün bir derecesinin bulunup bulunmadığıdır. Söz konusu sorunun cevabı için tekrar TMK’ ya bakıldığında 365. maddenin bize yardımcı olabileceği kanaatindeyiz. Zira TMK 364. madde hükmüne göre nafaka talep edilebilmesinin usul ve esasları da TMK 365. maddede detaylı olarak düzenlenmiştir¹⁷¹. Bu düzenlemeye göre nafaka talebi mirasçılıktaki sıra göz önüne alınarak açılabilir. Bu failin tespitinde göz önüne alınması gereken bir husustur.

¹⁶⁸ YAŞAR,Osman/GÖKCAN/Hasan Tahsin/ARTUÇ,Mustafa; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 5. C., Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s.6938.

¹⁶⁹ YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 6939.

¹⁷⁰ ÖZBEK,Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Buca,2014, s.141

¹⁷¹ TMK 365- Nafaka davası, mirasçılıktaki sıra göz önünde tutularak açılır.

Dava, davacının geçinmesi için gerekli ve karşı tarafın mali gücüne uygun bir yardım isteminden ibarettir.

Nafakanın, yükümlülerin bir veya bir kaçından istenmesi hakkaniyete aykırıysa hâkim, onların nafaka yükümlülüğünü azaltabilir veya kaldırabilir.

Dava, nafaka alacaklısına bakmakta olan resmi veya kamuya yararlı kurumlar tarafından da açılabilir.

Hâkim, istem halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen nafakanın gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini karara bağlayabilir.

Yetkili mahkeme, taraflardan birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

Şikâyetçi istediği kişi hakkında şikâyetle bulunamamalı, mirasçılık sırasına göre kendisine bakım, eğitim ve destek yükümlülüğü bulunan ilk kişi ya da kişiler hakkında ancak şikâyetçi olabilmelidir.

TCK 233/1 maddede düzenlenen yükümlülükler sadece maddi anlamda değildir. Çocuğuna düzgün bakmayan, yeme/içme/barınım gibi temel ihtiyaçlarını karşılamayan, eğitimi için okuluna kaydını yaptırmayan veli de suçun faili olabilecektir.

Anne veya babanın velayet hakkının olmaması, suçun faili olmayacakları anlamına gelmez. Zira velayet hakları ellerinden alınsa dahi, çocuğa karşı yükümlülükleri devam etmektedir.(TMK 166)

1.2. Hukuki Konu

Aile toplumun temeli olduğuna, haklar bahşetmekte bulunduğu, yükümlülükler yüklemekte olduğuna göre, suçun hukuki konusu, aile düzeninin, yani aile hukukundan doğan yükümlülüklerin, yükümlüsü tarafından yerine getirilmesinin sağlanmasına ilişkin ferdi-kamusal yarardır¹⁷². Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmesi suretiyle esas itibariyle çocuğa ilişkin yarar korunmaktadır¹⁷³.

Nafaka hakkı sahibinin yaşamsal ihtiyaçlarını karşılanması amacıyla eylem suç olarak ihdas edilmiştir¹⁷⁴. Böylelikle yükümlülüklerin ihlali sebebi ile ailelerin parçalanmasının önüne geçilebilecektir.

1.3. Mağdur

Suçun mağduru hukuken bakılacak, eğitilecek, destek olunacak kimsedir¹⁷⁵. Mağdur, kendisine karşı yükümlülükleri ihmal ettiği ailenin bir ferdidir¹⁷⁶. Suçun mağduru TMK hükümlerine göre sınırlı sayıdadır. Suç bu nedenle mağdur bakımından da özgü bir

¹⁷² HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 396.

¹⁷³ ÖZEN, Muharrem; Aile Hukukundan Kaynaklı Yükümlülüklerin İhlali, Prof. Dr. Bilge Öztan' a Armağan, Turhan Yayınevi, Ankara, 2008, s. 1364.

¹⁷⁴ NUHOĞLU; s. 144.

¹⁷⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Topluma Karşı Suçlar, s. 396.

¹⁷⁶ NUHOĞLU; s. 148.

suçtur. Yukarıda faile ilişkin açıklamalarımız göz önüne alındığında; diğer eş, çocuklar, kardeşler, evlat edinilenler, anne-baba ve büyük anne- büyük babalar suçun mağduru olabilirler.

Burada akla gelecek olan soru, mağdurun imam nikâhlı eş ya da sürekli birlikte yaşayan kadın olup olamayacağıdır. Doktrinde, aile ve aile kurumunun her ne kadar resmi niteliğe sahip olması yasalarca öngörülmüş olsa da Anayasa gerek resmi evlilik birliğine sahip olsun gerek resmi niteliğe sahip olmasın geniş anlamda aileyi koruma altına almak zorunluluğuna sahip olmalıdır¹⁷⁷. Bu görüşe göre TCK 233/2 maddesinde evli olmayan ancak sürekli birlikte yaşayan gebe kadını koruma altına alıyor olması, evlilik dışı birlikteliklerin göz ardı edilemeyeceğini göstermekte olup resmi olan veya olmayan eşlerin de mağdur olarak kabul edilebileceğini göstermektedir.

2. SUÇUN UNSURLARI

2.1. Fiil

TCK 233/1 maddedeki fiil, failin “*aile hukukundan doğan bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğünün yerine getirmemesi*” olarak tanımlanmıştır. Suç, ancak aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün varlığı halinde söz konusu olabilir. Bu nedenle aile hukukundan doğan bir yükümlülüğün varlığı, suçun hukuki nitelikteki ön şartını oluşturmaktadır¹⁷⁸.

Aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğün varlığının tespiti için Yargıtay’ın emsal kararlarının bize yol göstermesi için baktığımızda; Yargıtay’ın belirli kıstasları kabul ettiğini söylemek mümkündür. Örneğin, Yargıtay emsal kararlarında “sürekli ve düzenli geliri olan, kirada gayrimenkulü bulunan kadın lehine yoksulluk nafakasına hükmedilmesini” doğru bulmamıştır¹⁷⁹. Yine “muhtaç durumda olan kişinin nafaka gibi aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği” de Yargıtay kararları ile kabul edilmiştir. Söz konusu durumların varlığında suçun ön şartının bulunmadığını

¹⁷⁷ YILMAZ; s. 94.

¹⁷⁸ ZAFER; s.12.

¹⁷⁹ YG 2.HD 01.03.2005 tarih ve 2004/14811E., 2005/3066K. sayılı kararı

söylemek mümkündür. Yine müşterek çocuğun velayeti mahkeme kararı ile kendisine bırakılan taraf, çocuğun bakımını karşı tarafa bırakmışsa TMK 327, 328 ve 329. maddeleri gereğince müşterek çocuğa karşı yükümlülükleri devam etmektedir. Nitekim Yargıtay emsal kararlarında ¹⁸⁰ “*iştirak nafakasının velayetin fiilen kullanılmasına bağlı bir hak olduğunu*” kabul etmiştir.

Ceza hukukunda hareketin şekline göre suçlar, icrai ve ihmali olarak işlenir¹⁸¹. TCK 233/1 maddede düzenlenen suç, ihmali bir davranışla işlenebilecektir. Türk ceza hukuku düzeninde, sayıları pek fazla olmamakla birlikte bir şey yapmayı emreden normlar bulunmaktadır. Bir şeyi yapmanın emri olan bu normların ihlal edilebilmesi için bir ihmal hareketi gerekmekte, bu nedenle bunlara ihmal suçları denilmektedir¹⁸². Doktrinde, ihmalin “kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması” olduğu düşünülmektedir¹⁸³. Failin, dış dünyada etkide bulunması şeklinde tezahür eden icrai hareketin aksine, hareketin diğer bir şekli olan ihmal, failin iktidarında olmasına rağmen, mevcut bir vakanın gidişatına müdahale etmemesi olarak da tanımlanabilir¹⁸⁴. Fail, evin geçimi için gerekli çabayı sarf etmez, çocukların eğitimi için ilgili başvuruları yapmaz ve eğitim ihtiyaçlarını karşılamaz, evin yakacak ve yiyecek ihtiyaçlarını karşılamaz ise ihmali davranışlarla, TCK 233/1 maddede düzenlenen suçu işlediğinden bahsedilmesi mümkündür. Zira kocadan evin bakımı ve ailenin temel ihtiyaçlarını gidermesi, çocukların eğitimi ile ilgilenmesi ve üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmesi beklenmektedir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi için çaba sarf edilmemesi, özen gösterilmemesi, devamlı ötelenerek hiçbir şekilde yerine getirilmemesi halinde ihmal söz konusu olacaktır.

Yargıtay’ın yerel mahkeme tarafından TCK 233/1 maddesi gereğince yaptığı kovuşturma neticesinde verdiği düşme kararına ilişkin olarak verdiği kararda¹⁸⁵ “...sanığın olay tarihinde eşi olan mağdure ile müşterek çocukları hakkında aralarında tartışma yaşandığı, bu tartışma esnasında sanığın mağdureye hitaben, “kızın nereye giderse gitsin, sen de bu evde durmayacaksın, seni öldürene kadar döverim, seni evden kovuyorum”

¹⁸⁰ YG 3.HD 11.10.2010 tarih VE 2010/14433E.,2010/16126K. Sayılı kararı, YKD C.36, S. Aralık 2010, s.2217

¹⁸¹ ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; s. 150.

¹⁸² HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012, s.194.

¹⁸³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Genel Hükümler, s. 199.

¹⁸⁴ KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 337.

¹⁸⁵ YG 14.CD 25.03.2014 tarih ve 2012/15286E.,2014/3915K. Sayılı kararı(www.kazancı.com)

şeklindeki sözlerle gerçekleştirdiği eyleminin TCK 106. maddesinin 1. fıkrasındaki suç oluşturduğu gözetilmeden suç vasfında yanılıya düşülerek” karar verilmesini bozma sebebi olarak kabul etmiştir. Yargıtay bir başka kararında¹⁸⁶; “mağdurenin babası olan sanığın, arkadaşlarını beğenmemesi sebebiyle lise 2. sınıftan sonra okula göndermemesi ve gitmesine engel olması eyleminin TCK 233/1 maddesinde öngörülen velayet hakkından doğan yükümlülüğü yerine getirmeme suçunu oluşturduğu gözetilmeden TCK 232/2 maddesinde öngörülen kötü muamele suçunun oluştuğuna ilişkin yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle beraatına karar vermesini” bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Erkeğin olduğu gibi kadının da bakım, eğitim ve destek yükümlülükleri bulunmaktadır. Çocukların eğitimi için sabah erkenden okula götürülmeleri, hazırlanmaları gerektiği halde sabahları uyuyarak çocuklarla ilgilenmemek, evin geçimi için eşe destek olma konusunda özen göstermemek halinde kadının da ihmalinden söz edilebilecektir. Yine ekonomik yönden güçlü olmayan kardeşi ile ilgilenmeyerek kardeşine karşı özensiz davranan kişinin de ihmali söz konusu olacaktır.

TCK 233/1 maddede düzenlenen suç, ani bir suçtur. Ani suçlar, nitelikleri gereği olarak, işlenmekle birlikte tüketilen suçlardır¹⁸⁷. Bu suçların özelliği ihlalin sürekliliğinin olmamasıdır. İhmalin etkilerinin süregelmesi suçu kesintisiz suç yapmaz¹⁸⁸. Ancak Nuhoğlu’ na göre¹⁸⁹, yükümlülüğün yerine getirilmemesi söz konusu olduğundan suç kesintisiz suçtur.

Hafizoğulları’ na göre düzenlemede “veya” kelimesi kullanılmakla beraber, suç seçimlik hareketli bir suç değildir. Bakmak, eğitmek ve destek olmak yükümlülüklerinin her birinin ihlali ayrı bir suçu oluşturmaktadır¹⁹⁰. Ancak bir başka görüşe göre TCK ’da düzenlenen bu suç seçimlik hareketli bir suçtur¹⁹¹. Seçimlik hareketli suçtan maksat suçun oluşabilmesi için kanunda hangi hareketlerle suçun işlenebileceğinin belirlenmesi ve ancak bu hareketlerden birinin işlenmesi durumunda suçun oluşacağı kabul edilmesidir¹⁹². Bu

¹⁸⁶ YG 14. CD 13.03.2013 t. 2012/5607-2013/2643 Sayılı kararı, ARTUK, M.Emin / GÖKÇEN,Ahmet / YENİDÜNYA, A. Caner; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 4.C. Adalet Yayınevi, Ankara, 2014,s. 6716

¹⁸⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Genel Hükümler, s. 214.

¹⁸⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Toplum Karşı Suçlar, s. 396.

¹⁸⁹ NUHOĞLU, s. 148.

¹⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, ÖZEN; Toplum Karşı Suçlar, s.396.

¹⁹¹ ÖZEN; s.1366.

¹⁹²HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Hukuku Ders Notları, (<http://www.baskent.edu.tr.html> 31.01.2008), CENTEL,N./ZAFER,H./ÇAKMUT,Ö; Türk Ceza Hukukuna Giriş, B.4, İstanbul 2006, s.253.,aktaran ÖZEN; s. 1366.

görüŖe göre seçimlik suçun sonucu olarak fail somut olayda hem bakım, hem de eğitim ve destek olmak yükümlülüğünü ihlal etmiş olsa bile tek bir suç söz konusu olacaktır ¹⁹³.

5237 sayılı TCK 232/2 maddesinde; terbiye/disiplin hakkını kötüye kullanan kişinin cezalandırılacağını düzenlemektedir. Ancak failin bunu ihmali davranışlarla işlemesi halinde fail, TCK 232/2 maddesinden değil, TCK 233/1 maddesinden dolayı cezalandırılacaktır ¹⁹⁴. Eğitim yükümlülüğü kapsamında ana babanın disiplin hakkının da bulunduğu bir gerçektir. Ancak disiplin hakkının kötüye kullanılması icra suçudur. TCK 232. maddenin gerekçesine bakıldığında yasa koyucunun düzenleme ile aynı konutta birlikte yaşayan kişilerde aynı konutta yaşayan kişilerden merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte kötü muamele görmesi halini cezalandırdığı, kötü muamele sonucunda mağdura basit tıbbi müdahale gerekmesi halinde artık suçun vasfının kasten yaralama olarak değişeceğinin düzenlendiği görülmektedir. Maddenin 2. fıkrasında, faille mağdur arasında belirli bir ilişkiden kaynaklı disiplin yetkisinin kötüye kullanılmasında disiplin yetkisinin kötüye kullanılması suretiyle gerçekleştirilen davranışın kişide basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek ölçünün ötesinde bir etki meydana getirmemiş olması aranmaktadır. Kişilerin idareleri altında bulunan ve büyötmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanatı öğretmekle yükümlü olduğu kimseler üzerinde terbiye etmek, eğötmek görevi dolayısıyla belirli disiplin yetkilerine sahip bulunmaları aranmaktadır. Disiplin yetkisinin sınırı maddede kişinin bedensel ve ruhsal sağlığının bozulmasına neden olmayacak veya bir tehlikeye maruz kalması sonucunu ortaya çıkarmayacak biçimde kullanılmalıdır. Uygulamada TCK 232/1. Maddede düzenlenen suç ile TCK 233/1 maddede düzenlenen suç arasında karışıklık yaşanmasına sıklıkla rastlandığını söylemek mümkündür. Yargıtay konuya ilişkin kararında ¹⁹⁵ “... olayın mağduru ve aynı zamanda tanığı konumunda bulunan katılanın çocuklarının maddi gerçeğın ortaya çıkarılması açısından 5271 sayılı CMK 210/1 ve 236/2. maddeleri gereğince, tanık sıfatıyla duruşmada dinlenilmelerinden sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre, sanığa atılan eylemin TCK 232/1 maddesinde düzenlenen kötü muamele suçunu oluşturup oluşturmayacağı da tartışılarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiğini” ni belirterek kararın bozulmasına karar vermiştir.

¹⁹³ ÖZEN; s.1366.

¹⁹⁴ ÖZEN; s.1367

¹⁹⁵ YG 14.CD'nin 04.12.2014 tarih ve 2013/2982E.,2014/13716K. Sayılı kararı (www.kazanci.com)

TCK 233/1’de yapılan düzenlemede ise; sanığın eğitim, bakım ve destek yükümlülüğünü ihmalî hareketlerle hiç yerine getirmemesi hali cezalandırılmıştır. Burada sanığın hakkın kötüye kullanmasından değil, hakkını hiç kullanmamasından bahsedilmektedir. Suçun oluşması için söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi sebebiyle herhangi bir zararın doğmasına gerek yoktur¹⁹⁶. Suç, hareketin yerine getirilmesi ile sonucunda zararın doğmasının aranmadığı tehlike suçudur¹⁹⁷.

Doktrinde, Aile hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlalinin suç olduğunun belirtilmesi nedeniyle, kanunilik ilkesi göz önüne alındığında, özel hukuktan kaynaklanan diğer yükümlülükleri, uluslar arası özel hukuktan kaynaklanan nafaka yükümlülüğünün, yabancı kanunlardan kaynaklanan veya kanundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali halinde suçun unsurlarının oluşup oluşmadığı hususunun belirgin olmadığı iddia edilmektedir¹⁹⁸.

