

KADININ ŞİDDETE KARŞI KORUNMASINDA DEVLETİN ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE ULUSLARARASI STANDARTLAR*

Dr. Recep DOĞAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 24.02.2016 **Kabul Tarihi:** 02.05.2016

* **Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.**

** Dr. Recep DOĞAN (LL.M., PhD, Keele University, UK), Uppsala Üniversitesi Hugo Valentin Araştırma Merkezi Misafir Araştırmacı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Hukuk Müşaviri, recepdogan06@hotmail.com. Bu makale, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın eğitim amaçlı İsviçre'de yaptırdığı araştırma faaliyeti kapsamında yazılmıştır. Makalede belirtilen görüşler ve fikirler sadece yazarın görüşünü yansıtmakta olup Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı'nın resmi görüşlerini yansıtmaz.

ÖZ

Bu makalede, kadının insan hakları kavramının gelişim sürecinde özen yükümlülüğü kavramının ortaya çıkışı ile özen yükümlülüğü standardının pratikte somut olaylara nasıl uygulandığı hususu ele alınacaktır. Uluslararası mahkemeler tarafından verilen kararlar ile uluslararası sözleşmelere göre oluşturulan CEDAW Komitesi ve Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu gibi kuruluşların yarı-yargısal (quasi-judicial) niteliğe sahip kararları ışığında, özen yükümlülüğü standardının değişik ülkelerde meydana gelen kadına şiddet olaylarında uygulanışı konusunda açıklamalara ve örneklere yer verilecektir.

Anahtar kelimeler: Özen yükümlülüğü, özen yükümlülüğü standardı, kadına yönelik şiddet, kadının insan hakları, uluslararası içtihatlar.

THE DUE DILIGENCE OBLIGATION OF THE STATE
TO ELIMINATE VIOLENCE AGAINST WOMEN
AND DUE DILIGENCE STANDARD

ABSTRACT

This article discusses the concept of due diligence and due diligence standard that have been used to hold States responsible for their actions or omissions concerning gender-based violence or violence against women. It will define the scope and implications of the concept in accordance with the emergence of women's human rights and guiding international documents. Then, the article will explain the due diligence obligation of the State in the light of rulings from different jurisdictions which occurred within the context of such judicial or quasi-judicial proceedings as the Committee on Elimination of Discrimination against Women, the Inter American Commission on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights.

Keywords: Due diligence, due diligence standard, violence against women, women's human rights, case law.

GİRİŞ

Devlet, kural olarak kamu görevlilerinin ya da daha genel bir ifade ile kamu gücünü kullanan bu nedenle kendisine sorumluluk atfedilebilecek kişilerin neden olduğu zararları tazminle yükümlüdür. Bu nedenle kamu gücünü kullanmayan kimselerin neden olduğu zararlardan veya özel alanda “devlet dışı aktörlerin” neden olduğu zararlardan devletin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu kuralın tek istisnası, devletin bu zararın oluşmasını önleme konusunda gerekli özeni göstermemesi ve gerekli tedbirleri almaması halidir. Bu durumda, devletin “özen yükümlülüğünden” kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur. Buna göre, devlet veya kamu otoritesi icrai veya ihmali bir eylem neticesinde, bir suçun işleneceği/işlenebileceği veya bir hakkın ihlal edileceği/edilebileceği bilgisine sahipse ve bu öngörülebilir sonucun önlenmesi için gerekli imkânlara sahip olmasına rağmen bunu önlemiyorsa, bundan doğacak zararlardan sanki bu zararlara doğrudan kendisi neden olmuş gibi sorumludur.

Özen yükümlülüğü kavramına ilişkin ilk çalışmalara 17. yüzyıl yazarlarının eserlerinde rastlamak mümkündür.^[1] 19. yüzyılda ise, özen yükümlülüğü kavramı uluslararası hukuka ilişkin olarak başta 1871 tarihli Alabama Davası (*Alabama Claims*) olmak üzere, yabancıların taşınır ve taşınmaz mallarına yönelik saldırılarda, devletin koruma kusurunun bulunduğu gerekçesiyle açılan tahkim davalarında kullanılmıştır. Bu davalarda verilen hükümler, kamu görevlileri tarafından işlenip işlenmediğine bakılmaksızın devletin tüm saldırıları önlemek, soruşturmak, failerin cezalandırılmasını sağlamak ve saldırılara karşı başvurulacak hukuki yolları belirlemekle yükümlü olduğu kuralının yerleşmesini sağlamıştır.^[2]

Özen yükümlülüğüne ilişkin standartlara göre, devlet, herkesin yaşamına ya da temel hak ve özgürlüğüne yönelik her türlü saldırıyı kamu görevlileri

[1] BOURKE-MARTIGNONI, Joanna, “The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and its Role in the Protection of Women against Violence”, *In Due diligence and its application to protect women from violence*, Carin Benninger-Budel (Ed.), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, ss.47-62; ERTÜRK, Yakın, *Sınır tanımayan şiddet. Paradigma, politika ve pratikteki yönleriyle kadına şiddet olgusu*, İstanbul: Metis Yayınları, 2015, s.93; HESSBRUEGGE, Jan, “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law, 36 (4), *New York University Journal of International Law and Politics*, 2004, ss.265-306.

[2] ERTÜRK, Yakın, UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences on the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women*, Yakın Ertürk, 20 January 2006, E/CN.4/2006/61 <http://www.refworld.org/docid/45377afb0.html> [Erişim tarihi 5 Ocak 2016], s.7. para.19; ERTÜRK, 2015, s.93.

tarafından işlenip işlenmediğine bakılmaksızın önlemek için gerekli kanuni ve idari düzenlemeleri yapmak,

faillerin cezalandırılmasını sağlamak,

hakkin veya özgürlüğün yeniden kullanılmasını eski halin iadesi yolu ile tesis etmek, bunun mümkün olmaması halinde ise saldırı nedeniyle oluşan zararı tazmin etmek ile yükümlüdür. Bu açıdan bakıldığında, özen yükümlülüğü standardı devletin temel hak ve özgürlükleri koruma konusunda yükümlülüklerini ayırım yapmaksızın yerine getirmesi amacına hizmet etmektedir.^[3] Bunun haricinde, devletin özen yükümlülüğünü yerine getirdiğinden söz edebilmek için temel hak ve özgürlükleri koruma amacıyla kurulan sistemin uygulamada sonuç alınabilir ve etkili bir yapıya sahip olması gerekir.^[4]

Devletin özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluğu kavramının insan haklarının korunması, özellikle kadının insan haklarının korunması amacıyla kullanılması ise oldukça yeni bir gelişmedir.^[5] Kadın hakları açısından değerlendirildiğinde, “özen yükümlülüğü” ve “özen yükümlülüğü standardı”, devletin icrai veya ihmali davranışları sonucunda kadına karşı işlenen şiddet eylemlerinin sonuçları ile bu sonuçların önlenmesinde devletin yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirip getirmediğini değerlendirmemizi sağlayan bir ölçüt olarak kullanılmaktadır.^[6] Bununla beraber, “devlet dışı aktörler” tarafından verilen zararlardan devletin sorumlu tutulmasını sağlayabilme özelliğinden dolayı özen yükümlülüğü standardı, özellikle ev/hane içinde meydana gelen kadına şiddet eylemlerinde oluşan zararlardan, devletin sorumlu tutulup tutulamayacağını belirlenmesinde giderek önem kazanan bir araç olmaya başlamıştır.

Dolayısıyla bu makalede, kadının insan hakları kavramının gelişim sürecinde özen yükümlülüğü kavramının ortaya çıkışı ile özen yükümlülüğü standardının pratikte somut olaylara nasıl uygulandığı hususu ele alınacaktır. Uluslararası mahkemeler tarafından verilen kararlar ile uluslararası sözleşmelere göre

[3] ERTÜRK, 2006, s.9, para.35.

[4] Rashida MANJOO, “State Responsibility to act with Due Diligence in the Elimination of Violence against Women”, 2, *International Human Rights Law Review*, 2013, ss. 240–265.

[5] ERTÜRK, 2006; Shazia, QURESHI, “The Emergence/Extention of Due Diligence Standard to Assess the State Response towards Violence against Women/Domestic Violence, 28 (1), *South Asian Studies*, 2013, ss. 55-66.

[6] ERTÜRK, 2006; ERTÜRK, 2015; MANJOO, 2013; QURESHI, 2013; BENNINGER-BUDEL (Ed.) 2008; Andrew BYRNES & Eleanor BATH, “Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-Recent Developments”, 8 (3) *Human Rights Law Review*, 2008, ss. 517-533.

oluşturulan CEDAW Komitesi ve Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu gibi kuruluşların yarı-yargısal (*quasi-judicial*) niteliğe sahip kararları ışığında, özen yükümlülüğü standardının değişik ülkelerde meydana gelen kadına şiddet olaylarında uygulanışı konusunda açıklamalara ve örneklerle yer verilecektir.

ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMININ GELİŞİMİ

I. CEDAW Öncesi Dönem ve Kamusal/Özel Alan Ayrımı

Kadın hakları ve kadınların şiddete karşı korunması temel insan haklarından biridir. Sınıflar arası tarihsel bir mücadelenin sonucunda elde edilen insan hakları esas itibarıyla devlet ile bireyin hak ve özgürlükleri arasındaki ilişkiyi düzenlemeyi, devletin bu hak ve özgürlüklere orantısız müdahalelerini engellemeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla yapılan düzenlemelerin sonucunda ise kamusal/özel alan ayrışması ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda, kamusal alana denk gelen, devlet ile vatandaş arasındaki ilişkilerin resmi boyutunu düzenleyen ve genel olarak erkekleri ilgilendiren medeni ve siyasi haklar, insan hakları kavramının özünü teşkil etmiştir.^[7] Birinci kuşak haklar olarak tanımlanan bu hakların dışında kalan eşitlik ilkesi temelli ekonomik ve sosyal haklar (ikinci kuşak haklar) ile dayanışma ve kardeşlik ilkesi temelli dayanışma ve halkların hakları (üçüncü kuşak haklar), devlet müdahalesinin genel olarak dışında bırakılan veya devletin müdahale edip etmeme hakkını saklı tuttuğu özel alana tabi haklar olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar insan haklarından birinin diğerine üstünlüğünün bulunmadığı kabul edilse de, eşitlik temelli kadın hakları mücadelesi ve kadın hakları, kamusal/özel alan ayrışması nedeniyle ikincil plana itilmiştir.^[8]

Kamusal/özel alan ayrımı esas itibarıyla “homojenleştirilmiş vatandaşlar”^[9] yaratma amacına hizmet etmekte olup en basit şekli ile evin içi ve dışı arasındaki fiziksel sınırları ifade etmektedir. Homojen vatandaş yaratma amacında olan devlet, arzu edilen şekilde ibadet edilebilmesini, istenen kıyafetin giyilebilmesini, ana dilde konuşma ve eğitimin yapılabilmesini ancak evin içinde uygun görmekte, evin dışında ise tüm vatandaşların bu tür konularda ya *nötr* ya da

[7] Lee HASSELBACHER, “State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection”, 8 (2), *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2010, ss.190-215, ss. 191-192.

