

**# KIRILGAN MAĞDURLARIN İKİNCİL
MAĞDURİYETLERİNİN ÖNLENMESİ İÇİN UYGULANACAK
TEDBİRLERİN SAVUNMA HAKKI İLE BİRLİKTE
DEĞERLENDİRİLMESİ***

*(THE ELIMINATION OF SECONDARY VICTIMIZATIONS FACED BY WOMEN AS
VULNERABLE VICTIMS: STRIKING A BALANCE BETWEEN THE SPECIAL
CRIMINAL PROCEDURE MEASURES AND THE RIGHT OF DEFENSE)*

Aysu Gül Yılmaz**

ÖZ

Ceza yargılaması usullerinin düzenleniş biçimleri, maddi gerçeğe en hakkaniyetli yoldan ulaşma açısından önem arz etmektedir. Bu noktada, ceza yargılaması boyunca ortaya çıkabilecek hak ihlallerinin en aza indirgenmesi yönünde yapılacak düzenlemeler, sistemin sağlıklı bir şekilde işlemlerini güvence altına alacaktır. Bu güvenceler, Anayasa ve uluslararası belgelerde düzenlenmiş adil yargılanma hakkını temin eden kurumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Toplumsal bağlam ile birlikte ele alındığında ise, ceza yargılaması sırasında hak ihaline uğraması en muhtemel grup olarak kırılğan gruplar gösterilebilir. Ceza yargılaması boyunca davaya konu olay sebebiyle daha farklı travmalara maruz kalabilecek taraf ise genellikle mağdur olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 23.11.2023 tarihinde Yayınevimize ulaşmış olup, 11.12.2023 tarihinde birinci hakem; 19.12.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Hukuku Asistanı, aysu.yilmaz@bilkent.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-4902-5220

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Bu makaleye atıf için; Yılmaz, Aysu Gül, “Kırılğan Mağdurların İkincil Mağduriyetlerinin Önlenmesi İçin Uygulanacak Tedbirlerin Savunma Hakkı ile Birlikte Değerlendirilmesi”, Anayasa Hukuku Dergisi, Cilt No.: 12, Sayı No.: 24, 2023, s. 399-426.

bağlamda, kırılğan mağdurların yargılama faaliyetleri boyunca uğratılabilecekleri hak ihlallerinin ortadan kaldırılması, özel önlemler alınmasını gerektirecektir. Bu makalede, kırılğan mağdur gruplarından cinsiyet temelli şiddete maruz kalmış kadınları konu alarak, ikincil mağduriyetlerin önüne geçilmesi amacıyla yargının dikkate alması gereken etik ilkelerin ve tedbirlerin, savunma hakkı çerçevesinde söz konusu olan ilkeler ve özgürlükler ile birlikte değerlendirilmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Yargı Etiği, Toplumsal Cinsiyet Hukuku, Yargısal Kalıplaşma, Ceza Muhakemesi

ABSTRACT

In order to ensure that the judicial proceedings are carried out in a healthy manner, a number of rights pertaining to a fair and impartial trial have been enshrined in the Constitution as well as several international documents. However, it still stands true that vulnerable groups are especially at risk of facing degrading or discriminatory treatment when one considers the social context under which the trial is carried out. In this regard, it is generally the victim who is exposed to such traumatic conducts. For this reason, it is crucial to consider special measures and certain precautions so as to eliminate the risk of such infringements on the rights of vulnerable victims. This paper will focus on women who have been subjected to forms of gendered violence as a sub-category of vulnerable victims and will try to establish a balance between the special measures that can be taken by the judiciary, and the freedoms guaranteed under the right of defence.

Keywords: *Judiciary Ethics, Law and Gender, Judicial Stereotyping, Criminal Procedure*

I. Giriş

“Hukuk adaletsizdir” sloganı, feminist hareketin hukuka yönelttiği başlıca eleştirilerdendir. Erkek egemen toplum düzeninde ortaya konan hukuk kuralları ve bağlantılı olarak hukuk uygulaması, bariz olmasa bile patriyarkal önyargılar üzerine kuruludur. Önyargıları besleyen kalıp yar-

gılar, toplumsal cinsiyete dayalı rolleri ya da klişeleri gerçek, evrensel, doğal ve/veya değiştirilemez gibi gösteren önermelerdir. Bu türden kalıp yargıların kullanımı, belirli sosyal grupları ötekileştirerek, aşağılayarak, ya da herhangi başka şekillerde onların insanlık onurlarını zedeleyerek onlara zarar vermektedir. Bu tür hükümlerin, özellikle kırılğan grupların mağdur ya da suçtan zarar gören oldukları, veya tanık olarak dinlendikleri yargılamalarda yargıçlar ya da karşı taraf tarafından kullanılması, bu gruplara mensup kişilerin ikincil bir mağduriyet yaşamalarına sebep olmaktadır. Söz konusu durumun en belirgin gözlemlendiği durumlar, kırılğan gruplardan biri olan kadınların özellikle toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir görünüm biçimi olan cinsel şiddetin mağduru olduğu dosyalardır. Devletin, Anayasal sorumlulukları ile toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama yönündeki uluslararası yükümlülükleri, toplumsal cinsiyete dayalı sistematik ayrımcılığı hukuki alanda meşrulaştıran pratiklerin önüne geçilmesinde kilit noktadır. Bu bağlamda kadınların halihazırda yaşamış oldukları travmatik olaylara ek olarak ceza muhakemesi süreçleri tarafından örselenmelerinin önüne geçmek için yasal birtakım korumalar mevcuttur. Bu tedbirlerin, adil yargılanma hakkı bakımından söz konusu olan ilkeler ile dengede bulunması ise yargılamanın sağlıklı işlemesi ve hak ihlallerinin önüne geçilmesi açısından önemlidir. Bu makalede, önce, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin bir ortaya çıkış biçimi olan cinsel şiddet mağduru kadınların kırılğanlıkları üzerinde durulacak, sonrasında alınan veya alınması söz konusu olan tedbirlerin yeterliliği incelenerek aslen önyargılara ve toplumsal kabullere dayanan bu soruna karşı bir çözüm önerisi olarak yargı etiğinden bahsedilecektir. Nihayet, adil yargılanma hakkını temin eden ilkeler ortaya konarak bu ilkeler ile bahsedilen tedbir ve öneriler arasında nasıl bir dengenin sağlanması gerektiği incelenecektir.

II. Kırılğan Mağdur Tanımı ve Kapsamı

A. Kırılğanlık

Bir terim olarak kırılğanlık, insan hakları teorisi içinde önemli bir yere sahiptir. Ontolojik bakış açısına göre kırılğanlık, insanlığın temel ve ortak bir koşulu olarak, bireylerin diğerlerini etkileme ve diğerlerinden etkilenme potansiyeli olarak anlamlandırılmakla beraber, partiküler yaklaşıma göre ise, somut koşullarda belirli ve farklılaşmış biçimlerde ortaya çıkmaktadır. Partiküler bakış açısında kırılğanlık, zarar görmeye, is-

tismara, ve sömürüye karşı savunmasızlık olarak tanımlanabilmektedir.¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin (AİHM) mevcut anlayışına bakıldığında, büyük ölçüde dışlanmış, marjinalize olmuş ve dezavantajlı konumda olan bireyler bakımından kırılğan kavramının kullanıldığı görülmektedir.² Bu bağlamda, insan hakları teorisi açısından kırılğanlık tanımlanırken partiküler yaklaşımın esas alındığı söylenebilir.³ Ceza muhakemesi hukuku açısından bir değerlendirme yapıldığında ise, mağdurun bireysel özellikleri veya mağduru olduğu sürülen suç dolayısıyla ortaya çıkan hassas durumu söz konusudur.⁴ 2012/29 sayılı Avrupa Birliği Direktifi'ne göre, mağdurun kişisel özellikleri bakımından yaşı, cinsiyeti, cinsiyet kimliği ve ifadesi, cinsel yönelimi, etnik kökeni, ırkı, dini, sağlık ve engel durumu, iletişim güçlükleri, ikamet durumu, mağdurun faille ilişkisi ve ona bağımlılığı gibi ölçütlerin dikkate alınacağı anlamı çıkartılabilir. Suçun niteliği bağlamında ise suçun nefret, önyargı veya ayrımcılık temelli bir suç veya cinsel şiddet suçu olup olmadığı, ya da failin mağdur üzerinde nüfuzu bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir.⁵

Bu çalışmada, kırılğanlık kavramı içinde, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin görünüm biçimlerinden biri olan cinsel şiddete uğrayan kadınların, bir kırılğan mağdur alt kategorisi olarak, karşılaştıkları ayrımcılıklar incelenecektir.

B. Kırılğan Mağdur Tanımı

Kırılğan mağdur tanımının ortaya çıkış noktası, ceza muhakemesi boyunca doğrudan sorulan soruların, ya da Anglo-Sakson sisteminde çapraz sorgunun, halihazırda travmatik bir olay yaşamış ya da buna şahit

¹ Erinn C. Gilson, "Vulnerability and Victimization: Rethinking Key Concepts in Feminist Discourses on Sexual Violence", *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 42, (2016): 72.

² Elif Çelik, "İnsan Hakları Bakımından Kırılğan Kavramına Bir Giriş Ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, s. 1 (Mayıs 2020): 73.

³ Çelik, "İnsan Hakları Bakımından Kırılğan Kavramına Bir Giriş", s. 62.

⁴ Fahri Gökçen Taner, "Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK'nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, s. 153 (Mart 2021): 7.

