

TÜRK MEDENÎ KANUNU BAKIMINDAN KADIN HAKLARI

Prof. Dr. Mehmet Ünal*

1. GENEL OLARAK¹

Bugün bütün dünyayı, dolayısıyla insanlığı en fazla Meşgul eden sorunların başında, kadın hakları gelmektedir. Kadın hakları denilince, özellikle daha çok, kadın-erkek eşitliği anlaşılmaktadır.

İnsanlık tarihi, özellikle bugün insanlığa öncülük eden veya etmeye çalışan batı aleminin geçmişi bu bakımdan pek iç açıcı görünmemektedir. Zira batı aleminde kadın erkek-ayırımı

* A.Ü. Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadlarıyla belirtilmiştir.

Yararlanılan kaynaklar:

- 1) **AYDIN**, Mehmet Akif: İslâm- Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985.
- 2) **AUBERT**, Gabriel: L'égalité des sexes dans le domaine du travail, l'égalité entre hommes et femmes, Lausanne 1988, sh. 143-179.
- 3) **DUTOÏT**, Bernard: Le droit suisse de la famille entre liberté et solidarité, Revue du droit suisse, Band 110, 1991, I. Halbband, Heft, 1, sh. 28 vd.
- 4) **DUTOÏT**, Bernard/**MASMESAN**, Denis: La nationalité de la femme marié Genève 1991.
- 5) **GUINAND**, Jean: Nouveau droits matrimoniaux et successeraux du conjoint survivant proplèmes de droit de la famille, Neuchâtel 1987, sh. 71.
- 6) **JORNOD**, Maryse: La femme et le nom droit suisse et francais, Genève 1991.
- 7) **KOSCHAKER**, Paul/**AYİTER**, Kudret: Roma Hususi Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1975.
- 8) **MALİNERNİ**, Giorgio: Le principe de l'égalité entre hommes et femmes, seminaire de 3e cycle de juridique Romande, Lausanne 1988, sh. 11-40.
- 9) **MORAND**, Charles-Albert: L'égalité entre hommes et femmes, seminaire de 3e cycle de juridique Romande, Lausanne 1988, sh. 73-107.
- 10) **UMUR**, Ziya: Roma Hukuku, İstanbul 1970.
- 11) **ÜNAL**, Mehmet: Medeni Kanununun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler Ve Özellikle 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, AHFD. XXXIV/ 1-4, sh. 195-231.
- 12) **WESSNER**, Pierre: Problemes de droit de la famille, Neuchâtel 1987.

temel ve vazgeçilmez bir ayırım olarak kabul edilmiştir. Hatta düşünce ve ifadenin dahi temelini böyle bir ayırım oluşturmaktadır. Nitekim Latin kökenli batı dillerinde, bu arada Rusya'da feminine (kadın), masculen (erkek), hatta bazılarında notre (ne erkek, ne kadın) ayırımlar vardır. Durum Arap dili bakımından da aynıdır. Sözkonusu dillerde kadın ve erkeklikle ilgisi olmayan eşyalar dahi, daima böyle bir nitelik izafe edilerek isimlendirilmiş ve anılmışlardır. Binaenaleyh batı toplumu, kadın-erkek konusunu, kadınlık ve erkeklikle ilgisi olmayan kavramlarda dahi böyle bir ayırım yapmadan düşünemez hale gelmiş bir toplumdur. Düşüncenin oluşumundaki bu temel anlayış, kadın-erkek hakları belirlenirken de kendini göstermiştir. Bu anlayışın etkisiyle batı aleminde söylenmiş dünyaca meşhur bir söz vardır: "Parlamento her şeyi yapabilir, fakat kadını erkek, erkeği kadın yapamaz". Bu söz öncelikle parlamentonun sahip olduğu gücün büyüklüğünü ifade etmek için kullanılmıştır. Ancak bu söz, aynı zamanda cinsiyet yönünden iki ayrı varlık olan kadın ile erkek arasındaki hukuki bakımdan eşitliği sağlamanın ne kadar güç olduğunu da göstermektedir². Ne var ki, sözün bu ikinci anlamı üzerinde durulmadan geçirilmektedir.

2. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN

Kadın-erkek eşitliği bakımından Türk tarihi ve kültürüne bakıldığında, tertemiz ve bembeyaz bir sayfayla karşılaşılır. Nitekim, herkesçe malum olduğu üzere, Türk milletinin geçmişinde domuz eti yemek, alkol almak, köle ve cariye edinmek gibi kötü ve insan haysiyetine aykırı itiyatlar bulunmadığı gibi, tek kadınla evlilik vardır. Kadın-erkek ayırımının bulunmadığının bir başka kanıtı da, hakanların kurultaylara daima eşleriyle birlikte gelmeleri gösterilebilir.

