

Cinsel Saldırı Suçunun Tanımında Modeller ve İspat Meselesi

Models of Sexual Assault Laws and Evidentiary Matters

Selman DURSUN¹ , Ali Emrah BOZBAYINDIR² 

¹Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

²Doç. Dr., Boğaziçi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye

ÖZ

Son yıllarda ceza hukukunun en önemli tartışma konularından birini cinsel suçlar alanında yaşanan anlayış ve buna bağlı kavram değişiklikleri oluşturmaktadır. Özellikle cinsel suçlarla korunan hukuki değer toplumsal olmaktan çıkıp bireysel bir değer olarak kabulünden sonra bu alanda esaslı yaklaşım ve kavram farklılıkları temayüz etmiştir. Bu değişim sürecinin son aşamasını bilhassa cinsel saldırı suçunun tanımında yeni model arayışları teşkil etmektedir. Geleneksel cebir modeli zaman içerisinde çeşitli eleştirilere maruz kalmış ve rıza modelleri olarak anılan yaklaşımlar öne çıkmaya başlamıştır. Bu çalışmada cebir modelinin yanı sıra rıza modelleri, (“yalnızca evet evet demektir” olarak anılan) müspet ve (“hayır hayır demektir” olarak anılan) menfi irade modelleri olarak ele alınmış ve bunların ispat hukukuna etkisi irdelenmiştir. Bu bağlamda çalışmada cebir modelini esas alan Fransız ve İtalyan hukuku ile müspet irade modelini seçen İspanyol hukukuna kısaca değinilmiş, menfi irade modelini kabul eden Alman hukuku ayrıntılı olarak incelenmiştir. Nihayet Türk hukukundaki cinsel saldırı düzenlemesi mezkûr modeller temelinde değerlendirilmiştir. Tarihsel gelişimi içinde Türk hukukunda 2005 yılında hayata geçen ceza hukuku reformu öncesinde cebir modeli benimsenmiştir. 2005 sonrası ve halen yürürlükte olan kanun metninde hangi modelin esas alındığı ayrıntılı olarak tartışılmıştır.

ABSTRACT

One of the most important topics of discussion in criminal law in recent years has been the changes in understanding regarding sexual offenses and their related concepts. Following the acceptance that the legal value protected under sexual offences is individual rather than social, fundamental differences have occurred in the approaches and concepts. The current stage of this development involves a search for different models for this offense, particularly with regard to defining the offense of sexual assault. The traditional coercion-based model has come under various criticisms over time, with the so-called consent models having become a current issue. In addition to the coercion-based model, this study analyzes the consent-based models as affirmative and negative consent models of will and examines their implications for the law of evidence. The study briefly mentions French, Italian, Spanish, and German codes as examples of different models. Lastly, the study evaluates the regulation of sexual assault under Turkish law based on the abovementioned models. Regarding its historical development prior to the reform of the Penal Code in 2005, Turkish law adopted the coercion-based model. The article also discusses the post-new code discussions in detail.

Anahtar Kelimeler: Cinsel saldırı, cebir modeli, rıza modelleri

Keywords: Sexual assault, coercion-based model, consent-based models

Corresponding Author: Selman DURSUN E-mail: sdursun@istanbul.edu.tr

Submitted: 24.10.2023 • Revision Requested: 19.12.2023 • Last Revision Received: 20.12.2023 • Accepted: 04.01.2024 • Published Online: 29.01.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

Sexual assault law has recently become a matter of constant debate, with significant shifts and changes having occurred in this area of law around the world. In some jurisdictions, the traditional definitions of rape that were premised upon a coercion-based model have increasingly come under criticism and been replaced by so-called consent-based models starting with various Common Law jurisdictions. In other words, a change of perspective has occurred from viewpoint of the offender's violence and coercion to the victim's lack of consent. The present study provides an overview of these models and debates with regard to different approaches in how sexual consent is defined by way of comparing three existing models: the coercion-based model, the negative consent model, and the affirmative consent model. The study does not limit itself to an *abstracto* discussion but instead compares the context and content reforms of various jurisdictions in such states as Germany, France, Italy, and Spain. The article thereby aims to put the Turkish definition of sexual assault in the context of the current debates surrounding sexual assault laws while also taking due note of the Turkish legal literature and the jurisprudence of the high courts. Indeed, the last section of the article embarks upon an engaging debate regarding not only the different models of sexual assault laws but also the issues in Turkish law that the somewhat ambiguous wording of the definition of the offense of sexual assault has caused.

The article thus commences with an overview of the current landscape regarding the novel consent-based approaches toward sexual behavior and their impact on the law of rape. The heated debates regarding the abandonment of the traditional coercion-based model in Germany and the arguments in favor and against the newly introduced definition of sexual assault based upon the so-called slogan of "no means no" provide the first glimpse concerning the recent reforms of sexual assault laws that have been taking place across Europe. After this broad overview, the study first focuses on different models of coercion-based rape and the role consent has in such a model by discussing a pure coercion model in particular, one which requires a form of resistance on the part of the victim, as well as a milder version of this model which encompasses cases where such resistance may reasonably not be expected, such as regarding surprise attacks or the so-called "climate of violence" cases. In this vein, French and Italian laws have tended toward a rather broader definition of the concept of coercion, and this deserves closer attention.

Following the analysis of the coercion-based model, the study analyzes the affirmative "only yes means yes" model of consent, as adopted most recently in Europe by some Anglo-Saxon jurisdictions and by Sweden and Spain. After discussing the pitfalls of such a model, the study provides an extensive analysis of the new German law on sexual assault as an example of the negative consent model. The new definition of sexual assault contained in Article 177 of the German Criminal Code provides that "whoever, against a person's discernible will, performs sexual acts on that person or has that person perform sexual acts on them, or causes that person to perform or acquiesce to sexual acts being performed on or by a third person incurs a penalty of imprisonment for a term between six months and five years." The legislative materials explicitly show that a negative consent "no means no" model has been adopted. This core idea is encapsulated in the phrase "against a person's discernible will." This paper engagingly analyzes the scholarly debates surrounding this new model, as well as the problems of legal certainty and security caused by ambiguous terms adopted by the legislature without due consideration and care. Indeed, cases such as the doctor from Bamberg clearly illustrate the problems associated with this new model on sexual assault law. In tandem with the problems the new definition has caused, the study also debates evidentiary issues regarding sexual assault and the impact new laws have with regard to evaluating evidence.

Overall, the present study takes due note of the complex, multi-layered, ambiguous, interdependent, and intersubjective nature of sexual interactions when discussing whether the new models of sexual assault laws provide a coherent and convincing baseline for protecting victims of sexual assault while at the same time providing legal security and certainty regarding the boundaries of permissible sexual behavior and of criminal offense.

I. Giriş

Cinsel saldırı suçunun tanımlanması bakımından mukayeseli hukukta temelde üç modelin mevcut olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki ve geleneksel olanı cebir modeli olup bu yaklaşımın en temel haline göre kişinin cinsel saldırıdan kaçma, saldırıya karşı savunma veya direnme şeklinde menfi iradesini ortaya koyması suçun vücut bulması için şarttır. Buna mukabil son zamanlarda bilhassa bazı Avrupa memleketlerinde cebir modelinin yerine kişinin salt cinsel münasebete rızasının olmamasını suçun oluşması bakımından yeterli gören yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan ilki menfi irade modelidir. Buna göre, kişi cinsel ilişkiye rızası olmadığını söz veya davranışlarıyla açıkça ortaya koyarak moda tabiriyle “hayır” demelidir. İkincisi müspet irade modelidir. Bu husustaki menfi iradenin izharını da yeterli görmeyen bir üçüncü ancak hala azınlıkta olan bu modele göre suç, kişinin ancak cinsel ilişkiye açıkça müspet bir şekilde mukabele etmesi, yine moda tabiriyle “evet” demesi halinde oluşmayacaktır.¹

2016 yılında Alman Ceza Kanunu m. 177 hükmünün yeniden tanımlanmasıyla birlikte belki de Almanya’da cinsel suçların geleneksel yapısında bugüne kadar ki sembolik bakımdan en büyük değişiklik gerçekleştirilmiştir.² Bu değişikliğe kadar, Alman Ceza Kanunu’nda cebir modeli benimsenmişti (*Nötigungsmode*ll). Buna göre, yetişkinler bakımından cezayı müstelzim bir cinsel cebir veya tecavüzdən söz edilebilmesi için failin cinsel davranışın icrası sırasında şiddet veya kişinin hayatı veya vücut bütünlüğüne yönelik bir tehdit marifetiyle veya mağdurun kendisini savunamayacak durumda olmasından yararlanmak suretiyle suçu işlemiş olması gerekiyordu. Yapılan değişiklikle birlikte, kişinin menfi iradesini açık veya örtülü olarak ifade etmesi halinde herhangi bir cebir veya tehdit söz konusu olmasa da cinsel saldırı suçu vücut bulabilecektir.³ Menfi irade modeli olarak adlandırdığımız bu yaklaşımın esasını, mağdurun failin cinsel davranışlarına rıza göstermediğini açıkça izhar etmesine rağmen, cinsel davranışlara devam edilmesinin cezalandırılması, bir başka deyişle cinsel saldırı suçunun kapsamını failin cebir veya tehdide başvurmadığı ancak mağdurun cinsel davranışa rızasının bulunmadığı vakalara teşmil etme düşüncesi teşkil etmektedir. Buna mukabil, bazı hukuk düzenleri bu hususta bir adım daha ileri gitmiştir. İsveç gibi ülkelerde benimsenen ve müspet irade modeli olarak tasnif ettiğimiz sisteme göre, mağdur cinsi münasebete açıkça evet demedikçe, cinsel suç vücut bulacaktır.⁴ Bir başka deyişle, menfi irade modeli, cinsi münasebetteki sınır aşımalarının taraflardan birinin “hayır” demesiyle birlikte durdurulması anlayışına dayanmaktadır.⁵ *Eschelbach*’a göre, 2016 değişiklikleriyle birlikte cezayı müstelzim cinsel davranışların kapsamı oldukça genişletilmiştir. Bu sayede hem bu suçlara ilişkin cezai takibatın artırılması hem de bu sahadaki ceza normlarının kapsamının genişletilmesi suretiyle bir sosyal değişiminin gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir.⁶ Müellife göre, suça ilişkin yeni tanımda getirilen paradigma değişikliğinin esasını, suç teşkil eden fiil ve failin perspektifinden yapılan bir değerlendirmenin yerini, mağdurun bakış açısının esas alınması teşkil etmektedir. Bu husus önem arz etmektedir. Zira müellifin de ifade ettiği üzere ceza hukuku bugüne değin - en azından modern ceza hukuku - bir fiil ceza hukuku olma niteliğini haizdi. Burada esas olan failin fiili ve kastıydı. Buna mukabil, suç tanımındaki bu değişiklik, mağdurun düşünce, duygu ve hareketlerini belirleyici kıstas olarak tayin etmiş bulunmaktadır.⁷ *Eschelbach*’ın yerinde tespitiyle Alman kanun koyucu uygulamacılara yeterince yol gösteren unsurlara yer vermeksizin cebir içeren cinsel suçlarla diğer cinsel davranış içeren suçları aynı kefeye koymuştur.⁸

Buna mukabil, bu yeni modellerin mağdura daha fazla koruma sağlamaktan ziyade, toplumsal hayatta istikrarı zedeleyici niteliği üzerinde ihtimamla durulmalıdır. Cezalandırılabilirliğin alanının muğlak kavramlarla genişletilmesinin bünyesinde barındırdığı sakıncalar, aradan geçen birkaç yıl içinde en azından Almanya örneğinde gün yüzüne çıkmış bulunmaktadır.⁹ Gerçekten, kanun koyucuların bilhassa son yıllarda moda olan sosyal medya kampanyaları neticesinde üzerinde yeterince müzakere edilmeden, bu çok hassas sahada düzenlemeler yapması öğretilde genel olarak eleştirilmektedir. Örneğin, büyük ölçüde toplumda haklı olarak infial uyandıran bir toplu tecavüz vakasına tepki olarak İspanya’da benimsenen müspet irade modeline ilişkin kanunun,¹⁰ lehe kanun uygulaması nedeniyle istenilenin aksi netice vermesi nedeniyle yeniden değiştirilmesi gündemdedir.¹¹

II. Cebir Modeli

Günümüzde Fransa ve İtalya gibi Avrupa ülkeleri başta olmak üzere birçok Avrupa ülkesinde benimsenen cebir modeli, ana hatlarıyla mağdurun cinsi münasebete rızasının bulunmamasına inzimam eden bir kuvvet kullanımının, kuvvet kullanma tehdidinin veya genel olarak tabiatları gereği mağdurun hür bir tercihte bulunma yeteneğini ortadan kaldıran birtakım sömürü

¹ Elisa Hoven ve Thomas Weigend, ‘Nein heißt Nein- und viele Fragen offen’ (2017) (4) *Juristen Zeitung* 182, 185.

² Edward Schramm, ‘Expansives Sexualstrafrecht’ (2021) (3) *Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift*, 70, 70.

³ Hoven ve Weigend (n 1) 183; Schramm (n 2) 70.

⁴ Schramm (n 2) 70-71.

⁵ Lara Herning ve Johann Illgner, ‘Ja heißt Ja: Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht’ (2016) *Zeitschrift für Rechtspolitik* 77, 77.

⁶ Ralf Eschelbach, in Holger Matt ve Joachim Renzikowski (ed), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Baskı, Franz Vahlen 2020) § 177/15.

⁷ *ibid* § 177/4.

⁸ *ibid* § 177/3.

⁹ Elisa Hoven ve Thomas Weigend, *Strafsachen: Ist unser Recht wirklich gerecht?* (Dumont 2023) 164-165.

¹⁰ Ayrıntı için bkz. Manuel Cancio Melià, ‘Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity’ in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford 2023) 215, 224 vd.

