

CİNSEL SUÇLARIN HİLEYLE İŞLENMESİ: RIZA GÖSTERİLEN KİŞİNİN KİMLİĞİNE İLİŞKİN SORUNLAR

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1434498>

Arş. Gör. Dr. Efe Can KARABULAT*

Öz

On dokuzuncu yüzyılın ortalarından itibaren, cinsel özgürlüğe yönelik anlayış değişmeye başlamıştır. Yalnızca evli çiftler arasındaki cinsel ilişkileri meşru kabul edip diğer bütün cinsel ilişki türlerini yasaklayan anlayışın yerini, bireylerin partner seçiminde özgür oldukları bir anlayış almıştır. Bu durum, bireylerin hukuk düzeni tarafından korunan bir cinsel otonomiye sahip olmalarını sağlamıştır. Günümüzde bireylerin cinsel otonomisinin, cebir veya tehditle gerçekleştirilen cinsel davranışlarla ihlal edilebileceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte cinsel suçlar bakımından hilenin rolü yeterince anlaşılabilmiş değildir. Hukuk sistemleri genellikle yalnızca cinsel davranışın mahiyetine yönelik hileleri cinsel suçların oluşumu bakımından önemli addetmektedir. Halbuki rıza gösterilen kişinin kimliğine ilişkin hileler de aynı ölçüde mağdurun iradesini sakatlayabilecek niteliktedir. Bu nedenle cinsel davranışlara yönelik hilelerin tespitinde, halihazırda kullanılan maddi gerçeklik-saik ayırımından vazgeçilerek, hilenin daha geniş yorumlanması mağdurların cinsel otonomisinin korunması bakımından elzemdir. Cinsel rızaya yönelik hilelerin kapsamı hem subjektif hem de objektif ölçütlerden yararlanmak suretiyle karma bir yöntemle belirlenmelidir. Böylelikle bireylerin cinsel otonomisi koruma altına alınırken ceza sorumluluğunun aşırı genişlemesinden de kaçınılabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Cinsel suçlar, Cinsel saldırı, Cinsel otonomi, Hile, Rıza

* Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara (efekarabulat@gmail.com) ORCID: 0000-0002-2181-1692 (Gönderim Tarihi: 09.02.2024-Kabul Tarihi: 26.03.2024) *Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.*

SEXUAL CRIMES BY DECEPTION: ISSUES REGARDING THE IDENTITY OF THE CONSENTED PARTY

(Research Article)

Abstract

Starting from the mid-nineteenth century, the understanding of sexual freedom began to change. The understanding that only considered sexual relations between married couples as legitimate and prohibited all other types of sexual relations has been replaced by an understanding in which individuals are free to choose a partner. This situation has enabled individuals to have sexual autonomy protected by law. Today, it is accepted that the sexual autonomy of individuals can be violated by sexual behavior carried out by force or threat. However, the role of deception in sexual crimes is not sufficiently understood. Legal systems generally consider only manipulations regarding the nature of sexual behavior as important for the formation of sexual crimes. However, frauds regarding the identity of the consented person can equally invalidate the consent of the victim. For this reason, in detecting deception in sexual behavior, it is essential to abandon the currently used factum-inducement distinction and interpret the deception more broadly in order to protect the sexual autonomy of the victims. The scope of manipulation of sexual consent should be determined using a mixed method, using both subjective and objective criteria. In this way, while the sexual autonomy of individuals is protected, excessive expansion of criminal liability can be avoided.

Keywords

Sexual crimes, Sexual assault, Sexual autonomy, Deception, Consent

GİRİŞ

Bir başkasının cinsel dokunulmazlığına müdahale teşkil eden cinsel davranışların, eğer karşı taraf cinsel davranışa veya cinsel ilişkiye rıza göstermeye ehil ise, ancak karşı tarafın rızası ile hukuka uygun olarak kabul edilebileceği kuşkusuzdur. Bu anlamda geleneksel olarak bütün hukuk sistemlerinde cinsel davranışların rıza olmaksızın, cebir ve tehdit ile işlenmesi cinsel saldırı¹ suçu olarak kabul edilmekte; cinsel saldırı denildiğinde ortalama bir bireyin aklına bu suçun cebir veya tehdit ile işlenen şekli gelmektedir.

Halbuki cebir veya tehdit kadar, hile de bireyin cinsel davranışlara ilişkin rızasını geçersiz kılabilme özelliğini haizdir. Hatta bazı görüşlere göre hile, bu anlamda cebir ve tehditten daha vahim bir irade sakatlığına neden olmaktadır. Bununla birlikte hile yoluyla bir bireye cinsel davranışlarda bulunulması ya da onunla cinsel ilişkiye girilmesi², hukuk sistemlerince ya cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmemiş ya da hilenin kapsamı çok dar bir biçimde mütalaa edilmiştir.

Günümüzde hem Türkiye’de hem de karşılaştırmalı hukukta kural olarak iki tür hilenin cinsel saldırı suçuna vücut verebileceği kabul edilmektedir: Bunlardan ilki *cinsel davranışın mahiyetine yönelik hilelerdir*. Bu durumda mağdur kendisine cinsel davranışta bulunulduğunun farkına varama-

¹ Kuşkusuz, cinsel davranışların bir çocuk mağdur üzerinde gerçekleştirilmesi halinde cinsel saldırı yerine çocukların cinsel istismarı suçu söz konusu olacaktır. Belirtilmelidir ki çalışmada yapılacak izahlar, büyük ölçüde çocukların cinsel istismarı suçu bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, çocukların cinsel istismarı suçunu çalışmaya dahil etmek, yetişkinlerle çocuklar arasında cinsel otonominin karşılaştırılması ve çocuklar ile yetişkinler bakımından cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerler farklı olup olmadığına dair uzun tartışmaların yapılmasını gerektirdiği gibi, pratikte önemli bir faydası da olmayacaktır. Zira failin kimliğine yönelik hileler çoğu kez yetişkinler arasındaki cinsel ilişkiler bakımından söz konusu olmaktadır. Çocuklara yönelik hileler genellikle cinsel ilişkinin mahiyetine ya da çocuğun hileyle bir yere götürülmesine veya hileyle kendini savunamayacak hale getirilmesine yöneliktir. Bu itibarla, çalışmadaki açıklamalar cinsel saldırı suçuna yönelik olup, uyarılığı ölçüsünde diğer cinsel suçlar bakımından da dikkate alınmalıdır.

² Aynı şekilde, her ne kadar gerek Türk hukukunda gerekse karşılaştırmalı hukukta farklı bir suç tipine ya da aynı suçun nitelikli haline vücut vermekteyse de, çalışmanın amaçları bakımından “cinsel davranış” ile “cinsel ilişki” arasında bir fark yoktur. Çalışmada ele alınan hususlar bağlamında hile, genellikle cinsel ilişkiye girmek için kullanılmaktadır. Bu anlamda çalışmada, özel bir gereklilik olmadıkça, cinsel davranışları da kapsayacak şekilde “cinsel ilişki” lafzını benimsemiş bulunuyoruz. Hiç kuşkusuz, bu çalışmada öne sürülen düşünceler, cinsel ilişki boyutuna varmayan cinsel davranışlar bakımından da geçerli olacaktır.

makta ve esasen başka bir saikle rıza gösterdiği eylem cinsel davranış olarak zuhur etmektedir. Bir doktorun ya da doktor olduğunu iddia ederek karşısındaki kandıran failin, muayene bahanesiyle mağdurun erojen bölgelerine dokunması³; “cin çıkarma”, “büyü bozma” ya da “Allah katında derece yükseltme” kisvesi altında dini inançları istismar etmek suretiyle cinsel davranışlarda bulunulması gibi durumlar bu hususa örnektir^{4,5}.

Cinsel suçlara yönelik yaygın olarak kabul edilen ikinci hile şekli ise *rıza gösterilen kişinin kimliğine yönelik hilelerdir*. Bu takdirde ise fail, mağdurun tanıdığı birinin (genellikle eşi ya da sevgilisi) yerine geçerek mağdura cinsel davranışlarda bulunmaktadır⁶. Söz gelimi karanlıktan yararlanarak, karşısındakinin gözlerini bağlayarak ya da görme engelli olmasını kullanarak onunla eşiymiş gibi ilişkiye giren kişi; esasen mağdurun cinsel ilişkiye rızası bulunmakla birlikte, rıza faile yönelik olmadığından, cinsel saldırı suçunu işlemektedir.

Her iki durumun da hile teşkil ettiği yaygın olarak kabul edilmekle birlikte, üzerinde uzlaşma sağlanamayan çok fazla konu da bulunmaktadır. Söz gelimi cinsel ilişkinin koşullarına yönelik aldatıcı hareketlerin (örneğin failin kondom kullanacağına söz vermesine rağmen kullanmaması ya da cinsel ilişki esnasında çıkarması) hile sayılıp sayılmayacağı günümüzde en önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır.

Bizim bu çalışmada ele almak istediğimiz mesele ise en önemli tartışma konularından bir diğeri olan *rıza gösterilen kişiye dair bilgilere ilişkin hile* konusudur. Söz gelimi failin, karşı tarafın rızasını temin etmek için, dinini ya da milliyetini gizlemesi veya bu konularda açıkça yalan söylemesi, cinsel ilişki bakımından hile olarak kabul edilecek midir?

³ Daha geniş bilgi için bkz. **Mullen**, Michael: “Rape by Fraud: Eluding Washington Rape Statutes”, Seattle University Law Review, Sayı 41, 2018, s. 1036 vd., **Clement**, Rachel: Deception, Mistake, Privacy and Consent: A Conceptual Framework for Resolving the ‘Line-drawing’ Problem in Sex-by-Deception and Mistaken Sex, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Oxford 2018, s. 5 vd.

⁴ Bu hususta daha detaylı bilgi ve karar örnekler için bkz. **Şare**, Ersin: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 2, 2019, s. 1004 vd.

⁵ Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay bu konuda içtihat değiştirmiş olup, güncel içtihadında bu tür hileler ile cinsel ilişkiye girildiği durumlarda, hilenin “aldatıcı niteliği haiz olmadığı” gerekçesiyle, beraat kararı vermektedir. Bu hususta örneğin Yargıtay 14. CD, 11.02.2021, E. 2020/326, K. 2021/1125. Çalışmanın kapsamı dışında kalan bir konu olması nedeniyle yalnızca kararın isabetsiz olduğunu belirtmekle yetiniyoruz.

⁶ Bazı örnek olaylar için bkz. **Scutt**, Jocelyne A.: “Fraudulent Impersonation and Consent in Rape”, The University of Queensfand Law Journal, Cilt 9, Sayı 1, 1976, s. 59-60.

Bu sorunun önemi gün geçtikçe artmaktadır. Romantik ve/veya cinsel ilişkilerin bireylerin ilk etapta birbirini görmeden iletişim kurduğu online ortamlarda kurulmasının norm halini aldığı, birbirlerine ilişkin bilgilerini doğrulayacak ortak bir sosyal çevreye de sahip olmadıkları bir durumda hilelerin giderek yaygınlaştığı da göz önüne alındığında⁷ bireylerin gerçekte istemedikleri cinsel ilişkilere daha sık girmek durumunda kalacakları aşıkardır. Hukuk sistemlerinin de bu yeni sosyal soruna hazırlıklı olması ve gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Çalışmada bu konuya ilişkin sorunlar, farklı hukuk sistemlerindeki çözümler ışığında ele alınacak ve sorunun çözümü için önerilerde bulunulacaktır.

Cinsel suçlarda hile meselesi Türk doktrininde müşahhas olarak hiç incelenmemiş konulardan bir tanesidir. Cinsel suçlara ilişkin kaleme alınmış olan tez veya monografi niteliğindeki çalışmalarda dahi, hile meselesine birkaç cümle ya da paragraf ayrılması ile yetinilmiş ve bu konuya ilişkin sorunlara dair değerlendirilmelerde bulunulmamıştır⁸. Esasen bu durum şaşırtıcı değildir. Tartışmaların ilk başladığı Anglo-amerikan hukuk sistemlerinde dahi konunun öneminin anlaşılması son on yılda olmuştur ve bu konudaki eserlerin kahir ekseriyeti bu dönemde yazılmıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde ise konuya ilişkin tartışmaların yeni başladığı ve daha fazla çalışmaya ihtiyaç duyulduğu müşahade edilmektedir⁹. Bu tablo, bu hususta özel bir çalışma yapılmasının ne denli önemli olduğunu ortaya koyar niteliktedir.

Çalışmanın bazı sınırlılıklarından bu noktada söz edilmelidir: Cinsel davranışlar bakımından rızanın varlığı veya yokluğunun tespiti -ve bu bağlamda rızanın nasıl ifade edilmesi gerektiği- meselesi başlı başına incelenmeyi gerektiren ve oldukça tartışmalı konulardır. Çalışmanın amaçları gereği, bu konu tümüyle inceleme dışında bırakılarak, mağdurun rızasının bulunup bulunmadığının her durumda kesin olarak tespit edilebileceği varsayılacaktır¹⁰.

⁷ Bu hususta daha geniş bilgi için **Dougherty**, Tom: “Sex, Lies and Consent”, *Ethics*, Cilt 123, Sayı 4, 2013, s. 717 vd., **Manson**, Neil C.: “How Not to Think about the Ethics of Deceiving into Sex”, *Ethics*, Cilt 127, Sayı 2, 2017, s. 415 vd.

⁸ Bu bağlamda örneğin **Sinekçi**, İbrahim, *Cinsel Saldırı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2015, s. 34. **Kaya**, Funda: *Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016, s. 71.

⁹ Aynı yönde tespitler için **Vavra**, Rita: “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Cilt 12, 2018, s. 611, 618.

¹⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Herring**, Jonathan: “Rape and the Definition of Consent”, *National Law School of India Review*, Cilt 26, Sayı 1, 2014, s. 64 vd., **Clement**, s. 52 vd., **Rubinfeld**, Jed: “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of

Aynı şekilde, bazı durumlarda hile ile iradeyi etkileyen başka bir neden birleşebilmektedir. Söz gelimi fail, cinsel saldırı suçunu tehdit ile işlemek üzere, korkutuculuğunu artırmak amacıyla kendisini kolluk görevlisi olarak tanıtabilir. Keza, mağdurun içkisine madde karıştırılarak bilincini yitirmesini sağlaması örneğinde olduğu üzere hile (veya hileli vasıta) kimi zaman mağdur kendisini savunamayacak duruma getirmek için de kullanılabilir. Hilenin mağdur ile bir araya gelmek veya onu bir yere götürmek için kullanılması, daha sonra cebir veya tehditle cinsel saldırıda bulunulması da bu minvaldedir¹¹. Bu tür durumlarda failin zaten cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılacağında kuşku bulunmamakta olup, bu çalışmada hilenin iradeyi etkileyen diğer nedenlerle birleşmesi meselesi inceleme dışı bırakılmıştır¹².

Çalışmanın Türk doktrin ve uygulaması için faydalı olmasını, bireylerin cinsel dokunulmazlıklarının hukuk düzeni tarafından layığıyla korunmasına katkı sağlamasını temenni ederiz.

I. CİNSEL SUÇLARA İLİŞKİN CEZA NORMLARI İLE KORUNAN HUKUKİ DEĞER

Eğer hile yoluyla gerçekleştirilen cinsel davranışların cinsel suçlara vücut verip vermediği inceleme konusu yapılacak ise, bu noktada öncelikle cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer ne olduğunun ortaya konulması ve bu anlamda hilenin bu suçlar bakımından ne anlama geldiğinin tartışılması gerekir. Ancak böyle bir usul takip edilmekle hileli davranışların hangi durumlarda suç kabul edilmesi gerektiğinin anlaşılması mümkündür.

Esasen cinsel suçlara ilişkin genel açıklamalar ve ceza normları ile korunan hukuki değere ilişkin tartışmalar üzerine çok sayıda nitelikli çalışma mevcuttur¹³. Bu bağlamda bu genel açıklamalara yalnızca hile ile bağlantılı olduğu nispette çok kısaca değinilmekle yetinilecektir.

Sexual Autonomy”, The Yale Law Journal, Cilt 122, 2013, s. 1438 vd., **Schulhofer**, Stephen J.: “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond”, Law and Philosophy, Cilt 11, Sayı 1-2, 1992, s. 41 vd.

¹¹ “Mağdur ile sanığın internet ortamında tanıştıkları, burada sanığın kendisini “Sarp Tolga” adıyla ve bir şarkıcı resmi kullanarak mağdura tanıttığı, olay günü mağdur ile sanığın buluştukları, araba ile yaklaşık 20-25 dakika gittikten sonra sanığın toprak yol üzerinde aracı durdurduğu ve kapıları kilitleyerek mağdura cinsel amaçla saldırdığı olayda...” Yargıtay 8. CD, 15.01.2024, 2021/18532 E., 2024/274 K. sayılı kararı.

¹² Bu hususta bkz. **Taştan**, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021, s. 22 vd.

¹³ Bu bağlamda özellikle **Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 65 vd.