[8] Feride ACAR ve Yakın ERTÜRK, “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”. S. Sancar. (Ed.), *Birkaç Arpa Boyu: 21. Yüzyıla Giverken Türkiye’de Feminist Çalışmalar. Prof. Dr. Nermin Abadan Unat’a Armağan*. (Cilt 1, ss.281-303). İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2011, s.284; ERTÜRK, 2015, s. 27.

[9] Ayşe KADIOĞLU, *Zaman lekesi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006, s.8.

hakim zihniyete uygun davranışlar sergilemesini istemektedir. Özel alanı ve dolayısıyla evin içini dokunulmaz olarak gören devlet, özel alanı oluşturan ev ahalisini kontrol etme ve disiplin altına alma yetkisini ise “hanenin reisi” kabul ettiği erkeğe devretmiştir. Nitekim bugünkü aile tipinin temelini oluşturan Romalılar’da aile kavramına denk gelen “*familia*” terimi ilk başlarda köleleri belirtmek için kullanırdı. “*Famulus*” evdeki köle anlamına gelir, *familia* kelimesi ise bir kişiye ait çeşitli köleleri belirtmek için kullanılırdı. Daha sonraları *familia* terimi babanın yetkisi altında bulunan ve babanın üzerlerinde öldürme hakkı dâhil her türlü hakka sahip olduğu, kadın çocuklar ve kölelerden oluşan toplumsal örgütlenmeyi tanımlamak için kullanılmaya başlanmıştır.^[10]

Bu bağlamda, devlet bir yanda özel alana mahremiyet ve kutsiyet atfederken, diğer yandan da özel alanda olanları mazur görmektedir. Dolayısıyla özel alanda ev/hane içinde meydana gelen şiddet, devletin müdahalesini gerektirmeyen mahrem bir konu olarak kalmakta ve kadına karşı şiddet olgusu meşrulaştırılarak, normalleştirilmektedir. Diğer taraftan da kadınlar ve kadınlık rolleri ev içine ve annelik rolüne indirgenmektedir.^[11] Oysa kamusal/özel alan ayrımlarını yapıp hangi alana müdahale edip hangi alana müdahale etmeyeceğinin sınırlarını belirleyen siyasal iktidar, özel alanı belirlerken bile bir siyasal tercihte bulunmaktadır. Bu nedendir ki “*the personal is political*”, “*the private is political*” sloganları ile “özel alanın siyasal bir alan” olduğunun ilk farkına varanlar, 60’lı yılların sonlarından itibaren feminist hareketin ikinci dalgasının temsilcileri olmuştur.

Özel alanla özdeşleştirilen ikinci kuşak hakların bu politik niteliği, ikinci kuşak hakların kapsamı ve içeriği konusunda farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, kapsayıcı bir niteliğe sahip olmalarına ve kadınların yaşam pratiklerine ilişkin koşulları dönüştürebilecek ekonomik kültürel ve sosyal haklara ilişkin hukuki düzenlemelerin de esasını oluşturmalarına rağmen, bu hakların korunmasına ve gerçekleştirilmesine ilişkin mekanizmalar birinci kuşak hakların korunmasına oranla daha zayıftır. Dolayısıyla kadın haklarının korunması ve hayata geçirilmesi, hep doğru zamana ertelenmekte ve ne yazık ki çoğu kez temenni niteliğinde kalmaktadır.^[12] İşte özen yükümlülüğü kavramı, kamusal/özel alan ayrımları ile hep ikinci plana itilen kadının insan haklarının hayata geçirilmesi ve kadının şiddetten korunması amacıyla, her bir spesifik durum için ulusal hukukta şiddetten korunmaya ilişkin koruma önlemlerinin

[10] Kate MILLETT, *Cinsel politika*, (Seçkin Selvi, Çev. Üçüncü baskı), İstanbul: Payel Yayınevi, 2011, s.203.

[11] ACAR ve ERTÜRK 2011; HASSELBACHER, 2010, s.192.

[12] ERTÜRK, 2015, s. 28.

bulunup bulunmadığını, etkili ve uygun olup olmadığını ve şiddeti önleme amacıyla uygulanıp uygulanmadığını inceler.^[13]

II. CEDAW Sonrası Dönem ve Özen Yükümlülüğü Kavramının Normatif Hale Gelmesi

Kadın haklarının uluslararası anayasası olarak kabul edilen, ‘Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ (*The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, CEDAW) 18 Aralık 1979’ da Birleşmiş Milletler Genel Kurulunda kabul edilmiş, 20 ülkenin onayını müteakip 1981 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye CEDAW Sözleşmesini bazı maddelerine çekince koyarak 1985 yılında onaylamıştır.^[14] CEDAW Sözleşmesini diğer uluslararası metinlerden ayıran husus eşitlikten çok ayrımcılığın yok edilmesi prensibine dayanmasıdır. Sözleşme “hukuki eşitliğin” ötesinde “eylemli eşitlik” kavramına vurgu yaparak ayrımcılığın temelinde yatan kadın-erkek kimliklerine dair sosyo-kültürel değer ve kalıpların sorgulanmasını öngörmektedir.^[15] Dolayısıyla, temel olarak ayrımcılığın önlenmesi fikrine dayanan Sözleşme, 1’inci maddesinde ayrımcılığı tanımlarken şiddet konusunda bir hüküm getirmemiştir. Çünkü 70’li yılların sonuna doğru uluslararası toplum kadının insan haklarından çok kadınların ilerlemesi ve kalkınmasına odaklanmıştır.

Ancak, şiddete ilişkin açık normatif bir düzenleme ihtiyacı gün geçtikçe belirmiş, bu durum CEDAW Komitesi’ni uluslararası geçerliliği olan açık bir düzenleme yapmak yönünde girişimde bulunmaya zorlamıştır. Bu nedenle, şiddete ilişkin düzenlemeler ilk olarak 1992 yılında CEDAW Komitesinin 19 No.lu Genel Tavsiye Kararı ile yapılmıştır. Söz konusu kararda, kadınlara kadın oldukları için yöneltilen veya kadınları orantısız biçimde etkileyen şiddetin, CEDAW Sözleşmesi denetimi kapsamında olan bir ayrımcılık türü olduğu belirtilmiştir.^[16] Yine söz konusu tavsiye kararının 9’uncu paragrafında CEDAW kapsamında kadına yönelik ayrımcılık yasağının, sadece kamu görevlilerinin eylemlerinden kaynaklanan haller ile sınırlı olmadığı belirtilerek, devletin herhangi bir kişi, kurum veya kuruluş tarafından yürütülen ayrımcılığa karşı

[13] MANJOO, 2013, s. 263.

[14] Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nin onaylanması 11.6.1985 tarih ve 3232 sayılı kanunla bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 24.7.1985 tarihinde 85/9722 sayılı kararla onaylanmış ve 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

[15] ERTÜRK, 2015, ss.66, 67; Feride ACAR, “Kadınların İnsan Hakları, CEDAW ve Türkiye”, *Türk-İş Dergisi*, 366, Mart-Nisan, ss.47-52, ss. 48-49.

[16] 19 No.lu Genel Tavsiye Kararı, para.6.

da gerekli tedbirleri almasının zorunlu olduğu bildirilmiştir. Bununla beraber, devletin uluslararası hukuka ve insan hakları sözleşmelerine uygun olarak özel alanda işlenen şiddet eylemleri konusunda da şiddeti önlemek, şiddet eylemlerini soruşturmak, failleri cezalandırmak ve mağduru zararını tazmin ettirmek ile yükümlü olduğu, bu yükümlülüğünü yerine getirme konusunda gerekli özeni göstermeyen devletin ise bu eylemlerden sorumlu tutulabileceği belirtilerek “kadına şiddet konusunda devletin özen yükümlülüğü” kavramına ilk atıf yapılmıştır.

Kadına şiddet konusunda normatif çerçeveyi oluşturan ilk belge ise BM Genel Kurulu tarafından 1993 yılında kabul edilen 48/104 sayılı ‘Kadınlara Yönelik Şiddetin Bertaraf Edilmesi Sözleşmesi’dir.^[17] Bu Sözleşme 4/c maddesinde, devletin kadına karşı şiddet konusunda özen yükümlülüğünü daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. Buna göre, ister kamusal alanda kamu görevlileri isterse özel alanda şahıslar tarafından işlensin, devlet, şiddet sayılan fiillerin önlenmesi, soruşturulması ve failerin ulusal hukuka göre cezalandırması konusunda gerekli özeni göstermekle yükümlü olup bu yükümlülüğe uygun olarak hareket etmelidir. Bu hüküm, 1995 yılında Pekin Dördüncü Dünya Kadın Konferansında kabul edilen ‘Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu’ bildirisinin 124(b) maddesinde de tekrar edilmiştir.

90’lı yılların sonuna doğru, uluslararası toplumda kadının insan hakları kavramının gelişmesiyle birlikte, BM Genel Kurulu 1999 yılında CEDAW Sözleşmesine Ek İhtiyari Protokolü kabul etmiştir. CEDAW Sözleşmesine taraf ülkelerden 105’inin onayladığı ihtiyari Protokol 2000 yılında yürürlüğe girmiş olup^[18] Protokol iki yenilik getirmektedir. Buna göre, CEDAW Sözleşmesinde yer alan haklar ile ilgili olarak kişilere CEDAW Komitesine bireysel başvuru yapma hakkı verilmiş ve kadın haklarının yaygın, sistematik ve ağır bir biçimde ihlali hallerinde ise Komiteye resen araştırma/soruşturma yapma yetkisi tanınmıştır. Başvuru hakkı ile amaçlanan şikâyete konu durumu düzeltmek, mağduru korumak ve olayın tekrarını engellemektir. Bu bağlamda Komite, yasal ve kurumsal düzenleme önerilerinde bulunabilir, doğrudan bir tazminat ya da ceza ise söz konusu değildir.^[19] Bu haktan yararlanmak için iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekir. Bireysel ilk başvuru Macaristan’dan

[17] *The Declaration on the Elimination of Violence against Women (DEVAW-Kadına Şiddet Sözleşmesi)*.

[18] Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokol’ün onaylanması 30.7.2002 tarih ve 4770 sayılı kanunla uygun bulunmuş, Bakanlar Kurulunca 26.8.2002 tarih ve 2002/4703 sayılı kararla onaylanmış ve 18.9.2002 tarih ve 24880 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

[19] ERTÜRK, 2015, s. 69.

yapılmıştır.^[20] Türkiye’den ilk başvuru ise Rahime Kayhan tarafından Sözleşmenin 11’inci maddesinin ihlal edildiği gerekçesi ile yapılmış, ancak iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesi ile başvuru ret edilmiştir. Komite resen araştırma yetkisini ise, 2003’te Meksika’da meydana gelen kadın cinayetlerini araştırma konusunda kullanmıştır.

Kadına karşı şiddet konusunda özen yükümlülüğüne ilişkin olarak bölgesel düzeyde ise, ‘Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi’ nin (*the Convention of Belém do Pará*, 1994) 7/b maddesi, kadına yönelik şiddetin önlenmesi, soruşturulması ve failerin cezalandırılması konusunda Taraf devletlerin gerekli özeni göstermekle yükümlü olduğunu belirtmekte ve özen yükümlülüğü standardının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Aynı durum, kamuoyunda kısaca “İstanbul Sözleşmesi” olarak bilinen, ‘Kadınlara Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ nin^[21] 5 inci maddesinde de söz konusudur. Sözleşme, hem kamu, hem de özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin kadına yönelik şiddet eylemlerinden dolayı Taraf devletleri sorumlu tutmaktadır.