¹¹ Fernando Heller, ‘Spanish Coalition Clashes Over Controversial Sexual Assault Law’ (Euractiv, 7 Şubat 2023) <<https://www.euractiv.com/section/politics/news/spanish-coalition-clashes-over-controversial-sexual-assault-law>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; Alana Mocerı, ‘Spain’s Sexual Consent Law Debacle Has Sanchez’s Coalition on the Ropes’ (World Politics Review, 18 Mayıs 2023) <<https://www.worldpoliticsreview.com/spain-feminism-sexual-crime-politics-socialists-podemos-consent>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.

senaryolarının gerekliliği esasına dayanır.¹² Örneğin, 2016 yılına kadar cebir modelinin benimsendiği Alman ceza hukukunda, failin salt cinsel davranış içine girmesi cezalandırılması için yeterli değildi. Suçun vücut bulabilmesi bakımından failin cebir, tehdit veya kişinin kendini savunamayacak durumda olmasından istifade etmek suretiyle suçu icra etmesi gerekiyordu. Bir başka deyişle, cezalandırılabilirliğe ilişkin hudut failin cinsel davranışta bulunma iradesini cebir veya tehdit marifetiyle ortaya koymasıyla aşılmış oluyordu. Failin, öngördüğü direnci kırmak için cebir veya tehdide önleyici olarak müracaat etmesi de suçun vücut bulması bakımından kâfiydi. Bu nedenle, failin cinsel ilişkiye girme talebini sözlü olarak dile getirmesini müteakip mağdurun örneğin, bacaklarını kapatması veya bulunulan mekânı terk etmeye yeltenmesi üzerine failin cebir veya tehdidine maruz kalması halinde de suç vücut buluyordu.¹³ Uygulamada mağdurun kendini savunmak üzere birleştirdiği ellerin ayrılması, mağdurun ellerinin tutulması ve ağzının kapatılması, bacaklarının açılması, mağdurun boğazının sıkılması ve rızası olmaksızın içeceğine uyuşturucu madde karıştırılması gibi olaylarda cebir unsurunun gerçekleştiği kabul ediliyordu.¹⁴ Görüldüğü üzere, bu suç tipi bakımından hem *vis absoluta* hem *vis compulsiva* derecesinde cebir yeterliydi.¹⁵ Tehdit suretiyle mağdurun iradesinin kırıldığı hallerde de kişinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırıda bulunulacağı yönündeki tehdidin belli bir ağırlığa ulaşması gerekiyordu. Bu hususta, somut olayın şartları belirleyici olmaktadır.¹⁶ Bunun sonucu olarak, yaygın kanının aksine mağdurun hatırı sayılır bir fiziki direnç göstermiş olması veya hayatını tehlikeye sokması gibi bir şart söz konusu değildi.¹⁷

Genel olarak değerlendirildiğinde önceki yasa döneminde mağdurun cinsi münasebete karşı rızasının olmadığı yolundaki iradesini ortaya koymak suretiyle, failin cebir veya tehdide müracaat ederek amacına ulaştığı bir vaka, tipik haksızlığın ulaşması için yeterli oluyordu. Buna mukabil, yeni düzenlemenin eskisine nazaran daha iyi koruma temin ettiği hususu oldukça tartışmalıdır. Örneğin, mağdurun şok haline girdiği veya utandığı için sustuğu yahut geleneksel rol anlayışı nedeniyle sesini çıkarmadığı vakalarda, “hayır” diyemediği için suç vücut bulmayacaktır.¹⁸ Bu nedenlerle, Alman kanununda benimsenen yeni anlayış, popülist yasamanın son dönemlerdeki başat tezahürlerinden biri olarak değerlendirilmektedir.¹⁹ Bu noktada vurgulanması gereken bir husus, Alman cebir modelinde kimi zaman kavramların yorumundan kaynaklı olarak bazı vaka tiplerinde yeterince koruma sağlanmadığı yolundaki görüş zikredilmelidir. Buna mukabil, cebir modelinin eksikliklerini kabul eden ve Alman Adalet Bakanlığı uzmanlar heyetinde yer alan hukukçulardan *Eisele* daha ziyade kazuistik bir yasama tekniğiyle söz konusu koruma eksikliklerinin giderilebileceği yolunda bir öneride bulunmuştur. Gerçekten, *Eisele* tarafından korumanın yetersiz olduğu ifade edilen vakalar incelendiğinde, bunun cebir kavramının dar yorumlanmasından kaynaklandığı müşahade edilmektedir.²⁰ Bu noktada, İstanbul Sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmeye taraf olmanın veya AİHM içtihatlarının gereği olarak mutlak manada bir tanım değişikliğine gidilmesi zarureti bulunmamaktadır. Ülkemizin taraf olduğu AİHS’i uygulayan AİHM’in içtihatlarında ise mağdurun cinsel ilişkiye rızasının bulunmadığı; ancak fiziki direnç göstermediği vakalarda da koruma sağlanması gerektiği vurgulanmaktadır.²¹

Fransa ve İtalya’da olduğu gibi cebir modelinin benimsendiği birçok memlekette, cebir kavramının zaman içinde mahkemeler tarafından geniş yorumlanması suretiyle önemli uygulama güçlükleri büyük oranda aşılmış gözükmektedir.²² İtalyan Ceza Kanunu m. 609bis hükmünde tanımlanan cinsel saldırı suçunun vücut bulabilmesi için cebir, tehdit veya otoritesini kötüye kullanmak suretiyle cinsel davranışların gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Cebir ve tehdit kavramları İtalyan Yargıtay’ı tarafından somut olayın şartlarının gerektirdiği hallerde geniş yorumlanmaktadır. Örneğin, mağdurun fiziki gücü tükenene kadar direnmesi şartı aranmamaktadır.²³ Bu çerçevede, İtalyan Yargıtay’ı mağdurun olayın şartları nedeniyle kendisinin cebre maruz kaldığı ve fiziki direnç gösteremediği hallerde de cebir unsurunun gerçekleştiğini kabul edebilmiştir. Keza, İtalyan mahkemeleri failin mağdur üzerinde bir tür şok etkisi yaratan ani cinsel saldırı olaylarını kapsayan bir cebir türü de ihdas etmek suretiyle kavramı bu tür vakalara teşmil edebilmiştir. Bu nevi vakalarda, failin ani ve hızlı şekilde gerçekleşmesi nedeniyle mağdurun direnci kolayca aşılmakta ve bu nedenle cebir tatbik edilmiş sayılmaktadır. Bu tür bir vaka tipine örnek olarak bir doktorun hastasının vajinasına tıbbi bir gereke olmaksızın aniden parmaklarını sokması verilmektedir.²⁴

Benzer şekilde, Fransız Ceza Kanunu’ndaki cinsel saldırı tanımında da cebir modeli benimsenmiştir. Fransız Ceza Kanunu m. 222-23 hükmüne göre mahiyeti ne olursa olsun herhangi bir cinsel penetrasyon (*acte de pénétration sexuelle*) veya oral-genital (*acte*

¹² Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law* (Hart 2009) 201.

¹³ Hoven ve Weigend (n 1) 184.

¹⁴ Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch* (62. Baskı, C. H. Beck 2015) § 177/7.

¹⁵ *ibid* § 177/5.

¹⁶ *ibid* § 177/18a, 19.

¹⁷ Hoven ve Weigend (n 1) 184.

¹⁸ *ibid* 184.

¹⁹ Bu hususta etraflı bir değerlendirme için bkz. Zishi Zhou, *Sexualstrafrecht in Deutschland und China* (Duncker & Humblot 2020) 235 vd.

²⁰ Bkz. Jörg Eisele, ‘Das neue Sexualstrafrecht’ (2017) 3(1) *Rechtspsychologie* 7, 9 vd.

²¹ *ibid* 10.

²² Bkz. Gian Marco Caletti, ‘Coercion by Violence and its Changing Meaning: The Experience of Italy’ in Elisa Hoven ve Thomas Weigend (ed) *Consent and Sexual Offences* (Nomos 2022) 25, 25-41.

²³ Ekim 2022’deki değişiklikten önce cebir modelini (veya cebir temelinde karma bir modeli) esas alan İspanyol hukukunda da uygulamada çok uzun zamandır mağdurun cebir veya tehdide direnmesinin suçun unsuru olarak kabul edilmediği, önceki içtihatlarda ise mağdurun önemli veya “makul” direncinin arandığı hakkında Cancio Melià (n 10) 220, 227.

²⁴ Caletti (n 22) 29-31.

bucco-génital) fiilinin, şiddet (*violence*), zorlama (*contrainte*), tehdit (*menace*) veya şaşırtma (*surprise*) suretiyle gerçekleştirilmesi cinsel saldırı suçuna vücut verecektir.²⁵ Bu suç bakımından, mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirilen vücuda organ sokma fiilinin kanunda sayılan cebir ve tehdide başvurulmak suretiyle icra edilmesi gerekmektedir.²⁶ İtalya'da olduğu gibi Fransız Yargıtayı da maddi ve manevi cebir unsurlarını geniş yorumlamaktadır. Örneğin Mahkeme'ye göre, mağdurun failden korktuğu için cinsel ilişkiye girmiş olması halinde manevi cebir (*contrainte*) unsuru gerçekleştirilebilir. Cebir modelinin tipik bir örneği olarak, mağdurun rızasının bulunmaması, tanımda mündemiç olup doğrudan ceza normunun lafzına derç edilmemiştir. Bunun yerine Fransız kanun koyucu, iradenin zorlanması suretiyle mağdurun iradesinin ortadan kaldırıldığı halleri düzenleme yoluna gitmiştir. Geçmişte Fransız mahkemeleri, ancak mağdurun faile ciddi bir direnç göstermesi, fail ile mağdur arasında hatırı sayılır bir fiziki güç farkı olması, mağdurun çılgınlık atması veya mağdurun vücudu üzerinde uğradığı fiziki şiddetin izlerinin olması gibi hallerin varlığı durumunda cinsel saldırı suçundan mahkûmiyet hükmü kuruyordu. Buna mukabil, günümüz içtihatlarında bu katı kurallar uygulanmamakta ve hâkimler mağdurun rızasının bulunmaması hususuna teksif olunmaktadır.²⁷

III. İrade/Rıza Modeli

Cebir modeline bir alternatif olarak önceleri daha ziyade başta İngiltere olmak üzere müşterek hukuk (common law) sisteminin geçerli olduğu ülkelerde kabul edilen saf rızanın bulunmaması modeli (*pure absence of consent model*), cebir modelinden farklı olarak mağdurun rızasının bulunmamasına inzimam eden bir şartı cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından bir şart olarak aramamaktadır.²⁸ Bu noktada, son dönemlerde ortaya çıkan yasalaraştırma cereyanlarından yola çıkılarak saf anlamda rıza modelini de kişinin cinsel davranışlar karşısındaki iradesini menfi mi yoksa müspet surette mi ortaya koymasının suçun vücut bulmasına mani olacağı esas alındığından, menfi ve müspet irade modelleri olarak tasnif etmek cihetine gittik.

A. Müspet İrade Modeli

Moda ifadesiyle “yalnızca evet evettir” modelinde, tıpkı başkasına ait taşınır bir malın zilyedinin rızası olmaksızın alınmasında olduğu gibi rıza gösterilmeyen her cinsel davranış suç olarak tavsif edilmektedir. Bu durumda yalnızca, cinsel davranışa açıkça onam verilen haller cinsel davranışları suç sahasından çıkaracaktır. Daha açık bir ifadeyle, bu düzenleme tarzına göre cinsel davranış ve münasebet ancak istisnai hallerde müsaade edilen, suç tehdidi altındaki yasaklanmış fiiller niteliğindedir. Bu modelde hukuk, iki insan arasındaki cinsel münasebeti kural olarak karşılıklı hukuki değer ihlali olarak tavsif etmektedir. Bu model, ispata ilişkin getirdiği zorluklar şöyle dursun, bilhassa evli çiftler bakımından eşyanın tabiatı gereği bu ilişkinin bir cüzü olan cinsellik ve temel insani yakınlaşma dürtüleri bakımından esef verici bir yaklaşım tarzına dayanmaktadır.²⁹

Öğretide *Weigend* tarafından vurgulandığı üzere çocukluk çağı dışında insanların cinsel dürtülerini tatmini doğal bir olgu niteliğinde olup çoğu cinsel temas tarafların rızasıyla gerçekleşmektedir. Bu nedenle, “yalnızca evet evet manasına gelir” gibi sloganlarda ifadesini bulan, her türlü cinsel davranışı esasen bir saldırı niteliğinde gören görüş eşyanın tabiatına aykırıdır. Müellifin ifadesiyle bu sahadaki fiilleri hırsızlık suçundaki başkasına ait taşır malı zilyedinin rızası olmaksızın almakla müsavi görmek yerinde olmayacaktır. Bu noktada, hangi durumlarda kişinin rızasının olmadığına dikkatli bir şekilde tespit edilmesi gerekir; ancak cinsel davranışların müphemlikler içeren tabiatı, bu sahada emin kıstaslar temin edilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Gerçekten, kişiler arasında cinsel münasebetin tesisi veya uzun dönemli ilişkilerde karşılıklı yanlış anlamaların ve tarafların gerçek iradesine ilişkin hatalı değerlendirmelerin varlığı oldukça sık rastlanan bir durumdur. Elbette, ceza hukukunun kapsamının bugüne değin düzenlemeye konu olmamış alanlara teşmili, aynı zamanda hürriyetin kısıtlanması anlamına gelmektedir. Kuşkusuz, kişilerin cinsel bütünlüğüne yönelik saldırıların hiçbir şekilde hukuki korumadan yararlanmaması söz konusu olamaz. Bununla birlikte, cinsellik gibi büyük ölçüde spontane gelişen ve taraflar arasındaki meddücezirlerle temayüz eden bir sahanın çok detaylı ceza normlarıyla donatılmasından evvel oldukça ihtimamlı davranılması toplumsal ahengin muhafazası bakımından zorunludur.³⁰

Buna mukabil, müspet irade modeline göre mağdurun sessizliği, cinsel davranışa karşı bir mukavemet göstermemesi veya kendisini savunmaması, daha açık bir ifadeyle hayır dememiş olması, rızasını açıkça ortaya koyduğu anlamına gelmeyeceğinden suçun vücut bulmasına engel teşkil etmeyecektir. Örneğin, üniversite kampüslerindeki cinsel saldırı olaylarına tepki olarak

²⁵ Maddedeki “oral-genital fiil” ifadesi, 2021-478 numaralı ve 21 Nisan 2021 tarihli Kanun ile eklenmiştir. Söz konusu değişikliğin gerekçesi Senato Komisyonu'nun raporunda, Fransız Yargıtayının oral yolla genital bölgeye yönelik cinsel saldırının suça vücut vermeyeceği yolundaki içtihadına karşı kanun koyucunun düzenleme yapma ihtiyacıyla izah edilmiştir. Bu şekilde, suç tanımına eklenen yeni unsurla birlikte oral vasıtayla da suçun vücut bulacağı tereddüde yer vermeyecek şekilde düzenlemeye kavuşturulmuştur. Kanun koyucu, failin oral yolla genital bölgesine yaptığı cinsel saldırının, cinsel organın sokulması kadar acı verici ve travmatik olabileceğini açıkça ifade etmiştir. Böylece, cinsel saldırı suçu zikredilen fiillere genişletilmiş bulunmaktadır. Bkz. Rapport de Mme Marie Mercier, au nom de la commission des lois, n° 467 (2020-2021), 31-32, <<https://www.senat.fr/rap/120-467/120-4671.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

²⁶ Catherine Elliot, *French Criminal Law* (Routledge 2011) 175.

²⁷ ibid 176. Ayrıca bkz. Jérôme Navy, 'After the Law of April 21, 2021, a New Definition of Rape' (Rift, 20 Şubat 2022) <<https://www.riftavocats.fr/english/papers/Rape-Definition-France-Lawyer>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.

²⁸ Bohlander (n 12) 201.

²⁹ Hoven ve Weigend (n 1) 186. Bu yönde bir cinsellik anlayışı için bkz. Herning ve Illgner (n 5) 77-80.

³⁰ Thomas Weigend, 'Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral' (2017) (129/2) Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 513, 515-516.