Tarihsel süreçte cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerler, esasen bireysel değil toplumsal niteliği ağır basmaktaydı. Cinsel suçlar, bilhassa kadınların *iffetine halel getirmek* suretiyle aile kurumuna bir saldırı ve/veya kadının kocasına veya ailesine yapılmış bir saldırı olarak görülmekteydi¹⁴. Bu bağlamda eşler arası ve heteroseksüel cinsel ilişki hariç, diğer tüm cinsel davranışların birer suç tipi kapsamında mütalaa edilerek (zina, eşcinsellik, ensest, evlenme vaadiyle kandırma vb.) cezalandırılması yoluna gidilmekte olup, böyle bir düzen içerisinde bireylerin cinsel özgürlüğünün korunması da bir anlam ifade etmemekteydi. Cinselliğin nasıl yaşanması gerektiğine dair karar, *devlet* tarafından halihazırda alınmış durumdaydı ve bu anlamda bireysel otonomi -eş seçimi haricinde- söz konusu değildi. Tarihsel olarak cinsel davranışlara yönelik ceza normları diğer hukuk sistemlerine kıyasla liberal olarak kabul edilebilecek Türk hukukunda dahi, bu düşüncelerin bir sonucu olarak, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda cinsel suçların *umumi adap ve aile nizamı aleyhine işlenen cürümler* başlığı altında düzenlenmesi yoluna gidilmiş idi.

19. yüzyılın ortalarından itibaren bu yaklaşım dünya genelinde değişmeye başlamış, devletin cinsel davranışların çerçevesini bizzat tayin ettiği bir yaklaşımdan, bireylerin kendi cinsel hayatları üzerinde söz sahibi oldukları ve devletin rolünün onları istemedikleri cinsel davranışlardan korumaya yöneldiği bir anlayışa geçilmiştir¹⁵. Bu bağlamda günümüzde gerek Türk hukukunda gerek Kıta Avrupası ve Angloamerikan hukuk sistemlerinde cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerler, mağdurun *cinsel dokunulmazlığı* ya da *cinsel (karar alma) hürriyeti/otonomisi* olduğu kabul edilmektedir¹⁶. Bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu savunulduğu

¹⁴ Bu hususta Kıta Avrupası bakımından değerlendirmeler için bkz. **Scheiddeger**, Nora: "Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception", *German Law Journal*, Cilt 22, 2021, s. 770 vd., Angloamerikan hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. **Rubinfeld**, s. 1384 vd., **Bergelson**, Vera: *Sex, Lies and Law: Rethinking Rape-By-Fraud*, in: *Consent and Control: Legal Perspectives on State Power*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2016, s. 156 vd., **Zhuang**, Jin/Liu, Xin: "Solving the Myth of Rape-by-Deception: Based on the Restatement of Sexual Autonomy", *Beijing Law Review*, Cilt 13, 2022, s. 691. **Licea**, Ricardo: "How to Expand Rape by Deception and Protect Consent", *University of Massachusetts Law Review*, Cilt 17, Sayı 2, 2022, s. 116 vd., **Clement**, s. 4 vd. Türk hukuku bakımından değerlendirmeler için bkz. **Kılıç**, Abbas: "Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı Suçu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 78, 2008, s. 170 vd., **Taner**, s. 67 vd.

¹⁵ **Scheiddeger**, s. 770.

¹⁶ **Yokuş Sevük**, Handan: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 57, 2005, s. 246. **Zhuang/Liu**, s. 675, **Licea**, s. 116. Müşahhas bir inceleme için ayrıca bkz. **Clement**, s. 42 vd.

gibi¹⁷, birbiri yerine kullanıldığı da sıklıkla müşahede edilmektedir¹⁸. Kanaatimizce, cinsel dokunulmazlık, cinsel otonomiye de kapsamakla birlikte ondan daha geniş bir kavramdır.

Cinsel otonomi, bireyin cinselliğini, hukuk kurallarına uygun olmak kaydıyla, özgürce yaşayabilmesini; bu bağlamda karar alma tekeline sahip olmasını ifade eder¹⁹. Bireyler, cinsel hayatlarını kiminle ve nasıl paylaşacaklarını, yalnızca kendileri ve karşılıklı rızaya dayalı olarak belirleme hakkına sahiptir²⁰. Bu cümleden olarak, cinsel suçlara ilişkin ceza normları, bireyleri rıza göstermedikleri cinsel nitelikli söz (cinsel taciz) ve davranışlardan (cinsel saldırı) korumayı; cinsel davranışlara/cinsel ilişkiye rıza göstermeye ehil olmayan kimseleri ise her türlü cinsel davranıştan korumayı (çocukların cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki) öncelikli amaç edinmiştir.

Kanaatimizce cinsel dokunulmazlık yalnızca karar alma hürriyetiyle sınırlı olmayıp, bireyin sağlıklı bir cinsel hayatının olabilmesi, fizyolojik ve

¹⁷ Bu hususta özellikle **Özgenç**, İzzet: “Türk Ceza Kanunu’nun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı XXIV, 2020, s. 259. Yazar, Türk ceza hukuku sistematikinde, cinsel suçlara ilişkin ceza normlarıyla korunan hukuki değerlerin cinsel dokunulmazlık olduğunu ve cinsel özgürlük ibaresine özellikle yer verilmediğini belirtmektedir.

¹⁸ “Bu fiiller... ‘Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar’ başlığı altında düzenlenmiş ve böylece korunan hukuki değerlerin cinsel özgürlük olduğu konusu açıklığa kavuşturulmuştur.” **Özbek**, Veli **Özer/Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 329.

¹⁹ **Yokuş Sevük** aynı tanımlamayı “cinsel özgürlük” kavramı altında yapmaktadır. **Yokuş Sevük**, s. 246. Otonomi ve özgürlük kavramlarının sıklıkla birbiri yerine kullanıldığını kabul etmekle birlikte, kanaatimizce iki kavram birbirinden farklıdır. Bu kavramsallaştırmayı yapmak çalışmanın konusu olmamakla birlikte, cinsel karar alma ve davranışta bulunma bakımından daha isabetli kavramın *otonomi* olduğu kanısındayız. Bu konuda daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Chiesa**, Luis E.: “Solving the Riddle of Rape-by-Deception”, Yale Law & Policy Review, Cilt 35, Sayı 2, 2017, s. 407-460., s. 421 vd.

²⁰ Bu noktada belirtmek gerekir ki *Rubinfeld*’e göre, cinsel otonomi mademki kişinin cinselliğini dilediği gibi yaşayabilmesidir, o halde bu otonominin tekamülü mümkün değildir. A, eğer B ile birlikte olmak istiyor ancak B, A ile birlikte olmak istemiyorsa, bu takdirde A’nın cinsel otonomisi sağlanamamıştır. A, eğer B ile zorla cinsel ilişkiye girerek otonomisini kamilen kullandıysa, bu takdirde de B’nin otonomisi ihlal edilmiş olacaktır. **Rubinfeld**, s. 1417-1420. **Herring**, bu düşünceleri eleştirerek, otonominin anlaşılmasında cinsel vücut bütünlüğünün (sexual bodily integrity) esas alınması gerektiğini savunmuştur. **Herring**, s. 67 vd. Kanaatimizce bu tartışmalar, kavramlara işkence etmenin ötesinde bir anlam taşımamaktadır. Zaten hiç kimse, cinsel otonomiye, bireyin cinselliğini *sınırsızca* yaşaması olarak anlamamaktadır. Yine de bu tartışmaların dışında kalmak amacıyla yaptığımız tanımlamaya “...*karşılıklı rızaya dayalı olarak*...” ifadesini ilave ettik.

psikolojik olarak buna hazır olabilmesini gerektirdiğinden, onun cinsel kimliğini zedeleyen, cinselliği aşağılanmayla ve acıyla özdeşleştirmesine neden olan ya da fizyolojik olarak cinsel hayatını sürdürmesini aşırı derecede güçleştiren ya da imkânsız hale getiren fiillerden korunması da cinsel dokunulmazlığın bir parçasıdır.

Hile, mağdurun, maddi gerçekliğe ilişkin yanıltılarak, irade oluşumunun sakatlanmasına neden olur ve bu anlamda verilen rızanın hukuken sonuç doğurmasını engeller. Bireyler, kararlarını, algıladıkları maddi gerçekliği yorumlayarak, kendi iyilikleri için ideal stratejiyi geliştirmek suretiyle verirler. Bu anlamda maddi gerçek hakkında yanıltılmış olan bireyin ortaya koyduğu “irade”nin de gerçek anlamda kendi iradesi olduğu söylenemez²¹; onun iradesi onu yanıltan kişinin çıkarlarına hizmet eden bir aygıtla dönüştürülmüştür²².

Hukuka uygun cinsel davranışları hukuka aykırı cinsel davranışlardan ayıran nokta, mağdurun davranışa rıza göstermesidir²³. Nasıl ki cebir veya tehdit, mağdurun iradesini ortadan kaldırarak, rızası olmadığı halde onun üzerinde cinsel davranışların gerçekleştirilmesini sağlayabiliyor ve bu anlamda cinsel suçların birer unsurunu teşkil ediyor ise, hile bakımından da farklı düşünmek için bir gereklilik yoktur²⁴. Aynı şekilde mağdurun iradesinin sakatlanması da onun cinsel karar alma hürriyetini zedelediğinden cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunmayı gerektirdiğine göre, cinsel suçlar bakımından hile kavramı önemli bir tartışma konusu halini almaktadır.

Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, cinsel saldırı suçu ancak rızanın olmadığı hallerde ve zorla işlenebilir²⁵.

²¹ Aynı yönde **Vavra**, s. 612.

²² **Wertheimer**, Alan: *Consent to Sexual Relations*, Cambridge University Press, Cambridge 2003, 193 vd. **Dougherty**, komadaki bir kişiyle cinsel ilişkiye girmekle birini belli bir konuda yanıltarak cinsel ilişkiye girmek arasında ahlaken hiçbir fark olmadığını savunmaktadır. Her ikisi de büyük olasılıkla fiziksel olarak “zarar” görmemiştir ve ikisi de kendisine iradesi dışında bir müdahalede bulunulduğunun farkında değildir. **Dougherty**, s. 726, 742.

²³ **Herring**'in de isabetle belirttiği üzere, bir davranışın rıza gerektirmesi için, o davranışın ilk bakışta haksızlık teşkil ediyor gibi görünmesi gerekir. Cinsel davranışlar da ilk bakışta haksızlık teşkil ediyormuş gibi görünen davranışlardır. Daha geniş açıklama için ayrıca bkz. **Herring**, s. 63 vd.

²⁴ **Scheidegger**, s. 771-772, **Licea**, s. 114, **Herring**, s. 63 vd., **Dougherty**, s. 710, **Chiesa**, s. 408.

²⁵ Bu hususta literatür bilgisi için **Schulhofer**, s. 37 vd. Cinsel suçların birer “şiddet” suçu olmaktan cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlara doğru evrimi ve bu kapsamda hileyi de kapsayacak şekilde mütalaa edilmeye başlanması konusunda değerlendirmeler

Burada *zor*, iradenin zorlanmasını, yani cinsel davranışın cebir veya tehditle işlenmesini gerektirmektedir. Bu anlamda, yanıltılmış da olsa, cinsel davranışa yönelik iradenin bulunduğu yerde artık cinsel suçtan söz edilebilmesi mümkün değildir²⁶. ABD eyalet yasalarının bu düşünceye göre kaleme alındığı ve hile yoluyla cinsel ilişkinin kural olarak cinsel saldırı suçu oluşturmadığının kabul edildiği müşahade edilmektedir²⁷. Bununla birlikte ceza sorumluluğunu bu denli sınırlayan bir yaklaşımın sorunları bulunduğu kabul edilerek, aşağıda ele alınacağı üzere, bazı hileli davranışların cinsel suçlara vücut vereceği bu sistemde de kabul edilmektedir.

Bu görüşe karşı çıkan ikinci görüşe göre, mademki hile cinsel suçlar bakımından rıza oluşumunu engellemektedir, şu hâlde onu malvarlığına karşı işlenen suçlar ya da hürriyete karşı suçlar bakımından hileden ayrı değerlendirilmek için bir neden yoktur²⁸. Bir kişiye yalan söylenerek ondan bir miktar para alınması dolandırıcılık, bir yere götürülmesi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konutuna girilmesi konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturmakta iken, aynı yalan ile ona cinsel davranışta bulunulması neden cinsel saldırı suçuna vücut vermemektedir? Cinsel dokunulmazlık, malvarlığından daha mı önemsizdir²⁹? Bu görüş, aşağıda da açıklanacağı üzere, cinsel suçlar bakımından hilenin sınırını oldukça geniş yorumlama taraftarıdır.

Buna karşılık hâkim görüşe göre, her ne kadar hileli davranışların mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal ettiği doğru ise de, rızanın hileyle temin edilmesi suretiyle ilişkiye girilmesinin cinsel suçlara vücut verdiğinin kabulü halinde, ceza sorumluluğunun kapsamı ölçüsüzce genişleyecek ve kişinin dürüstlükten uzak her türlü söz ve davranışının bir cinsel suça vücut vermesi olasılığı ortaya çıkacaktır. Bu anlamda mağdurun cinsel dokunulmazlığını ihlal eden, belli bir önemi haiz hilelerin neler olduğunu belirleme hususunda ciddi bir sınırlandırma sorunu ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla ya hilenin cinsel suçlara vücut vermeyeceği ya da ancak çok istisnai hilelerin cinsel dokunulmazlığı ihlal ettiği kabul edilmelidir³⁰.

Nihayet son bir görüşe göre, hile, gerçekten de cinsel otonomiye -ve dolayısıyla cinsel dokunulmazlığı- ihlal etmekte olup; hem cinsel suçlara

çin ayrıca bkz. **Chiesa**, s. 412 vd., Zor içermeyen fiillerin cinsel saldırı olamayacağına dair eski mahkeme kararları için s. **Chiesa**, 427 vd.

²⁶ **Rubinfeld**, s. 1408 vd.

²⁷ Daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Chiesa**, s. 409 vd., **Mullen**, s. 1040 vd., **Schulhofer**, s. 37 vd.

²⁸ **Licea**, s. 114 vd.

²⁹ **Licea**, s. 125 vd., **Chiesa**, s. 409.

³⁰ Bu hususta daha geniş literatür bilgisi için ayrıca bkz. **Scheidegger**, s. 771, dn. 20.

ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer in cinsel otonomi olduğunu kabul edip hem de hile yoluyla cinsel suçların işlenemeyeceğini kabul etmek kendi içinde çelişmektedir. Bu nedenle ikisinden birinin feda edilmesi gerekmektedir. Hâkim görüşün taraftarları bu çelişkinin farkında olmakla birlikte, cinsel suçların hile yoluyla işlenebileceğinin kabul edilmesi halinde ortaya çıkacak sonuçlardan çekindikleri için bu çelişkili tavrı sürdürmekte ve hilenin kapsamını daraltarak her ikisini birlikte savunmaya çalışmaktadırlar³¹. Bu savı ileri süren *Rubinfeld*'e göre, cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer, bu nedenle, cinsel otonomi değil, *kişinin bedeni üzerinde tahakkümü* (self-possession) olmalıdır. Yazar, bu gerekçe ile cinsel suçların kural olarak hile yoluyla işlenemeyeceğini kabul etmektedir³².

II. KİMLİĞİN BOYUTLARI VE CİNSEL SUÇLARDA RIZA BAKIMINDAN OLASI ETKİLERİ

Cinsel davranışa gösterilen rızanın boyutlarından ilki, rıza gösterilen davranışın içeriği ve cinsel karakteridir. Çalışmanın konusunu oluşturması bakımından konu üzerinde geniş olarak durulmayacak olmakla birlikte, kısaca ifade etmek gerekirse, bireylerin kendilerine cinsel davranışlarda bulunulmasına rızası, bu davranışların kapsamı, oluşum şekli ve davranışın cinsel niteliği hakkındaki bilgiyi kapsar. Bu kapsamda bireyin, karşısındaki kişinin belli bir cinsel davranışta bulunmasına izin vermiş olması başka davranışlara da izin vermiş olduğu şeklinde anlaşılamayacağı gibi³³, bireyin cinsel nitelik taşımadığını düşündüğü davranışlara rıza göstermesi (doktor muayenesi gibi), bu davranışların cinsel amaçla gerçekleştirilebileceği anlamına da gelmemektedir. Kuşkusuz her durumda bireylerin karşılıklı olarak cinsel davranışların gerçekleşme koşullarını uzun uzadıya ve detaylı olarak tartışması ya da cinsel ilişki esnasında her hoş gitmeyen davranışın cinsel saldırı olarak kabul edilmesi, hayatın olağan akışına ve cinselliğ in doğasına

³¹ Aynı yönde **Scheidegger**, s. 777 vd.