⁵ Taner, "Kırılğan Mağdur," 7.

olmuş olan kişiye yöneltilmesi, bu yöneltmedeki saldırgan tutum ve toplumsal kalıp yargılardan beslenen söylemlerin bu kişiyi psikolojik ve/veya duygusal açıdan tekrar tekrar yıpratmakta olduğu olgusudur. Bu bakımdan, kırılğan mağdur teriminin içine kırılğan tanıkların da dahil edileceği, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 6/3(d) bendine yer alan tanık ve mağdur kavramları arasındaki bağlantı göz önünde bulundurulduğunda, kuşkusuzdur. Kırılğanlık söz konusu olduğunda mağdur ve tanık kavramları arasında güçlü bir bağlantının varlığından bahsedilmektedir.⁶ Gizli tanıklar için savunma makamı tarafından görülmemenin esas olmasının aksine, kırılğan tanıklar (ve mağdurlar) açısından savunma makamı ve dolayısıyla fail ile karşı karşıya gelmemeleri esastır.⁷ Bunun nedeni, savunma makamının, güvenilirliklerini sarsmak için hem mağdura he de tanıklara yöneltebileceği sert ve saldırgan sorgulamanın kırılğanlık durumu olan kişilerde yaratacağı negatif etkilerdir.⁸

Yapılan çalışmalar göstermektedir ki, kırılğan mağdur, bu süreçte, öncelikle, failiyle karşı karşıya gelmesi durumunda psikolojik anlamda özellikle yıpranmaktadır. Duruşma boyunca kırılğan mağdurun altında kaldığı zorlayıcı sorgu, halihazırda var olan duygusal eleme daha da körüklemektedir. Bununla birlikte kırılğan mağdurun yaşadığı olayları anlatırken, suçun cinsel ve mahremiyete dönük yapısı nedeniyle, duruşma salonunun olumsuz atmosferi ve hazır bulunan insanlar da göz önüne alındığında, utanç ya da suçluluk hissetmesi de gözlemlenen bir durumdur.⁹ Bütün bunlar, kırılğan mağdurun beyanının sağlıklı bir şekilde alınmasına engel teşkil eden faktörler olarak ortaya çıkmaktadır.

İç hukukumuzda kırılğan gruplar, henüz kanunlaşmamış Mağdur Hakları Kanun Tasarısı'nda "cinsel suç, aile içi şiddet, terör, göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti suçu mağdurları ile çocuk, kadın, yaşlı ve engelli mağdurlar."¹⁰ olarak tanımlanmakta iken, bu konu 63 sayılı Suç Mağdurlarının Desteklenmesine Dair Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi yoluyla düzenlenmiş ve bu kararnamede kırılğan grup, "adli destek gö-

⁶ Taner, "Kırılğan Mağdur", 4.

⁷ Stefano Maffei, *The Right to Confrontation in Europe: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses* (Groningen: Europa Law Publishing, 2012): 61.

⁸ Lousie Ellison, "The Mosaic Art?: Cross-Examination and the Vulnerable Witness" *Legal Studies* 21 (Eylül 2001): 360.

⁹ Maffei, *The Right to Confrontation*, 64.

¹⁰ <http://www.adalet.gov.tr/tasarilar/1magdur-haklarikanuntasarisi.pdf>.

revlileri tarafından yapılan bireysel değerlendirme sonucunda suçtan daha fazla etkilendiği ve korunması gerektiği tespit edilen mağdurlar ile adli sisteme dâhil olan çocuklar” şeklinde tanımlanmıştır¹¹.

Görüldüğü üzere, Karaname’de, Tasarı metninde tek tek ve açıkça sayılan kimlik ve durumların yerini, yoruma açık ve daha kapsayıcı bir tanımlama almıştır. Dikkati çeken bir diğer nokta da Karaname’de Tasarı metninin aksine “kadınlar” açısından ayrı bir düzenlemeye gidilmemesidir. Bu noktada kanımızda detaylı bir analiz yapılmalıdır. Korumacı yaklaşımların toplumsal cinsiyet eşitliğini sağlama noktasında uzun vadeli çözümler getirmediği, hatta ve hatta çoğunlukla bizzat karşı çıkılmak istenen üstenci ve patriyarkal anlayıştan beslendiği bir gerçektir. Bunun da ötesinde, kırılğan mağdur sayılabilmek için bakılması gereken öncelikli nokta, belirli bir cinsiyete mensup olmak değil, uğranılan suç sonucu yaşanması muhtemel ikincil mağduriyetlere, hak ihlallerine ve travmalara açık bir durumda olmaktır. Kırılğan mağdur yaratan suçların büyük çoğunluğunun mevcut toplumsal konjonktürde kadınlara karşı işlendiği unutulmamalıdır. Bunun yanı sıra, ceza yargılaması boyunca karşılaşılması muhtemel ayrımcı muameleler de yine patriyarkal toplumda yer etmiş kalıp yargılar ve önyargılar eliyle ortaya çıkacağından, kadınların bunun öncelikli mağduru olacağı aşikardır. Bu noktada da erkek egemen anlayışın yarattığı ve kadınları tahakküm altına alma aracı olan söylem ve suçlara karşı geliştirilen mekanizmaların anti-feminist olmadığı, aksine bunlarla mücadele için gerekli oldukları söylenebilir. Yine de, kanımızca hukukun kapsayıcı ve genel geçer kurallar ihtiva etmesi gerekliliği de düşünüldüğünde, bu Karaname eliyle adli görevlilere somut durum hakkında bir değerlendirmede bulunmaları görevinin verilmesi, sağlıklı işlediği sürece yerinde bir düzenlemedir.

Aşağıda incelenecek olan kırılğan mağdur ve tanıklar bakımından gündeme gelecek tedbirlerin ve usullerin ana amacı, kırılğan mağdur veya tanığın söz konusu suç dolayısıyla yaşadığı travmaları yargı makamı önünde anlatırken o travmaları bir kere daha yaşayarak örselenmesinin önüne geçmektir. Bu noktada kırılğan mağdur veya tanığın beyanları alınırken yargıçların o kişiye karşı olan tavırları ve kullandığı dil önem arz etmektedir. Bundan da önemlisi, kırılğan mağdur ya da tanığa soru sorulması (ya da çapraz sorgu yapılması) her ne kadar adil yargılanma

¹¹ Taner, “Kırılğan Mağdur,” 5.

hakkı kapsamında geçen savunma hakkının en önemli başlıklarından olsa da, çoğu zaman sanığın aklanması için vekillerce saldırgan ve toplumsal kalıp yargılardan beslenen ifadelere maruz kalması ikincil mağduriyetlere yol açmaktadır.

III. Toplumsal Cinsiyet Temelli Şiddet

Toplumsal cinsiyete dayalı kadınlara yönelik şiddet, sadece kadın olduğu için kadına yöneltilen, ya da toplum içinde orantısız bir şekilde kadınları etkileyen şiddet anlamına gelmektedir.¹² Toplumsal cinsiyet temelli şiddet, Türkiye’de olduğu kadar dünyanın her kesiminde söz konusu olan yapısal bir sorundur. Bu nedenle genel ve geleneksel anlamda insan haklarını temel alan belgelerin yanında, toplumsal cinsiyete bağlı ayrımcılığı engellemeye yönelik hüküm ve güvencelere sahip ve özellikle toplumsal cinsiyet temelli şiddeti engellemeyi amaçlayan belgeler de mevcuttur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), yukarıda bahsedildiği üzere daha genel ve geleneksel anlamda bir belge olsa da, AİHM, içtihatları ile AİHS’ni toplumsal cinsiyet bağlamında yorumlayarak bu alanda önemli bir hak koruma mekanizması haline gelmiştir. Buna ek olarak, AİHS’nin tersi şekilde toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve ayrımcılığa karşı özel olarak kaleme alınmış ve gerek Anayasa Mahkemesi’nin, gerekse AİHM’nin kararlarında atf yaptığı Kadınlara Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi (İstanbul Sözleşmesi) ve Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), içerdikleri hükümlerle hem toplumsal cinsiyet temelli şiddeti tanımlamış, hem de bu bağlamda taraf Devletlere uymaları gereken birtakım yükümlülükler getirmişlerdir.

Her ne kadar İstanbul Sözleşmesi’nden bir Cumhurbaşkanı Kararı ile çıkılmış olsa da İstanbul Sözleşmesi’ne atıfta bulunan 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair kanun hala yürürlüktedir ve uygulanması zorunludur. Bu bağlamda İstanbul Sözleşmesi’nin toplumsal cinsiyet temelli şiddet tanımı ve akabinde ortadan kaldırılması için devlete yüklediği sorumluluk önem arz etmektedir. İstanbul Sözleşmesi, kadına karşı şiddeti, “...kadınlara karşı bir insan hakları ihlali ve ayrımcılık anlaşılacak ve bu terim, ister kamu ister özel ya-

¹² Akt. Özlem Yenerer-Çakamut, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 1, (2016): 9.

şamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dahil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet eylemleri” olarak tanımlamıştır. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet de, bu bağlamda, “... kadına karşı, kadın olduğu için yöneltilen veya kadınları orantısız şekilde etkileyen şiddet” olarak ortaya çıkmaktadır.¹³ İstanbul Sözleşmesi ayrıca, devlete, toplumsal cinsiyet temelli şiddetin önlenmesi, soruşturulması, cezalandırılması, ve bu eylemler nedeniyle tazminat verilmesi konusunda azami dikkat ve özenin sarf edilmesi için gereken yasal ve diğer tedbirleri almakla birlikte, hassasiyet gerektiren politikaları toplumsal cinsiyet bakış açısı ile uygulamaya yönelik yükümlülükler getirmektedir.¹⁴ CEDAW kendi içinde toplumsal cinsiyete dayalı şiddetle ilgili bir tanıma yer vermemiş olsa da, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Komitesi, 19 No’lu Genel Yorum’unda (1992) toplumsal cinsiyete dayalı şiddet, kadınların eşitlik temelinde hak ve özgürlüklerden yararlanabilmesini ciddi şekilde engelleyen bir ayrımcılık biçimi olduğunu belirtmektedir.