2014 yılında Kaliforniya’da benimsenen müspet irade/rıza (*affirmative consent*) modeline göre mağdurun açık rızası mağdurun uyuduğu, şuurunun kapalı olduğu veya önemli ölçüde irade yeteneğinin sınırlı olduğu hallerde söz konusu olmayacaktır. Örneğin, mağdurun alkollü veya uyuşturucu madde tesiri altında olduğu vakalarda, cinsel davranışa rıza göstermediği kabul edilecektir. Burada Kaliforniya yasa koyucusu, ispat külfetinde bir değişikliğe gitmiş bulunmaktadır. Buna göre, cinsel münasebete giren kişiler, bu münasebetin karşılıklı rızanın ürünü olduğunu ispatlama yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle, ispat külfeti mağdurda değil, failin üzerindedir. Bu noktada, Kaliforniya yasasının sadece üniversitelerde geçerli olduğu hususu vurgulanmalıdır.³¹ Bu nedenle, Amerikan üniversitelerinde uygulanan “evet evettir” esasına dayanan düzenlemelerde olduğu gibi taraflar arasında rıza gösterilen cinsel davranışlara ilişkin önceden gerçekleştirilen anlaşmaların, tüm topluma uygulama kabiliyeti bulacak şekilde düzenlenmesinin çok uygun bir düzenleme tarzı olmadığı değerlendirilmektedir.³²

7 Ekim 2022’den bu yana müspet irade modelinin benimsendiği İspanyol hukukunda, cinsel saldırı suçu bakımından fiilin rıza olmaksızın işlenmesinden söz edildikten sonra rızanın hangi hallerde mevcut olacağı özel olarak düzenlenmiştir (İsp. CK m. 178 f. 1). Değişiklik yapan kanunun taslak halinde, rıza olumsuz bir ifadeyle formüle edilirken kanunlaşan metinde, olumlu ve fakat soyut ve belirsiz bir ifade kullanılmıştır.³³ Rızaya ilişkin bu tarife karşı birçok eleştiri yöneltilmiş olup bunların başında söz konusu tanımın (özellikle taslaktaki versiyonun) suçsuzluk karinesini ihlal eder bir şekilde ispat yükünü değiştirmeye matuf olduğu, kovuşturmanın, hareketin mağdurun rızası olmaksızın gerçekleştirildiğini ispatlaması yerine sanığa, rızanın verildiğini ispatlama yükümü getirildiği tenkidi gelmektedir. Keza tanımlardaki bazı ibarelerin sözlü bir beyanı, sözle “evet” demeyi gerektirdiği yorumundan hareketle söz konusu metni alaya varan sert eleştiriler yöneltilmiş belirtilmektedir. Kamuoyunda ve hatta meclisteki tartışmalarda bundan böyle artık herhangi bir cinsel temas öncesi bir sözleşme imzalanması veya cinsel ilişki boyunca devamlı “evet” denmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca rızanın merkezde olmasının erkek ve kadını asimetrik bir konuma soktuğu, erkeği cinsel olarak aktif ve kadını pasif olarak tanımladığı, kadının davranışını (rıza gösterip göstermediğini) davanın merkezine koyduğu ve böylece ikincil mağduriyete yol açtığı iddia edilmiştir. Bu eleştirilere cevaben ise hiçbir rıza tanımının ispat yükünü ve anayasal temeli olan suçsuzluk karinesini değiştiremeyeceği, ayrıca tanımın sözlü olmayan rıza formlarını da kapsadığı söylenmiştir. Gerçekten yeni olan hususun, olası failin aktif olarak rızayı belirlemesi gerektiği ve direnmenin olmayışına veya açıklanmış bir “hayır” beyanın bulunmayışına güvenmemesi gerektiği vurgulanmıştır.³⁴

Öte yandan Avrupa Birliği bünyesinde Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan kadına karşı ve ev içi şiddetle mücadeleyle dair yönerge teklifinde, diğer hususların yanı sıra ırza geçme (*Vergewaltigung/rape*) suçunun müspet irade modelinde Avrupa çapında yeknesak bir biçimde düzenlenmesi öngörülmekle birlikte Parlamentoda gerekli uzlaşa sağlanamadığından metinden çıkarılmıştır.³⁵

B. Menfi İrade Modeli: Almanya Örneği

Menfi irade ya da popüler ismiyle “hayır hayırdır” modeli de benzer bir cinsellik anlayışıyla maluldür. Bu modele göre, cinsel saldırı suçunun vücut bulması için kişinin cinsel davranışlara karşı menfi iradesini anlaşılabilir şekilde ifade etmiş olması kâfidir. Bu mukabil öğretilde, cinsi münasebete açık veya zımnî olarak hayır denilmiş olmasının, kişiyi cinsel saldırı suçundan sorumlu tutmak için yeterli bir normatif gerekçe temin etmediği ifade edilmektedir. Zira suç tanımının bu şekilde genişletilmesi sosyal bakımdan kabul gören ikna ve baştan çıkarma ile cezayı müstelzim cinsel saldırılar arasındaki sınırı muğlak hale getirmektedir. Bu tespit bilhassa, kişilerin zaten yakın bir ilişki içinde oldukları ve cinsel davranışa yönelik menfi iradenin çoğunlukla geçici olduğu hallerde daha da çarpıcı hale gelmektedir. Bu nevi müphemliklerle örülü cinsel davranış sahasında, cebir modelinin terk edilmesi halinde taraflar arasında iletişimdeki muğlaklık ve belirsizliklerin olduğu hallerde de kişilerin ceza tehdidi ile karşı karşıya kaldıkları görülmektedir. Şüphesiz, bu durumun öğretilde ifade edildiği üzere cezalandırılabilirliğin sosyal bakımdan zararlı olan fiillerin kapsamını aştığı ifade edilmektedir.³⁶

Almanya’da cinsel saldırı suçunun tanımı, 1973, 1997 ve 1998 yıllarındaki esaslı değişikliklerinden sonra bir kez daha Kasım

³¹ Herning ve Illgner (n 5) 79-80.

³² Weigend (n 30) 516.

³³ Taslakta; “Mağdur, fiile katılmaya yönelik açık iradesini, mevcut fiili şartlara göre harici, kesin ve aşikâr fiillerle ifade etmemişse rızanın olmadığı kabul edilecektir” hükmü yer alırken kanun metninde; “Rızanın mevcut olduğu ancak, rıza fiilin şartları dikkate alınarak kişinin iradesini açıkça ifade eden fiillerle serbestçe ortaya konulduğunda kabul edilecektir” düzenlemesine yer verilmiştir.

³⁴ Cancio Melià (n 10) 222, 231-233. Yazarın rıza konusunda hata ihtimali ve bu konuda taksirli düzenlemeyi tartıştığı görüşleri için bkz. 233, dipnot 52.

³⁵ Dorothee Wildt, ‘Europa im Überblick’ (2023) (7) Strafverteidiger Forum 249, 249; Thomas Gutschker, ‘EU-Parlament will Vergewaltigung einheitlich bestrafen’ (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28 Haziran 2023) <<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-parlament-will-vergewaltigung-europaweit-regeln-18996296.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; Sebastian Meineck ve Chris Köver, ‘EU-Rat gegen einheitlichen Schutz vor Vergewaltigung’ (Netzpolitik.Org, 16 Haziran 2023) <<https://netzpolitik.org/2023/gesetz-zu-gewalt-gegen-frauen-eu-rat-gegen-einheitlichen-schutz-vor-vergewaltigung/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023; Clothilde Goujard, ‘EU Countries Reject Making Non-consensual Sex a Criminal Offense Across the Bloc’ (Politico, 9 Haziran 2023) <<https://www.politico.eu/article/rape-europe-criminal-offense-non-consensual-sex/>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023. Yönerge teklifi hakkında menfi irade modelini esas alan Almanya açısından ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Elisa Hoven, ‘Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt: Was ändert sich für das deutsche Strafgesetzbuch durch die EU-Richtlinie?’ (2022) (4) Zeitschrift für Rechtspolitik, 118, 118 vd.; Martin Heger, ‘Grenzüberschreitungen: Anmerkung zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt’ (2022) (4) Kriminalpolitische Zeitschrift 273, 273 vd.

³⁶ Hoven ve Weigend (n 1) 186.

2016 tarihli kanunla birlikte yeniden formüle edilmiştir.³⁷ Bu değişiklik, cinsel saldırı suçunun tanımında önemli bir dogmatik farklılık getirmiştir. Büyük ölçüde kadın örgütleri tarafından propagandası yapılan “hayır hayırdır” hatta kısmen “yalnızca evet evettir” sloganlarının tesirindeki cinsel saldırı suçu tanımı 2016 düzenlemesinde belirleyici olmuştur.³⁸ Bu noktada, bu suçluluk sahasının oldukça münakaşalı olduğu vurgulanmalıdır. Buna ilave olarak, yeni yasal düzenlemenin önceki uygulamaya ilişkin hatalı değerlendirmelere dayandığı ifade edilmiştir. Örneğin, birtakım hatalı değerlendirmelerin aksine³⁹ önceki kanun döneminde kişinin cinsel saldırı suçundan cezalandırılması için mutlaka mağdurun faile gerçek manada direnmesi veya direnmeye teşebbüs etmesi gibi bir şartın bulunmadığı ifade edilmektedir.⁴⁰ Zira eski kanun hükmünün lafzı yalnızca failin fiiline ilişkin bir hüküm niteliğinde olup mağdurun davranışıyla ilgili bir hüküm ihtiva etmiyordu.⁴¹ Kanun koyucunun bu şekilde bir perspektif değişikliğine gitmiş olması, uygulayıcının manevî unsura ilişkin yeni değerlendirmeler yapmasını gerekli kılmaktadır ki bu unsur da ispata ilişkin önemli güçlükleri beraberinde getirmektedir. Bu açıdan bilhassa mağdurun iradesinde veya bunun ifadesinde meydana gelen değişiklikler ve buna bağlı olarak failin kastının ispatını zorlaştıracaktır. Zira cinsel yakınlaşma ve münasebette doğası gereği müphemlikler, istisnadan ziyade kural niteliğinde olduğundan, yeni cinsel saldırı tanımı neticesinde sosyal bakımdan müsaade edilen davranışla cezaya müstahak davranışın tefriki zorlaşacaktır.⁴²

Alm. CK m. 177’de düzenlemiş olan cinsel saldırı suçunun önceki tanımında, suçun oluşabilmesi için failin şiddet, tehdit veya mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasından istifade etmek suretiyle suçu icra etmiş olması gerekirken, yeni tanıma göre cinsel saldırının mağdurun açık bir şekilde menfi iradesi hilafına icra edilmiş olması suçun vücut bulması için kâfidir.⁴³ Mezûr kanun değişikliğinin ardında, önceki kanunun cinsel suçlar bakımından yeterli koruma sağlamadığı ve bu konudaki kanun boşluklarının “hayır hayır demektir” ilkesi marifetiyle doldurulması düşüncesi yatmaktadır.⁴⁴ Böylece ırza geçme de dâhil olmak üzere kanunun kapsamındaki her türlü cinsel davranış bakımından, salt rızanın bulunmaması, buna inzıam eden mağdurun iradesinin zorlanmasına ilişkin bir unsurun aranmaması yeni Alman kanunun alametifarikasıdır.⁴⁵ Buna karşılık öğretilerde, ceza hukukunda belli boşlukların olmasının, bu hukuk sahasının hürriyete en derin müdahaleleri ihtiva etmesi nedeniyle parçalı bir nitelikte (*fragmentarisches Charakter*) olduğu, bu nedenle hukuki değerlere ilişkin mutlak bir koruma temin etmek gibi bir vazifesinin olmadığı ifade edilmektedir.⁴⁶ Cinsel suçlara ilişkin son değişikliğin ceza hukukunun son çare olma ilkesini ihlal ederek, sembolik bir ceza hukuku anlayışının ürünü olduğu değerlendirilmektedir. Cinsel suçlarda cebir ve tehdidin söz konusu olduğu suçlarla diğer cinsel suçların aynı cinsel saldırı suçu kapsamında müsavi kılınması ve arz edilen ispata ilişkin güçlüklerle birlikte değerlendirildiğinde, yeni cinsel saldırı suçu tanımının bu suçluluk sahasında cezalandırılabilirliği oldukça öne çektiği (*Verletzungsvorfeld*) müşahade edilmektedir. Bu hususlara ilave olarak yasama tekniği bakımından sorunlu, muğlak kavramların kullanılması uygulamada aradan geçen zaman içinde haksızlık içeriği yoğun olan bu suçlardan dolayı kişilerin yargılanmasına ve neticede beraat etseler de yargılama safahatında önemli mağduriyetler yaşamalarına sebebiyet vermiştir.⁴⁷ Bu nedenle, kanun koyucunun bu denli önemli konularda üzerinde yeterince müzakere edilmeden, popülist bir yaklaşımı tercih etmesinin ağır toplumsal bedelleri beraberinde getirdiği ifade edilmektedir. *Eschelbach*’a göre, medyanın da çarpıtmasıyla toplumda infial uyandıran cinsel suçlar meselesi, suç siyasetinde merkezi bir konumda olmamasına rağmen, kanun koyucu tarafından seçim siyaseti mülâhazalarıyla kötüye kullanılmıştır.⁴⁸ Kanun koyucunun, hukuk sistemine ilişkin etkilerini gözetmeksizin, hukuk kavramlarını yerinde kullanmaması (*undogmatische Verwendung*) adeta felaket niteliğindeki bir kanuni düzenleme (*Regelungskatastrophe*) yapılması sonucunu doğurmuştur. Gerçekten, öğretilerde AİHS içtihadı veya İstanbul Sözleşmesi’nin böyle bir normu vazettiğinin oldukça kuşkulu olduğu görüşü sıklıkla dile getirilmektedir.⁴⁹ Gerçekten, bir sorun varsa bunun tanımdan ziyade mevcut tanımların dar yorumlanmasıyla alakalı olduğu genel olarak kabul gören bir husustur.

Alm. CK m. 184h’de tarif edildiği şekliyle cinsel davranışların kişinin iradesi hilafına gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı suçu vücut bulacaktır. Böylece önceki kanun döneminde, suçun oluşması bakımından gerekli bir unsur olarak karşımıza çıkan

³⁷ Jörg Eisele, in Albin Eser v.d. (ed), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Baskı, C. H. Beck 2019), Vor § 174/1 vd; Eschelbach (n 6) § 177/1 vd; Thomas Fischer, *Strafgesetzbuch* (70. Baskı, C. H. Beck 2023) Vor § 174/3b; Tatjana Hörnle, ‘The New German Law on Sexual Assault’ in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, 2023) 141, 141-142; Lena Gmelin ve Hannah Wörner, ‘Reform Needs in German Criminal Law on Sexual Offences’ in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offenses* (Lexington, 2023) 79, 86.

³⁸ Weigend (n 30) 514. Kanunun hazırlık çalışmalarına ilişkin belgelerde de açıkça “hayır hayır demektir” modeline atıf yapıldığı hakkında Hörnle (n 37) 145. Yazar konuyla ilgili mecliste ve öğretilerdeki tartışmaların, cebir modeli ile “hayır hayır demektir” yaklaşımı arasında cereyan ettiğini belirtmekte, “yalnızca evet evet demektir” modelinin -istisnalar dışında- savunulmamasını şartırcı bulmaktadır (Hörnle [n 37] 145-146). “Evet evet demektir” yaklaşımı savunan görüşler için bkz. Herning ve Illgner (n 5) 80; Gmelin ve Wörner (n 37) 92 vd.

³⁹ Herning ve Illgner (n 5) 77.

⁴⁰ Eschelbach (n 6) § 177/3.

⁴¹ Hoven ve Weigend (n 1) 184.

⁴² Eschelbach (n 6) § 177/4.

⁴³ Hoven ve Weigend (n 1) 183.

⁴⁴ ibid 183; Joachim Renzikowski, ‘Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, sexueller Missbrauch’ in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (ed), *Handbuch des Strafrechts* (Cilt 4, C. F. Müller 2019) 439, 450.

⁴⁵ Renzikowski (n 44) 449-450.

⁴⁶ Hoven ve Weigend (n 1) 183; Eschelbach (n 6) § 177/6.

⁴⁷ Eschelbach (n 6) § 177/8. Örneğin, yukarıda özetlenen Bambergli başhekim vakasında sanık, intihara teşebbüs etmiş, evini satmak zorunda kalmış, işini kaybetmiş ve kızı okulunda dışlanmış. Bkz. Hoven ve Weigend (n 9) 164.

⁴⁸ Eschelbach (n 6) § 177/8; Hoven ve Weigend (n 9) 156 vd.

⁴⁹ Eschelbach (n 6) § 177/8-9.