³² *Rubinfeld*'in kişinin kendi bedeni üzerinde tahakküm düşüncesi gerçekten ilginçtir ve cinsel suçların teorisine önemli katkıları olmuştur. Bununla birlikte teorinin, ABD hukukundan farklı olarak, cinsel suçları rıza yokluğu temelinde anlayan Türk hukuku bakımından özel bir değeri yoktur. Bu bağlamda, yazarın düşüncelerine çalışmada sıklıkla değinecek olmakla birlikte, kendi bedeni üzerinde tahakküm düşüncesini, pratik bir önemi bulunmaması nedeniyle, geniş bir biçimde açıklamayı tercih etmedik. Bu hususta bkz. **Rubinfeld**, s. 1423-1440.

Kendi bedeni üzerinde tahakküm düşüncesine yöneltilen eleştiriler için ayrıca bkz. **Licea**, s. 117 vd., **Zhuang/Liu**, s. 681 vd., **Scheidegger**, s. 778, **Chiesa**, s. 410 vd., **Bergelson**, s. 158 vd.

³³ **Scheidegger**, s. 777.

aykırıdır. Bununla birlikte, tarafların genel olarak cinsel davranışın doğası ve kapsamı hakkında iyi bir fikre sahip olması, birbirlerinin iradesine saygı göstermesi ve dışı yansıyan kabul veya ret ifadelerine uygun hareket etmesi gerekir.

Cinsel davranışa gösterilen rızanın ikinci boyutunu ise, *rıza gösterilen kişi* oluşturmaktadır. Esasen cinsel suçların hile yoluyla işlenip işlenemeyeceğine yönelik tartışmaların kaynağını oluşturan temel unsur da budur. *Rıza gösterilen kişi* ne anlama gelmektedir ve hangi unsurları kapsamaktadır? Bu anlamda bir bireyin kimliğini oluşturan unsurlar nelerdir ve bunlardan hangileri cinsel davranışlara yönelik rızaya etki etmektedir? Oldukça derinlikli bir psikolojik alana tekabül eden bu meselenin çok detaylı incelenmesi gerekmektedir. Biz bu çalışmada meseleyi yalnızca bireyin cinsel davranışları bakımından önem arz edebilecek noktalar bağlamında ele alacağız.

Hemen belirtmek gerekir ki, rıza gösterilen kişinin bilinen bir kişi (eş, partner vb.) olduğu durumlarda, rıza gösterilen kişi, *failin tanıdığı belli bir kişidir* ve bu kişinin yerine geçilerek (impersonation) mağdura cinsel davranışta bulunulması halinde, rıza gösterilen kişinin fail olmadığına kuşku yoktur. Neredeyse bütün hukuk sistemlerinde bu davranış cinsel saldırı suçuna vücut vermektedir³⁴. Bu hususta bir tartışma bulunmadığından, ayrıca bir incelemenin yapılmasına da gerek yoktur. Bununla birlikte belirtilmelidir ki, başka birinin yerine geçmenin farklı şekilleri de mevcuttur. Fail, bir kaynaktan edindiği görüntü ve ses kayıtlarını kullanarak, tümüyle bir başkasının kimliğine de bürünebilir (catfishing). Hatta, yapay zekâ programlarının yardımıyla, hiç var olmayan insanların görüntü ve seslerinin kullanılarak hayali karakterler yaratılması dahi mümkün hale gelmiştir.

Bu hususta ilginç bir olay Avusturalya’da yaşanmıştır. Orta boylu, esmer ve sıradan görümlü bir Hintli olan fail; bir tanışma ve partner bulma sitesinde sarışın, kaslı ve yakışıklı bir erkeğe ait sahte fotoğraflar ve *Jamie* ismiyle bir profil açmış ve bir kadınla tanışmıştır. Fail, mağdureyi, bir sadomazo fantezi icabı olduğundan bahisle, evinin kapısını açık bırakarak kendisini yatak odasında beklemeye ve ilişki sırasında da hiçbir şekilde gözlerini açıp kendisine bakmamaya ikna ederek, onunla bu şekilde cinsel ilişkiye girmiştir. Cinsel ilişki esnasında gözlerini açan mağdure, karşısında *Jamie*’yi

³⁴ Esasen Alman Ceza Kanunu’nun mülga 179. maddesinde bazı hile hallerine ilişkin hükümler bulunmakta ise de bu hüküm pratikte uygulanmamış ve 1969 yılında ilga edilmiştir. Bu hususta **Vavra**, s. 611. Alman hukukunda bu konuda düzenleme olmamasının bir eksiklik olduğu yönündeki eleştiri için bkz. **Hoven, Elisa/Weigend**, Thomas: “Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht”, *KriPoZ*, 3, 2018, s. 158.

değil başka bir erkeği gördüğünde cinsel saldırıya uğradığından bahisle şikayetçi olmuş ve yargılama sonucunda fail cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır³⁵.

Türkiye’de gerçekleşen bir olayda ise, fail, sahte bir isimle ve kendisini -öğretmen olduğu halde- mimar olarak tanıtmak suretiyle, internet üzerinden mağdure ile tanışmış ve daha sonra yüz yüze görüşmüştür. Fail, sahte bir nişan ve nikah merasimi düzenleyerek mağdure ile evlendiği izlenimi uyandırmış ve bir yıl boyunca müteaddit defalar kendisiyle cinsel ilişkiye girmiştir. Mağdure durumu öğrendikten sonra şikayetçi olmuş ve fail cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır³⁶. Belirtmek gerekir ki, kararda açıkça ifade edilmemekle birlikte, olayda Yargıtay’ın hilenin varlığını kabul etmesinin sebebi, failin başka biri gibi davranması değil, mağdurenin *eşiyile cinsel ilişkiye girmeye* rıza göstermesi ve evlilik hukuken geçerli olmadığından rızanın da geçerli olmamasıdır.

Bir başkasının yerini almaya ilişkin meseleler görece kolay bir biçimde çözümlenebilmektedir. Sorun, rıza gösterilen kişinin bu şekilde belirlenmediği durumlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Söz gelimi, bir sosyal ortamda yeni tanışmış olan ve birbiri hakkında pek az bilgi sahibi olan iki kişi bakımından, rıza hangi unsurları kapsamaktadır?

Meri hukuk sistemlerinde yaygın olarak benimsenen düşünce, rıza gösterilen kişiyi en dar anlamıyla, *kişinin karşısında gördüğü ve kendisine cinsel davranışlarda bulunmasını kabul ettiği kişi* olarak mütalaa etmektedir. Bu kişinin özellikleri, cinsel davranışlara yönelik rızanın oluşumu bakımından herhangi bir önem arz etmemektedir.

Bu düşünce, çok ağır eleştirilere maruz kalmış ve cinsel otonomiye gerektiği gibi korumadığı öne sürülmüştür³⁷. Bu yaygın kabulün muarızlarına göre, bireylerin, eğer yanıtılmamış olsalardı cinsel davranışlara rıza göstermeyecekleri çok sayıda kişisel özellik mevcuttur. Bunların tümüyle göz ardı edilerek, kimliğin yalnızca fizik vücut ile sınırlandırılması, diğer konularda hileye başvurulabilmesine hukuk düzenince göz yumulması kabul edilemez.

Belirtmek gerekir ki bu görüşü savunanlar arasında, bireylerin cinsel davranışlara göstereceği rızanın oluşumunu etkileyen özelliklerin neler ola-

³⁵ Karara ilişkin detaylar için bkz. <http://www.news.com.au/national/victoria/indianborn-man-who-duped-woman-into-sex-by-pretending-he-was-caucasian-avoids-jail/news-story/3defd87c9b97f40bf53dd789a8114570>, E.T: 23.12.2023.

³⁶ Yargıtay 14. CD, 04.07.2013 tarih ve 2013/4640 E., 2013/8615 K. sayılı kararı.

³⁷ Bu hususta bkz. **Alencar**, Ticiana: “Conditional Consent and Sexual Crime: Time for Reform?”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 85, Sayı 6, 2021, s. 464. **Mullen**, s. 1046, **Clement**, s. 8 vd., **Schulhofer**, s. 35 vd.

bileceği, daha da önemlisi bu özelliklerin hangi usule göre tespit edilmesi gerektiği konusunda bir görüş birliği yoktur. Biz bu anlamda öncelikle, cinsel rızayı³⁸ etkilemeye namzet özelliklerin neler olabileceğini ortaya koyacak ve ardından bunların hangileri bakımından hilenin cinsel suçlara vücut verebileceği konusundaki görüş ve uygulamaları tespit edeceğiz.

Rıza oluşumuna etki edebilecek özelliklerden ilki, kişinin **genel kimlik bilgileridir**. Bu kapsamda kişinin ismi, yaşı, doğum yeri gibi bilgiler bu kapsama girmektedir. Özel önemleri nedeniyle milliyet ve cinsiyet ayrıca ele alınacaktır. Bu bağlamda özellikle yaşın, rızanın oluşumu bakımından önem arz edebileceği durumlar mevcuttur. Hatta yaş konusunda yalan söylenmesi, bir anda karşı tarafın bir cinsel suçun faili olmasına dahi sebep olma riskini haizdir.

Yukarıda zikredilenlere ek olarak, örneğin İsrail’de görülen *Mehadakar* davasında, 30 yaşında olmasına rağmen yirmili yaşların başında olduğunu belirterek kadınlarla ilişkiye giren fail, çok sayıda cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır³⁹. Bu anlamda, en azından bazı hukuk sistemlerinde, partnerin kimlik bilgilerinin, cinsel ilişkinin temel unsurlarından birini oluşturduğu kabul görmektedir.

İkinci özellik kişinin **dini inancı ve ırkıdır**. Esasen bu konuda tartışmaların şiddetlenmesine sebep olan *Kashur* kararında da failin dini inancı ve ırkı konusunda mağduru yanıltmasının cinsel saldırıya vücut verecek bir hile olduğuna karar verilmiştir. Kudüs Bölge Mahkemesi tarafından 2010 yılında verilen mezkûr kararda, mağdureye kendisini ciddi ve romantik bir ilişki arayan bekar bir Yahudi olarak tanıtan ancak gerçekte evli bir Arap olan fail, kısa bir sohbetten sonra mağdureyi konutuna davet etmiş ve onunla cinsel ilişkiye girmiştir. Fail, mağdurun eğer gerçeği bilseydi onunla cinsel ilişkiye girmeyeceği gerekçesiyle, mağdurun cinsel ilişkiye yönelik rızasını hileyle temin ettiği kabul edilerek cezalandırılmıştır⁴⁰.

Üçüncü özellik, kişinin **cinsiyetidir**. Bu çalışmada cinsiyet (sex) ve toplumsal cinsiyet (gender) ayrımı, trans bireylerin özel durumu gibi hususlara değinilmeyecek olmakla birlikte, kısaca ifade edilmelidir ki uygulamada

³⁸ Çalışmada “cinsel davranışlara gösterilen rıza” veya “cinsel ilişkiye gösterilen rıza” ifadeleri yerine, okuma kolaylığı açısından kısaca *cinsel rıza* (sexual consent) ifadesinin kullanılması tercih edilmiştir.

³⁹ State of Israel v Mehadakar 522/07, Karar için bkz. **Bergelson**, s. 154.

⁴⁰ Kararda esasen hüküm pazarlığı sonucu verilmiş bir karar bulunmakla birlikte, çalışmanın amaçları bakımından bir önemi bulunmaması nedeniyle bu detaylara değinilmeyecektir. Karar hakkında daha geniş bilgi için bkz. **Pundik**, Amit: “The Law of Deception”, Notre Dame Law Review Online, Cilt 93, Sayı 1, 2018, s. 172 vd.

trans birey olduğu halde bu durumu gizleyen ve bu şekilde karşı tarafın rızasını temin ederek onunla cinsel ilişkiye giren kişilere rastlanmaktadır. Bu itibarla bireyin cinsiyeti konusundaki bilgi de rızanın kapsamında önemli bir tartışma konusunu oluşturmaktadır.

Bu hususta çok sayıda yargı kararına rastlanabilmektedir. Örneğin İsrail’de görülmüş olan *Alkoby* davasında, kadın cinsel organları ile doğmuş bir trans erkek olan ve bu özelliğini gizlemek suretiyle kendisini mağdureye *Koby* isimli bir erkek olarak tanıtan ve cinsel ilişkiye giren fail, cinsel saldırı ve çok sayıda cinsel saldırıya teşebbüs suçlarından dolayı cezalandırılmıştır⁴¹. Aynı şekilde, Birleşik Krallık’ta görülmüş olan *R. v McNally* davasında, kadın cinsel organları ile doğmuş olan fail, bir online oyun sitesinde tanıştığı mağdureye *Scott* isimli bir erkek olduğunu söylemiş, uzun bir tanışıklık ve görüşme döneminden sonra buluşarak onunla müteaddit defalar -dildo (yapay penis) kullanmak suretiyle- cinsel ilişkiye girmiş ve kadın olduğunu cinsel ilişki esnasında da bir şekilde gizlemeyi başarmıştır. Failin kadın olduğunu mağdurenin annesi sonradan fark edip olayı açığa çıkardığında ise mağdure cinsel saldırıya uğradığından bahisle şikayetçi olmuş ve fail organ veya sair cisim sokma suretiyle cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılmıştır^{42,43}.

Dördüncü özellik, kişinin **sosyal ve ekonomik statüsüdür**. Esasen bir özellik değil, çok sayıda özelliği bünyesinde toplayan bir kategori olan sosyal ve ekonomik statünün, her bir unsuru ayrı ayrı saymaya gerek görülmediğinden bu şekilde başlıklandırılması yoluna gidilmiştir. Kişinin bireysel serveti, mesleği, eğitim durumu, ailesi, yaşadığı muhit gibi bilgiler bu kapsamdadır.

Sosyal ve ekonomik statünün, partner seçiminde önemli bir kriter olduğu bir psikolojik gerçeklik olarak karşımızda durmakta olup, bu bağlamda cinsel davranışlar bakımından rıza oluşumuna da etki ettiği düşünülmelidir. Nitekim, partnerinin sosyoekonomik statüsü itibarıyla kendisine anlattığı gibi biri olmadığını sonradan anlayan kişilerin, cinsel saldırıya uğradıklarından bahisle şikayetçi olmaları sıklıkla yaşanan bir durum halini almıştır.

Bu hususta İsrail’de görülmüş olan *Ben Avraham* davasında, kendisini mağdura eski bir pilot, başarılı bir doktor ve zengin bir kişi olarak tanıtan ve

⁴¹ Karara ilişkin daha geniş bilgi için bkz. **Pundik**, s. 173.

⁴² *McNally v R*, Crim 1051 (2013).

⁴³ Çok sayıda benzer davaya ilişkin bilgiler için bkz. **Sharpe**, Alex: “Expanding Liability for Sexual Fraud Through the Concept of ‘Active Deception’: A Flawed Approach”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 80, Sayı 1, 2016, s. 38-39.

onunla cinsel ilişkiye giren fail, o tarih itibarıyla henüz bu davranışın cinsel saldırı suçuna vücut vereceğine yönelik içtihat ortaya çıkmamış olduğu için, dolandırıcılık suçundan cezalandırılmıştır⁴⁴. Aynı şekilde İtalya’da görülen bir davada, kendisini fotoğrafçı olarak tanıtan ve genç kızlara iş bulmayı vadederek onlarla cinsel ilişkiye giren failin cinsel saldırı suçunu işlediğine hükmedilmiştir. İtalyan Yüksek Mahkemesi, kararında, başkasının yerine geçmenin muhakkak [eş gibi] hukuki bir statüye bürünme anlamına gelmediğini kabul etmiştir⁴⁵.

Çin’de görülen *Yunnan Kunming Procuratorate v. Lu Chunhong*⁴⁶ davasında fail, bir hayat kadınıyla internet üzerinden iletişim kurarak pazarlık etmiş ve belli bir fiyatta anlaştıktan sonra onunla buluşmuştur. Buluşmada sivil polis olduğunu söyleyen ve mağdureyi kelepçeleyen fail, mağdureyi tutuklayacağını ve cezalandırılmasını sağlayacağını söyleyerek onu tehdit etmiş ve kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlamıştır. Mahkeme, failin polis olduğunu belirtmesi nedeniyle mağdurenin direnememiş olmasını göz önünde tutarak, failin cinsel saldırı suçunu işlediğine hükmetmiştir⁴⁷.

Kimi durumlarda ise bazı mesleklere veya sosyal gruplara mensubiyet, cinsel ilişkiden kaçınma iradesini doğurabilir. Söz gelimi, karşısındaki bireyin uyuşturucu satıcısı ya da suç örgütü üyesi olduğunu bilse idi onunla cinsel ilişkiye girmeyecek olan bir kişi, bu bilgiyi haiz olmaması nedeniyle ilişkiyi kabul etmiş olabilir. Bu konuda ilginç bir örnek, Birleşik Krallık’ta yaşanan *R. (Monica) v. DPP* davasıdır⁴⁸. Olayda bir çevreci sivil toplum kuruluşunun üyesi olan mağdure, bu STK’ya sızarak faaliyetleri hakkında bilgi temin eden bir sivil polis ile onun bu özelliğini bilmeden cinsel ilişkiye girmiş ve gerçeği öğrendikten sonra cinsel saldırıya uğradığından bahisle şikayetçi olmuştur. Birleşik Krallık yüksek mahkemesi, olayda hile yoluyla cinsel saldırı suçunun söz konusu **olmadığına** karar vermiştir. Bu kararın dayanağı olan düşünceler hemen aşağıda ele alınacaktır.