Kadına yönelik şiddet sorunu aslında hukuki-cezai bir sorun olmaktan daha çok toplumsal ve politik bir sorundur.¹⁵ Çünkü hukuk düzeni, cinsel şiddeti eril terimlerle tanımlamakta ve daha sonra da bunu mağdurun sorunu haline getirmektedir.¹⁶ Bu noktada kırılğan mağdurların yargılama boyunca yaşama yüksek riski içinde oldukları durumları açmak yerinde olacaktır. Öncelikle, yaşandığı iddia edilen suçun doğası nedeniyle kırılğan hale gelebilecek mağdurlardan yukarıda bahsedilmişti. Bu doğrultuda, bu makale kapsamında üstünde durulacak husus, toplumsal cinsiyete dayalı şiddetin görünüm biçimlerinden biri olan cinsel şiddet mağdurlarının yargılama boyunca yaşadıkları hak ihlalleri olacaktır. Söz konusu suç, unsurları gereği halihazırda mağdurlar bakımından

¹³ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi Madde 2.

¹⁴ Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi Madde 5 ve 6.

¹⁵ Seher Kırbuş-Canikoğlu, “Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, *Fe Dergi* 5, s. 1, (2013): 62.

¹⁶ Catherine A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, (Harvard University Press, 1989), 177.

travmatik, fiziksel ve ruhsal açıdan ise yaralayıcı bir niteliktedir. Bu bağlamda mağdurların çoğu halihazırda kırılğan bir yapıda bulunmaktadır. Bunlarla beraber, cinsel şiddet suçunun bir de toplumsal boyutu vardır. Bu boyutta, toplumda baskın şekilde yer edinmiş mağdur suçlayıcı, ahlakçı ve eril kodlar, suçun olduğu andan itibaren mağdur üzerinde görünmez bir baskı ögesi haline gelir. Sosyal çevre anlamıyla toplumdan, kolluk ve adli görevlilere kadar bu kodların varlığı ve kullanımı, mağdurları sessizleşmeye itmekte, sesini duyurmayı başaranları ise tekrar bir tahakküm altına almaya çalışmaktadır.

A. Yargısal Kalıplaşma

Hukuk uygulamasında toplumsal cinsiyete dayalı önyargılardan hareket edilmesi yargısal kalıplaşma (*judicial stereotyping*) olarak tanımlanır ve ayrımcı kalıp yargıların yargılama boyunca hem yargıç hem de savunma makamı tarafından yeniden üretilmesine sebep olduğu durumdur. Önyargıları besleyen kalıp yargılar, toplumsal cinsiyete dayalı rolleri ya da klişeleri gerçek, evrensel, doğal ve/veya değiştirilemez gibi gösteren önermelerdir. Bu türden kalıp yargıların kullanımı, kadınları ötekileştirerek, aşağılayarak, ya da herhangi başka şekillerde insanlık onurlarını zedeleyerek onlara zarar vermektedir.¹⁷ Yargısal kalıplaşma, yargıçların belirli nitelikleri veya rolleri, o bireyin özel bir sosyal gruba (örneğin kadınlar) üye olması dolayısıyla ona atfetmesi olarak tanımlanmaktadır.¹⁸ Sanıklar ve avukatları ise savunma stratejilerini toplumsal cinsiyete dayalı kalıplaşmış önyargılara göre şekillendirmekte, bunun kendileri/müvekkilleri lehine sonuç yaratacağını bilmektedirler.¹⁹ Bunun nedeni de yargılamanın esasında bir anlatılar bütünü olması ve yargı makamları nezdinde bu anlatıların sadece belli bir türünün karşılığını bulmasıdır. Karşılığı bulunan anlatıların karşısında ise Uygur'un deyişi ile karşılığı bulunmayan ve karşılığı bulunamayan anlatılar yer almakta-

¹⁷ Alexandra Timmer, "Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review* 11 (2011): 715.

¹⁸ İpek Bozkurt, ve Güley Bor, "Etiği Savunmak: Kadına Yönelik Şiddet Dosyalarında Sanık Müdafilerinin Savunma Pratiklerinin Feminist Eleştirisi", *Suç Ve Ceza* 13, s. 1 (Mart 2020): 120.

¹⁹ Bozkurt, ve Bor, "Etiği Savunmak," 115.

dır.²⁰ Yargılamada karşılığı bulunamayan anlatıların başlıca örnekleri ise cinsel saldırı ile ilgili olan yargılamalarda ortaya çıkmaktadır.²¹ Bu bağlamda hukuktaki baskın anlatı, hukukta hangi anlatıların karşılığını bulabileceği ya da bulabileceği ile ilgili kriterleri belirler ve bu yolla hukuki kategoriye uymayan ya da hukukun tanımadığı grupları dışlar.²² Karşılığı bulunamayan anlatı ise yargılama sürecinde üretilen anlatıdır. Yargılama sürecinde ortaya çıkan kırılğanlık ise buna bir örnektir.²³

Bu doğrultuda örnek vermek gerekirse; hakimler, seks işçilerinin cinsel ilişkiye rıza verdiği varsayımıyla seks işçilerinin cinsel şiddet iddialarını ciddiye almamakta, “iffetli kadın” olup olmama gibi argümanlar oluşturmaktadırlar. Evlilik içi cinsel şiddet açısından da aynı şekilde toplumsal cinsiyet rollerine bağlı bir görmezden gelme söz konusu olmakla beraber, kadınların müşteki veya tanık olarak yer aldıkları cinsel şiddet ve sair dosyalarda sürekli surette beyanlarının güvenilir bulunmaması şeklinde sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Burada cinsel şiddet olayından önce kadının aktif bir cinsel hayatının olmasının ya da giyiminin, davranışlarının ve benzeri durumların suç için bir meşruiyet dayanağı olarak kabul edilmesi ya da mağdurun verdiği ifadeleri arasındaki önemsiz farkların travmaya bağlı olduğunun göz ardı edilmesi gibi türlü ayrımcılık durumları mevcuttur. Tam tersine, sanık erkekler ise daha güvenilir bulunmakta ve türlü bahaneler ile cezalarında indirimde gidilmektedir. Bu fenomenler aşağıda örnekler ile açıklacaktır.

Bahsedilen toplumsal cinsiyet anlayışına dayalı yargısal kalıplaşmalar, beraberinde, savunma makamının da bu kalıpları istismar etmek suretiyle kendi lehine kullanmasının önünü açar. Türkiye’de basında genişçe yer bulmuş yakın zamandaki kadın cinayeti dosyalarının çoğunda bu fenomeni görmek mümkündür. Örneğin, Şule Çet davasında karşı taraf avukatları Şule Çet’in ‘bakire olmadığı’ savunmasını ileri sürmüşler-

²⁰ Gülriz Uygur, “Yargılamada Karşılığını Bulmayan Anlatılar–Karşılığı Bulunulamayan Anlatılar,” Hukukta Anlatı-Hukukun Anlatısı içinde, ed. Gülriz Uygur ve Zeynep İspir (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 41.

²¹ Uygur, “Yargılamada Karşılığını Bulmayan Anlatılar–Karşılığı Bulunulamayan Anlatılar,” 42.

²² Uygur, “Yargılamada Karşılığını Bulmayan Anlatılar–Karşılığı Bulunulamayan Anlatılar,” 45.

²³ Uygur, “Yargılamada Karşılığını Bulmayan Anlatılar–Karşılığı Bulunulamayan Anlatılar,” 43.

dir.²⁴ Yine aynı şekilde, Ceren Damar davasında fail soruşturma sürecindeki ilk ifadesinde Ceren Damar'ı kendisini kopya çekerken yakaladığı için sinirlenerek öldürdüğünü söylemişken, yapılan ilk duruşmada fail avukatı, Ceren Damar ile fail arasında bir cinsel ilişkinin var olduğunu ve Ceren Damar'ın bu nedenle faile baskı uyguladığını, failin ise "hocasının cinsel saldırısına uğradığı için sanığın meşru müdafaa hakkını kullandığını" ifade etmiştir.²⁵ Verilen iki örnekte de suçun doğrudan mağdurları hayatta olmadığından yargılama sürecindeki ikincil mağduriyetlerden söz etmek mümkün olmasa da, özellikle cinsel şiddet dosyalarının çoğunda ceza yargılaması boyunca mağdurların bu tür ifade ve suçlamaları birinci elden duydukları, buna hem yargı makamları hem de karşı taraf ve avukatları tarafından maruz bırakıldıkları bir gerçektir.

Yukarıda bahsi geçen örneklerden hareket edilecek olursa, bir kırılğan grup olarak addedilen kadınların özellikle cinsel şiddet mağduru konumunda oldukları durumlarda ayrıca yargısal kalıplaşmanın da mağduru oldukları söylenebilir. İşbu kodların yargıçlar tarafından kullanımı ise ikincil mağduriyetlere yol açmakta ve esasında yargılamayı adaletsiz kılmaktadır. Bu tür yargılamalarda yargıçların toplumsal cinsiyete dayalı kalıp yargılara karar gerekçelerinde yer vermeleri, hatta hükümlerini doğrudan bu yargılar üzerine kurmaları, toplumda halihazırda mevcut olan cinsiyet eşitsizliğini hukuken meşru kılmaktadır.