Aynı iddia ile Anayasa Mahkemesi’ne TCK 233/1 maddesinin iptali için başvuru yapılmış ve Anayasa Mahkemesi bu başvuru üzerine verdiği kararda¹⁹⁹; “ itiraz konusu kuralla “*aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” eylemi suç olarak kabul edilerek, bu suçun unsurları ve şartları açısından aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülükleri, düzenlemenin gerekçesinde atıf yapılan 4721 sayılı Kanun’da düzenlenmiş ve bu eylem nedeniyle verilecek ceza itiraz konusu kuralla açıkça belirlenmiştir. İtiraz konusu kural ve gerekçesinde yer verilen unsurlar itibariyle, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin somutlaştırılmaya elverişli olduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla itiraz konusu kuralda bir belirsizlik bulunduğu söz edilemeyeceği gibi suç ve cezaların kanuniliği ilkesine de aykırılık bulunmamaktadır.” gerekçesi ile TCK 233/1 maddesinin Anayasa’nın 2. ve 38. maddelerine aykırı olmadığını oyçokluğu ile kabul etmiştir. Bu kararla, TMK’ da düzenlenen tüm yükümlülüklerin ihlalinin cezalandırılmadığı, sadece bakım, eğitim ve destek yükümlülüklerinin ihlalinin

¹⁹⁶ NUHOĞLU; s. 148.

¹⁹⁷ YILMAZ; s. 97.

¹⁹⁸ NUHOĞLU; s. 149.

¹⁹⁹ AYM 24.05.2012t., 2011/129E.,2012/81K., RG 13.02.2013t. Sayı no:28558

cezalandırıldığı belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararı ile maddenin eksik ceza normu olduğunu da kabul etmiştir.

Kural olarak, hüküm ve müeyyideden meydana gelen bir bütünün, yalnız bir kısmını içeren hükümlere eksik ceza normu denilmektedir²⁰⁰. Kanunun, örneğin 257. maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun varlığını tespit edebilmek için, kamu görevlisinin görev ve kapsamını düzenleyen mevzuata bakılmalı, sanığın fiilinin bu mevzuat kapsamında olup olmadığını değerlendirilmesi gerekmektedir. İşte TCK 233/1 maddesi de bu kapsamda değerlendirildiğinde bir eksik ceza normudur. Zira madde gerekçesinde TMK 'ya gönderme yapılması ve fiilin varlığının belirlenmesinde sanığın gerçekten aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerinin bulunup, bulunmadığının açık bir biçimde tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin birlikte yaşama yükümlülüğü aile hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük olmasına karşın madde metninde düzenlenmediğinden suç teşkil etmemektedir²⁰¹.

Anılan karara karşı oy kullanan Serruh Kaleli 'nin²⁰², Osman Paksüt²⁰³ ve Tercan²⁰⁴ farklı gerekçelerle söz konusu maddenin Anayasa'nın 2. ve 38. maddelerine

²⁰⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Genel Hükümler, s. 66

²⁰¹ Bkz. ZEYTİN, Zafer; Borç İçin Hapis Yasağı ve TCK 233/1 Hükümüne Göre Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin İhlaline İlişkin Bir Değerlendirme, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı 4, Haziran 2005, s. 190-196

²⁰² "Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi şeklindeki kural, yükümlülüğün tarafların sınırlarını, oranını, nelerden ibaret olduğunu belirlemeyen ya da fiilde ihlalin derecesi, önem sırası, özel kast, irade dışı hal gibi hiçbir niteleme yapmayan soyut bir düzenleme olup, yaptırım uygulayıcısını cezai sorumluluğun sınırlarının genişletilmesine iten bir keyfiliğe yönelttiği, tarafını da belirsizlik ve hukuki güvensizlik içinde bıraktığı"

²⁰³ TMK 185.maddesinde eşlerin hak ve yükümlülükleri genel olarak düzenlenmiş, maddenin 3. fıkrasında eşlerin birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda oldukları belirtilmiştir. TMK 'nin 186. maddesine göre eşlerin oturacakları konutu birlikte seçmeleri, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılmaları kuşkusuz, aile hukukundan doğan yükümlülüklerdir. Kanun'un 195. maddesinde, evlilik birliğinin korunması için evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hakim müdahalesini isteyebilecekleri, hakim, gerektirdiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alacağı belirtilmiştir. Bu alanda görevli mahkeme Aile Mahkemesi'dir. Destek olma yükümlülüğünün de önceden belli bir tanımının yapılamayacağı, bu desteğin her ailede ve her somut olayda farklı olabileceği, bunlara hürriyeti bağlayıcı ceza yaptırımını tehdidi kullanılarak müdahale edilmesinin aile kurumunu koruyucu nitelikte mi yoksa eşler arasında daha fazla husumete mi yol açacağına en azından tartışılabilir olduğu açıktır. Eşler arasında en büyük destek olma yükümlülüğünün, manevi güven ve sadakat olduğu açıktır. Bu yönden bakıldığında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre suç sayılmayan zinanın, eşler arasındaki manevi destek olma yükümlülüğünün ihlali kabul edilerek, dolaylı yoldan hapis cezası ile cezalandırılması mümkün olacaktır. Sonuç olarak "destek olmak" ibaresinin her türlü yoruma açık olması nedeniyle suç ve cezada bulunması gereken açıklığı taşımadığı anlaşılmaktadır

²⁰⁴ "...itiraz konusu kurala konu edilen bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüklerinin de, niteliklerinin ne olduğu genel olarak anlaşılabilirse de, kapsamlarının ne olduğu ve bu yükümlülükleri ihlalin derecesi açık değildir, bu konularda da belirsizlik bulunmaktadır. Örneğin eğitim yükümlülüğünün ihlalinde, anne babanın,

aykırı olduğunu belirtmişlerdir. Söz konusu karşı oy gerekçelerine bakıldığında üyelerin eksik normun varlığını göz önüne almadıkları görülmektedir. Bu sebeple, Anayasa Mahkemesi'nin kararının yerinde olduğunu söyleyebiliriz.

TMK 233/1 maddede düzenlenen fiilden söz edebilmek için failin bakmakla yükümlü olduğu kişiyi terk etmemesi gerekmektedir. Fiili terkin varlığı halinde suç TCK 97. maddede düzenlenen "Terk" suçuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yani buradaki hareket aileyi terk etmeksizin, aile hukukundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemektir²⁰⁵.

Doktrinde, eve her gece geç ve içkili gelip ailesiyle ilgilenmeyen babanın durumunda, TCK 96. madde ile 233/1. madde arasında fikri içtimaı ilişkisi doğacağına ilişkin görüşler bulunmaktadır²⁰⁶. Bu görüşe göre; bakım ve destek yükümlülüğünün ihlali, eza vermeye yönelik kasıtlı ve sürekli bir hal aldığı anda eziyet suçundan bahsetmek mümkündür.

Yargıtay 4.CD'nin 10.10.2007 tarih ve 2006/4314E., 2007/8117K. sayılı kararında "*sanığın eşi ve çocuklarının geçimleri ve bakımlarıyla ilgilenmemesi*" halinde TCK 233/1. maddede düzenlenen suçun oluşacağını kabul etmiştir. Özel bir okulda okuyan çocuğun okul ücretlerinin ve masraflarının karşılanmaması, ailenin yaşesinin sağlanmaması durumunda da bu suçun oluşacağı kabul edilmelidir²⁰⁷.

Kanaatimizce TCK 233/1 maddede yer alan suça ilişkin yükümlülüğün ihlal edilip edilmediği, her olayda hâkim tarafından değerlendirilecektir. Hâkim bu değerlendirmeyi yaparken failin ekonomik durumuna, şartlarına ve yükümlülüğü yerine getirme kastına bakacaktır.

çocuğun eğitimini karşılaması yükümlülüğü hangi seviyeye kadar maddenin kapsamına dahildir, sadece temel eğitim mi kapsamaktadır, üniversite eğitimi kapsama dahil edilebilir mi; Devlet Üniversitesi'ni kazanamayıp, bir özel üniversiteyi kazanan çocuğunu, özel üniversiteye göndermeyen baba, bu suçu işlemiş sayılır mı? Görüldüğü gibi, yükümlülüğün kapsamı açısından da hüküm yeterli açıklığa sahip değildir"

²⁰⁵ TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R.Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.676.

²⁰⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; s.676.

²⁰⁷ ÖZEN; s.1366.

2.2. Hukuka Aykırılık

Fiil, hukuka aykırı olmalıdır yani hukuka uygunluk sebepleri²⁰⁸ bulunmamalıdır. Failin, aile hukukundan doğan bakma, eğitime ve destek olma yükümlülüğünü yerine getirmemesi hukuka aykırılıktır.

TCK 25. ve devamı maddelerde düzenlenen “meşru savunma”, “hakkın kullanılması”, “sınırın aşılması”, “cebir, şiddet, korkutma, tehdit”, “haksız tahrik”, “hata”, “yaş küçüklüğü”, “akıl hastalığı”, “sağır ve dilsizlik”, “geçici nedenlerle alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma” hukuka uygunluk sebepleri, TCK 233/1 madde ile bağdaştığını söylemek mümkün değildir.

Ancak “Zorunluluk hali” nin bu suça uygulanması mümkündür. TCK 25. maddede düzenlenen zorunluluk halinin varlığı için ya belirli bir tehlikeye ilişkin ya da savunmaya ilişkin şartların varlığı gerekmektedir. Tehlikeye ilişkin şartlar ortada mevcut bir tehlikenin bulunması, bu tehlikenin ağır ve muhakkak olması ve tehlikenin kişinin kendisine veya başkasına ait bir hakka yönelik olmasıdır²⁰⁹. Fail, çalıştığı iş yerinin kapanması dolayısıyla hiçbir gelirin bulunmaması halinde, zaruret halindedir. Bu halde aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirmesi kendisinden istenemez. Fail, yükümlülüğünü yerine getirme gücünden yoksundur. Yükümlülüklerin yerine getirilmesinde “**imkânsızlık halinin**” mevcut olmasında suç oluşmayacaktır.

Yoksulluk içinde olmak, o koşullarda yükümlülüğünü yerine getirmeme hakkı vermez. Fail, bulunduğu koşulda elinden geleni yapmakla yükümlüdür. Ancak tüm bu bilgiler ışığında “*kanunun veya yetkili merciin emrini yerine getirme*” nin bu suçu hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğinin tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Zira TMK 365. madde hükmüne göre “*hâkim, nafaka yükümlüsü kişilerin durumlarını göz önüne alarak bu kişilerin nafaka miktarlarını azaltabileceği gibi tamamen ortadan da kaldırabilmektedir*”. Nitekim Yargıtay emsal kararında²¹⁰: “*davalının, 65 yaşını doldurmamış olmakla birlikte %70 oranında özürlü olduğu, bu sebeple 2022 sayılı yasaya*

²⁰⁸ “Hukuka uygunluk sebepleri, ceza normunun suç saydığı bir eylemin işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen nedenlerdir. Başka bir deyişle, failin suç tanımına uyan eylemi ile hukuk düzeni arasındaki çatışmayı ortadan kaldıran nedenlerdir.” Bkz. ERCAN, İsmail; Ceza Hukuku Genel Hükümler, XII. Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s.77.

²⁰⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Genel Hükümler, s.246-247

²¹⁰ YG 2 HD. 21.10.2013 tarih ve 2013/10036E.,2013/23648K. sayılı kararı, YKD cilt no:40,sayı:1,Ocak 2014 Dergisi s.18

göre kendisine Sosyal Güvenlik Kurulunca aylık bağlandığı anlaşılmaktadır. Bu yasaya göre aylık bağlanmasını gerektiren koşullar ortadan kalkmadıkça, davalının muhtaçlık hali devam ediyor demektir. Böyle bir durumda davalının yoksulluk nafakası ile yükümlü tutulamayacağı gözetilmeden, davacı yararına yazılı şekilde yoksulluk nafakasına hükmedilmesini doğru bulunmamıştır” diyerek muhtaç olan davalının aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerinin muhtaçlık ortadan kalkana kadar kaldırılmasına karar verilmiştir.

TCK 26. maddede²¹¹ düzenlenen “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk sebebinin varlığından bahsedebilmek için, “Ehil olan mağdurun, geçerli irade beyanı ile failin fiiline rıza göstermesi” gerekmektedir. Yine rızanın varlığından bahsedebilmek için, mağdurun rıza gösterdiği konu üzerinde mutlak surette bir tasarruf hakkının bulunması gerekmektedir²¹². İlgilinin rızası hukuka uygunluk sebeplerinin tüm koşullarını taşıması halinde cezayı ortadan kaldıracaktır²¹³.

TCK 233/1 maddede düzenlenen suç takibi şikâyete bağlı bir suçtur. Bu sebeple mağdur rıza gösterir ve şikâyet etmez ise; failin yargılanması mümkün değildir. Kovuşturma aşamasında dahi mağdur şikâyetinden vazgeçerek, davanın ortadan kalkmasını sağlayabilecektir. Hal böyle olduğunda “ilgilinin rızası” fiilden önce ortaya çıkan bir suça değil, fiil, dolayısıyla bütün unsurlarıyla suç ortaya çıktıktan sonra, suçun takibine ilişkin rızadır. Bu rıza, TCK 26. maddede aranan rıza değildir.

Bu durumda ekonomik durum veya şartları uygun olmayan yükümlünün, mahkeme kararı ile nafaka ödemesinin tamamen ortadan kaldırılması halinde, yetkili merciin emrini yerine getirdiğinden, failin fiilinin hukuka uygun olduğundan söz edilebilir. Konuya mahkeme kararı ile aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ortadan kaldırılması olarak bakıldığında da; suçun unsuru olan aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğünün ihlalinin bulunmadığı değerlendirilerek sanığın beraatına karar verilmesi gerektiğini söylemek mümkün olacaktır.

²¹¹ TCK 26 “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.

²¹² “İlgilinin rızası, kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği hakkı üzerinde, diğer kişilere tasarrufta bulunma olanağı vermesidir. Koşulları; rıza gösteren kişinin, buna yetkili ve rıza gösterme ehliyetine sahip olması, rızanın mağdurun serbestçe tasarruf edebileceği bir hak üzerinde olması ve geçerli bir rıza açıklamasının yapılmasıdır.” Bkz. ERCAN; s. 85-86.

²¹³ NUHOĞLU; s. 154.

2.3. Kusurluluk

Hukuka aykırılık, bir fiilin hangi koşullarda hukuk düzenine aykırı olacağı sorununa ilişkin; kusurluluk, hukuka aykırı fiilden dolayı failin sorumlu tutulup tutulmayacağına ilişkin olup diğer bir ifadeyle haksızlık teşkil eden eylemin ferde yüklenebilmesidir²¹⁴.

Suç kast ile işlenebilir. Aranan genel kasttır. Failin amacı önemli değildir. TCK 21/1 maddesine göre *kast, suçun kanuni tanımındaki unsurlarını bilerek ve isteyerek failin fiilini gerçekleştirmesidir*. Failin, bilerek ve isteyerek, kendisi yönünden mümkün olmasına rağmen, aile hukukundan kaynaklı bakım, eğitim veya destek yükümlülüklerini yerine getirmemesidir.

Failin, yükümlülüğünü yerine getirmeyi istemesine rağmen, yükümlülüklerini yerine getirebilecek durumda olmaması nedeni ile cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin, çocuğunun eğitimi için okula kayıt yaptırmak isteyen velinin, köy okulunun kapanması ve çocuğu başka bir yere gönderememesi halinde bu kişinin kastından söz edilmesi mümkün değildir.

Yargıtay bir kararında²¹⁵; “Mağdurenin aşamalardaki beyanları, sanık savunmaları ve tanık beyanları ile tüm dosya kapsamına göre; mağdure ile resmi nikâhlı olarak birlikte yaşayan sanığın, sanık Ayşe’yi eve getirerek bu kişiyle gayri resmi olarak karı-koca hayatı yaşaması üzerine mağdurenin, sanık ve müşterek çocuklarını terk edip annesi ile birlikte yaşaması, bu nedenle de sanığın mağdureye maddi olarak yardımda bulunmaması şeklinde gerçekleşen olayda sanığın şoförlük yaparak dört çocuğunda geçimini sağladığı, mağdurenin ayrı bir evde yaşamasını sağlamaya yönelik maddi bir imkana sahip olmadığı, bu nedenlerle sanığa yüklenen suçun manevi unsurunun gerçekleşmediğinin anlaşılması karşısında, sanık hakkında atılı suçtan beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi” gerekçesi ile sanık hakkında alınan kararın bozulmasına karar verilmiştir. Yargıtay bu kararında suçun manevi unsur olan kastının yokluğunu gerekçe olarak göstermiştir.

Bu suç taksirli olarak işlenemez.

²¹⁴ SOYASLAN; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 485.

²¹⁵ YG 14 CD 28.03.2013t., 2012/14434-2013/3569K sayılı kararı, YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s. 6952.

3. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

3.1. Teşebbüs

Belli bir harekete ulaşmak için gerekli tüm hareketleri fail yapamaz veya yapar, ancak elinde olmayan nedenlerle hareketleri bitirdiği halde netice gerçekleşmez²¹⁶. İşte bu durumda suça teşebbüs söz konusudur.

Yukarıda da belirtildiği üzere TCK 233/1 maddede düzenlenen suç, ihmali davranışla işlenebilmektedir. İhmali davranışın yapılması ile birlikte suç meydana gelir. Bu nedenle suça teşebbüs mümkün değildir.

3.2. İçtima

Ortada birden fazla suç bulunmasına karşın çeşitli nedenlerle faile tek cezanın verildiği durumlara “suçların içtima” denir²¹⁷. TCK 233/1 maddede düzenlenen suç için özel bir kural öngörülmemiştir. Bu sebeple içtima ile ilgili olarak TCK 42-44 maddelerinde yapılan düzenlemeler, TCK 233/1 maddedeki suç için de geçerlidir.

TCK 42. madde hükümlerine göre; bir suç diğer bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olmuş ise tek bir suç kabul edilir ve içtima hükümleri uygulanmaz²¹⁸. Aynı suç işleme kararıyla bir kişiye karşı, değişik zamanlarda aynı suçun birden fazla kez işlenmesi TCK 43. maddede zincirleme suç olarak düzenlenmiştir. TCK 44 maddede yapılan düzenlemede ise; failin hareketi birden fazla suçun oluşmasına sebep oluyor ise; fail bu suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza alacaktır²¹⁹. Failin, işlediği tek eylem ile birden fazla ve farklı suçun oluşmasına sebep olması fikri içtimadır²²⁰.