Son olarak belirtmeliyiz ki, bazı mesleklere mensubiyet veya bazı sosyal pozisyonları haiz olmak, sıklıkla hile yoluyla cinsel davranışlarda bulunmak için bir araç olarak kullanılmaktadır. Kişinin kendini doktor ola-

⁴⁴ Karara ilişkin daha geniş bilgi için bkz. **Pundik**, s. 173.

⁴⁵ Karar için bkz. **Taner**, s. 145-146.

⁴⁶ Yunnan Kunming IC, No. 465, 2020. Karar için bkz. **Zhuang/Liu**, s. 677.

⁴⁷ Bir kez daha belirtmek isteriz ki, bu olaydaki gibi hile ile tehdidin birlikte bulunduğu ve hilenin tehdidi güçlendirme amacına matuf olduğu böyle durumlar, ayrıca bir incelemeyi gerektirmemektedir. Zira cinsel suçların tehdit ile işlenebileceğinde bir kuşku yoktur.

⁴⁸ *R (Monica) v DPP* [2018] EWHC 3508.

rak tanıtarak muayene adı altında mağdurun vücuduna dokunması, “tarikat şeyhi” ya da “hoca” olduğunu iddia eden kişilerin bazı dini ritüeller uyguladığı iddiası ile mağdura cinsel davranışlarda bulunması gibi fiiller bu duruma örnektir. Kanaatimizce bu tür durumlar, sosyal ve ekonomik statüye ya da daha genel olarak kimliğe ilişkin hileler değil, cinsel davranışların mahiyetine yönelik hileler kapsamında değerlendirilmelidir ve bu anlamda çalışmamızın konusunun dışında kalmaktadır. Zaten bu tür davranışların cinsel saldırı suçunu oluşturacağı konusunda bir tereddüt de yoktur.

Beşinci özellik, kişinin **medeni halidir**. Kuşkusuz burada “medeni hal” kavramını yalnızca kavrayış kolaylığı bakımından bu şekilde ifade etmekteyiz. Kastettiğimiz kapsam bundan daha geniştir: Kişinin herhangi bir romantik ilişki içinde olup olmadığı ve süregelen başkaca bir cinsel yaşantısının bulunup bulunmadığı, hatta kimi zaman bu hususlara ilişkin geçmiş yaşantılar gibi konular genel itibarıyla bu kapsamdadır⁴⁹. Bu konunun, özellikle taraflardan birinin evli olması bakımından, cinsel rıza bağlamında önemi izahtan varestedir. Ayrıca, partner sayısının çokluğu, hemen aşağıda değinilecek olan cinsel yolla bulaşan hastalık riski bakımından olumsuz bir işaretçi olduğundan, bu anlamda da rızayı etkileyebileceği belirtilmelidir.

Bu bağlamda örneğin İsrail’de görülen *Denino* davasında mahkeme evli olduğu halde boşanmış olduğunu belirterek bir kadınla ilişkiye giren faili cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırmıştır⁵⁰. Belirtmek gerekir ki, İsrail örneği hariç, tespit edebildiğimiz kadarıyla medeni hale ilişkin hilelerin cinsel suçlara vücut verebildiğinin kabul edildiği başka bir örnek henüz yoktur.

Altıncı özellik, kişinin **cinsel sağlık durumudur**. “Cinsel sağlık durumu” ifadesiyle kastettiğimiz, kişinin cinsel yaşantısını herhangi bir şekilde doğrudan etkileyen hususlardaki sağlık sorunlarının varlığı ya da yokluğudur⁵¹. Bu kapsamda en önemli husus cinsel yolla bulaşan hastalıklardır ve cinsel rızanın oluşumuna etki edebileceği kuşkusuzdur. Aynı şekilde kısırlık, özellikle istenmeyen hamilelik riski gibi konularda karşı tarafı yanıltabileceğinden önemli bir husustur. Bununla birlikte cinsel hayatı ancak dolaylı yoldan etkileyebilecek, kişinin grip olması gibi sağlık sorunları, bu kapsamda değerlendirilmemelidir.

⁴⁹ Örneğin önceden mağdurenin kız kardeşiyle cinsel birliktelik yaşamış olan failin, eğer bu durumu bilse kendisiyle ilişki yaşamaktan kaçınacak olan mağdureden bu durumu saklaması, cinsel geçmişin gizlenmesine yönelik hilelerdendir. bkz. **Wertheimer**, s. 196.

⁵⁰ *Denino v. State*, karar için bkz. **Bergelson**, s. 154.

⁵¹ *Hoven ve Weigend*, bu başlık altında incelediğimiz özellikleri *failin fiziki sağlık durumu* (körperlichen Zustand des Täters), geri kalan bütün kimlik özelliklerini ise *failin diğer özellikleri* başlığı altında değerlendirmektedir. **Hoven/Weigend**, s. 157.

Cinsel sağlık durumuna ilişkin önemli kararlar, genellikle failin HIV pozitif olduğunu gizleyerek cinsel ilişkiye girmesi ve gerçeği sonradan öğrenen mağdurun şikayetçi olması şeklindedir. Örneğin Birleşik Krallık'ta görülen *R v B* davasında failin HIV pozitif olduğunu gizlemesinin hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut **vermeyeceği** yönünde karar verilmiştir^{52,53}.

Belirtmek gerekir ki, sadece HIV pozitif olma haline ilişkin olarak, bu durumun cinsel partnere önceden açıklanmaksızın ilişkiye girilmesinin açıkça suç olarak kabul edildiğine de rastlanmaktadır. Söz gelimi ABD'nin Arkansas eyaletinde bu fiil, cinsel suçlar başlığı altında ayrı bir suç olarak düzenlenmiştir⁵⁴.

Kısırlığa ilişkin olarak ise, önceden vasetomi yaptırdığını ve bir kadını hamile bırakma olasılığının bulunmadığını öne süren failin, ilişkiden sonra yalan söylediğini itiraf ettiği *R v. Jason Lawrence* davasında mahkeme, failin mağduru bu konuda yanıltmasının hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut **vermeyeceğine** karar vermiştir⁵⁵.

Yedinci özellik, kişinin **suçlulukla ilişkisidir**. Esasen çoğu kez “sabıka (kaydı)” olarak ifade edilen bu özelliğin, suçlulukla ilişki lafzıyla anılmasının daha doğru olduğu kanısındayız. Zira işlenen suçlar daima yargı kararlarına yansımamış veya mahkumiyete neden olmamış, bununla birlikte özel bir sohbet karşılığında taraflara açıklanmış ya da mağdur tarafından doğrudan şahit olunmuş da olabilir. Her halükârda, özellikle cinsel suçlar veya şiddet içeren (yaralama, öldürme vb.) suçlar işleyen bireylerin, cinsel partnerleri bakımından da nispeten daha yüksek tehlike arz ettikleri açıktır. Bu bağlamda bireyin suçlulukla ilişkisi, karşı tarafın cinsel rızasının oluşumunu etkileyebilecek hallerdendir. Bu konudaki hilelerin cinsel suçlara vücut verip vermeyeceğine dair her iki yönde de karara rastlayabilmiş değiliz.

Şu ana dek sayılmış olan özellikler, bir kısmı hayatı boyunca bireye eşlik eden ve hiçbir zaman değişmeyecek, diğerleri ise zaman içinde değişebilecek özellikler olmakla birlikte, genel olarak o bireyi tanımlayan ve onun kimliğinin bir parçası olduğu aklen kolayca kabul edilebilen özellik-

⁵² R v B [2007] 1 WLR 1567. Karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Alencar**, s. 456 vd.

⁵³ Her ne kadar failin HIV pozitif olduğunu belirtmemesinin cinsel saldırı suçuna vücut vermediği kabul edilmiş olsa da, önemle belirtilmelidir ki Birleşik Krallık yüksek mahkemesi içtihatlarına göre mağdura kasten veya taksirle HIV bulaştırmak halihazırda yaralama suçuna vücut vermektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Clement**, s. 256, dn. 694. Alman hukuku bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. **Hoven/Weigend**, s. 159.

⁵⁴ Arkansas Ceza Kanunu, 5-14-123.

⁵⁵ R v Jason Lawrence (2020) EWCA Crim 971.

lerdir. Bununla birlikte, esasen cinsel rızanın oluşumunu, özellikle de gelecek yaşantılardan beklentiler bağlamında, etkileyebilecek daha soyut özellikler de söz konusudur. Bu özelliklerin de ilavesiyle, rıza gösterilen kişinin kimliği en geniş anlamına ulaşmaktadır:

Bu özelliklerden ilki, kişinin **duygu ve düşünceleridir**. Kuşkusuz her duygu ve düşüncenin açıklanması veya bu konuda herkese karşı dürüst olunması beklenemez. Hatta kanaatimizce kişinin duygu ve düşüncelerinden çoğu kez kendisinin dahi emin olması mümkün değildir. Burada inceleme konusu olan, yalnızca kişinin cinsel davranışta bulunmak istediği kişiye karşı duygu ve düşünceleridir. Bu kapsamda ceza hukuku bakımından en önemli husus, kişinin karşısındakine romantik bir sevgi hissedip hissetmediği, onunla uzun süreli bir ilişki yaşamayı isteyip istemediği ve yalnızca cinsel ilişkiye dair rıza elde edebilmek amacıyla bu hususta yalan söyleyip söylemediğidir. Geçmişte -Türk hukuku da dahil olmak üzere- hukuk sistemlerinin bu hususu gözetmediği, evlenme vaadiyle kandırarak cinsel ilişkiye girmeyi (seduction) ya da kızlık bozmayı cezalandırdığı müşahede edilmektedir⁵⁶.

Nihayet, kişinin **hayatının seyri ve gelecek planları** da onun cinsel rıza bakımından önemli özelliklerinden biridir. Kuşkusuz burada yine, yalnızca karşı tarafın cinsel davranışa rıza göstermesi bağlamında cinsel ilişki ve/veya romantik ilişki bakımından önem arz edebilecek hususlar bu kapsamda dikkate alınmalıdır. Söz gelimi, iki geceliğine bir şehirde tatilde bulunan ve esasen başka bir ülkede yaşayan bir kişi, karşı taraftan bu hususu gizleyerek sanki o şehirde yaşıyormuş gibi davranır ve onda aralarında uzun süreli bir ilişkinin gelişebileceğine dair fikirlerin uyanmasına neden olursa, bu durumun cinsel davranışlar bakımından rızayı etkileyebileceği pekâlâ öne sürülebilir.

Nihayet belirtmek gerekir ki, karşı tarafa verilen vaatler, cinsel rızanın oluşumunu etkileyebilir ve hatta hayat kadınlarına cinsel ilişki karşılığında para vaat edilmesi gibi durumlarda cinsel ilişkinin birincil sebebi haline de gelebilir. Bunun haricinde, cinsel tavizler karşılığında, kitap yayımlatma ya da albüm çıkarma gibi konularda yardımcı olacağını vaat etme gibi doğrudan parasal olmayan vaatler de aynı kapsamdadır. Bununla birlikte biz karşı tarafa verilen vaatleri kimliğin bir parçası olarak mütalaa etmiyor ve çalışmamızın konusu dışında kabul ediyoruz⁵⁷.

⁵⁶ Schulhofer, s. 89.

⁵⁷ Bu hususta değerlendirmeler için ayrıca bkz. Zhuang/Liu, s. 678 vd., Licea, s. 127, Dougherty, s. 719. Türk hukukunda vaatlere ilişkin yargı kararları için bkz. Şare, s. 1006, Taştan, s. 50.

Görüldüğü üzere, cinsel rızanın oluşumunda, ilk bakışta göze çarpanın çok ötesinde faktörler rol oynamaktadır. Bu hususların her birine ilişkin olarak mutlak bir dürüstlüğün ve açıklığın beklenmesi mümkün olmadığı gibi, hangilerinin mağdurun cinsel rızasının oluşumunda ne gibi bir önem taşıdığına da önceden bilinebilmesi mümkün değildir. Bu anlamda, kimliği meydana getiren bu özelliklerin hangi durumlarda cinsel suçlara ilişkin hilenin konusunu oluşturabileceği ayrıca tartışılmalıdır.

Hiç kuşkusuz, iki bireyin tanışması ile cinsel ilişkiye girmesi arasındaki süreçte, bazı gerçek dışı bilgilerin verilmesi, abartılı iltifatlar edilmesi, gerçek düşüncelerin gizlenmesi veya açıklanmasının sonraya bırakılması, utanç verici ve travmatik anların hemen ifşa edilmemesi doğaldır. Bunların failin cinsel ilişkiye hileyle girmiş olduğu sonucunu doğurması ise kuşkusuz makul değildir.

Şu hâlde, ya bu özelliklerin hiçbirinin cinsel rızanın oluşumu bakımından önemi olmadığı kabul edilmeli ya da bu özelliklerden yalnızca bir kısmının cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz ettiğinin kabul edilebilmesi için ayırıcı ölçütler geliştirilmelidir. Aşağıda bu konuda ortaya atılmış olan fikirler ve mevcut uygulamalar değerlendirme konusu yapılacaktır.

III. CİNSEL SUÇLARIN KİMLİĞE İLİŞKİN HİLELERLE İŞLENMESİNE YÖNELİK GÖRÜŞ VE UYGULAMALAR

A. Cinsel Suçların Kimliğe İlişkin Hilelerle İşlenemeyeceği Yönündeki Görüş ve Uygulamalar

Günümüzde hem dünyada hem de Türkiye’de baskın görüş, cinsel suçların istisnai durumlar hariç hileyle işlenemeyeceği yönündedir. Hemen aşağıda da ele alınacağı gibi ABD, Birleşik Krallık, Almanya, İspanya vb. çok sayıda ülkenin ceza hukuku sistemlerinde cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik bir hüküm ya hiç bulunmamakta ya da çok istisnai bazı hallerde hilenin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Kâğıt üzerinde cinsel suçları rıza yokluğu temelinde anlayan Türk hukuku gibi örneklerde de esasen zikredilen diğer örneklerden farklı bir uygulama söz konusu değildir. Bu uygulamaların açıklanmasında yarar görülmektedir.

Söz gelimi Alman Ceza Kanunu’nda cinsel saldırı suçunun cebir, tehdit, kişinin kendisini savunamayacak durumda olmasından yararlanma ve beklemediği bir anda cinsel davranışta bulunma (Überraschungsmoment ausnutzen) hallerinde işlenebileceği belirtilmekte (AICK m. 177) ancak hileyle mağdura cinsel davranışta bulunulması hali kanunda yer almamakta-

dır⁵⁸. İtalyan Ceza Kanunu'nda, hile yoluyla cinsel saldırı suçunun işlenmesi ancak bir başkasının yerine geçilmesi suretiyle mümkün olabilmektedir (İCK, m. 609-bis)⁵⁹. Aynı şekilde, İngiliz hukukunda cinsel suçlar bakımından hile yalnızca failin bir başkasının yerine geçmesi veya mağduru cinsel ilişkinin maddi gerçekliğine ilişkin olarak yanıtması halleriyle sınırlıdır (SOA 2003, m. 76, f. 2)⁶⁰.

Hilenin hiç kabul edilmediği Almanya gibi örnekler dışında, ABD'nin bazı eyaletleri ve Birleşik Krallık gibi sistemlerde benimsenen prensip, yalnızca maddi gerçekliğe (factum) ilişkin yanıtmanın cinsel suça vücut verebileceği, buna karşılık saikte (inducement) yanıtmanın cinsel suça vücut veremeyeceği yönündedir⁶¹.

Bu bağlamda, cinsel davranışlar bakımından *maddi gerçeklik*, gerçekleştirilen davranışın cinsel karakterini ifade eder. Eğer mağdur, gerçekleştirilen davranışın cinsel bir davranış olduğunun farkında değilse ya da cinsel ilişkinin doğası ve koşulları hakkında yanıtılmış ise bu takdirde maddi gerçekliğe ilişkin yanıtılmış demektir ve bu davranışlar cinsel saldırı suçuna vücut verecektir. Saikte yanıtma ise mağdurun kendisine bir cinsel davranışta bulunulduğunu bilmesi ve buna rıza göstermesi ancak rıza göstermesini sağlayan nedenler bakımından yanıtılmış olmasıdır. Mezkûr ayrıma göre mağdurun saikte yanıtılması cinsel suçlar bakımından hile teşkil etmeyecektir.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hâkim uygulamaya göre, cinsel rıza yalnızca cinsel davranışların kendisiyle sınırlıdır, insanı rıza göstermeye iten sebepleri kapsamaz. Bu anlamda, yukarıda sayılan özelliklerin tamamı mağduru rıza göstermeye iten sebeplere ilişkin olduğundan, bizatihi cinsel rızanın hukuki geçerliliği üzerinde bir etkiye sahip değildir.