Ayrıca Türk dilinde de, kadın-erkek ayırımına dayanan

² Maliverni, sh. 11 vd.

etimolojik ve gramatikal bir anlayış mevcut değildir. Aslında bu anlayış ve tutum, İslâm'dan sonra da, kanaatimce pek fazla bir değişikliğe uğramamıştır. Binaenaleyh Türk milleti kadın haklarını, dolayısıyla kadın-erkek eşitliğini, hiç bir kuşku ve komplekse kapılmadan savunabilecek yeryüzünün ve insanlık aleminin ender toplumlarından biridir.

3. HUKUK TARİHİ BAKIMINDAN

Konuyu, hukukumuzu yakından etkilediği ve ilgilendirdiği için Roma Hukuku ve İslâm Hukuku açısından ele alıp incelemek gerekli ve yeterlidir.

a) Roma Hukukunda

Bugünkü Kara Avrupa Hukukunun kaynağını oluşturan Roma Hukukunda kadın hak süjesi (sahibi), dolayısıyla "şahıs" veya "kişi" sayılmıyordu. Zira o devirde kadın ya da babasının (filius familias) veya kocasının hakimiyeti (manus) altındaydı. Kadın evlenmekle babasının hakimiyetinden çıkıp kocasının hakimiyetine girmiş; adetâ bu suretle koca, karısını satın almış olurdu. Görüldüğü üzere, Roma Hukukunda asıl hak sahibi aile babası idi; kadınlar ise daha ziyade hakkın konusunu oluşturluyorlardı³.

b) İslâm Hukukunda

İslâmiyetten önce, Arap toplumu, cahiliye dönemini yaşıyordu. Bu dönemde kız çocukları aileleri için zül sayılıyordu; Araplar bu zülden kurtulabilmek için onları diri diri kumlara gömüyorlardı.

Keza Arap toplumunda çok çeşitli evlenme şekilleri vardı. Bu evlenme şekilleri içinde kadınlar bazan bir meta (eşya) gibi

³ Umur, sh. 64 vd.; Koschaker/ Ayiter, sh. 87 vd.

alınıp satılıyorlardı. Ayrıca bir erkek istediği sayıda kadınla evlenebiliyordu⁴.

Böyle bir dönemden gelen islâm dini kadın hakları konusunda önemli ilkeler vaz etti. Onlardan biri "erkeklerin kadınlar üzerinde hakları olduğu kadar, kadınların da erkekler üzerinde hakları vardır"⁵ ilkesidir. Bu ilke ile kadın-erkek arasında haklar yönünden eşitlik ve denklik sağlanmaya çalışılmıştır. Bu ve benzeri ilkelerin ışığı altında, kadının, daha sonraki dönemlerde durumunu pratikte ne ölçüde değiştirdiği pek fazla bilinmemektedir.

Avrupa ile birlikte Osmanlı İmparatorluğunda da, 19. yy. içinde kanunlaştırma hareketleri başlamıştır. Bu kanunlaştırma sürecinin son ürünlerinden biri de Hukuk-i Aile Kararnamesidir. İslâm dini esaslarına göre düzenlenen bu kararname ile bugünkü aile hukukumuzaya uygun ilkeler benimsenmiştir. Ezcümle, bu kararname ile,

- nişanlanma akdi benimsenmiş ve sözkese düzenlenmiş (m. 1, 2),
- evlenme için erkeklerin en az 18, kızların 17 yaşında olması öngörölmüş (m. 4),
- daha erken evlilik, hâkimin kararına, ana-babanın iznine bağlanmış (m. 5, 7, 8),
- şahitsiz veya ehliyetsiz kimselerin şahadetiyle yapılan, kıza zorla ve hile sonucu yapılan nikâhı geçersiz saymış (m. 56, 57, 62),
- iaşe, ve ibade (bakım ve barınma) yükümlülüğü kocaya yükletilmiş (m. 69, 70),

⁴ Ünal, sh. 195 vd.

⁵ Bakara Suresi Ayet 228 ve Veda Hutbesi

- kadının geleceğinin garantisi olarak mihri müeccel ve muaccel kabul edilmiş (m. 80 vd.),
- eşlerden birinin rızası olmadan diğerinin eve misafir getirmemesi benimsenmiş (m. 72),
- nihayet, islâmda mal ayrılığı sistemi cari olduğu için bu konuda hiç bir hüküm sevkedilmemiştir.