B. Mağdur Üzerindeki Olumsuz Etkiler

Cinsel saldırıya ilişkin mitler ve bu mitlere dayanan toplumsal tanımlar, eril yargı düzeni eliyle, cinsel saldırıya ilişkin gerçeklerin ve yapılan ampirik çalışma sonuçlarının yerini alır ve toplumsal cinsiyet temelli şiddet bu şekilde yasal meşruluk kazanır.²⁶ Hukuk, hâkim güç ilişkilerini meşrulaştırırken ceza hukuku da sosyal olarak kabul edilebilir davranışları ve kadının toplumdaki rolünü belirler.²⁷ Bunun yanında,

²⁴ "Şule Çet Davasında Sanıklardan Skandal Savunma," BirGün, 6 Şubat, 2019, <https://www.birgun.net/haber/sule-cet-davasinda-sanıklardan-skandal-savunma-246103>.

²⁵ "Etik, Adalet, Usül Hepsini Boş, Her Yol Mübah: Ceren Damar'ın Katilinin Avukatıyla Görüştük," Haber Sol, 30 Eylül, 2019, <https://haber.sol.org.tr/turkiye/etik-adalet-usul-hepsi-bos-her-yol-mubah-ceren-damarin-katilinin-avukatıyla-gorustuk-27144>.

²⁶ Lucinda Vandervort, "Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea", Canadian Journal of Women and the Law 2, (1987): 258.

²⁷ Dorothy E. Roberts, "The Meaning of Gender Equality in Criminal Law", Journal of Criminal Law and Criminology 85, (1944): 1.

yargıç tarafından olayın aydınlatılması için mağdura yöneltilen sorular, mağdurun yaşadığı olayı tekrar tekrar anlatma yükü altına girmesine, dolayısıyla da travmasının büyümesine ya da başka travmaların oluşmasına yol açmaktadır. Aynı şekilde sanık veya avukatının tanığa sorduğu sorular açısından da benzer bir durum gözlenmektedir. Buna ek olarak sanık veya avukatının savunma yaparken, yukarıda bahsedildiği gibi toplumsal cinsiyet kalıp yargılarına dayanan ve çoğu zaman agresif yapıda olan sözleri de aynı şekilde mağdur açısından ikincil mağduriyetlerin ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir. Söz konusu suçun, yapısı gereği özel hayatı konu alması, mağduru çoğu zaman mahkeme ortamının baskın havası ve olayın oluş anından itibaren zerinde hissettiği toplumsal önyargılardan doğan baskı altında olması, her şeyin üstüne de sanık ile karşı karşıya gelmesi onda geri dönülmez ruhsal travmaların oluşmasına neden olmaktadır.

Yukarıda bahsedilen durumları somutlaştırmak gerekirse, N.Ç. başvurusuna bakmak yerinde olacaktır. Özetle, N.Ç., 2002 yılında 14 yaşında iken fuhuşa zorlanmış, özgürlüğünden yoksun bırakılarak birçok kişi tarafından nitelikli cinsel saldırıya uğramıştır. 2003 yılında N.Ç. Savcılığa şikâyette bulunmuş, olayla ilgili 28 kişinin kimliği belirlenmiş ve 27'si tutuklanmıştır. Mardin Ağır Ceza Mahkemesindeki ilk duruşmada, duruşmanın kamuya kapalı yapılmasına karar verilmiş fakat duruşmadan sonra, sanık yakınları, N.Ç.'ye ve temsilcilerine saldırmış, N.Ç.'nin avukatlarının, koruma tedbirine ve güvenlik nedeniyle davanın başka yere aktarılmasına ilişkin talepleri ise mahkemece reddedilmiştir. Bütün bunlarla beraber yargılama 11 yıl sürmüş, bu süre içinde ise N.Ç., yargı organının isteğiyle 10 kez, neden gerek duyulduğu açıklanmayan ayrıntılı tıbbi muayenelere tabi tutulmuş, duruşmalarda, sosyal danışmanın, psikoloğun veya başka bir uzmanın desteği olmaksızın faileri ile karşı karşıya getirilmiş ve onların önünde, mağduru olduğu cinsel şiddet eylemlerinin en ince ayrıntısına kadar anlatmaya ve eylemleri canlandırmaya (*reconstruction*) zorlanmıştır. Mahkeme tarafından hiçbir pratik için meşru ya da gereklilik arz eden bir neden gösterilmemiştir. Ayrıca N.Ç., duruşmalardan sonra sanıkların yakınları tarafından saldırıya uğramıştır. Bütün bunlara rağmen yargı organı, N.Ç.'yi sanıklardan koruyacak hiçbir tedbir almamakla beraber, bazı sanıkların tehditlerini ve

uyguladıkları şiddeti görmezden gelerek, N.Ç.'nin cinsel şiddet eylemlerine rıza gösterdiği görüşünü benimsemiştir.²⁸

N.Ç.'nin yargılama süresince yaşadığı söz konusu durumlar, ikincil mağduriyet olarak tanımlanabilirken, aslında hukuk ya da mahkeme nezdinde karşılığını bulamaz. Bununla birlikte N.Ç.'nin, mahkemenin cinsel ilişkiye rızası olduğu varsayımına karşı kendi hikayesini yerleştirememesi karşılığını bulmayan bir anlatı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir bütün olarak bakıldığında ise N.Ç.'nin yaşadıkları ve mahkemenin tutumu, yukarıda bahsedilen hususların adeta bir fotoğrafıdır.

IV. Alınabilecek Tedbirler

A. Gelişmeler

Erkek egemen toplum düzeninde ortaya konan hukuk kuralları ve bağlantılı olarak hukuk uygulaması, bariz olmasa bile patriyarkal önyargılar üzerine kuruludur. Doğrudan ayrımcı bir hukuk kuralı var olabileceği gibi, görünürde ayrımcı olmayan fakat uygulaması itibarıyla aslında ayrımcı sonuçlara neden olabilecek hukuk kuralları da bu bağlamda sorun teşkil etmektedir. Buna karşın, toplumsal cinsiyet farkındalığı ile hukuka yaklaştığımızda, onun içinde var olan adaletsizlik gün yüzüne çıkmaktadır. Kadın hareketi ve hukuk reformcularının hukuk alanındaki kazanımlarından en önemlileri, ceza hukukundan kadınlarla ilgili toplumsal cinsiyet kalıp yargılarının ve ayrımcı sosyal algıların arındırılması olmuştur.²⁹ Bu bağlamda dünyanın her yerinde cinsel şiddet suçları ve mağdur hakları açısından farklı derecelerde ve niteliklerde hukuk reformları yapılmıştır. Türkiye örneğine bakıldığında ise, Mülga TCK döneminde, cinsel suçlarda korunan hukuki menfaat, “genel adap” gibi üst ve kamusal bir menfaat olarak değerlendirildiğinden, mağdurun bu değeri korumak adına direnmesi ve uygulanan cebrin bu direnci aşacak ağırlıkta (*vis haud ingrata puellis*) olması aranmaktaydı. Dolayısıyla ispat yükü de mağdura yüklenmiş vaziyetteydi. Dolayısıyla, yukarıda da bahsedildiği üzere, halihazırda kırılğan bir yapıda olan mağdurun ikincil bir mağduriyetinin oluşması söz konusuydu. Fakat zamanla direnme yükümlülüğüne bağlanan bu anlayış terk edilmiş ve suç hipotezi, rızanın yokluğu üzerine kurulmuştur. Bunun yanında söz konusu suç, özgürlüğe

²⁸ AİHM, N.Ç./Türkiye, B. No: 40591/11, 9.2.2021.

²⁹ Elaine Craig, “The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases”, Osgoode Legal Studies Research Paper Series 51, s. 2 (Winter 2014): 431.

karşı bir suç haline gelmiştir. Bir özgürlüğün ihlâl edildiğinin kabulü, mağdurun rızasının olmamasına dayanmakta ve mağdurun bazı davranışlara maruz kalması yeterli görülmektedir.³⁰ Aynı şekilde yukarıda bahsedilen “ıffetli kadın” söyleminden de en azından kâğıt üzerinde vazgeçilmiştir.³¹

B. Mevcut Tedbirler

Bu gelişmelerle beraber, makalenin konusu olan kırılğan mağdur ve tanıklara yönelik olarak da belirli tedbirlerin alınması pratikte işlerlik kazanmıştır. Yukarıda ortaya çıkabilecek sorunlar tartışılırken de bahsedildiği üzere, kırılğan mağdur ve tanıklar açısından en önemli sorunlardan biri kişinin faili ile karşı karşıya gelmesi sonucu yaşayacağı ikincil travmalar ile hem travmatik olan hem de özel ve çoğu zaman cinsel hayatını ilgilendiren konuların mahkeme ortamında tartışılmasının yaratacağı durumlar olacaktır. Kırılğan mağdur açısından alınacak tedbirlerin bir amacı Anayasa'nın 17. maddesinde devletin kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmeye yönelik sorumluluğu iken, bir diğer amacı da ceza yargılamasının asli amacı olan maddi hakikatin ortaya çıkarılmasıdır.

