

**KIRILGAN MAĞDURUN BEYANININ CMK’NIN
236. MADDESİ UYARINCA ALINMASI VE
UYGULANAN ÖZEL USULLER KARŞISINDA
SAVUNMA HAKKININ DENGELENMESİ***
**ACQUISITION OF THE STATEMENT OF VULNERABLE WITNESS
ACCORDING TO THE ARTICLE 236 OF CRIMINAL PROCEDURE
CODE AND BALANCING THE RIGHT TO DEFENSE AGAINST
SPECIAL PROCEDURES APPLIED**

Fahri Gökçen TANER**

Özet: Bazı suçlarda, duruşmada beyanda bulunmak çeşitli mağdur ve tanık kategorileri için oldukça güçtür. Zira bu kişiler bireysel nedenlerle kırılığandır ve menfaatlerinin, sanığın adil yargılanma hakkına ilişkin menfaatleri karşısında dengelenmesi gerekmektedir. Bu çalışmada kırılığın mağdur ve duruşmada beyanda bulunması konusuna odaklanılmaktadır. Çalışmada öncelikle, kırılığın tanık ve kırılığın mağdur kavramları üzerinde durularak, AİHS’nin 6/3-(d) maddesi bağlamında tanık kavramının, neden mağdur kavramını da bünyesine aldığı açıklanmıştır. Sonrasında AİHM’nin kırılığın tanık ve mağdur bağlamında adil yargılanma hakkı konusunda geliştirdiği içtihat aktarılmaktadır. Son olarak, başta adli görüşme odaları olmak üzere, CMK’nın 236. maddesine 7188 sayılı Kanun’la 17.10.2019 tarihinde eklenen fıkralarda yer alan dengeleyici tedbirler ele alınmış ve uygulamada doğabilecek sorunlara değinilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kırılığın Mağdur, Kırılığın Tanık, Adil Yargılanma Hakkı, Savunma Hakkı, Adli Görüşme Odası

Abstract: For some crimes, making a statement at the hearing is very difficult for various categories of victims and witnesses. Because these people are vulnerable for individual reasons, and their personal interests must be balanced against the interests of the accused regarding the right to a fair trial. This study focuses on the vulnerable victim and the submission of such victim at the hearing. The study primarily dwell upon the concepts of vulnerable witness and vulnerable victim, and explains why the concept of the witness involves the concept of victim in the context of article 6/3-(d) of the

* Bu yazı, araştırma ve yayın etiğine uygundur.

** Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, taner@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-9182-2549, Makalenin Gönderim Tarihi: 22.01.2021, Kabul Tarihi: 24.01.2021

ECHR. Then, the case-law developed by the ECtHR on the right to a fair trial in the context of the vulnerable witness and victim is examined. Finally, the counterbalancing measures added to the Article 236 of CPP with the Law No. 7188 on 17.10.2019 and especially the judicial interview rooms are emphasized and problems that may arise in practice are addressed.

Keywords: Vulnerable Victim, Vulnerable Witness, Right to a Fair Trial, Right of Defence, Forensic Interview Room

Giriş

Duruşmada beyanda bulunmak, özel durumları nedeniyle bazı mağdur kategorileri bakımından önemli psikolojik güçlükler doğurabilmektedir. Bunların başında *cinsel saldırı* ve özellikle *çocukların cinsel istismarı* suçlarının mağdurları gelmektedir.

Aslında benzer durum, tüm suçlar bakımından çocukların tanık olarak dinlenmesinde geçerlidir.¹ Çocuğun yaşının küçüklüğü ve kırılğanlığı dikkate alındığında, bu deneyim çocuk dostu ve daha az korkutucu olduğu takdirde, kuşkusuz ki adalet sistemi daha iyi işleyecektir. Böylelikle çocuğun beyanı daha güvenilir olacak ve bu, sonuçta maddi gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlayacaktır.²

CMK'nın 236. maddesine 7188 sayılı Kanun'la 17.10.2019 tarihinde eklenen fıkralarla, kırılğan³ veya sanıkla yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen mağdurun beyanının özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınması uygulaması başlatılmıştır. Buna ek olarak, cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının nitelikli şekillerinden mağdur olanlar bakımından, alınan beyana savunmanın erişmesine birtakım kısıtlamalar getirilmiştir.

2012/29 numaralı “*Suç Mağdurlarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Asgari Standartların Oluşturulmasına*” ilişkin A.B. Direktifi'nde ve 10.06.2020 tarihinde yayımlanan 63 sayılı Suç Mağdurlarının Destek-

¹ Bkz. Faruk Turhan, “Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyum Kitabı içinde, Ankara 2009, s. 384.

² Ashley Fansher-Rolando V. del Carmen, “Child as Witness, Evaluating State Statutes on the Court's Most Vulnerable Population”, *The Children's Legal Rights Journal*, C. 36, S. 1, Y. 2016, s. 26.

³ “vulnerable” (İng.), “vulnérable” (Fr.).

lenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde de kırılğan mağdurlara ilişkin birtakım düzenlemeler yer almaktadır.

Bu çalışmada söz konusu düzenlemeler, adil yargılanma hakkı bağlamında ele alınacaktır. 2000'li yıllardan itibaren AİHM içtihadı, özellikle çocuklara yönelik cinsel suçlar bağlamında yapılan artan sayıda başvuruya bağlı olarak, bu konuda önemli bir gelişme kaydetmiştir.⁴ Bu bağlamda CMK'nın değerlendirilmesine geçmeden önce; AİHM'nin tanık kavramına verdiği anlam, bunun iç hukukta mağdur ve katılan sıfatlarıyla ilişkisi, kırılğan tanık kavramı ve AİHM'nin kırılğan tanık ve dolayısıyla kırılğan mağdurun beyanının muhakemede delil olarak kullanılması hususunda belirlediği ilkeler üzerinde durmakta fayda vardır.

I. Kırılğan Tanık Kavramı, Kırılğan Mağdurla İlişkisi ve Konunun Sınırlanması

Tanığın ve mağdurun dinlenmek için duruşmaya getirilmesi konusundaki en önemli sorunlar, mağdurun korunmaya muhtaç olması halinde ortaya çıkmaktadır. AİHM içtihadında, tanığın korunmaya yönelik ihtiyacının iki ayrı nedenle söz konusu olabileceği kabul edilmiştir. Bunlardan ilki, beyanda bulunması dolayısıyla vücut bütünlüğü veya yaşamı tehlikeye girmesi mümkün olan kişilerdir. Diğer kategori ise inceleme konumuz olan kırılğan tanıklardır (dolayısıyla kırılğan mağdurlar) ve burada korunması gereken menfaat, özel durumları nedeniyle söz konusu kişilerin sağlığıdır (esas olarak akıl sağlığı).⁵

Kırılğan tanık ve kırılğan mağdurun, beyanda bulunduğu takdirde özel olarak korunması gerektiği, modern ceza muhakemesinde genel olarak kabul görmektedir. 2012/29 numaralı "*Suç Mağdurlarının Korunması ve Desteklenmesine İlişkin Asgari Standartların Oluşturulmasına*" ilişkin A.B. Direktifi⁶, bu konuda önemli bir adımdır.

Esas olarak kırılğan tanık kavramının ortaya çıkmasının nedeni, bu tanık kategorisinin, kendisine karşı tarafça yönetilecek olan doğrudan

⁴ Stefano Maffei, *The Right to Confrontation in Europe Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*, 2nd edition, Groningen 2012, s. 103.

⁵ Bkz. Murtazaliyeva/Rusya (B.D.), 18.12.2018, hâkim Bošnjak'ın karşı oyu § 57.

⁶ Avrupa Birliği'nin 2012/29 nolu Direktifi, §38. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32012L0029&from=en> (SGT: 27.03.2020)

soruları (Anglo-Amerikan sisteminde⁷ çapraz sorgu) cevaplamasının; kişisel, psikolojik ve/veya duygusal gerekçelerle güç olmasıdır. Dolayısıyla konu kırılğanlık olduğunda, mağdur kavramıyla tanık kavramı arasında kuvvetli bir ilişki söz konusudur. Buna ek olarak özellikle çocukların, sorularla yönlendirilmesi yetişkinlere kıyasla daha kolaydır.⁸ Anglo-Amerikan örneğinde duruşmada beyanda bulunan çocuklarla yapılan mülakatlar; pek çok çocuğun, çapraz sorguyu kendileri için adaletsiz ve aşağılayıcı olarak nitelendirdiğini göstermiştir.⁹ Bunun temel nedeni, savunmanın tanığın güvenilirliğini sarsmaya yönelik sert ve bazen saldırgan tutumudur.¹⁰

Türkiye'de hâkimler, avukatlar, cinsel istismar mağduru olup adli görüşme odasını kullanan çocuklarla yapılan mülakatlarda adli görüşme odalarının faydasına işaret etmektedirler. Bu bağlamda görüşülen tüm sühlerin büyük çoğunlukla fikir birliğine vardıkları konu; çocukların, duruşmaya çıkmaya kıyasla kendilerini adli görüşme odasında çok daha rahat hissettikleri ve daha rahat ifade ettikleridir.¹¹

Bu çalışmada yalnızca CMK'nın 236. maddesi uyarınca kırılğan mağdurun mahkemede beyanda bulunması ele alındığından, konu işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan mağdur ile cinsel saldırı ve cinsel istismar suçunun nitelikli şekillerinin mağdurlarıyla sınırlanmıştır. AİHM içtihatlarında ortaya çıkan diğer kategori olan, yaşamı veya vücut bütünlüğünün tehlike altında olması nedeniyle duruşmaya çıkmak istemeyen mağdurun (veya tanığın) durumu,¹² bu çalışmanın kapsamı dışında kalmaktadır.

⁷ Amerika Birleşik Devletleri Federal delil kurallarında da çocuğun korkması, tanıklık yapmasının psikolojisine zarar verme ihtimali bulunması, çocuğun zihinsel veya diğer bir rahatsızlığının olması ve sanık avukatının çocuğun beyanda bulunmaya devam etmesini güçleştiren davranışlarda bulunması hallerinde, çocuğun video konferans veya kapalı devre televizyon sistemiyle beyanda bulunmasına imkân tanıyan özel kurallar yer almaktadır. Bkz. Fansher-Del Carmen, s. 27.

⁸ Bkz. Maffei, s. 60 ve 63.

⁹ Louise Ellison, "The Mosaic Art: Cross-Examination and the Vulnerable Witness", Legal Studies, C. 21, N. 3, Eylül 2001, s. 360.

¹⁰ Ellison, s. 360.

¹¹ Ayşe Dolunay Sarıca- Umut Haydar Coşkun, Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2020, S. 8 (1), s. 12, 14, 16 ve 18.

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Turhan, *Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak*, Ankara 2009, s. 81. vd.

Aşağıda açıklanacağı üzere, AIHM'nin mağdurun beyanının alınmasıyla ilgili içtihadı, mağdur kavramının özerk olarak "tanık" kavramı çerçevesinde yorumlanmasından dolayı, AIHS'nin 6/3(d) bendi kapsamında gelişmiştir. Bu gelişimin ilk evresinde, sanığın savunma hakkının korunması ön plandaydı. Zamanla ise tanığın ve mağdurun menfaatlerinin dengelenmesine yönelik bir bakış açısı ortaya çıkmıştır. Bu nedenle konuyu; kırılğan grup, AIHS'nin 6/3(d) bendinde geçen tanık kavramı ve mağdur kavramı arasındaki ilişki ortaya koyulmadan açıklamak mümkün değildir.

II. Türk Hukukunda Kırılğan Grup ve Mağdur Kavramları

Kırılğan grup, kanunlaşması uzun süre beklenen Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın tanımlar başlıklı ikinci maddesinde şu şekilde tanımlanmaktaydı:

*"Cinsel suç, aile içi şiddet, terör, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu mağdurları ile çocuk, kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar."*¹³

Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın kanunlaşması beklenirken, konunun kanun yerine Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle düzenlenmesi yoluna gidilmiş ve 10.06.2020 tarihinde 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yayımlanmıştır. Kararnamede kırılğan grup:

"Adli destek görevlileri tarafından yapılan bireysel değerlendirme sonucunda suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği tespit edilen mağdurlar ile adli sisteme dâhil olan çocuklar" şeklinde tanımlanmıştır.

Aynı Kararname'nin 2/1-d bendinde mağdur *"suç nedeniyle fiziksel, ruhsal veya ekonomik olarak doğrudan zarar gören gerçek kişi"* olarak tanımlanmaktadır. Kararname'de yer alan düzenlemelere bakıldığında, kırılğan mağdurlara sunulacak hizmetlerin 6 ila 9. maddeler arasında düzenlendiği görülmektedir. 6. maddede, kasten öldürme ve bu suça teşebbüs, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama, çocuğun cinsel istismarı, nitelikli cinsel saldırı ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence suçlarından mağdur olanların korunması ve suç sonrası değişen yaşamlarında onlara destek olmayı amaçlayan birtakım tedbirler yer al-

¹³ http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/1magdur_haklarikanuntasarisi.pdf (SGT: 15.04.2020)

maktadır. İnceleme konumuz, kırılğan mağdurun ceza muhakemesinde dinlenmesi ve bu sırada mağduru desteklemek amacıyla alınacak tedbirler olduğundan, bu kategori inceleme konumuzun dışındadır. Bu çalışmada esas inceleme konumuzu, kırılğan mağdurun tespitini ve dinlenmesini düzenleyen kırılğan gruplara sunulacak hizmetler başlıklı 7. madde¹⁴ oluşturmaktadır.