şiddet ve hayat veya vücut bütünlüğüne karşı devam eden bir tehdidin varlığını gerektiren cebir, suçun unsuru olmaktan çıkarılmış bulunmaktadır.⁵⁰ Buna ilave olarak suçun adı da cinsel saldırı (*sexueller Übergriff*) olarak değiştirilmiştir.⁵¹ Kanunda benimsenen cinsel saldırı modelini değerlendirmeden önce, bu kanuni düzenlemelerin yasalaşma sürecinin öğretilerde ağır tenkitlere uğradığı hususu ifade edilmelidir. Gerçekten, cinsel saldırı suçunun yeniden tanımlanmasında, Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan heyet raporu ve hükümet tasarısı dikkate alınmaksızın, acele ve üzerinde yeterince müzakere edilmeksizin yasalaşması beraberinde hukuk güvenliği bakımından önemli mahzurları getirmiştir.⁵² Özellikle, cinsel bütünlüğün korunması ve sosyal bakımdan kabul edilebilir davranışlar arasındaki hassas sınırlara müdahale niteliğindeki bu düzenlemelerin barındırdığı risk ve mahzurlara ilişkin tenkitlerin haklılığı aradan geçen birkaç yıl zarfında ortaya çıkmıştır. Öğretilerde, cinsel saldırı suçunun tanımında m. 177 hükmüyle getirilen yeni tanımın, ceza hukukunun bilhassa cinsel davranışlar sahasında yeniden ahlakileşmesinin (*Re-Moralisierung*) bir tezahürü olarak değerlendirilmektedir. Öğretilerde, “hayır hayır demektir” hareketiyle birlikte cinselliğin artık bir şehvet ve arzu meselesi olmaktan ziyade bir yük olarak mı görüldüğü veya yeni tanımla birlikte yalnızca istenmeyen cinsel davranışlara karşı koruma mı temin edildiği hususunun sosyal bilimlerin konusu olduğu ifade edilmektedir.⁵³

Genel olarak, Alman cinsel suçlar katalogunun çok karmaşık ve kapsamlı yapısının sıradan bir insan tarafından bu hükümlerin anlaşılmasını imkânsız hale getirdiği vurgulanmaktadır.⁵⁴ Buna ilave olarak, çok hızlı bir şekilde yeterince müzakere edilmeden yasalaşması hatırı sayılır eleştirilere sebebiyet vermiştir.⁵⁵

1998 yılında maddeye eklenen, maddenin güncel halinde f. 5 b. 3 hükmünde düzenlenmiş olan, suçun mağdurun kendini koruyamayacak durumda olmasından yararlanmak suretiyle işlenmesine ilişkin hükme gerekçe olarak da cinsel saldırı suçuna ilişkin olduğu varsayılan siyah sayılar gerekçe gösterilmiştir. Öğretilerde *Fischer*, bu suçtan dolayı yüksek sayıda mahkûmiyet hükmünün olmayışının Alman Federal Mahkemesi'nin yasayı çok dar veya yanlış yorumlamasına bağlanmasının hata olduğu kanaatinde dir.⁵⁶

Alman Kanununun yeni konsepti, cinsel suçlarda hukuki değere ilişkin korumanın kişinin iradesine (*gegen den Willen*) karşı gerçekleşen her türlü cinsel davranışı kapsamaması esasına dayanmaktadır. Bu noktada, “hayır hayır demektir” (*Nein heißt Nein*) sloganıyla ifade edilen bu anlayış uyarınca m. 177 f. 1 hükmüne göre cinsel saldırı suçunun vücut bulması kişinin bu nevi fiillere karşı iradesini ortaya koymuş olması şartına bağlanmıştır. Buna mukabil, “evet evet demektir” (*Ja heißt Ja*) sloganıyla ifade edilen anlayış ise Kanunun f. 2 b. 2 hükmünde, irade oluşturması veya açıklaması önemli ölçüde kısıtlı bulunanlar açısından düzenlenmiştir. Buna göre, kişi önceden açıkça rıza göstermedikçe her türlü cinsel davranış cezalandırılmaktadır.⁵⁷

Cinsel saldırı suçunun oluşması bakımından mağdurun iradesi, rızası hilafına (*ein entgegenstehender Opferwille*) tipik eylemlerin icra edilmesi yeterlidir. Burada somut cinsel davranış karşısında, dışarıdan anlaşılması ve algılanması mümkün olan bir menfi iradenin söz konusu olması gereklidir.⁵⁸ Bu unsur, suçun maddi unsurları kapsamında mütalaa edilmektedir.⁵⁹ Bu hususta sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi bakımından mağdurun hangi davranışlara rıza gösterdiğinin bilinmesi gerekir. Mağdurun, failden kaynaklanan her türlü cinsel davranışı reddettiği vakalarda, menfi unsurun tespiti nispeten daha kolay olmasına rağmen, failin mağdurun başlangıçta rıza gösterdiği cinsel davranışların sınırını aştığı hallerde sarıh bir tespitin yapılması zordur.⁶⁰ Bu unsurun uygulamada önemli ispat sorunlarını beraberinde getireceği genel kabul gören bir husustur.⁶¹ Gerçekten, suçun bu şekilde tanımlanması beraberinde önemli tespit ve ispat sorunlarını getirmiştir. Bu konuda, uygulama bakımından en önemli vakalar failin mağdurun menfi iradesini fark etmediğini veya bilhassa mağdurla failin bir ilişki yaşadıkları durumlarda cinsel davranışa yönelik başlangıçtaki itirazın cinsel davranışın cereyanı sırasında sonradan ortadan kalktığını düşündüğünü ileri sürdüğü haller olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶²

Bu unsur bakımından mağdurun doğal iradesi (*natürliche Wille*) esas alınmaktadır. Bu nedenle, rıza hileli bir şekilde elde edilmiş olsa bile bu nevi bir irade beyanı suçun vücut bulmasına mani olabilecektir. Burada önemli olan iradenin mevcut olması olup niçin rıza gösterildiği önem taşımamaktadır.⁶³ Elbette, tehdit içeren durumlarda m. 177 f. 2 b. 5 hükmü özel norm olarak tatbik

⁵⁰ Anılan yasayla birlikte getirilen diğer değişiklikler için bkz. Eisele (n 37) Vor § 174/13.

⁵¹ Fischer (n 37) § 177/7.

⁵² Hoven ve Weigend (n 1) 182. Heyet raporunun kanun yürürlüğünden bir yıl sonra 2017'de tamamlandığı hakkında Hörnle (n 37) 143, dipnot 17.

⁵³ Hoven ve Weigend (n 1) 182-183.

⁵⁴ Rüdiger Deckers, ‘Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StAG 2016’ (2017) Strafverteidiger 410, 410-411; Fischer (n 37) Vor § 174/4.

⁵⁵ Deckers (n 54) 410-412.

⁵⁶ Fischer (n 37) § 177/3-4.

⁵⁷ Fischer (n 37) § 177/6; Hörnle (n 37) 151; Gmelin ve Wörner (n 37) 88-89.

⁵⁸ Fischer (n 37) § 177/9a.

⁵⁹ Eschelbach (n 6) § 177/26.

⁶⁰ Fischer (n 37) § 177/9a.

⁶¹ Eisele (n 37) § 177/19.

⁶² Fischer (n 37) § 177/14.

⁶³ Eschelbach (n 6) § 177/26; Hörnle (n 37) 156. Bununla birlikte cinsel davranışın niteliği hakkındaki hilenin, örneğin, failin rıza gösterilenden başka bir cinsel davranışta bulunmasının cinsel saldırı teşkil edebileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Hörnle (n 37) 157.

kabiliyeti bulacaktır. Bununla birlikte, suçun vücut bulması bakımından gerekli olan tek şart failin cinsel davranışı mağdurun menfi yöndeki iradesine rağmen icra etmiş olmasıdır.⁶⁴

Bu menfi unsur kapsamındaki cinsel ilişkiye rızanın bulunmadığı yolundaki iradenin varlığı, suçun icra edildiği sırada anlaşılabilir, dışarıdan algılanabilir nitelikte olmalıdır. Bu husustaki kıstas, mağdurun menfi irade beyanının objektif bir üçüncü kişi tarafından da anlaşılabilir nitelikte olmasıdır. Burada elbette vakaya müteallik bütün olguları bilen bir objektif üçüncü kişi anlaşılacaktır.⁶⁵ Bu nedenle, salt mağdurun cinsel davranışlara karşı menfi iradesinin varlığı suçun oluşması bakımından yeterli olmamakta, bunun algılanabilir ve anlaşılabilir şekilde ortaya konulmuş olması gerekmektedir. Bu hususta kanun, bu nevi bir menfi iradenin fail tarafından anlaşılabilir olması kıstasını değil, bilakis ifade edildiği üzere objektif bir üçüncü kişinin mağdurun cinsel davranışlar karşısındaki tepkilerini anlayabilecek durumda olması ölçütünü benimsemiştir.⁶⁶ Bunun sonucu olarak, fail tarafından mağdurun cinsel davranışa ilişkin menfi iradesi anlaşılmalı olsa dahi mağdur bu yöndeki iradesini objektif bir üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir tarzda ortaya koymamışsa suç vücut bulmayacaktır. Buna mukabil, objektif bir üçüncü kişinin mağdurun menfi iradesini nasıl anlayacağı hususu açıklığa kavuşturulmamıştır. Örneğin, fail ile mağdur arasında uzun soluklu bir ilişkinin söz konusu olduğu vakalarda, objektif üçüncü kişinin değerlendirmesine kişiler arasındaki ilişkiye müteallik bu ön bilgilerle donatılıp donatılmayacağı konusunda bir belirlilik söz konusu değildir. Gerçekten, suçun maddi unsuruna ilişkin hususlarla manevi unsura ilişkin hususların birbirine katılması ve kanun yapımı sürecine hâkim olan ispatın kolaylaştırılması mülahazaları suçun tanımı ve yapısını olumsuz etkilemiştir. Buna ilave olarak, cinsel münasebet hengâmında mağdurun başlangıçtaki menfi iradesinin kırılmasıyla rızasının kazanılması suretiyle cinsi münasebetin temadi ettiği vakalarda da suç vücut bulmuş olacaktır. Failin, bu nevi baştan çıkarma faaliyetlerinin kusur ilkesi esasına dayanan bir ceza hukuku sisteminde cezaya müstahak olarak telakki edilen davranışlar olarak tavsif edilmelerinin pek mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Gerçekten, baştan çıkarıcı hareketlerin sonradan baştaki menfi iradeyi izale edip mağdurun faal bir şekilde cinsi münasebete iştirakini husule getirdiği vakalarda dahi bu fiil sosyal bakımdan uygun görülebilir nitelikte olmasına rağmen, kanunun lafzına göre cinsel saldırı suçuna vücut verecektir.⁶⁷

Bu şekilde, mağdurun menfi yöndeki iradesini açıkça izhar etmediği vakalarda suçun vücut bulmasına mani olunması düşüncesi etkili olmuştur. Böylece, sosyal bakımdan uygun görülen davranışların sırf mağdurun içsel olarak menfi iradesinin bulunması nedeniyle suça vücut vermesine mani olunmak istenmiştir. Bu nedenle, burada belirleyici olan temel kıstas mağdurun cinsel münasebete olan muhalefetini, faile bir şekilde iletmiş (*kommuniziert*) olmasıdır.⁶⁸ Bu nevi bir iletişimin söz konusu olmadığı hallerde, mağdurun cinsel münasebeti istememe şeklindeki iradesinin harici şartlardan çıkarılması mümkün değildir.⁶⁹ Suçun bu unsuruyla birlikte, mağdura menfi iradesini açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya koyma mükellefiyeti (*Obliegenheit*) yüklenmiştir.⁷⁰ Bunun sonucu olarak, cinsel iradeye rızaya ilişkin iradenin yönü konusunda muğlak bir iletişim içinde olan kişinin iradesinin açıkça anlaşılabilir nitelikte olmadığı kabul edilmektedir.⁷¹ Yukarıda da ifade edildiği üzere, mağdurun bu nevi bir iradeyi ortaya koymadığı durumlarda, fail tarafından mağdurun cinsel davranışlara rızası olmadığı bilinse bile suç vücut bulmayacaktır.⁷² Bu nedenle, öğretilerde kanunun paradigma değişikliği marifetiyle bir taraftan maddi ceza hukukunun tatbik sahasını genişletirken, diğer taraftan özellikle mağdurun kandırıldığı vakalarda koruma boşlukları tenkidi yapılmaktadır.⁷³

Benzer şekilde, mağdurun muğlaklık içeren davranışlarının yanı sıra cinsel münasebete faal şekilde katılan kişinin çelişkili davranışları halinde de Alm. CK m. 177 f. 1'de tanımlanan suç oluşmayacaktır.⁷⁴

Bu nedenle mağdurun korku, şaşkınlık veya utanç içerisinde olması başlı başına f. 1 hükmüne vücut vermemektedir. Buna ilave olarak ağlama ve çığlık atma halinde de olayın bütününe ilişkin şartlar değerlendirilecektir. Buna karşılık, önceden verilmiş olan rızanın her zaman geri alınabileceği veya rıza gösterilen cinsel davranışlar dışındaki davranışların kapsamında olmayan davranışlara karşı menfi bir iradenin söz konusu olabileceği vurgulanmalıdır.⁷⁵ Bu noktada, cinsel münasebete devam etmeme yolundaki iradenin ortaya çıkış nedeni de önemli değildir.⁷⁶

Fischer, mağdurun rızası hilafına bir cinsel saldırının zorlama (*Zwang*) olmaksızın gerçekleştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatindedir. Failin, cinsel saldırıyı zorlama olmaksızın nasıl gerçekleştirebileceği hususu belirsizdir. Müellife göre, bir kişinin hiçbir zorlama olmaksızın (*ohne jeden Zwang*) veya herhangi bir zorlamaya maruz kalma korkusu olmaksızın, sözde istemediği bir

⁶⁴ Hoven ve Weigend (n 1) 186.

⁶⁵ Eisele (n 37) § 177/19. Değişiklik yapan kanunun gerekçesinde de bu duruma işaret edilmiştir (Hörmle [n 37] 148).

⁶⁶ Fischer (n 37) Vor § 177/11.

⁶⁷ Eschelbach (n 6) § 177/26-28.

⁶⁸ Renzikowski (n 44) 450.

⁶⁹ Elbette bu hususta, mağdurun iradesinin tehdit vb. şekillerde zorlanmasına ilişkin halleri düzenleyen m. 177 f. 2 hükmü saklıdır Eisele (n 37) § 177/19; Fischer (n 37) § 177/11.

⁷⁰ Renzikowski (n 44) 451; Elisa Hoven, 'Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick' (2020) (10) Neue Zeitschrift für Strafrecht 578, 580; Fischer (n 37) § 177/11.

⁷¹ Renzikowski (n 44) 451.

⁷² Fischer (n 37) § 177/12.

⁷³ Eschelbach (n 6) § 177/26.

⁷⁴ Hoven (n 70) 580; Eschelbach (n 6) § 177/28.

⁷⁵ Renzikowski (n 44) 451; Eisele (n 37) § 177/19.

⁷⁶ Renzikowski (n 44) 451.