Kadına karşı şiddetin her bir türü için İstanbul Sözleşmesi'nin 49. maddesinde “cinsiyetlendirilmiş şiddet” anlayışının esas alınması gerektiği dile getirilmiştir. Bu bağlamda, toplumda egemen cinsiyet rollerinin söz konusu şiddet eyleminde ve sonrasında mağdur üzerinde ne gibi etkileri olduğu gözetilmelidir. Özellikle sadece fiziksel değil psikolojik bulguların da dikkate alınması, bunun yanında da mağdurun yaşadığı travmaya bağlı olarak karışık, tutarsız ya da eksik anlatımları olabileceği gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Suçun ispatı noktasında ise mağdurun deneyimlediği travmaların gözetilerek, bu hassasiyetle beyanına başvurulması önemlidir.

Kırılğan mağdurlar açısından usuli güvenceler önem arz etmektedir. Bu noktada, devletin usuli pozitif yükümlülükleri arasında (1) zararlı

³⁰ Fahri Gökçen Taner, “Kadının Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm”, Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde, ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 263.

³¹ Kadir Can Özel, “Kadın Haklarında Dönüşümün Simgelerinden Biri Olarak N.T. Olayı ve Madde 438”, İzmir Barosu Dergisi 83, s. 3 (Eylül 2018): 208.

davranışları kriminalize etmek, (2) suç teşkil eden davranışlara ilişkin iddiaların soruşturulmasına ilişkin usul yükümlülüğü, (3) koruyucu icrai tedbirler alma yükümlülüğü, (4) suç teşkil eden davranışlara karşı genel önleme için etkili yasal çerçeve oluşturmak, ve (5) telafi sunma yükümlülüğü sayılabilir.³² Bu yükümlülükler doğrultusunda söz konusu olacak tedbirlerin aynı zamanda erişilebilir olması da önemlidir. Toplumsal cinsiyet kalıp yargıları, ayrımcı yasalar, kesişen veya birleşik ayrımcılık, usule ve kanıtla ilişkin gereklilikler ve uygulamalar, yargı mekanizmalarını kadınlar için erişilebilir olmaktan çıkarmaktadır. Tüm bu engeller kadınların temel insan haklarının sürekli olarak ihlalini teşkil etmektedir.³³ Bu durum, yargılama boyunca iyice artmakta ve ikincil mağduriyetlere sebebiyet vermektedir. Öyle ki, kırılğan mağdurun sanık ile karşı karşıya gelmesi ya da mahkeme ortamı, yargıçların, sanık ve müdafininin azarlayıcı ve saldırgan tavırları mağduru psikolojik açıdan negatif etkilemekte ve bu ruhsal tahribat, mağdurun yaşanan olayları unutmaması, yanlış hatırlaması veya istediği şekilde aktaramamasına yol açmaktadır. Bu bağlamda da gerçeğin ortaya çıkması daha da zorlaşmakta ve yargılama sonucu bir kaniya varılması güçleşmektedir.

Bahsedilen bütün bu durumlara karşı ise birtakım önlemler öngörülmüştür. Genel anlamda; mağdurla sanığın bir araya getirilmemesi, duruşmanın kapalı yapılması, mağdura yeminden çekinme hakkı tanınması gibi düzenlemeler mevcuttur. İç hukuk açısından ise, kırılğan mağdurun beyanını verirken sanık ile yüz yüze getirilmemesi, beyanın uzmanlar eşliğinde ve sadece bir kere alınması hususları üzerinde durulmaktadır.³⁴

³² Vladislava Stoyanova, “Due Diligence versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women,” *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention* içinde, ed. Johanna Niemi, Lourdes Peroni, Vladislava Stoyanova (Routledge 2020): 7.

³³ Marco Evola, Julia Jungfleisch, Tanasije Marinković, “Human Rights Law Through the Lens of the Gender Perspective,” *Gender-Competent Legal Education* içinde, ed. Dragica Vujadinović, Mareike Fröhlich, Thomas Giegerich (Springer Textbooks in Law 2023): 239.

³⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu Madde 236

(2) İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır.

(3) Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur.

Burada en önemli nokta ise kırılğan mağdur ve tanıkların bahsedilen hak ihlallerinden korunması için alınan tedbirlere karşı adil yargılanma hakkının nasıl dengeleneceği sorusudur. Dengeleyici tedbirlerin bu bağlamda ne olacağı ise, mahkeme pratiği aracılığıyla netleşmektedir. Buna ilişkin değerlendirmeye aşağıda yer verilecektir.

C. Yargı Etiği

Mevcut durum böyle iken, bunlara ek olarak başka ne tür tedbirlerin söz konusu olabileceği ya da başka hangi ilkelerin göz önünde bulundurulmasının söz konusu ikincil mağduriyetlerin önüne geçebileceği de bu kapsamda değerlendirilmelidir.

Bu bağlamda ayrımcılık yasağı, mahkemeler önünde eşitlik, adil yargılanma hakkı ve etkili başvuru hakkı gibi hak ve güvenceler ile ilişki kurularak bir yol çizilmesi gerekmektedir. Söz konusu davalara bakan hakimler hem kalıp yargılara göre hareket etmekten kaçınmalı (saygı gösterme yükümlülüğü), hem söz konusu kalıp yargıların kadınların insan haklarını ihlal etmesini engellemeli (koruma yükümlülüğü), hem de kadınların yargılama boyunca haklarını etkin şekilde kullanabilmesini sağlamalıdır (yerine getirme yükümlülüğü).³⁵

İç hukuk açısından Anayasa'nın 17. maddesi, devlete, yargı alanı içindeki bireylerin haklarını korumak açısından yükümlülükler yükle-

(4) 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.

(5) (...) mağdur çocuğun beyan ve görüntüleri kayda alınır. Kuvuşturma 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. (...)

(6) (...) ancak, beyan ve görüntülerin kayda alınmasında mağdurun rızası aranır.

(8) 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

³⁵ Simone Cısack, Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-Based Violence Cases, Submitted Final Paper to the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (2014): 7.

mektedir. Bu maddede yer alan kişilerin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirmeye yönelik sorumluluğu Anayasa'nın 2. ve 5. maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, devletin insan haklarına yönelik sorumlulukları gözler önüne serilmektedir. Bu sorumlulukların 17. maddenin lafzına göre herkesin maddi ve manevi varlığını korumaya yönelik olduğu sabit olsa bile, gerek iç hukuk gerek uluslararası hukuk ile birlikte bir değerlendirme yapıldığında, belirli bazı gruplar açısından ek bir yükümlülüğünün olduğu anlaşılmaktadır. Öyle ki, Anayasa'nın 10. maddesi, cinsiyet eşitliği bağlamında eşitliğin gerçekleştirilebilmesi için devletin pozitif edim yükümlülüklerinin olduğunu hüküm altına almıştır. Bu bağlamda negatif yükümlülükler, devletin insan haklarına müdahale etmemesini gerektireceği gibi, pozitif yükümlülükler de söz konusu hakları korumak ya da bu hakların gelişmesini sağlamak için adım atılması gerekliliğine işaret eder. Bu pozitif edimler, maddi anlamda hakların tanınması ve korunmasının yanında ayrıca devlete usuli yükümlülükler de getirmektedir. Toplumsal cinsiyet temelli şiddet bakımından ise öncelikli olarak bağımsız ve etkin bir soruşturma yürütmenin yanında, yukarıda bahsedilen tedbirlerin hayata geçirilmesi de aynı kapsamda devletin sorumluluğu olarak ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak AİHM'nin *Opuz* kararında da üstünde durduğu üzere, yaşam hakkını düzenleyen AİHS 2. maddesinin Devlet'e, yaşam hakkını şahsa karşı işlenen suçların işlenmesini caydırmak amacıyla etkili ceza hukuku hükümleri çıkararak ve bu hükümlerin ihlalinin önlenmesi, bastırılması ve cezalandırılması için kolluk mekanizmasından destek alarak yaşam hakkını güvenceye alma yönünde asli bir ödevi mevcuttur.³⁶

Bununla birlikte, Türkiye'nin de Anayasa'nın 90. maddesine uygun olarak taraf olduğu Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW) bu kapsamda önem arz etmektedir. CEDAW Komitesinin 35 No'lu Genel Yorumu'nda (2017) toplumsal cinsiyete dayalı her türlü şiddetin önlenmesi noktasında devletlere yüklenen yükümlülüklerin uluslararası teamüle evrildiğinden bahsedilmektedir.

Yine benzer şekilde, CEDAW Komitesi'nin 33 Sayılı Genel Tavsiye Kararı, taraf devletlere "delillere ilişkin kuralların, soruşturmaların ve diğer yasal ve yarı-yargısal usullerin tarafsız olmasını ve toplumsal cinsiyete dayalı kalıplar veya önyargılardan etkilenmemesini sağlayacak

³⁶ AİHM, *Opuz*./Türkiye, B. No: 33401/02, 9.6.2009, §128.