Hükmün ilk üç fıkrasında, mağdurlar bakımından bireysel değerlendirme yapılacağı hükme bağlanmıştır. Bu yaklaşım, Tasarı'da kabul edilenden daha doğru ve 2012/29 numaralı Direktif'te benimsenen

¹⁴ 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7. maddesi şu şekildedir:

- (1) Adli sisteme dahil olan çocuklar ile cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlardan veya aile içi şiddet, terör ve insan ticareti suçlarından mağdur olanların başvurmaları halinde müdürlük bünyesinde çalışan adli destek görevlileri tarafından bu maddedeki hizmetlerin sunulması amacıyla bireysel değerlendirme yapılır.
- (2) Kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar başta olmak üzere, mağdurun kişisel özellikleri, suçun niteliği ve ağırlığı, suçun işlendiği şartlar dikkate alınarak suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği yapılacak ön değerlendirme ile anlaşılan mağdurlara yönelik olarak da birinci fıkra uyarınca değerlendirme yapılabilir.
- (3) Bireysel değerlendirme sonucunda kırılğan gruba girdiği tespit edilen mağdurlara adli destek görevlisi aracılığıyla sunulacak hizmetler şunlardır:
 - a) Mağdurun, Cumhuriyet savcısının veya hâkimin isteği üzerine, mağdurun dinlenilmesinden önce kaygı düzeyini düşürmek amacıyla içinde bulunduğu ortamı, ilgili kişileri ve süreci açıklamak.
 - b) Mağdurun kendini rahat ifade edebilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasını Cumhuriyet savcısı veya hâkime bildirmek ve mağdur dinlenirken yanında bulunmak.
 - c) Cumhuriyet savcısı veya hâkimin isteği üzerine sosyal inceleme raporu hazırlamak.
 - ç) İfade ve beyan işlemlerinin adli görüşme odasında gerçekleştirilmesini Cumhuriyet savcısı veya hâkime önermek.
 - d) Tedavi veya rehabilitasyona ihtiyaç duyan mağdurları yönlendirmek.
 - e) Adli süreç boyunca etkin desteğe ihtiyaç duyduğu değerlendirilen mağdurlara yönelik hizmetlerde vaka yönetimi uygulamak.
- (4) Soruşturma veya kovuşturma sürecinin tamamlanmasından sonra destek ihtiyacı devam eden mağdurlar, ilgili kurumlara yönlendirilir.
- (5) Müdürlüğe başvuruda bulunan mağdurlardan korunma ihtiyacı olan çocuk, kadın, yaşlı ve engelliler, Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığının il müdürlüğüne veya sosyal hizmet merkezlerine bildirilir.
- (6) Haklarında koruyucu ve destekleyici tedbir kararı verilemeyen mağdurlara yönelik olarak kolluk veya Cumhuriyet başsavcılığının bildirimi üzerine ya da resen mülki idare amiri tarafından gerekli tedbirler alınır.
- (7) Gerek görülmesi halinde bu maddedeki hizmetler, suçtan zarar görenlere de sağlanabilir.

yaklaşımına uygundur. 2012/29 numaralı Direktif'in özel korunma ihtiyaçlarını belirlemek amacıyla mağdurların bireysel değerlendirilmesi başlıklı 22. maddesinde, yapılacak bireysel değerlendirmede mağdurun kişilik özelliklerinin, işlenen suçun türünün ve yapısı ile suça özgü şartların dikkate alınacağı belirtilmektedir. Direktifin dibace kısmında, 56. paragrafta, ilk iki ölçüt hakkında bazı örnekler verilmiştir. Buna göre kişilik özellikleri bağlamında; yaş, cinsiyet, cinsiyet kimliği ve ifadesi, etnik köken, ırk, din, cinsel yönelim, sağlık, engelli olma durumu, ikamet durumu, iletişim güçlülükleri, mağdurun faille ilişkisi veya ona bağımlılığı ve daha önce karıştığı suçların dikkate alınabileceği vurgulanmıştır. Suç türünün ve yapısı bağlamında ise suçun nefret suçu, önyargı suçu¹⁵ veya ayrımcı bir saikle işlenen bir suç veya cinsel şiddet, yakın ilişkide uygulanan şiddet temelli olup olmadığı; failin mağdur üzerinde nüfuzu olup olmadığı, mağdurun oturduğu yerin sıklıkla suç işlenen veya çetelerin hâkim olduğu bir yer olup olmadığı veya mağdurun menşe ülkesinin suçun işlendiği üye ülkeden farklı olup olmadığı dikkate alınmaktadır.¹⁶

Kanunlaşmayan Tasarı'daki tanım, doğuracağı sonuçlar üzerinde yeterince düşünülmeden, yurt dışındaki güncel gelişmeler göz ardı edilerek yapılmıştı. Yukarıda, AIHM tarafından korunması gereken tanık ve mağdurlara ilişkin belirlemelere değinilmişti. Mağduru veya tanığı kırılğan hale getiren iki olasılık vardır:

- Duruşmada açıkça beyanda bulunmasının ve kendisine doğrudan soru sorulmasının; mağdurun vücut bütünlüğü veya yaşamını tehlikeye sokma ihtimali (mağdur veya tanığın tehdit edilmesi).
- Mağdurun bireysel özellikleri veya kendisine karşı işlendiği ile ilgili sürülen suçtan kaynaklanan hassas durumu. Görüldüğü üzere Direktif'te yer alan ölçütler, doğrudan bu olasılıkla ilgilidir.

Yabancı hukuk sistemlerinde kırılğan grup içinde; çocuklar ve cinsel suç mağdurlarının yanı sıra, zihinsel engelliler¹⁷ ve tehdit edildiği

¹⁵ Bias crime (İng.)

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32012L0029>. Direktif'in Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan Türkçe gayri resmi çevirisi için bkz. <https://abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/belgeler/ABMagdurHaklari.pdf>, s. 145 vd. (SGT: 05.01.2021).

¹⁷ Omkar Sidhu, The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Cambridge 2017, 152;

ve korktuğu için mahkemede açık olarak tanıklık yapmak istemeyen kişiler yer almaktadır.¹⁸ Örneğin, Avustralya'da 2008 tarihli Statutes Amendment Evidence & Procedure Act uyarınca kırılğan tanık olarak kabul edilen kişiler şunlardır:

*"16 yaşından küçükler, zihinsel rahatsızlıkları olanlar, ağır suçların mağduru olanlar, kırılğan olarak muamele görmediği takdirde mahkeme tarafından ciddi biçimde dezavantajlı durumda kalacak olanlar, muhakeme süreciyle bağlantılı olarak şiddet görebileceği yönünde haklı sebepler bulunanlar ve bu süreçle bağlantılı olarak şiddete maruz kalmakla tehdit edilenler."*¹⁹

Kırılğan tanık ve mağdur içinde çocuk, ayrı bir kategoridir. Ancak Tasarı'da yer alan düzenlemenin aksine, kadınlar bir bütün olarak kırılğan grup içinde kabul edilemez. Kadınları, sırf cinsiyetleri nedeniyle kırılğan grubun içinde saymak, eşitlikçi veya pozitif ayrımcı değil, aksine eşitliğe aykırı ve ayrımcıdır. Bu tanım, cinsiyet önyargısıyla şekillenmiş, ancak kadını uzun vadede korumak ve güçlendirmekten çok, kadını sürekli korunmaya muhtaç olarak gören bir düşüncesinin sonucudur.²⁰ Zira suç mağduru kadın veya erkeği kırılğan yapan şey; ya mağduru olduğu iddia edilen suç dolayısıyla mahremiyetine saygı göstermek gereği (cinsel suçlar örneği) ya da yaşam hakkının veya beden bütünlüğünün tehlikede olmasıdır. Dolandırıcılık, hırsızlık veya hakaret suçunun mağduru olan kişinin cinsiyetinin, kırılğan olması bakımından tek başına bir önemi yoktur. Buna karşın, örneğin aile içi şiddetle ilgili suçlarda, kadınların kırılğan mağdur olarak ortaya çıkma olasılığı yüksektir. Ancak bu, kadınların bir bütün olarak kırılğan grup içinde sayılmalarını haklı göstermez. Bu nedenle mağdurun veya tanığın, sanıkla yüz yüze gelmemek için haklı gerekçelerinin olup olmadığı, her bir olay ve kişi özelinde değerlendirilmelidir.

Maffei, s. 65.

¹⁸ Malgorzata Wasek Wiaderek, The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries, Leuven 2000, s. 33.

¹⁹ <https://www.dpp.sa.gov.au/was/witnesses/vulnerable-witness-provisions-vwps/#whois> (SGT: 01.12.2020)

²⁰ Bu tanımdan bağımsız olarak, korumacı yaklaşımların toplumsal cinsiyet yaklaşımlarını nasıl güçlendirdiği hakkında bkz. Züleyha Keskin, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar- Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkmaz mı?", Kadın Yazıları içinde, Yayına Hazırlayan: Türkan Yalçın, Ankara 2020, s. 455-462.

Tasarı'da yer alan bu önemli hata, Kararname'de giderilmiş ve kırılğan grup tanımı içinden kadınlar çıkartılmıştır. Sonuç olarak Kararname'de benimsenen kırılğanlık statüsünün adli destek görevlilerince belirlenmesine yönelik uygulama, yerinde ve A.B. Direktifiyle uyumludur.

Bu noktada hem Tasarı'da hem de Kararname'de benimsenen ve ceza muhakemesi açısından yerinde olmayan bir düzenleme biçiminden bahsetmek gerekir. Her iki düzenlemenin de mağduru koruyucu ve destekleyici tedbirlerle, mağdurun ceza muhakemesinde dinlenmesi konusundaki tedbirleri, aynı yerde ve birbirine paralel olarak düzenleme amacı taşıdığı görülmektedir. Oysa konunun yalnızca mağdur bakımından düzenlenmesi ceza muhakemesi bakımından işlevsel değildir. Zira kırılğan kişi, mağdur olabileceği gibi, tanık da olabilir. Dolayısıyla kırılğan tanıkların dinlenmesiyle ilgili düzenlemenin, Kararname'de değil, CMK'da, hem mağdur hem de tanıkları kapsayacak şekilde yapılması uygun olurdu. Aşağıda ele alınacak olan CMK'nın 236. maddesinde yapılan düzenlemeye bakıldığında, Tasarı'nın 9/1. maddesinin, söz konusu düzenlemeye esin kaynağı olduğu görülmektedir. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi ise, CMK'da değişiklik yapıldıktan yaklaşık 8 ay sonra yayımlanmıştır. Bu düzenleme mağdura ilişkin sorunu çözmektedir. Ancak, bu çalışmanın kapsamında olmamakla beraber, konunun tanıklığa ilişkin boyutunun da CMK'da mutlaka ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir.

III. İç Hukukta Tanık Kavramı, AİHM'nin Tanık ve Bu Bağlamda Mağdur Kavramına Yaklaşımı ve AİHS'nin Mağdura Soru Sorma Hakkı Bağlamında Suç İsnadı Altında Olan Kişilere Sağladığı Güvenceler

CMK'nın 236/1. maddesinde, *"mağdurun tanık olarak dinlenmesi halinde, yemin hariç, tanıklığa ilişkin hükümler uygulanır"* hükmü yer almaktadır. Öğretide, katılan sıfatını alan mağdurun da tanık sayılacağını kabul eden yazarlar²¹ olduğu gibi; burada atfın yalnızca dinleme usu-

²¹ Veli Özer Özbek - Koray Doğan - Pınar Bacaksız - İlker Tepe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 10. Bası, Ankara 2017, s. 619; Bahri Öztürk - Durmuş Tezcan - Mustafa Ruhan Erdem - Özge Sırma Gezer - Yasemin F. Saygılar Kırıt - Özdem Özydın - Esra Alan Akcan - Efser Erden Tütüncü: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Bası, Ankara 2020, s. 332; Faruk Turhan, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin Eleştirel Bir

lüne yapıldığını, dosya inceleme yetkisine sahip bir süje olan katılanın tanık sıfatı taşıyamayacağını savunan yazarlar²² da vardır. Biz de muhakemeye zaten süje olarak kabul edilmiş olan ve kendisine başta dosya inceleme olmak üzere çeşitli haklar tanınan katılanın, bünyesinde tanık sıfatı taşımasının uygun olmadığı²³ düşüncesindeyiz. Zira katılan şahsı itibariyle taraftır ve aynı kişinin, iki ayrı ceza muhakemesi süjesi olarak hareket etmesi mümkün değildir. Ancak belirtmek gerekir ki bu tartışma tamamen iç hukuka ilişkin olup, AİHM'nin gözünde "özerk bir kavram" olarak ele alınan tanık²⁴ terimi bakımından herhangi bir etki doğurmamaktadır.

AİHM'nin yaklaşımı uyarınca tanık, sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren kişidir.²⁵ AİHM'nin bu kavrama yüklediği özerk

Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Y. 2020, S. 4, s. 374. Turhan, başta CMK'nın 236. maddesi olmak üzere suç mağduru tanıkların dinlenmesine ve korunmasına ilişkin özel hükümlerin diğer tanıklara uygulanması söz konusu olmadığı için, suç mağduru tanıkların özel bir statüye sahip olduğunun altını çizmektedir.

²² Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık*, Ankara 1996, s. 43; Nevzat Toroslu- Metin Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, Ankara 2019, s. 226; Cumhur Şahin- Neslihan Göktürk, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, C. II, 9. Bası, Ankara 2019, s. 37; Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller*, Ankara 2014, s. 77; Burcu Dönmez, "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 127, s. 123 ve 124; Nur Centel- Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 19. Bası, İstanbul 2020, s. 288.

²³ Toroslu-Feyzioğlu, s. 226.

²⁴ Cristoph Grabenwarter, *European Convention on Human Rights Commentary*, München 2014, s. 161; Frédéric Sudre - Jean-Pierre Marguenaud - Joel Andriantsimbazovina - Adeline Gouttenoire, - Michel Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5. édition, Paris 2009, 398; Jean-Christophe Saint-Pau, "Les obstacles au contradictoire: l'exemple de l'anonymat des témoins", *Le contradictoire dans le procès pénal* içinde, Paris 2012, s. 124; Tom Barkhuysen - Michiel Van Emmerik - Oswald Jansen - Masha Fedorova, "Right to Fair Trial", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* içinde, Editors: Pietr Van Dijk - Fried Van Hoof - Arjen Van Rijn - Leo Zwaak, 5. edition, Cambridge 2018, s. 639. Bkz. Damir Sibgatullin/Rusya, 24.09.2012, §45; Asch/Avusturya, 26.04.1991, §25; Vera Fernández-Huidobro/İspanya, 06.04.2010; §144; Kostovski/ Hollanda, 20.11.1989. § 40.

²⁵ Giulio Ubertis, *Principi di procedura penale europea*, 2. edizione, Milano 2009, s. 72; Frédéric Sudre - Jean Pierre Marguenaud - Joel Andriantsimbazovina - Adeline Gouttenoire - Michel Levinet: *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, 5. édition, Paris 2009, s. 398; Hakan Karakehya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma*, Ankara 2008, s. 121; Osman Doğru, *Sanık Öğüten Çarklar - İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi*, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 74.

anlam nedeniyle mağdur gibi, suç ortakları ve bilirkişi de AİHS'nin 6/3-(d) bendinde yer alan “*tanık sorgulama*” hakkının kapsamına girmektedir.²⁶ AİHM'nin yaptığı şey, soru sorma ve tanık çağırma hakkı bağlamında Sözleşme'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan tanık ifadesini; özerk kavramlar öğretisi aracılığıyla yorumlayarak, son derece yerinde bir biçimde suç ortakları ve mağdurları da kapsayacak şekilde uygulamaktadır. Anayasa Mahkemesi de tanık kavramını aynı kapsamda yorumlamaktadır.²⁷

Tanık sorgulama hakkı, tarihsel olarak Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, yüzleşme hakkı²⁸ şeklinde ortaya çıkmıştır. Elbette geçmişte Kıta Avrupası ülkelerinin ceza muhakemesi kanunlarında bu hakkın yansıması niteliğinde düzenlemeler vardı. Ancak söz konusu hakkın tüm Kıta Avrupası bakımından açık bir dayanağa kavuşması, AİHS'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan “*tanık sorgulama hakkı*”yla olmuştur.²⁹ Sonuç olarak burada koruma altına alınan esas menfaat; savunmanın, delil kaynağı olan tanık, mağdur suç ortağı gibi süjelere veya delil değerlendirme görevi yapan bilirkişi ve uzmana soru sorma ve bu kişileri iddia makamıyla aynı şartlar altında davet etme ve dinletebilme hakkıdır.

Bu noktada Kıta Avrupası hukuk sistemleri ile Ortak Hukuk sistemi arasında, mağdur ve tanık bakımından doğan bir farka da dikkat çekmek gerekir. Kıta Avrupası ülkelerinde, ülkeden ülkeye değişmekle birlikte mağdurların muhakeme hukukundaki hakları, Ortak Hukuk ülkelerine kıyasla çok daha güçlüdür. Ortak hukuk ülkelerinde ise çoğunlukla mağdur tanık statüsündedir. Buna karşın Kıta Avrupası'nda çoğunlukla, mağdura, katılma hakkı tanınmaktadır.³⁰

²⁶ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 639.

²⁷ “Anayasa Mahkemesi birçok kararında tanık kavramını özerk olarak yorumlamış ve tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda suçun iştirak edeni, olayın mağduru, şikâyetçi (müşteki), devletin görevlendirdiği gizli/gizli olmayan soruşturmacı da tanık olabilir (Selçuk Demir, B. No: 2014/9783, 22/1/2015, §35)”. Gülcan Kılıçoğlu Yüzbaşı başvurusu, 14.11.2018, §38.

²⁸ Right to confrontation (İng.)

²⁹ Maffei, s. 17.

³⁰ Hildur Fjóra Antonsdóttir, A Witness in My Own Case': Victim-Survivors' Views on the Criminal Justice Process in Iceland, Feminist Legal Studies, S. 26, Y. 2018, 308 ve 309.

Öte yandan Avrupa bazında dahi, bu genellemeye uymayan örneklerle rastlamak mümkündür. Örneğin Kuzey Avrupa hukuk geleceğinde; Kuzey Batı hukuk sistemlerinde (Danimarka, İzlanda Norveç) mağdur yalnızca tanık sıfatı alırken, Kuzey Doğu hukuk sistemlerinde (İsveç ve Finlandiya) mağdur davaya katılma hakkına da sahiptir.³¹ Görüldüğü üzere konu, basit bir Kıta Avrupası-Ortak Hukuk sistemi karşılaştırması yapılarak geçilecek düzeyde basit değildir. Bu çalışmada da görüldüğü üzere; Ortak Hukuk sisteminde, kırılğan tanık başlığı altında, aslında doğrudan mağdurla ilgili pek çok gelişme yaşanmaktadır. AİHM ise, tüm bu tartışmaların en tepe noktasında, her bir ülkenin uygulamalarının adil yargılanma hakkının gereklerine uygunluğu konusunda karar vermektedir. Dolayısıyla Ortak Hukuk ülkelerinde, mağdurun muhakemedeki hakları bağlamında yapılan tartışmalar, Kıta Avrupası ülkelerinde de yankılanmaktadır.³² Bu nedenle bu çalışmada kırılğan tanıktan bahsedilen yerlerde, bu ayrım gözden kaçırılmamalı ve çalışmanın mağdura odaklandığı unutulmamalıdır.

Mağdurun ve katılanın beyanıyla, sanığın ya da tanığın beyanı arasında delil teşkil etme değeri bakımından herhangi bir derece farkı yoktur.³³ Dolayısıyla tüm deliller nasıl değerlendiriliyor ve akıl süzgecinden geçiriliyorsa, bu beyanlar da aynı işleme tabi tutulacaktır. Bu noktada elbette şüpheli ve sanıkla, mağdur arasında var olan menfaat çatışması gözetilmelidir.³⁴

Burada, delillerin ortaya konulmasındaki temel ilkelerle adil yargılanma hakkının zımni unsurları olan çelişme ve silahların eşitliği ilkelerinin bir araya gelmesi söz konusudur. Adil yargılanma hakkı bakımından esas olan; sanığa, delil sunma ve aleyhine ileri sürülen delillere etkili bir şekilde karşı çıkma imkânının tanınmasıdır.³⁵ Mağdurun beyanı da dahil olmak üzere tüm delillerin ortaya konulması; sanığın hazır bulunduğu bir duruşmada, aleni ve çelişmeli bir şekilde gerçekleşmelidir.³⁶

³¹ Antonsdóttir, s. 309 ve 310.

³² Antonsdóttir, s. 309.

³³ Metin Feyzioğlu- Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015, s. 341 ve 342; Aydın, s. 78.

³⁴ Aydın, s. 78.

³⁵ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 640.

³⁶ Jean-François Renucci, Droit Européen des Droits de l'Homme, 2. édition, Paris 2012, s. 569, dn. 1184. Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık (Büyük Daire),

Savunma; çelişme muhakeme hakkının (çelişme ilkesinin), CMK'nın 215 (her bir delil için tek tek) ve 216. (tüm deliller bakımından bir bütün olarak) maddelerinin bir gereği olarak, dosyaya giren tüm bilgi ve belgelere ulaşabilmeli, beyanlar da dahil olmak üzere duruşmada ortaya konulan deliller hakkında yorum yapabilmelidir. Buna ek olarak savunma, AİHS'nin 6/3-(d) ve CMK'nın 201. maddeleri uyarınca mağdura soru sorma hakkını kullanabilmeli ve silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak, bunları yaparken iddia makamı karşısında ciddi bir şekilde dezavantajlı konumda kalmamalıdır.

Özerk bir kavram olan tanık kavramıyla; mağdur, bilirkişi ve suç ortağı arasındaki ilişkiyi böylelikle ortaya koyduktan sonra, inceleme konumuz olan mağdur ve bu kavram özelinde kırılğan mağdur kavramına geri dönebiliriz. İddia makamına veya savunmaya, katılan sıfatını almış olsun veya olmasın, mağdura soru sorabilme imkânının sağlanması zorunludur. Dolayısıyla mağdura soru sorma ihtiyacı ortaya çıktığında, mağdurun duruşmaya davet edilmesi zorunlu hale gelir ve mağdur davete icabet etmediği takdirde zorla getirilmesi gerekir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.³⁷ Bu noktada, savunmanın ilk derece mahkemesinde, mağdura soru sormaya yönelik ihtiyacı ortaya koyması önemlidir. Bu yapılmadığı takdirde, kanun yolunda CMK bağlamında savunma hakkının mahkeme kararıyla kısıtlandığını ortaya koymak son derece güç olacaktır. Buna ek olarak AİHM ve Anayasa Mahkemesi ihlal kararı verirken, yetkili makamların ilgiliyi duruşmaya getirmeye yönelik aktif bir çaba içerisinde olup olmadıklarını da dikkate almaktadır.³⁸

15.12.2011, §118; Kolu/Türkiye, 02.08.2005, §59; Hümmel/Almanya, 19.10.2012, §38; Cezair Akgül başvurusu, 26.10.2016, §41-45. Örnek bir Yargıtay kararı için bkz. "5271 Sayılı CMK'nın 217. maddesinin 'Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir' şeklindeki hükmü dikkate alınmadan, soruşturma aşamasındaki beyanı hükme esas alınan tanıklar... ve ...'in dinlenmemeleri suretiyle aynı Kanun'un 201, 215 ve 217. maddelerine aykırı davranılması (...)." Yar. 1. CD., E. 2016/2835, K. 2016/2380, T. 04.05.2016. (Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası: SGT: 15.02.2020)

³⁷ Bkz. Yener Ünver- Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, 15. Bası, Ankara 2019. s. 675.

³⁸ Rachdad/Fransa, 13.11.2003, §24; Salikhov/Rusya, 03.05.2012, §117-119; Gabrielyan/Ermenistan, 10.04.2012, §81-85; Levent Yanlık başvurusu, 18.11.2015, §82-86; Ali Rıza Telek başvurusu, 30.12.2014, §51-54. Bkz. Sidhu, s. 134; Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 645.

Görüldüğü üzere mağdurun duruşmaya getirilmeye zorlanması, ancak beyanının zorunlu görüldüğü hallerde söz konusudur.³⁹ Duruşmaya gelen mağdur, sorulan soruya cevap vermek istemediği takdirde, bu durum ancak beyanının değeri bağlamında değerlendirilebilir.⁴⁰ Öte yandan kırılğan mağdurlar bakımından, duruşmaya katılmaya ilişkin kurallarda bir takım istisnai düzenlemeler yapılması mümkündür. CMK'nın 236/2. maddesinde yer alan “*maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır*” ibaresi, bu bilgiler ışığında değerlendirilmelidir. Adli görüşme odasından duruşmaya bağlanmak, bu türde bir istisnai düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Avrupa hukuk sistemlerinde, kırılğan mağdurları korumaya yönelik olarak yapılan düzenlemelerin önemli bir kısmı AİHM tarafından savunma hakkı ve bu hakkın kaynağı olan adil yargılanma hakkı bağlamında değerlendirilmiştir. Geçmişten bu yana mağduru korumak için başvurulmuş geleneksel yöntemler; mağdurla sanığın bir araya getirilmemesi (sanığın salonundan çıkartılması veya sanıkla mağdurun arasına birbirlerini görmeyi engelleyen bariyer konulması), duruşmanın kapalı yapılması, mağdura bazı hukuk sistemlerinde yeminden çekinme hakkı tanınması⁴¹ şeklindeydi. Son yirmi yılda; ebeveynlerin, çocuğa bakmakla yükümlü kimselerin veya çocuğun güvendiği kimselerin duruşma salonunda beyanda bulunurken çocuğun yanında olmalarına imkân tanımak; anatomik bebeklerden⁴² faydalanılması, çizimlerin veya diğer araçların beyan yerine geçebilmesi gibi bir takım görece yeni usuller ortaya çıkmıştır.⁴³ AİHM tarafından davanın bütünü içinde değerlendirilen bir dengeleyici tedbir, çocuğun psikolojisi ve beyanları hakkında değerlendirmede bulunan uzmanla-

³⁹ Şahin-Göktürk, C. II, s. 59.

⁴⁰ Fahri Gökçen Taner, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019, s. 432.

⁴¹ Türk hukuk sisteminde mağdur her durumda yeminsiz olarak dinlenmektedir.

⁴² İng. Anatomical doll. Bu oyuncak bebeklerde, yaygın olarak piyasada bulunan çocuk oyuncaklarının aksine, üreme organları da insan gerçekliğine uygun olarak tasvir edilmiştir. Böylece çocuk, bu oyuncakı kullanarak mağduru olduğu iddia edilen olayı, kendi vücudu üzerinde göstermeden anlatabilme imkanına sahip olmaktadır.