şeyi yapmış olması halinde ya iradesini değiştirmiştir veyahut da çok fazla mühimsemiyor. ⁷⁷ Gerçekten, kişinin menfi iradesini izhar kıstası aradan geçen zaman içinde önemli yorum ve hukuki güvenlik sorunlarını beraberinde getirmiş görünmektedir. Bilhassa, mağdurun cinsel davranışlara aktif bir şekilde katıldığı vakaların yanı sıra mağdurun rıza gösterdiği cinsel davranışların niteliği ve bu hususta tayin ettiği sınırlara ilişkin tartışmalar, bu kavramın ihtiva ettiği muğlaklıkların başında gelmektedir. Doğası gereği cinsi münasebet sahasında iletişim sözel ve fiziki temasla vuku bulmakta, bunun sonucu olarak da taraflar arasında iletişim tabii olarak müphemlikler ihtiva etmektedir. Öğretide de ifade edildiği üzere örneğin, cinsi münasebetin başlangıçta reddedilip akabinde faal olarak icra edildiği bir vaka hakkında nasıl karar verilecektir? Bu nedenle öğretide, Kanunun 177. maddesiyle birlikte benimsenen modelin sosyal bakımdan kabul edilen ikna veya baştan çıkarma davranışlarıyla, cezayı müstelzim cinsel saldırıları tefrikte emin bir kıstas temin etmediği gerekçesiyle ağır tenkitlere uğramıştır. ⁷⁸ *Löffelmann*'a göre, CK m. 177 f. 1 hükmü en geniş anlamıyla sosyal bakımdan uygun davranışları suç haline getirmiştir. Örneğin, partnerine karşı onun rızası hilafına cinsi bakımdan uyarıcı davranışlarda bulunan kişinin davranışları bu suça vücut verecektir. Diğer kişinin sonradan irade değişikliğine gitmesi ve akabinde rızaya dayalı cinsi münasebetin gerçekleşmesi halinde dahi, fiil cezalandırılabilir olma vasfını koruyacaktır. Zira sonradan açıklanan rızanın geriye dönük olarak bir fiili cezalandırılabilir olmaktan çıkarması mümkün değildir. *Löffelmann*, bu yasa neticesinde kişilerin çok kolay cinsel saldırı gibi ağır bir ithamla karşılaşabilecek ve yargılanabilecek olmaları karşısında, halkın önemli bir kesiminde özel hayatlarındaki fiillerden dolayı cezai takibata uğrama korkusu uyandıracığı gerçeğinin altını çizmiştir. ⁷⁹

Kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren uygulamada ortaya çıkan sorunlar bu eleştiriyi haklı çıkarmış görünmektedir. Bilhassa, Bambergli Başhekim vakası olarak adlandırılan vakada bir hemşireyle yasak ilişki yaşayan failin cinsi münasebet teklifini önce reddedip akabinde katılanın aktif bir şekilde katıldığı cinsel davranış hakkında yerel mahkemenin verdiği mahkûmiyet hükmü, Federal Mahkeme tarafından bozulmuştur. Mahkeme kararında gerekçe olarak katılanın muğlaklık içeren davranışlarının üçüncü bir objektif kişi tarafından değerlendirildiğinde, menfi bir irade olarak anlaşılmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu noktada, kişinin failin cinsel davranışlarına yönelik menfi iradesinin varlığı hususu değerlendirilirken, ortaya koyduğu irade ile bu iradenin husule gelmesinde amil olan saikler arasında bir tefrik yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, mağdurun cinsel davranış reddetmemesinin arkasında yatan saiklerin bu hususta yapılacak değerlendirmeye dâhil edilmemesi; yetişkin insanlar arasında faal bir şekilde cereyan eden cinsi münasebetlerin kural olarak şuurlu bir iradenin eseri olduğu karinesinden hareket edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. ⁸⁰ Benzer şekilde, mağdurun cinsel ilişkiye girmek istememesi halinde de hangi saikle hareket ettiğinin bir önemi yoktur. ⁸¹ Bu husustaki, ön değerlendirmenin akabinde, kişinin iradesini icbar eden şartların bulunup bulunmadığı değerlendirmelidir. Örneğin, Alman Ceza Kanunu m. 177 f. 2 b. 4 hükmünde kişinin tehdit altında cinsel davranışlara rıza göstermesinin, iradesini fesada uğratan bir hal olarak tavsif etmiştir. ⁸²

Suçun manevi unsuru bakımından, olası kast da yeterli olmaktadır. Öngörülebilir, algılanabilir olma unsurunun suçu taksirli bir suç haline getirmediği ifade edilmektedir. Fail, fiilin icrası sırasında hem cinsel davranışa ilişkin şartları hem de mağdurun menfi iradesini (*Widerwillen*) ve bunun algılanabilir (*Erkennbarkeit*) olması hususlarını bilmelidir. Bu bakımdan manevi unsur, mağdurun menfi iradesinin ifade edilmiş olması ve bunun failin kastı dâhilinde olması halinde oluşacaktır. Buna mukabil, mağdurun menfi iradesini bilmesine rağmen bu farazi (*fiktiv*) bir objektif üçüncü kişi tarafından algılanabilir nitelikte değilse suç vücut bulmayacaktır. ⁸³ Bu noktada, mağdura menfi yöndeki iradesini izharı açıkça sözleriyle veya davranışlarıyla dışı vurulmuş olabilir. Her hâlükârda, mağdurun menfi iradesini bir şekilde faile iletmiş olması ve bunun somut olarak ilgili cinsel davranışın vuku bulduğu somut durumda ifade edilmiş olması gerekmektedir. Genel olarak cinsel davranışa rızanın bulunmadığına ilişkin önceki beyanların, bu unsur bakımından yapılacak olan değerlendirmede dikkate alınmayacaktır. Bu noktada kanun koyucu, mağdurdan somut bir cinsel davranışa karşı iradesini açıkça ortaya koyma yükümlülüğü getirmiştir. ⁸⁴ Buradan da anlaşılacağı üzere objektif üçüncü kişi tarafından anlaşılabilir olma kıstası maddi ve manevi unsura ilişkin meselelerle bunların temelinde yatan ispat sorunlarını birbirine karıştırmıştır. Evvela bu şart, fail tarafından bilinen ve mağdur tarafından failce bilindiği bilinen bazı şartların, objektif üçüncü bir kişi tarafından anlaşılması mümkün olmayan reddetme davranışlarını kapsamaması bakımından, mağdur aleyhine sonuç doğurabilecek niteliktedir. Buna ilave olarak, bu unsur belirsiz ve uygulamaya yön göstermekten uzaktır. Zira bu nevi bir yakın ilişki barındıran durumlarda, taraflar arasındaki ilişkinin tüm unsurlarına hâkim ve bunları yorumlamaya ehil bir "objektif" bir üçüncü kişinin varlığından söz edilemez. Bu nedenle, objektif bir üçüncü kişinin mağdurun iradesinin neye yönelik olduğu konusundaki değerlendirmesi tamamen bu gözlemcinin hangi ön bilgilerle donatılmış olduğuna bağlıdır. Bu unsur manevi unsura ilişkin değerlendirme bakımından da önemli yorum güçlüklerini beraberinde getirmiştir. Özellikle kast bakımından failin bilgisinin neyi kapsaması gerektiği konusu münakaşalıdır. Kanunun lafzı esas alındığında failin, üçüncü bir objektif kişi

⁷⁷ Fischer (n 37) § 177/15-16a.

⁷⁸ Hoven (n 70) 578-579.

⁷⁹ Markus Löffelmann, "Verfassungswidrigkeit des neuen § 177 StGB?" (2017) *Strafverteidiger* 413, 415, 417.

⁸⁰ Hoven (n 70) 579.

⁸¹ Renzikowski (n 44) 449-451; Eschelbach (n 6) § 177/26.

⁸² Hoven (n 70) 580.

⁸³ Fischer (n 37) § 177/17.

⁸⁴ Eschelbach (n 6) § 177/26.

tarafından yapılacak değerlendirme neticesinde cinsi münasebete karşı iradesini izhar etmiş olduğu kabul edilen mağdurun bu konudaki iradesini bilmesi veya en azından öngörüp, kabullenmiş olması gerekecektir.⁸⁵

Fail, mağdurun menfi yöndeki iradesini veya bunun anlaşılabilir nitelikte olduğunu bilmiyorsa tipikliğin maddi unsurlarında hata söz konusu olacaktır.⁸⁶ Bu suçtan dolayı, taksirle sorumluluk cihetine gidilmesi ise kanun koyucu tarafından kabul görmemiştir. Buna ilave olarak, mağdurun açık ve zımnî itirazının ciddi olmadığı yolunda hatalı bir değerlendirme halinde de fail tipikliğin maddi unsurlarında hatadan yararlanabilecektir. Elbette, failin hayatın olağan akışına açıkça aykırılık teşkil eden yanlış değerlendirmeleri, kastı kaldıran hata kapsamında değerlendirilmemektedir.⁸⁷ Bunun sonucu olarak, bir taraftan failin mağdurun rızasının olmadığı konusundaki özel bilgisi (*Sonderwissen*) kasta vücut vermezken; diğer taraftan, fail yerinde gerekçelerle mağdurun davranışını cinsi münasebete rıza olarak yorumlamış olsa bile (daha az bilgi sahibi) objektif bir üçüncü kişinin mağdurun davranışlarını menfi iradenin izharı şeklinde yorumlamış olması halinde failin kastı kalkmayacaktır. Bir başka deyişle, fail kendisince malum olan vakaya ilişkin şartlardan mağdurun rızası olduğu yolunda yanlış bir sonuç çıkarmış olması halinde bu yanlış değerlendirme nedeniyle, esasen adeta taksiri nedeniyle kasıtlı suçtan cezalandırılmış olacaktır.⁸⁸ *Hoven ve Weigend*'in yerinde tespitine göre bu durum normatif bakımdan son derece anlamsız olmanın yanında mahkeme uygulamasında hayata geçirilmesi mümkün olmayan bir hukuki durum teşkil etmektedir.⁸⁹

IV. Modellerin İspat Üzerindeki Tesiri

Genel olarak cinsel suçlarda ispat, bünyesinde çeşitli ve alışık olunmadık usuli meseleleri barındırmakta ve bu da muhakemeye iştirak edenler bakımından birçok mükellefiyeti beraberinde getirmektedir. İspat bakımından, cinsel suçlarda en sık rastlanılan tipoloji ise şüphesiz beyana karşı beyan (*Aussage gegen Aussage*) vakaları ve bunların delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi çerçevesinde bünyesinde barındırdığı delillerin değerlendirmesine ilişkin ortaya çıkardığı sübuta ilişkin yapısal sorunlardır.⁹⁰ Gerçekten, suça ilişkin delillerin değerlendirilmesi (*Beweiswürdigung*) bakımından münakaşalı vakalar, bu suç bakımından oldukça sık rastlanan bir durumdur. Çoğu vakada cinsel saldırının yalnızca, mağdur olduğu iddiasındaki kişinin tanık beyanıyla tespit edilebilmektedir.⁹¹ Zira iki kişi arasında cinsel davranışların niteliğinden kaynaklanan müphemlikler veya üstlenilen rolden kaynaklanan yanlış değerlendirmeler, bu suçlara mahsus beyana karşı beyan durumlarını ortaya çıkarmaktadır. Gerçekten, somut olayın şartlarına göre failin kastının olmadığı sonucuna ulaşma ihtimali kuvvetlenebilmektedir. Bunların başında mağdurun başlangıçtaki rızası, uzun süreli ilişkilerdeki davranışlar ve mağdurun müphemlik içeren davranışları gelmektedir. Somut olayın şartlarına göre bu nevi hususlar, emare etkisini (*Indizwirkung*) haiz olabilmektedir.⁹²

Bu çerçevede, örneğin Almanya'da m. 177 hükmünde değişiklik yapılmasının gerekçelerinden biri olarak cebir unsurunun bertaraf edilmesiyle birlikte, bu suçlara ilişkin ispat güçlüklerinin ortadan kaldırılacağı ve böylece bu suçlardan mahkûmiyet ihtimalinin yükseleceği ileri sürülmüştür.⁹³ Buna mukabil öğretilerde *Hoven ve Weigend*, m. 177'ye ilişkin yeni düzenlemenin bu zamana kadarki ispat sorunlarını ortadan kaldırmayacağı ve kolaylaştırmayacağı kanaatinde-dir.⁹⁴ Zira müelliflere göre cinsel suçlarda bugüne kadar iki insan arasında başka şahit olmaksızın vuku bulan olaylarda eski kanun döneminde, suçun sübutu için cebir, tehdit veya mağdurun kendini savunamayacak durumda olmasının kullanılmasına ilişkin delillerin varlığı aranılıyordu. Tehdidin söz konusu olduğu vakalarda da yaşam olayına ilişkin hangi tarafın daha inandırıcı bir anlatısı olduğuna göre karar veriliyordu. Yeni kanun döneminde ise en azından teorik olarak böyle bir şart aranmayacaktır. Buna göre, mahkeme mağdurun cinsel davranışlara rızasının olmadığını, objektif bir üçüncü kişi tarafından anlaşılır şekilde ortaya koyduğu kanaatine ulaşırsa, atılı suçtan mahkûmiyet hükmü kurabilecektir. Bununla birlikte müelliflerin yerinde tespitine göre yeni kanun döneminde de mahkemeler, mağdur olduğu iddiasındaki kişinin herhangi bir cebir, tehdit veya kendini savunamayacak durumda olma gibi bir hal olmamasına rağmen neden kendisince istenmeyen cinsel davranış kabullendiği hususunu değerlendirecektir.⁹⁵ Bir başka deyişle, bir kişinin hayır dediğini ifade etmesi ve karşı tarafın da aksini iddia etmesi halinde yeni kanun döneminde de deliller

⁸⁵ Hoven ve Weigend (n 1) 187.

⁸⁶ Renzikowski (n 44) 453.

⁸⁷ Fischer (n 37) § 177/17-18.

⁸⁸ Christian Laue, in Dieter Dölling v.d. (ed), *Gesamtes Strafrecht* (5. Baskı, Nomos 2022), § 177/2a.

⁸⁹ Hoven ve Weigend (n 1) 187. Ayrıca bkz. Jenny Lederer, in Klaus Leipold, Michael Tsambakakis ve Mark A. Zöllner (ed) *AnwaltKommentar StGB* (3. Baskı, C. F. Müller 2020) § 177/12.

⁹⁰ Lederer (n 89) vor § 174/11 vd.

⁹¹ Eschelbach (n 6) § 177/14.

⁹² Fischer (n 37) § 177/18a.

⁹³ Hoven ve Weigend (n 1) 184. Değişiklik sonrası bir bütün olarak cinsel suç istatistiklerindeki artış için bkz. Gmelin ve Wörner (n 37) 80.

⁹⁴ Nitekim mağdurun menfi iradesine dair kastın birçok olayda ispatının zor olduğu ve bunun mahkûmiyet oranlarının düşük kalmasının sebeplerinden biri olduğu belirtilmiştir. Bkz. Hörnle (n 37) 149.

⁹⁵ Ekim 2022'den bu yana cebir modelinin terk edildiği, öncesinde uzunca bir süredir mağdurun direnmesinin aranmadığı ve artık mağdurun muhalif iradesini tespitinin yeterli olduğu İspanyol hukuku bağlamında yine de eğer varsa mağdurun mukavemetine ilişkin fiziki delillerinin rızanın yokluğunun ve şiddet kullanımının ispatı açısından çok önemli olduğu vurgulanmıştır. Bkz. Cancio Melià (n 10) 220.

değerlendirilirken, eski kanun döneminden daha fazla iki tarafın inandırıcılıkları konusunda etraflı bir değerlendirme yapılmak durumunda kalınacaktır.⁹⁶ Bu nedenlerle, suça ilişkin maddi ve bilhassa manevi unsurların ispat güçlüklerini barındırmaktadır.⁹⁷

Mağdurun iradesinin bu şekilde müphemlikler ihtiva ettiği vakalarda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yalnızca kişiler arasındaki münasebete ilişkin bütün ayrıntıların yargılama safahatında detaylı bir şekilde sübutu ile mümkün olabilecektir. Bunun uygulamacılar için barındırdığı önemli güçlükler, *Eschelbach*'a göre kanun koyucu tarafından dikkate alınmamıştır. Müellif, bu hususta uygulamanın, özellikle beyana karşı beyanın söz konusu olduğu cinsel suçlara ilişkin mahkûmiyet hükmü kurulurken, sübut için gerekli olan delillere (*rechtsgenügenden Beweis*) ilişkin hukuk devletine mütenasip asgari kıstasları ihtiva eden kendi içinde tutarlı bir konsept geliştiremediğini ifade etmektedir.⁹⁸