mekanizmalar uygulanmasını” önermektedir.³⁷ Buna göre, yargılama süreçleri açısından toplumsal cinsiyete dayalı kalıp yargılara karşı usuli korumalar getirilmesi de kırılğan mağdurların ikincil mağduriyetlerinin önlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Birleşmiş Milletler tarafından sunulan Bangalore Yargı Etiği İlkeleri³⁸ de yine aynı şekilde özellikle yargıçlar ve karşı taraf tarafından kullanılan söylemlerin kırılğan mağdur ve tanıkları daha da örselemesinin önüne geçme açısından önemli bir metindir. 2003 yılında yayınlanmış bu metin, Hakimler ve Savcılar (Yüksek) Kurulu tarafından 2006 yılında kabul edilmiştir. Bu ilkeler, her ne kadar bir *soft law* örneği olarak karşımıza çıkmakta olsa da, bugün birçok ülke tarafından kabul görmüş, evrensel bir metindir.³⁹ Söz konusu metninde ilkeler, bağımsızlık, tarafsızlık, doğruluk (*integrity*), dürüstlük (*propriety*), eşitlik, ehliyet ve liyakat olarak sayılmıştır. Kırılğan mağdurlar ve karşılaşmaları riski bulunan hak ihlalleri açısından ise, ‘eşitlik’ ilkesinin üstünde durulması gerekmektedir. Buna göre, yargıçların, “(...) ırk, renk, cinsiyet, din, ulusal köken, sosyal sınıf, engellilik, yaş, evlilik durumu, cinsel yönelim, sosyal ve ekonomik statü ve benzeri diğer hususlar (...) dahil olmak üzere, ancak bunlarla sınırlı kalmamak kaydıyla, çeşitli unsurlara dayanan farklılıkların ve toplumdaki çeşitliliğin” bilincinde olması ve bunları anlaması, ayrıca, bunlara dayanarak “yanlılık veya önyargı” sergilememesi gerektiği, ve hatta “mahkeme huzurundaki yargılamalarda avukatlardan, yargılama konusuyla hukuki açıdan ilişkili olan ve meşru savunmanın konusu olabilecek olan hususlar hariç olmak kaydıyla, [bu sebeplere] dayanarak herhangi bir kişi ya da gruba karşı sözleriyle veya davranışlarıyla yanlılık veya önyargı sergilemekten kaçınmalarını talep” etmesi gerektiği söylenmiştir.⁴⁰ Kırılğan mağdurun üzerinde adeta görünmez bir

³⁷ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Kadınların Adalete Erişimlerine İlişkin Tavsiye Kararı <https://www.aile.gov.tr/media/35253/cedaw-33-sayili-genel-tavsiye-karari.pdf>.

³⁸ “Bangalore Yargı Etiği İlkeleri” <https://www.hsk.gov.tr/eklentiler/dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>.

³⁹ Esra Nur Tuğan, ve Uğur Ömürgönülşen, “Türkiye’de Yargı Etiği İlkeleri Üzerine Bir İnceleme”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi 24, s. Özel Sayı (Aralık 2020): 92.

⁴⁰ “Bangalore Yargı Etiği İlkeleri” <https://www.hsk.gov.tr/eklentiler/dosyalar/4a92e0cc-e94b-4912-aaf9-5dfc5b885e98.pdf>.

baskı aracı olarak ortaya çıkan toplumsal kalıp yargılar ve anlatılar da, tam olarak söz konusu etik ilkelerin, yargıçların ve duruşma taraflarının, hüküm gerekçelerinde, sorularında ya da öne sürdükleri iddialarda kullanılmaktan kaçınmalarını önerdiği söylemlerdir.

Bahsi geçen etik ilkelerin, adil yargılanma hakkı ve güvencelerinden olan savunma dokunulmazlığı açısından nasıl değerlendirilebileceği de bir sonraki bölümde ele alınacaktır. Fakat kırılğan mağdur ve tanıkların yaşadığı ikincil mağduriyetlere karşı ileri süreceği iddiaların da baskın hukuk anlatısı içerisinde yerini bulamadığı, fakat bu anlatılardan en hafif haliyle manevi varlığının zedelendiği düşünüldüğünde, savunma dokunulmazlığı ve buna bağlı olarak da ifade özgürlüğünün en azından mevcut anlayıştaki haliyle geniş yorumlanmaması gerektiği kanımızca açıktır. Yargıçların ifade hürriyetleri, onların belirli sosyal konulardaki kişisel ya da ahlaki inanç ve yaklaşımlarını korumakta olsa da, bu görüşlerin karar gerekçelerine dayanak oluşturması ya da bu görüşler doğrultusunda önyargı veya küçük düşürücü ifadeler kullanılması etik yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmekte ve ifade hürriyeti kapsamı dışında yer almaktadır.⁴¹

V. Savunma Hakkı ile Dengelenme

Özellikle yukarıda bahsedildiği üzere cinsel şiddet suçu mağduru kadınlara karşı kullanılan kalıp yargılar, savunma hakkı ve ifade hürriyeti gibi diğer ilgili haklar öne sürülerek meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır. Bunun incelenmesi gereken boyutu ise, yukarıda da bahsedildiği gibi, adil yargılanma hakkı kapsamında olacaktır. Savunma dokunulmazlığı, çelişmeli yargı hakkı, silahların eşitliği, suçsuzluk karinesi ve hepsiyle birlikte ifade özgürlüğü, sanık hakları açısından önem arz etmektedir.

A. Adil Yargılanma Hakkı

Adil yargılanma hakkının temelinde, devletin hayat, özgürlük, veya mülkiyet ile ilgili temel bir hakkı kısıtlayabilmesi için öncelikle ‘dürüst’ bir yargılama yapması gerektiği düşüncesi vardır.⁴² Bununla birlik-

⁴¹ Sibel İnceoğlu, “Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik,” TÜSİAD Devlette Etik Altyapı Dizisi No: 2, (Ağustos 2012): 117.

⁴² Feridun Yenisey, ve Ayşe Nuhoglu, Ceza Muhakemesi Hukuku (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021), 84.

te temel amaç, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Adil yargılanma hakkının güvenceleri olarak ise silahların eşitliği, çelişmeli yargı ilkesi, hukuki dinlenilme hakkı olarak sayılabilir. Bu hak ve güvenceler, haklar kataloğunda esasa dayalı bir özgürlüğe atıf yapmayan tek hak olarak yerini almaktadır.⁴³ Kırılğan mağdura yönelik tedbirlerle adil yargılanma hakkının dengelenmesi açısından ise silahların eşitliği ve çelişmeli yargı ilkeleri beraber değerlendirilebilecektir. Silahların eşitliği ve çelişmeli yargı, taraflar arasında tam anlamıyla bir eşitliğin sağlanması ve bunun yargılama sonuna kadar devam ettirilmesi anlamına gelmektedir. Adil yargılanma hakkı ve zımni güvenceleri sadece ve sadece sanığı koruma araçları olarak görülmemelidir. Yukarıda da bahsedildiği gibi adil yargılanma hakkının temelinde aslında sağlıklı bir yargılama yapılması sonucunda maddi hakikate ulaşma gayesi yatmaktadır. Dolayısıyla, kırılğan mağduru da kapsadığı artık tartışmasız olan tanık kategorisi açısından da adil yargılanma hakkı ve güvenceleri söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla yargılama boyunca iki taraf bakımından da uygulama alanı bulacak usul işlemlerinin bu eşitlik ilkesi gözetilerek icra edilmesi gerekmektedir.⁴⁴ Fakat, AİHM uygulamasında silahların eşitliği ilkesinin mutlak bir ilke olduğu anlaşılmalıdır. AİHM, adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken söz konusu olan yargılamaya bütüncül yaklaşmaktadır. Dolayısıyla silahların eşitliğinden bazı sapmalar direkt olarak yargılamanın adil gerçekleşmediği şekilde yorumlanamayacaktır.⁴⁵ Genel olarak bir çıkarımda bulunduğumuzda ise, “duruşmaya gelmeyen tanığın beyanları yargılama için ne kadar önemliyse, yargılamanın bir bütün olarak adil olarak kabul edilebilmesi için dengeleyici tedbirlerin o kadar kuvvetli olması” gerekmektedir.⁴⁶ Bu noktada, özellikle cinsel şiddet suçları bakımından mağdurun beyanının genellikle tek delil olduğu, dikkate alındığında ise de belirleyici delil olduğu durumlarda yargılamanın bir bütün olarak değerlendirilmesi ve eğer kırılğan mağdur açısından birtakım tedbirlere başvurulmuşsa, sanık açısından dengeleyici tedbirlere de bir o kadar ağırlık verilmesi gereklidir.

⁴³ İbrahim Kaboğlu, “Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en Turquie et son articulation avec le contrôle exercé par la Cour EDH,” Université Toulouse Ceza Hukuku Dersi, (Eylül 2023): 1.

⁴⁴ Kaboğlu, 18.

⁴⁵ Maffei, The Right to Confrontation, 79.

⁴⁶ AİHM, Schatschaschwili/Almanya, B. No. 9154/10, 15.12.2025, §116.

AİHM'nin hem çocuk hem yetişkin cinsel suç mağdurlarının duruşmaya getirilmemesi ve duruşma dışında alınan beyanların mahkemede delil olarak kullanılması bazında değerlendirdiği başvurularda, savunma hakkı ve söz konusu bu tedbirler arasında denge sağlamak için kullandığı retorik şu şekildedir:

“Mahkeme cinsel suçlara ilişkin muhakemenin kendine has bazı özellikleri olduğunu gözetmektedir. Bu suçların muhakemesi, özellikle mağdur rızası hilafına sanıkla yüzleşmeye zorlandığında, mağdur için zor bir sınamaya 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”.⁴⁷

AİHM, kırılğan mağdur konumundaki kişilerin ceza yargılaması boyunca ikincil mağduriyetlerden korunmaları için alınması söz konusu olan tedbirlerin tek başlarına adil yargılanma hakkı ve güvenceleri açısından bir ihlal yaratmayacağını belirtmektedir. AİHM'nin baktığı en temel unsur, söz konusu tedbirlerin adil yargılanma hakkı ve güvencelerinin etkin ve uygun kullanımı ile bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Bu noktada AİHM tarafından geliştirilen Al-Khawaja⁴⁸ kriterleri gündeme gelecektir. Bu kriterlerin tüm tanık kategorileri açısından uygulama alanı olsa da, söz konusu kriterler bu makale kapsamında kırılğan mağdur ve tanıklar açısından değerlendirilecektir. Al-Khawaja kriterleri ise üç sorudan oluşmaktadır. Kırılğan mağdurların söz konusu olduğu durumlarda ilk soru olan “tanığın duruşmaya getirilmemesi için makul bir sebep” olup olmadığı, yukarıda bahsedilen durumlar bir bütün olarak göz önünde bulundurulduğunda, 63 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi de uyarınca somut olay bazında kırılğan olduğu tespit edilen mağdurlar açısından olumlu bir cevap alacaktır. Bu noktada, mağdurun kırılğan yapısı dolayısıyla duruşmaya getirilmemesi ve buna yol açan durumun mahkeme ka-

⁴⁷ AİHM, Bocos-Cuesta/Hollanda, B. No. 54789/00, 10.11.2005, §69.