TCK 233/1 maddede düzenlenen suçta TCK 44. maddede düzenlenen fikri içtima hükümleri uygulanacaktır. “...o halde, söz gelimi boşanmak istediği eşini bezdirmek için

²¹⁶ SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1994, s. 7.

²¹⁷ SANCAR, Türkan Yalçın; Müteselsil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s.15.

²¹⁸ TCK 42 madde-(1) Biri diğerinin unsuru veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suça bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz.

²¹⁹ TCK 44 madde-(1) İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır.

²²⁰ ERCAN; s. 195.

eve her gece geç ve içkili gelip ailesiyle ilgilenmeyen ve onları perişan duruma düşüren babanın durumunda, kanaatimizce TCK madde 96 ve 233/1 arasında fikri içtima ilişkisi doğacaktır.²²¹

3.3. İştirak

İştirakten söz edilebilmesi için suça birden çok kişi katılmış olmalıdır. Katılma maddi ya da manevi olabilir. Faillerin yaptıkları hareketler farklı nitelikte olabilir; suçun oluşumuna önemli bir katkıda bulunması şart değildir²²².

TCK 40 maddesine göre; Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir. Suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır. Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.

TCK 40/2 maddesi göz önüne alındığında; TCK m.233'de tanımlanan suçlar özgü suç olduklarından; iştirak edecek kişinin özel faillik niteliği taşıyan kişi olması koşuluyla iştirak mümkün olacaktır²²³. Aile bireyi olmayan kişiler bu suçtan ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olabilir²²⁴.

²²¹ DÖNMEZER/ERMAN C.2. s.338, nakleden YILMAZ; s. 111

²²² ÖZBEK/KANBUR/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE; s.321.

²²³ ÖZEN; s.1370.

²²⁴ ZAFER; s. 27.

4. SUÇUN HALLERİ

Bazı nedenler suçun varlığından bağımsız olarak bir suçun daha ağır veya daha hafif sayılmasını, dolayısıyla cezanın artırılması veya azaltulmasını gerektirirler. Bunlar suçtan fazla bir şey olup, suça eklenen olgulardır²²⁵. İşte basit suça ilişkin cezanın artırılması veya hafifletilmesine sebebiyet veren bu unsurlara suça tesir eden haller denilmektedir.

Haksız tahrik, mecburi indirim sebebi olup kanunda aranan şartların bulunması halinde hâkime takdir yetkisi bırakmayan ve sanık lehine uygulanması zorunlu olan bir hafifletici nedendir. Bir diğer hafifletici neden ise hâkime tanınmış takdiri hafifletici sebeplerdir ki TCK 62. maddede düzenlenen bu indirim sebeplerin uygulanması yönünde hâkime bir zorunluluk getirilmemiştir. Hakim, olaya göre bu indirim sebeplerini uygulamak konusunda serbesttir.

TCK 233/1 maddede yer alan suçun için kanun koyucu, ağırlaştırıcı veya suçu hafifletici nedenler düzenlememiştir. Kanundan doğan ve yerine getirilmesi zorunlu olduğundan bu suçta haksız tahrikin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Bunun yanı sıra hâkime tanınan indirim sebepleri, yukarıda da belirtildiği üzere, olaya göre hâkimin takdirine bırakılmış bir durumdur.

5. YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE ZAMANAŞIMI

Toplanan deliller suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturduğunda kural, Cumhuriyet savcısının, kamu davasını açmasıdır(CMK.m.170/2). Ancak, bazı durumlarda, mağdura sorulmadan kamu davasının açılması, onun bakımından, çoğu kez giderilmesi imkânsız bir zarar veya tehlikeye yol açabilir. Kanun, kamusal çıkarla bireysel çıkarın çatıştığı bu durumlarda, mağdurun iradesine üstünlük tanımakta, dolayısıyla mağdurdan, suçun takip edilmesi veya edilmemesi konusunda bir irade açıklamasında bulunmasını istemektedir. Buna şikâyet denmektedir²²⁶.

²²⁵ SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 2012, Ankara, s. 221.

²²⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki; 5237 sayılı Kanunda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 2006-3, s. 10.

TCK 233/1 maddede yer alan suçun şikâyete bağlı olduğu açıkça kanun maddesinde belirtilmiş bulunmaktadır. O halde suçtan zarar gören şikâyetçi olmadığı sürece, aile hukukundan kaynaklı bakım, eğitim ve destek yükümlülüklerini yerine getirmeyen fail hakkında soruşturma yapılamayacaktır.

Şikâyetçinin şikâyetinden evvel sanığın suça konu yükümlülüklerini yerine getirmesi halinde, şikâyet tarihindeki durum göz önüne alınacağından sanık hakkında dava açılması mümkün olmayacaktır. Yükümlü şikâyetten evvel yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlaması halinde, hakkında takipsizlik kararı verilecektir.

Ancak yükümlülüklerin devam ettiği hususu da göz önüne alındığında, yükümlünün TCK 233/1 maddeye aykırı fiili bulunması halinde, yükümlü aleyhine şikâyet yapılabilmesi mümkündür.

5271 sayılı CMK ve 5237 sayılı TCK 'da küçüklerin şikâyet yetkisine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu alandaki boşluk uygulamada alınan kararlarla doldurulmaktadır. TMK 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu düzenlenmiştir. Yine aynı maddede, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyecekleri ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığı hükme bağlanmaktadır.

YCGK 'nın 11.03.2008 tarih ve 2007/5-253E., 2008/52K sayılı kararında; *“...kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar yasada tek tek sayılmamakla birlikte genel olarak öğretilde, kişinin sadece kendisinin kullanabilecek, başkasına devredilmeyen ve miras yoluyla geçmeyen haklar olarak açıklanmaktadır. Bu tür haklar insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden, bunların kullanılmasına karar verme yetkisi başkasına bırakılmamıştır. Örneğin, evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi... Bundan da anlaşılacağı üzere kişinin “bir yere gitmek veya bir yerde kalmak” özgürlüğü üzerinde tasarrufta bulunma hakkının sadece kendisine ait olacağı açıktır.*

Bununla birlikte, 15.04.1942 gün ve 14/9 sayılı İ.B.Kararı ile CGK'nın 15.02.1972 gün ve 43-50 ve 02.03.2004 gün ve 44-58 sayılı kararında; ayırt etme gücüne sahip

(sezgin) küçüklerin doğrudan doğruya kişiliklerine karşı işlenmiş bulunan suçlardan dolayı dava ve şikâyet hakkına sahip oldukları belirtilmektedir” diyerek ayırt etme gücüne sahip küçüklerin şikâyet hakkına sahip olduklarını kabul etmiştir²²⁷ .

Ancak CGK ’nın 03.06.2008 tarih ve 2008/5-56E.2008/156K sayılı kararında²²⁸; “Öte yandan, mağdure için atanan zorunlu vekil ile yaşı küçük mağdurenin iradelerinin çelişmesi halinde, hangisinin iradesine üstünlük tanınacağı hususunda CYY.nin 234. maddesinde açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, benzer bir konuda CYY.nin 266/2. maddesinde düzenleme yer almaktadır. Anılan maddede yasa yollarına başvurma konusunda, 150/2. maddeye göre atanan zorunlu müdafî (sanık çocuk, kendisini savunamayacak derecede malul veya sağır ve dilsiz ise) ile asilin iradesinin çelişmesi halinde, zorunlu müdafîin iradesinin esas alınacağı kuralı getirilmiş olup, olayımızda da kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır.

Gerek 5237 sayılı TCY.nin [103](#) ve [109](#). maddelerinde, onbeş yaşından küçük mağdurların iradelerinin gözetilmemiş olması, gerekse CYY.nin 266/2. maddesinin kıyasen uygulanma olanağı nazara alındığında, CYY.nin 234. maddesi uyarınca mağdure için atanan zorunlu vekilin iradesine üstünlük tanınarak davaya katılma yönündeki isteminin kabulüne karar verilmesi yerine, onbeş yaşından küçük mağdurenin iradesi kabul edilerek katılma isteminin reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır.”diyerek küçük mağdure ile zorunlu müdafîinin iradelerinin çelişmeleri halinde zorunlu müdafîin iradesinin göz önüne alınacağı kabul edilmiştir.

Mağdurun küçük olması halinde, TCK 233/1 maddede düzenlenen suç gibi; anne veya babanın sanık olduğu durumlarda, velisi olan anne veya babası ile arasında menfaatleri bakımından bir çatışma durumu söz konusu olacaktır. Zira takibi şikâyete bağlı olan bir suçta veli olan anne veya baba, kendi eşine karşı şikâyetçi olmak istememesi hayatın olağan akışına da uygundur. Bu durumda zorunlu vekilin yanında çocuğa TMK 403. ve 426. maddeleri gereğince kayyım atanması ve onun şikâyetçi olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Nitekim Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 01.10.2011 tarih ve 2008/17820E., 2010/18041K. sayılı kararında “.... kesinleşmiş boşanma kararı ile velayeti kendisine

²²⁷ <http://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=44&t=5506>

²²⁸(www.kazanci.com)

verilen henüz 8 yaşındaki çocuğuna kötü muamelede bulunma suçundan yargılanması nedeniyle mağdur çocukla arasında çıkar çatışması bulunduğundan 4721 Türk Medeni Kanunu'nun 426/2 gereğince bu davada mağdur çocuğun haklarının korunması ve temsil edilmesi açısından kayyım atanması sağlanarak husumet izni alındıktan sonra CMK 234/2.maddesi gereğince tayin edilen vekil huzurunda yargılamaya devam edilmesi gerekirken açıklanan hususlara riayet edilmeden beraat kararı verilmesi” ni bozma sebebi olarak kabul etmiştir.

Yargıtay 14. Ceza Dairesi konu ile ilgili kararlarında ise “... suç tarihinde 16 yaş içinde bulunan mağdur Bekir adına çıkan davetiye nin tebliğ edilemediğinden bahisle mağdurun kendisine yönelik eylem nedeniyle şikayeti konusunda beyanına başvurulmadığı, suç tarihi itibarıyla mağdurun kişiye sıkı sıkıya bağlı olan şikayet hakkını tek başına kullanabileceği, nüfus kaydına göre 19.07.1997 doğumlu olup, suç tarihinde 13 yaş içerisinde bulunan mağdur Ali'nin yaşı gereği şikayet iradesinde bulunamayacağı, velisi olan annesinin de, babanın sanık olması nedeniyle mağduru temsilde menfaat çatışması bulunacağından 4721 sayılı TMK.nın 426. maddesine göre temsil kayyımı atanması ve davada mağduru bu kayyımın temsil etmesi gerekmekte ise de; inceleme tarihi itibarı ile mağdur Ali'nin 15 yaşını doldurmuş olması nedeniyle şikayet hakkını tek başına kullanabileceği anlaşıldığından mağdurların sanık tarafından kendilerine yönelik eylemler nedeniyle varsa şikayetlerinin tespiti ile sonucuna göre hüküm kurulması gerektiği gözetilmeden, menfaat çatışması bulunan annenin şikayetten vazgeçme beyanı esas alınarak yazılı şekilde karar verilmesi....” gerekçesi ile bozmaya karar vermiştir²²⁹.

Sonuç olarak Yargıtay'ın emsal kararları göz önüne alındığında; ayırt etme gücüne sahip küçüklerin tek başlarına şikâyet haklarını kullanabilecekleri, ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan ve kendisini ifade edemeyen küçük mağdurun şikâyet hakkını kullanma yetkisi küçücüğün kanuni temsilcisine ait olduğu kabul edilmiştir. Temsilcinin TCK 233/1 maddede düzenlenen suçta olduğu gibi, kendi eşi aleyhine şikâyette bulunma durumu ile karşı karşıya gelmesi halinde yani bir menfaat çatışması yaşanması durumunda, mağdura TMK 426. madde gereğince kayyım atanması gerektiğinin kabul edildiğini söylemek mümkündür.

²²⁹ YG 14 CD 2013/1778E.,2014/11483K. sayılı kararı

4721 sayılı TMK 13. maddesinde, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğu; 10. maddesinde, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyetinin bulunduğu; 11. maddesinde, erginliğin onsekiz yaşın doldurulmasıyla başlayacağı, 14. maddesinde, ayırt etme gücü bulunmayanların, küçüklerin ve kısıtlıların fiil ehliyetinin olmadığı; 15. maddesinde de, kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hüküm altına alınmıştır²³⁰.

Suç takibi şikâyete bağlı bir suçtur. Bu nedenle suç uzlaşma kapsamındadır. Uzlaşma kurumu, uyuşmazlığın yargı dışı yolla ve fakat adlî makamlar denetiminde çözümlenmesini amaçlayan bir yöntem olup, fail ve mağdurun suçtan doğan zararın giderilmesi konusunda anlaşmalarına bağlı olarak, devletin de ceza soruşturması ve kovuşturmasından vazgeçmesi ve suçun işlenmesiyle bozulan toplumsal düzenin, barış yoluyla yeniden tesisini sağlayıcı nitelikte bir hukuksal kurum şeklinde tanımlanmaktadır²³¹. CMK 253/1-a maddesine göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi tüm suçlar uzlaştırma kapsamında olduğunu söylemek mümkündür. Bunun tek istisnası soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olan suçlardan etkin pişmanlık hükümleri düzenlenmiş olanlar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardır. TCK 233. maddede düzenlenen suçların tamamı ise uzlaşma hükümlerine tabidir.

TCK 233/1 maddesinde faile verilecek cezayı “... 1 yıla kadar hapis” olarak belirlemiştir. TCK ’da süreli hapse ilişkin düzenlemeyi yapan 49. madde hükmüne göre; “Süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hâllerde bir aydan az, yirmi yıldan fazla olamaz.” Şu halde TCK 233/1 maddede faile verilecek cezanın alt sınırı belirlenmediğinden, TCK 49 madde gereğince bu suç için hapis cezasının alt sınırı 1 ay olduğunu söyleyebilir. TCK 49/2 madde gereğince “hükmedilen bir yıl veya daha az süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezasıdır.” TCK 233/1 maddede düzenlenen suç için ön görülen cezanın 1 yıla kadar hapis cezası olduğu hususu göz önüne alındığında cezanın kısa süreli hapis cezası olduğunu ve bu kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların da

²³⁰ YCGK 20.12.2011 t. 2011/5-230E.,2011/273K sayılı kararı

²³¹ YAŞAR, Osman; Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Cilt, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi Ankara 2006, s.1500.

uygulanması mümkündür. Kanun koyucu kısa süreli hapis cezalarının infaz edilmek yerine yine kanunda gösterilen yaptırımlardan birine çevrilebileceğini kabul etmiştir. Kısa süreli hapis cezasının seçenek yaptırımlara dönüştürülmesinde hâkimin seçenek yaptırıma hükmedip hükmetmemeye ve aynı zamanda fail hakkında para cezasına mı yoksa güvenlik tedbirine mi hükmedileceğine ilişkin takdir yetkisi bulunmaktadır²³². TCK 50. maddede kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu madde düzenlemesine göre hükmedilen seçenek tedbirin hükümlünün elinde olmayan nedenlerle yerine getirilememesi durumunda, hükmü veren mahkemece tedbirin değiştirilebilecektir.

Kunter dava zamanaşımını “cezalandırabilme zamanaşımı” olarak nitelemiştir²³³. Dava zamanaşımı, bir suçtan ötürü yasada gösterilen süreler içerisinde dava açılmamış veya açılan dava sona erdirilmemişse, atılı suçtan dava açılmayacağı gibi açılmış bulunan davaya da devam edilemeyeceği sonucunu doğuran süredir. TCK 66. maddesi dava zamanaşımı süresini düzenlemektedir. TCK 66/1 (e) maddesine göre 5 yıldan fazla olmamak üzere hapis ve adli para cezasını gerektiren suçlarda dava zamanaşımı süresi 8 yıldır. Zamanaşımının kesilmesi halinde bu süre 12 yıldır.(TCK 67/4 madde)

TCK 233/1 maddedeki suç mütemadi bir suçtur ve failin yakalanması süre gelen fiili sona erdirir²³⁴.

²³² ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Yayınları, 2006, Ankara, s. 638.

²³³ KUNTER, Nurullah; Ceza Hukukunda Zamanaşımı, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, s.44.

²³⁴ ZAFER; s. 21.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAMİLE KADINI TERK SUÇU

1. GENEL OLARAK

TCK 233/2 maddesinde; “*Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*” olarak düzenlenmiştir.

Yasada maddenin gerekçesinde²³⁵, evli olsun veya olmasın gebe olan eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış kadını çaresiz durumda terk eden, dolayısıyla ona her türlü yardımı yapmaksızın ortada bırakan kişinin cezalandırıldığı belirtilmiştir.

TCK 233/2’deki suç, iki farklı hukuki nitelikte gebe kadın korunmaktadır. İlki evli hamile eştir. İkincisi ise, kanun hükmünde, failin sürekli birlikte yaşadığı, kendisinden gebe kaldığını bildiği evli olmayan kadın olarak nitelenmiştir. Kanun koyucu, bu hükümlerle, evli olmadan birlikte yaşama sırasındaki hamileliği, medeni hukuktan farklı olarak, aile düzeni içinde düzenlemiştir. Böylelikle, sürekli birlikte yaşadığı kişiden hamile kalan kadının, erkeğin bir başka kadınla evli olmasından dolayı hamile kadınla yasal olarak evlenmesinin mümkün olması hali de bulunmaktadır.