Cinsel suçlarda ispat, vakaların çoğunda yalnızca mağdur olduğu iddiasındaki katılanın tanık olarak verdiği ifadelerle tespit edilebilmektedir. Bunun sonucu olarak, cinsel suçlarda sanığın, katılanın beyanlarına karşı beyanlarla iddiaları yalanlaması oldukça sık rastlanan bir durumdur. Bu nedenle de kişi hakkındaki mahkûmiyetin salt mağdur olduğu iddiasındaki kişinin beyanına dayandırılmasının meşruiyeti sorgulanmaktadır.⁹⁹ Alman Federal Mahkemesi de öteden beri bu nevi vakalarda, yargılama konusu fiillere ilişkin iddiaların tek bir tanığın ifadesine dayandığı hallerde, tanık ifadesinin inandırıcılığı konusunda azami ihtimam gösterilmesi gerektiğine hükmetmektedir.¹⁰⁰ Öğretide *Sancinetti*, Federal Mahkeme'nin birçok kararı anılan gerekçeyle bozduğunun altını çizdikten sonra, esasen ilk derece mahkemesinin delilleri etraflı değerlendirme yükümlülüğünün bütün ceza yargılamaları için cari olduğu hususunu hatırlatmaktadır. Müellife göre, burada Federal Mahkeme etraflı değerlendirme kıstasıyla birlikte hâkimin mahkûmiyete ilişkin vicdani kanaate ulaştığı hallerde sanığa karşı tek bir tanığın ifadelerinin mevcut olmasının mahkûmiyete başlı başına engel teşkil etmediğini vurgulamaktadır. Müellifin veciz ifadesiyle bu, mahkeme kararını yeterli ve ikna edici gerekçeyle donattığında bu nevi bir mahkûmiyet hükmü bozulmayacaktır. Bu çerçevede, öğretide mahkeme kararının aynı zamanda katılan niteliğindeki tek bir tanığın ifadesine dayanılarak tesis edilmesinin, hâkimin vicdani kanaatini üzerine bina edeceği objektif bir zemin teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir. Bu nedenle *Sancinetti*, en az iki şahidin bu nevi davalarda maddi gerçeğin araştırılması mükellefiyeti çerçevesinde zorunlu olduğu görüşünü savunmaktadır.¹⁰¹

Gerçekten, salt bu nevi bir tanığın ifadesine dayanılması yapısal olarak güvenilir nitelikte bu delili temin eden kişinin taraflı davrandığı, avukat ve psikologlarla desteklendiği gerçeğiyle birlikte değerlendirildiğinde sıhhati oldukça tartışmalı bir delille mahkûmiyet hükmü tesis edilmemesi gerekmektedir. Bununla birlikte, bu nevi suçluluk tiplerinde esasen kanun koyucu mağdur rolüne ilişkin adeta bir karine oluşturmaktadır. Katılan ve tanık rolündeki, mağdur olduğu iddiasındaki kişi merkezi delil kişisi (*zentrale Beweisperson*) rolünü üstlenmekte ve danışmanlık ve hatta bazı vakalarda tanık koçluğu hizmetinden yararlanmak suretiyle meşruiyeti yapısal olarak tartışmalı olan bu delile ilişkin endişeleri daha da kuvvetlendirmektedir. Buna ilave olarak, mağdurun dosyadaki delillere vakıf olarak ifadelerini verdiği hususunun da altı çizilmektedir. Bu hususta, hukuk devletinde lekelenmeme hakkına ilişkin derin kaygıların salt yeterli şüphe olmadığından bahisle savcıların soruşturmayı neticelendireceği argümanı ile izale edilmesi mümkün gözükmemektedir. Bu çerçevede özellikle, bir ilişkinin sona erme hengâmında veya intikam amaçlı olarak yalan ihbarlarda bulunduğu bir gerçektir. Bu olguya çoğunlukla eklenen mağdurun müphem davranışlarının yanı sıra olay ilişkin yanıltıcı anımsama halleri (*Erinnerungsverfälschungen*), cinsel suçlarda ispatı daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Bu nedenle, 2016 yılında cinsel suçların tanımının genişletilmesi, bu suçların ispatına ilişkin sorunları daha da büyütülmüştür. Elbette, bu suçların sübutuna ilişkin asgari kıstasların tayini ve tespiti hususu güncelliğini korumaktadır.¹⁰²

V. Sonuç ve Türk Hukuku Açısından Değerlendirme

A. Cinsel saldırı suçunun tanımında klasik ve yaygın düzenleme biçiminin cebir modeli olduğu, müspet veya menfi irade modellerinin cebir yaklaşımına yönelik muhtelif hukuki ve cinsel şiddet olgusu bağlamında sosyal ve kısmen siyasi eleştiri ve tartışmalar sonucunda öne çıkan bakış açıları olduğu ifade edilebilir.

Genel olarak bakıldığında modellerin tek başına saf haliyle kabul edilmedikleri, muhtemel eksik yönleri karşılamak veya modeli tamamlamak üzere ilave hükümler ihtiva ettikleri görülmektedir. Örneğin, cebir modelinde cebir veya tehditten başka buna karşı koyamayacak, kendini savunamayacak halde olmadan yararlanma ayrıca düzenlenmektedir. Keza cinsel davranışın cebir uygulanmaksızın doğrudan, sürpriz bir şekilde gerçekleştirilmesi, ya yorum yoluyla cebre dâhil edilmekte (İtalya) ya da müstakil olarak hüküm altına alınmaktadır (Fransa). Almanya örneğinde açıklanmaya çalışılan menfi irade modelinde failin,

⁹⁶ Hoven ve Weigend (n 1) 185.

⁹⁷ Lederer (n 89) § 177/12.

⁹⁸ Eschelbach (n 6) § 177/4.

⁹⁹ ibid § 177/15.

¹⁰⁰ Bu hususta etraflı bir değerlendirme için bkz. Marcelo A. Sancinetti, 'Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip' in Georg Freund, Uwe Murmann, Rene Bloy ve Walter Perron (ed), *Festschrift für Wolfgang Frisch* (Duncker & Humblot 2013) 1233, 1233-1253.

¹⁰¹ ibid, 1242, 1248, 1250 vd. Latince "unus testis, nullus testis" (tek tanık, yok tanık) olarak ifade edilen ve bir şahidin doğrulanmayan ifadesinin Kıta Avrupası ceza muhakemesi sistemlerinde mahkûmiyet için yeterli olmadığı hakkında Rahime Erbaş, Neslihan Can, Ahsen Akdemir ve Selen Çakırhan, 'Attrition in Sexual Offenses with Evidentiary Challenges: The Example of Türkiye' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offenses* (Lexington 2023) 185, 189.

¹⁰² Eschelbach (n 6) § 177/15-16, 20.

mağdurun menfi irade oluşturamayacak veya ortaya koyamayacak halde veya buna ilişkin bedensel veya ruhsal kısıtlılık içinde olmasından yahut şaşkınlık anından faydalanması, müspet irade modeli temelinde ayrıca öngörülmüş, cebir ve tehditle işlenme hali de muhafaza edilmiştir. Müspet irade yaklaşımını esas alan İspanyol düzenlemesinde de ek olarak cebir veya tehdit kullanılması veya mağdurun çeşitli savunmasız veya zayıf hallerinden yararlanılması da cinsel saldırı sayılmıştır.

Modellere ilişkin eleştiriler incelendiğinde ise cebir modeline yönelik olarak cebrin mahiyeti gereği mağdurun direnmesinin arandığı aksi takdirde rızanın varlığının kabul edildiği, mağdurun çeşitli sebeplerle cinsel davranışa karşı koyma imkânının bulunmayabileceği, bu haller açısından cezai korumada boşluk doğduğu eleştirileri getirilmektedir. Bu tenkitlere cevaben söz konusu modelde suçun unsurunun failin cinsel davranışı cebrin gerçekleştirilmesi olduğu, mağdurun direnmesinin bir unsur teşkil etmediği, direnmemeye ile rıza ilişkisinin ispata ilişkin bir kabul olduğu ve bunun irade modellerinde de söz konusu olabileceği söylenebilir. Mağdurun direnemeyecek durumda olması hallerinin ise kazuistik olarak düzenlenerek eleştirilerin karşılanabileceği ileri sürülmektedir. İrade modellerine yönelik ortak eleştiriler ise bunların cinselliğe ilişkin doğallığı, bu konuda rıza göstermeye dair kararsızlıkları da yaptırım altına almak suretiyle zayıflattıkları, cezalandırmanın alanını genişlettikleri ve daha önemlisi rızanın varlığının veya yokluğunun saptanması ve ispatında zorluklara sebep oldukları noktalarında toplanmaktadır. Örneğin, menfi irade modelinin geçerli olduğu Alman hukukunda, mağdurun cinsel davranışa yönelik muhalefetini bilinebilir bir şekilde ortaya koyması vurgulanmakta, bu bağlamda savunma hareketinde bulunması veya ağlayarak bunu göstermesi örneği verilmektedir. Aynı şekilde müspet irade yaklaşımında da müspet iradenin ne şekilde gösterileceğine dair tartışmalar mevcuttur (İspanya).

İspat açısından cebir modelinde somut bir olgu olarak cebrin de ispatının gerekmesi önemli bir avantaj olarak görülebilir. Buna karşılık irade modellerinde rızanın varlığı veya yokluğu hususunda çoğunlukla failin beyanına karşı mağdurun beyanı karşı karşıya olacaktır. Bu noktada belirli şartlarda mağdurun beyanını üstün tutan yaklaşımın da ispat hukukunun temel prensipleri ve suçsuzluk karinesi açısından sorunlu olduğunu ifade etmek gerekir.

B. Türk hukukuna baktığımızda yürürlükteki 2004 tarihli 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ile mülga 1926 tarihli 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ve hatta bunun öncesinde 1274 (1858) tarihli ve 1926'ya kadar yürürlükte kalan Osmanlı Ceza Kanunu'nun (Ceza Kanunname-i Hümayunu) cinsel saldırı suçunda farklı modelleri esas aldığını görmekteyiz.

1) Tarihsel gelişimi ortaya koymak amacıyla öncelikle 1858 tarihli Ceza Kanunu incelendiğinde,¹⁰³ mukaddime ve üç baptan oluşan Kanun'un, "kişilere karşı suçların" öngörüldüğü ikinci babının üçüncü faslının "Hetk-i ırz etme [ırza geçme]" hakkında olduğu, 197 ila 202. maddelerin (ve eklerinin) bu konuyu düzenlediği saptanmaktadır.¹⁰⁴ Kanun'un 197. maddesinde küçük yaşta (15 yaşını ikmal etmemiş)¹⁰⁵ çocuklara yönelik fiiller (fiil-i şeni = çirkin ve kötü fiil), bunların rızalarının geçerli olmadığı kabulüyle cebirden söz edilmeksizin yaptırım altına alınmaktadır.¹⁰⁶ Buna mukabil 198. maddede, bir adamın bir kimseye "*cebren fiil-i şeni icra etmesi yani ırzına geçmesi*" ayrı bir suç olarak yer almaktadır.¹⁰⁷ Maddeye yapılan ilavede (zeyilde) ise bu suça teşebbüs hali, "*Böyle cebren fiil-i şeni icrasına tasaddi edip de yed-i ihtiyarında olmayan esbab-ı mania hayluletiyle file çıkamamış*" olması ibareleriyle ayrıca düzenlenmiştir.¹⁰⁸ Kanun'un 199. ve 200. maddelerinde de "*cebren fiil-i şeni*" tabiri kullanılarak ırza geçme suçunun belirli kişiler tarafından işlenmesi veya evlenmemiş bir kıza karşı gerçekleştirilmesi nitelikli haller olarak karşımıza çıkmaktadır. 200. maddeye yapılan ekte ise evlenme vaadiyle iğfal ederek bekâretin izalesi müstakil suç tipi olarak öngörülmüştür. Bu ilavenin gerekçesi, bu gibi hallerde "cebrin" söz konusu olmaması sebebiyle cezalandırmanın mümkün olmaması ve gelen şikâyetlerin karşılanması olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁹

1858 tarihli Kanun'un söz konusu hükümleri, Cumhuriyet döneminde 1341 (1925) tarihli ve 635 sayılı Kanunla (Kanun-ı Cezanın Bazı Mevaddını Muaddil Kanun)¹¹⁰ kapsamlı değişikliğe uğramıştır. Her şeyden önce faslın başlığı, "Hetk-i ırz edenlerle

¹⁰³ Kanun'un sistemi, yazı çevrimi ve geçirdiği değişiklikler hakkında bkz. Ahmet Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Külliyyatı* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1986) 832 vd.; Ahmet Gökçen, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (1989) 26-31, 117 vd.; Mustafa Şentop, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku: Kanunlar, Tadiller, Lahiyalar, Uygulama* (2004) 37 vd.

¹⁰⁴ Osmanlı Ceza Kanunu'nun ve mehazı olan 1810 tarihli Fransız Ceza Kanunu'nun konuyla ilgili hükümlerinin cinsel suçların "erken modern yorumu" olduğu yönünde Miller'den naklen Rahime Erbaş, 'Challenges in Regulating Sexual Offences in Turkey' in Rahime Erbaş (ed), *Global Problems in Sexual Offenses* (Lexington, 2022) 3, 5.

¹⁰⁵ Kanun'un ilk halinde yaş sınırı 11 iken 1875 (1291) tarihli değişiklikle 13'e, daha sonra 1911 tarihinde yapılan tadilatla 15'e yükseltiştir. 1875 değişikliğine ilişkin tezkerede, 13 yaşını tekemmül etmemiş çocuğa rızasıyla fiil-i şeni icra olunsa bile rızalarının hükmünün olmayıp "cebir addolunacağı" belirtilmiştir. Bkz. Sami, *Mirat-ı Kanun-ı Ceza: Kanun-ı Ceza Şerhi* (1324 [1908]) 305-306. Ayrıca bkz. Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Tefferruatı Şerhi* (1329 [1913]), 554; Mustafa Reşid [Belgesay], *Mufassal Ceza Kanunu Şerhi* (1341 [1925]), 529. Krş. Şentop (n 103) 62, 78.

¹⁰⁶ Söz konusu fiilin cebir ve şiddetle vaki olması halinde ceza ağırlaşmaktadır. Cebir ve şiddetin nitelikli hal sayılmasının, Kanun'un ilk şeklinde yer almayıp 1911 değişikliğiyle maddeye ilave edildiği anlaşılmaktadır.

¹⁰⁷ Öğretide fiil-i şeni cürmü olarak anılan bu suçta, 197. maddede olduğu gibi şiddetten ayrıca söz edilmemiş olması sebebiyle cebir kavramının, hem maddi hem de manevi cebri (tehdidi) kapsadığı ifade edilmiştir. Bkz. Belgesay (n 105) 530, 532-533.

¹⁰⁸ Yapılan ilaveyle ilgili olarak Fransız Ceza Kanunu'nda teşebbüsle ilgili genel bir hükmün bulunduğu, bunun bazı kötüye kullanmalara sebebiyet vereceği düşüncesiyle Osmanlı kanununa alınmadığı dolayısıyla ilgili maddelerde tek tek teşebbüs hükümlerinin düzenlenmesi yoluna gidildiği belirtilmiştir. Bkz. Şentop (n 103) 62. Söz konusu teşebbüs hükmüyle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun ırza tasaddi suçu ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun basit cinsel saldırı suçu karşılaştırılabilir.

¹⁰⁹ Bkz. Şentop (n 103) 63. Söz konusu ekte (zeyilde) hükmün uygulanabilmesi için evlenme vaadiyle iğfalin, erkeğin ikrar ve itiraf eylemesine veya kız tarafının ispat etmesine bağlı olduğu belirtilerek ispat hükmüne yer verilmesi de dikkat çekmektedir. Ayrıca hükmünde daha sonra yapılan değişiklikle suçun failinin mağdur ile evlenmesi halinde cezanın ortadan kalkacağına dair bir cümle eklenmiştir (Şentop [n 103] 63).

¹¹⁰ Resmi Gazete (Resmi Ceride), 29.04.1925 (1341), No: 98. Ayrıca bkz. Sulhi Dönmezer, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975) 42-43.

ırz ve namusa tasaddiyi müstelzim efal ve harekâta bulunanlar” biçiminde genişletilmiştir. Kanun’un 197. maddesi, daha önce yalnızca 15 yaşını tamamlamamış çocuklara özgü iken değişiklik sonucu akıl hastaları gibi ayırt etme gücü olmayanları da kapsar hale getirilmiştir. Nitelikli hal olarak cebir ve şiddetin yanı sıra fiilin tehditle veya mukavemeti kaldıran diğer bir vasıtayla ya da mukavemete muktedir olmayan bir şahsa karşı işlenmesi öngörülmüştür. Keza yine bu maddede söz konusu kişilere karşı ırz ve namusa tasaddi teşkil eden diğer bir fiil ve harekette bulunulması müstakil suç olarak düzenlenmiştir. Kanun’un 198. maddesinde daha önce herhangi bir yaş sınırı yer almazken yeni halinde 15 yaşını tamamlamış kimseler suçun mağduru olarak kabul edilmiştir. Önceki halinde sadece cebirden söz edilirken değişiklik sonrası cebir ve şiddet, tehdit, mukavemeti kaldıran diğer bir vasıta ile veya mukavemete gayri muktedir halde bulunan şahsa karşı suçun işlenmesi cezalandırılmıştır. Bu suretlerle ırz ve namusa tasaddiyi müstelzim diğer bir fiil ve harekette bulunulması ayrıca yaptırım alınmıştır.