Sözleşmenin 5 inci maddesinin birinci fıkrası, devletin, kendi yetkililerinin, görevlilerinin, temsilcilerinin, kurumlarının veya devlet adına hareket eden diğer kişilerin kadınlara yönelik şiddet anlamına gelen fiillerden kaçınmalarını sağlama yükümlülüğünden söz ederken, aynı maddenin ikinci fıkrasında Taraf devletlerin devlet dışı aktörler tarafından işlenen fiilleri titizlikle ele alması yükümlülüğü ortaya konmaktadır.

Sözleşmenin 5 inci maddesi uyarınca, Taraf devletler, devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen ve Sözleşme’nin kapsamı dahilindeki şiddet eylemlerinin önlenmesi, soruşturulması, cezalandırılması ve tazmin edilmesi konusunda azami dikkat ve özenin sarfedilmesi için, gerekli hukuki ve diğer önlemleri alacaklardır.^[22]

[20] *A.T v Hungary* (2/2003), 26 January 2005, Communication No. 2/2003, UN Doc. CEDAW/C/32/D/2/2003 (2005). Aile içi şiddete ilişkin olarak verilen kararda, Macaristan’ın CEDAW Sözleşmesinin 2, 5 ve 16’nci maddeleri kapsamında yükümlülüğünü yerine getirmediğine karar verilmiştir.

[21] Ülkemizce 11 Mayıs 2011 tarihinde imzalanmıştır. 24.11.2011 tarihli ve 6251 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunan sözleşme, 8 Mart 2012 tarihinde ve 28227 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete’ de yayımlanarak, yürürlüğe girmiştir.

[22] Kadriye BAKIRCI, “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 73, Sayı: 4, 2015, s.133-204, ss.158, 167.

“Devlet dışı aktör” deyimi, ‘Kadınların Şiddete Karşı Korunmasıyla İlgili Olarak Üye Devletlere Yönelik Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı’nın^[23] 2 inci maddesinde ifade edildiği üzere özel hukuk kişilerini kasteder.^[24] “Tazmin” teriminin ise, uluslararası insan hakları hukukunda farklı karşılıkları söz konusu olabilir; örneğin yeniden eski durumuna getirme, telafi etme, iyileştirme, tatmin etme ve tekrarlanmama garantisi verme gibi. Tazminat söz konusu olduğunda, bunun bir Tarafça ancak bu Sözleşme’nin 30(2) maddesinde belirtilen koşullarda gerçekleşebileceği ayrıca hüküm altına alınmış bulunmaktadır.^[25]

Sözleşme’deki yükümlülükler, Sözleşme kapsamında şiddet olarak kabul edilen eylemlerin işlenmesini önlemeye; koruma ve destek sağlamaya, şiddet eylemlerinin etkili bir şekilde soruşturularak failerin cezalandırılmasına, mağdurun zararlarının tazmin edilmesine ve uluslararası işbirliğine ilişkin yükümlülükler olarak sınıflandırılabilir. Bununla beraber, Sözleşme, Taraf devletleri, yalnızca kendi vatandaşlarına yönelik şiddetten değil, sığınmacı, mülteci ve hukuki durumu ne olursa olsun, göçmen kadınlara yönelik şiddetten de sorumlu tutmaktadır.^[26]

Birleşmiş Milletler’in ilk Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörü olan Coomaraswamy 1999 tarihli aile içi şiddet raporunda^[27] devletin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini denetlemek için bir takım denetim-listesi (*check-list*) önermiştir. Ancak raporda getirilen önerilerin çoğu, devletin şiddet eylemlerine ilişkin olarak yerine getirmesi gereken mevzuat değişikliklerine ilişkin öneriler ile yargı sisteminin işleyişine, bakım ve destek hizmetlerinin düzenlenmesine ilişkin öneriler üzerinde yoğunlaşmaktadır.

Hâlihazırda Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Şiddet Özel Raportörü olan Rashida Manjoo ise “özen yükümlülüğü standardı” kavramının, devletin kadına karşı şiddete ilişkin yükümlülükleri konusunda hem genel-sistemantik

[23] Rec(2002) 5 sayılı Kadınların Şiddete Karşı Korunmasıyla İlgili Olarak Üye Devletlere Yönelik Avrupa Konseyi Tavsiye Kararı.

[24] BAKIRCI, 2015, s.167; Council of Europe (7 April 2011), Explanatory Report: Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CM(2011)49 final. [İstanbul Sözleşmesi Açıklama Notu], s.11, para.60. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm>.

[25] *Ibid.*

[26] İstanbul Sözleşmesi, m.59, 60, 61.

[27] Radhika COOMARASWAMY, Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women: Violence against women in the family*, U.N. Doc. E/CN.4/1999/68, 10 March 1999, para.25. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/113/54/PDF/G9911354.pdf?OpenElement>, [Erişim tarihi, 7 Ocak 2016].

bir sorumluluğu hem de bireysel bir sorumluluğu içerdiğini belirtmektedir. Bu nedenle devletin özen yükümlülüğü kavramını veya kadına şiddet konusunda özen yükümlülüğü standardını, devletin bireysel özen yükümlülüğü ve devletin sistematik genel yükümlülüğü olmak üzere iki kategoride incelemek gerekir.^[28] Bu bağlamda, devlet bir yanda genel olarak şiddetin kökenini oluşturan sebeplere ve bunun sonuçlarıyla mücadeleye ilişkin etkili ve iyi işleyen bir yapının kurulmasını sağlamak, diğer yandan da her bir şiddet mağduruna etkili bir koruma, önleme, tazmin hizmeti sunmak, failleri de caydırıcı bir şekilde cezalandırmak ile yükümlüdür.^[29] Dolayısıyla bu anlayış, daha önceden belirlenen ve ilk raportör Coomaraswamy tarafından devletin şiddeti önleme konusunda uygulamada sonuç alınabilir ve etkili bir sistem oluşturması şeklinde ifade edilen sorumluluğundan^[30] daha geniş bir sorumluluğu ifade etmektedir.

Devletin bireysel özen yükümlülüğü, her bir kadına ilişkin olarak, şiddetin önlenmesi, kadının şiddete karşı korunması, faillerin cezalandırılması ve mağdur için alternatif çözüm yolları bulunması hususlarını içerir. Bu yükümlülük, her bir kadının ihtiyaçlarını karşılama konusunda, kadının ihtiyaçlarına göre değişen birtakım esnek müdahaleleri gerektirir. Devlet, her bir kadına karşı işlenebilecek şiddet eylemiyle ilgili özen yükümlülüğünü, şiddete karşı danışma ve yardım hatları kurarak, tedavi ve bakım hizmeti vererek, psikolojik destek ve hukuki yardım hizmetleri sunarak, mağdur için barınma hizmeti sağlayıp, failer hakkında uzaklaştırma kararı alarak yerine getirir.^[31]

Devlet sistematik genel özen yükümlülüğünü ise kadınları şiddete karşı koruma, şiddeti önleme, failleri cezalandırma ve mağdurun zararlarını tazmin etme konusunda bütüncül, kapsayıcı ve sürdürülebilir bir yapı kurmak suretiyle yerine getirir. Bu bağlamda devlet özen yükümlülüğünü, gerekli yasal düzenlemeleri yaparak, eylem planları yürürlüğe koyarak, farkındalık için kampanyalar düzenleyerek, polisin ve yargı mensuplarının şiddet konusunda yetkilerini arttırarak, kadınları koruma konusunda yükümlülüklerini yerine getirmeyen görevlileri ve şiddet uygulayan gerçek failleri cezalandırarak ifa eder. Bunun yanında devletin genel ve sistematik özen yükümlülüğü, tüm toplumun toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda bir dönüşüm sürecine tabi tutulması görevini de içerir.^[32] Devletin özen yükümlülüğü ve özen yükümlülüğü standardı, devletin temel

[28] MANJOO, 2013, s.262.

[29] MANJOO, 2013, s.244-245.

[30] COOMARASWAMY, 1999.

[31] MANJOO, 2013, s.262.

[32] *Ibid.*

hak ve özgürlükleri koruma konusunda yüklendiği pozitif yükümlülüklerini ayırım yapmaksızın yerine getirmesi amacına hizmet eder.^[33] Nihayetinde özen yükümlülüğü standardı, şiddetin ve hak ihlalinin tekrarının önlenmesi ve her bireysel şiddet eyleminde ise adaletin yerine getirilmesini sağlar.^[34]

Özen yükümlülüğü standardının pratikte somut olaylara nasıl uygulandığı hususuna gelince, bu husus aşağıda ayrıntıları ile ele alınacak olup konuya ilişkin gerek İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin gerekse CEDAW Komitesi'nin yarı-yargısal (*quasi-judicial*) niteliğe sahip kararlarının çoğunun Türkiye'de işlenmiş vakalara veya Türkiye kökenli mağdurlara karşı yurtdışında işlenen vakalara ilişkin olması, oldukça üzücü ve bir o kadar da düşündürücüdür.

ÖZEN YÜKÜMLÜLÜĞÜ STANDARDININ YARGISAL DENETİMİ

Velásquez Rodríguez v Honduras

Özen yükümlülüğü kavramının insan hakları alanında kullanılmasına ilişkin ilk önemli örnek *Velásquez Rodríguez*'in kayboluşunu konu edinen Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi'nin Honduras'a ilişkin 1988 yılında verdiği *Velásquez Rodríguez*^[35] kararıdır. Söz konusu kararda mahkeme, 1981 ve 1984 yılları arasında Honduras'ta hedef alınan bazı insanların kaybettirilmesi şeklinde yaygın ve sistematik bir uygulama olduğunu, bu kayıp vakalarına hükümetin müsamaha gösterdiğini tespit etmiştir.^[36] Ardından mahkeme, somut olayda kaybolma vakası ile ilgili Honduras hükümeti yetkililerinin açık bir talimatının ya da bu kaybolma eyleminin farkında olduklarına dair herhangi bir delilin bulunmadığını, ancak bu durumun kaybolma konusunda Honduras devletinin uluslararası hukuka göre yükümlülüğünün bulunup bulunmadığını tartışmaya engel olamayacağını belirtmiştir.^[37] Nihayetinde Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi, Honduras devletinin doğrudan kaybolma sebebiyle değil, bunun önlenmesi, soruşturulması, failerin bulunup cezalandırılması ile ilgili

[33] Brooke STEDMAN, "The Leap from Theory to Practice: Snapshot of Women's Rights Through a Legal Lens", Vol. 29 Issue. 77, *Merkourios, Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, ss. 4-28; Julie GOLDSCHIED & Debra J, LIEBOWITZ, "Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils", 48 (2), *Cornell International Law Journal*, 2015, ss.301-345.

[34] MANJOO, 2013, s.263.

[35] *Velásquez Rodríguez v Honduras* Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988). Inter-American Court of Human Rights, (Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi).