Söz gelimi çok zengin olduğu sanılan -ama gerçekte öyle olmayan- bir kişi ile bu nedenle cinsel ilişkiye girilmesi halinde, cinsel ilişkiye rıza gösterildiğinde kuşku yoktur ve bu rıza geçerlidir. Kişiyi cinsel ilişkiye girme saikinde yanıtılmasının ise, kişi gerçeği bilseydi cinsel ilişkiyi kabul etmeyecek olsaydı bile, hukuken bir önemi yoktur. Bu ayrım, Birleşik Krallık

⁵⁸ Alman hukukundaki mevcut düzenlemeye ilişkin müşahhas bir inceleme için bkz. **Hoven/Weigend**, s. 156 vd. Belirtmek gerekir ki yazarlar, cinsel suçlar bakımından hilenin dışlanmasını eleştirmekte ve ilgili hükümlerin hile yoluyla cinsel saldırıyı da kapsayacak şekilde genişletilmesini önermektedir.

⁵⁹ Hükme ilişkin daha geniş bilgi için ayrıca bkz. **Taner**, s. 55.

⁶⁰ Bu hükmün geniş eleştirisi için ayrıca bkz. **Clement**, s. 8 vd.

⁶¹ Bu hususta bkz. **Zhuang/Liu**, s. 680, **Schulhofer**, s. 88 vd.

Yüksek Mahkemesi tarafından “...eğer bilseydi cinsel ilişkiye rıza göstermezdi şeklindeki testin cinsel rızayı ortadan kaldırmak için yeterli olmayacağı... hilenin ancak cinsel ilişkinin doğasına ve amacına ilişkin olması halinde rızayı geçersiz kılacağı⁶²” şeklinde ifade edilmiştir.

Örneğin yukarıda zikredilen *R. (Monica) v DPP* davasında, Birleşik Krallık yüksek mahkemesi, bir çevreci sivil toplum kuruluşuna üyeymiş gibi sızarak bilgi temin eden ve bu esnada STK üyesi mağdure ile cinsel ilişkiye giren sivil polis sıfatlı failin cinsel saldırı suçunu işlemediğini kabul etmiştir. Zira mahkemeye göre, mağdurenin yanıtıldığı nokta cinsel ilişkinin kendisi değil, [cinsel ilişkinin oluşumunu hazırlayan] *tanışıklığın sebebidir*. Bu ise bir saikte yanıtma hükmündedir ve cinsel rızayı ortadan kaldırmaya yetmez⁶³.

Aynı şekilde *R. v Jason Lawrence* davasında kısır olduğunu iddia eden fail ile ilişkiye giren mağdur, cinsel ilişkinin kendisine ilişkin değil, *olası sonuçlarına* ilişkin (hamilelik riski) yanıtıldığı için, cinsel ilişkiye gösterdiği rıza geçerliliğini korumaktadır⁶⁴.

ABD’de görülen *Goldberg v. State* davasında da, mağdureye serbest çalışan bir fotoğrafçı olduğunu ve mağdurenin çok iyi bir model aday olduğunu söyleyen fail, fotoğraflarını çekmek bahanesiyle mağdureyi evine götürmüş ve daha sonra onu -üstü kapalı bir biçimde- tehdit ederek cinsel ilişkiye girmiştir. Yüksek mahkeme olayda hilenin bir önem taşımadığı, tehdidin ise mağduru zorlayacak boyutta olmadığı gerekçesiyle cinsel saldırı suçunun oluşmadığına karar vermiştir⁶⁵.

Türk hukukunda da benzer kararlara rastlanmaktadır. Yargıtay 14. Ceza Dairesi’nin bir kararında, maddi gerçeklik-saik ayırımına açıkça başvurulduğu ve failin mesleği konusunda yalan söylemesinin saikte yanıtma olarak kabul edildiği müşahade edilmektedir⁶⁶.

⁶² R v Jason Lawrence (2020) EWCA Crim 971.

⁶³ R (Monica) v DPP [2018] EWHC 3508.

⁶⁴ R v Jason Lawrence (2020) EWCA Crim 971.

⁶⁵ Commonwealth v. Goldenberg, 155 N.E.2d 187. Mezkur karar ve yeni tarihli benzer diğer kararlar için ayrıca bkz. **Mullen**, s. 1040 vd.

⁶⁶ “Sanık, tanışma aşamasında **kendisini farklı isimde ve polis memuru olarak tanıtmış ise de**, mağdurenin ifadelerinde **cinsel ilişkinin kendisinin hile ile ikna edilmesi sonucu gerçekleştirildiğine dair herhangi bir anlatımının bulunmaması**, dosya içeriğine uymayan şekilde mağdurenin kolasına uyusturucu katılması sonucu tecavüz edildiğini ifade etmiş olması karşısında, dosya kapsamına göre nitelikli cinsel istismar suçunun hile unsurunun oluşumuna yetecek nitelikte sübuta yeter delil bulunmadığı...” Yargıtay 14. CD, 01.10.2014 tarih ve E. 2014/4514, K. 2014/10774 sayılı kararı.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda da belirtildiği üzere, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'ne göre, *partnerin cinsiyeti* cinsel davranışın maddi gerçekliğine ilişkin olup, bu hususta mağdurun yanıltılması hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut verecektir.

Maddi gerçeklik-saik yanılığısı ayrımının tek yaygın istisnası başkasının (genellikle eş) yerine geçme olarak kabul edilmektedir. Fail eğer başkasının yerine geçerek mağdur ile ilişkiye girmiş ise, mağduru saikte yanıltmış olmasına rağmen bu davranışı hile olarak kabul edilerek cinsel saldırı suçuna vücut verecektir. Bununla birlikte, kanaatimizce de üstün tutulması gereken görüşe göre, esasen başkasının yerine geçme hali bu ayrımın bir istisnası olmayıp, böyle düşünülmesinin nedeni cinsel rızanın kapsamının eksik değerlendirilmesidir. Eşiyile ilişkiye girdiğini zanneden mağdur, herhangi bir cinsel ilişkiye değil, *eşiyile girdiği cinsel ilişkiye* rıza göstermektedir ve bu anlamda kişinin eşi olduğuna dair bilgi, maddi gerçekliğe ilişkin bilgidir⁶⁷.

Maddi gerçeklik-saik yanılığısı ayrımı, iki kavramı birbirinden ayıran somut bir ölçüt bulunmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Cinsel davranışlar bakımından neyin maddi gerçeklik, neyin onu hazırlayan koşullar olarak tanımlanması gerektiği konusu muğlaktır⁶⁸. Bu anlamda tarafların birbirine karşı hissettiği duygular dahi, cinsel ilişkiye boyut ve anlam kazandırması zımında, maddi gerçeklik olarak kabul edilebilir⁶⁹.

Nitekim bu ayrımın benimsenmesi Birleşik Krallık hukukunda çelişkili kararların ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. *R v Jason Lawrence* davasında mağdurenin, failin kısır olduğu konusunda yanıltılması, hile yoluyla cinsel saldırı suçuna vücut vermezken; *Assange v Sweeden* davasında failin cinsel ilişki sırasında taktığı kondomu mağdureden gizli olarak çıkarması hile yoluyla cinsel saldırı suçu olarak kabul edilmiştir⁷⁰. Her ne kadar yüksek mahkeme iki davanın birbirinden farklı olduğu konusunda "*Lawrence davasında, Assange davasından farklı olarak mağdurenin cinsel ilişkiye herhangi bir şart veya sınırlama öngörmeden girdiği*" gibi bazı argümanlar

⁶⁷ Bu minvalde, her iki durumun birbirinden eylemlerin ahlaki temeli noktasında tümüyle ayrıştıkları yönündeki argümanlar ve rıza gösterilen kişinin cinsel davranışın içkin bir unsuru olduğuna yönelik argümanlar için bkz. **Scutt**, s. 60-62.

⁶⁸ **Scheidegger**, s. 776. **Zhuang/Liu**, s. 681.

⁶⁹ "*V'nin, kendisini seviyormuş gibi yapan D ile birlikte olma kararının, [romantik duygular içeren] bir sevişmeye dair karar olduğu, derin duygular içermeyen [gelgeç bir] sekse yönelik olmadığı da pekala savunulabilir. Bu nedenle her şey vakanın nasıl tarif edildiğine göre şekil alacaktır.*" **Scheidegger**, s. 776. Aynı yönde **Dougherty**, s. 719, dn. 4.

⁷⁰ *Assange v Sweden* [2011] EWHC 2849.

ortaya koymaya çalışmış ise de bu argümanlar ikna edici olmaktan uzaktır. Her iki olayda da cinsel ilişki bakımından rızası bulunan ancak cinsel ilişkinin sonuçları bakımından endişeler taşıyan mağdurelerin, aynı konuda (hamilelik riski) farklı yalanlarla yanıltılmış olmasının nasıl olup da bir durumda cinsel saldırı suçuna vücut verdiği, diğer durumda vermediğinin izahı oldukça güçtür⁷¹. Mağdurenin *Assange* davasındaki mağdure gibi kondom şartı koşmamış olmasının tek sebebi failin kısır olduğu konusunda yalan söylemiş olması iken, daha nitelikli bir kandırmacaya başvuran failin cezajsızlıkla ödüllendirilmesi dikkate şayandır⁷².

Saik ile maddi gerçekliğin birbirinden ayrılmasının güçlüğü noktasında ABD’de görülen *State v. Hickey* davası gerçekten ilginçtir. Olayda fail, ekonomik açıdan zorluk çeken ve bakıcı olarak hayatını idame ettirmeye çalışan mağdureyle iletişime geçerek, kendisinin -gerçekte öyle olmadığı halde-pornografik filmler için casting işi yapan bir kişi olduğunu belirtmiş ve ona pornografi sektöründe çalışmayı önermiştir. Teklifi kabul eden mağdureye, pornografik filmlerin nasıl bir performans gerektirdiğini anlaması ve başarılı olup olamayacağını ortaya çıkması için bir “deneme çekimi” yapmaları ve bunun için de kendisiyle cinsel ilişkiye girmesi gerektiğini söylemiştir. Fail ile mağdure bunun üzerine bir otele cinsel ilişkiye girmişlerdir. Gerçeği sonradan öğrenen mağdure, mahkeme önünde, gerçekten cinsel ilişkiye girdiğinin bilincinde olmadığını ve eğer gerçeği bilseydi rıza göstermeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme, eyalet yasalarında hileyle cinsel saldırı suçunun işlenmesine yönelik bir hüküm bulunmadığından, olayda cinsel saldırı suçunun *oluşmadığına* hükmetmiştir⁷³. Acaba bu olayda fail ile rızayla cinsel ilişkiye giren ancak bunun bir film çekimi gereği olduğunu düşünen mağdur, maddi gerçeklik bakımından mı yoksa saik bakımından mı yanıltılmıştır? Görüldüğü üzere, maddi gerçeklik-saik ayrımının sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi dahi başlı başına oldukça güç bir iştir.

⁷¹ Benzer eleştiriler için bkz. **Vavra**, s. 614, **Alencar**, s. 459 vd. Yazar ayrıca failin HIV pozitif olduğunu gizlemesi cinsel rızayı geçersiz hale getiren bir hile olarak kabul edilmezken, trans birey olduğunu gizlemesinin rızayı geçersiz hale getirdiğinin kabul edilmesini de bir çelişki olarak kabul etmekte ve sorgulamaktadır. Aynı eleştiriye *Clement*’in eserinde de rastlanmaktadır. **Clement**, s. 13 vd.

⁷² Bu tespiti yaparken *Assange* davasının politik yönünü gözden geçiriyor değiliz. Bununla birlikte, bir akademik çalışmanın gereği olarak, bu içtihadın davaya özgü olmadığını ve gelecekteki davalarda da sürdürüleceğini, kamu otoritelerinin ve mahkemelerin politik saiklerle hareket etmediğini varsaymak gerekmektedir.

⁷³ *State v. Hickey*, No. 16-1-05400-1, Karar ve değerlendirmeler için bkz. **Mullen**, s. 1041 vd.

Maddi gerçeklik-saik ayırımına yöneltile bir başka eleştiri de, ölçütün maddi gerçekliğe ilişkin yanılgıları saik yanılgılarına kıyasla daha önemli ya da kötücül bularak cezalandırmaya layık görmesi, ancak böyle bir kabule gidilmesi için herhangi bir mantıki neden bulunmamasıdır. Her iki durumda da ihlal edilen hak aynı olduğu gibi, saik yanılgıları da en az maddi gerçeklik yanılgıları kadar ciddi olabilir⁷⁴. Bu konu, hemen aşağıda daha geniş olarak ele alınacaktır.

B. Cinsel Suçların Kimliğe İlişkin Hilelerle İşlenebileceği Yönündeki Görüş ve Uygulamalar

Cinsel suçların hileyle işlenebileceğinin kural olarak kabul edilmiyor olması, ceza hukuku sistemlerinin bireylerin cinsel otonomisini korunmadığı yönündeki eleştirilerin giderek artmasına neden olmaktadır. Cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değerlerin mağdurun cinsel otonomisi olduğunu kabul eden görüşün taraftarları arasında; cinsel suçların hileyle işlenmesinin cebir ve tehditle işlenmesinden haksızlık içeriği bakımından bir farkı bulunmadığını ve bu anlamda hileyle gerçekleştirilen cinsel davranışların da cinsel suçlara vücut vermesi gerektiğini savunan yazarlar mevcuttur. Hatta bazı yazarlara göre hile, cebir ve tehditten daha ağır bir haksızlık içermektedir. Zira cebir veya tehdit, mağdurun iradesini zorlayarak ona üstün gelirken; hile, mağdurun iradesini failin elinde bir enstrümana çevirmektedir⁷⁵. Bu anlamda, cinsel suçların hileyle işlenemeyeceğini ya da hilenin sınırının keyfi uygulamalarla daraltılabileceğini kabul etmek için hiçbir neden yoktur. Maddi gerçeklik-saik ayırımı da sorunu çözmeye yetmemekte, hatta yeni sorunlara yol açmaktadır.

Bu düşüncelerle günümüzde cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik görüş doktrinde giderek güç kazanmakta⁷⁶ ve bu durum yasama faaliyetlerine de yansımaktadır. Geleneksel olarak cinsel suçların hileyle işlenemeyeceğini kabul eden ABD eyalet yasalarında bu hususta reform faaliyetleri başlamış olup, on iki eyalette cinsel suçların hileyle işlenebileceği

⁷⁴ **Zhuang/Liu**, s. 681. **Schulhofer**, s. 67-69, **Wertheimer**, s. 206.

⁷⁵ **Wertheimer**, s. 193-194.

⁷⁶ Bu hususta tespitler için bkz. **Bergelson**, s. 154 vd. Yaptığımız inceleme sonucunda, doktrinde konuya ilişkin güncel eserlerin kahir ekseriyetinin cinsel suçların hileyle işlenebileceği yönündeki görüşleri benimsediği ve bu hususta yasama çalışmaları önerdiğini müşahade etmekteyiz. Hatta aksi yöndeki görüşlere oldukça nadir rastlandığını belirtmemiz gerekir. Literatürü inceleyen **Lazenby** ve **Gabriel** de aynı tespiti yapmıştır. **Lazenby**, **Hugh/Gabriel**, Jason: "Permissible Secrets", *The Philosophical Quarterly*, Sayı 68, 2018, s. 265, dn. 1.

hallere yönelik düzenlemeler yapılmış, sekiz eyalette ise, Model Ceza Kanunu'na uygun olarak, rızanın hileyle de geçersiz hale gelebileceğine yönelik genel hükümler tahsis edilmiştir⁷⁷. Almanya'da 2016 reformunu müteakiben, *Cinsel Suçlar Reform Komisyonu* tarafından, mağdurun cinsel otomisini korumak amacıyla matuf olarak, cinsel suçların hileyle de işlenebileceği yönünde bir hüküm eklenmesi önerilmiş ve bu görüş doktrinde de destek bulmuştur⁷⁸.

Bununla birlikte, cinsel suçların hileyle işlenebileceğinin kabul edilmesi, sorunu çözmek için tek başına yeterli değildir. Nitekim, Türkiye'nin de aralarında bulunduğu çok sayıda hukuk düzeninde, hile hali zaten kanunlarda yer almaktadır. Bununla birlikte bu hükümlerin nasıl uygulanacağı ve hangi yanıltmaların cinsel suçlar bakımından hile olarak kabul edileceği büyük kafa karışıklıklarına neden olmakta ve bu durum uygulayıcıları hile hükümlerini hiç uygulamamaya itmektedir. Bu bağlamda yukarıda da belirtildiği üzere, cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik görüşün temel sorunu, hangi hileli davranışların cinsel suçlara vücut verebileceği konusundaki sınır çizme sorunudur. Görüşün taraftarları arasında bu hususta fikir ayrılıkları meydana gelmiş ve bu konuda belirleme yapılması bakımından bazı kriterler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Aşağıda bu konudaki tartışmalar ele alınacaktır.