⁴³ Maffei, s. 60, 61 ve 63.

rın duruşmaya çağrılarak, savunmaya kendilerine soru sorma imkânı tanınmasıdır.⁴⁴ Buna karşın söz konusu uzmanların yalnızca yazılı olarak rapor sunmuş olması, yeterli ölçüde dengeleyici bir tedbir olarak görülmemiştir.⁴⁵ Bu tedbirlere en son eklenen ise teknolojinin de gelişmesiyle birlikte, mağdurun duruşma salonuna gelmeksizin başka bir yerden duruşma salonuna bağlanması ve beyanının adli görüşme-ci aracılığıyla alınmasıdır. 7188 sayılı Kanun'la CMK'ya eklenen söz konusu tedbir, aynı zamanda bu çalışmanın temel inceleme konusunu oluşturmaktadır.

IV. AİHM Tarafından Geliştirilen Al-Khawaja Testi Karşısında Kırılan Mağdurun Beyanı

AİHM ve Anayasa Mahkemesi, kural olarak delillerin takdiri konusunda, ilk derece mahkemelerinin esas yetkili olduğu ve delillerin gereği gibi değerlendirilip değerlendirilmediğini tespit etmenin, bireysel başvuru kapsamında mümkün olmadığı yaklaşımını benimsemektedir.⁴⁶ Öte yandan AİHM'nin, AİHS'nin 6/3-(d) maddesi bağlamında son yirmi yılda geliştirdiği içtihat, çeşitli tanık kategorilerinin güvenilirliğinin sınanması bakımından, iç hukuk sistemlerinin gelişme yönüne ışık tutan esasları bünyesinde barındırmaktadır.⁴⁷

AİHM, duruşmaya getirilemeyen tanıklar konusundaki geçmiş içtihadını kırılan tanık kavramına uyarlayarak bu konudaki içtihadını geliştirme eğilimindedir. Duruşmaya getirilemeyen tanığın kimliği bilinmekte, fakat ortaya çıkan birtakım engeller nedeniyle tanık duruşmada beyanda bulunmamakta/bulunamamaktadır. Burada duruşmaya çıkmamanın nedeni; tanığa ulaşılabilmesi, tanığın tehdit edilmesi nedeniyle duruşmada beyanda bulunmak istememesi veya tanığın kırılan olması olabilir. Ancak bu yaklaşımın ortaya çıkarttığı sonuçların, her zaman tatmin edici olduğunu söylemek güçtür,⁴⁸ zira

⁴⁴ D.T./Hollanda (kabul edilemezlik), 02.04.2013, §51-53.

⁴⁵ T. K./Litvanya, 12.06.2018, §102-104.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 362 ve 363.

⁴⁷ Maffei, s. 108.

⁴⁸ Maffei, s. 104.

her olasılığın doğurduğu sorunlar ve korunan menfaatler farklıdır. Kırılğan tanık bakımından amaçlanan tanığın psikolojisini korumak ve kişinin altına girdiği stresin, elde edilecek olan beyan delilinin değerini düşürmesini engellemektir.⁴⁹ Her şeye rağmen bu içtihatlar, CMK'da yapılan düzenlemeler değerlendirilirken, çalışmamıza rehberlik edecektir.

Bu konuda AİHM içtihadındaki en önemli değişikliklerden birinin *Al-Khawaja ve Tahery* kararı olduğunu söylemek yanlış olmaz. AİHM, *Al-Khawaja* testi⁵⁰ olarak adlandırdığı üçlü testi, duruşmaya çıkmayan ve yukarıda sayılan tüm tanık kategorileri için kullanmaktadır. Biz burada konuyu yalnızca kırılğan mağdur bağlamında ele alacağız:

AİHM *Al-Khawaja* testi olarak adlandırılan ölçütleri, daha sonra *Seton Birleşik Krallık* davasında, özetleyerek ortaya koymuş ve devamında *Schatschaschwili/Almanya* davasında biraz daha berrak hale getirmiştir.⁵¹ Bu ölçütlerin ele alındığı daha yeni tarihli bir karar için *Asani/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* başvurusu⁵² da iyi bir örnektir.

Al-Khawaja testi aşağıdaki sorulardan oluşmaktadır. Kural olarak bu sorular aynı sırayla sorulmalıdır. Ancak sorularından birine verilen cevap, diğerlerine göre daha belirleyici ise, o zaman farklı bir sıra izlenmesi mümkündür.⁵³

- *Tanığın duruşmada hazır bulunmaması için makul bir sebep var mıdır?*
- *Başvurucunun mahkûmiyetinde bu tanığın beyanı tek veya belirleyici delil niteliğinde midir?*

⁴⁹ Maffei, s. 61.

⁵⁰ Ölçütler hakkında ayrıntılı bir tartışma için bkz. Silvia Buzelli-Roberta Casiraghi-Fabio Cassibba-Paola Concolino-Luca Pressacco, "Diritto a un equo processo", Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 217-225; Sidhu, s. 135-138; David Harris - Michael O'Boyle, - Ed Bates - Carla Buckley - Paul Harvey - Kresimir Kamber - Michelle Lafferty - Peter Cumper - Heather Green, *Law of the European Convention on Human Rights*, 4. edition, Oxford 2018 s. 483; Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 640 vd.; Durmuş Tezcan-Mustafa Ruhan Erdem- Oğuz Sancakdar-R. Murat Önok, *İnsan Hakları El Kitabı*, 6. Bası, Ankara 2016, s. 302. AİHM'nin söz konusu ölçütleri özetlediği bir diğer karar için bkz. Manucharyan/Ermenistan, 24.02.2017, §47-52.

⁵¹ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 641 ve 642.

⁵² Asani/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 01.02.2018, §43.

⁵³ Schatschaschwili/Almanya, 15.12.2015, §117 ve 118.

- *Dengeleyici tedbirlere başvurulmuş mudur?*

Kırılğan mağdur söz konusu olduğunda, *Al-Khawaja* testinin ilk sorusu olan “*tanın duruşmaya getirilmemesi için makul bir sebep var mıdır?*” sorusu, büyük ölçüde kendiliğinden cevap bulmaktadır. Zira yaşadığı iddia edilen olayın, mağdurun psikolojisini ciddi biçimde etkilemiş olması mümkündür. Ancak bu durum, özellikle cinsel suçlara ilişkin tüm davalarda, otomatik olarak mağdurun duruşmaya gelmemesinin makul bir sebep olarak kabul edileceği anlamına gelmez.⁵⁴ Mağdurun duruşmaya gelmemesine yol açan durumun mağdura etkisi, mahkeme kararında açık bir biçimde ortaya konulmalıdır.

İkinci soru olan, “*beyanın tek veya belirleyici bir delil olup olmadığı*” sorusunun cevabı da büyük ölçüde belli ve olumludur. Zira mağdurun beyanı tek delil olmasa bile, çoğunlukla olayı tek başına doğrudan ispatlamaya elverişli olduğundan, hükme esas alındığı takdirde belirleyici delil haline gelmektedir.⁵⁵

Burada sorun tamamen *Al-Khawaja* testinin üçüncü sorusunda, yani dengeleyici tedbirlerin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığı hususunda kilitlenmektedir. CMK’nın 236. maddesinde yer alan düzenlemeler, bu anlamda tipik dengeleyici tedbirlerdir. “*Duruşmaya gelmeyen tanığın beyanları yargılama için ne kadar önemliyse, yargılamanın bir bütün olarak adil olarak kabul edilebilmesi için dengeleyici tedbirlerin o kadar kuvvetli olması gerekir*”⁵⁶ Çalışmanın bundan sonraki kısmında söz konusu dengeleyici tedbirlerin etkililiği ve yerindeliği tartışılacaktır.

Bu noktada belirtmek istiyoruz ki, Anayasa Mahkemesi içtihatlarında da Levent Yanlık başvurusundan itibaren, *Al-Khawaja* testinin izleri görülmektedir.⁵⁷ Ancak konu şimdiye dek hep duruşmaya getirilmeyen tanık bakımından gündeme gelmiş, kırılğan mağdurun durumu görebildiğimiz kadarıyla ele alınmamıştır. Öte yandan CMK’da yapılan aşağıda ele alınacak değişiklikler sonrasında, bu bağlamda başvurular yapılması sürpriz olmayacaktır.

⁵⁴ Lučić/Hırvatistan, 27.02.2014, §75.

⁵⁵ Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 435.

⁵⁶ Schatschaschwili/Almanya, §116; Riahi/Belçika, 14.09.2016, §32.

⁵⁷ Bkz. Levent Yanlık başvurusu, §75 ve 76; Nurcan Gülabi başvurusu, 23.05.2018, §34 ve 35.

V. 5271 Sayılı CMK'dan İtibaren Türkiye'de Durum

A. 7188 Sayılı Kanun Öncesi

2005 yılında 5271 sayılı CMK yürürlüğe girdiğinde, CMK'nın 236. maddesi bugün de büyük kısmı kanun metninde korunan ilk üç fıkra-dan ibaretti. Kanun'da, *"işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebileceği"* ilke olarak kabul edilmiş ancak maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller, kuralın istisnası olarak belirlenmişti. Aynı zamanda halen Kanun'da mevcut olan mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulması usulü de yapılan bu düzenlemeyle benimsenmişti.

Yabancı ülkelerde; mağdur çocuklarla yapılan adli görüşmelerin, tıbbi muayenelerinin ve tedavilerinin, çocuk dostu, güvenli bir ortamda gerçekleştirilerek çocuğun ikincil örselenmesinin önüne geçilmesi ve adli görüşmelerin iyileştirilmesi amacıyla bir takım merkezlerin kurulduğu görülmektedir.⁵⁸ Pilot uygulamasına 2010 yılında başlanan ve 04.10.2012 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2012/20 sayılı Başbakanlık Genelgesi'yle mevzuata giren çocuk izlem merkezlerinin kurulması, bu yönde atılmış en önemli adımdır. Bu merkezler, Türkiye'de adli görüşmelerin yasal çerçevede belirli bir standarda oturtulması amacıyla Adalet Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı, Millî Eğitim Bakanlığı, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ve üniversitelerin çocuk birimlerinin koordineli çalışmalarının sonucunda hayata geçirilmiştir.⁵⁹

Lanzarote Sözleşmesi'nin 35. maddesi⁶⁰ uyarınca cinsel istisma-

⁵⁸ ABD, İzlanda ve Kuzey Avrupa Örneği için bkz. Berhudan Şamar-Betül Urhan, Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme, Toplum ve Sosyal Hizmet, C. 31, S.3, Temmuz 2020, s. 935.

⁵⁹ Sarıca-Coşkun, s. 6.

⁶⁰ Madde 35 - Çocukla yapılacak mülakatlar

1. Taraflar aşağıdakileri sağlamak üzere gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır: a) bilgilerin yetkili makamlara bildirilmesini müteakiben, çocukla mülakat gereksiz bir gecikme olmaksızın yapılacaktır; b) çocukla mülakat yapılması gerektiğinde, bunlar bu amaca göre tasarlanmış veya uyarlanmış binalarda yapılacaktır; c) çocukla yapılacak mülakatlar bu amaçla eğitilmiş profesyonel personel tarafından yapılacaktır; d) mümkünse ve yerine göre, çocukla bütün mülakatları aynı şahıslar yapacaktır; e) mülakat sayısı mümkün olduğunca sınırlı tutulacak ve ceza soruşturması için kesinlikle gerek-

ra maruz kalan çocukla mülakatın; bu amaca göre tasarlanmış veya uyarlanmış binalarda, bu amaçla eğitilmiş profesyonel personel tarafından yapılması gerekmektedir. Bu mekanlar söz konusu amaca ulaşılması yolunda atılmış önemli bir adımdır.

B. Adli Görüşme Odalarının Kurulması ve İşlevi

Adli görüşme odaları (AGO), 2012-2014 yılları arasında Adalet Bakanlığı'yla UNICEF iş birliğiyle yürütülen “Çocuklar İçin Adalet Projesi” nin çıktısı olarak kurulmuştur. Adli Görüşme Odaları Yönetmeliği ise 24.02.2017 yürürlüğe girmiştir. 2020 yılında yürürlüğe giren 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8. Maddesi,⁶¹ adli görüşme odalarının mevzuattaki asli dayanağıdır.

Bu odalar, görüşme yapılacak kişilerin ikincil mağduriyetlerinin önlenmesini sağlamak üzere “bekleme odası”, “görüşme odası” ve “gözlem odası” şeklinde üç kısımdan oluşan özel alanlardır. 03.04.2017 tarihinde, söz konusu odalar bazı adliyelerde faaliyete başlamıştır. 2020 yılı başı itibarıyla Türkiye Cumhuriyeti'nde hali hazırda 55 ilde, 63 adliyede 66 adli görüşme odası vardır.⁶²

Dünya genelinde uzmanların adli görüşme odalarında cinsel istismar mağdurlarıyla görüşme gerçekleştirmeleri yaygın bir uygulama-

li olduğu durumlarda yapılacaktır; f) çocuğa hukuki temsilcisi veya, yerine göre, söz konusu şahısla ilgili olarak aksine gerekçeli bir karar bulunmadıkça çocuğun seçtiği bir şahıs eşlik edebilecektir.