[36] *Ibid*, para.119.

[37] *Ibid*, para. 183.

olarak gerekli özeni göstermemesi sebebiyle sorumlu olduğuna, insan haklarını koruma konusunda uluslararası yükümlülüğünü ihlal ettiğine karar vermiştir.^[38] Bu karara göre, bir hakkın kullanılmasını sağlama konusunda devlet gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Hakkın korunması ile ilgili yasal bir sistemin kurulmuş olması ve hukuksal başvuru yollarının mevcut olması, tek başına bu yükümlülüğün yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir. Devletin bu hakkın korunması ve kullanılması ile ilgili olarak kurduğu sistemin etkili ve sonuç alınabilir bir sistem olması gerekir.^[39]

Bu karar ile içeriği somut bir şekilde belirlenen “özen yükümlülüğü” kavramı, Amerikan hukuk sistemine tabi devletler dışında da uygulanmaya başlanmış ve aşağıda açıklanacağı üzere kamu gücünü kullanmayan devlet dışı aktörlerin neden olduğu şiddet eylemlerinden devletin sorumlu tutulabilmesine dayanak teşkil etmiştir.

Maria da Penha v Brazil

Brezilya’da meydana gelen bir aile içi şiddet vakasına ilişkin olarak Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu 2001 yılında verdiği kararında, *Maria da Penha Maia Fernandes* adlı eczacının 15 yıl boyunca kocasının ağır şiddet eylemlerine maruz kaldığını, mağdurun ısrarlı taleplerine ve fail hakkında ciddi deliller bulunmasına rağmen, Brezilya hükümetinin gerekli önlemleri almadığını tespit etmiş, ardından bu durumun ‘Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi, Cezalandırılması ve Ortadan Kaldırılmasına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi’nin (*the Convention of Belém do Pará*, 1994) 7’nci maddesinde belirtilen özen yükümlülüğünün ihlali olduğuna karar vermiştir. Komisyon ayrıca, özen yükümlülüğü standardına göre şiddeti önlemek üzere kurulacak sistemin, pratikte her bir somut olayda işleyebilen makul ve etkili bir sistem olması gerektiğini belirtmiştir.^[40]

[38] *Ibid*, para. 172.

[39] *Ibid*, para.167.

[40] *Maria da Penha Maia Fernandes v Brazil* Case No. 12.051, Report No. 54/01, 16 April 2001. Inter- American Commission on Human Rights, (Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu), para. 60, 61.

Goekce v Austria

Avusturya vatandaşı olan Şahide Gökçe^[41], 3 yıl boyunca kocasının şiddetine maruz kalmış, bu şiddet eylemleri neticesinde 2002 yılının Aralık ayında kocası Mustafa Gökçe tarafından silahla vurularak öldürülmüştür. Şahide Gökçe'ye yönelik ilk şiddet eylemi 2 Aralık 1999 tarihinde işlenmiş, kocası kendisini boğmaya kalkmış ve öldürmek ile tehdit etmiş, bunun üzerine Şahide Gökçe Avusturya polisinden kocası hakkında 10 günlük uzaklaştırma kararı aldırmıştır. İkinci saldırı 21 ve 22 Ağustos 2000 tarihinde meydana gelmiş, bu saldırı üzerine polis ikinci kez uzaklaştırma kararı almış ve Şahide Gökçe'yi öldürmekle tehdit etmek fiilinden dolayı Savcılıktan Mustafa Gökçe'nin yakalanmasını ve gözaltına alınmasını istemiş, ancak bu talep ret edilmiştir. Polis bu olaydan sonra, Aralık 2001 ve Eylül 2002 tarihlerinde meydana gelen şiddet olayları sebebiyle, 5 kez daha Şahide Gökçe'nin oturduğu daireye çağrılmış, Avusturya polisi 8 Ekim 2002 tarihinde üçüncü uzaklaştırma kararını almıştır. Şahide Gökçe kocası hakkında suç duyurusunda bulunmuş, polis yine Savcılıktan gözaltı ve yakalama izini istemiş, Savcılık tekrar bu talebi ret etmiştir. 23 Ekim 2002 tarihinde Viyana Bölge Mahkemesi Mustafa Gökçe hakkında yapılan başvuru üzerine 3 aylık uzaklaştırma kararı vermiştir. Mustafa Gökçe bu karara uymamış, daireye gelmeye ve daireye girmeye teşebbüs etmeye devam etmiştir. 7 Aralık 2002 günü Mustafa Gökçe çıkan tartışma sonucu eşini oturduğu dairede iki kızının gözleri önünde silahla öldürmüştür. Bu vakadaki ihlaller hakkında iç hukuk yollarının tüketilmesini müteakip, vaka Avusturya'da bulunan bir sivil toplum örgütü tarafından CEDAW Sözleşmesi Ek Protokolü kapsamında CEDAW Komitesine şikâyet yolu ile götürülmüştür.

Komite kararında şu hususları belirtmiştir. Avusturya devleti, ev/hane içi şiddetle mücadele ile ilgili olarak yasal mevzuatı, özel hukuk ve ceza hukuku alanında aldığı tedbirler, şiddet konusunda farkındalık yaratmak üzere yürüttüğü kampanyalar, eğitim faaliyetleri ve hizmet içi eğitim programları, bakım ve barınma hizmetleri, fail ve mağdurlara yönelik psikolojik destek hizmetleri ile esaslı bir sistem yaratmış bulunmaktadır. Ancak her bir ev/hane içi şiddet mağduru kadının insan haklarından ve temel hak ve hürriyetlerden erkeklerle eşit bir biçimde yararlanması prensibinin hayata geçirilebilmesi için, yaratılan bu sistemde mevcut olan siyasi iradenin, kadına karşı şiddeti önleme konusunda özen yükümlülüğü altında bulunan kamu görevlileri tarafından da desteklenmesi gerekir.^[42] Şahide Gökçe'nin ölümüne neden olan eylemler göz

[41] *Şahide Goekce (deceased) v Austria* (5/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005, CEDAW Committee, Views on Communication 5/2005.

[42] *Ibid*, para. 12.1.2.

önüne alındığında, Avusturya polisi, Şahide Gökçe'nin hayatının tehlikede olduğunu bilmekte veya bilebilecek konumda bulunmaktadır. Özellikle Mustafa Gökçe'nin eylem ve tavırlarından anlaşılan, suç işleme potansiyeli ve arz ettiği tehlike karşısında, Avusturya polisinin Şahide Gökçe'nin yaptığı son çağrışı müteakip, durumun önemine binaen gerekli tedbirleri alması gerekirdi. Mustafa Gökçe'nin tekrarlanan şiddet eylemleri ve daha önce verdiği rahatsızlıklar göz önüne alındığında, Şahide Gökçe tarafından yapılan çağrışı acil bir çağrı olarak kabul edip durumun gerektirdiği tedbirleri almayan Avusturya polisi, şiddeti önleme konusunda özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumludur.^[43]

Bunun haricinde, ev/hane içi şiddet olaylarında failerin şiddet olaylarını müteakip gözaltına alınması veya yakalanması uygulamasına başvurulması halinde, “bu durumun failin peşinen suçlu ilan edilmesi anlamına gelebileceği, failin masumiyet karinesinden yararlanma ve adil yargılanma hakkının ihlal edilebileceği, bu nedenle her ne kadar şiddeti önleme konusunda önleyici bir tedbir olarak uygulanabilirliği düşünebilirse de, bu tür ev/hane içi şiddet vakalarında yakalama veya gözaltına alma tedbirine başvurulmaması” gerektiğini ifade eden Avusturya devletinin savunmasına, Komite itibar etmemiştir. Komite failin adil yargılanma ve masumiyet karinesinden yararlanma hakkının ihlal edilmemesi gerektiğini belirtirken şu hususu dile getirmiştir. Failin temel hak ve özgürlüklerden yararlanma ve adil yargılanma hakkı, mağdurun yaşama, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkına üstün gelmemeli, onun yerine geçmemelidir. Somut olayda failin eşini dövmek, korkutmak ve tehdit etmek şeklinde tezahür eden davranışlarının, şiddet kavramının en yüksek eşiğini ve sınırlarını aştığının (*a high threshold of violence*) Savcılık Makamı farkında olup Mustafa Gökçe'nin Ağustos 2000 ve Ekim 2002 tarihleri arasında meydana gelen şiddet eylemleri nedeniyle tutuklanmasını ret etmemelidir.^[44]

Komiteye göre, uzun süre tekrarlanan ve artık şiddet kavramının sınırlarını aşmış kadının yaşam hakkı ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkının ihlali anlamına gelen şiddet vakalarında, *detention-* gözaltına alma gibi hürriyeti sınırlayıcı tedbirlerin alınması gerekli olabilir. Yine Komiteye göre, bu tür vakalarda uygulanacak *detention-* gözaltına alma gibi hürriyeti sınırlayıcı tedbirlerin keyfilikinden veya hukuka aykırılığından söz edilemez ve şiddeti önleme konusunda önleyici bir tedbir olarak gözaltına alma tedbirine başvurulabilir.^[45] Komite bu kararında ihlalin tespiti yanında, özen yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile ilgili olarak aksayan hususlara, sistematik sorunlara,

[43] *Ibid*, para. 12.1.4.

[44] *Ibid*, para. 12.1.5.

[45] BYRNES & BATH, 2008, s. 524.

Avusturya hükümeti tarafından alınması gereken tedbirlere ilişkin önerilerini de sıralamıştır.^[46]