Diğer yandan, TCK 233/2’deki suç, TCK 97’deki terk suçunun özel biçimidir. TCK 97 madde hükmündeki terkte, yaşı veya hastalığından dolayı kendisini idare edememesi nedeniyle, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan kişinin, yükümlülüğü altındaki kişiyi terki, suçun konusudur²³⁶. TCK 233/2’deki suçta ise, eşinin hamile olduğunu bilen kocanın ve sürekli birlikte yaşayıp evli olmayan kadının kendisinden hamile olduğunu bilen erkeğin terki, suç konusu olarak düzenlenmiştir. TCK 233/2 madde hükmüyle, TCK 97’de olduğu gibi, suçun konusu olan gebe kadın, çaresiz durumdayken,

²³⁵ EROL, s. 2499.

²³⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010, s. 123.

hukuken niteliği belirtilen erkeğin koruma ve gözetimi altına alınmıştır. Bu erkeğin, çaresiz durumdaki hamile kadını terki, kanunun suç saydığı fiildir.

2. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR

Suçun faili meşru veya fiili babadır²³⁷. Fail, hamile eşini ve sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalan evli olmayan kadını çaresiz bırakan erkektir²³⁸.

TCK 233/2'deki suç, özgü suçtur. Suçu, her erkek işleyemez. Suçu, ancak, eşinin hamile olduğunu bilen koca ile evli olmadan kendisinden hamile kaldığını bildiği kadınla sürekli birlikte yaşayan erkek işleyebilir²³⁹.

TCK 233/2'deki suçla korunan değer, hamile kadının korunmasıdır. Bu korumanın sağlanması için, hamile kadının kocası ile kendisinden hamile kaldığını bildiği kadınla sürekli birlikte yaşayan erkeğe, çaresiz durumdaki hamile kadını terk etmeme yükümlülüğü getirilmiştir. Her iki erkek, hamile bıraktıkları ve hamileliklerini bildikleri kadınları, çaresiz durumda terk etmeyeceklerdir. Bu nedenle, suçun hukuki konusu, toplumsal – kamusal gereklilik olarak, TCK 233/2'de belirtilen hamile kadını çaresiz durumda terk etmemekle yükümlü tutulan erkeğin, bu yükümlülüğünü yerine getirmesindeki ferdi – toplumsal yarardır²⁴⁰.

Kanun koyucu, TCK 233/2 maddede “hamile kadını” korumayı hedeflemekte, bu suçta mağdur olan kadının, evli olup olmadığını aramamaktadır. Kişinin kendisinden hamile olduğunu bildiği eşini ya da evlilik dışında birlikte olduğu kadını, bilerek ve isteyerek terk etmesi ve hamile kadının bu terkle birlikte çaresiz kalması, suçun oluşması için yeterli kabul edilmiştir. Bu nedenle kadının evlilik birliği içerisinde hamile kalması aranmaz.

Hukuki konu, ananın ve çocuğun korunmasına ilişkin ferdi-kamusal yarardır. Hamile eş veya kadının korunmasıyla da sonuçta aile süzünü korumaktadır²⁴¹. Hamile

²³⁷HAFIZOĞULLARI / ÖZEN; Topluma Karşı Suçlar, s. 396.

²³⁸DONAY; Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007,s.338.

²³⁹ÖZEN; s.1365.

²⁴⁰HAFIZOĞULLARI / ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 123.

²⁴¹ÖZEN; s. 1364.

kadını terk etme halinde, henüz doğmamış olanın doğma hakkının korunduğunu söylemek de mümkündür²⁴².

Suçun mağduru, hamile olan eş veya hamile bırakılan kadındır. Bu suç, faili ve mağduru bakımından bir özgü suçtur. TBK 27. madde hükmüne göre, yetkili nikah memuru önünde yapılmayan evlilikler yok hükmündedir. Bu açıdan evlilik dışı birlikteliklerin kişileri mağdur kılmaması için cezai koruma altında olması gerekmekte ve evlilik dışı birlikteliklerin önlenemediği ölçüde koruma altında olması göstermektedir²⁴³.

3. SUÇUN UNSURLARI

3.1. Fiil

TCK 233/2 maddedeki suçun oluşabilmesi için, hamile olduğu bilinen eş veya evli olmayan kadının çaresiz durumda terk edilmiş olması gerekmektedir. Kanunun suç saydığı fiil, evli eşini veya sürekli birlikte yaşadığı evli olmayan kadını gebe bırakan ve bunu bilen erkeğin (fail), çaresiz durumdaki, dolayısıyla kanunen terk edilmeme yükümü getirilmiş hamile kadını terk etmesidir²⁴⁴.

Failin, gebe olmayan eşini ve gebe bıraktığını bilmediği kadını ve sürekli birlikte yaşadığı evli olmayan kadını, çaresiz durumda terki, suçun konusu değildir. Failin, başkasından hamile olduğunu bildiği birlikte yaşadığı kadını terk etmesi halinde bu suç oluşmaz²⁴⁵. Kanun, bu konuyu açık bir biçimde düzenlemiştir. Zira “kendisinden hamile olduğunu bildiği” ibaresini ekleyerek, failin hamile bırakan erkek olması gerektiği şüpheye

²⁴² ZAFER; s. 12.

²⁴³ ÖZEN; s.1365.

²⁴⁴ YG 14 CD. 07.12.2012t. 2012/12659E-2012/12659 “Mağdur Emel’in aşamalarda özde değişiklik göstermeyen beyanları, sanığın savunmaları ve dosya içeriğine göre; sanığın 7 aylık hamile olduğunu bildiği eşini terk ederek onu çaresiz durumda bıraktığı, mağdurun hamileliğinin ilerlemesi nedeniyle sanığın kendisini terk etmesinden bir ay sonra kendi anne-babasının yanına gitmek zorunda kaldığı, doğum süresince sanığın yine aile bağından kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediği, sanığın anne ve babasının, terk eyleminden sonra bir müddet mağdura bakması ile onun doğum yaptığı sırada ihtiyaçlarını karşılamanın sanığın yükümlülüklerini ortadan kaldırmayacağı ve TCK 233/2 maddesinin şikayete bağlı olmadığı gözetildiğinde, sanığın atılı suçu işlediği sabit olduğu halde mahkumiyeti yerine, yerinde görülmeyen gerekçeyle beraatına karar verilmesi” YAŞAR/ÖZCAN/ARTUÇ; s. 6951

²⁴⁵ ZAFER; s. 18.

yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Eş dışındaki hamile kadının başkası ile evli olmaması fiilin bir (olumsuz) önkoşulunu oluşturmaktadır.

Erkek, eşinin dışında, başka bir kadınla birlikte yaşamıyor ve arada sırada birlikte oluyorsa bu suç oluşmayacaktır²⁴⁶. Bu halde “terk” fiili oluşacaktır. Hafızoğulları ’na²⁴⁷ göre himayenin konusu esas alındığında, madem hamile kadın ve çocuk korunmaktadır, öyleyse mevcut düzenlemenin, ayrımcılık yaparak, yetersiz kaldığı düşünülebilir.

Kocanın, eşinin bir başka erkekten hamile kaldığını bilmesi ve eşini terk etmesi halinde, bu suçtan bahsetmek mümkün olmayacaktır²⁴⁸. Evli kadının kocası dışındaki sürekli birlikte yaşadığı erkekten gebe kalması ve çaresiz durumda terki, TCK 233/2 ’deki suçun konusu dışındadır. Bu durumda, koşulları varsa, kocaya karşı TCK 97 ’deki terk suçu oluşabilir.

TCK 233/2 maddesinde fiil, “hamile olduğunu bildiği eşini veya süreli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk etmesi” olarak tanımlanmıştır²⁴⁹. Terk etmek, failin, çaresiz durumda olacağını bilmesine rağmen, hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği kadını bırakıp çekip gitmesidir. Suç, icrai hareket ile işlenen ani bir suçtur. Çünkü terkte süreklilik bulunmamaktadır. Bir başka görüşe göre suç, gerçek bir ihmali suçtur²⁵⁰.

Kadının en çok desteğe ihtiyacı olduğu anda, erkeğin kadını bilebile göz ardı ederek çaresiz durumda bırakmasının bu suçun kapsamına girip girmeyeceği tartışılmalıdır. Kanaatimizce hamilelik sebebi ile hormonal dengesinde değişiklikler yaşayan bir kadının her zamankinden daha fazla ilgi ve özene ihtiyacı varken, vücutsal anlamda yaşadığı tüm değişiklikler karşısında erkeğin psikolojik ve maddi ilgisizliği ve hatta manevi terki bu suçun konusu oluşturmaktadır.

²⁴⁶ DONAY; s.338.

²⁴⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Topluma Karşı Suçlar, s. 398.

²⁴⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK; 676.

²⁴⁹ YG 14. CD. 03.10.2013, 2012/10666-2013/2643 “Sanığın birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği ve onaylı nüfus kaydına göre evli olmadığı anlaşılan mağdureyi evinden kovarak çaresiz durumda terk ettiği sabit olan eyleminin TCK 233/2 maddesinde düzenlenene aile hukukundan kaynaklı yükümlülüğün ihlali suçunu oluşturduğu gözetilmeden yazılı şekilde beraatına karar verilmesi”, ARTUK/GÖKÇEN/YENİDÜNYA; Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 6716.

²⁵⁰ ZAFER; s. 21.

Erkeğin davranışının, eziyet derecesinde olması halinde ise, TCK 96/2 (a) 'daki nitelikli eziyet suçu söz konusu olacaktır.

3.1.1. Fail İle Hamile Eşin Evlilik Birliğinin Devam Etmekte Olması

TCK 233/2 madde hükmüyle korunan farklı nitelikteki kadınlardan birisi, evli kadındır. Evlilik hukuki bir kavramdır ve tanımı bellidir. Evlilik, kadın ve erkeğin, kanun hükümlerine göre evlendirme işleminin yapılmasıyla başlayan ve eşlerden birinin ölmesi veya kesinleşen hâkim kararıyla sona ermesine kadar devam eden, hukuki bir kurumdur. Buna göre, kocanın hamile olduğunu bildiği karısını terki, suçun konulardandır.

Terk, evlilik içinde işlenmelidir. Taraflar arasında boşanma davası açılmasına veya boşanmaya karar verilmesine karşın, eşler aile konutunda birlikte yaşamaya devam etmekteyseler, kocanın hamile olduğunu bildiği eşine karşı, yasal yükümü devam eder. Aynı durum, evliliğin iptali davaları içinde geçerlidir. Evliliğin iptali davalarında, iptal kararının kesinleşmesine kadar, evliliğin hüküm ve sonuçları devam eder. Buna karşın, evlenme işleminin yokluğunda / hukuken yok hükmünde olmasında dahi, hamile kadının TCK 233/2'deki düzenleme ile korunmasına devam edileceği kanaatindeyiz.

Kocanın, evlilik birliği devam etmediğinden kendisinden hamile kalan kadını çaresizlik içinde terk ettiği savunmasına karşı evlilik birliği devam ederken ve taraflar birlikte yaşarken kadının hamile kalması sebebi ile itibar edilemeyeceği kanaatindeyiz. Taraflar arasındaki evlilik ilişkisi sona erse dahi; erkeğin kadının kendisinden hamile kaldığını bilmesi halinde, kendisinden, kadına karşı ilgi göstermesi beklenmektedir. Erkeğin, kendisinden beklendiği gibi, evlilik birliği sona erse dahi, kendisinden hamile kaldığını bildiği kadına karşı üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, aynı maddenin “birlikte yaşadığı kendisinden hamile kaldığını bildiği kadın” düzenlemesinden yararlanarak erkeğin cezalandırılmasının talep edilebileceği kanaatindeyiz.

Madde hükmünde, karının kocasından hamile kalması koşulu getirilmemiştir. Buna göre, olası iki düşünce söz konusu olabilir:

İlki, hükmün sözel yorumuyla, evli kadın kimden hamile kalırsa kalsın, koca, hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk etmeyecektir. Kocanın terk etmeme yükümlülüğü, çaresiz durumla sınırlıdır. Çaresizlik durumunun ortadan kalkmasıyla veya hamile kadının tek başına çaresizliği aşabilecek duruma gelmesiyle, kocanın yasal yükümü sona erecektir. Bu nedenle, koca, kadının başkasından hamileliğini ileri sürerek, başkasından hamile kaldığını bildiği eşini çaresiz durumda terk edemeyecektir. Koca, bu durumda, hamile karısına karşı, zina nedeniyle boşanma davası açabilir. Ancak, zina nedeniyle boşanma davası açma hakkı ile ceza hükmünün konusu yükümlülük, birbirinden farklıdır, birbirine karıştırılmamalıdır.

İkinci düşünce olarak, kanun koyucunun, normal olarak, evlilikteki hamileliğin evli eşler arasında olacağından hareketle, hükmün düzenlendiğini kabulü ve sonucuna göre daraltıcı yorumda bulunmaktır. Buna göre, koca, sadece kendisinden hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk etmeme yükümü altındadır. Bu nedenle, başkasından hamile olduğunu bildiği eşin çaresiz durumda olması, kocayı yasal yüküm altına sokmayacaktır.

Madde hükmünün konuluş amacının, hamile kadının çaresiz durumda terkinin önlenmesi suretiyle, önce onun, dolaylı olarak çocuğun korunması olduğu gözetilerek, ilk düşüncenin, ikinciye göre geçerli olduğu kabul edilebilir. Ancak, bu durumda, evli kadının başkasında hamile olması, sanık koca lehine haksız tahrik nedeni olarak düşünülebilir.

Bize göre, yasa koyucu, kadının kocası haricinde bir erkekten hamile kalması ve kocanın bunu bilmesi halinde, erkeğe kendisinden hamile olmayan kadına destek olma yükümlülüğü yüklememiştir. Bu nedenle, kocanın, karısının bir başka erkekten hamile kaldığını ispatladığı sürece bu suçtan ceza almayacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

3.1.2. Failin Kendisinden Hamile Kaldığını Bildiği Kadınla Sürekli Birlikte Yaşamaları

Yukarıda anlatıldığı üzere hamile olan kadının, suçun faili ile evli olması aranmamaktadır. Ancak evlilik dışında hamile kalan kadın ile failin, tek seferlik yaşanan bir ilişki sebebi ile kadının hamile kalmasını da korumamaktadır. Yasal düzenlemeye bakıldığında, failin “sürekli birlikte yaşadığı” hamile kadını terk etmesi halinde de, suçun

oluşturğunun kabul edildiği görölmektedir. Yasa koyucunun bu düzenleme ile evli olmayan hamile kadınların korunmasını amaçladığı söylemek yanlış olmayacaktır.

Burada “sürekli birlikte yaşadığı” kadının, aynı evde kendisi ile birlikte ikamet etmesi, uzun süredir birlikte olma, erkeğın bir başka kadınla evli olmasında dahi hamile bıraktığı kadın ile de ilişkisinin devam ediyor olması gibi kıstasların göz önüne alınması gerektiğı kanaatindeyiz.

Düzenlemenin erkeğın “bir gecelik” diye tabir edilen bir ilişki neticesinde, kendisinden hamile kaldığını bildiğı kadını terk etmesi durumunda, kadının çaresizlik halinin bu madde ile koruma altına alınmamış olduğunu da söylemek mümkündür. Zira bu ilişkide “süreklilik” söz konusu değildir. Sürekli birlikte yaşamaktan kastedilen, kadın ve erkeğın devamlı olarak kesintisiz bir biçimde birlikte yaşamalarıdır.

Düzenleme, bu yönüyle eleştiriye açıktır. Zira düzenlemenin bu hali ile hamile kadın, erkeğın hiçbir cezai yükümlölük altında kalmamasına karşısında, müşterek bir bebeğı dünyaya getirme manevi ve maddi baskısı ile yalnız bırakılmaktadır. Medeni Kanunun çocuğın babaya karşı haklarını düzenlemişse de, sürekli birlikte yaşamadığı bir erkekten hamile kalan kadına ilişkin bir düzenlemeye yer vermemektedir. Bu durumda tarafların bu bebeğı birlikte meydana getirdikleri gerçeğı karşısında hamile kadın yalnız ve destekten yoksun bırakılmıştır.

Bu durum kadının sürekli birlikte yaşamadığı bir erkekten hamile kalması halinde cezalandırıldığı yönünde de yorumlanabilir. Bu durumun, tarafların özel hayatlarına ilişkin kanun koyucunun müdahalesi olarak yorumlanacağı gibi, kişinin kendi seçimleri ile yön verdiği özel hayatına saygı duyulmaması da addedilebilecektir.

Kanaatimizce, erkeğın ister sürekli birlikte yaşadığı ister evli olduğu isterse bir seferlik beraber olduğu kadını hamile bırakması halinde, yani her halükarda kadına karşı sorumluluğı vardır. Aksi düşünce kadını yalnız bırakmak ve toplum içerisinde dışlamaktan başka bir sonuca ulaştırmaz. Hâlbuki kadın hamile olmaya sebep olacak fiili tek başına işlememiştir.

3.1.3. Hamile Eş Veya Sürekli Birlikte Yaşarken Gebe Kadının Çaresiz Durumda Terk Edilmesi

Suçun konusu “çaresiz bırakma” maddi ve manevi her türlü destekten mahrum bırakmak anlamındadır. Kanun maddesinin gerekçesinde terkten maksat, “*hamile eş veya kadını her türlü yardımı yapmaksızın ortada bırakmak*” olarak açıklanmıştır. Yardımda bulunmamak yeterli değildir, bunun yanında hamile bıraktığı ve bu nedenle çaresiz kalan birlikte yaşadığı kadını terk etmesi de gerekmektedir.