1. Hangi Yanıltmaların Cinsel Suçlar Bakımından Hileye Vücut Vereceği Sorunu

Cinsel rızanın oluşumunda, partnere ilişkin bütün bilgilerin önem taşımadığı, zaten bu bilgilerin büyük bölümünün bilinmesinin de mümkün olmadığı aşıkardır. Şu hâlde her yanlış veya eksik bilginin cinsel suçlar bakımından hileye vücut veremeyeceği, bunlardan yalnızca önemli olanların hilenin konusunu oluşturabileceği bellidir⁷⁹. Ne var ki "önem" lafzının dahi içeriğinin nasıl doldurulacağı açık değildir. Bir özelliğin önemli olup olmadığına objektif olarak mı karar verilecektir yoksa mağdurun subjektif arzu ve istekleri mi dikkate alınacaktır? Örneğin sırf mağdur bu konuyu çok önemsediyi için, failin yükselen burcunu yanlış söylemiş olması, cinsel suçlar bakımından hileye vücut verebilecek midir?

⁷⁷ Detaylı bilgi için **Mullen**, s. 1043 vd.

⁷⁸ **Hoven/Weigend**, s. 159. Belirtmek gerekir ki yazarlar, Birleşik Krallık hukukundaki mevcut düzenlemeye benzer şekilde, hilenin maddi gerçeğe ilişkin olduğu durumlarda cezalandırılacağı bir sisteme taraftardır.

⁷⁹ **Licea**, s. 127.

Bu noktada failin hangi özelliklerinin cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz ettiği sorunu ortaya çıkmaktadır. Doğal olarak ilk akla gelen fikir, partner seçiminde evrensel bir ortak temel bulunmakla birlikte, her bireyin önemsedığı özellikler az ya da çok farklı olduğu için, cinsel rızanın somut olay bakımından oluşum şartlarının her olayda ayrı ayrı incelenmesi anlamına gelen subjektif kriter görüşüdür. Bu görüşün karşısında ise, cinsel rızanın subjektif kriterlere göre ortaya çıktığını kabul eden ancak ceza hukuku korumasının kapsamının herkes için ortak olan birtakım objektif kriterler ile sınırlandırılması gerektiğini kabul eden objektif görüş bulunmaktadır.

a. Subjektif Görüş

Subjektif görüş, en geniş anlamıyla şöyle ifade edilebilir: Mağdurun, eğer bilseydi kendisine karşı cinsel davranışlarda bulunulmasına rıza göstermeyeceği bütün bilgiler⁸⁰ önemli kabul edilmeli ve cinsel suçlar bakımından hilenin konusunu oluşturabilmelidir⁸¹.

Bu tanımlamada derhal göze çarpan nokta, mağdurun kararı hariç, hangi bilgilerin önemli olduğunu belirleyen hiçbir maddi ölçütün bulunmamasıdır. Bir başka deyişle her şey; bunlar toplumun geneline göre mantıksız, gayri ahlaki ve hatta çocukça kaprisler olarak kabul edilebilecek hususlar dahi olsa, cinsel rızanın konusunu oluşturabilir⁸². Konunun maddi içeriği objektif olarak ister önemli ister önemsiz olsun, eğer gerçeği bilseydi cinsel ilişkiye rıza vermeyecek olan mağdurun irade oluşumunun sakatlandığı ve rızasına geçerlilik atfedilemeyeceği açıktır. Bu görüşü savunan *Herring*'e göre, eğer bir kişi yalnızca Chelsea takımı taraftarlarıyla cinsel ilişkiye girmek istiyor olsa dahi, eğer onun kararı bu yönde ise, fail tarafından bu konuda kandırılmış olmasının, rızanın oluşumuna etkisi bakımından, başka [ve toplumun geneline daha önemli gelen] konularda kandırılmasından, hukuken hiçbir farkı yoktur ve mağdurun rızasına geçerlilik atfedilmemelidir⁸³.

Bu görüşün karşısında ise, bir kimseyi cinsel ilişkiden vazgeçirebilecek bütün kıstasların birbiriyle aynı güçte olmadığını ve bu anlamda her özelliğe aynı değerin atfedilemeyeceğini kabul eden görüş bulunmaktadır. Bu görüş-

⁸⁰ *Dealbreaker*. Çalışmada kısaca *caydırıcı* olarak anılacaktır.

⁸¹ **Herring**, s. 71.

⁸² Bazı örnekler için **Scheidegger**, s. 778.

⁸³ **Herring**, s. 72. Aynı yönde **Dougherty**, s. 727 vd. Yazar da aynı argümanı farklı bir örnek üzerinden kurarak, yeni tanıştığı bir kadına salt evcil hayvanları sevdiği yönünde yalan söyleyen bir kişinin dahi karşı tarafın hukuken geçerli rızasını almadan onunla cinsel ilişkiye girmiş olacağını ifade etmektedir. Aksi yönde **Wertheimer**, s. 195.

şün taraftarlarından *Manson*'a göre, bir kimseyle cinsel ilişkiye girme ya da girmeme kararının dereceleri vardır. Birçok faktör bu anlamda dengeyi rıza göstermek ya da göstermemek yönünde değiştirebilir. Bu neviden faktörler *zayıf caydırıcılar (weak dealbreakers)*, bir kimsenin cinsel rızasında tek başına belirleyici olan faktörler ise *güçlü caydırıcılar* olarak kabul edilmek suretiyle ikili bir ayrıma gidilmelidir⁸⁴. Zayıf caydırıcılar, tek başlarına, mağdurun rızasını geçersiz hale getirmezler. Bu nedenle de cinsel suçlar bakımından hilenin konusunu oluşturamazlar⁸⁵. Dikkat edilirse, her iki görüşün de uzlaştığı nokta, mağdur için subjektif olarak çok önemli olarak addedilen konuların, objektif içeriği her ne olursa olsun, cinsel rızanın oluşumunda kilit rol oynadığı ve bu konulardaki yanılmanın cinsel suçlar bakımından hileye vücut vereceğidir.

Bu noktada subjektif görüş taraftarları arasındaki ikinci tartışma, mağdurun taleplerinin maddi içeriğine dair hukuki ve ahlaki sınırlamalar hakkında çıkmaktadır. Bir görüşe göre, bireyler kiminle cinsel davranışları paylaşacağına kendileri karar verdiğine göre, bu kararı hangi saikle verdiklerinin de onların hukuki korumadan yararlanıp yararlanmayacaklarına bir etkisi olmamalıdır⁸⁶. Bir kimsenin söz gelimi Müslümanlarla veya Almanlarla birlikte olmak istemediğini söylemesi, kulağa hoş gelmesede, onun cinsel suçlara ilişkin normların korumasından yararlanamayacağı anlamına gelmez. Kaldı ki kimse, cinselliğini yaşarken “ayrımcılık yasağına” tabi değildir⁸⁷. Buna karşılık, mağdurun taleplerinin ırkçı, ayrımcı, homofobik, İslamofobik vb. olamayacağını; bu takdirde mağdurun ceza hukuku normları ile korunamayacağını savunanlar da mevcuttur⁸⁸.

Üçüncü tartışma konusu ise mağdurun taleplerine yönelik hukuki sınırlamalara ilişkindir. Bu tartışmanın temelinde ise taraflardan birinin cinsel otonomisi ile diğer tarafın özel hayatının gizliliğinin birbiriyle çatışması yatmaktadır. Bu çatışmanın nasıl çözümlenmesi gerektiği konusunda da farklı görüşler mevcuttur. İlk görüşün taraftarlarına göre cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz eden bilgilerin önemli bir bölümü, kişinin özel hayatına ilişkindir ve bu anlamda özel hayatın gizliliğinin de konusunu

⁸⁴ **Manson**, s. 416-420.

⁸⁵ **Manson**, s. 420.

⁸⁶ **Herring**, s. 71.

⁸⁷ **Herring**, s. 71, **Dougherty**, s. 730, **Vavra**, s. 613. Aksi yönde **Zhuang/Liu**, s. 683, **Bergelson**, s. 159. Yazarlara göre böyle bir serbestlik, mağdurların kamu düzeniyle ve toplumsal davranış normlarıyla çelişebilecek; ırkçı ve ayrımcı tercihler yapabilmesine kapı açmış olacaktır.

⁸⁸ **Zhuang/Liu**, s. 683. **Hoven/Weigend**, s. 160, **Bergelson**, s. 159.

oluşturmaktadır. Cinsel otonomi kişinin en önemli haklarından birini teşkil etmekle birlikte, özel hayatın gizliliği de aynı ölçüde önemlidir. Bu anlamda özel hayatın gizliliğine saygı hakkı tümüyle hiçe sayılarak bir çözüm benimsenemez⁸⁹. İki hak arasında bir denge kurulması gerekir.

Bu görüşün taraftarlarından *Scheidegger*'e göre, her özelliğe ilişkin yanılma rızayı geçersiz hale getirecek nitelikte değildir; bu bağlamda bir kişinin “bilmeye hakkının olmadığı” toplumsal cinsiyet, suçlulukla ilişki, cinsel yönelim, dini inanç, sadakat gibi hususların hiçbirinde yanılma hilenin konusunu oluşturamaz. Bunları cinsel rızanın konusu haline getiren kişi, bu davranışının sonucuna da kendisi katlanmalıdır⁹⁰. Yazara göre bu durumun istisnasını, arz ettiği büyük tehlike nedeniyle, cinsel yolla bulaşan hastalıkların gizlenmesi oluşturmaktadır. Kuşkusuz kişinin sahip olduğu cinsel yolla bulaşan hastalıklara ilişkin bilgi de özel hayatın konusunu oluşturduğundan, burada haksızlığın konusunu oluşturan şey yanılıcı bilgi verilmesi değil hastalığın bulaşması riskidir. Dolayısıyla bu durumda kişinin cinsel olmayan bir suçtan, söz gelimi kasten yaralama suçundan cezalandırılması gerekir⁹¹.

Nispeten daha ılımlı bir görüşü savunan *Vavra*'ya göre ise cinsel ilişki öncesinde, karşı tarafın caydırıcılarını gözeterek bunlara ilişkin açıklamada bulunma yükümlülüğünün taraflara yüklenmesi, özellikle trans bireyler veya HIV pozitif kişiler gibi dezavantajlı grupların sürekli olarak kendi özel hayatlarına ilişkin detaylı açıklamalarda bulunmak zorunda kalmalarına neden olacak ve onların cinsel hayattan soyutlanmalarına yol açacaktır. Bunun yerine, tarafların rızalarının oluşumu için önemli konuları bizzat ortaya koymaları gerekir. Bu konuları muhakkak açıkça sormaları gerekmez, ancak bir şekilde bu konunun önemsendiğini göstermeleri gerekir. Ancak bu durumda diğer taraf konuya ilişkin açıklamada bulunmakla yükümlü olur ki bu takdirde özel hayatın gizliliği daha etkin bir şekilde korunabilecek ve gereksiz ifşaattan sakınılabilecektir⁹². Altı çizilmelidir ki, yazar esasen herhangi bir bilginin karşı taraftan *gizlenebileceğini* kabul etmemektedir.

⁸⁹ **Zhuang/Liu**, s. 683, **Scheidegger**, s. 781.

⁹⁰ **Scheidegger**, s. 781. Aksi yönde **Alencar**, s. 461. Yazara göre, mağdura kendi cinsel hayatına yönelik olarak sınırlı bir otonominin tanınması, cinsel saldırıya uğrayan mağdurların yaşadıklarını [kamu otoritelerine] anlatabilmesini daha da güçleştirmekte, kendi bakış açılarının önemsenmediği düşüncesi mağdurelerin cinsel saldırı yüzünden yaşadıkları travmayı ve ruhsal bunalımı daha da derinleştirmektedir.

⁹¹ **Scheidegger**, s. 782.

⁹² **Vavra**, s. 617.

Farklı görüşte olan yazarlar ise, özel hayatın gizliliğinin önemini kabul etmekle birlikte, her iki hakkın çatışması söz konusu olduğunda, üstünlüğün cinsel otonomiye verilmesi görüşünü savunmaktadırlar. Bu görüşün taraftarlarından *Herring*'e göre, özel hayatına ilişkin bilgileri ifşa etmek istemeyen kişi, bu takdirde karşı tarafa cinsel davranışlarda bulunmaktan vazgeçmeli, eğer cinsel davranışta bulunacak ise de bu bilgileri vermekten sakınmamalıdır⁹³.

Her üç görüşü de reddeden *Clement*'e göre ise, bu iki hakkın her durumda birbiriyle çatışma içinde olduğu söylenemeyeceği gibi, bu haklar arasında ne bütün durumları kapsayacak bir denge kurulması ne de birinin diğerine üstünlüğünün kabul edilmesi mümkündür. Bunun yerine yapılması gereken, her durum için ayrı ayrı değerlendirme yaparak nasıl hareket edileceğini tayin etmektir⁹⁴.

Sübjektif görüşe doktrinde çok sayıda eleştiri getirilmiştir. Görüşün muarızlarına göre sübjektif ölçütün kullanılması, ceza normunun öngörülebilirliğini neredeyse tümüyle ortadan kaldırmaktadır⁹⁵. Karşı taraf için neyin önemli olup olmadığını önceden bilme ihtimali hayatın olağan akışına göre çok düşük olan bireylerin, davranışlarını da buna uygun olarak düzenlemesi kendilerinden beklenemeyecektir⁹⁶. Özellikle de sübjektif görüşün herhangi bir şekilde sınırlandırılmadığı durumlarda, en objektif açıdan önemsiz konu dahi bir anda mağdurun rızası bakımından belirleyici hale gelebilmektedir⁹⁷. Böyle bir durum, hayatın olağan akışına uygun olmayan bir *her konuda mutlak dürüstlük* yükümlülüğüne yol açmaktadır. Sübjektif görüşün taraftarlarından *Dougherty*'e göre, bu endişe iki nedenle yersizdir: Öncelikle cinsel rızanın oluşumu bakımından önemli olan hususların, bilhassa caydırıcı niteliğindeki özelliklerin, büyük bir bölümü taraflar arasındaki doğal etkileşimin bir parçası olarak karşı tarafa iletilecektir. Bunun yanında, eğer taraflardan biri karşı tarafın rızasının geçerli olması için makul tedbirleri almışsa, öngöremediği hususlardan dolayı zaten kusurlu addedilerek cezalandırılmaması gerekir⁹⁸.

⁹³ **Herring**, s. 72-74, Aynı yönde **Alencar**, s. 461. Yazara göre, bazı şerhler düşülmekle birlikte, bir kişinin bedenine ne yapılacağına karar verme hakkı, diğer tarafın özel hayatına saygı hakkından üstün tutulmalıdır. Aksi yönde **Clement**, s. 179.

⁹⁴ **Clement**, s. 237-243.

⁹⁵ **Zhuang/Liu**, s. 683, **Clement**, s. 174.

⁹⁶ **Clement**, s. 174.

⁹⁷ **Bergelson**, s. 160.

⁹⁸ **Dougherty**, s. 738. Aksi yönde **Clement**, s. 179-180. Yazara göre, karşı taraf için önemli olan özelliklerin zaten karşı tarafa iletileceğini varsaymak için hiçbir neden

b. Objektif Görüş

Doktrinde azınlıkta kalan görüş, subjektif görüşe yöneltilen eleştiriler doğrultusunda hangi özelliklerin cinsel rızanın oluşumu bakımından önemli olduğuna karar verilmesinde objektif ölçütü önermiştir⁹⁹. Böylelikle subjektif ölçütün yukarıda zikredilmiş olan sorunları da tümüyle ortadan kaldırmış olacaktır. Bununla birlikte, objektif ölçüte ilişkin temel sorun, bu ölçütün veya ölçütlerin nasıl tayin edileceğidir.

Bu görüşün taraftarlarından *Bergelson*, makul bir kişi için önemli olan ve hukuken bir anlam ifade eden özelliklerin kullanılmasını önermektedir¹⁰⁰. Benzer şekilde, hile yoluyla cinsel suçların işlenebileceğini kabul eden İsrail uygulamasında, mahkemelerce geliştirilen içtihadı göre “*makul bir üçüncü kişinin cinsel rızanın oluşumu bakımından çok önemli olarak addedeceği*” özellikler, cinsel rızanın oluşumu bakımından hilenin konusunu oluşturmakta¹⁰¹. *Saliman* kararında mahkeme, bu hususu “*eğer bir kadın veya erkek, kendisini hileye başvurmak suretiyle yanlış tanıtılarak; onun gerçek özelliklerini bilseydi onunla cinsel birliktelik yaşamayı asla düşünmeyecek bir kişiyle [cinsel] ilişki kurarsa*” hile yoluyla cinsel saldırı suçunu işlemiş olacağı şeklinde formüle etmiştir¹⁰².