2. Tarafların her biri mağdurla veya yerine göre bir çocuk tanıkla yapılan bütün mülakatların, tarafın iç hukukuna uygun kurallarla, video kaydının yapılmasını ve yapılan kayıtların mahkemede kanıt olarak kabul edilmesini sağlayacak gerekli yasal veya diğer tedbirleri alacaktır.
3. Mağdurun yaşı belirlenemiyorsa ve mağdurun çocuk olduğuna inanmaya dair nedenler varsa, çocuğun yaşı tespit edilinceye kadar 1. ve 2. fıkralarda belirlenen tedbirler uygulanacaktır.

⁶¹ 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin adli görüşme odaları başlıklı 8. maddesi şu şekildedir:

“(1) 4.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236'ncı maddesinin dördüncü fıkrasının uygulanması, ifade ve beyanların özel ortamda adli destek görevlisi aracılığıyla alınması amacıyla müdürlük bünyesinde adli görüşme odaları kurulur.

(2) Adli görüşme odalarında yapılan tüm iş ve işlemler görüşme yapılan kişinin örselenmesini engelleyecek şekilde ve mümkün olan en kısa sürede gerçekleştirilir. Çocuklarla ilgili iş ve işlemlerde çocuğun yüksek yararı ilkesi dikkate alınır”.

⁶² <https://magdur.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/agonedir> (SGT: 18.01.2021)

dır.⁶³ Zamanla kırılğan mağdur kavramı ortaya çıkmış ve konu tüm kırılğan mağdurlar bakımından ele alınmaya başlamıştır. Sonuç olarak adli görüşme odasında bulunan kırılğan mağdurun beyanının uzman aracılığıyla alınması, mağdur haklarına saygı gösteren modern ceza muhakemesinin ortaya çıkarttığı bir gelişmedir. Adli görüşme odalarının bir diğer faydası, çocuk izlem merkezlerinin aksine hem kovuşturma evresinde hem de hangi suçun mağduru olduğuna bakılmaksızın yetişkin mağdurlar bakımından kullanılmalarının mümkün olmasıdır.

C. 7188 Sayılı Kanun'la CMK'da Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirme

7188 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonrasında CMK'nın 236. maddesine beş yeni fıkra eklenmiştir. Bu başlık altında söz konusu düzenlemelere kısaca değinilecek ve düzenlemeler hakkında değerlendirme yapılacaktır:

1. Kırılğan Mağdurların Beyanının Alınmasına İlişkin Genel Kural (CMK 236/4)

a. Yapılan düzenleme

CMK'nın 236/4. maddesi, tüm kırılğan mağdurların beyanının alınmasına yönelik genel kuraldır. Buna göre:

“(4) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda uzmanlar aracılığıyla alınır.”

Söz konusu hükme, Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nın 9/1. maddesinin⁶⁴ esin kaynağı olduğu anlaşılmaktadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere mağdurun dinlenmesiyle ilgili olan bu düzenlemenin CMK'da yapılması daha uygun olmuştur. Buna ek olarak, yukarıda da

⁶³ Sarıca-Coşkun, s. 5.

⁶⁴ “(1) İfade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği veya fail ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen; mağdur, tanık ve suça sürüklenen çocuklar ile cinsel suç, aile içi şiddet suçu mağdurları ve kırılğan gruba mensup diğer mağdurların ifade ve beyanları özel ortamda Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından adli destek uzmanı aracılığıyla alınır. Bu ifade, Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi kullanılmak suretiyle de alınabilir.

ifade ettiğimiz üzere tanık bağlamında da benzer bir hükmün CMK'ya eklenmesine ihtiyaç vardır.

Kanun metninde sözü geçen özel ortam, adli görüşme odaları adıyla bilinen mekânlardır. Kırılğan olduğu değerlendirilen mağdur bakımından öncelikle yapılması gereken, kendisine adli görüşme odasını kullanma seçeneğinin sunulmasıdır. Mağdura böyle bir hakkı olduğu ve başvurduğu takdirde, adliye de faaliyet gösteren adli destek ve mağdur hizmetleri müdürlüğü bünyesinde çalışan görevliler tarafından kırılğan olup olmadığı konusunda değerlendirme yapılacağı mutlaka bildirilmelidir. Aksi takdirde, özellikle avukat yardımından faydalanmayan mağdurlar, böyle bir hakları olduğunu bilemezler. Kararname'nin 4. maddesinde yer alan, bilgilendirmeye yönelik düzenleme, ceza muhakemesi düşünülerek düzenlenmemiştir. Bu nedenle, söz konusu hakka, yapılacak bir kanun değişikliğiyle mağdurun haklarının sayıldığı CMK'nın 234. maddesinde gönderme yapılması yerinde olur. Buna ek olarak, 2012/29 sayılı A.B. Direktifi'nin 4. maddesinde olduğu gibi, mağdurun yetkili makamlarla ilk temasında, haklarına ilişkin olarak ve ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmesine ilişkin bir düzenleme mevzuata kazandırılmalıdır.⁶⁵

Adli görüşme odaları, tüm suçlara ilişkin olarak yapılacak soruşturma ve kovuşturmalarda; mağdurun beyanı alınırken, mağdurun duruşmada dinlenmesi sırasında ve ona soru sorulması gerektiğinde kullanılacaktır. Böylelikle ilgili makam, adli görüşme odasına bağlanarak mağdurun beyanını dinleyecek, soru sorulması gerekli görülürse mağdurun yanında bulunan uzman kulaklıktan soruları duyacak ve mağdura aktaracak, mağdur da kendisine bu şekilde aktarılan sorulara cevap verecektir.

b. Değerlendirme

AİHM'nin kırılğan mağdurlara ilişkin içtihatları uyarınca, savunmanın soru sorma hakkının etkin bir biçimde işletilmesiyle, mağdurun korunmasını birlikte sağlamak mümkündür. Çeşitli ülkelerde, hassas durumdaki bu kişilerin dinlenmesi bağlamında, birtakım özel

⁶⁵ Asuman Aytekin İnceoğlu, Suç Mağduru Kadının Hakları, Kadına Yönelik Erk'ek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar Çareler Sempozyum Kitabı içinde, İstanbul 2020, s. 121.

usullerin benimsenmesine yönelik kanuni düzenlemeler vardır.⁶⁶ Konu çocuk olduğunda, çocuğun üstün yararıyla savunma hakkı dengelenmek suretiyle, olaya özgü olarak karar verilmektedir.⁶⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere CMK'nın 236/2. maddesi uyarınca kural suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdurun, *"bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa"* dinlenmesidir. Zira suçun etkisiyle psikolojisi bozulan mağdurun ve özellikle mağdur çocuğun tekrar dinlenmesi, o kişiyi tekrar yaralamaktadır.

Duruşma dışında özel usulle alınan beyan delilinin ortaya konulması, kaydın duruşmada izlenmesi⁶⁸ yani keşif yapılması suretiyle olur. Dolayısıyla söz konusu kayıtlar, tarafların da hazır bulunduğu duruşmada, baştan sona izlenmelidir. Ancak uygulamada, bu kayıtların duruşmada baştan sona izlendiğini söylemek güçtür. Bu durumda, söz konusu delilin gereğine uygun olarak ortaya konulduğunu ve tartışıldığını söylemek mümkün değildir. İş yoğunluğu ve duruşma süresinin kısıtlılığı bu uygulamanın temel nedenidir. Hak verilebilir mazeretler, bu tür bir uygulamanın *"hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir"* kuralına (CMK m. 217/1) aykırı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Buna ek olarak söz konusu işlem, CMK'nın 289/1-(h) bendi uyarınca *"hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılması"* anlamına gelmekte ve bir hukuka mutlak aykırılık hali teşkil etmektedir.

Mağdurun yeniden dinlenmesi veya mağdura soru sorulması maddi gerçeğe ulaşılması bakımından kaçınılmaz olduğu takdirde, mahkeme mağduru yeniden çağırmak zorundadır. Bu durumda, mağdur çocuksa veya psikolojisi bakımından duruşmaya çıkması mümkün değilse, mağdurun duruşmaya adli görüşme odasından bağlanması gerekir. Öte yandan adli görüşme odalarının kurulmasından önceki uygulamanın, belki de mahkemelerin kararlarının bozulmasına yönelik kaygısının da etkisiyle, çoğunlukla ters yönde geliştiğini ve kişinin çağırılmamasının⁶⁹ istisna olduğunu ifade etmek istiyoruz.

⁶⁶ Sarah J. Summers, Fair Trials, Oxford 2007 s. 135.

⁶⁷ Feridun Yenisey- Ayşe Nuhoğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara 2019, s. 523 ve 524.

⁶⁸ Şahin-Göktürk, C. II, s. 153.

⁶⁹ Çocuklar bakımından aynı yönde bkz. Neva Öztürk- Fahri Gökçen Taner- Ali Ersoy Kontacı, Çocukların Adalet Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım

Mağdurun duruşmada beyanda bulunması halinde örselenecek olması, AİHS'nin 6/3-(d) maddesinde yer alan soru sorma hakkının kısıtlanması sonucunu doğurabilir.⁷⁰ AİHS'nin 6/3-(d) maddesi, her tür davada sanık veya müdafî tarafından doğrudan soru sorma hakkının kullanılmasının zorunlu olduğu şeklinde yorumlanamaz.⁷¹ Başka bir deyişle kural doğrudan soru sormadır, ancak mağdurun kırılğan olduğu hallerde faille karşı karşıya gelmesi örselenmesine yol açacaksa; savunma hakkının dengelenmesi kaydıyla, doğrudan soru sorma yerine, aracı kullanılarak soru sorulmasına yol açan bir takım yöntemlere başvurulması, adil yargılanma hakkını ihlal etmez. Buna karşın mağdurun beyanını teyit eden kuvvetli delil bulunmadığı veya çelişkili delillerin bulunduğu hallerde, mağdura soru sorulamaması ve sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi, AİHS'nin 6/3-(d) bendinin ihlali⁷² anlamına gelir.

Hâkimler, avukatlar, cinsel istismar mağduru olup adli görüşme odasını kullanan çocuklar ve adli görüşmecilerle görüşülmek suretiyle yürütülen bir araştırmada; hâkimlerin, ilgililerin adli görüşme odasından beyanlarının alınmasının doğrudan doğruyalık ilkesine zarar verebileceği yönünde birtakım kaygılar taşıdığı ifade edilmiştir.⁷³ Belirtmek gerekir ki bu kaygılar yersiz değildir. Nitekim aynı araştırmada hâkimler son derece isabetli olarak, önlerindeki ekran küçük olduğunda mağdurun mimiklerini ve tepkilerini yeterince iyi gözlemleyemediklerinden şikâyet etmişlerdir.⁷⁴ Video konferans yoluyla yapılan bağlantı, hiçbir şekilde yüz yüzeliğin yerini tutmaz. Bu tespit, duruşmaya ister adli görüşme odasından ister başka yerden katılsın, duruşmaya uzaktan katılan tüm sühler için geçerlidir. Dolayısıyla burada, adil yargılanma hakkının altında yer alan zımni bir güvence olan doğrudan doğruyalık ilkesine yönelik bir müdahale söz konusudur. Modern ceza muhakemesinde bu müdahale, insan onurunu merkeze alma kaygısıyla, bilerek ve mağdurun menfaatleriyle sanığın menfaatleri dengelenmek suretiyle gerçekleştirilmektedir. Bu çalışmada ele alınan tüm

Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, Ankara 2019, s. 69 ve 70. Aynı yönde bkz. Sarıca-Coşkun, s. 6.

⁷⁰ Yenisey-Nuhoğlu, s. 524.

⁷¹ Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 649.

⁷² Lučić/Hırvatistan, 27.02.2014, §74-88.

⁷³ Sarıca-Coşkun, s. 4. s. 19 ve 20.

⁷⁴ Sarıca-Coşkun, s. 4. s. 13.

mekanizmalar az veya çok adil yargılanma hakkına ilişkin teminatları sınırlamaktadır ancak bu sınırlamanın dayanaksız olduğu söylenemez. Önemli olan, sınırlamanın aynı zamanda ölçülü olmasıdır. Ölçülülük değerlendirilirken bağlantının teknik kalitesi, kullanılan teknik araçların elverişliliği, mahkemenin ve adli görüşmecinin yaklaşımı başta olmak üzere, pek çok faktörün dikkate alınması gerekir.

Mevcut durumda, adli görüşme odalarının işleyişi konusunda adli görüşmeciler eğitilmektedir. Bu bağlamda, adli görüşmecilerin muhakemenin dinamiğini kavramaları ve yönlendirici sorularla mağdurun beyanını etkilememeleri büyük önem taşımaktadır. Bunun yanında, muhakemenin hemen hemen her aşamasında etkili ve belirleyici bir güç olan hâkim ve savcılara; kırılgan mağdur gruplarıyla iletişim becerileri, adli görüşme, AGO'ların amaç, hedef ve niteliğine ilişkin eğitim verilmesi, farklı meslek uzmanları arasındaki iş birliğinin sağlanması ve adli görüşme odalarının iyi işlemesi bakımından gereklidir.⁷⁵

AIHM, cinsel istismar suçunun mağduru olan çocuğun soruşturma evresinde alınan beyanı dışında ciddi bir doğrulayıcı delilin bulunmadığı *Vronchenko/Estonya* başvurusunda, "(...)tüm bir muhakeme süreci boyunca savunmanın mağdura soru sormamış olmasını, mağdur çocuğun soruşturma evresinde video kaydına alınan beyanı duruşmada izlenilmesine rağmen yeterli bir dengeleyici tedbir" olarak görmemiştir.⁷⁶ Hem sanığın hem de mağdurun çocuk olduğu, yağma suçuna ilişkin bir başvuru olan *Blokhin/Rusya* başvurusunda ise Büyük Daire, soruşturma evresinde ifade veren çocuğun beyanının hükme esas alındığı davada, hiçbir dengeleyici tedbire başvurulmaması nedeniyle ihlal kararı vermiştir.⁷⁷

Çocukların cinsel istismarına, ABD'de ve Batı Avrupa'da 1990'lara kadar hem akademik hem de toplumsal olarak yeterli önem verilmemiştir. Günümüzde ise cinsel istismar mağdurları ile ilgili koruyucu ve destekleyici önlemler almak ve mağdura süreç boyunca güvende olduğunu hissettirmek, bir kamu görevi olarak değerlendirilmeye baş-

⁷⁵ Soru sorulması sırasında hâkim ve savcılarla, adli görüşmeciler arasında yaşanan sorunlar ve hâkim ve savcılarının eğitim ihtiyacı hakkında bkz. Şamar-Urhan, s. 946, 947 ve s. 955.