Yasa koyucu, hamile eş veya sürekli birlikte yaşarken hamile kalan kadının, failin terki sebebi ile çaresiz durumda kalmasını aramıştır. Madde hükmünde, herhangi bir terk değil, çaresiz durumda, yani nitelikli terk, suçun konusudur. Çaresiz durumda olma, kişinin içinde bulunduğu olumsuz durumdan çıkabilme, kurtulabilme, olumsuz durumun etkilerini azaltabilme gücü ve olanağına sahip bulunmayışıdır. Buna göre, hükümdeki gebe kadın, kendi başına, olanaklarıyla, içinde bulunduğu kötü ve olumsuz durum ve koşullardan çıkamıyorsa veya çıkması beklenemiyorsa, çaresiz durumda demektir.

Kanun, kadının çaresizliğinin, gebelikten kaynaklanmasını, gebelikle nedensellik taşımasını aramamıştır. Gebe kadın, her tür nedenle çaresiz duruma düşebilir. Çaresizlik maddi veya manevi olabilir. Kanun, gebe kadının çaresiz durumda, eşi veya kendisinden gebe kaldığını bildiği ve sürekli birlikte yaşadığı erkek tarafından terk edilmesini önlemek istemiştir. Bu nedenle, gebe kadının, başta gebeliğine bağlı sağlık sorunları veya maddi koşullardaki kötü durumda terki, çaresiz durumda terki sayılacaktır.

Özen’e göre, kanunun aradığı hem maddi hem de manevi çaresizliktir. Bu itibarla, yeterli bir ekonomik bağımsızlığı bulunmayan hamile eşini terk edip gitme durumunda bu fıkradaki suç oluşmayabileceği gibi, kendi ve doğacak çocuğunun bakımını karşılayabilecek durumda olan eşin terki dolayısıyla kişisel, ailevi veya psikolojik açıdan çaresizliğine sebebiyet verilmesinde de suçun oluşacağı kanaatindedir²⁵¹.

Biz de, kanundaki “çaresizlik” kelimesi ile, hem maddi hem de manevi çaresizliğin kastedildiği kanaatindeyiz. Zira hamile olarak terk edilen kadının sosyal hayatta karşılaşılabilecek zorluklar, dışlanmalar kadını psikolojik anlamda zor bir sürece sokacak ve

²⁵¹ ÖZEN; s.1368.

hem çocuğun hem de annenin hem bedensel hem de ruhsal gelişmelerine zarar verebilecektir.

Gerçekten, ilk akla gelen ekonomik anlamda çaresizlik olacaktır. Ekonomik anlamda güçlü ve ihtiyacı bulunmayan hamile kadının çaresizliğe düşmeyeceği iddia edilse bile, bu iddia geçersizdir. Zira tüm vücut yapısı ve hormonları değişen, çevresinde bulunan insanlara karşı tek başına kalan kadının, gelenek ve görenekler de göz önüne alındığında toplumda uğrayacağı yıpratıcı muamelelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Kadın ekonomik anlamda güçlü olsa bile, manevi anlamda çaresizlik içerisine düşmesi çok olağandır. Kanaatimizce çaresizliğin ispatı kadından talep edilemez. Zira, kadının kendini çaresiz hissetmiş olması ve şikâyetçi olması, çaresizliğin varlığının ispatı için yeterli olacaktır.

Bu bağlamda, failin hamile eşi haklı sebeple terki ile, TCK 233/2 maddedeki terk arasındaki ilişki de ele alınmalıdır. TMK 164/I madde hükmüne göre, eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan konuta dönmediği takdirde, madde hükmünde belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, terk edilen eş diğerine karşı boşanma davası açabilecektir. TMK 164/I maddedeki terk, boşanma sebeplerindedir. TCK 233/2 madde hükmüyle korunan hukuki değer, failin hamile eşini çaresiz durumda terk etmesiyle hamile eşin çaresiz duruma düşürülmesinin önlenmesidir. TMK 164/I maddedeki terkin hamile eş tarafından yapılabilmesi de mümkündür.

Hamilelik, eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesine engel değildir. Hamile eşin, kocasına karşı evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinde, onun hamilelik durumu, hamileliğin bünyesine etkileri gibi, kişiden kişiye değişen, hamilelikten doğan ve ona bağlanan fiziksel ve ruhsal kısıtlayıcı durumlar göz önüne alınacak ve buna göre değerlendirilecektir. Bu nedenle, koca, hamile eşinden, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini, hamile olmayan bir eş gibi yerine getirmesini isteyemez ve bekleyemez. Çünkü hamilelik, kadın eşi, hamileliğin başından sonuna kadar, bünyesel olarak etkileyen, bu etkileri tıpça ölçülen, herkesçe bilinen fiziksel, ruhsal etkileri olan, biyolojik bir olaydır.

Hamile eşin, hamileliğin normal sayılacak kısıtlamaları dışında evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek için konutu terk etmesi olasılığından, onun

TMK 164/I madde hükmüne aykırı davranması söz konusu olacaktır. Hamile eşin TMK 164/I maddeye aykırı olarak konutu terk etmesi ve haklı bir sebep olmadan konuta dönmediği ve bu sırada TMK 233/2 maddede sözü edilen çaresizliğe düşmesinde, kocanın hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk etme eylemi işlenmiş midir?

Yukarıda ele alınan olasılığın gerçekleşmesi mümkündür. Buna karşın, bu olasılıkla ilgili olarak öğreti ve yargısal kararlarda bir görüş tespit edilememiştir. Bu nedenle, anılan olasılıkla ilgili iki karşıt düşünce ileri sürülebilir. İlk olası düşünce, hamile eşin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüğü yerine getirmemek amacıyla konutu terk etmesi ve haklı bir sebep olmadan konuta dönmemesi nedeniyle çaresizliğe düşmesini, onun kendi kusurlu davranışıyla çaresizliğe düşme olarak nitelenebilecek düşüncedir. Bu düşünceye göre, hamile eş, kendi kusurlu davranışıyla çaresizliğe düşmüştür.

Hamile eşin çaresizliğe düşmesinde, kocaya yüklenebilecek kusurlu bir davranış söz konusu değildir. Hamile eşin kendi kusuruyla çaresiz duruma düşmesinin sonuçlarına katlanır. Hamile eşin kendi kusurlu davranışıyla çaresiz duruma düşmesinden, koca sorumlu tutulamaz. Çünkü bu olasılıkta, kocanın hamile kadını terki söz konusu değildir. Dolayısıyla, hamile kadının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek için konutu terk etmesi ve haklı olmayan bir nedenle konuta dönmediği için çaresiz duruma düşmesinde, TCK 233/2 maddedeki terk etme eyleminin gerçekleşmesi söz konusu değildir.

Diğer olası bir düşünce ise, TCK 233/2 madde hükmünün, ceza hükmü olup, medeni hukuk normu olmadığını, ceza normunun unsurlarının gerçekleşmesinde suçun oluşacağını, buna göre, hamile kadının TMK 164/I maddeye aykırı davranışıyla çaresizliğe düşüp düşmemesinin, TCK 233/2 maddedeki suça konu eylemle bir ilgisinin bulunamayacağı şeklindeki düşüncedir. Bu olası düşünceye göre, koca, hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk edecek duruma girmeyecektir. TCK 233/2 maddeyle korunan değer, hamile kadının çaresiz duruma düşmesinin önlenmesidir. Hamilelik kadın için özel bir durumdur. Koca, her durumda hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz duruma düşürmemekle yükümlüdür.

Yukarıda belirtilen iki olası düşünceden, ilk düşünce, sözel yorumla diğerine üstün görünmekle birlikte, ikinci düşünceyi, amaçsal yorumla daha geçerli kabul etmek mümkündür. TCK 233/2 maddedeki korunan değer, hamile kadının kocanın terki ile

çaresiz duruma düşmesinin önlenmesidir. Hamilelik dönemi belirli bir zaman ile sınırlıdır. Hamileliğin zamanında veya bir şekilde zamanından önce sona ermesinde, TCK 233/2 maddeyle kocaya verilen yükümden ortadan kalkmış olacaktır. TCK 233/2 madde hükmü, bir ceza normudur ve bu normla korunan değerlerin sağlanması bakımından, kocanın kendi çocuğuna hamile olan eşini çaresiz duruma düşürmemesi asıldır. Bunun içindir ki, kocanın hamile eşini çaresiz bırakmasının, medeni hukuktaki yukarıda açıklanan terkten farklı olarak, kocanın hamile eşini terk etmesi olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılabilir.

3.1.4. Gebeliğin TCK 233/2'deki Suçun Ön Şartı Olması Ve Soruşturmada Tespitinin Zorunlu Bulunması

TCK 233/2 maddedeki suçun ön şartı, terk edilen kadının gebe olmasıdır. TCK 233/2'deki suçun oluşabilmesi, suçun unsurlarından önce ve ondan bağımsız doğal bir neden olan gebeliğin (hamileliğin) varlığına bağlıdır²⁵². Bu nedenle, gebelik gerçekleşmemişse veya terk tarihinde kadın gebe değilse, anılan suç oluşmayacaktır.

Gebelik, biyolojik bir olgudur. Bir tanıma göre, kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin birleşip, cenin denilen yavrunun dış dünyada varlığını devam ettirebilecek derecede gelişmesini ana karnında sürdürmesidir. Gebeliğin başlangıcı, kadın ve erkeğin üreme hücrelerinin birleşmesiyle ceninin oluşumu ve ana rahmine yerleşmesidir. Gebeliğin sonu ise, ceninin doğumu veya gebelik sırasında ölümdür. Diğer bir açıklamaya göre, spermle yumurtanın döllenmesinden doğuma kadar geçen 40 haftalık süreye, gebelik adı verilmektedir. Döllenmeyle başlayan ilk sekiz haftalık döneme embriyotik dönem, bundan doğuma kadar olan döneme fetal dönem denilmektedir²⁵³.

Gebelik, kadında biyolojik ve fiziksel değişikliklere neden olmaktadır. Gebelikle birlikte kadında, bir takım gebelik belirtileri ortaya çıkmaya başlamaktadır. Tıbbi açıklamalara göre, gebelik belirtisi olarak, adet kanamasının gelmemesi (amenore), mide

²⁵² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Genel Hükümler, s. 191.

²⁵³ <http://www.drozlemgultekin.com/makale.php?makale=3> (E.T. 15.05.2015)

bulantısı ve kusma, idrar ve ilgili şikâyetleri, yorgunluk ve bitkinlik hali, fetal hareketlerin hissedilmesi, göğüslerde beliren değişiklikler gibi belirtiler gösterilmektedir²⁵⁴.

Diğer yandan, gebelik belirtileri, gebelik olmayan bazı hallerde de görülebilmektedir. Bunlardan birisi, dış gebeliktir. Bir tanıma göre, dış gebelik, sperm hücresi ile döllenmiş yumurtanın rahim dışında başka bir dokuya yerleştikten sonra o bölgede gelişmesidir²⁵⁵. Dış gebelikte embriyo kesin olarak kaybedilmekte ve anne hayatı da ciddi olarak tehlike altında kalmaktadır. Bu nedenle, dış gebelik, gebelik olmadığından, erkeğin kadının terki, TCK 233/2'deki suçun unsuru niteliğini taşımayacaktır. Ayrıca, yalancı gebelik (pseudoeypesis), bir hastalıktır ve üreme çağındaki kadınları etkilemektedir²⁵⁶. Yalancı gebelikte, kadınlar, psikolojik ve fiziksel olarak hamilelik belirtileri yaşamaktadır. Yalancı gebelikte gebelik olmadığından, dış gebeliğe ilişkin sonuç, yalancı gebelik içinde geçerlidir.

Hamilelik, TCK 233/2'deki suçun ön şartı olduğuna göre, Cumhuriyet savcısının, soruşturmada ilk yapması gereken işlem, kadının hamile olup olmadığını tespitidir. Kadın hamileliğine ait tıbbi bulguları ve sonuçları Cumhuriyet savcısına vermişse, bu tıbbi bulgular, hamileliğin mevcut olduğunu tespit ve kabul için yeterli olmalıdır.

Soruşturmada, kadın tarafından hamileliğe ait tıbbi bulgu ve sonuçlar verilmemişse, öncelikle, kadının hamile olup olmadığını, CMK 78/1 madde hükmüne²⁵⁷ göre tespiti gerekir. CMK 76/2 maddesi gereğince mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için karar alınmasına gerek yoktur. Yine CMK 76/2 maddesine göre kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğince bir kadın hekim tarafından yapılır.

Kadının hamile olmadığını tespiti halinde ise, TCK 233/2'deki suçtan soruşturmaya son verilmelidir.

²⁵⁴ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Gebelik> (E.T. 20.05.2015)

²⁵⁵ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Gebelik> (E.T. 20.05.2015)

²⁵⁶ <http://www.bilgiustam.com/yalanci-gebelik-nedir-belirtileri-ve-tedavi-yontemleri-nelerdir/> (E.T.20.05.2015)

²⁵⁷ CMK 76/1 madde hükmü: “Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulur. Hakim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz”.

3.1.5. TCK 233/2'deki Suçta Erkeğin Kadının Gebeliğini Bilmesi Koşulu

TCK 233/2 maddede, erkek ve kadın arasında, evli olup olmamaya göre, iki farklı ilişkideki terk eylemi suçun konusudur. Her iki terk eyleminde de, erkeğin, hamile kadını terki söz konusudur. Kanuna göre, sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış olduğunu bildiği evli olmayan bir kadını veya hamile eşini çaresiz durumda terk eden erkek, cezalandırılacaktır. Madde hükmüne göre, erkek, sürekli birlikte yaşayıp, kendisinden hamile olduğunu bildiği kadını, çaresiz durumda terk etmeyecektir.

Görüldüğü üzere, evli olmayan erkeğin sürekli birlikte yaşadığı hamile kadını terk etmeme yükümü, (a) kadının kendisinden hamile kalmasına, (b) kadının hamile olduğunu bilmesine bağlıdır. Kadın, birlikte yaşadığı erkekten gebe değilse, sürekli birlikte yaşadığı erkeğin, başkasından hamile olduğunu bildiği kadını çaresiz durumda terk etmesi, TCK 233/2'deki suçta oluşmayacaktır. Bu durumda terk, erkek için, koşullarının varlığına bağlı olarak bir başka suça, örneğin TCK 82, 85, 88, 89 maddelerdeki suçlara neden olabilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, kanun koyucu, evli erkek için, hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk etmeyi, suçun konusu olarak düzenlemiştir. TCK 233/2 madde açık hükmüne göre, evli erkek için eşinin hamile olduğunu bilmesi yeterli görülmüştür. Eşin gebeliğinin kocasından olması normaldir. Ancak, kanun, evli olmayan, sürekli birlikte yaşayan erkeğin hamile kadını terkini, suç konusu yaparken, kadının birlikte yaşadığı erkekten gebe kalmış olmasını bilme koşulunu getirmiştir.

TCK 233 madde gerekçesinde, evli olmayan erkeğin terk etmeme yükümü için kadının kendisinden hamile olmasını ararken, koca için bu koşulu aramayışının nedeni açıklanmış değildir. TCK 233/2 madde hükmünün yazımına göre, koca, hamile eşini, kendisinden hamile kalsın veya kalmasın, çaresiz durumda terk etmeme yükümü altındadır. Kanun koyucunun, evli erkeğe, evli olmayan erkeğe göre, evlilik nedeniyle daha ağır bir yüküm getirdiği söylenebilir. Buna göre, evli koca için, hamile olduğunu bildiği eşini çaresiz durumda terk etmesiyle, suç oluşacaktır. Kadının evlilikte bir başkasından hamile kalması, suçun oluşumuna engel değildir.

Kocanın başkasından hamile kalan eşine karşı boşanma davası açmasıyla, eşler ayrı yaşamaya hak kazanacaktır (TMK 197). Eşlerin ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik

güvenliği veya ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi halinde fiilen ayrı yaşamalarında veya boşanma davasının açılmasıyla veya yargıcın ayrılık kararıyla ayrı yaşama hakkını kazanmalarında, kocanın, birlikte yaşamayacağı hamile eşine karşı, TCK 233/2'deki yükümü de sona ermiş olacaktır. Çünkü her iki durumda da, kocanın ayrı yaşayacağı hamile eşini terki söz konusu değildir. Terk etmeme yükümü, zorunlu olarak, birlikte yaşamayı gerektirmektedir.

TCK 233/2'deki suçta, kocanın ve evli olmayan erkeğin terk etmeme yükümü, kadının hamile olduğunun bilinmesine bağlanmıştır. Bu durumda, her iki erkek için, anılan suçun oluşması, hamileliğin bilinmesi ve diğer unsurların mevcut olmasına bağlıdır. Her iki erkek, kadının hamileliğini bilmemekteyse veya oluşa uygun olarak onlardan hamileliği bilmeleri beklemiyorsa, anılan suçta oluşamayacaktır.

Kadının hamilelik belirtilerine göre hamileliğini tahmini veya tıbbi usullerle hamileliğini öğrenmesi önemli değildir. Kadının belirtilere göre hamileliğini tahmininde, hamileliğin kesin bilinmesi söz konusu değildir. Çünkü yukarıda sayılan belirtiler, her zaman gebeliğin mevcut olduğunu göstermemektedir, gebelikte hataya neden olabilmektedir. Örneğin adet gecikmesi, kadının kesin olarak gebe olduğu anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, hamileliğin kesin bilinmesi, tıbbi usullerle kesin tespitine bağlıdır. Kadının, hamilelik belirtilerinden hareketle, kocasına veya sürekli birlikte yaşadığı erkeğe, hamile olduğunu bildirmesi, TCK 233/2'deki suçun oluşumu için yeterli değildir. Zira kadının hamileliğine ilişkin yanılığa düşmesi ihtimali mevcuttur. Erkeğin kadının hamileliğini kesin olarak bilmesi, kadınla birlikte tıbbi usullerle hamileliğin tespitini bilmesine veya kadının hamileliğin tespitine ilişkin tıbbi bulguları ve sonuçları göstermesi veya vermesiyle öğrenmesine bağlıdır.