⁴⁸ AİHM, Al-Khawaja ve Tahery/Birleşik Krallık, B. No: 26766/05 ve 22228/06, 15.12.2011.

rarında açık şekilde ortaya konması gerekmektedir.⁴⁹ İkinci soru olan, “beyanın tek veya belirleyici bir delil” olup olmadığı sorusu açısından ise cinsel şiddet suçları açısından tartışmalı olan delil kavramının daha detaylı incelenmesi esastır. Zira, cinsel şiddet suçları açısından fiziksel delillerin toplanabilme süreleri, delillerin yapısı gereği sınırlı olmakla beraber, mağdurların sosyal çevre anlamında toplumsal baskılar dolayısıyla sessizleşmeye itildiği ve suç duyurusunda bulunmak için bu deliller anlamıyla geç kaldığı durumlar mevcuttur. Bununla beraber her suç açısından söz konusu olabileceği gibi fiziksel delillerin yok edilmesi gibi durumlar da bir kenara bırakılırsa, cinsel şiddet suçlarının yapısı gereği tanığının var olması çok büyük bir oranla mümkün de değildir. Dolayısıyla mağdurun beyanı cinsel şiddet suçları bakımından genellikle tek delil olarak, tek delil olmasa bile hükme esas alındığı halde belirleyici delil olarak ortaya çıkacak ve Al-Khawaja’daki bu sorunun da cevabı olumlu olacaktır. Adil yargılanma hakkının ihlal edilip edilmediğinin değerlendirilmesi, kırılğan mağdur için başvuru tedbirlerine karşı, Al-Khawaja’nın son sorusu olan, “dengeleyici tedbirlere başvurulmuş” olup olmadığı noktasında kilitlenmektedir.⁵⁰

AİHM, bu noktada, hangi tür bir tedbirin alındığı ya da doğrudan buna karşı bir dengelemenin yapıp yapılmadığından çok yargılamayı bir bütün olarak değerlendirmekte ve bu bütün içerisinde adil yargılanma hakkı açısından bir değerlendirme yapmaktadır. Buna göre, AİHM, cinsel şiddet suçuyla itham edilen sanık ve mağdur arasında doğrudan bir yüzleşmenin mağduru tekrar travmatize edebileceğini, dolayısıyla herhangi bir sorgulamanın dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiğini kabul etmiştir.⁵¹ Bu bağlamda, kırılğan mağdurun bir defa dinlenmesi ve sanıkla yüz yüze getirilmemesi için beyanın video kaydının alınması ve bu kaydın duruşmada izlenmesi/dinlenmesi gibi bir önlemin, ifadeyi veren kişinin sanık veya müdafileri tarafından sorgulanması⁵², bu esnada da davranışlarının gözlemlenebilmesi ve güvenilirliğine itiraz edilebilmesi gerekliliği ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini de ayrıca be-

⁴⁹ Taner, “Kırılğan Mağdur,” 17.

⁵⁰ Taner, “Kırılğan Mağdur,” 17.

⁵¹ AİHM, Y./Slovenia, B. No: 41107/10, 28.05.2015, §106.

⁵² AİHM, D./Finlandiya, B. No: 30542/04, 07.07.2009, §50.

lirtmiştir.⁵³ Fakat cinsel şiddet suçları söz konusu olduğunda yargılamanın kendine has özelliklerinin göz önüne alınmasının gerektiğinin altı çizilmelidir. Bu da, adil yargılanma hakkının tüm davalarda soruların doğrudan sanık veya avukatı tarafından çapraz sorgulama ile veya başka bir yöntemle sorulması gerektiği şeklinde yorumlanamayacağı anlamına gelmektedir.⁵⁴ Bu halde, AİHM açısından, nasıl bir denge kurulması gerektiği sorusu önem arz etmektedir. Tarih olarak eski bir karar olsa da, *Kremers v. Hollanda* kararında AİHM, “istisnai durumlarda tanığın beyanının, müdafii hazır bulunmak kaydıyla sanığın yokluğunda ya da belirli sorular sorulmaması kaydıyla” alınabileceğini söylemiştir. Bunun adil yargılanma hakkı açısından dengeli ve ölçülü bir karar olduğu da *Slabodan v. Hollanda* kararında teyit edilmiştir.⁵⁵ Dolayısıyla, şu haliyle, kırılğan mağdurların, bu bağlamda da özellikle toplumsal cinsiyet temelli şiddet mağduru kadınların, taraf ya da tanık oldukları davalarda ikincil mağduriyet yaşamalarının önüne geçmek için alınan tedbirler, bahsedildiği gibi bir dengede tutulduğu sürece, sanıklar açısından adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecektir.

B. Savunma Dokunulmazlığı ve Yargı Etiği Dengesi

Söz konusu tedbirler ve dengeleyici mekanizmalar, her ne kadar bahsedilen şekilde kırılğan mağdurun yaşadığı halihazırda travmatik olan olayı iddiasına göre faili olan kişi ve yargıçların karşısında defalarca kez anlatması bakımından doğabilecek örselenmelerin, adil yargılanma hakkını ihlal etmeksizin, önüne geçebilecek kurumlar olsalar da, kırılğan mağdurun yargılama sürecinde yaşadığı ihlallerin bir başka boyutu daha vardır. Yukarıda detaylıca bahsedildiği üzere, cinsel şiddet suçları toplumsal konjonktürde tabular üzerinden değerlendirilen ve ahlakçı ve eril kodlarla meşrulaştırılmaya çalışılan bir suç türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, yargısal kalıplaşma ekseninde yapılan değerlendirmeler sonucu, iç hukukta öngörülen tedbirlerin bu konular açısından bir çözüm getirmediği açıktır. Yargı etiği meselesi ise bu noktada yargıçlara ve dolaylı olarak da avukat ve sanık müdafilerine, takip etmeleri gereken bazı ilkeler getirmektedir. Bu da savunma dokunulmazlığı-

⁵³ AİHM, *Bocos-Cuesta/Hollanda*, B. No: 54789/00, 10.02.2006, §71.

⁵⁴ AİHM, *S.N./İsveç*, B. No: 34209/96, 01.11.2001, §52.

⁵⁵ Maffei, *The Right to Confrontation*, 106.

nın ve dolaylı olarak da ifade özgürlüğünün gündeme gelmesi anlamına gelmektedir.

Savunma dokunulmazlığı, iddialarını çok geniş olarak ortaya koyabilir gözükken iddia makamına karşılık savunma makamının korunmasını sağlama amacı taşır. Dolayısıyla savunma yapılırken ceza korkusu yaşamak savunmayı engelleyen etkenlerden biridir.⁵⁶ Bu noktada bir değerlendirme yapılabilmesi için, Anayasa Mahkemesi'nin savunma dokunulmazlığı ve ifade özgürlüğü bağlamında kullandığı kriterler önem arz etmektedir. Anayasa Mahkemesi bir norm denetimi kararında bu bağlamda, iddia ve savunma hakkının her türlü etkiden uzak olarak kullanılmasının esas olduğunu ve tarafların yargı mercileri önünde iddia ve savunmalarını kaygıya kapılmadan, serbestçe yapmaları gerektiğini söylese de, bu serbestliğin, davanın aydınlığa kavuşmasına yönelik olduğu sürece meşru olduğunu, dolayısıyla da bu zorunluluk hali dışında kullanılan ifadelerin mevcudiyeti durumunda iddia ve savunma sınırı aşılmış olacağını hüküm altına almaktadır.⁵⁷

Aynı şekilde, Anayasa Mahkemesi, önüne gelen Kenan Gül başvurusunda⁵⁸, davaya konu olay bir boşanma davasındaki dilekçe içinde sarf edilen birtakım ifadelerin, savunma hakkı ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkindir. Anayasa Mahkemesi, Yargıtay Genel Kurulu'nun bir kararına ve burada öne sürülen kriterlere atıf yapmıştır.⁵⁹ Buna göre, savunma hakkı kapsamında, savunmanın gerektiği şekilde yapılabilmesi için belirli koşullar dahilinde tarafların bazı isnadlarda bulunabilecekleri, bunu yaparken de, bazen, muhataplarını küçük düşürücü ifadeler kullanabilecekleri öngörülmekte, iddia ve savunmanın gerekliliği ile orantılı olmak şartıyla bu şekilde ortaya çıkan eylemlerin de hukuka uygun sayılacağı söylenmektedir. Bakılması gereken ilk nokta, söz konusu ifadelerin şekil şartına ve yer şartına uygun olup olmadığıdır. Şekil şartına göre, söz konusu ifadelerin savunma dokunulmazlığı çerçevesinde değerlendirilebilmesi için, iddia veya savunma niteliğindeki evrak ile yazılı olarak veya iddia ve savunma sıra-

⁵⁶ Uğur Eriş, "Avukatın Savunma Dokunulmazlığı", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 3, (2004): 38.