Fatma Yıldırım v Austria

Şahide Gökçe vakasında olduğu gibi Fatma Yıldırım^[47] da uzun süre kocasının şiddet eylemlerine maruz kalmış ve kocası İrfan Yıldırım tarafından 11 Eylül 2003 tarihinde öldürülmüştür. İrfan Yıldırım Avusturya vatandaşı olan Fatma Yıldırım ile 24 Temmuz 2001 tarihinde evlenmesi sonucunda Avusturya'ya yerleşmiş olup Fatma Yıldırım'ın ilk evliliğinden ikisi reşit olmak üzere üç çocuğu bulunmaktadır. İrfan Yıldırım, Fatma Yıldırım'ı ilk kez 2003 yılının Temmuz ayında Türkiye'ye yaptıkları bir seyahatte öldürmek ile tehdit etmiştir. Avusturya'ya döndükten sonra da tartışmaya devam etmeleri üzerine Fatma Yıldırım boşanmaya karar vermiş, bu kararı duyan İrfan Yıldırım, Fatma'yı ve çocuklarını öldürmekle tehdit etmiştir. Bunun üzerine Fatma Yıldırım, 4 Ağustos 2003 tarihinde 5 yaşındaki kızı Melisa'yı da yanına alarak büyük kızı Gülen'in evine taşınmıştır. 6 Ağustos 2003 günü, İrfan Yıldırım'ın işte olduğunu düşünerek kalan eşyalarını toplamak üzere eve dönen Fatma, İrfan Yıldırım tarafından yakalanmaya çalışılmış, İrfan'dan kurtulan Fatma, Viyana Eyalet Polisine başvurarak İrfan hakkında şikâyetçi olmuştur. 6 Ağustos 2003 günü Viyana polisi İrfan hakkında uzaklaştırma kararı almış ve yakalanıp gözaltına alınması için Viyana Savcılığı'na başvurmuş, Savcılık bu talebi ret etmiştir. Fatma Yıldırım, 8 Ağustos 2003 tarihinde "Vienna Intervention Centre against Domestic Violence" adlı yardım kuruluşunun desteği ile Viyana Bölge Mahkemesine bağlı Hernals Mahkemesinden uzaklaştırma kararı almıştır. Aynı gün Fatma Yıldırım'ın işyerine gelen İrfan Yıldırım, Fatma'yı taciz etmiş, olay yerine polis çağırılmış, fakat olay Savcılığa intikal ettirilmemiştir. Bu olay üzerine, İrfan Yıldırım, Fatma Yıldırım'ın önceki evliliğinden olan 26 yaşındaki oğlunu tehdit etmiş, oğlu bu olayı polise intikal ettirmiştir. 9 Ağustos 2003 günü, İrfan Yıldırım yine işyerine gelerek Fatma Yıldırım'ı öldürmek ile tehdit etmiş, olay yine polise intikal etmiş, polis gelmeden İrfan Yıldırım olay yerinden kaçmış, bu kez polis, kendisine cep telefonundan ulaşarak konuşmuştur. 11 Ağustos 2003 günü, yine Fatma'nın işyerine gelen İrfan, kendisini öldürmekle tehdit etmiş ve ölümünün gazetelerde manşet olacağını söylemiş, Fatma Yıldırım polis çağırınca kaçmıştır. 12 Ağustos 2003 günü, İrfan Yıldırım, Fatma Yıldırım'ı bu kez işyerine faks çekerek tehdit etmiştir. 14 Ağustos 2003 günü, Fatma Yıldırım

[46] *Sahide Goekce (deceased) v Austria*, para. 12.3.

[47] *Fatma Yildirim (deceased) v Austria* (6/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, CEDAW Committee, Views on Communication 6/2005.

polise ifade vermiş, polis İrfan Yıldırım'ın gözaltına alınması talebinde bulunmuş, Savcılık tarafından bu talep yine ret edilmiştir. 26 Ağustos 2003 günü, Fatma Yıldırım boşanma davası açmış, 1 Eylül 2003 tarihinde mahkeme boşanma davası sonuçlanıncaya kadar İrfan Yıldırım'ın Fatma Yıldırım'ın işyerine, evine ve evinin çevresine yaklaşmaması, kendisiyle ve küçük kızı Melisa ile iletişim kurmaması ve yanına yaklaşmaması yönünde uzaklaştırma kararı vermiştir. 11 Eylül 2003 tarihinde İrfan Yıldırım, Fatma Yıldırım'ı işe giderken evinin yakınlarında bıçaklayarak öldürmüş ve kaçmıştır. 19 Eylül 2003 tarihinde, polis İrfan Yıldırım'ı Bulgaristan'a gitmek isterken yakalamış ve yapılan yargılama sonunda İrfan Yıldırım ömür boyu hapis cezasına çarptırılmıştır.

İç hukuk yollarının Avusturya'da tüketilmesini müteakip, CEDAW Komitesi kendisine yapılan şikâyet başvurusu üzerine tıpkı Şahide Gökçe kararında olduğu gibi, Avusturya devletinin, ev/hane içi şiddetle mücadele ile ilgili olarak yasal mevzuatı ve aldığı tedbirler ile esaslı bir sistem yarattığını, ancak her bir ev/hane içi şiddet mağduru kadının insan haklarından ve temel hak ve hürriyetlerden erkeklerle eşit bir biçimde yararlanması prensibinin hayata geçirilebilmesi için, yaratılan bu sistemde mevcut olan siyasi iradenin, kadına karşı şiddeti önleme konusunda özen yükümlülüğü altında bulunan kamu görevlileri tarafından da desteklenmesi gerektiğini belirtmiştir.^[48] Komiteye göre, Fatma Yıldırım'ın ölümüne neden olan eylemler göz önüne alındığında, Avusturya polisi, Fatma Yıldırım'ın hayatının tehlikede olduğunu bilmektedir veya bilebilecek konumdadır. Fatma Yıldırım'ın boşanma davası açmak, tedbir kararı alarak İrfan Yıldırım'dan uzak kalmak ve bu şekilde İrfan Yıldırım ile bağlarını koparmak yönündeki kararlı çabalarına rağmen, yakalama taleplerini ret eden Savcılık Makamı, Avusturya polisi ile beraber şiddeti önleme ve Fatma Yıldırım'ın hayatını koruma konusunda özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumludur.^[49] İrfan Yıldırım'ın yakalanıp en yüksek cezaya çarptırılmış olması, Fatma Yıldırım'ın yaşam hakkı ile fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması ile ilgili yükümlülükler yönünden devletin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği gerçeğini değiştirmez.^[50] Tüm bu nedenlerle, Komite, Avusturya devletinin, CEDAW Sözleşmesi'nin 2 (a), (c), (f) maddeleri ile 3'üncü maddesi ve CEDAW Komitesi'nin 19 No.lu Tavsiye Kararı'ndan kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmede gerekli özeni göstermediğine karar vermiştir.

[48] *Ibid*, para. 12.1.2.

[49] *Ibid*, para. 12.1.3- 12.1.5.

[50] *Ibid*, para. 12.1.6.

Opuz v Turkey

Bu kararda, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadında ilk defa, toplumsal cinsiyete dayalı şiddete karşı devletin gerekli tepkiyi vermemesinin ve etkili bir koruma sunamamasının, ayrımcılık teşkil ettiği ve bu durumun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 14 üncü maddesine aykırı olduğu hususu karar altına alınmıştır. Kararda aile içi şiddetin kişisel bir konu olmadığı, kamuyu ilgilendiren ve devletin şiddete karşı etkili bir koruma mekanizması kurmasını gerekli kılan bir konu olduğu belirtilmiştir.^[51] Ayrıca kararda, davacı Nahide Opuz ve annesinin, Hüseyin Opuz'un şiddet eylemlerine karşı polis ve Cumhuriyet Savcılığı'na yaptıkları müracaatlarda, bu makamların özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği hususu mahkemenin başta *Osman v. United Kingdom*^[52], *Bevacqua & S. v. Bulgaria*^[53] kararları ve diğer kararlar ışığında tartışılmıştır.

Bu davaya konu olayda, davacı Nahide Opuz 10 Nisan 1995 te başlayıp 29 Ekim 2001 tarihine kadar devam eden süreçte kocası Hüseyin Opuz'un 5 kez saldırısına uğramış, ardından 11 Mart 2002 tarihinde Nahide Opuz'un annesi, Hüseyin Opuz tarafından öldürülmüştür. Bu süreçte, Nahide Opuz'un kendisini ve annesini korumak için yaptığı başvurular sonuçsuz kalmıştır. Cezaevine konan Hüseyin Opuz, uzun süre tutuklu olarak yargılanmasının ardından 26 Mart 2008 tarihli oturumda 15 yıl 10 ay hapis cezasına çarptırılmış ve tutuklu bulunduğu süre göz önüne alınarak tahliye edilmiştir. Salıvermeyi müteakip Hüseyin Opuz, Nahide Opuz'u kendisi ile tekrar beraber olması için tehdit etmeye devam etmiştir. Bu arada, dava İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde 15 Temmuz 2002 tarihinde açılmış olup, Nahide Opuz'un korunma altına alınması ve kendisine yönelik tehditlerin önlenmesi, nihai kararın verildiği 9 Eylül 2009 tarihinden ancak kısa bir süre önce İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin ısrarlı talepleri ve Adalet Bakanlığı'nın müdahalesi üzerine 21 Kasım 2008 tarihinde gerçekleşmiştir.^[54]

Bu açıdan bakıldığında, tipik bir ısrarlı takip^[55] vakası olan *Opuz* davasında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, polisin kendisine yapılan koruma başvurularında adeta bir arabulucu gibi davranıp, kadınları evlerine gönderip kocaları ile barışmaya davet etmesi ve şikâyetlerinden vazgeçirmeye çalışması ya da şiddet

[51] *Opuz v. Turkey* App. No. 33401/02, Eur. Ct. H.R. (June 9, 2009), para. 200, 201.

[52] *Osman v. United Kingdom*, 28 October 1998-VIII Eur. Ct. H.R. 3124.

[53] *Bevacqua & S. v. Bulgaria* App. No. 71127/01, Eur. Ct. H.R. (June 12, 2008).

[54] *Opuz v. Turkey*, para. 9-69.

[55] İsrarlı takip ve Avrupa Birliğine üye devletlerde ısrarlı takip konusuna yaklaşım hakkında Bkz. Recep DOĞAN, "Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (*Stalking*) Kavramı ve Suçu", *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 72 Sayı: 2, 2014, s.135-154.

konusunu aile içi bir mesele olarak görüp müdahale etmek istememesi sebebiyle kadının şiddetten korunmasını amaç edinen kanunların uygulanmasında ciddi sorunlar bulunduğunu, bunun da hak ihlallerine yol açtığını belirtmiştir.^[56] Mahkeme ayrıca, Hüseyin Opuz hakkındaki ceza yargılamasının 6 yıldan fazla sürmesi,^[57] koruma ve tedbir başvurularında bu başvuruların sanki boşanma davalarına yönelik bir tedbirmiş gibi algılanarak duruşma için uzun süreler verilmesi,^[58] şiddet faillerinin caydırıcı bir cezaya çarptırılmayıp cezaların namus gerekçesiyle haksız tahrik indirimine tabi tutulması^[59] gerçeği karşısında, hane/aile içi şiddet fiillerinden temel olarak kadınların olumsuz etkilendiğini ve yargı organlarının pasif davranmasının da şiddetin işlenmesi için uygun bir ortam hazırladığını belirtmiştir.^[60]

Bu bulgu ve delillere uygun olarak mahkeme, her ne kadar kasıtlı olmasa da yargı makamlarının genel olarak kadına yönelik şiddet konusunda gereken hassasiyeti göstermeyip, kayıtsız kalmasını, sanıkların şiddet eylemlerinin caydırıcı bir cezai yaptırıma tabi tutulmamasını göz önüne alarak, Nahide Opuz ve annesinin toplumsal cinsiyete dayalı şiddete ve dolayısıyla şiddetten korunma noktasında ayrımcılığa tabi tutulduğunu tespit etmiş, yaşananların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 2'nci, 3'üncü ve 14'üncü maddelerine aykırı olduğu hususunu karara bağlamıştır.^[61]

CEDAW Komitesi'nin Fatma Yıldırım ve Şahide Gökçe kararlarında belirtilen “failin temel hak ve özgürlüklerden yararlanma ve adil yargılanma hakkı, mağdurun yaşama, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkına üstün gelmemeli, onun yerine geçmemelidir” prensibine atıfta bulunan mahkeme, Hüseyin Opuz'un şiddet eylemleri karşısında polislin veya Cumhuriyet Savcılığı'nın Hüseyin Opuz'un gözaltına alınmasını veya yakalanmasını sağlama konusunda herhangi bir tedbir almamasını,^[62] Nahide Opuz ve annesinin hayatının korunması konusunda mahkemelerce herhangi bir koruma, uzaklaştırma veya tedbir kararı alınmamasını gerekçe göstererek^[63], Nahide Opuz'un annesinin hayatının korunması konusunda Türk Makamlarının gerekli özeni

[56] *Opuz v. Turkey* para. 92, 96, 102, 195.