⁷⁶ *Vronchenko/Estonya*, 10.07.2013, §65.

⁷⁷ *Blokhin/Rusya* (Büyük Daire), 23.03.2016, §215. Ayrıca bkz. Barkhuysen-Van Emmerik-Jansen-Fedorova, s. 644 ve 645.

lanmıştır.⁷⁸ Çocukların cinsel istismarı suçu bağlamında ortaya çıkan bu gelişmeler, mağdurla yapılan görüşmenin önemini anlamak bakımından önemli bir başlangıç noktasıdır. Sonuç olarak ceza muhakemesi hukukunda mağdur hakları bağlamında ortaya çıkan gelişmeler göz önüne alındığında, adli görüşme odaları aracılığıyla mağdurun beyanının alınması ve ona uzman vasıtasıyla soru sorulmasına yönelik düzenleme, adil yargılanma hakkına getirilen ölçülü bir kısıtlama ve yerinde bir dengeleyici tedbir olarak kabul edilmelidir.

Ancak bu noktada kırılğan mağdur bağlamında yukarıda açıklanan *Al-Khawaja* testinin ilk sorusu olan “*tanığın duruşmaya getirilmemesi için makul bir sebep var mıdır?*” sorusunun mahkeme tarafından gerekçeli olarak cevaplanması şarttır. CMK’nın 236/4. maddesinde yer alan “*Cumhuriyet savcısı veya hâkim tarafından ifade ve beyanının özel ortamda alınması gerektiği ya da şüpheli veya sanık ile yüz yüze gelmesinde sakınca bulunduğu değerlendirilen çocuk veya mağdurların*” ifadesi bu bağlamda değerlendirilmeli, mahkeme mağdurun içinde bulunduğu durumu başvuru özel dinleme usulüyle ilişkilendirmelidir. Burada değerlendirmeye kast edilen, hâkimlerin zihinlerinde yaptıkları akıl yürütme değil, söz konusu akıl yürütmenin gerekçeli karara dönüşmesidir. Böylece yapılan işlem taraflarca ve daha sonra kanun yolunda mahkemelerce sorgulanabilecek ve denetlenebilecektir.

Gerekçe konusunda, İskoçya’da 2004 yılında yürürlüğe giren Kırılğan Tanık Kanunu (Vulnerable Witness Act), iyi bir örnektir. Söz konusu düzenlemede, kırılğan tanığın ve dolayısıyla inceleme konumuz bakımından kırılğan mağdurun belirlenmesi konusunda mahkemenin kullanabileceği birtakım ölçütler ortaya koyulması nedeniyle, bu düzenleme üzerinde ayrıntılı olarak durmak istiyoruz.

Bu Kanun uyarınca iki tür kırılğan tanık vardır. Bunlar:

- “*Muhakemenin başlangıç tarihinde 16 yaşından küçük olan kimseler (çocuk tanıklar)*”
- “*Çocuk tanık olmamasına karşın; zihinsel rahatsızlığı, korku veya stres nedeniyle kendisinden elde edilecek delilin kalitesinin düşmesi mümkün olanlar.*”

⁷⁸ Bkz. Sarıca-Coşkun, s. 4.

Çocuk tanık dışında kalan kişilerin kırılğan olup olmadığının belirlenmesinde aşağıdaki ölçütler dikkate alınmaktadır:

- a. İsnat edilen suçun yapısı ve şartları
- b. Kişiyle (varsa) sanık arasındaki ilişki
- c. Kişinin yaşı ve olgunluk düzeyi
- d. Bu kişiye yönelik olarak; sanık, sanığın ailesi veya suç ortaklarının ya da ilgili muhakeme sanık veya tanık olması muhtemel kişilerin davranışları
- e. Şu hususlarla ilişkili diğer konular:
 - i. Kişinin kültürel ve sosyal altyapısı ve etnik kökeni
 - ii. Kişinin cinsel yönelimi
 - iii. Kişinin ikamet ve istihdam durumu
 - iv. Kişinin dini ve siyasi görüşleri ve
 - v. Kişinin duruşmaya gelmesiyle ilişkili olan her türlü bedensel engellilik veya hasar durumu.”⁷⁹

2. Cinsel Saldırı ve Çocukların Cinsel İstismarı Suçlarının Nitelikli Şekillerinden Mağdur Olanlara Özgü Düzenlemeler

Cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçlarının nitelikli şekillerinden mağdur olan kişilerin beyanlarının alınmasına özgü düzenlemeler, CMK'nın 236. maddesinin 4-8. fıkralarında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeleri, beyanın alınmasında izlenecek yöntem ve ortaya koyulan beyanın tartışılması bağlamında iki ayrı başlık altında ele almak ve her bir başlığı kendi içerisinde değerlendirmek uygun olacaktır.

a. Beyanın alınmasında izlenecek yöntem

aa. Yapılan düzenleme

CMK'nın 236/5 ve 6. maddelerinde yer alan düzenlemeler beyanın alınmasında izlenecek yönetime ilişkindir ve şu şekildedir:

“(5) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Türk Ceza Kanunu'nun 103'üncü maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olan çocukların soruşturma evresindeki beyanları, bunlara yönelik hizmet veren merkezlerde Cumhu-

⁷⁹ <http://www.legislation.gov.uk/asp/2004/3/part/1>

riyet savcısının nezaretinde uzmanlar aracılığıyla alınır. Mağdur çocuğun beyan ve görüntüleri kayda alınır. Kovuşturma evresinde ise ancak, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından mağdur çocuğun beyanının alınması veya başkaca bir işlem yapılmasında zorunluluk bulunması hâlinde bu işlem, mahkeme veya görevlendireceği naip hâkim tarafından bu merkezlerde uzmanlar aracılığıyla yerine getirilir. Mağdur çocuk yargı çevresi ve mülkî sınırlara bakılmaksızın en yakın merkeze götürülmek suretiyle bu fıkra da belirtilen işlemler yerine getirilir.

(6) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Türk Ceza Kanunu'nun 102'nci maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen suçlardan mağdur olanların soruşturma evresindeki beyanları bakımından da beşinci fıkra hükmü uygulanır. Ancak, beyan ve görüntülerin kayda alınmasında mağdurun rızası aranır".

Yukarıda açıklandığı üzere, çocukların cinsel istismarı suçunda soruşturma evresinde mağdur çocuğun beyanı, çocuk izlem merkezinde alınmaktadır.⁸⁰ Burada çocuk, bir uzman tarafından dinlenmekte, Cumhuriyet savcısı ve çocuğun avukatı ise, aynalı odada yapılan görüşmeyi izlemekte ve görüşme kayıt altına alınmaktadır. Bu noktada inceleme konumuz bakımından önemli olan, çocuğun duruşmada beyanına başvurulması veya çocuğa soru sorulması gerektiğinde nasıl bir yol izleneceğidir.

Altıncı fıkra da cinsel saldırı suçunun mağdurunun beyanının video kaydına alınması, kişinin reşit olması nedeniyle rızasına bağlanmıştır. Buna karşın kanun koyucu, çocuğun üstün menfaatinin mümkünse tek bir kez dinlenmesinde olduğunu varsayarak, çocuklarda söz konusu kaydı zorunlu kılmıştır.

Yine bu fıkra, çocuk izlem merkezlerinin yanı sıra, yetişkin mağdurlara da hizmet veren bir yapı kurulacağını göstermektedir. 7188 sayılı Kanun'la CMK'ya eklenen geçici 5. madde⁸¹ uyarınca, söz konusu merkezlerin 1 Eylül 2020 tarihine kadar faaliyete geçmesi gerekiyordu. Ancak bu çalışmanın tamamlandığı tarihte, söz konusu merkezler halen faaliyete geçmemiştir.

⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Fahri Gökçen Taner, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara 2017, s. 356-359.

⁸¹ 7188 sayılı Kanun'un 31. maddesiyle CMK'ya eklenen geçici 5. maddenin 1/b bendinde şu düzenleme yer almaktadır: "236'ncı maddenin dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılan düzenleme uyarınca kurulması gereken merkezler, en geç 1/9/2020 tarihine kadar faaliyete geçirilir. Bu tarihe kadar mevcut uygulamaya devam olunur".

CMK'da yer alan düzenlemeden 10 ay sonra yürürlüğe giren 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 9/1. maddesinde "CMK'nın 236/5 ve 6. maddelerinin uygulanması bakımından "cinsel suç mağdurlarının tekrarlanan mağduriyetini önlemek, adli ve tıbbî işlemlerin bu alanda eğitilmiş görevliler tarafından tek seferde gerçekleştirilmesini temin etmek amacıyla Bakanlığın talebi üzerine Sağlık Bakanlığı tarafından cinsel suç mağdurlarına yönelik hizmet veren merkezler kurulur. Üniversiteler tarafından da bu merkezler kurulabilir." hükmü yer almaktadır. Düzenlemenin ikinci fıkrasından, konuyla ilgili ayrıntılı düzenlemenin Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle yapılacağı anlaşılmaktadır. Söz konusu yönetmelik de bu çalışmanın tamamlandığı tarih itibarıyla yayımlanmamıştı.

ab. Değerlendirme

Duruşmada beyanda bulunmak ve sanıkla yüzleşmek, başta çocuklar olmak üzere cinsel suç mağdurları için dramatik ve mağduru bir kez daha mağdur eden travmatik bir deneyime dönüşebilmektedir.⁸² Özellikle cinsel suçlara ilişkin olarak yapılan muhakeme mağdur açısından psikolojik zorluklarla doludur. Zamanla özellikle mağdur haklarının gelişmesiyle birlikte, mağdurun içinde bulunduğu bu duruma özel bir önem atfedilmesi ve ceza muhakemesinde sıkı bir biçimde uygulanan savunma hakkına ilişkin güvencelerle, mağdurun psikolojisi ve özellikle çocuğun üstün yararı arasında bir denge sağlanması zorunluluğu doğmuştur.⁸³ Şüphesiz ki bu, mağdur açısından ceza muhakemesinin gelişim çizgisini göstermek bakımından önemlidir.

Kırılğan mağdurun bu süreçte yaşadığı olumsuzluklar arasında; faille yeniden karşılaşmanın yarattığı korku, duruşma salonu atmosferinin olumsuz etkisi, doğrudan soruların zaman zaman agresif ve mahremiyete dönük yapısı, her defasında olayı baştan sona tüm ayrıntılarıyla anlatmanın mağdurda yarattığı psikolojik tahribat, eğer yeterince ayrıntı verilmezse beyanın inandırıcı olmayacağı yönündeki endişe sayılabilir. Cinsel suçlarda özellikle mağdurun olayın ayrıntı-

⁸² Maffei, s. 64.

⁸³ Aynı yönde bkz. Cumhuriyet Şahin- Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Ankara 2019, s. 129.

larına odaklanması gereken anlarda; kafa karışıklığı, panik ve çelişkili ifadeler sıklıkla görülmekte ve süreç mağdurun kişiliğinin sorgulanması noktasına varabilmektedir.⁸⁴ Bunlara ek olarak tüm suçlarda çocuk mağdurlar bakımından ceza muhakemesinin gereklerini ve sorunu tam kavrayamamak da bu sorunlara eklenmektedir.⁸⁵

Özellikle çocukların cinsel istismarı suçunun soruşturulmasındaki ve kovuşturulmasındaki karmaşıklık⁸⁶ dikkate alındığında, yapılacak reformlarla muhakemeyi çocuğun güvenilirliğinin veya beyanının doğruluğunun sorgulandığı bir süreçten, sanığa yönelik isnadın bir bütün olarak araştırıldığı bir sürece dönüştürmenin gerekli olduğu görülmektedir. Cinsel istismar suçu mağduru çocuklar bakımından, muhakemeye katılmanın çocukta yarattığı travma ve stresi azaltmak üzere önerilen çözümlerden en etkilisi, çocuğun beyanının kapalı devre kamera sistemiyle ona destek olan bir kişinin yardımıyla alınması ve duruşma dışında alınmış olan bu beyanın muhakemede delil olarak kabul edilmesidir. Duruşma salonu dışında yer alan özel odalar aracılığıyla çocuğu dinlemenin en önemli faydaları; bu odaların duruşma salonundan uzak olması, böylelikle çocuk ve ailesinin sanıkla karşılaşmasının önüne geçilmesi ve oda çevresinde yer alan (bekleme odası, oyun alanı gibi) çocuk dostu imkânların var olması şeklinde sayılabilir.⁸⁷

Çocuktan soruşturma veya kovuşturma için gerekli olan bilgilerin bir seferde alınması suretiyle, fiile ilişkin anıların tekrar tekrar canlanmasının önüne geçmenin amacı, ortaya çıkabilecek travmaları önlemektir.⁸⁸ Buna ek olarak olayın sıcaklığı içerisinde ifade edilebilen bazı

⁸⁴ Maffei, s. 64.