TCK 233/2'deki suçun oluşması, erkeğin kadının hamile olduğunu bilmesine bağlı olması nedeniyle, bu durumun ispatı gerekir. Erkeğin hamileliği bilmesi, her türlü delille ispatlanabilir. Buna karşın, anılan ispatın kesin delillerle yapılması zorunludur. Çünkü Anayasanın 38/IV madde hükmü kapsamında, hamileliği bilmede şüphe sanık lehinedir²⁵⁸.

²⁵⁸ Bkz. Çocuk düşürme suçunun ön şart olan gebeliğin ispatıyla ilgili aynı nitelikte görüş için ERSOY, Yüksel; Tıbbi Hatanın Hukuki Ve Cezai Sonuçları, TBBD Sayı: 53 2004 s. 174.

3.1.6. TCK 233/2'deki Suçta Erkeğin Hamile Kadını Çaresiz Durumda Terki Koşulu

Hamile eşinin veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kaldığını bildiği kadının, hamileliği süresince kadın ile ilgilenmemek, erkekten beklenen maddi-manevi desteği sunmamak sonucunda kadında meydana gelen his olarak adlandırılabilir. Çaresiz durumda terk etmek gebe kadının içinde bulunduğu maddi veya manevi olumsuz durumu ortadan kaldırmadan veya çözmeden, onu kendi halinde bırakmak, bakmamak, ihmal etmemek olarak tanımlanmıştır²⁵⁹.

Yukarıda da anlatıldığı üzere kadının ekonomik anlamda güçlü olması ve ekonomik anlamda kendisini hamile bırakan erkeğe bağımlılığının bulunmamasında dahi, kadının manevi destekten yoksun kalması, toplum içerisinde tek başına bırakılması da kadının çaresizliğine sebep olacaktır. Bu nedenle kadının ekonomik gücünün bulunduğu ve çaresizliğinin söz konusu olmadığı yönünde yapılması muhtemel savunmalara da itibar edilmemesi kanaatindeyiz.

Yine hamile eşinin veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kaldığını bildiği kadının, doğum sancıları geldiğini söylemesine ve kendisini hastaneye götürmesini istemesine karşın, kocanın veya birlikte yaşadığı erkeğin, hamile kadını bırakıp gitmesi, TCK 233/2'deki çaresiz durumdaki hamile kadının terkidir. Anılan suçun oluşması için, kocanın veya anılan erkeğin, hamile kadını terki yeterlidir, terkle suç oluşur. Terk nedeniyle ceninin ölümü TCK 89/3 (e)'deki suçun veya kadının taksirle yaralanmasına neden olunması, TCK 233/2'deki suçtan ayrı suçlardır²⁶⁰.

²⁵⁹ MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345) C. II, Ankara 2007, s. 1633.

²⁶⁰ TCK 233/2'deki suçlar dışında suçların oluşabilmesine örnek karar, yukarıdaki olasılık içinde uygulanabilir niteliktedir. Anılan karara göre, "2- Oluş ve kabuldeki gibi, tıp bilimi ve mesleği kurallarına aykırı olarak, doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali biçiminde gerçekleşmesi durumunda eylemin manevi unsurunun taksir olacağı nazara alındığında; / Bir gece önce 02:00'de başlayan doğumun normal yolla gerçekleşmemesi ve müdahalede gecikilmesi nedeniyle saat 20:30 sıralarında katılan annenin rahatsızlığının da artması sebebiyle sanığa durumun bildirildiği, başka bir deyişle doğum için gereken tıbbi müdahalede geç kalınmasının annenin sağlığını olumsuz etkilemesi dolayısıyla ihmali davranışla anneye karşı taksirle yaralama suçunun meydana geleceği, ayrıca kanunda, taksirli fiilin, "gebe bir kadının çocuğunun düşmesine" neden olmasının taksirle yaralama suçunun nitelikli şeklini oluşturacağını öngörülmesi ve anılan hükümlerle analık hakkı yanında fetüsün (ceninin) varlığının da korunması karşısında, suçun tamamlanması için ana rahminden çıkartılması zorunlu olmayıp, ceninin ana karnında ölümüne neden olunması fiilleri de hukuki anlamda "düşük" olarak niteleneceğinden, eylemin TCK'nın 89. maddesinin 3. fıkrasının (e) bendi kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmemesi"

3.1.7. Taşıyıcı Ya Da Sperm Bağışçısı Kişilerin TCK 233/2 Madde Gereğince Sorumluluklarının Bulunup Bulunmadığı

Teknolojinin ve bilimin gelişmesi ile birlikte sağlık alanında da birçok yeni durum hayatımıza girmektedir. Bunlardan en önemlilerinden biri de yapay döllendirme. Biyolojik sebeplerle çocuk sahibi olamayan kişilerin taşıyıcı anneler ve sperm bağışçıları vasıtasıyla bebek sahibi olmaları günümüzde kişilerin başvurabilecekleri yöntemlerden bazıları olarak sayılabilmektedir.

Bu konuda etik ve ahlaki birçok tartışma bulunması ile birlikte uluslar arası düzenlemelere bakıldığında; İngiltere, Avustralya ve ABD’de bazı eyaletlerde, taşıyıcı annelik sözleşmelerinin hukuksal alanda geçerli olduğu, bu sözleşmelere göre, genetik ana baba, kiralık (taşıyıcı) anadan, ismarladıkları çocuğu evlat edinmeye gerek kalmadan isteyebilirler. Söz konusu sözleşme bir bedel içermez, ancak taşıyıcı annenin doğum masrafları ile hamilelik dönemindeki her türlü giderlerini karşılayacak bir ücret konusunda anlaşabilirler²⁶¹.

Ülkemizde ise evli çiftlerin başkalarından donör almaları veya kendi donörleri ile oluşan embriyonun bir taşıyıcı anneye nakledilmesi yasaklanmıştır²⁶². Kaldı ki taraflar arasında donör alımları ya da taşıyıcı anneliğe ilişkin yapılan sözleşmeler de batıldır. TCK 231. Maddesine göre de “bir çocuğun soy bağıını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.” Tüm bu yasal mevzuata rağmen taraflar arasında donör bağışı veya taşıyıcı annelik sözleşmesi halinde çocuğun donöre ve taşıyıcı anneye karşı hukuki durumunun ne olacağı hususu da göz önüne alınması gereken bir husustur.

Taşıyıcı annelik hususunda çocuğun babasının kim olacağı hususunun nasıl tespit edileceği, annenin taşıyıcı anne mi yoksa donör anne mi olacağının tespiti için TMK hükümlerine bakmanın doğru olacağı kanaatindeyiz. TMK’da babalık karinesi TMK 285. maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden itibaren başlayarak üçyüzyük içinde doğan çocuğun babası kocadır. Buna göre

bozma nedenidir (Y.4.CD 12.03.2013, 2011/17412-2013/6986, <http://www.adliforum.com/archive/index.php/t-5975.html>, erişim 21.02.2105..

²⁶¹ Doç. Dr. Şükran ŞİPKA, “ Taşıyıcı Annelik Ve Getirdiği Hukuki Sorunlar” http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_537.htm,

²⁶² ŞİPKA; http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_537.htm

eğer taşıyıcı anne evli ise çocuk evlilik birliği içerisinde doğacak ve taşıyıcının kocası bebeğin babası olarak kabul edilecektir. Donör sahibi erkeğin, yasal olarak baba olabilmesi için ancak taşıyıcı annenin evli olduğu erkeğin çocuğu reddetmesi gerekmektedir²⁶³.

Taşıyıcının evli olmaması halinde ise; donör sahibi erkek çocuğu tanıyarak çocuğun babası olabilecektir.

Yine taşıyıcı annelikte, TMK hükümleri gereğince annenin kim olacağı hususu da önemlidir. TMK 282. maddesine göre, çocuk ile ana arasındaki soy bağı doğumla kurulur. Bu düzenlemeye göre doğum nesebin belirlenmesinde esas olan unsurdur ve bu düzenleme kesin karine niteliğinde olduğundan aksinin ispat edilmesi de mümkün değildir. Bu halde taşıyıcı anne hukuken kabul edilen annedir ve başka bir anne olduğu iddiasının ispatı mümkün değildir.

Yukarıda sunulan bilgiler ışığında, 30.09.2014 t. ve 29135 s. Resmi Gazete’de yayınlanan “Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliği” ile düzenlenen esaslara aykırı olarak taşıyıcı annelik ve donör bağışı yapılması durumunda; TMK 282 ve 337 maddeleri hükmü gereğince anne ve baba olarak kabul edilen kişilerin aile hukukundan kaynaklı olarak çocuğa karşı yükümlülükleri bulunduğu kabul edilebilecektir. Bu durumda taşıyıcı anne çocuğa karşı sorumlu iken, baba ya tanımayla baba kabul edilecek donör sahibi, ya da taşıyıcı anne ile evli olan ve çocuğu reddetmeyen koca olacaktır. Çocuğa karşı sorumluluğu bulunan bu kişiler Aile Hukuku bakımından yükümlüdürler²⁶⁴.

3.2. Hukuka Aykırılık

TMK madde 124’de evlenme yaşı on yedi olarak kabul edilmiştir. Yine aynı maddenin devamında olağanüstü hallerin varlığı ve pek önemli bir sebep halinde hâkim kararı ile on altı yaşını doldurmuş erkek ve kadının evlenmesine izin verilebileceği belirtilmiştir. Ancak on yedi yaşından önce evlenmeleri/on altı yaşını doldurmamış

²⁶³ ŞIPKA; http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_537.htm

²⁶⁴ Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları Ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde belirlenen usul ve esaslara uymayanlar hakkında Yönetmelik Ek.17’de düzenlenen müeyyideler uygulanır. (Yön. md. 28/1)

olanların evlenmeleri halinde bu kişilere uygulanacak olan müeyyidenin ne olduğuna ilişkin açık bir düzenleme yapılmamıştır.

Kanunda küçük yaşta yapılan evliliklere uygulanacak müeyyidenin ne olacağı açıkça düzenlemediğinden bu konuda doktrinde birçok farklı görüşün ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Küçükler arasında yapılan evliliğin geçerli olacağına ilişkin görüşe göre TMK 145. madde hükmünde evlenmenin butlanına sebep olacak hallerin sınırlı sayıda belirtilmiş olması ve yaş küçüklüğünün bu haller arasında olmamasıdır²⁶⁵. Evliliklerin geçerli olmamasına ilişkin görüş ise kendi içerisinde ayrılmaktadır. Bunlardan ilki nispi butlana diğeri ise kanuna aykırılığa dayanmaktadır.

Kanunun öngördüğü yaştan önce evlenen küçükler yönünden evliliğin nispi butlanla geçersiz olduğuna ilişkin görüşte; evlenme yaşını tamamlamış küçüklerin izinsiz evlenmeleri ile ilgili TMK 153 madde hükmünün kıyasen uygulanmasının mümkün olduğu savunulmaktadır²⁶⁶. Kanuna aykırılık sebebi ile evlenmenin geçerli olmayacağına dayanan görüşe göre, TMK 'da evlenme yaşının açıkça belirtildiği, bu evlenme yaşında olmayanların yaptıkları evliliklerin kanuna aykırı olduğundan evliliğinde geçersiz olduğunu savunmaktadır²⁶⁷. Ayrıca evlendiği tarihte kanunda düzenlenen olağanüstü evlenme yaşı olan 16 yaşın da altında olan küçükler arasında yapılan evliliklerin mutlak butlanla batıl olacağı da ayrı zamanda savunulmaktadır²⁶⁸.

Her iki durum da göz önüne alındığında, kanunun belirlediği yaştan küçüklerin yaptığı evliliklerde çocuğun durumunun ne olacağı/ tarafların birbirlerine karşı aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerinin bulunup bulunmadığı hususunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Yaşı olağanüstü evlenme yaşının dahi altında olan küçüklerin evlenmeleri halinde bu evliliğin mutlak butlanla batıl olacağı gerçeği karşısında bu iki küçüğün birbirlerine karşı hukuki durumu ne olacaktır?

Öncelikle geçersiz bir evlilik içerisinde küçük kadının küçük erkekten hamile kalıp çocuk doğurması halinde, çocuğun küçük erkeğe karşı hukuki durumunun ne olacağını tartışmakta fayda bulunmaktadır. Bu durumda annelik karinesi ile annesine kesin olarak

²⁶⁵ OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998, s. 92, VELİDEDEOĞLU; s.252, TEKİNAY; Aile Hukuku, s.163.

²⁶⁶ AKINTÜRK; s. 95,

²⁶⁷DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper;Türk Özel Hukuku III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 50.

²⁶⁸ OĞUZMAN/DURAL, s.95.

bağlı olan çocuğun, TMK 156 madde hükmü gereğince evlilik batıl olsa bile, butlan kararı verilinceye kadar geçerli bir evlilik gibi hüküm ve sonuç doğuracağını, böylece batıl bir evlilik içinde doğan çocuğun da geçerli bir evlilik içinde doğmuş gibi kabul edileceğini, butlanın boşanmadan farklı bir etkisi olmayacağı belirtilmektedir²⁶⁹. O halde boşanma halinde çocuğa karşı ebeveynlerin aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerini bulunduğu da bir gerçektir.

TCK 103 ve 104 maddeleri karşısında fiilin suç olması, kadına karşı aile hukukundan kaynaklı yükümlülüklerin bulunmadığı, dolayısıyla TCK 233/2 maddedeki suçun işlenemeyeceği söylenemez.

Sonuç olarak; kadının haksız olduğunu söylemek failin fiiline haklılık kazandırmaz ve bu suç hukuka uygunluk nedenleri ile bağdaşmaz²⁷⁰.

Kadının failin kendisini terk etmesine rıza göstermesi halinde, fiilin hukuka uygun olmayacaktır. Ancak kadının rızasının varlığı halinde terk değil, anlaşarak ayrılma söz konusu olabilir²⁷¹.

3.3. Kusurluluk

Suç kastla ilenir. Failin, hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile olduğunu bildiği evli olmayan kadını bilerek ve isteyerek çaresiz durumda terk etmesi suçun kastla işlendiğinin göstergesidir. Suçun kanuni tanımında “bilme” unsuruna ayrıca yer verildiğinden suçun olası kastla işlenmedi mümkün değildir²⁷²

Yukarıda açıklandığı üzere, eşinin bir başka erkekten hamile kaldığını iddia eden koca bu suçun faili olamaz. Ancak, koca, karısının bir başka erkekten hamile kaldığı hususunda hataya düşerse ve bebeğin kendisinden olması halinde bu suçtan ceza alıp almayacağı hususunun da açıklanması gerekmektedir. Suç teşkil eden fiilin kurucu unsurlarına ilişkin olan hata esaslı hata, ikincil olarak nitelenen ve fiile suç olma özelliği kazandırmayan unsurlar üzerinde hata ise esaslı olmayan hata olarak kabul edilir. Fiil

²⁶⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 107.

²⁷⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN; Topluma Karşı Suçlar, s. 398

²⁷¹ ZAFER; s. 24.

²⁷² YILMAZ; s.108.

üzerinde hatanın ceza sorumluluğunu tamamen kaldırması için “esaslı” ve “kaçınılmaz” olması gerekir²⁷³. Fiilin niteliğini belirleyen esaslı unsurlar üzerinde yapılan hata kastı kaldırmaktadır²⁷⁴. Sonuç olarak kadının hamile olduğu hususunda hataya düşen fail, bu hatasını ispatlaması halinde kastından söz edilemeyecektir.

Yine mücbir sebebin varlığı halinde failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır²⁷⁵. Failin, ülkeye girişinin yasaklanması, ülkede savaş vs. gibi sebeplerle maddi destek göndermenin mümkün olmadığı haller gibi.

4. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

4.1. Teşebbüs

TCK 233/1 maddede düzenlenen suç, icrai hareket ile işlenen ani bir suç olduğundan suça teşebbüs mümkün değildir. Suç, mağdurun hamile olduğunu bilen ve mağduru hamile bırakan erkeğin, kadını çaresiz durumda terk etmesi ile tamamlanmış olur. Hareketin tamamlanması ile suç oluşur, terk fiili failin elinde olmayan bir sebeple gerçekleşmezse zaten suç oluşmayacaktır.

4.2. İçtima

Hamile eşin terk'i aynı zamanda, Medeni Kanun'dan kaynaklanan eşe yardım ve destek olma (nafaka) yükümlülüğünün ihlali niteliğindedir²⁷⁶. Çocuğun doğumundan sonra TCK 233/1 maddede düzenlenen suçun ihlali söz konusu olacaktır.

²⁷³ Manzını, Vol.II, s. 55.aktaran GÜNGÖR, Devrim; Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 61.

²⁷⁴ GÜNGÖR; s. 61.

²⁷⁵ ZAFER; s. 24.

²⁷⁶ ZAFER; s. 26.

4.3. İştirak

Suç, özgü bir suçtur. Fail, ancak kadını hamile bırakan erkek olduğundan, suça iştirak mümkün değildir. Yukarıda TCK 233/1 maddeki suça ilişkin iştirak hükümlerinde belirttiğimiz üzere; fail haricindeki kişiler, bu suçtan ancak azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu olabilir²⁷⁷.

5. SUÇUN HALLERİ

Kanunun koyucu bu suç için ağırlaştırıcı ve hafifletici unsurlar düzenlenmemiştir. Bu nedenle genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Erkeğin, terk ettiği hamile kadının kendisine iyi bakmadığı, hakaret ettiğini söyleyerek haksız tahrik hükümlerinden faydalanmak istemesi halinde; kanundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmayacaktır.