[57] *Ibid*, para. 151.

[58] *Ibid*, para. 196.

[59] *Ibid*, para. 196.

[60] *Ibid*, para. 198.

[61] *Ibid*, para. 200-202.

[62] *Ibid*, para. 147.

[63] *Ibid*, para. 148.

göstermediğine ve özen yükümlülüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.^[64] Mahkemeye göre, özen yükümlülüğü standardının yerine getirilebilmesi için bağımsız işleyen etkili bir yargı mekanizmasının mevcut olması,^[65] ayrıca failin işlenen fiilin ağırlığına uygun olarak kendisini gelecekte suç işlemekten alıko-yacak caydırıcı bir cezaya çarptırılması gerekmektedir.^[66]

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 9 Eylül 2009 tarihinde verdiği Opuz kararı, kadına karşı şiddetle mücadelede etkili bir koruma mekanizmasının kurulmadığı, etkili bir soruşturmanın yürütülmediği, kadının şiddetten korunması noktasında ayrımcılığa tabi tutulduğu iddiasıyla yapılan başvurularda, mahkemenin Taraf devletlerin özen yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini belirlemek üzere sıklıkla uyguladığı bir içtihat haline gelmiştir. Özen yükümlülüğüne ilişkin olarak verilen bu kararlardan bazıları aşağıda ayrıntıları ile tartışılmıştır.^[67]

Eremia v. The Republic of Moldova^[68]

Moldova vatandaşı olan Lilia Eremia tarafından İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yapılan başvuruda, başvuran evli olduğunu, kocasının Călărași Polis Merkezi'nde polis olarak görev yaptığını, bu evlilikten Doina ve Mariana adlı iki kızının bulunduğunu, ikinci çocuğunun doğumundan sonra kocasının eve sık sık sarhoş gelmeye başladığını ve kendisine şiddet uyguladığını, zaman zaman bunu çocuklarının önünde de tekrarladığını, 2 Temmuz 2010 tarihinde boşanma davası açtığını, eşinin kendisini ve çocuklarını darp etmesi ile ilgili olarak ifade verdiğini, bunun üzerine eşinin daha tehditkar davranmaya başladığını, kendisine ve çocuklarına hakaret ederek sürekli bir biçimde şiddet uyguladığını, 30 Ağustos 2010 tarihinde polise ilk defa müracaat edip kocasından şikâyetçi olduğunu, 18 Eylül 2010 tarihinde kocasının yaklaşık 12.4 Euroluk idari para cezasına çarptırıldığını, 30 Eylül 2010 tarihinde de yine polis olması sebebiyle Moldova İçişleri Bakanlığı tarafından şiddet eylemlerini sona erdirmesi

[64] *Ibid*, para.149, 169.

[65] *Ibid*, para.150.

[66] *Ibid*, para.169.

[67] İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Opuz kararındaki içtihadını esas alan ve bu makalede tartışılmayan kararları için bkz. *Case of M. and Others v. Italy and Bulgaria* (Application no. 40020/03), 31 July 2012, Final 17/12/2012; *Case of T.M. and C.M. v. The Republic of Moldova* (Application no. 26608/11), 28 January 2014, Final, 28/04/2014; *Case of Rumor v. Italy* (Application No. 72964/10), 27 May 2014, Final, 27/08/2014; *Case of Valiulienė v. Lithuania* (Application no. 33234/07) 26 March 2013.

[68] *Case of Eremia v. The Republic of Moldova*, (Application no. 3564/11), 28 May 2013. Final, 28 August 2013.

için uyarıldığını ifade etmiştir. Lilia Eremia yine başvurusunda, 12 Kasım 2010 tarihinde kocasının kendisini boğmaya çalıştığını, bu eylem nedeniyle 1,5 gün sesinin kısıldığını, bu eylem için de Savcılığa şikâyetinde bulunduğunu, bu başvuru üzerine Călărăşi Polis Merkezi'nin kendisini adli tıp incelemesine gönderdiğini, adli tıp incelemesinin 23 Kasım 2010 tarihinde yapıldığını ve fakat incelemede saldırı ve yaralanma bulgusuna rastlanmadığına dair rapor düzenlendiğini ifade etmiştir.^[69]

Lilia Eremia ayrıca dilekçesinde, 29 Kasım 2010 tarihinde Călărăşi Bölge Mahkemesi'ne müracaat ettiğini, 9 Aralık 2010 tarihinde mahkemece kocasının 90 gün boyunca eve girmemesi ve evin 500 metre yakınına yaklaşmaması yönünde korunma kararı verildiğini, kararı uygulanmak üzere polise, savcılığa ve sosyal hizmet birimine gönderdiğini belirtmiştir.^[70] Bu arada açılan boşanma davasında mahkeme, vakanın bir aciliyetinin bulunmadığını belirterek davayı görmek üzere 6 aylık bir bekleme süresi öngörmüş, Lilia Eremia 9 Aralık 2010 tarihinde verilen korunma kararını ve aldığı tehditleri gerekçe göstererek davanın daha erken görülmesini istemiş, bu talebi Călărăşi Bölge Mahkemesi tarafından red edilmiş, bu konuya ilişkin temyiz başvurusu da kabul edilmemiştir.^[71]

Bu arada verilen koruma kararını koca ihlal etmeye ve Lilia'yı tehdit etmeye devam etmiş, 19 Ocak 2011 tarihinde boşanma ile ilgili olarak atanan sosyal çalışmacı davacıya kocası ile uzlaşmasını tavsiye ederek, "kendisinin koca şiddetine uğrayan ilk kadın olmadığını, son kadın da olmayacağını" söylemiştir. Bunun üzerine sosyal çalışmacının tutumu ile ilgili olarak Lilia Eremia 20 Ocak 2011 tarihinde 'Moldova Çalışma, Aile ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na şikâyetinde bulunmuştur.^[72] 1 Nisan 2011 tarihinde Călărăşi Savcılığı kocanın daha önceden önemli bir suç işlemediğini, alkol ve uyuşturucu alışkanlığının olmadığını, çocuklarının geçimini sağladığını, işyerinde ve çevresinde saygın bir insan olarak tanındığını, toplum için bir tehlike arz etmediğini gerekçe göstererek ceza soruşturmasının 1 yıl süre ile ertelenmesine, 1 yıl süre ile suç işlenmemesi halinde dosyanın işlemde kaldırılmasına karar vermiştir.^[73] Bu karara karşı yapılan temyiz başvurusu da, soruşturmanın ertelenmiş olmasının davacı için daha iyi bir koruma sağlayacağı gerekçesiyle red edilmiştir.^[74] Bunun üzerine Lilia Eremia yaşananların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin

[69] *Ibid*, para. 7-10.

[70] *Ibid*, para.11.

[71] *Ibid*, para.12.

[72] *Ibid*, para.25.

[73] *Ibid*, para.27.

[74] *Ibid*, para.28.

3 ve 14 üncü maddelerine aykırı olduğu gerekçesiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine başvurmuştur.

Mahkeme öncelikle *Opuz* kararında çizdiği hukuki sınırların bu vakada uygulanması gerektiğini belirtmiş,^[75] ardından uygulanan şiddetin kamu kurumlarının bilgisi dahilinde gerçekleştiğini tespit etmiştir.^[76] Mahkemeye göre, ceza soruşturmasının ertelenmesi mağdura daha iyi bir koruma sağlamaktan çok faile işlediği şiddet eylemleri nedeniyle dokunulmaz sağlayan adeta bir zırh işlevi görmüştür.^[77] Mahkeme, özen yükümlülüğünü yerine getirmediği gerekçesiyle devletin sorumlu tutulabilmesi için kamu görevlilerinin kasıtlı hareket etmesinin gerekli olmadığı hususunun *Opuz* kararında açıklandığını^[78], yaşananların basit bir ihmal olarak nitelendirilemeyeceğini, bu durumun kadına karşı şiddeti sürekli bir biçimde destekleyip kadınları toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa tabi tutan sistematik bir yaklaşımın örneği olduğunu, kadına yönelik şiddet olgusuna Moldova Makamlarının gereken hassasiyet ve ciddiyetle yaklaşmadığını belirtmiştir.^[79] Bu nedenle, Moldova devletinin özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini, bu durumun İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü ve 14'üncü maddelerine aykırı olduğunu karara bağlamıştır.^[80]

Mudric v. The Republic of Moldova

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Moldova'ya ilişkin *Mudric*^[81] kararında da özen yükümlülüğü kavramı mahkemenin *Opuz* ve *Eremia* kararları doğrultusunda tartışılmıştır. Bu karara konu olan olayda, davacı Lidia Mudric 1939 doğumlu olup İnsan Hakları Avrupa Mahkemesine 21 Aralık 2010 tarihinde yaptığı başvurudan yaklaşık 22 yıl önce kocasından boşanmıştır. Davacı boşandıktan sonra, eski kocasının yaşadığı evin karşısında bir başka evde yaşamaya devam ederken 31 Aralık 2009 gecesi, eski kocası davacının evine gelmiş ve onu dövmüştür. Aynı şeyi 19 Şubat 2010 tarihinde de yapan eski eş,

[75] *Ibid*, para.49.

[76] *Ibid*, para.59.

[77] *Ibid*, para.65.

[78] *Ibid*, para.85.

[79] *Ibid*, para.89.

[80] *Ibid*, para.90.

[81] *Case of Mudric v. The Republic of Moldova*, (Application no. 74839/10), 16 July 2013, Final, 16/10/2013.

bu tarihten itibaren davacıya ait evi işgal ederek orda yaşamaya başlamış, davacı ise komşularına sığınmıştır.^[82]

Davacı uğradığı saldırıyı tıbbi raporlarla belgelendirmiş, polise, savcılığa ve diğer yerel makamlara başvurarak eski kocasının evinden çıkarılmasını ve cezalandırılmasını istemiştir. 22 Haziran ve 23 Temmuz 2010 tarihlerinde davacı iki ayrı korunma kararı almasına rağmen, bu kararlar uygulanmamıştır.^[83] Daha önce işlediği fiiller ve korunma kararına uymaması sebebiyle, davacının eski kocası hakkında 16 Ağustos 2010 tarihinde soruşturma başlatılmıştır. Bu soruşturmada, davacının eski kocasının kronik paranoid şizofren olduğu, daha önceleri de kendisini zehirleyeceğini düşünerek 1981 yılından beri davacıya şiddet uyguladığı, davacının bu nedenle boşandığı tespit edilmiş ve eski kocanın psikiyatrik tedavi görmesi tavsiye edilmiştir.^[84] 7 Ekim 2010 tarihinde Savcılık, davacının eski kocasının tedavi görmesi için mahkemeye müracaat etmiştir. 5 Aralık 2010 tarihinde davacı, yine eski kocası tarafından dövülmüş, daha önceden alınan iki korunma kararına ek olarak 16 Aralık 2010 tarihinde üçüncü bir karar alınmıştır.^[85] 4 Ocak 2011 tarihinde, Ocnița Bölge Mahkemesi mesken masuniyetini ihlalden eski kocayı hükümlü bulmuş, ancak şizofren olması sebebiyle cezai ehliyeti bulunmayan kocanın zorunlu psikiyatrik tedaviye tabi tutulmasına karar vermiştir.^[86] 21 Ocak 2011 tarihinde davacı polise müracaat ederek ederek, eski kocasının evinden çıkarılarak hastaneye götürülmesini istemiş, polis bu işin kendi görev alanına girmediğini, icra dairesinin görevi olduğunu belirtmiş, başvuruyu red etmiştir.^[87] Davacının eski kocası, 24 Ocak 2011 tarihinde hastaneye yatırılabilmiş, şiddet eylemlerine kayıtsız kalan polisler hakkında davacının yaptığı suç duyurusunda Ocnița Savcılığı takipsizlik kararı vermiştir.^[88]

Yapılan başvuru üzerine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, devlet dışı aktörlerce gerçekleştirilen kadına yönelik şiddet eylemlerinin önlenmesi, soruşturulması ve cezalandırılması konusunda Taraf devletlerin özen yükümlülüğüne ilişkin uluslararası hukuki çerçeveyi *Opuz ve Eremia* kararlarında belirlediğini,^[89]

[82] *Ibid*, para.7.