⁸⁵ Şahin-Göktürk, C. I, s. 153.

⁸⁶ Çocuk cinsel istismarında güç kullanımının nadir olması, çocukların olayı hemen ve kolaylıkla anlatmamaları, adli muayene sırasında çoğunlukla bulgu elde edilmemesi gibi olmayışı gibi nedenler, bu suçun ispatında yaşanan güçlüklerin başında gelmektedir. Bkz. Eda Ermağan Çağlar -Tuğba Türk, "İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 394; Sarıca-Coşkun, s. 4.

⁸⁷ Anne Cossins, "Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are Vulnerable Witness Protections Enough", *Current Issues in Criminal Justice* 18, no. 2 (November 2006), s. 302 ve 309.

⁸⁸ Şahin-Göktürk, C. II, s. 46 ve 58; Şahin-Göktürk, C. I, s. 129; Lucia Russo, "Atti sessuali con minorenne", *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori trattato da Alberto CADOPPI, Stefano Canestrari e Michele Papa için*, Milano 2006, s 162. Mahkemede tekrar tekrar dinlenmenin, çocuğun iç huzura

hususlar, özellikle çocuk mağdurlar tarafından zaman içerisinde unutulabilmektedir.⁸⁹ Çocuk hafızası, geçmiş olayları hatırlarken gerçeği tahrif etmeye yetişkinlere kıyasla daha eğilimli olduğundan, çocuğun olabildiğince erken bir aşamada dinlenmesi maddi gerçeğin ortaya çıkartılması yönünden gereklidir.⁹⁰ Bu bağlamda soruşturma evresinde çocuk mağdurun beyanının videoya kaydedilmesi, daha sonra bu görüntünün kovuşturma evresinde izlenerek delil olarak kabul edilmesi ve böylece çocuğun duruşmaya getirilmemesi mümkün olmaktadır. Ancak sistemin iyi işlemesi ve tekrar eden görüşmelerin önüne geçilebilmesi ve bir seferde gerçeğe olabildiğince uygun bir beyan elde edilmesi için, tüm adli görüşmecilerin izlemesi amacıyla standart bir görüşme protokolünün oluşturulması ve adli görüşmecilere görüşme öncesinde olay hakkında bilgi sahibi olmak için yeterli zaman tanınması⁹¹ büyük önem taşımaktadır.

AİHM her bir davanın özelliklerini göz önüne alarak, çocuğun yüksek yararı bağlamında, bu video kaydını tanıklara soru sorma hakkının kullanılamamasını dengeleyebilecek bir tedbir olarak değerlendirebilmektedir.⁹² Türk hukuku bakımından, söz konusu kaydın yapılması CMK'nın 236/5. maddesi uyarınca zorunludur.

7188 sayılı Kanun'la yapılan değişikliğe kadar, çocuk izlem merkezlerinin kovuşturma evresine ilişkin bir işlevi yoktu. Yapılan değişikliklerle, çocuk izlem merkezlerinin yapısı değişmiş ve kovuşturma evresinde de kullanılmasının yolu açılmıştır. Ancak söz konusu merkezlerin kovuşturma evresindeki kullanım alanı, çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli şekliyle sınırlanmıştır. Yapılan düzenleme suçun nitelikli şekli bakımından yerindedir, ancak çocuğun tam anlamıyla korunması isteniyorsa, çocukların cinsel istismarı suçunun bir bütün olarak kapsama alınması uygun olur. Burada kanımızca söz ko-

kavuşmasını engellediği ve bunun çocukların cinsel suç mağduru olduğu yargılamaların en önemli sorunlarından biri olduğu yönünde bkz. Heinz Schöch, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", Almanca aslından çeviren Nur Centel, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. III, S. 1, s. 9.

⁸⁹ Yenisey-Nuhoğlu, s. 522 ve 523.

⁹⁰ Maffei, s. 63.

⁹¹ Ermağan Çağlar – Türk, s. 401 ve 407; Sarıca-Coşkun, s. 6 ve 8; Şamar-Urhan, s. 942, 943, 945 ve 951.

⁹² Blokhin/Rusya (Büyük Daire), §215; Makeyev/Rusya, §42, 05.02.2009, §42.

nusu merkezlerin iş yükünü, çocuğun üstün yararına tercih eden bir düzenleme ortaya çıkmıştır.

Sonuç olarak çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli şeklinin mağduru olduğu iddia edilen çocuk, maddi gerçeğin ortaya çıkması için zorunlu olsa dahi duruşmaya çıkmayacak, her durumda çocuk izlem merkezi aracılığıyla dinlenecektir. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan, yargılama yapılan yerde çocuk izlem merkezinin bulunmaması olasılığını da düşünen kanun koyucu, çocuğun en yakın merkeze götürülmesini zorunlu kılan düzenlemeyle söz konusu usulün her şekilde uygulanmasını teminat altına almıştır.

Bu noktada, yetişkin mağdur beyanının kayda alınmasına rıza göstermezse, sürecin ne şekilde işleyeceği sorusu akla gelebilir. Bu durumda mağdur, duruşmaya bizzat giderek veya adli görüşme odasından duruşmaya katılarak beyanda bulunmadığı takdirde, beyanın hükme esas alınması mümkün olmayacaktır. Zira soruşturma evresinde mağdurun beyanı alınmış olsa dahi bu, CMK'nın 211. maddesinde sayılan ve duruşmada okunmasıyla yetinilebilecek bir belge değildir. Ancak tüm tarafların söz konusu beyanın duruşmada okunmasına CMK'nın 211/2. maddesi uyarınca rıza göstermesi halinde, mağdurun soruşturmada alınan beyanına ilişkin tutanağın okunması mümkün olabilir.

b. Özel usulle alınan beyanı tartışma hakkı ve savunma hakkının dengelenmesi

ba. Yapılan düzenleme

7188 sayılı Kanun'un Adalet Komisyonunda kabul edilen halinde, yalnızca yedinci fıkra yer alıyordu ve düzenleme şu şekildeydi:

“Beşinci ve altıncı fıkra kapsamında kayda alınan beyan ve görüntüler dava dosyasında saklanır ve gizliliği için gerekli tedbirler alınır.”⁹³

Ancak TBMM Genel Kurulu'nun 16 Ekim 2019 tarihli oturumunun 7. birleşiminde verilen önergeyle⁹⁴ yedinci fıkrada yer alan düzenleme

⁹³ <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss105.pdf>, s. 99.

⁹⁴ Önerge'nin gerekçesi şu şekildedir:

“Önergeyle Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 236'ncı maddesine eklenmesi öngörülen (7) nci fıkra yapılan değişiklikle, maddenin (5)'inci ve (6)'nci fıkrası kap-

değişmiş ve sekizinci fıkra Kanun'a eklenmiştir. Kanunlaşan düzenleme şu şekildedir:

“(7) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Beşinci ve altıncı fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtları dava dosyasında saklanır, kimseye verilmez ve gizliliği için gerekli tedbirler alınır.

(8) (Ek:17/10/2019-7188/22 md.) Beşinci ve altıncı fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtları, yazılı tutanağa dönüştürülür. Bu tutanak, talepte bulunan şüpheli, sanık, müdafii, mağdur, vekil veya kanuni temsilciye verilir. Beyan ve görüntü kayıtları bu kişilere soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle izletilebilir.”

Burada cinsel saldırı ve çocukların cinsel istismarı suçunun nitelikli şekillerinden mağdur olanların özel usulle alınan beyanlarına ilişkin video kayıtlarının incelenmesi hususunda, CMK'nın dosya ve delil inceleme yetkisine ilişkin genel esaslarından farklı bir düzenleme yapılmıştır.

Sekizinci fıkra uyarınca söz konusu kayıtlar her durumda yazılı tutanak haline getirilecek ayrıca *“beyan ve görüntü kayıtları soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle izletilecektir”*. Kanun koyucu böylece mağdurun mahremiyetini ön plana çıkartmış ve kayıtların alenileşmesini önlemek amacıyla tedbir almıştır.

bb. Değerlendirme

Öncelikle belirtmek gerekir ki CMK'nın 236. maddesinin 7. fıkrasının kanunlaşan halinde yer alan ve kanun yazım diliyle çok da uygun olmayan *“kimseye verilmez”* ibaresi eleştiriye açıktır. *“Kimseye verilmez”*

samında alınan beyan ve görüntü kayıtlarının gizliliğinin korunması bakımından kimseye verilmeyeceği belirtilmektedir. Düzenleme, soruşturma ve kovuşturma yetkili makamlar ile maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla görevlendirecek ilgililerin, mevzuattan kaynaklı yetkileri kapsamında bu kayıtları incelemesine engel olmayacaktır.

Maddeye eklenmesi önerilen (8)'inci fıkrayla, (5)'inci ve (6)'ncı fıkra kapsamında alınan beyan ve görüntü kayıtlarının bire bir çözümünün yapılarak, alınan beyanın yazılı tutanağa dönüştürülmesi ve yargılama süjelerinin bu tutanakları inceleyebilmesi amaçlanmaktadır. Bu tutanak, sadece talepte bulunan şüpheli, sanık, müdafii, mağdur, vekil veya kanuni temsilciye verilebilecektir. Ayrıca, beyan ve görüntüye ilişkin kaydın bu fıkarda belirtilen kişilere soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde, gizliliğinin korunması suretiyle izletilmesine imkân sağlanmaktadır”.

şeklindeki günlük dil kullanımı yerine, kanun tasarısında yer alan ifadeye benzer şekilde “*kayıtlar dosyada saklanır ve kaydın örneği verilmez*” ifadesi daha uygun olurdu.

AIHM’nin hem çocuk hem de yetişkin cinsel suç mağdurlarının duruşmaya getirilmemesi, ancak duruşma dışında alınan beyanların mahkemede delil olarak kullanılması konusunu ele aldığı çok sayıda karar vardır.⁹⁵ Bu kararlarda, mağdurun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla savunma hakkı arasında, kararlarda sıkça geçen şu paragraf vasıtasıyla ilişki kurulmaktadır:

“Mahkeme cinsel suçlara ilişkin muhakemenin kendine has bazı özellikleri olduğunu gözetmektedir. Bu suçların muhakemesi, özellikle mağdur rızası hıfına sanıkla yüzleşmeye zorlandığında, mağdur için zor bir sına⁹⁶ma halini alabilmektedir. Bu kendine has özellikler, mağdur çocuk olduğunda daha önemli hale gelmektedir. Bu tür bir muhakemede, sanığın adil bir şekilde yargılanıp yargılanmadığı değerlendirilirken, mağdur olduğu iddia edilen kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi gerektiği de hesaba katılmalıdır. Bu nedenle Mahkeme, cinsel istismar suçuna ilişkin muhakemede, savunma haklarının uygun ve etkili bir şekilde kullanılmasıyla bağdaşmak kaydıyla, mağduru korumak amacıyla birtakım tedbirlerin alınabileceğini kabul etmektedir.”⁹⁷

Delil inceleme hakkı, adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası ve çelişmeli muhakeme hakkının bir gereğidir.⁹⁸ AIHM ve Anayasa Mahkemesi’nin çelişmeli muhakeme hakkına yüklediği anlam “*taraf⁹⁹lara dosyaya giren tüm bilgi ve belgelerden haberdar olma ve bunları tartışma imkânının tanınmasıdır*”.⁹⁹ Dolayısıyla kural, tarafların kovuşturma evresinde hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın dava dosyasına ve

⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 430-438; Maffei, s. 60-66.

⁹⁶ Mahkeme burada “ordali” terimini kullanmaktadır. Mahkemenin terim olarak, vicdani delil dönemi öncesinde sanıklara yapılan “suçsuzluk sınavı”na karşılık gelen bu kelimeyi seçmesi, mağdurun içinde bulunduğu durumun güçlüğüne ortaya koyması bakımından anlamlıdır. “Ordali” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 96 ve 97.

⁹⁷ Çok sayıda karar arasında örnek olarak bkz. S.N./İsveç 02.07.2002, §47; Bocos-Cuesta /Hollanda, 10.11.2005, §69, Aigner/Avusturya, 10.05.2012, §37; Vronchenko/Estonya, §56.

⁹⁸ Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 90.

⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Taner, Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, s. 74 vd.

delillere erişmeleridir. Soruşturma evresinde ise kural, tarafların ve avukatların soruşturma dosyası ile delilleri inceleme hak ve yetkilerinin olmasıdır. Ancak bu hak ve yetki, ölçülü olmak kaydıyla, dosya inceleme yetkisinin kısıtlanmasına ilişkin kurallara bağlı olarak sınırlandırılabilir.