Hâkime tanınmış takdiri indirim sebeplerinin uygulanması mecburi olmayıp, olayın durumuna göre hâkime bırakılmış genel indirim sebepleridir.

6. YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE ZAMANAŞIMI

TCK 233/1 maddede düzenlenen suçtan ayrı olarak bu suç re'sen kovuşturulur ve şikâyet aranmaz. İhbar yeterlidir, ihbarın mutlaka mağdur tarafından bizzat yapılmasına gerek yoktur. Suçun işlendiği veya işlenmekte olduğu kolluğun görevi içerisinde öğrenmesiyle de suç kovuşturulur. Yargıtay bir kararında²⁷⁸; “sanığın eşi ve kamile olan katılana yönelik 5237 sayılı TCK’ nın 233/2 maddesinde yazılı aile hukukundan doğan eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmemek suçunu işlediği ve bu suçun birinci fıkrasının takibi şikayete bağlı olup, ikinci fıkrasının şikayete bağlı olmadığı, şikayetten vazgeçmeyle sanık hakkında açılan kamu davasının düşürülmesine karar verilemeyeceği gözetilmeden sanık hakkında yazılı şekilde hüküm kurulmasını” bozma sebebi olarak göstermiştir.

²⁷⁸ YG 3. CD 26.06.2012. t.,2011/41544-2012/26997 sayılı kararı, ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA; Türk Ceza Kanunu Şerhi, s.6718.

CMK 253/1-b maddesi gereğince resen soruşturma ve kovuşturmaya tabi bazı suçların da uzlaşma kapsamında olacağı düzenlenmiştir. TCK 233/2 maddesi söz konusu madde içerisinde belirtilmediğinden, bu suç için uzlaşma mümkün değildir.

TCK 233/2 maddesinde düzenlenen suç için “üç aydan bir yıla kadar hapis” cezası düzenlenmiştir.

Yukarıda TCK 233/1 maddeye ilişkin kısımda belirtildiği üzere, TCK 49 maddesi gereğince bu tür suçlar kısa süreli hapis cezaları olarak kabul edilmektedir. Kısa süreli hapis cezaları TCK 50. maddeye göre seçenek bazı yaptırımlara dönüştürülebilir. Yine söz konusu suç sebebi ile sanığa verilecek ceza hakkında maddede düzenlenen şartların varlığı halinde CMK 231 maddede düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesi mümkündür.

Bu suç için öngörülen dava zamanaşımı süresi TCK 66/1-e maddesi gereğince 8 yıldır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

MADDİ VE MANEVİ ÖZEN NOKSANLIĞI SEBEBİ İLE ÇOCUKLARIN

AHLAK, GÜVENLİK VE SAĞLIĞINI TEHLİKEYE SOKMA SUÇU

TCK 233/3. maddesinde suç “*Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya babaya, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” biçiminde düzenlenmiştir.

Kanunun gerekçesinde²⁷⁹ doktrinde manevi terk olarak tanımlanan ailenin terkinin cezalandırıldığı belirtilmektedir. Suç, kanunda belirtilen ve faile özgü sebeplerden çocukların ahlak, güvenlik ve sağlıklarının ağır bir şekilde tehlikeye karşı karşıya kalmasıdır.

Nuhoğlu’na göre; TCK 233/3 maddede düzenlenen suç birçok bakımdan özellikle kanunilik ilkesi bağlamında eleştiriye açık, yorum ve uygulamada duraksamaya yol açacak niteliktedir. Zira çocuğun güvenlik ve sağlığının tehlikeye sokulması kavramları açıklanabilirse de; çocuğun ahlakının tehlikeye sokulması kavramının hangi kriterlere, hangi değer yargılarına göre açıklanıp yorumlanacağı belli değildir. Nuhoğlu, ana babanın onur kırıcı tavır ve hareketlerinin neler olduğu konusunda da toplumda geçerli bir kriter tespit etmenin zor olduğunu belirtmiştir²⁸⁰.

²⁷⁹ EROL; s. 2499.

²⁸⁰ NUHOĞLU; s. 163.

1. FAİL, HUKUKİ KONU, MAĞDUR

Anayasa'nın 12. maddesi²⁸¹ kişilerin ailesine karşı yükümlülükleri bulunduğunu kabul etmiştir. TCK 233/3 maddenin de düzenlenmesinde, kişilere yüklenen bu yükümlülüklerin ifa edilmemesi sebebi ile çocuğun maddi manevi bütünlüğünün cezalandırılmaktadır. TCK 233/3 maddede fail, “velayet hakkı kaldırılmış olsa bile” ana veya baba veya her ikisi olarak ifade edilmiştir. Suç bu bakımdan özgü suçtur.

TMK 338/1 madde gereğince; anne ve babanın, ergin olmayan öz ve evlilik dışı(üvey) tüm çocuklarına karşı özen ve ilgi gösterme ve onları koruma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülükler taraflar evli olmasalar bile devam eder. O halde fail, evli olmasalar bile anne ve babadır.

Suç işleyen fail, doğrudan doğruya velayet hakkı kendisinde olan ebeveyn olmak zorunda değildir. Müşterek çocuğun velayeti kendisinde olmayan ebeveyn ya da velayetin elinden alınmasına karar verilmiş ancak kararın henüz kesinleşmediği ebeveyn de suçun faili olabilecektir. Aynı zamanda çocuğa karşı bakım ve eğitim yükümlülüğü, üvey anne ve babaya da aittir. Velayet hakkı bulunmayan üvey anne ve/veya babanın dahi sanık olabileceği bu suçta, öz anne ve/veya baba hakkında velayetin kaldırılması kararı alınmasının veya bu kararın kesinleşmesinin bir gerekliliği haydi haydi bulunmamaktadır. Kaldı ki TMK 350 maddesi gereğince velayetin kaldırılması halinde dahi yükümlülükler devam etmektedir.

Kanun koyucu, “velayet hakları kaldırılmış olsa da” ibaresini ekleyerek, çocuğun maddi ve manevi bütünlüğünü tehlikeye sokmak için çocuğun idaresini, çocukla birlikte yaşamayı ve onunla geçen iletişim süresinin çok uzun bir süre olmasını aramadığını söylemek mümkündür. Şöyle ki, müşterek çocuğun velayetine sahip olmayan ebeveyn, çocuğun idaresine ilişkin söz sahibi olamayacak, çocuğunu salt mahkemenin belirttiği tarih ve zaman aralıklarında görebilecek, bu süreler haricinde eğer ebeveynler arasında bir kabul söz konusu değilse göremeyecektir. İşte mahkeme tarafından belirlenen süreler içerisinde ve devamlı kendisi ile yaşamayan çocuğun, bu süre içerisinde dahi ebeveyninin kendi hayat tarzından dolayı maddi ve manevi bütünlüğünün tehlike altında bırakılmasını kanun koyucunun suçun konusu içerisine kabul ettiği kanaatindeyiz.

²⁸¹ “Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder” <https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa82.htm> (20.05.2005)

Suçun hukuki konusu, velayet hakkına sahip olmalarının zorunlu sonucu olarak(TMK md 336) ana ve babanın, velayet hakları kaldırılmış olsa bile, içinde buldukları durumla, çocuklarında, “maddi ve manevi özen noksanlığı” meydana getirmemelerinin sağlanmasına ilişkin ferdi-kamusal yarardır²⁸². Kanun koyucu aynı zamanda çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını tehlikeye sokulmasını önlemek amacıyla çocuğun yararını da korumak istemektedir²⁸³. Bu sayede korunmaya ihtiyacı olan kişilerin bir nevi desteklenmesinin sağlanması da amaçlanmıştır. Madde çocuğa belli bir şekil, belli bir doğrultuda eğitim verilmesi gerektiğini koruma altına almaktadır²⁸⁴.

Suçun mağduru, evlilik içinde ve evlilik dışında doğmuş olan çocuktur. Çocuk, TCK 6. maddede belirtildiği üzere, henüz 18 yaşını doldurmamış kişidir.

2. SUÇUN UNSURLARI

2.1. Fiil

TCK 233/3 maddede ise yine aile hukukundan kaynaklı bir başka yükümlülüğün ihlali cezalandırılmaktadır. Bu yükümlülük ise TMK 338 maddede düzenlenen özen yükümlülüğüdür. Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere çocuk en büyük ayrıntısına kadar kendisine örnek olacak bir rol modele ihtiyaç duymaktadır. Bu nedenle çocuğa doğru örnek olmak gerekmektedir.

Kanun koyucu bu hükümle, failin itiyadi sarhoş olduğundan, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullandığından, kötü hayat sürdüğünden ya da onur kırıcı tavır ve davranışlarda bulunduğundan, çocuk karşısında göstermek zorunda olduğu maddi veya manevi özende noksanlığa sebep olarak, çocuğunun veya çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığının ağır bir şekilde tehlikeye sokmasını suç olarak kabul etmiştir. Kanun, kanunilik ilkesi gereğince, failin itiyadi sarhoşluğu, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanması, kötü hayat sürmesi ya da onur kırıcı tavır ve davranışlarda bulunması halleri dışındaki sebeplerden

²⁸² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Topluma Karşı Suçlar*, s. 399.

²⁸³ ÖZEN, s. 1364.

²⁸⁴ NUHOĞLU, s.165.

başka bir nedenle özen yükümlülüğüne aykırı davranmasını cezalandırmamaktadır. Bu nedenle düzenleme eleştiriye açıktır.

Suç bağlı hareketli suçtur. Ancak itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanma, kötü hayat sürme, onur kırıcı tavır ve davranışlarda bulunmakla işlenebilir.

İtiyati sarhoşluk, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanma; itiyadi sarhoşluktan kasıt, kronik zehirlenme şeklini almamış, ancak itiyad haline getirilmiş sarhoşluktur. Kanun koyucu salt sarhoşluk için itiyat aramış olup, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanımı için tek seferi de yeterli kabul etmiştir²⁸⁵. Dünya Sağlık Teşkilatının verdiği tanıma göre; kişi üzerinde bırakmış olduğu etki göz önüne alınarak, önüne geçilemez gereksinme yahut arzu, kullanıldığı miktarı artırma eğilimi, ruhsal, fiziksel bağımlılık yaratan maddeler “uyuşturucu madde” dir²⁸⁶. Bu maddelerin tek bir seferlik kullanımında dahi, çocuğun tehlike altına alınmasına sebep olmuşsa, suçun oluşması için yeterlidir.

Kanun koyucu, uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılması sebebi ile fail hakkında bir cezai soruşturmanın varlığını aramamıştır. Gerek TCK 233/3 maddesi yönünden yapılan soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında, ebeveynler aleyhine açılmış uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmaya ilişkin bir cezai soruşturmanın bulunması, ebeveynlerin bağımlılığının ispatı için bir delil niteliğinde olacağı da bir gerçektir. Ancak TCK 233/3 maddesi ile korunmak istenenin, çocuğun maddi ve manevi bütünlüğü gibi önemli bir değer olduğu göz önüne alındığında, bu tür şartlara bağlanarak, çocuğun koruma dışında bırakılmasının maddenin amacıyla ters düşeceği kanaatindeyiz.

Kötü hayat sürmeye; anne ve/veya babanın küçük çocukların önünde cinsel ilişkide bulunmaları, ikametgâhı terk etmeleri, çocuklar ile konuşmaması, çocuğu sürekli olarak bir başkasının yanına bırakma, çocuğun okuldan kaçmasına kayıtsız kalma, çocuğun oyun salonlarında veya kötü şöhretli yerlere gidip gelmesine veya kötü şöhretli biriyle ilişki sürmesine izin verme, onu ahlaken bozmaya veya ar ve hayâ duygusunu incitmeye elverişli temsillere gitmesine veya bu biçim temsillere katılmasına, fuhuş yapılan bir evde oturmasına²⁸⁷ veya orada çalışmasına, dinlenmesine veya umumi merhamet duygusunu

²⁸⁵ NUHOĞLU; s. 167.

²⁸⁶ GÜNAL, H.Yılmaz; Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Yayınları, Ankara, 1976, s. 7.

²⁸⁷ YG 14. CD 19.11.2012, 2011/5628-2012/11548 ; “Saniğin oğlu olan mağdur İbrahim’in fuhuş işi yapan Zühre’nin yanında kamasına müsaade etmek suretiyle atılı suçu işlediği, TCK’ nın 233/3 maddesinde

harekete geçirmek amacıyla bir dilenciye hizmet etmesine izin verme²⁸⁸ örnek olarak gösterilebilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki anne ve/veya babanın çocuğu dilendirmesi ve dilenmesine göz yumması birbirinden farklıdır. Yargıtay 11 ve 14 yaşlarında içinde bulunan ve öz oğulları olan mağdurlara sokakta mendil sattıran sanığın eyleminin TCK 232/1 maddede düzenlenen suç kapsamında kötü muamele suçunu oluşturacağını kabul etmektedir²⁸⁹.

Onur kırıcı yaşama ilişkin fail hakkında soruşturma açılmış olabilir. Örneğin annenin fuhuştan, babanın fuhuşa aracılık, kumar oynama gibi suçlardan dolayı haklarında soruşturma açılmış veya ceza verilmiş olması, onların hayat tarzlarına ilişkin mahkemede bir kanaat oluşmasına birer delil oluşturacaktır. Ama bu durum sadece davaya ilişkin birer delil niteliğindedir ve suçun ön şart değildir.

Doktrinde anne veya babanın veya ikisinin itiyati sarhoşluk ve uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanma, onur kırıcı hareket ve tavırlar sergilemeleri suçun önkoşulu²⁹⁰ olarak kabul edilmektedir. Anne ve/veya babanın bu tür fiillerinin bulunup bulunmadığı ya da hangi fiillerinin onur kırıcı hareket ve tavır olarak kabul edileceğini hakim, örf ve adetlerle yaşanan çevreyi göz önüne alarak kendisi belirleyecektir. Hafizoğullarına göre itiyati sarhoşluk ve uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanma, onur kırıcı hareket ve tavırlar sergilemeleri suçun ön koşulu değil, failin kusurudur.

TCK 233/3 maddedeki suçun varlığı için zarar aranmamış, tehlikenin varlığı yeterli kabul edilmiştir. Anne ve babanın yaşam tarzlarından dolayı, çocukların maddi ve manevi bütünlüklerinin, ahlaki gelişimlerinin, sağlıklarının ağır bir şekilde tehlike altında olması yeterli olarak kabul edilmiştir. Çocuğun zarar görmesi aranmamıştır. Ancak ana veya babanın haysiyet kırıcı davranışları çocuklara temas etmeden devam etmekte ise suç oluşmaz²⁹¹. Zira çocuğun ahlaki ve bedensel bütünlüğü tehlikeye maruz kalmamıştır.

Çocuk sahibi olmak Anayasa 41/3. madde gereğince ana ve babaya anayasanın o hükmünü sağlayıcı biçimde davranmaması ödevini yüklemektedir. aynı yükümlülük İHEB,

tanımlanan suçun oluşumu için velayet hakkının bulunması zorunluluk arz etmeğinden tebliğnamede bu hususta bozma isteyen görüşe iştirak edilmemiştir” YAŞAR/GÖKCAN/ARTUÇ; s.6951.

²⁸⁸ ZAFER; s. 22.

²⁸⁹ YG 14.CD 24.02.2014 tarih ve 2012/12761E.,2014/2220K. Sayılı kararı

²⁹⁰ ZAFER; s. 19.

²⁹¹ NUHOĞLU; s. 167.

İHAS ve BM Çocuk Hakları Sözleşmesinde de bulunmaktadır. Dolayısıyla TCK 233/3 maddeki suç ile kişinin yaşam tarzına müdahale edilmemektedir.

Uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanan, fuhuş yapan, onursuz bir hayat süren anne ve babanın çocuğunun, bu yaşam tarzını normal olarak kabul etmesi, ileride kendisine bu yolda bir yaşam tarzı çizmesini doğurabilecektir. Burada ebeveynler çocuklarına doğru ve yanlış olan bilgisini verememekte, en önemlisi de çocuğun kendi yaşam tarzını seçmesi için çocuğa bir şans tanımamaktadır.

Kaldı ki bu tür bir hayat tarzını benimsemiş ebeveynler, çocuğun ahlaki gelişimini, güvenliğini ve sağlığını koruması da çok mümkün olamamaktadır. Ebeveynin uyuşturucu veya uyarıcı madde altında iken, çocuğun güvenliğini sağlayabilmesi ya da sağlığının gelişmesi için beslenmesi, hijyen ve korunması gibi ihtiyaçlarını giderebilmesi çok da kolay olmayacaktır. İşte bu sebepten konun koyucu zararın doğmasını beklememiş, çocukların ahlak, güvenlik ve sağlıkların ağır tehlike altında olmasını cezalandırma için yeterli olarak kabul etmiştir.

Hafizoğullarına göre kanun koyucu fiil olmadan suç olmaz temel kuralından ayrılmış, kuralın istisnası olarak, failin bir fiilinin neden olduğu neticeyi değil, failin bir durumunun neden olduğu neticeyi suç saymıştır²⁹². Böylece, Kanun, bu suça, faile ait bir fiili değil, ama faile ait bir durumu, makbul olmayan hayat tarzını suç sayarak, bir “durum suçuna” yer vermiştir.

Bir başka görüşe göre Suç icrai hareketle işlenebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebilir. Suçun fiil unsuru icrai başlayıp ihmali devam edebileceği gibi icrai başlayıp icrai de devam edebilir²⁹³.