Görüldüğü üzere Osmanlı Ceza Kanunu’nun ilk halinde, 15 yaşını bitirmemiş çocuklar ayırık tutulursa fiil-i şeni (ırza geçme) olarak anılan cinsel saldırı suçu bakımından cebren (maddi ve manevi cebir) hareket edilmesi gerektiği öngörülerek cebir modelinin esas alındığı açıktır. Öyle ki değişiklik gerekçelerinde, geçersiz rızaları olsa bile küçük çocuklar bakımından da cebrin varsayılacağı ifade edilerek cebir yaklaşımı tahkim edilmiştir. 1341 (1925) tarihli değişiklik sonrası metinde ise cebir ve şiddetin yanı sıra tehditten açıkça söz edilerek cebir modeli korunmuşsa da bunun dışında, suçun mukavemeti kaldıran diğer bir araçla veya fiile mukavemet edemeyecek haldeki bir kişiye karşı işlenmesi şeklinde cebir modelini genişleten bir yaklaşım dikkat çekmektedir. Kanunda mukavemeti kaldıran “diğer bir vasıttan” söz edilmesi, esasen cebir ve tehdidin mukavemeti kaldıran asıl araçlar olduğunun da teyididir. Burada muhtemel mağdurlar arasında mukavemete muktedir olan ve olmayan ayırımı yapıldığı, mukavemet edemeyecek olanlara cebir ve tehdidin uygulanmayacak olmasından kaynaklı olası boşluğun giderildiği ifade edilebilir.

2) 1858 tarihli Ceza Kanunu’nu ilga eden 1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun ilk haline bakıldığında cinsel saldırı suçuna karşılık gelebilecek düzenleme, “Adabı umumiye ve nizamı aile aleyhinde cürümler” başlıklı babın “Cebren ırza geçen, küçüklüğü baştan çıkaran ve iffete taarruz edenler” başlıklı ilk faslında ırza geçme ve ırza tasaddi tabirleriyle yer almaktadır. Söz konusu fiiller 15 yaş ölçüt alınarak ikiye ayrılmak suretiyle farklı maddelerde öngörülmüş olup madde metinleri büyük ölçüde 1925 tarihli kanunla değişik 1858 tarihli Osmanlı Ceza Kanunu’yla benzerlik arz etmektedir. Kanun’un 414 ve 415. maddelerine göre 15 yaşını bitirmemiş bir çocuğa veya ayırt etme gücü olmayanlara karşı doğrudan ırza geçme veya tasaddi fiillerinin işlenmesi belirli bir cezayla karşılanırken bu kişilere karşı cebir ve tehdit uygulanması cezayı ağırlaştırıcı nitelikli unsur teşkil etmektedir. Buna karşılık 416. madde uyarınca 15 yaşını dolduran bir kimseye karşı ancak cebir ve şiddet veya mukavemeti kaldıran diğer bir vasıtayla söz konusu fiillerin gerçekleştirilmesi suç teşkil etmektedir. Bundan başka aynı maddeye göre cebir ve şiddet ve sair vasıtaya müracaat etmeksizin mukavemete gayri muktedir bir halde bulunan şahsa karşı bahsi geçen fiillerin işlenmesi de suçun kapsamındadır.¹¹¹

765 sayılı Kanun’un ilgili hükümlerinde 1933 yılında 2275 sayılı Kanun’la ceza miktarlarında düzenleme yapılmış, 1953 tarihli ve 6123 sayılı Kanun’la ise madde metinleri kısmen değiştirilmiştir. Buna göre 416. maddenin yeni halinde, 15 yaşını bitiren bir kimseye karşı cebir ve şiddet veya tehdit kullanmak suretiyle veyahut akıl veya beden hastalığından veya kendi fiilinden başka bir sebepten veya kullandığı hileli vasıtalarla dolaylı fiile mukavemet edemeyecek bir halde bulunan bir kimseye karşı ırza geçme veya ırza tasaddi fiillerinin işlenmesinden söz edilmiştir.

Sonuç olarak 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda, 15 yaşını tamamlamış kişilere karşı cebir ve tehditle ırza geçme ve ırza tasaddi fiillerinin gerçekleştirilmesinin esas olması bağlamında cebir modelinin temel alındığı ortadadır. Nitekim faslın başlığında açıkça “cebrin ırza geçenler” ibaresi bulunmaktadır. Buna mukabil 15 yaşını tamamlamamış küçüklere veya çeşitli sebeplerle fiile mukavemet edemeyecek halde olan kimselere yönelik fiillerde ise cebir ve tehdit aranmamış, başka bir deyişle cebir modeli genişletilmiştir. Öğretide kanunun cebir ve şiddetten söz ettiği haller hakiki (gerçek) cebir, diğer haller ise mefruz (varsayılan) cebir olarak tasnif edilmiş böylece kanunda cebrin öngörülmeyeceği durumlar da kavramsal olarak cebir tabiri altında ele alınmıştır. Buna göre 15 yaşını bitirmemiş çocuklara veya fiile direnemeyecek halde bulunan kimselere yönelik işlenen fiillerde kanunda zikredilmese de cebrin varlığı karine olarak kabul edilmiş, bu durum mefruz cebir olarak adlandırılmıştır.¹¹²

3) Nihayet yürürlükteki 2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun hükümlerine değinilebilir. Bundan önce 2003 tarihli Tasarıya bakıldığında cinsel suçların, “Topluma Karşı Suçlar” kısmında “Cinsel Bütünlüğe ve Edep Törelerine Karşı Suçlar” başlıklı bölüm altında genel ahlaka yönelik suçlarla birlikte düzenlendiği görülmektedir. Tasarının 315 ve 317. maddelerinin başlığı “Zorla ırza geçme” ve “Zorla ırza tasaddi” şeklinde olup cebir ve tehdit kullanılması ve kişinin birtakım sebeplerle fiile karşı koyamayacak halde bulunması unsurlarına yer verilmiştir. 15 yaşını bitirmemiş çocuklar bakımından rızai ırza geçme ve ırza

¹¹¹ Mevaz İtalyan Ceza Kanunu’nun 331. maddesinde de cebir ve tehditle fiilin işlenmesi esas alınmış ve bununla eş değer olmak üzere dört bent halinde sayılan hallerde (ör. mağdurun 12 yaşının doldurmamış olması veya 15 yaşını doldurmamış olup da failin mağdurun usulünden biri veya vasisi veya öğretmeni olması) cebir ve tehdit olması da suçun oluşacağı kabul edilmiştir. Bkz. Majno, *Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları* (Cilt 3, Yargıtay 1980) 135 vd.

¹¹² Majno (111) 137 vd; Dönmez (n 110) 61 vd; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 1994) 442 vd.; Faruk Erem ve Nevzat Toroslu, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Savaş 1994) 297. Dönmez, reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu da mefruz cebir kapsamında incelemiştir. Bkz. Dönmez (n 110) 67, 71. Krş. Önder (n 112) 455, 462.

tasaddi suç sayılmıştır. Bu haliyle Tasarının mülga 765 sayılı Kanun'daki cebir modelini sürdürdüğü ve inceleme konusu açısından mülga kanunla büyük ölçüde benzer bir içeriğe sahip olduğu söylenebilir.

Cinsel saldırı suçu, 5237 sayılı Kanun'un "Kişiler Karşı Suçlar" kısmında, "Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar" bölümünde hüküm altına alınmış olup gerek korunan hukuki değer gerekse kullanılan terimler (çocuklar ve yetişkinler açısından ortak kavramlar olan irza geçme ve irza tasaddi yerine cinsel saldırı ve çocuklar bakımından cinsel istismar) açısından önemli farklılıklar içermektedir.¹¹³ Söz konusu suç, Kanun'un 102. maddesinin 1. fıkrasında, "*Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi. . .*" biçiminde tarif edilmiştir. Fıkra mülga kanunlarda olduğu gibi cebir, şiddet, tehdit veya fiile mukavemet edemeyecek halde olmadan söz edilmemektedir. Bununla birlikte maddenin 4. fıkrasında "*Cinsel saldırı için başvurulmuş cebir ve şiddetin kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olması hâlinde, ayrıca kasten yaralama suçuna ilişkin hükümler uygulanır.*" ifadesi yer almaktadır. Bu hükmün mefhumu muhalifinden kasten yaralama suçunun ağır neticeleri düzeyine ulaşmayan cebir ve şiddet (maddi cebir) sebebiyle ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmeyeceği sonucu çıkarılmakta, söz konusu düzeyin altındaki maddi cebrin suçun unsuru olduğu ileri sürülmektedir.¹¹⁴ Mezkûr fıkranın gerekçesinde ise, "*Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesidir. Mağdura karşı cebir veya tehdit ya da hile kullanılabilmesi gibi, örneğin bilincinin yitirilmesine neden olmak veya örneğin uyku hâli dolayısıyla bilincinin kapalı olmasından yararlanmak suretiyle de bu suçlar işlenebilirler. Maddenin dördüncü fıkrasına göre, bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezaya hükmetmek gerekecektir.*" açıklaması mevcuttur. Gerekçede cebrin yanı sıra tehdit, hile veya bilincin yerinde olmaması (fiile karşı koyamayacak halde olma) durumlarından söz edilmesine rağmen bunların madde metninde karşılığının olmadığı görülmektedir.¹¹⁵ Kuşkusuz cinsel saldırı suçunun işlenmesinde bu hallerin gerçekleşmesi mümkündür. Ancak sözü geçen hususların suçun unsuru olduğunun söylenebilmesi için maddenin lafzında buna ilişkin bir açıklığın bulunması gerekir. Ne var ki öğretilerde ve uygulamada madde gerekçesinden hareketle bunların unsur olduğu yönünde değerlendirmelere rastlanmaktadır.¹¹⁶

Öte yandan çocukların cinsel istismarı suçunun öngörüldüğü 103. maddede, 15 yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte algılama yeteneği gelişmemiş çocuklara yönelik her türlü cinsel davranış¹¹⁷; diğer çocuklara karşı ise sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar, cinsel istismar sayılmıştır.¹¹⁸ Böylece 15 yaşını bitirmiş ve algılama yeteneği gelişmiş çocuklar bakımından (maddi ve manevi) cebir modeli temelinde (hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenle birlikte) bir düzenleme yaklaşımının bulunduğu ifade edilebilir.¹¹⁹

Yukarıdaki tespit ve değerlendirmeler ışığında yürürlükteki Türk Ceza Kanunu'nda cinsel saldırı suçu açısından 102. maddede saf bir cebir modelinin benimsendiğini söylemek zordur. Her ne kadar maddenin 4. fıkrasının aksi anlamından belirli bir düzeye varmayan cebir sebebiyle ayrıca ceza verilmeyeceği sonucu çıkarılabilirse de bu hükmün özel bir gerçek içtima hükmü olduğuna ve suçun unsurlarının asıl olarak maddenin 1. fıkrasında düzenlendiğine dikkat çekmek gerekir.¹²⁰ Bu bağlamda 102. maddenin ilk fıkrasına bakıldığında, 103. maddede olduğu gibi suçun unsurları arasında cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene yer verilmediği görülmektedir. Daha açık bir anlatımla cinsel saldırı suçunun oluşumu açısından bu nedenlerin varlığı şart değildir.¹²¹ Bu durumda 102. maddede rıza modelinin temel alınıp alınmadığı veya hangi rıza modelinin esas olduğu irdelenmelidir.

Maddede rıza kelimesi sarih olarak geçmemekle birlikte öğretilerde, madde başlığındaki "saldırı" ve madde metnindeki vücut

¹¹³ Bu konuda bkz. Selman Dursun, "Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış" (2014) 9(24) Ceza Hukuku Dergisi 57, 58-59.

¹¹⁴ Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı, Seçkin 2023) 326; Fahri Gökçen Taner, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (3. Baskı, Seçkin 2023) 131; S. Sinan Kocaoğlu, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)* (Yetkin 2016) 111. Cinsel saldırıyı oluşturan hareketin mutlaka cebir boyutuna varmasının gerekmediği ancak cebrin kullanılması halinde bunun suçun unsuru olduğu görüşü için Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2023) 369; M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022) 373-374; Hasan Tahsin Gökcan ve Mustafa Artuç, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (3. Cilt, Adalet 2021) 3728-3729.

¹¹⁵ Cebrin aksine tehdidin cinsel saldırının unsuru olduğuna dair 102. maddede herhangi bir belirlemenin yer almadığı yönünde Taner (n 114) 140.

¹¹⁶ Tezcan, Erdem ve Önok (n 114) 326 vd; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022) 332 (yazarlar, sarkıntılık açısından bu araçların kullanılmasına gerek olmadığını savunmaktadır). Yargıtay da kararlarında (belli düzeydeki) cebir ve tehdidin suçun unsuru olduğuna ve bunlardan dolayı ayrıca ceza verilmeyeceğine hükmetmektedir. Bkz. Gökcan ve Artuç (n 114) 3729-3731, 3805-3806.

¹¹⁷ Yargıtay, bazı kararlarında bu gruptaki çocuklar bakımından "mefruz cebir" tabirini kullanmaktadır. Ör. Ceza Genel Kurulu, 25.5.2021, 2019/405 Esas, 2021/219 Karar. Ayrıca bkz. Taner (n 114) 378.

¹¹⁸ Cinsel davranışların iradeyi etkileyen nedenlere dayandırılmasının böyle bir neden olmaksızın gerçekleştirilen rıza dışı cinsel davranışlar açısından tereddüde yol açtığı hakkında Dursun (n 113) 64, dipnot 21. Maddedeki ifadenin "diğer çocuklara karşı rızaları hilafına gerçekleştirilen cinsel davranışlar" şeklinde değiştirilmesi gerektiği yönünde Taner (n 114) 378. Ayrıca bkz. Pınar Memiş Kartal, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der, 2014) 166-167; Nurullah Kantarcı, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet 2016) 149-150. Farklı bir yaklaşım için bkz. Engin Turhan, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021), 50-52.

¹¹⁹ Krş. Taner (n 114) 377-378.

¹²⁰ Söz konusu fıkraya dair gerekçede genel olarak suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleştirilmesi gerektiğine işaret edildikten sonra cebir, tehdit veya hilenin "kullanılabileceğinden" yahut bilincin yitirilmesi veya kapalı olması halinden yararlanarak suçun "işlenebileceğinden" bahsedilmiş, bunların unsur olduğundan söz edilmemiştir. Kaldı ki yukarıda da ifade edildiği üzere bu hususlardan cebir dışında diğerleri madde metninde yer almamaktadır.