Mağdurun beyanını içeren video kaydının örneğinin savunmaya verilmemesine ve savunmanın bu kaydı soruşturma ve kovuşturma makamlarının gözetiminde gizliliği korunmak suretiyle izleyebilmesine ilişkin düzenlemenin ölçülü olduğunu söyleyebilmek için, öncelikle savunmanın ihtiyaç duyduğu takdirde söz konusu video kaydını izleyebileceği şartları açıklığa kavuşturmak gerekir. Bu noktada, savunmanın söz konusu kayıtları nerede ve nasıl izleyeceği sorusu akla gelmektedir. Zira savunma, not almak ve yazıya dökülen tutanağı video kaydıyla karşılaştırmak üzere, kaydı uzunca bir süre izlemek isteyebilir. Mahkeme veya savcılık kalemlerindeki gürültülü ortam, bu iş için uygun değildir. Bu nedenle, söz konusu kayıtların kopyalanamayacağı bilgisayarların bulunduğu, savunmanın söz konusu kayıtları dilediği süre boyunca izleyebileceği ve sesi kulaklıkla dinleyebileceği multimedya odalarına ihtiyaç vardır. TBMM Genel Kurulu'nda verilen önergeyle Kanun'da son dakika değişikliği yapılırken, bu yönde bir ihtiyacın doğacağını düşünülüğünü söylemek güçtür. Son anda yapılan değişiklik karşısında, adliyelerde savunmanın video kayıtlarını dilediği süre boyunca rahatsız edilmeden inceleyebileceği bir ortamın oluşturulması zorunludur.

Kayıtları izlemeksizin mağdurun beyanını içeren tutanakları okuyabilmenin, adil yargılanma hakkının gereklerini sağlamak bakımından yeterli bir güvence olduğu söylenemez. Zira savcılığın video kaydını izleyebildiği ancak savunmanın izleyemediği veya savunmanın kaydı elverişli bir ortamda izleyemediği bir uygulama, adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olan silahların eşitliği ilkesine açıkça aykırıdır. Buna ek olarak, söz konusu delile erişilememesi, savunma bakımından adil yargılanma hakkının bir diğer alt unsuru olan çelişmeli muhakeme hakkıyla da bağdaşmaz. Ayrıca bu tür bir uygulama, AİHS'nin 6/3-(b) maddesinde yer alan savunmayı hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklardan ve faydalanma hakkını ve AİHS'nin 6/3-(c) maddesinde yer alan savunma hakkını da ihlal eder.

Böyle bir durum ortaya çıktığında savunmanın, söz konusu video kaydına erişmek için soruşturma evresinde savcılık, kovuşturma evresinde ise mahkeme nezdinde girişimde bulunması şarttır. Soruşturma evresinde söz konusu kayda erişilemez ancak bu eksiklik kovuşturma evresinde mahkeme tarafından giderilirse, ortaya çıkan ihlalin telafi edildiğini ileri sürmek mümkün olabilir. Buna karşın kovuşturma evresinde söz konusu delile erişim imkânının gereği gibi sağlanamaması, CMK'nın 289/1-(h) bendi uyarınca *"hüküm için önemli olan hususlarda mahkeme kararı ile savunma hakkının sınırlandırılması"* anlamına gelir ve bir hukuka mutlak aykırılık halidir.

SONUÇ

Modern ceza muhakemesi, sanığa adil bir şekilde yargılanma imkânı sunarken, öte yandan mağdurun haklarını olabildiğince koruyan bir denge kurmaya çalışmaktadır. İlkesel olarak bakıldığında; kırılğan mağdurun beyanının soruşturma evresinde alınması ve bu kaydın sonradan duruşmada izlenmesi, mağdurun duruşmaya adli görüşme odasından katılması, adli görüşme odasındaki mağdura soruların adli görüşmecisi aracılığıyla sorulması gibi uygulamalar, pek çok ülkede örneği olan dengeleyici tedbirlerdir.

Savunmaya, cinsel suçlar bağlamında yapılan video kayıtlarını uygun bir ortamda dilediği süre boyunca izleme imkânı tanındığı takdirde, kayıtlarının örneğinin savunmaya verilmemesi, ölçülü bir sınırlama olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla ilk bakışta, CMK'nın 236. maddesine 7188 sayılı Kanun'la eklenen fıkralar, adil yargılanma hakkı bağlamında ilkesel olarak sorunlu değildir.

Son tahlilde de söz konusu düzenlemelerin yerinde olduğunu söyleyebilmek için, her bir olayda savunma hakkının titizlikle dengelenmesi gerekir. Bu noktada mağdurun neden kırılğan olduğunun ve dolayısıyla neden duruşmaya gelmediğinin mahkeme kararında gerekçeli biçimde açıklanması büyük önem taşımaktadır. Mevcut uygulamanın aksine, duruşma dışında alınan beyanlarının tamamının duruşmada keşif işlemiyle izlenmesi zorunludur. Adli görüşme odasıyla iyi bir görüntü ve ses bağlantısı sağlanması, adli görüşmecilerin iyi eğitilmiş olması, ortak bir görüşme protokolünün izlenmesi ve soruları çarpıtmadan doğru biçimde aktarmaları, sistemin iyi işlemesi için şarttır.

Sonuç olarak 7188 sayılı Kanun'la yapılan düzenleme, mağdur hakları bağlamında önemli bir gelişmedir. Söz konusu hükümlerin uygulanmasında, yeni adil yargılanma hakkı ihlallerine yol açılmasının şartı ise, her bir uygulamada savunma hakkının gereği gibi dengelenip dengelenmediğini denetlemekten geçmektedir.

Kaynakça

Kitaplar

- Aydın Devrim, Ceza Muhakemesinde Deliller, Ankara 2014.
- Centel Nur- Zafer Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2020.
- Doğru Osman, Sanık Öğüten Çarklar- İnsan Hakları Açısından Türkiye'de Ceza Adalet Sistemi, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Ankara 1996.
- Feyzioğlu Metin- Taner Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat, İstanbul 2015.
- Grabenwarter Cristoph, European Convention on Human Rights Commentary, München 2014.
- Harris David- O'boyle Michael- Bates Ed - Buckley Carla - Harvey, Paul - Kamber Kresimir - Lafferty Michelle - Cumper Peter - Green Heather, Law of the European Convention on Human Rights, 4. edition, Oxford 2018.
- Karakehya Hakan, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi (Adil Yargılanma Hakkı) Bağlamında Ceza Muhakemesinde Duruşma, Ankara 2008.
- Maffei Stefano, The Right to Confrontation in Europe Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses, 2nd edition, Groningen 2012.
- Özbek Veli Özer- Doğan Koray- Bacaksız Pınar- Tepe İlker, Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Bası, Ankara 2020.
- Öztürk Bahri-Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sırma Gezer Özge- Saygılar Kırıt Yasemin F.-Özaydın Özdem-Alan Akcan Esra-Erden Tüttüncü Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakeme Hukuku, 14. Bası, Ankara 2020.
- Öztürk Neva-Taner Fahri Gökçen-Kontacı Ali Ersoy, Çocukların Adalete Erişim Hakkı Çerçevesinde Hukuki Yardım Hizmetlerine Dönük İhtiyaç Analizi, Ankara 2019.
- Renucci Jean-François, Droit Européen des Droits de l'Homme, 2. édition, Paris 2012.
- Sidhu Omkar, The Concept of Equality of Arms in Criminal Proceedings Under Article 6 of the European Convention on Human Rights, Cambridge 2017.
- Sudre Frédéric-Marguenaud Jean-Pierre-Andriantsimbazovina Joel- Gouttenoire Adeline-Levinet Michel, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme, 5. édition, Paris 2009.
- Summers Sarah J., Fair Trials, Oxford 2007.
- Şahin Cumhuriyet-Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Ankara 2019.

- Şahin Cumhur-Göktürk Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 9. Bası, Ankara 2019.
- Taner Fahri Gökçen, Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Bası, Ankara 2017.
- Taner Fahri Gökçen, Ceza Muhakemesi Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı Bağlamında Çelişme ve Silahların Eşitliği, Ankara 2019.
- Tezcan Durmuş-Erdem Mustafa Ruhan-Sancakdar Oğuz-Önok R. Murat, İnsan Hakları El Kitabı, 6. Bası, Ankara 2016.
- Toroslu Nevzat-Feyzioğlu Metin, Ceza Muhakemesi Hukuku, 19. Bası, Ankara 2019.
- Turhan Faruk, Ceza Muhakemesinde Tehlike İçindeki Tanıkların Korunması, Türk Alman ve Avusturya Hukuklarında Karşılaştırmalı Olarak, Ankara 2009.
- Ubertis Giulio, Principi di procedura penale europea, 2. edizione, Milano 2009.
- Ünver Yener-Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku, C. I, 15. Bası, Ankara 2019.
- Wasek Wiaderek Malgorzata, The Principle of Equality of Arms in Criminal Procedure Under Article 6 of the European Convention on Human Rights and Its Functions in Criminal Justice of Selected European Countries, Leuven 2000.
- Yenisey Feridun-Nuhoğlu Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Bası, Ankara 2019.

Makaleler ve Kitap Bölümleri

- Antonsdóttir Hildur Fjóra, A Witness in My Own Case': Victim-Survivors' Views on the Criminal Justice Process in Iceland, *Feminist Legal Studies*, (2018) S. 26:307-330.
- Aytekin İnceoğlu Asuman, Suç Mağduru Kadının Hakları, Kadına Yönelik Erkek Şiddeti ile Mücadele Sorunlar Çareler Sempozyum Kitabı içinde, İstanbul 2020, s. 117-126.
- Barkhuysen Tom-Van Emmerik Michiel-Jansen Oswald-Fedorova Masha, "Right to Fair Trial", *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights* içinde, Editors: Pietr Van Dijk- Fried Van Hoof- Arjen Van Rijn- Leo Zwaak, 5. edition, Cambridge 2018, s. 497-654.
- Buzelli Silvia-Casiraghi Roberta-Cassibba Fabio-Concolino Paola-Pressacco Luca, "Diritto a un equo processo", Corte di Strasburgo e giustizia penale içinde, a cura di Giulio Ubertis e Francesco Viganò, Torino 2016, s. 128-235.
- Cossins Anne, "Prosecuting Child Sexual Assault Cases: Are Vulnerable Witness Protections Enough", *Current Issues in Criminal Justice*, C. 18, S. 2, Kasım 2006, 299-317.
- Dönmez Burcu, "AİHM ve Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Gizli Tanıklara Soru Sorma Hakkının Kullanılması", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 2016, S. 127, s. 121-156.
- Ellison Louise, "The Mosaic Art: Cross-Examination and the Vulnerable Witness", *LegalStudies* 21, no. 3 (September 2001): 353-375.
- Ermağan Çağlar Eda-Türk Tuğba, İstismara Maruz Kalan Çocuklarla Adli Görüşme: NICHD Protokolü Önerisi, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Y. 11, S. 38, Nisan 2019, s. 393-412.

- Fansher Ashley-Del Carmen Rolando V., "Child as Witness: Evaluating State Statutes on the Court's Most Vulnerable Population", *The Children's Legal Rights Journal*, C. 36, S. 1, Y. 2016, s. 1-44.
- Keskin Züleyha, "Toplumsal Cinsiyet Eşitliğini Sağlamada Korumacı Yaklaşımlar- Pozitif Ayrımcılık Çare mi Çıkmaz mı?", *Kadın Yazıları içinde*, Yayına Hazırlayan: Türkan Yalçın, Ankara 2020, s. 437-452.
- Russo Lucia, "Atti sessuali con minorenne", *Reati contro la libertà sessuale e lo sviluppo psico-fisico dei minori trattato da Alberto Cadoppi, Stefano Canestrari e Michele Papa içinde*, Milano 2006, s. 121-162.
- Saint-Pau, Jean-Christophe, "Les obstacles au contradictoire: l'exemple de l'anonymat des témoins", *Le contradictoire dans le procès pénal içinde*, Paris 2012, s.123-132.
- Sarıca Ayşe Dolunay-Coşkun Umut Haydar, Cinsel İstismar Olgularında Adli Görüşme Odalarının Kullanımı: Hâkim, Avukat, Uzman ve Mağdur Görüşleri, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, Y. 2020, S. 8 (1), s. 1-26. (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1087949>)
- Şamar Berhudan-Urhan Betül, "Adli Görüşme Odalarında Suç Mağdurlarıyla Görüşme", *Toplum ve Sosyal Hizmet*, C. 31, S.3, Temmuz 2020, s. 931-959.
- Schöch Heinz, "Ceza Muhakemesinde Cinsel Suç Mağduru Küçüklerin Korunması", *Almanca aslından çeviren Nur Centel, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 1999, C. III, S. 1, s. 3-14.
- Turhan Faruk, "Tanık Koruma Tedbirleri ve Sanığın Adil Yargılanma Hakkı/Tanık Koruma Kanununa Göre Ceza Muhakemesinde Tanıkların Korunması ve Sanığın İddia Tanıklarına Soru Sorma ve Sorgulama Hakkının AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi", *Hukuk Devletinde Suç Yaratılmasının ve Suçun Aydınlatılmasının Sınırları Sempozyum Kitabı içinde*, Ankara 2009, s. 383-408.
- Turhan Faruk, "Tanıklara Yemin Verilmesine İlişkin Ceza Muhakemesi Kanunu Hükmülerinin Eleştirel Bir Değerlendirmesi", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXIV, Y. 2020, S. 4, s. 359-409.

İnternet Kaynakları

- <https://abgm.adalet.gov.tr/yayinlar/belgeler/ABMagdurHaklari.pdf>
- <http://www.adalet.gov.tr>
- <http://www.anayasa.gov.tr> (Anayasa Mahkemesi kararları için)
- <https://www.dpp.sa.gov.au>
- <https://eur-lex.europa.eu>
- <https://hudoc.echr.coe.int> (AİHM kararları için)
- <http://www.kazanci.com.tr>
- <http://www.legislation.gov.uk>
- <http://www.magdur.adalet.gov.tr>