4. MUKAYESELİ HUKUK BAKIMINDAN

Roma Hukukuna hâkim olan kadın-erkek konusundaki yukarıda anlatılan anlayış bugünkü Batı Avrupa ülkeleri hukuklarına çeşitli derecelerde yansımıştır. Bunları kadın hakları ile ilgili iki konuda toplamak mümkündür: biri mal rejimi, diğeri ücret. Genellikle yakın zamana kadar Roma Hukukundaki anlayışın etkisiyle çoğu avrupa ülkesinde, eşler arası kanunî mal rejimi olarak mal birliği veya mal ortaklığı sistemleri cari idi. Nitekim Medenî Kanununu iktibas ettiğimiz İsviçre'de eşler arasında mal birliği sistemi geçerli idi. Mal birliği veya mal ortaklığı sisteminin esasını, bir kadın evlenince, malvarlığını kocasının idaresine ve intifaina terketmesi teşkil eder. Başka bir deyişle, evlenen bir kadın, evlilikle birlikte, malvarlığını, tıpkı Roma Hukukunda olduğu gibi, kocasının idaresine ve intifaina terketmek zorundadır. Yeter ki sözleşme ile eşler başka bir mal rejimini kabul etmiş olmasınlar. Çoğu zaman da eşler, evlilik öncesi yoğun duyguların etkisi altında böyle bir yola gitmemektedirler. Koca gerek kendi, gerek karısının malvarlığını işleterek ve idare ederek ondan elde ettiği gelire de ailesine ve bu arada karısına bakmakla yükümlüydü. Ancak böyle bir sistem esas itibariyle kadın istismarcılığına dayanan bir sistemdir. Onun için Batı Avrupa ülkelerinin hemen hemen hepsi yakın bir geçmişte bu sistemi terk ederek, nemaya iştirak (participation aux acquêts) denilen bir sisteme geçtiler. Bu sistem evliliğin sona ermesi halinde, evlilik sırasında edinilmiş malların eşler arasında pay edilmesi

esasına dayanmaktadır⁶. Paylaşımın nasıl yapılacağı ve hangi nisbetlerde olacağı farklılık arzedebilir. Bu sistemin kadın hakları yönünden ne gibi yararlı sonuçlar sağladığı henüz bilinmemektedir. Ancak şimdilik hissedilen ve müşahade edilen bir yanı vardır ki o da, evlilikleri kâğıt üzerinde bırakması ve eşlerin gayrimeşru ilişkilerini yaygınlaştırmış olmasıdır. Zira kanunî rejim olan bu sistemi benimseyerek evlenen eşler, bu sırada edindikleri malvarlıklarını ve onlar içinde yer alan işletmeleri bölmek veya kapatmamak için resmen boşanma yoluna gitmemekteler; onun yerine her biri, diğerinin başka biriyle yaşamasına ve birlikteliğine gözyummakta ve müsaade etmektedirler. Böylece gayrimeşru ve gayri ahlâki birliktelikler toplum içinde yaygın hale gelmektedir. Her halde, sağlıklı bir toplum için böyle bir durum arzu edilen bir sonuç olmamalıdır.

Bundan başka, Avrupa'da, aile temelden çökmüş, aile sayılmayan birlikte toplu yaşamalar artmış, nüfus artışı ve üreme durmuş, doğumlar azalmış, doğanların çoğu babasız dünyaya gelmeye başlamıştır.

Avrupa'da kadın istismarcılığı sadece mal rejimleri dolayısıyla ortaya çıkmış değil, aynı zamanda ücret konusunda da mevcuttur. Pek çok batılı ülkede, hâlen kadınlar, aynı iş kolunda çalışan erkeklerden daha az ücret almaktadırlar. İsviçre'de bu oran % 33'tür. Bir başka deyişle, kadınlar erkeklere nisbetle % 33 daha az ücretle çalışmaktadırlar. Kadın-erkek arasındaki ücret eşitsizliğini gidermek için 1981 yılında İsviçre Anayasa'sının 4. maddesine bir fıkra eklenmiştir (m. 4/ f. 2, c. 3). Buna göre "erkek ve kadın aile, eğitim, iş yönünden eşittir. Erkek ve kadının eşit iş için eşit ücret talep hakları vardır". Yeni konmuş bu hükme rağmen, Federal Mahkeme, eşit ücret talep edildiği takdirde buna hükmetmekte, aksi takdirde farklı ücret ödemeyi anayasaya aykırı

⁶ Guinand, sh. 21 vd.