¹²¹ Taner (n 114) 128, 131. Cinsel saldırı açısından önemli olanın cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen diğer nedenlerin bulunması değil mağdurun rızasının bulunmaması olduğu yönünde Nur Centel ve Hamide Zafer, "Cinsel Saldırı Suçu" in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmüş ve M. Emin Alşahin (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 225, 235-236. Cebrin suçun unsuru olmadığı yönünde Erbaş (n 104) 13.

dokunulmazlığını “ihlal eden” ibarelerinden hareketle,¹²² keza cinsel davranışın ancak rıza hilafına gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı olarak nitelendirileceği¹²³ gibi gerekçelerle rızanın bulunmaması gerektiği, rızanın varlığının tipikliğin oluşumunu engelleyen bir vasıf taşıdığı kabul edilmektedir.¹²⁴ Öğretide rızanın yokluğu için “hayır” denmesinin yeterli olduğu, bunun dışında mağdurun faile direnç göstermesinin gerekli olmadığı ifade edilerek menfi irade modeline yakın görüşler serdedilmektedir.¹²⁵ Bununla birlikte yukarıda değinilen tipik menfi irade modeli hatırlandığında, maddede menfi yönde bir irade açıklamasının gerektiğine dair bir ibare bulunmadığından burada söz konusu modelin esas alındığından söz edilemeyecektir. Bu durumda geriye müspet irade modeli kalmaktadır ki rıza olmaksızın gerçekleştirilen tüm cinsel davranışların vücut dokunulmazlığını “ihlal” ettiğiinden söz edilebilecektir. Başka bir deyişle kişinin müspet yönde bir irade açıklaması olmadıkça cinsel saldırı suçu oluşabilecektir.¹²⁶ Ne var ki maddede rızanın açıkça düzenlenmemiş olması tipik olarak bu modelin takip edildiğini söylemeyi de güçleştirmektedir. Öte yandan müspet yahut menfi irade yaklaşımlarının, rızanın varlığı veya yokluğu konusunda ispat açısından güçlükler doğuracağına dair eleştiriler, Türk hukuku açısından da gündeme gelebilecektir.¹²⁷

Nihayet, münferit olarak cinsel saldırı suçuna ilişkin yukarıdaki tespitlere rağmen gerek 102. maddenin 4. fıkrasındaki cebir (ve şiddet) düzenlemesi ve fıkraya dair gerekçedeki açıklamalar gerekse cebir, tehdit, hile ve iradeyi etkileyen başka bir nedenden bahseden 103. ve hatta 104. maddeler¹²⁸ dikkate alındığında Kanun’un genel örgüsünün cebir modeline yakın olduğu da söylenebilir. Cinsel saldırı suçuyla birlikte bu bölümde yer alan suçların aynı model temelinde uyumlu hale getirilmesi gerektiği ve bu noktada yöneltilen eleştiriler de dikkate alınarak genişletilmiş bir cebir modelinin veya cebir modelini içeren karma bir modelin esas alınabileceği belirtilmelidir.

Etik Komite Onayı: Çalışma için etik kurul onayı gerekmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız

Yazar Katkıları: Çalışmanın Konsepti/Tasarımı- S.D., A.E.B.; Veri Toplama- S.D., A.E.B.; Veri Analizi/Yorumlanması- S.D., A.E.B.; Makaleyi Hazırlayan- S.D., A.E.B.; Makalenin Eleştirel Revizyonu- S.D., A.E.B.; Son Onay ve Sorumluluk- S.D., A.E.B.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadıklarını beyan etmişlerdir.

Ethics Committee Approval: Ethics committee approval is not required for the study.

Peer-review: Externally peer-reviewed

Author Contributions: Conception/Design of Study- S.D., A.E.B.; Data Acquisition- S.D., A.E.B.; Data Analysis/Interpretation- S.D., A.E.B.; Drafting Manuscript- S.D., A.E.B.; Critical Revision of Manuscript S.D., A.E.B.; Final Approval and Accountability- S.D., A.E.B.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Grant Support: The authors declared that this study has received no financial support.

KAYNAKLAR / REFERENCES

Ahmed Ziya, *Mufassal Kanun-ı Ceza ve Teferruatı Şerhi* (1329 [1913]).

Akbulut B, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’ (2019) 14(40) Ceza Hukuku Dergisi 265-288.

Akçin İ, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ (2006) 32(1-2) Yargıtay Dergisi 99-144.

¹²² İhsan Akçin, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ (2006) 32(1-2) Yargıtay Dergisi 99, 105. Aynı yönde Gökcan ve Artuç (n 114) 3725-3726; Kantarcı (n 118) 149; Muhammed Demirel, ‘Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza’ (2020) 78(3) İstanbul Hukuk Mecmuası 1469, 1486; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 114) 387; Erbaş (n 104) 12-13. Rızayla gerçekleştirilen fiilin m. 102 anlamında vücut dokunulmazlığını ihlal eden bir cinsel davranış olmadığı fikri için Meral Ekici Şahin, *Ceza Hukukunda Rıza* (On İki Levha 2012) 102.

¹²³ Koca ve Üzülmöz (n 114) 368; Taner (n 114) 128, 197 (yorum yoluyla bu sonuca varılabileceği). Maddenin 4. fıkrasındaki cebir ve şiddet düzenlemesinden suçun oluşumu için cinsel davranışın rıza dışı olması gerektiğinin anlaşıldığı görüşü için Berrin Akbulut, ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlarda Rızanın Niteliği’ (2019) 14(40) Ceza Hukuku Dergisi 265, 269.

¹²⁴ Ekici Şahin (n 121) 102; Taner (n 114) 197; Dursun (n 113) 63; Akbulut (n 123) 269-270; Demirel (n 122) 1486; Artuk, Gökcan, Alşahin ve Çakır (n 114) 387; Erbaş (n 104) 12; Hasan İba, ‘Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği’ (2023) 29(1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 98, 135. Rızanın maddi unsurların oluşumu açısından bulunmaması gereken, tipikliğin olumsuz unsuru olduğu yönünde Koca ve Üzülmöz (n 114) 368, 374. Suça rengini veren hususun “rızanın yokluğu” olduğunu belirten Tezcan, Erdem ve Önok, rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak ele almaktadırlar (Tezcan, Erdem ve Önok [n 114] 325-326, 363). Yargıtay’ın da rızanın hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünü değiştirerek tipikliği engelleyen neden olarak kabul etme eğiliminde olduğu hakkında Tezcan, Erdem ve Önok (n 114) 364.

¹²⁵ Gökcan ve Artuç (n 114) 3726-3727; Taner (n 114) 131-134; Demirel (n 122) 1486. Kişinin “hayır” demesinin tek başına yeterli olmayacağı, başta geri çevrilen bir talebin sonrasında kabul edilebileceği ancak mağdurun direnmesinin de gerekmediği görüşü için Tezcan, Erdem ve Önok (n 114) 327.

¹²⁶ Türk hukukunda hâkimin fiilin, rıza dışı olup olmadığını (mağdurun rızasının etkilenip etkilenmediğini) değil, rızayla gerçekleşip gerçekleşmediğini (mağdurun rıza gösterip göstermediğini) araştırması gerektiğinden hareketle Türk hukukunun müspet irade modeline yakın olduğu fikri için Erbaş (n 104) 12.

¹²⁷ Direnmenin zorunlu olmadığı görüşünün ispat açısından ortaya çıkarılabileceği güçlükler için ayrıntılı bir tartışma için bkz. Taner (n 114) 131 vd. Yargıtay çeşitli kararlarında beyana karşı beyan örneklerinde mağdurun beyanının muhakeme boyunca tutarlı ve hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı, mağdur ile fail arasında husumet bulunup bulunmadığı ve mağdurun sanığa iftira atması için bir neden bulunmaması gibi gerekçelerle beyanı esas alabilmekte veya şüpheden sanık yararlanır ilkesini uygulayabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bir analiz için Erbaş, Can, Akdemir ve Çakırhan (n 101) 194 vd. İftira atma gerekçesinin ispat yükünü tersine çevirdiği eleştirisi için Taner (n 114) 327-328.

¹²⁸ Reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun düzenlendiği 104. maddede cebir, tehdit ve hileden söz edilmiş ancak 103. maddeden farklı olarak “iradeyi etkileyen başka bir neden” ibaresine yer verilmemiştir.

- Akgündüz A, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Külliyyatı* (Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1986).
- Artuk M E, Gökçen A, Alşahin M E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (20. Baskı, Adalet 2022).
- [Belgesay] M R, *Mufassal Ceza Kanunu Şerhi* (1341 [1925]).
- Bohlander M, *Principles of German Criminal Law* (Hart 2009).
- Caletti G M, 'Coercion by Violence and its Changing Meaning: The Experience of Italy' in Elisa Hoven ve Thomas Weigend (ed) *Consent and Sexual Offences* (Nomos 2022) 25-41.
- Cancio Melià M, 'Sexual Assaults under Spanish Law: Law Reform, Consent, and Political Identity' in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford 2023) 215-234.
- Centel N ve Zafer H, 'Cinsel Saldırı Suçu' in Mahmut Koca, İzzet Özgenç, İlhan Üzülmöz ve M. Emin Alşahin (ed), *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan* (Seçkin 2020) 225-264.
- Deckers R, 'Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StAG 2016' (2017) *Strafverteidiger* 410-412.
- Demirel M, 'Ceza Hukukunda Rızanın İki Boyutu: Tipikliğe Engel Olan Rıza ve Hukuka Uygunluk Nedeni Olan Rıza' (2020) 78(3) *İstanbul Hukuk Mecmuası* 1469-1523.
- Dönmez S, *Ceza Hukuku Özel Kısım: Genel Adap ve Aile Düzenine Karşı Cürümler* (4. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 1975).
- Dursun S, 'Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Suçlara Genel Bir Bakış' (2014) 9(24) *Ceza Hukuku Dergisi* 57-73.
- Eisele J, 'Das neue Sexualstrafrecht' (2017) 3(1) *Rechtspsychologie* 7-30.
- Eisele, J, in Albin Eser v.d. (ed), *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Baskı, C. H. Beck 2019).
- Ekici Şahin M, *Ceza Hukukunda Rıza* (On İki Levha 2012).
- Elliot C, *French Criminal Law* (Routledge 2011).
- Erbaş R, 'Challenges in Regulating Sexual Offences in Turkey' in Rahime Erbaş (ed), *Global Problems in Sexual Offences* (Lexington, 2022) 3-24.
- Erbaş R, Can N, Akdemir A ve Çakırhan S, 'Attrition in Sexual Offences with Evidentiary Challenges: The Example of Türkiye' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offences* (Lexington 2023) 185-213.
- Erem F ve Toroslu N, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Baskı, Savaş 1994).
- Eschelbach R, in Holger Matt ve Joachim Renzikowski (ed), *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Baskı, Franz Vahlen 2020).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch* (62. Baskı, C. H. Beck 2015).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch* (70. Baskı, C. H. Beck 2023).
- Gmelin L ve Wörner H, 'Reform Needs in German Criminal Law on Sexual Offences' in Rahime Erbaş (ed), *European Perspectives on Attrition in Sexual Offences* (Lexington, 2023) 79-111.
- Goujard C, 'EU Countries Reject Making Non-consensual Sex a Criminal Offense Across the Bloc' (Politico, 9 Haziran 2023) <<https://www.politico.eu/article/rape-europe-criminal-offense-non-consensual-sex>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Gökcan H T ve Artuç M, *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Şerhi* (3. Cilt, Adalet 2021).
- Gökçen A, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri* (1989).
- Gutschker T, 'EU-Parlament will Vergewaltigung einheitlich bestrafen' (Frankfurter Allgemeine Zeitung, 28 Haziran 2023) <<https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/eu-parlament-will-vergewaltigung-europaweit-regeln-18996296.html>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Heger M, 'Grenzüberschreitungen: Anmerkung zu den Tatbestandsvorgaben im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt' (2022) (4) *Kriminalpolitische Zeitschrift* 273-282.
- Heller F, 'Spanish Coalition Clashes Over Controversial Sexual Assault Law' (Euractiv, 7 Şubat 2023) <<https://www.euractiv.com/section/politics/news/spanish-coalition-clashes-over-controversial-sexual-assault-law>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Herning L ve Illgner J, 'Ja heißt Ja: Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht' (2016) *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 77-80.
- Hoven E, 'Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt: Was ändert sich für das deutsche Strafgesetzbuch durch die EU-Richtlinie?' (2022) (4) *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 118-121.
- Hoven E, 'Das neue Sexualstrafrecht: Ein erster Überblick' (2020) (10) *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 578-586.
- Hoven E ve Weigend T, 'Nein heißt Nein- und viele Fragen offen' (2017) (4) *Juristen Zeitung* 182-191.
- Hoven E ve Weigend T, *Strafsachen: Ist unser Recht wirklich gerecht?* (Dumont 2023).
- Tatjana H, 'The New German Law on Sexual Assault' in Tatjana Hörnle (ed), *Sexual Assault: Law Reform in a Comparative Perspective* (Oxford, 2023) 141-162.
- İba H, 'Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda Rızanın Hukuki Niteliği' (2023) 29(1) *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 98-139.
- Kantarci N, *Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu* (Adalet 2016).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (9. Baskı, Adalet 2023).
- Kocaoğlu S S, *Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar (TCK m. 102-105)* (Yetkin 2016).

- Laue C, in Dieter Dölling v.d. (ed), *Gesamtes Strafrecht* (5. Baskı, Nomos 2022).
- Lederer J, in Klaus Leibold, Michael Tsambikakis ve Mark A. Zöllner (ed) *AnwaltKommentar StGB* (3. Baskı, C. F. Müller 2020).
- Löffelmann M, 'Verfassungswidrigkeit des neuen § 177 StGB?' (2017) *Strafverteidiger* 413-417.
- Majno, *Ceza Kanunu Şerhi: Türk ve İtalyan Ceza Kanunları* (Cilt 3, Yargıtay 1980).
- Meineck S ve Köver C, 'EU-Rat gegen einheitlichen Schutz vor Vergewaltigung' (Netzpolitik.Org, 16 Haziran 2023) <<https://netzpolitik.org/2023/gesetz-zu-gewalt-gegen-frauen-eu-rat-gegen-einheitlichen-schutz-vor-vergewaltigung>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Memiş Kartal P, *Türk Ceza Hukuku'nda Çocukların Cinsel İstismarı* (Der 2014).
- Moceri A, 'Spain's Sexual Consent Law Debacle Has Sanchez's Coalition on the Ropes' (World Politics Review, 18 Mayıs 2023) <<https://www.worldpoliticsreview.com/spain-feminism-sexual-crime-politics-socialists-podemos-consent>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2023.
- Navy J, 'After the Law of April 21, 2021, a New Definition of Rape' (Rift, 20 Şubat 2022) <<https://www.riftavocats.fr/english/papers/Rape-Definition-France-Lawyer>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.
- Önder A, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (4. Bası, Filiz 1994).
- Özbek V Ö, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Baskı, Seçkin 2022).
- Rapport de Mme Marie Mercier, au nom de la commission des lois, n° 467 (2020-2021) <<https://www.senat.fr/rap/120-467/120-4671.pdf>> Erişim Tarihi 20 Aralık 2023.
- Renzikowski J, 'Sexueller Übergriff, sexuelle Nötigung, sexueller Missbrauch' in Eric Hilgendorf, Hans Kudlich ve Brian Valerius (ed), *Handbuch des Strafrechts* (Cilt 4, C. F. Müller 2019) 439-517.
- Sami, *Mirat-ı Kanun-ı Ceza: Kanun-ı Ceza Şerhi* (1324 [1908]).
- Sancinetti M A, 'Die einzelne Zeugenaussage und das Zweifelsprinzip' in Georg Freund, Uwe Murmann, Rene Bloy ve Walter Perron (ed), *Festschrift für Wolfgang Frisch* (Duncker & Humblot 2013) 1233-1253.
- Schramm E, 'Expansives Sexualstrafrecht' (2021) (3) *Deutsch-Georgische Strafrechtszeitschrift*, 70-75.
- Şentop M, *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Hukuku: Kanunlar, Tadiller, Lahiyalar, Uygulama* (2004).
- Taner F G, *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar* (3. Baskı, Seçkin 2023).
- Tezcan D, Erdem M R ve Önok R M, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (21. Baskı, Seçkin 2023).
- Turhan E, *Türk ve Alman Ceza Hukukunda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu* (Seçkin 2021).
- Weigend T, 'Tatbestände zum Schutz der Sexualmoral' (2017) (129/2) *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 513-528.
- Wildt D, 'Europa im Überlick' (2023) (7) *Strafverteidiger Forum* 249-250.
- Zhou Z, *Sexualstrafrecht in Deutschland und China* (Duncker & Humblot 2020).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Dursun S, Bozbayındır AE, 'Cinsel Saldırı Suçunun Tanımında Modeller ve İspat Meselesi' (2023) 11(2) *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 230.