2.2. Hukuka Aykırılık

Bu suç hukuka uygunluk sebepleri ile bağdaşmaz. Çocuğun, söz konusu suça rıza göstermesi mümkün değildir. Zira TCK anlamında geçerli bir rızanın yapılabilmesi için her şeyden önce rızayı verenin yetkili olması gerekir. Küçük çocuğun böyle bir yetkisi bulunmadığı ve rıza gösterme ehliyetine sahip olmadığından rızası geçerli değildir.

²⁹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Toplum Karşı Suçlar, s.400.

²⁹³ ZAFER; s. 22.

2.3. Kusurluluk

Bu suçun manevi unsuru kasttır. Fail, zararlı ve tehlikeli neticeyi doğuran hareketi bilerek ve isteyerek yapmalıdır²⁹⁴. Fail, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu ve uyarucu madde kullanma ya da onur kırıcı hareketlerde bulunarak çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını tehlikeye sokacağını bilmeli ve bunu isteyerek yapmalıdır.

Suçun taksirli biçimi yoktur.

3. SUÇUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ

3.1. Teşebbüs

Failin özensizliği sonucu çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır bir şekilde tehlikeye sokması, bir durum suçu olduğundan suça teşebbüs mümkün değildir. Suça konu fiilin yapılmış olması ile suç tamamlanır. Özen noksanlığı gösterilmiş olmasına rağmen çocuğun sağlığı, güvenliği veya ahlakı tehlikeye girmemişse cezalandırılabilir bir fiilin varlığı söz konusu değildir²⁹⁵.

3.2. İçtima

TCK 42. maddeye göre; biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan bileşik suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz. Bu nedenle suçun bir unsuru olan uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanmak, ya da onur kırıcı hayat tarzı sebebiyle (fahişelik, fuhuşa aracılık) fail hakkında içtima hükümleri uygulanmayacaktır.

Zincirleme suç hükümlerinin uygulanıp uygulanmaması failin özen yükümlülüğünün ihlalini bütün mağdurlara karşı tek bir hareketle yapıp yapmadığına bağlıdır. Tek bir hareketle birden fazla kişiye karşı yükümlülüğün ihlalinin söz konusu

²⁹⁴ SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.432

²⁹⁵ NUHOĞLU; s.170.

olduğu hallerde TCK' nın 43/2 fıkrası uyarınca zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır²⁹⁶.

3.3. İştirak

Suç fail yönünden özgü suçtur ve iştirak hükümleri uygulanması mümkün değildir. Suça ilişkin olarak ancak TCK 40. maddesinde düzenlenen yardım eden ve azmettiren sıfatıyla iştirak edilebilir.

4. YAPTIRIM, KOVUŞTURMA VE ZAMANAŞIMI

TCK 233/3 maddede düzenlenen suç için herhangi bir ağırlaştırıcı ya da indirim sebebi öngörülmemiştir. Ceza 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasıdır. Sanık aleyhinde hapis cezası verilmesi halinde TCK 53. maddesinde düzenlenen belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma tedbiri de uygulanacaktır.

Yukarıda TCK 233/1 maddeye ilişkin kısımda belirtildiği üzere, TCK 49 maddesi gereğince bu tür suçlar kısa süreli hapis cezaları olarak kabul edilmektedir. Kısa süreli hapis cezaları TCK 50. maddeye göre seçenek bazı yaptırımlara dönüştürülebilir.

Suç TCK 233/1 maddede düzenlenen suçtan farklı olarak şikâyete tabi değildir. Bu suç için öngörülen dava zamanaşımı süresi TCK 66/1-e maddesi gereğince 8 yıldır.

²⁹⁶ NUHOĞLU; s.171.

SONUÇ

Aile toplumun temelidir. Aile içerisinde birlik ve beraberlik sağlanmadığı sürece, toplum içerisinde de birliğin sağlanmasından söz edilemez. İşte ailenin, insanların ve devletlerin gelişimindeki bu büyük önemi sebebi ile devlet tarafından korunması kaçınılmaz bir gerçektir. Özellikle Sanayi Devrimi ve I. Dünya Savaşından sonra değişen aile yapısı, devletler ve uluslar arası örgütlerle korunmaya çalışılmış, bu konuda birçok uluslar arası düzenlemeye yapılmıştır. Aile gibi, milli, geleneksel, tarihi ve dini şartlara geniş ölçüde bağlı sayılan bir kurumun, hemen hemen bütün modern toplumlarda, adeta ortak bir kader çizgisi izleyerek gelişmesi, hukuk sosyolojisi bakımından bir görüntü olduğu fikrine katılmamak mümkün değildir²⁹⁷.

Aile Hukukundan kaynaklı yükümlülüklerin ihlali suçu 765 sayılı yasada düzenlenmemiş, ancak düzenlenmesinin bir ihtiyaç olduğu kanun yürürlükteyken de dile getirilmiştir²⁹⁸. Nihayet 5237 sayılı kanunla aile hukukundan kaynaklı bakım, eğitim, destek ve özen yükümlülüklerinin ihlali halinde, failin cezalandırılmasına ilişkin suç kabul edilmiştir. Maddenin başlığı “Aile Hukukundan Kaynaklı Yükümlülüklerin İhlali” olarak düzenlenmiştir. Ancak her yükümlülüğün ihlali suç olarak kabul edilmemiştir. Kanun başlığı ile düzenlemesi arasındaki bu çelişki sıklıkla eleştiri konusu olmaktadır. Eleştirilere uygulamada yaşanabilecek karışıklıklar sebebi ile katılmak mümkündür. Öte yandan kanun koyucu, düzenleme ile özel hayata müdahale etmeden, salt yükümlülüklerin yerine getirilmesini kontrol ederek bir nevi aile içi huzur ve birliğin zarar görmesi engellenmek istemiştir. Modern toplumların ceza kanunlarında da yer alan bu düzenlemenin, TCK’ da yer alması toplumumuz ve aile yönünden olumlu bir gelişmedir.

TCK 233. maddede 3 farklı suç tipine yer verilmiştir. İlk fıkrada yer alan suçta; aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis ile cezalandırılması kabul edilmiştir. Söz konusu düzenleme salt bakım, eğitim ve destek yükümlülüklerinin ihlali için geçerli olup, birlikte yaşama yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğü gibi aile hukukundan kaynaklı diğer

²⁹⁷ Bkz. TEKİNAY, S. Sulhi; “Aileye İlişkin Yasal Düzenleme ve Politikalar”, Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği, 1984, s. 110

²⁹⁸ Bkz., TOROSLU, Nevzat; “Ailenin Korunması Yönünden Ceza Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler”, s. 153-163

yükümlülükleri kapsamamaktadır. Bakım, eğitim ve destek yükümlülükleri haricinde diğer yükümlülükler, kişilerin özel hayatlarına doğrudan müdahale niteliğinde olacağından, aile hukukundan kaynaklı diğer yükümlülüklerin yaptırıma bağlanmamasını doğru buluyoruz. Nitekim zinanın suç olmasını iptal eden karar gereğince de, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranılmasının cezai yaptırıma tabi tutulması mümkün değildir.

Diğer iki suçtan ayrı olarak, kanun koyucu burada mağdurun şikâyetini aramış, mağdurun rızasının varlığı halinde sanığa ceza vermemiştir. Kanaatimizce suça konu fiil sebebi ile resen kovuşturma yapmak, kişilerin özel hayatlarına faydadan çok zarar getirecektir. Bu sebeple düzenlemenin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

TCK 233/2 madde yer alan suç; hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden erkeğe üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesini öngörmüştür. Kanun koyucu burada evlilik dışı birlikteliklerde hamile kalan kadını da koruma kapsamına almıştır. Anayasa gereğince evlilik dışı doğan çocuğu koruma altına alan devlet, evli olmayan hamile kadını da koruma kapsamına almıştır. Ancak evlilik dışı birliktelikte “sürekli birlikte yaşama” olgusunun aranmış olması, düzenlemeden beklenen menfaati sağlamayacağı kanaatindeyiz. Zira tek gecelik bir birliktelik dahi olsa, dünyaya gelecek çocuğun tüm sorumluluğunun anne üzerinde bırakılmasının hakkaniyete aykırıdır.

TCK 233/3 maddesinde yer alan suç; velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadı sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya babaya üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilmesini öngörmektedir. Burada failin özel hayatı sebebi ile faile ceza verildiği akla gelse de; aslında failin özel hayatı sebebi ile çocuğun ahlak, güvenlik ve sağlığının tehlikede olması cezalandırılmıştır. Failin bu hareketleri sebebi ile çocuk bir tehlikeye maruz kalmıyorsa fail de ceza almayacaktır. Çocuğa karşı maddi ve manevi özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi kanun koyucunun cezalandırmak istediği fiildir. Gerekecede çocuğun “manevi terk”inin cezalandırıldığı da belirtilmektedir. Çocuğun bir rol modele ihtiyacı vardır ve bu model ona ne kadar doğru örnek olursa, o da kendi çocuklarına doğru örnek olabilecektir. Bu da toplumun gelişmesi anlamına gelecektir. Ancak kanun maddesinde unsurların net olarak gösterilmeyişi ve düzenlemenin karışık

oluşu, maddenin doğru ve gerekçesine uygun kullanılmasına engel olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle unsurların net ve açık bir biçimde gösterildiği bir şekilde maddenin değiştirilmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Beta Yayınevi, 2008, İstanbul

ANSAY, Tuğrul; Anayasalarda Aile Kavramı, Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açından İncelemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği Yayını, 1984, Ankara

ARTUK, Mehmet Emin; “Ceza Hukukunda Aile Düzeni Aleyhine Cürümler”, Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9. S.1-3,1995

ARTUK, M. Emin/GÖKÇEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Ahmet Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 4.C. Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

ATALAY, Beşir; “Sanayileşme ve Sosyal Değişme”, DPT yayını, Ankara 1983

AYAN, Serkan; Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004 http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/evlilik_birliginin_korunmasi.pdf

(E.T.19.05.2015)

AYM Kararları Dergisi, Sayı 24, Ankara, 1989

BOZOVALI, Haluk; Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990

CANSEL, Erol; Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi, Prof. Dr. Jale G. Akipek’ e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No:11, Konya, 1991

DANIŞOĞLU, Emel;Türkiye’de Çocuğun Durumu,1990’ların Çocuk Politikası Kongresi,(Yayımlanmamış Bildiri Metni)

DİNÇKOL, Bihterin; “Devlet-Aile” Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.9.S1-3, 1995,

DONAY; Süheyl; Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007

DÖNMEZER, Sulhi; Ceza Hukuku Özel Kısım, 5. Bası, Filiz Yayınevi, İstanbul, 1983,

DÖNMEZER, Sulhi; Sosyoloji, 9. Bası, Savaş Yayınları, Ankara 1984

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Alper; Türk Özel Hukuku III, Aile Hukuku, İstanbul 2005

ERCAN, İsmail; Ceza Hukuku Genel Hükümleri, XII. Levha Yayınları, İstanbul, 2012

EREM, Faruk; Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, C. III., Ankara, 1993

EROL, Haydar; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu, 2. Cilt.,

ERSOY, Yüksel; Tıbbi Hatanın Hukuki Ve Cezai Sonuçları, TBBB Sayı: 53, 2004

FEYZİOĞLU, Fevzi Necmeddin; Aile Hukuku, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971

FEYZİOĞLU, Metin; Terbiye ve İnzibat Vasıtalarını Kötüye Kullanma ve Aile Bireylerine Karşı Fena Muamelede Bulunma Suçları, AÜHFD, C. 50, S.1, 2001

HAFIZOĞULLARI, Zeki; 5237 sayılı Kanunda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi, Ankara Barosu Dergisi, S. 2006-3,

HAFIZOĞULLARI, Zeki; Ceza Hukuku Ders Notları, (<http://www.baskent.edu.tr.html> 31.01.2008)

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Kişilere Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2010

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Topluma Karşı Suçlar, US-A Yayıncılık, Ankara, 2012

HAFIZOĞULLARI, Zeki/ÖZEN, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler,
US-A Yayıncılık, Ankara, 2012

HAVUTÇU, Ayşe; Evlilik Birliğinin Temsili, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

GÜNAL, H.Yılmaz; Uyuşturucu Madde Suçları, Kazancı Yayınları, Ankara, 1976

GÜNGÖR, Devrim; Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007

GÜVEN, Kudret; “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuk Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997

GÜVEN, Kudret; “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki
Tedbirler”, Prof. Dr. İhsan Tarakcıoğlu’ na Armağan Gazi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1-2, Ankara 1999, s. 12-14

JESCHECK, Hans-Heinrich; tercüme eden Feridun Yenisey, Alman Ceza Hukukuna
Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2007,

KAÇAK, Nazif; Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları,
Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

KAPLAN, İbrahim; Sosyal Güvenlik ve Sağlık Yasalarında Aileyi Koruyucu Hükümler-
Bu alanda yapılması gerekli Yasal Düzenlemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği,
“Türkiye’de Ailenin değişimi-Yasal Açından İncelemeler”, Ankara, 1984

KARINCA, Eray; Resmi Nikâh ve AIHM kararları (http://www.radikal.com.tr/radikal2/resmi_nikah_ve_aihm_kararlari-1011429)

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin
Yayınevi, Ankara, 2012

KÖPRÜLÜ Bülent - KANETİ Selim; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989

KUNTER, Nurullah; Ceza hukukunda Zamanaşımı, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi

MALKOÇ, İsmail; Açıklamalı-İçtihatlı 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (Madde 188-345) C. II, Ankara 2007,

MAJNO Ceza Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayınları No:8, C.3., Ankara , 1980,

MUMCU, Ahmet, KÜZECİ, Elif; İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Turhan Yayınevi, Ankara, 2011,s.75.

NUHOĞLU, Ayşe; Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009

OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa; Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1998

ÖZBEK, Veli Özer/KANBUR, Mehmet Nihat/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker; Ceza Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Seçkin Yayınevi, Buca,2014

ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 1992

ÖZEN, Muharrem; Aile Hukukundan Kaynaklı Yükümlülüklerin İhlali, Prof. Dr. Bilge Öztan' a Armağan; Turhan Yayınevi, Ankara, 2008

ÖZGENÇ, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara, 2006

ÖZTAN, Bilge; Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004

SANCAR, Türkan Yalçın; Mütessesil Suç, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995

SANCAR, Türkan Yalçın; Türk Ceza Hukukunda Kadın, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2013

SCHWARZ, Andreas; Aile Hukuku I, (çeviren DAVRAN, Bülent), İstanbul, 1942

SOYASLAN, Doğan; Teşebbüs Suçu, Kazancı Yayınevi, Ankara, 1994

SOYASLAN, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınevi, 2005

ŞENYUVA, Ş.Ardahan; Evlilik Birliğinin Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2010

ŞIPKA, Şükran; “Taşıyıcı Annelik Ve Getirdiği Hukuki Sorunlar”
http://www.turkhukuksitesi.com/makale_537.htm (E.T. 19.05.2015)

TEKİNAY, Selahattin Sulhi; Türk Aile Hukuku, 2.Baskı, Fakülteler Matbaası, İstanbul,1971

TEZCAN, Durmuş/ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R.Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007

TOROSLU, Nevzat; Ailenin Korunması Yönünden Ceza Kanununda Yapılması Gereken Değişiklikler, Türkiye’de Ailenin Değişimi Yasal Açıdan İncelemeler, Türk Sosyal Bilimler Derneği, 1984, Ankara

UÇAR, Ayhan; “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu İle Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler” AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, C.VI,s.1-4,Erzincan 2002

UÇAR, Mehmet Ali; Aile İçi Şiddet ve Aileyi Koruma Yasası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003

ÜÇCAN, Fikret; Türkiye’de Çocuğun Durumu, 1990’ların Çocuk Politikası Kongresi açılış konuşması (Yayınlanmamış Bildiri Metni)

ÜNAL, Mehmet; “Medeni Kanunun Kabulünden Önceki Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi, AÜHFD Cilt 34 sayı 1-4, Ankara, 1978

ÜNAL, Mehmet; Türk Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara Hukuk Fakültesi Yayınları, C. Ankara, 1979

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet; Ailenin Çilesi Boşanma, Çağdaş Yayınları, İstanbul, 1976

Yargıtay Kararları Dergisi Cilt 36, 2010 Aralık Sayısı

Yargıtay Kararları Dergisi Cilt 40, 2014 Ocak Sayısı

YAŞAR, Osman; Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, 2. Cilt, 3.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006

YAŞAR,Osman/GÖKCAN/Hasan Tahsin/ARTUÇ,Mustafa; Türk Ceza Kanunu Şerhi, 2. Baskı, 5. C., Adalet Yayınevi, Ankara, 2014

YAVUZER, Haluk; Aile İçi Etkileşim Ve Aile Dışı Öğelerin Doğurduğu Psiko-Pedagojik Sonuçlar, Türkiye’de Çocuğun Durumu, 1990’ların Çocuk Politikası Kongresi (Yayınlanmamış Bildiri Metni)

YILMAZ, Berfin Işık; Türk Ceza Kanununda Aile Hukukundan Kaynaklı Yükümlülüğün İhlali, Beta Yayınevi, İstanbul, 2012

ZAFER, Hamide; Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali Suçu, <http://hamidezafer.com/wp-content/uploads/2012/05/43-Aile-Hukukundan-Kaynaklanan-Y%C3%BCk%C3%BCml%C3%BCl%C3%BCl%C4%9F%C3%BCn-%C4%B0hlali-Su%C3%A7u-HZ-AA2.pdf> (E.T.19.05.2015)

ZEYTİN, Zafer; Borç İçin Hapis Yasağı ve TCK 233/I Hükmüne Göre Aile Hukukundan Doğan Yükümlülüklerin İhlâline İlişkin Bir Değerlendirme, Hukuki Perspektif Dergisi, Sayı 4, Haziran 2005,

ZEVKLİLER, Aydın/ACARBey, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre; Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999