[83] *Ibid*, para.11.

[84] *Ibid*, para.14.

[85] *Ibid*, para.16.

[86] *Ibid*, para.17.

[87] *Ibid*, para.19.

[88] *Ibid*, para.20. 21.

[89] *Ibid*, para.25.

dolayısıyla şiddetten korunma noktasında kadınların toplumsal cinsiyete dayalı olarak ayrımcılığa tabi tutulmaması gerektiğini hatırlatmıştır.^[90]

Mahkeme, davacıya uygulanan şiddetin Moldova Makamlarınca ciddiye alınmadığını, davacının tüm müracaatlarında Moldova Makamlarının, davacıdan ya başvurusunu geri çekmesini istediğini ya da davacıyı yeterli delil sunmamakla suçladığını tespit etmiştir.^[91] Mahkeme ardından, başvuru tarihinde 72 yaşında olan ve şizofren kocasının uzun süre şiddetine maruz kalan Lidia Mudric'in aldığı korunma kararlarının uygulanmasında ve kocasının hastaneye yatırılmasında yaşanan gecikmeler nedeniyle, Moldova devletinin Sözleşmenin 3 üncü maddesi ile kendisine yüklenen pozitif koruma yükümlülüğünü ihlal ettiğini belirlemiştir.^[92]

Neticede İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi *Eremia* kararındaki gerekçesini tekrarlayarak, yaşananların basit bir ihmal olarak nitelendirilemeyeceğini, bu durumun kadına karşı şiddeti sürekli bir biçimde destekleyip kadınları toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa tabi tutan sistematik bir yaklaşımın örneği olduğunu, kadına yönelik şiddet olgusuna Moldova Makamlarının gereken hassasiyet ve ciddiyetle yaklaşmadığını, bu nedenle Moldova devletinin özen yükümlülüğünü yerine getirmediğini, bunun da İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 3'üncü ve 14'üncü maddelerine aykırı olduğunu karara bağlamıştır.^[93]

Durmaz v Turkey

Özen yükümlülüğünün ihlaline ilişkin olarak Türkiye aleyhine verilen bir başka karar *Durmaz*^[94] kararı olup Ümran Durmaz tarafından kızı Gülperi O.'nun ölümüyle ilgili soruşturmada gerekli özenin gösterilmediği iddiasıyla yapılan başvuru üzerine verilmiştir. Başvuranın kızı Gülperi O., İzmir'de bulunan Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi'nde hemşire olarak çalışmakta ve aynı hastanenin eczanesinde çalışan O.O. ile evli bulunmaktadır. O.O Gülperi'yi 18 Temmuz 2005 tarihinde saat 17.30'da, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Acil Servisi'ne götürmüş ve hastanedeki doktor ve hemşirelere eşinin aşırı dozda "Prent" ve "Muscoril" adlı ilaçlardan aldığını söylemiştir. Hastane polisi, saat 18.45'te, O.O.'nun ifadesini almıştır. O.O., ifadesinde, günün daha erken

[90] *Ibid*, para.29.

[91] *Ibid*, para.35.

[92] *Ibid*, para.55.

[93] *Ibid*, para.63., 64.

[94] *Case of Durmaz v. Turkey*, (Application no. 3621/07), 13 November 2014, Final, 13/02/2015.

saatlerinde eşi Gülperi O. ile aralarında bir tartışma yaşandığını, eşinin kendisine saldırmaya üzerine ona vurduğunu, ardından evden çıktığını, saat 15.00'da eve döndüğünü, bir süre sonra da eşinin fenalaştığını ve bunun üzerine onu hastaneye getirdiğini beyan etmiştir. Bunun üzerine, doktor ve hemşireler, Gülperi O.'nun midisini yıkamışlardır. Nabızı yavaşladığında resüsitasyona başlanmış, ancak yanıt alınamamıştır. Gülperi O., saat 22.10'da hayatını kaybetmiştir.^[95]

Cesedi inceleyen doktor ve savcı, kesin ölüm sebebini tespit edememişlerdir. O.O.'nun polis tarafından alınan ifadesinde, eşi Gülperi O.'ya vurduğunu söylediği anlaşıldığından, ayrıca O.O.'nun Gülperi O.'ya birçok kez şiddet uyguladığı Gülperinin babası tarafından beyan edildiğinden, ceset üzerinde klasik otopsi yapılması gerektiğine karar verilmiştir. Ertesi gün klasik otopsi işlemi gerçekleştirilmiş ve cesetten alınan örnekler incelenmek üzere laboratuara gönderilmiştir. Ardından, İzmir Cumhuriyet Savcısı, 19 Aralık 2005 tarihinde, otopsi raporunu beklemeksizin Nüfus Müdürlüğüne bir yazı göndererek, 18 Temmuz 2005 tarihinde aşırı dozda ilaç içmek suretiyle intihar sonucu ölen Gülperi O.'nun ölümünün kayda geçirilebileceğini bildirmiştir. Fakat, Adli Tıp Kurumu, İzmir Cumhuriyet Savcısı'na gönderdiği 24 Şubat 2006 tarihli yazısında, Gülperi O.'nun vücudunda herhangi bir yabancı maddeye veya "Prent" ve "Muscoril" isimli ilaçlardan herhangi birine rastlanmadığını, Gülperi O.'nun aşırı dozda ilaç içmek suretiyle intihar ettiği kabul edildiği takdirde, içmiş olduğu ilaçların iç organlardan alınan örneklerin analizlerinde tespit edilemeyen türden olduğu sonucuna varılması gerektiğini bildirmiştir.^[96]

İzmir Cumhuriyet Savcısı, 28 Şubat 2006 tarihinde, soruşturmanın kapatılmasına karar vermiştir. Söz konusu kararda, Cumhuriyet Savcısı, "30 Ocak 2006 tarihli otopsi raporunda Gülperi O.'nun ilaç zehirlenmesine bağlı akciğer komplikasyonu sonucu hayatını kaybettiğinin belirtildiğini" ifade etmiştir. Cumhuriyet Savcısı, Gülperi O.'nun, eşiyle yaptığı tartışma nedeniyle intihar ettiği kanaatine varmıştır. Gülperi'nin annesi 4 Nisan 2006 tarihinde, Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi'ne başvurarak, Cumhuriyet Savcısının kararına itiraz etmiştir. Cumhuriyet Savcısının tespitinin, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen iki raporda yer alan tespitlerle bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Söz konusu itiraz, Karşıyaka Ağır Ceza Mahkemesi'nin 11 Temmuz 2006 tarihli kararıyla reddedilmiştir.^[97]

[95] *Ibid*, para. 5-12.

[96] *Ibid*, para. 13-25.

[97] *Ibid*, para. 26-29.

Bunun üzerine İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde Gülperi'nin annesi Ümran Durmaz tarafından açılan davada, mahkemenin talebine uygun olarak Türk Makamlarınca tekrar yapılan adli tıp incelemesi neticesinde düzenlenen iki raporda, "Gülperi O.'nun söz konusu maddelerden herhangi birini alması sonucu hayatını kaybetmediği, kesin ölüm sebebinin tespit edilemediği" ifade edilmiştir.^[98]

Bu veriler ışığında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, Cumhuriyet Savcısı ve soruşturmada görevli polis memurlarının, Gülperi'nin ölüm sebebine ilişkin araştırmalar sırasında önyargılı davrandıkları kanısında olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, gerek Cumhuriyet Savcısı gerekse polis, ellerinde bu yönde herhangi bir delil olmamasına rağmen, Gülperi O.'nun intihar ettiğini peşinen kabul etmiş, henüz soruşturma dahi tamamlanmadan gönderdikleri yazılarda, Gülperi O.'nun aşırı dozda ilaç almak suretiyle intihar sonucu hayatını kaybettiğini kayıt altına almışlardır.^[99]

Mahkeme, Gülperi'nin ölümü ile ilgili soruşturmada görülen söz konusu eksikliklerin, Türkiye'de aile içi şiddete ilişkin olarak *Opuz* davasında tespit ettiği eksikliklerle aynı nitelikte olduğuna, Türkiye'de yargıdaki genel ve ayrımcı nitelikteki etkisizliğin, aile içi şiddeti teşvik eden bir ortam yarattığına, somut davada kanıtlandığı üzere, Cumhuriyet Savcısına atfedilebilecek söz konusu ciddi eksikliklerin, yargının, aile içi şiddet iddiaları konusundaki etkisizliğinin göstergesi olduğuna hükmetmiştir.^[100] Türk Makamlarının, Gülperi O.'nun ölüm sebebinin belirlenmesini ve sorumluların tespit edilerek cezalandırılmasını sağlayacak nitelikte etkin bir soruşturma yürütmediğine kanaat getiren mahkeme, Sözleşme'nin yaşam hakkının korunmasına ilişkin 2'nci maddesinde belirtilen yükümlülüğün usul yönünden ihlal edildiğine ve yargı makamlarının şiddet eylemlerini soruşturmada gerekli özeni göstermediğine karar vermiştir.^[101]

Jessica Lenahan (Gonzales) et al v United States of America

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin *Opuz* ve CEDAW Komitesi'nin *Sahide Goekce*^[102], *Fatma Yıldırım*^[103] kararları ışığında, Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu'nun 2011 yılında *Jessica Lenahan Gonzales* vakasında

[98] *Ibid*, para. 30-33.

[99] *Ibid*, para. 56.

[100] *Ibid*, para. 65.

[101] *Ibid*, para. 67.

[102] *Sahide Goekce (deceased) v Austria* (5/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005.