bulmamaktadır⁷. Böylece sözkonusu anayasa değişikliklerine rağmen, gerçekte hiç bir şey değişmemiştir. Diğer Avrupa ülkelerinde de durumun bundan farklı olduğu söylenemez. Aynı şekilde, müşahade ve incelemelerime dayanarak ifade etmek istiyorum ki, 1990'da çökmüş olan demir perde gerisi ülkelerde de, kadının durumu yukarıda açıklananlardan daha iyi değildir. Zira sözkonusu rejim döneminde, inşaat yapmak şehir sokaklarını temizlemek, tarımsal faaliyette bulunmak gibi en ağır işlerde kadınlar çalıştırılmıştır. Bugün, hâlen aynı durum devam etmektedir.

5. TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN

Türk Medenî Kanunu, bilindiği gibi, İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilmiştir. İktibas sırasında Medenî Kanunda en büyük değişiklik mal rejimlerinde yapılmıştır. Türk Kanun koyucusu, yukarıda açıklandığı üzere, kadın istismarcılığına yol açan mal birliği sistemini kanuni rejim olmaktan çıkararak onun yerine mal ayrılığı sistemini benimsemiştir. Türk kanunkoyucusu bu değişikliği yaparken gerek islâm öncesi, gerek islâm sonrası Türk aile hukukuna hâkim olan anlayış ve mal rejiminden hareket etmiş; kadın lehine bulduğu mal ayrılığını kabul etmiştir. Bu değişiklikle birlikte, bir alternatif olarak mal birliği ve mal ayrılığını da aynen muhafaza etmiştir. Eşler dilerlerse, yapacakları bir anlaşma ile bu mal rejimlerinden birini de kabul edebilirler.

Mal ayrılığında eşlerden her biri, kendisine ait mallara evlendikten sonra da tek başına sahip olur; onların idaresi ve intifai (neması) da kendisine aittir. Bu durum, hem erkek, hem kadın eş için aynen geçerlidir. Binaenaleyh Türk hukukunda evlenen bir kadın evlilik öncesi mallarına tek başına sahip olduğu gibi, evlilik birliği içinde edindiği mallara, bu arada varsa diğer gelirlerine ve nemalara da tek başına sahiptir.

⁷ Aubert, sh. 155 vd., Özellikle sh. 157 vd.

Ayrıca evin giderlerine de katılmak zorunda değildir. kocanın maddi gücünün yetmediği hal bundan müstesnadır. Zira Türk kanunkoyucusu mal birliği rejiminin tabii bir sonucu olarak benimsenmiş olan kocanın aileye bakma yükümlülüğünü, mal ayrılığı sistemini kabul etmiş olmasına rağmen, aynen muhafaza etmiştir. Böyle bir düzenleme, Türk kadınına, ileri batı ülkeleri de dahil olmak üzere, çağdaşı olan hemcinslerine nisbetle çok daha erken ve çok daha kapsamlı bir koruma sağlamıştır. Bu durumu, Türk kanunkoyucusunun kadın-erkek konusunda hiç bir taassubunun bulunmamasının, kadın ve aile anlayışının ve basiretli olmasının bir sonucu olarak değerlendirmek gerekir. Bugünkü Türk kanunkoyucusuna düşen görev, isabetli ve doğru olan bu yolda ilerleyerek, kadını koruyacak ilâve ve tamamlayıcı tedbirleri almak olmalıdır. Bu yolda alınacak tedbirleri şöylece sıralamak mümkündür:

1) Mal ayrılığı sistemi korunmalıdır.

2) Buna ilâveten;

a) Dışarıda çalışmayıp mesaisini ve sayini ailesine hasreden kadına, nadiren de olsa, erkeğe, muhik bir tazminat ödenmesi öngörülmelidir. Esasen böyle bir düzenleme Türk Medeni Kanununa metod olarak da yabancı değildir. Zira Medeni Kanun bu tür bir çözümü mirasçılıkta benimsemiştir (MK. m. 610, 321).

b) Ayrıca, mesaisini ve sayini ailesine hasreden kadını, aile bütçesinden sigorta ettirme yükümlülüğü getirilmelidir. Böylece onun sağlık ve sosyal sigortası sağlanmış olur.

c) Müşterek hayatın, yani evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesi halinde ortak ikâmetgahın ve bazı ev eşyalarının kadına bırakılmasını öngören bir hüküm konulmalıdır.

d) Nihayet, aile hayatı zora ve sıkıntıya düştüğünde onu yaşatacak ve destekleyecek tedbirleri almakla görevli aile danışma ve yardım bürolarını kurmak gerekir.