Kuşkusuz, meseleyi burada bırakmak, aynı sorunu farklı kelimelerle ifade etmekten başka bir şey değildir. Bu kez de “*makul bir kişi için önemli özellikler nelerdir?*” sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle doktrinde objektif unsurlara nelerin dahil olabileceğinin tespit edilebilmesine yarayışlı çeşitli ölçütler geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bazı yazarlar, objektif önemi haiz bir özelliğin yalnızca geçmiş veya şimdiki zamana ilişkin olabileceğini; geleceğin hiçbir zaman tek bir kişinin elinde olmadığını ve ortaya çıkabilecek yeni gelişmelerin daima kararları değiştirebileceğini göz önüne alarak, geleceğe dair hiçbir vaat ve sözün hilenin konusunu oluşturamayacağını savunmaktadır¹⁰³.

Aynı şekilde, doğruluğu ve yanlışlığı mahkeme önünde kolaylıkla sınanabilir olmayan duygu ifadelerinin veya iltifatların bir kriter olarak kulla-

yoktur. Bu itibarla *Dougherty*, ortaya çıkabilecek olan sorunları küçümseyerek, benimsemiği görüşün ortaya çıkardığı önemli bir sorunu görmezden gelmeye çalışmaktadır.

⁹⁹ **Bergelson**, s. 160.

¹⁰⁰ **Bergelson**, s. 160.

¹⁰¹ **Pundik**, s. 176.

¹⁰² Karar için bkz. **Zhuang/Liu**, s. 693.

¹⁰³ **Licea**, s. 127.

nılmaması gerektiği savunulmuştur¹⁰⁴. Yalnızca mağdurun cinsel rızasını etkileyen konularda söylenen yalanların hile teşkil edebileceği, diğer yalanların cinsel suçlar bağlamında hile kabul edilmemesi gerektiği de öne sürülmüştür¹⁰⁵. Nihayet, yalnızca başka bir hakkın ihlalinin de içeren ya da fiziksel olarak zarara yol açan hilelerin cezalandırılması da savunulmuştur¹⁰⁶.

Objektif ölçüt de birçok açıdan eleştirilere maruz kalmıştır. Öncelikle bu düşünce, mağdur belli bir özelliği haiz olan (ya da olmayan) kişilerle cinsel yakınlık kurmayacağını açıkça karşı tarafa bildirmiş olsa ve karşı taraf onu yine de kandırılmış olsa dahi, bu özellik mahkemece önemli bulunmadığında failin cezalandırılmaması sonucuna yol açacağı ve bu anlamda mağduru korumakta yetersiz kaldığı düşüncesiyle eleştirilmiştir¹⁰⁷. Görüşün taraftarlarından *Bergelson*, bu eleştiriye, gerçekten de bireylerin objektif içeriği ne olursa olsun istekleri konusunda yanıtılmasının cinsel otonomiyi ihlal ettiğini ancak bu ihlallerin tamamının cezalandırmaya layık olmadığını; bu anlamda ceza hukuku korumasının yalnızca objektif olarak önemli ihlallerle sınırlandırılmasının doğru olacağını ifade ederek yanıt vermiştir¹⁰⁸.

Bunun yanında, cinsel rızanın oluşumu bakımından “objektiflik” araştırması yapılması demek, cinsel rızanın neye dayanıp neye dayanmayacağını önceden belirlenmesi; birey için neyin önemli neyin önemsiz olduğuna *başkaları* tarafından karar verilmesi demektir. Fikrin muarızlarına göre bu durum, “cinsel ahlakçılık”tan başka bir şey değildir¹⁰⁹.

Ayrıca, objektif ölçüt de öngörülebilirlik bakımından sorunsuz değildir. Hangi özelliklerin uygulamada makul bir kişinin önemseydiği özellikler olarak kabul edileceğini bilme imkânı bulunmayan kişilerin, bu takdirde gereksiz yere kendileriyle ilgili çok fazla bilgiyi ifşa etmeleri ya da cinsel davranışlardan kaçınmaya başlamaları ihtimal dahilindedir¹¹⁰. Hatta kanaatimizce, objektif olarak önemli ölçütlerin ne olduğunun bilinmesi, mağdur için önemli olan subjektif ölçütlerin bilinmesinden daha zordur.

2. İcrai Hile-İhmali Hile Sorunu

Bazı yazarlara göre, hangi hileli davranışların cinsel suçlara vücut vermesi gerektiğinin tayininde, *failin aktif bir şekilde mağduru kandırması* ile

¹⁰⁴ *Licea*, s. 128.

¹⁰⁵ *Herring*, s. 71.

¹⁰⁶ *Bergelson*, s. 164.

¹⁰⁷ *Pundik*, s. 177.

¹⁰⁸ *Bergelson*, s. 160.

¹⁰⁹ *Dougherty*, s. 729-730.

¹¹⁰ *Pundik*, s. 177-178.

failin mağdurda halihazırda mevcut olan yanılığını ortadan kaldırmaması arasında bir ayırım gözetilmelidir. Nitekim bütün bireyler cinsel partnerleri hakkında belli yanılığlara sahiptir, eğer bu yanılığların ortadan kaldırılması ceza sorumluluğuna yol açacak ise, o takdirde bütün cinsel davranışların cinsel suç teşkil etmesi gerekmez miydi¹¹¹?

Kanaatimizce bu mantıksal açıdan hatalı bir sorudur ve bu nedenle iyi bir cevabı yoktur. Cinsel davranışlara öngelen her yanılığın cinsel suçlara vücut vermemesi gerektiği kuşkusuzdur ancak bu önermenin zorunlu mantıki sonucu *yalnızca icrai hilelerin cinsel suçlara vücut vermesi* değil, *yalnızca bazı yanılığların cinsel suçlara vücut vermesidir*. Bu anlamda ayırım ölçütü yanılığın nasıl ortaya çıktığı değil, yukarıda da ele alındığı üzere ne kadar önemli olduğudur. Zira eğer mağdurun cinsel otonomisi korunmak isteniyor ve bu anlamda maddi gerçeğe ilişkin yanılığın cinsel otonomiyi zedelediği düşünülüyorsa, bu bağlamda yanılığa bizzat failin icrai bir davranışla sebep olmasıyla yanılığın mağdurda kendiliğinden bulunması arasında kategorik olarak hiçbir fark yoktur. Şu hâlde bu fikrin taraftarları neden icrai hile ile ihmali hile arasında bir ayırım gözetmektedirler?

Yalnızca failin aktif bir çaba ile faili yanılması halinde hilenin cinsel suçlar bakımından hukuken önemi haiz olacağını kabul eden *Scheidegger*'e göre, otonomi ve sorumluluk bu anlamda birbirini tamamlayan iki unsurdur. Otonomiye sahip birey, davranışlarından sorumlu olan birey demektir. Mağdur, bir davranışa rıza göstermekle ona ahlaken sahip çıkmakta olup, bu anlamda rıza belli bir sorumluluğu gerektirmektedir. Mağdur, rıza göstermeden önce gerekli bilgileri sorgulama ve edinme sorumluluğunu yüklenmiş durumdadır ve eğer bu sorumluluğu yerine getirmemiş ise buna kendisi katlanmalıdır; meğerki o bilgiyi vermek karşı tarafa hukuki bir sorumluluk olarak yüklenmiş olsun. Dolayısıyla, mağdur eğer kendisinde bir yanılığ varsa bunu kendisi gidermelidir ve fail bu durumdan sorumlu tutulamaz. Bununla birlikte fail, eğer mağduru aktif bir çaba ile yanılmış ise, bu hileden dolayı failin ceza sorumluluğu doğacaktır¹¹².

Bu yaklaşım sözleşmesel ilişkiler bakımından, örneğin ikinci el otomobil alımında oldukça makul görünmektedir. Gerçekten de bir otomobili almaya talip olan kişi, bu hususta hem genel nitelikte hem de alacağı araca özgü araştırmayı yapmak, satıcıya gerekli soruları sormak, hatta gerektiğinde bu konuda ekspertize başvurmakla yükümlüdür. Eğer bunları yapmadan

¹¹¹ **Lazenby/Gabriel**, s. 255-256.

¹¹² **Scheidegger**, s. 774.

otomobili satın almış ise ortaya çıkacak sonuçlara da -icrai hileler hariç ve ayıba karşı tekeffül hükümleri saklı olmak üzere- katlanması gerekecektir.

Aynı yaklaşımın *cinsel otonomiye* uygulanmasının oldukça tuhaf sonuçlara yol açtığını ifade etmemiz gerekir. Bireylerin cinsel ilişkiye rıza göstermeden önce karşı tarafı sorguya mı çekmeleri gerekir? Yukarıda da belirttiğimiz gibi cinsel rızanın oluşumu bakımından önem arz etmeye namzet çok sayıda özellik bulunmaktadır. Bunların her birinin tek tek ve açıkça sorulması, aksi halde mağdurun yanılığısından kendisinin sorumlu olduğunun mu kabul edilmesi gerekir? Bireylerin birbirine cinsel yolla bulaşan hastalıklarının olup olmadığını, evli olup olmadıklarını, trans birey olup olmadıklarını, kimi zaman yeni tanıştıkları bir süreçte ve romantik bir bağlam içerisinde, sormaları ve bunun aralarındaki ilişkiye zarar vermemesi hayatın olağan akışına ne denli uygundur? Evli bir kişinin bir gece kulübüne gitmeden önce yüzüğünü çıkararak bekar olduğu izlenimi uyandırmasıyla, sorulduğunda evli olduğunu inkâr etmesi arasında ne gibi bir fark vardır? Böyle bir durumda bir gece kulübünde tek başına eğlenen ve parmağında yüzük de olmayan bir kişinin evli olmadığını varsayan mağdur, bunu bir de açıkça sormadığı için sorumsuz mu davranmıştır¹¹³?

Chiesa, cinsel suçlar bakımından hilenin cezalandırılması gerektiği görüşünü savunmamakla birlikte, böyle bir yapı oluşturulsaydı icrai hileleri cezalandırmak için daha güçlü nedenler bulunduğunu ifade etmektedir. Yazara göre bu durumun üç nedeni vardır: Birincisi, bireyleri gerçeği açıklamaya mecbur etmek, onlara yalan söylemeyi yasaklamaya kıyasla özgürlüklerine daha hafif bir müdahale oluşturur [ve bu anlamda tercihe şayandır]. İkincisi, yalan söylemek, gerçeği saklamaya kıyasla genellikle daha büyük bir haksızlık içerir. Üçüncüsü, yalan söylemek, bilgi vermemeye kıyasla, mağdurun otonomisine daha ağır bir sınırlama teşkil eder. Zira bilgi sahibi olmayan kişiye kıyasla, yanlış bilgilendirilmiş kişinin otonomisi daha çok daralmıştır¹¹⁴.

¹¹³ Aynı yönde **Dougherty**, s. 734, 743. Yazarın da isabetli olarak belirttiği üzere, bir kimseyi cinsel davranışa rıza göstermekten caydıracak olan (dealbreaker) bir hususu bildiği halde bunu gizleyerek mağdur ile cinsel ilişkiye giren kişinin ahlaken geçerli bir rıza ile ilişkiye girdiği söylenemez. Ayrıca, mağdurun sorumsuz ve/veya ihmalkâr davranışı, failin daha az kınanabilir olduğu ya da failin daha az haksızlık içerdiği şeklinde de yorumlanamaz.

¹¹⁴ **Chiesa**, s. 458-459. Aynı yönde **Elewa**, Yomna: "Sexual Lies and Sexual Frauds: The Case for Criminalisation", *Edinburgh Student Law Review*, Cilt 3, Sayı 1, 2016, s. 32-34. Yazara göre yalnızca icrai hileler rızayı tam olarak ortadan kaldırır, ihmali hileler ise yalnızca kararı belli bir yönde etkiler. Ceza hukukunun son çare ilkesi gereğince, yalnızca haksızlık içeriği en yoğun olan hileler cezalandırılmalıdır ki bunlar icrai hilelerdir.

Yazarın görüşlerinin yanlış olduğu kanısında değiliz. Kanaatimizce de açık bir soru karşısında yalan söylemek, sessiz kalmaya kıyasla gerçekten de genellikle daha büyük bir haksızlık teşkil eder ve karşı tarafın karar alma mekanizmasını daha fazla ve kötü yönde etkiler. Bununla birlikte bu argümanlar, *yalnızca icrai hilelerin cezalandırılması* için değil, *icrai hilelerin daha ağır cezalandırılması* bakımından anlam taşımaktadır. Nitekim yazarın da yalnızca icrai hilelerin cezalandırılması gerektiği gibi bir iddiası yoktur.

Kanaatimizce, yukarıda zikredilen sebeplerle cinsel rızanın geçerliliğinin oluşumu bakımından icrai hile-ihmal hile ayrımının bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁵. Belirtmek gerekir ki dünya genelinde mevcut uygulama da bu yöndedir¹¹⁶. Bununla birlikte bu ayrım iki açıdan önem arz edebilir. Birincisi, bir özelliğin mağdur tarafından doğrudan sorgulanmış olması ya da fail tarafından bu konuda açıkça yalan söylenmesi, konunun hem subjektif hem de objektif açıdan önemine işaret eder. Bu anlamda icrai hilenin, hile konusu oluşturan özelliğin önemine ilişkin bir işaretçi olduğu kabul edilebilir. İkinci olarak ise, eğer cinsel saldırı suçunun oluştuğu kabul ediliyor ise, failin icrai hileye başvurusu ve hilenin boyutları, somut cezanın belirlenmesinde bir ölçüt olarak kullanılabilir ve alt sınırdan uzaklaşılmasına dayanak teşkil edebilir.

3. Cinsel Suçların Hileyle İşlenmesine İlişkin Sorunlar

Cinsel suçların hileyle işlenebileceğine yönelik görüşlere yöneltilen temel eleştiri, bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, hangi ölçütler kabul edilirse edilsin, ceza sorumluluğunun alanının katlanılamaz bir biçimde genişleyecek olmasıdır¹¹⁷. Buna karşılık, cinsel suçların hileyle işlenebileceğini savunan yazarlar, görüşün muarızlarını, belli özel ve teorik örnekleri çok fazla abartarak böyle bir sonuca vardıkları yönünde eleştirerek, bazı sorunlu örneklerin bulunmasının teorik sistematığı sorunlu hale getirmeyeceğini ve cezalandırılabilirliğin alanının aşırı derecede genişlemesinin söz konusu olmayacağını belirtmektedirler¹¹⁸.

Bir diğer eleştiri ise manevi unsura ilişkin ispat gücüdür. Failin, mağdurun *eğer gerçeği bilseydi cinsel davranışlara rıza göstermeyeceğini de biliyor olması* gerekir¹¹⁹. Bu ise en azından bazı hallerde ispatı oldukça

¹¹⁵ Aynı yönde **Sharpe**, s. 31 vd., **Taştan**, s. 49.

¹¹⁶ Birleşik Krallık uygulaması hakkında değerlendirmeler için bkz. **Alencar**, s. 460. Türkiye bakımından değerlendirmeler için bkz. **Taştan**, s. 49 vd.

¹¹⁷ **Pundik**, s. 180-182.

¹¹⁸ **Alencar**, s. 464.

¹¹⁹ **Scheidegger**, s. 778.

güç bir husustur¹²⁰. İşaret edilmelidir ki, yalnızca icrai hilelerin cezalandırılacağı kabul edildiğinde bu sorun daha da belirginleşmektedir. Taraflar arasındaki iletişim eğer yazılı değilse, bir sorunun karşı tarafa sorulup sorulmadığı ve bu sorunun nasıl yanıtlandığı ne şekilde ispatlanacaktır? İnsanların önemli ve hassas konuları genellikle yüz yüze konuşmayı tercih ettikleri de göz önüne alındığında meselenin ne kadar çetrefilli olduğu daha açık anlaşılmaktadır.

Cinsel suçların hileyle işlenemeyeceğine yönelik düşüncenin taraftarlarına göre, bir başka sorun da mağdurun bir yalana inandırılmasının, failin “tecavüzcü” olarak kabul edilmesine olanak tanınmasıdır. Bir insanı cebren cinsel ilişkiye zorlayan ya da öldürmekle tehdit ederek ilişkiye giren bir kişi ile onu söz gelimi zengin olduğuna yönelik yalan söyleyerek cinsel ilişkiye ikna eden kişi nasıl aynı kabul edilebilir^{121,122}? Bu düşüncenin bir uzantısı da; küçük yalanların, fantezilerin ve hikayelerin önemli bir yer tuttuğu cinsel hayatta, hile yoluyla cinsel suçların işlenmesini kabul etmenin *herkesi “tecavüzcü” haline getireceğidir*¹²³. Böyle bir anlayış ise, ceza normunun anlamını yitirmesine neden olacak ve gerçek cinsel saldırı mağdurlarına büyük bir saygısızlık teşkil edecektir¹²⁴.

¹²⁰ **Pundik**, s. 183 vd.