⁵⁷ AYM, E. 1963/163, K. 1965/36, Kt. 08.06.1965.

⁵⁸ AYM, Kenan Gül, B. No: 2015/17892, 19.02.2019.

⁵⁹ Yargıtay Genel Kurulu, E.2007/4-105, K.2007/174.

sında sözlü olarak öne sürülmesi gerektiği belirtilirken, yer şartına göre ise bu ifadelerin yargı organlarına verilen dilekçelerde veya bu organlar huzurunda öne sürülmesinin zorunlu olduğu belirtilmektedir. Bunlarla birlikte, savunma hakkı kullanılırken sınırın aşılması gerektiği, yani ölçülülük şartına da uyulması söz konusu olmaktadır. Yargılama sırasında kullanılan ifadelerin bu anlamda sınırı aşıp aşmadığına bakılırken ise, cinsel şiddet suçları özelinde söz konusu olabilecek nokta, toplumsal cinsiyet kalıp yargılarından beslenen mağdur suçlayıcı ve mağduru hedef alan ifadelerin, taraflar arasındaki uyuşmazlık konusuyla, oldukça zayıf veya dolaylı da olsa, ilgisinin bulunup bulunmadığı ve uyuşmazlığın çözümlenmesine katkısının olup olmadığı olacaktır. Bununla birlikte sarf edilen ifadelerin, hedef alınan kişinin yaşamına etkileri de göz önünde bulundurulmalıdır.

Cinsel şiddet suçları bakımından, gerek sanık veya müdafii, gerekse yargıçlar tarafından mağdura karşı ya da gıyabında kullanılan ifadeler, yukarıda değinilen kriterler bakımından değerlendirildiğinde, savunma hakkı ya da ifade özgürlüğü kapsamında meşru görülemeyecektir. Kullanılan kalıp yargılar, genellikle ya mağdurun cinsel hayatına ya da saldırı sırasındaki toplumsal yargıların şekillendirdiği tavırlarına ya da kıyafet tercihlerine atıf yapar tarzdadır. Dolayısıyla söz konusu uyuşmazlığın aydınlatılması açısından bir etken olmadığı gibi, olayla ilgisi de bulunmamaktadır.

VI. Sonuç

Kırılganlık, insan hakları teorisinde belirli dezavantajlı grupların, sosyal konumları nedeniyle çeşitli hak ihlallerine karşı daha savunmasız olduğu savını anlatmak için kullanılan bir terimdir. Bu bağlamda, cinsel şiddet mağduru kadınların, yargılama süreci boyunca maruz kaldıkları ve kalabilecekleri ikincil mağduriyetlerden dolayı kırılgan mağdur kategorisinde konumlandıkları bir gerçektir. Ceza yargılaması boyunca bu anlamda kırılgan mağdurlar açısından alınması gündeme gelen birtakım tedbirler mevcuttur. Yukarıdaki açıklamalar göz önüne alındığında, kırılgan mağdurlar açısından alınan tedbirlerin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında öngörülen ilkeler gözetilerek değerlendirmesi yapıldığında, adil yargılanma hakkı ve güvencelerinin ihlal edilmediği çıkarımı yapılabilecektir. İç hukukumuzda ön görülen dengeleyici tedbirler de bunu sağlayacak niteliktedir. Bununla beraber, kırılgan mağdurun ayrıca ikincil mağduriyetlere uğratılmaması açısından, en ha-

fif haliyle kalıp yargıların yeniden üretilmemesi, en ağır haliyle de nefret suçu işlenmemesi ve bunun savunma dokunulmazlığı altında savunulmaması gerektiği açıktır. Kalıp yargılar, bu bağlamda, kadınların adil ve hakkaniyete uygun yargılama haklarını etkilemektedir. Yargıçlar ya da savunma makamı toplumsal cinsiyete dayalı şiddet mağdurunu tanımlayan önyargıları kullanarak halihazırda kırılğan bir yapıda olan mağduru ikinci kere mağdur etmenin yanında aynı zamanda genel anlamda cinsel saldırının ne olduğu ya da cinsel saldırı mağdurunun nasıl davranması gerektiğiyle ilgili yeni kalıp yargıların üretilmesine de sebep olmaktadır. Bunun önüne geçmek için ise hem sanık müdafileri hem de yargıçlar tarafından etik ilkelerin gözetilmesi gerekir. Yargıçlar, kararlarının kişisel önyargı veya peşin hükümden etkilenmesine izin vermemeli ve önlerindeki dava hakkında peşin hükümler beslememelidirler. Yargılama sürecinin, mağdurun güvenilirliğinin veya beyanının doğruluğunun sorgulandığı bir süreçten, sanığa yönelik isnadın bir bütün olarak araştırıldığı bir sürece dönüşmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Bozkurt, İpek, ve Bor, Güley. “Etiği Savunmak: Kadına Yönelik Şiddet Dosyalarında Sanık Müdafilerinin Savunma Pratiklerinin Feminist Eleştirisi.” *Suç ve Ceza* 13, s. 1 (Mart 2020): 115-158.

Craig, Elaine. “The Ethical Obligations of Defence Counsel in Sexual Assault Cases”, *Osgoode Legal Studies Research Paper Series* 51, s. 2 (2014): 427-467.

Cısack, Simone. *Eliminating Judicial Stereotyping: Equal Access to Justice for Women in Gender-Based Violence Cases*, Submitted Final Paper to the UN Office of the High Commissioner for Human Rights (2014).

Çelik, Elif. “İnsan Hakları Bakımından Kırılğan Kavramına Bir Giriş ve Kavramın AİHM Kararlarındaki Görünürlüğü” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 22, s. 1 (Mayıs 2020): 57-77.

Ellison, Lousie. “The Mosaic Art?: Cross-Examination and the Vulnerable Witness” *Legal Studies* 21 (Eylül 2001): 353-375.

Eriş, Uğur. “Avukatın Savunma Dokunulmazlığı”, *Ankara Barosu Hukuk Kurultayı* 3, (2004).

Evola, Marco, Jungfleisch, Julia, Marinković, Tanasije. “Human Rights Law Through the Lens of the Gender Perspective,” *Gender-*

Competent Legal Education içinde, ed. Dragica Vujadinović, Mareike Fröhlich, Thomas Giegerich, 218-260, Springer Textbooks in Law, 2023.

Gilson, Erinn C. “Vulnerability and Victimization: Rethinking Key Concepts in Feminist Discourses on Sexual Violence”, *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 42, (2016): 71-98.

İnceoğlu, Sibel. “Devlette Etikten Etik Devlete: Yargıda Etik,” *TÜSİAD Devlette Etik Altyapı Dizisi* No: 2, (Ağustos 2012).

Kaboğlu, İbrahim. “Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en Turquie et son articulation avec le contrôle exercé par la Cour EDH,” *Université Toulouse Ceza Hukuku Dersi*, (Eylül 2023).

Kırbaç-Canikoğlu, Seher. “Feminist Bir Perspektifle Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu” *Fe Dergi* 5, s. 1, (2013): 61-73.

Vandervort, Lucinda. “Mistake of Law and Sexual Assault: Consent and Mens Rea” *Canadian Journal of Women and the Law*, (1987): 233-309.

MacKinnon, Catherine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Harvard University Press, 1989.

Maffei, Stefano. *The Right to Confrontation in Europe: Absent, Anonymous and Vulnerable Witnesses*. Groningen: Europa Law Publishing, 2012.

Özel, Kadir Can. “Kadın Haklarında Dönüşümün Simgelerinden Biri Olarak N.T. Olayı ve Madde 438”, *İzmir Barosu Dergisi* 83, s. 3 (Eylül 2018): 201-224.

Robert, Dorothy E. “The Meaning of Gender Equality in Criminal Law”, *Journal of Criminal Law and Criminology* 85, (1944): 1-14.

Stoyanova, Vladislava. “Due Diligence versus Positive Obligations: Critical Reflections on the Council of Europe Convention on Violence against Women,” *International Law and Violence Against Women: Europe and the Istanbul Convention içinde*, ed. Johanna Niemi, Lourdes Peroni, Vladislava Stoyanova, 1-27, Routledge, 2020.

Taner, Fahri Gökçen. “Kadının Eşitlik Mücadelesi ve Cinsel Suçlarda Dönüşüm”, *Hukuk ve Toplumsal Cinsiyet Çalışmaları içinde*, ed. Gülriz Uygur ve Nadire Özdemir, 243-276, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.

Taner, Fahri Gökçen. “Kırılğan Mağdurun Beyanının CMK’nın 236. Maddesi Uyarınca Alınması ve Uygulanan Özel Usuller Karşısında Savunma Hakkının Dengelenmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 33, s. 153 (Mart 2021): 1-38.

Timmer, Alexandra. “Towards an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights”, *Human Rights Law Review* 11 (2011): 707-738.

Tuğan, Esra Nur, ve Ömürgönülşen, Uğur. “Türkiye’de Yargı Etiği İlkeleri Üzerine Bir İnceleme”, *Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 24, s. Özel Sayı (Aralık 2020): 85-100.

Uyur, Gülriz. “Yargılamada Karşılığını Bulmayan Anlatılar–Karşılığı Bulunulamayan Anlatılar,” *Hukukta Anlatı-Hukukun Anlatısı* içinde, ed. Gülriz Uyur ve Zeynep İspir, 41-70, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Yenisey, Feridun, ve Nuhoglu, Ayşe. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2021.

Yenerer-Çakamut, Özlem, “Cinsel Şiddet Mağduru Kadın ve Türk Ceza Kanunu’ndaki Konumu”, *Galatasaray Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 1, (2016): 1-21.