[103] *Fatma Yıldırım (deceased) v Austria* (6/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005.

verdiği karar, yine özen yükümlülüğünün önemini yansıtan ibret verici bir karardır. *Jesica Lenahan Gonzales* kocasının şiddet eylemleri nedeniyle kocasından ayrılır ve kocası hakkında uzaklaştırma tedbiri aldırır. Bu karara rağmen eve gelen koca, *Jessica*'nın yaşları 7, 8 ve 10 olarak değişen 3 kız çocuğunu alarak evden uzaklaşır. *Jessica*'nın polise yaptığı başvurulara polis uzun süre kayıtsız kalır. Daha sonra yapılan arama çalışmaları sonucunda eski koca polisle girdiği çatışma sonucu öldürülür ve yapılan incelemede 3 çocuğun babaları tarafından daha önceden öldürülüp kamyonetin arkasına konduğu tespit edilir. Bu vakada Komisyon, bir kez daha özen yükümlülüğünün resmi olarak mevzuatta gerekli önlemlerin alınıp alınmadığı ve gerekli sistemin kurulup kurulmadığı ile değil, şiddet konusunda kurulan sistemin uygulamada mevcut olup olmadığı ve etkili bir biçimde işleyip işlemediği ile ilgili olduğunu ifade etmiştir.^[104] Komisyona göre, *Colorado, Castle Rock* polisinin şiddet konusundaki yaklaşımı bir bütünlük arz etmemekte, bölük pörçük, düzensiz ve plansız bir yapıya (*fragmented, uncoordinated and unprepared*) sahip bulunmaktadır.^[105] Bu nedenle, Komisyon, *Colorado*'da etkili bir koruma sisteminin mevcut olmadığını belirterek, ABD'nin özen yükümlülüğünü ihlal ettiğine hükmetmiştir.

SONUÇ

Buraya kadar yapılan tartışmalardan da anlaşılacağı üzere, devletin özel alanda meydana gelen hane/aile içi şiddet vakalarına kayıtsız kalması halinde, kişilerin sebep olduğu bu eylem, devlet tarafından meşrulaştırılan veya mazur görülen bir eyleme dönüşmekte, dolayısıyla devletin sorumluluğunu gerektiren bir hal almaktadır. Aynı durum, devletin kadına karşı işlenen şiddetle mücadele konusunda gösterdiği siyasi irade ve kararlılığın pratiğe dönüştürülemediği, siyasi iradedeki kararlılığın kamu gücünü kullanan kamu görevlileri tarafından desteklenmediği hallerde de söz konusudur. Her iki durumda da, devlet, “devlet dışı aktörlerin” neden olduğu bu eylemlere karşı müsamahalı davrandığı, bu eylemleri meşrulaştırdığı ve özen yükümlülüğünü yerine getirmediği için sorumludur.

Özen yükümlülüğü standardı her şeyden önce kamusal/özel alan ayırımına karşı çıkması sebebiyle, kadına karşı şiddetin temelinde yatan ve ataerkil kültürden beslenen normlara karşı mücadeleyi kolaylaştıran bir niteliğe sahip

[104] *Jessica Lenahan (Gonzales) et al. v United States of America*, Case No.12.626, Report No. 80/11, July 21, 2011, para. 212. Inter- American Commission on Human Rights (Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu)

[105] *Ibid*, para. 150.

bulunmaktadır.^[106] Ancak bu makalede incelenen^[107], uluslararası mahkemeler tarafından verilen kararlar ile uluslararası sözleşmelere göre oluşturulan CEDAW Komitesi ve Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu gibi kuruluşların yarı-yargısal (*quasi-judicial*) kararlarından da anlaşıldığı üzere, devletler özellikle şiddeti önleme konusunda özen yükümlülüğünden kaynaklanan sorumluluklarını gereği gibi yerine getirmemektedirler. Şiddet eylemlerini soruşturma konusunda ise fiili uygulamalar ile failin temel hak ve özgürlüklerden yararlanma ve adil yargılanma hakkının, mağdurun yaşama, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması hakkına üstün gelmesine, bunun yerine geçmesine izin vermektedirler.

Devletin özen yükümlülüğünden kaynaklanan zararı tazmin etme ve şiddet mağdurları için yeterli kaynağı ayırması konusunda ise ulaşılabilir oldukça az veri bulunduğu bildirilmektedir.^[108]

Özen yükümlülüğü bağlamında, her bir kadının insan haklarından ve temel hak ve hürriyetlerden erkeklerle eşit bir biçimde yararlanması prensibinin hayata geçirilebilmesi için, şiddetle mücadele amacıyla kurulan sistemin bütüncül, sistematik ve sürdürülebilir olması ve ayrıca uygulamada etkili bir biçimde işlemesi zorunludur. Bu amaçla, tüm toplumun, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi konusunda bir dönüşüm sürecine tabi tutulması, şiddete neden olan ve ataerkil kültürden beslenen yaygın düşünce kalıplarına ve geleneklere karşı çıkılması gerekir.

[106] Julie GOLDSCHIED & Debra J, LIEBOWITZ, "Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils", 48 (2), *Cornell International Law Journal*, 2015, ss.301-345, ss.306, 309.

[107] Bu makalede incelenmeyen yargı kararları ve yarı yargısal komisyon kararları için Bkz. GOLDSCHIED & LIEBOWITZ, 2015.

[108] ERTÜRK, 2015, s.106; MANJOO, 2013.

KAYNAKÇA

ACAR, Feride. “Kadınların İnsan Hakları, CEDAW ve Türkiye”, *Türk-İş Dergisi*, 366, Mart-Nisan, ss.47-52.

ACAR, Feride ve ERTÜRK, Yakın. “Kadınların İnsan Hakları: Uluslararası Standartlar, Kazanımlar, Sorunlar”. S. Sancar. (Ed.), *Birkaç Arpa Boyu: 21. Yüzyıla Girerken Türkiye’de Feminist Çalışmalar. Prof. Dr. Nermin Abadan Unata’na Armağan.* (Cilt 1, ss.281-303). İstanbul: Koç Üniversitesi Yayınları, 2011.

BAKIRCI, Kadriye. “İstanbul Sözleşmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 73, Sayı: 4, 2015, s.133-204.

BENNINGER-BUDEL, Carin (Ed.). *Due diligence and its application to protect women from violence*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

BOURKE-MARTIGNONI, Joanna. “The History and Development of the Due Diligence Standard in International Law and its Role in the Protection of Women against Violence”, *In Due diligence and its application to protect women from violence*, Carin Benninger-Budel (Ed.), Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, ss.47-62.

BYRNES, Andrew & BATH, Eleanor. “Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women-Recent Developments”, 8 (3) *Human Rights Law Review*, 2008, ss. 517-533.

COOMARASWAMY, Radhika. UN Commission on Human Rights, Special Rapporteur on Violence against Women, its Causes and Consequences, *Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women: Violence against women in the family*, U.N. Doc. E/CN.4/1999/68, 10 March 1999, para.25. <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G99/113/54/PDF/G9911354.pdf?OpenElement>, [Erişim tarihi, 7 Ocak 2016].

COUNCIL OF EUROPE (7 April 2011), EXPLANATORY REPORT: Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, CM (2011) 49 final. (İstanbul Sözleşmesi Açıklama Notu) <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/210.htm>.

DOĞAN, Recep. “Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (*Stalking*) Kavramı ve Suçu”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl: 72, Sayı: 2, 2014, s.135-154.

ERTÜRK, Yakın. UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences on the Due Diligence Standard as a Tool for the Elimination of Violence against Women*, Yakın Ertürk, 20 January 2006, E/CN.4/2006/61 <http://www.refworld.org/docid/45377afb0.html> [Erişim tarihi 5 Ocak 2016]

ERTÜRK, Yakın. *Sınır tanımayan şiddet. Paradigma, politika ve pratikteki yönleriyle kadına şiddet olgusu*, İstanbul: Metis Yayınları, 2015.

GOLDSCHIED, Julie and LIEBOWITZ, Debra J. “Due Diligence and Gender Violence: Parsing its Power and its Perils”, 48 (2), *Cornell International Law Journal*, 2015, ss.301-345.

HASSELBACHER, Lee. “State Obligations Regarding Domestic Violence: The European Court of Human Rights, Due Diligence, And International Legal Minimums of Protection”, 8 (2), *Northwestern Journal of International Human Rights*, 2010, ss.190-215.

HESSBRUEGGE, Jan. “The Historical Development of the Doctrines of Attribution and Due Diligence in International Law”, 36 (4) *New York University Journal of International Law and Politics*, 2004, ss.265-306.

KADIOĞLU, Ayşe. *Zaman lekesi*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2006.

MANJOO, Rashida. “State Responsibility to act with Due Diligence in the Elimination of Violence against Women”, 2, *International Human Rights Law Review*, 2013, ss. 240–265.

MILLETT, Kate. *Cinsel politika*, (Seçkin Selvi, Çev. Üçüncü baskı), İstanbul: Payel Yayınevi, 2011.

QURESHI, Shazia. “The Emergence/Extention of Due Diligence Standard to Assess the State Response towards Violence against Women/Domestic Violence, 28 (1), *South Asian Studies* 2013, ss. 55-66.

STEDMAN, Brooke. “The Leap from Theory to Practice: Snapshot of Women’s Rights Through a Legal Lens”, 29 (77), *Merkourios, Utrecht Journal of International and European Law*, 2013, ss. 4-28.

KOMİSYON VE MAHKEME KARARLARI

Mahkeme Kararları

Bevacqua & S. v. Bulgaria App. No. 71127/01, Eur. Ct. H.R. (June 12, 2008).

Durmaz v. Turkey (Application no. 3621/07), 13 November 2014, Final, 13/02/2015.

Eremia v. The Republic of Moldova (Application no. 3564/11), 28 May 2013, Final, 28 August 2013.

M. and Others v. Italy and Bulgaria (Application no. 40020/03), 31 July 2012, Final, 17/12/2012.

Mudric v. The Republic of Moldova (Application no. 74839/10), 16 July 2013, Final, 16/10/2013.

Opuz v. Turkey App. No. 33401/02, Eur. Ct. H.R. (June 9, 2009).

Osman v. United Kingdom, October 28, 1998-VIII Eur. Ct. H.R. 3124.

Rumor v. Italy (Application No. 72964/10), 27 May 2014, Final, 27/08/2014.

T.M. and C.M. v. The Republic of Moldova, (Application no. 26608/11), 28 January 2014, Final, 28/04/2014.

Valiulienė v. Lithuania, (Application no. 33234/07), 26 March 2013.

Velásquez Rodríguez v Honduras Judgment of July 29, 1988, Inter-Am. Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988). Inter- American Court of Human Rights, (Amerikan Devletleri İnsan Hakları Mahkemesi)

Komisyon Kararları

A. T v Hungary (2/2003), 26 January 2005, Communication No. 2/2003, UN Doc. CEDAW/C/32/D/2/2003 (2005).

Fatma Yildirim (deceased) v Austria (6/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/6/2005, CEDAW Committee, Views on Communication 6/2005.

Jessica Lenahan (Gonzales) et al. v United States of America, Case No.12.626, Report No. 80/11, July 21, 2011. Inter- American Commission on Human Rights (Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu)

Maria da Penha Maia Fernandes v Brazil Case No. 12.051, Report No. 54/01, 16 April 2001. Inter- American Commission on Human Rights, (Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu).

Sabide Goekce (deceased) v Austria (5/2005), 6 August 2007, CEDAW/C/39/D/5/2005, CEDAW Committee, Views on Communication 5/2005.