¹²¹ **Rubinfeld**, s. 1416. Prensipten cinsel suçların hileyle işlenebileceğini kabul eden *Scheidegger* de aynı düşünceyi paylaşarak, en azından bazı hilelerin “tecavüz” olarak kabul edilmeyi [ve cebir veya tehditle işlenen fiillerle birlikte anılmayı] hak etmediğini öne sürmektedir. **Scheidegger**, s. 783. Aynı yönde **Bergelson**, s. 166-167. *Rubinfeld* de bu tartışmayı ele almış ve hile yoluyla işlenen cinsel suçların, mevcut cinsel suçlar dışında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenip düzenlenmemesi gerektiğini sorgulamıştır. **Rubinfeld**, s. 1416, Aksi yönde **Licea**, s. 116 vd.

Dikkat edilirse, kanunda yer almasına rağmen “tecavüz” ifadesini meselenin anlaşılması bakımından özellikle kullanılmaktadır. Zira hem İngilizce hem Almanca konuşulan ülkelerin hukuk sistemlerinde bu tartışmanın sebebi, organ sokmak suretiyle işlenen cinsel saldırı suçlarının ayrı bir suç tipi ve ayrı bir isimle anılması (Rape/Vergewaltigung) ve bu ismin hileyle işlenen cinsel suçlar bakımından uygun bir isimlendirme olmadığı düşüncesidir. Hile sonucunda ekseriyetle cinsel ilişki yaşandığından, ortaya çıkan suçlar da bu isimlerle anılan suçlar olmaktadır. Bu anlamda bu eylemleri de cinsel saldırı (Sexual assault/Sexueller Übergriff) olarak isimlendiren Türk hukuku daha avantajlı bir konumdadır.

¹²² Cinsel suçların hile yoluyla işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek zararların, aynı suçların cebir ve tehdit ile işlenen şekli ile karşılaştırılması doktrinde önemli tartışmalara neden olmuş bir konudur. Bu hususta müşahhas bir inceleme için bkz. **Licea**, s. 116- 120.

¹²³ **Manson**, s. 417.

¹²⁴ Bu bağlamda örneğin **Chiesa**, s. 416.

C. Görüşümüz

Cinsel suçlara ilişkin ceza normları ile korunan hukuki değer, mağdurun (cinsel otonomiye de kapsayan) cinsel dokunulmazlığı olduğu ve rızaya dayanmayan cinsel davranışların cinsel suçların konusu olduğu açıktır. Bu kapsamda, doktrinde çok sayıda yazarın da ifade ettiği gibi, mağdurun rızasının hukuken geçerli olabilmesi için, iradesinin zorlanmamış olması kadar, kararlarını doğru maddi gerçeklere dayanarak verebilmesi de şarttır. Bu anlamda, Türk ceza hukuku sistematiği ile uyumlu olarak, cinsel suçları rıza yokluğu temelinde anlıyor ve cinsel suçların hileyle de işlenebileceğini kabul ediyoruz¹²⁵. *Wertheimer*'in de isabetle belirttiği üzere “[Neden yalnızca cinsel suçlar bakımından hilenin iradeyi etkilemediğinin kabul edildiği] belirsizdir. Genel bir ilke olarak, A'nun hilesinin B'nin rızasını geçersiz kılacağı zira B'yi, A ile cinsel ilişkiye girmesinin kendisi için iyi ya da kendi prensiplerine uygun olup olmadığına yönelik karar vermekten alıkoyduğu açıktır.¹²⁶”

Cinsel suçların cebir veya tehditle işlenmesinin, hileyle işlenmesinden daha ağır bir haksızlık içerdiği düşüncesine, yukarıda irade oluşumuna yönelik serdedilen gerekçelerle iştirak etmiyoruz. Bunun yanında, *Licea*'nın da isabetle belirttiği üzere, cinsel davranışların ortaya çıkarabileceği en büyük riskler olan istenmeyen hamilelik ve cinsel yolla bulaşan hastalıklar, bu suçların hile ile mi yoksa cebir veya tehdit ile mi işlendiğine göre bir değişkenlik göstermemektedir¹²⁷. Bu anlamda, cinsel suçların hile ile işlenmesinin “o kadar da kötü olmadığı¹²⁸” yönelik düşünceye katılmak mümkün değildir¹²⁹.

Doktrinde cinsel suçların hileyle işlenemeyeceği ya da hilenin çok dar kapsamlı anlaşılması gerektiğini savunan yazarlar bile, esasen hilenin mağdurun rızasını geçersiz kıldığını reddetmemektedirler. Bu bağlamda hileyi cezalandırmamayı teorik olarak gerekçelendirmemekte ve sınır çizme güçlüğüne bu uygulamaya gerekçe göstermektedirler¹³⁰. Halbuki pratik güçlükler, teorik yanlışlar için bir gerekçe olamaz. Bu anlamda hilenin çok dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüşe¹³¹ iştirak etmiyoruz.

¹²⁵ Bu hususta **Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023, s. 326.

¹²⁶ **Wertheimer**, s. 193.

¹²⁷ **Licea**, s. 116-118.

¹²⁸ **Rubinfeld**, s. 1416.

¹²⁹ Aynı yönde **Herring**, s. 64 vd. **Mullen**, s. 1048.

¹³⁰ Bu hususta örneğin **Hoven/Weigend**, s. 160, **Taner**, s. 145.

¹³¹ **Taner**, s. 144, **Hoven/Weigend**, s. 160.

Kanaatimizce hileyi, dar yorum metoduyla maddi gerçeklik-saik ayrımına göre sınırlandırmak, bireylerin cinsel otonomisini tam anlamıyla korumamak anlamına gelmektedir. Zira böyle bir ayrımın kabulü halinde, mağdurun gerçeği bilseydi cinsel ilişkiyi açıkça reddedeceği durumlarda dahi hileyle rızası alınarak cinsel ilişkiye girildiği haller cezasız bırakılmış olmaktadır¹³². Kaldı ki yukarıda çok sayıda örnekle de ortaya konulduğu üzere, neyin cinsel ilişkiye dair maddi gerçeklik neyin ise cinsel ilişkinin saiki olduğunu belirlemek de her durumda mümkün olamamakta, sorunlu ve tutarsız hükümlere varılmasına yol açmaktadır.

Bir an için cinsel ilişkinin maddi gerçekliği ile saikleri arasındaki sınırın sorunsuzca çizilebildiği kabul edilse bile, bu durum ayrımın diğer sorunlarını gidermeye yetmemektedir. Çok sayıda yazarın da isabetle belirttiği üzere, ayrımın temelinde yatan “maddi gerçekliğe ilişkin hilelerin saik hilelerine kıyasla daha ağır bir haksızlık teşkil ettiği” varsayımını kabul etmek için hiçbir neden yoktur. Esasen, istenmeyen hamilelik ve HIV bulaşı gibi ölümcül risklerin dahi saik tarafında kaldığı ve *daha hafif* addedildiği bir sistemin en baştan sorunlu olduğu söylenmelidir.

Bu gerekçelerle cinsel suçlar bakımından hilenin geniş yorumunu kabul ediyoruz. Kuşkusuz, böyle bir kabul, hangi yanıltmaların cinsel suçlar bakımından hile teşkil edeceği konusunda bir tartışma yapılmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, öncelikle mağdurun tercihlerinin sınırlandırılabilirliğine yönelik tartışmaları ele alacak, ardından hile teşkil edecek davranışların sınırının nasıl çizilebileceğine yönelik ölçütleri tartışacağız.

Cinsel otonominin bir gereği olarak kiminle cinsel ilişkiye gireceğine bireyler bizzat karar verir¹³³. Bu anlamda her bireyin, istediği ölçütlere göre cinsel partnerini seçme hakkı vardır. Bu kararı *kamu düzeni* gibi ölçütlerle sınırlandırmak; “devlet için üreme, üreme için cinsel ilişki” düşüncesinin¹³⁴ cinsel otonomi alanındaki izdüşümüdür ve reddedilmelidir. Kaldı ki bir bireyin, biriyle kuracağı şahsi ilişkide ırk, din, cinsiyet gibi kriterleri gözetmesi **haksız ayrımcılık değil, kişisel tercihtir**. Kanaatimizce bu konuda doktrinlerdeki tartışmaların temel nedeni, köken itibarıyla ceza hukukuna yabancı bir kavram olan “ayrımcılık” kavramının iyi anlaşılammış olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle kısa bir izahta bulunulması yararlı görülmüştür.

Bireylerin cinsel ilişki kuracağı kişiler konusunda tercihte bulunması; birilerini seçmek, birilerini de *seçmemek* anlamına gelmektedir. Bu tercihler

¹³² Aynı yönde **Herring**, s. 64 vd.

¹³³ Aynı yönde **Herring**, s. 71.

¹³⁴ Bu hususta **Taner**, s. 122.

yalnızca cinsel ilişki bakımından değil, her neviden sosyal ilişkiler (arkadaşlık, evlilik, komşuluk vb.) için yapılır. Bu anlamda her birey, kişisel ilişkilerini kurar ve hayatını sürdürürken her an ayrımcı davranışlarda bulunur. Bunlardan yalnızca küçük bir kısmı, hukukun konusunu oluşturan *haksız ayrımcılıktır* (wrong/unjust discrimination). Bireylerin cinsel partner seçimi sırasında, ayrımcılığın temel unsuru olan diğer gruba karşı öfke, nefret, tiksinti gibi duygular ile bir gruba karşı önyargılı ve düşmanca/aşağılayıcı davranışlar¹³⁵ sergilediğini düşünmek oldukça güçtür ve ancak istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Söz gelimi, yalnızca kendi ülkesinin vatandaşlarıyla birlikte olmak isteyen ve bunun birçok açıdan (dil, sosyal çevre vb.) ilişkide kolaylık sağlayacağını düşünen bir kimse, diğer bütün etnik gruplara karşı *ayrımcı* mı davranmaktadır? Bu nedenle ceza hukuku korumasının dışında mı bırakılmalıdır?

Kaldı ki, haksız ayrımcılık, kural olarak kişisel değil toplumsal ilişkilere yönelik bir meseledir¹³⁶. Mal ve hizmetlerden eşit yararlanma, eğitim ve çalışma hayatında denklik gibi konular haksız ayrımcılığın yaygın olarak rastlandığı konuları oluşturur. Hukuk devletinin ve toplumsal barışın bir gereği olarak, bu alanlarda, tüm gruplara mensup bireylerin aynı hakları haiz olması bir zorunluluktur. Buna karşılık bir kişinin doğum günü partisine kimleri çağırdığı veya hangi semtte ev tutmayı ve hangi kesimden insanlarla komşuluk etmeyi tercih ettiği aynı ahlaki ve hukuki incelemeyi gerektiren hususlar değildir. Dolayısıyla ifade edilmelidir ki haksız ayrımcılık, esasen bireysel değil *kurumsal* bir olgudur¹³⁷. Bu anlamda söz gelimi, mutad olarak herkese hizmet veren bir otel sahibinin, Çinli müşterileri oteline kabul etmemesi bir haksız ayrımcılık örneğidir. Bir bireyin Çinlilerle cinsel ilişkiye girmeyeceğine karar vermesi ise, belki çoğunluk için rahatsız edici bir düşüncedir ama haksız ayrımcılık değildir.

Bir an için, bu tercihlerin gerçekten de ırkçı, İslamofobik veya homofobik olduğu kabul edilse dahi, bu durum mağdurun ceza hukuku korumasının dışında bırakılması için bir neden olamaz. *Hoven/Weigend*'e göre: "*Cinsel otonominin bir parçasının da cinsel partnerleri özgürce seçmek ol-*

¹³⁵ <https://dictionary.apa.org/discrimination>, E.T: 06.01.2024.

¹³⁶ **Arneson**, Richard J.: "What Is Wrongful Discrimination?", San Diego Law Review, Sayı 43, 2006, s. 778.

¹³⁷ Ayrımcılığın kurumsal mahiyetini göstermek açısından CCIF 2016 raporu iyi bir örnektir: Rapora göre Fransa'da o yıl içinde İslamofobi eylemlerini gerçekleştirenlerin yalnızca %2'si gerçek kişilerdir. Bu eylemleri gerçekleştirenlerin %34'ü tüzel kişiler, %64'ü ise kurumlardır. Collectif Contre L'Islamophobie en France, *Report 2016*, Ile-de-France, 2016, s. 21.

duğu ve bu seçim kriterlerinin kimi zaman ayrımcı da olabileceği doğrudur. Bununla birlikte, devletin görevi, kişisel -ve kimi zaman ırkçı veya ayrımcı-sakınmaları ceza hukuku ile koruma altına almak değildir¹³⁸” Bu düşüncelere iştirak etmiyoruz. Ceza hukuku korumasının kapsamı, mağdurun düşüncelerinin toplum veya hukuk düzeni tarafından ne kadar benimsendiğine veya hoş karşılandığına göre belirlenemez. Kanun koyucu, mağdurun kişisel tercihlerine hiçbir değer atfetmeme ve bu anlamda cinsel suçların hileyle işlendiği durumları cezalandırmama yetkisine sahiptir. Bununla birlikte, eğer bu korumayı sağlamaya yönelik düzenleme yapmış ise, mağdurun tercihinin “ahlaki değerine” göre bir ayrıma gidemez¹³⁹. Böyle bir kabul, insan doğasıyla çatışan¹⁴⁰, ceza hukukunu onu devlet aygıtının çıkarlarına göre biçimlendirme aracı olarak kullanmayı öngören bir düşünce tarzının yansımasıdır¹⁴¹. Bu nedenle, bireylerin cinsel ilişkiye dair caydırıcılarının ahlaki gerekçelerle sınırlandırılabilmesi görüşüne iştirak etmiyoruz.

Bu noktada belirtilmelidir ki doktrinde rızanın geniş anlamını kabul eden pek çok yazarın da haklı olarak işaret ettiği üzere; bir kimseye dini, milliyeti veya başkaca bir özelliği nedeniyle cinsel ilişki yaşamak istemeyen bir kişi ile failin sonradan cebir veya tehdit kullanarak cinsel ilişkiye girmesi halinde, mağdurun bu ilişkiyi *en başta neden kabul etmediği* sorgulanmaksızın failin cezalandırılması yoluna gidilmektedir¹⁴². Şu hâlde neden fail bu konuda hileye başvurduğunda mağdurun bu ilişkiyi kabul etmeme gerekçeleri ceza hukuku korumasının kaldırılması için bir sebep haline gelmektedir? Bu sorunun iyi bir yanıtının bulunmadığı kanısındayız.

Bu düşünce tarzının ortaya çıkarabileceği sorunları gözden kaçırıyor değiliz. Söz gelimi, *Kashur* kararından sonra, hem İsrail’de hem de yabancı doktrin ve medyada kararın esasen ırkçı saiklerle verilmiş olduğu, Yahudi olmanın toplumda ayrıcalıklı bir konum olarak tescillendiği ve Yahudilerin Araplardan üstün olduğu bir sosyal düzenin mahkemeler eliyle yerleştiril-

¹³⁸ Hoven/Weigend, s. 160.

¹³⁹ Aynı yönde Lincea, s. 133, Vavra, s. 613, Herring, s. 71, Dougherty, s. 727 vd.

¹⁴⁰ Bireylerin partner seçerken, -başkaca kriterlerle birlikte- ırka, ten rengine, dini inanca göre ayırım yaptıkları bilinen bir gerçektir. Bu bağlamda zengin istatistiki bilgiler için bkz. Rudder, Christian: Datacylsm: Who We Are, Crown Publishing Group, New York 2014, s. 97 vd.

¹⁴¹ Ceza hukukunun politika oluşturucular ile toplum arasındaki rolü ve sosyal normlarla ilişkisi hakkında daha detaylı bir inceleme ve kuramsal eleştiri için ayrıca bkz. Karabulat, Efe Can: Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2023., s. 58-63.

¹⁴² Bu hususta örneğin Lincea, s. 133.

meye çalıştığı eleştirileri yapılmıştır¹⁴³. Benzer bir sorun, Türkiye’de bazı dezavantajlı gruplar ve özellikle mülteciler bakımından ortaya çıkabilir. Bu tehlikeyi kabul etmekle birlikte, toplumu oluşturan bireylerin cinsel otonomilerinin, bu tür sosyal dengeler için bir *oyun alanı* olduğu fikrini reddediyoruz. Ayrıca, bu eleştirilerin zaten teorik temelden yoksun olduğu, mahkemeler eğer yargılamaları adil ve tutarlı bir biçimde yürütür ise söz gelimi kendini Suriyeli bir göçmen olarak tanıtan bir Türk’ün de aynı şekilde cezalandırılabileceği izahıta varestedir. Bu bağlamda kanaatimizce bu eleştiriler, cinsel suçların hileyle işlenmesine yönelik fikirlere değil, çeşitli ülkelerde yargının siyasallaşmasına yönelik bir eleştiri olarak okunmalıdır.

Özel hayatın gizliliğinin de cinsel otonominin sınırlandırılması bakımından bir gerekçe olabileceği düşüncesinde değiliz. Kategorik olarak cinsel otonominin özel hayatın gizliliğinden daha önemli olduğunu söylemek mümkün olmamakla birlikte, her iki hak arasında denge kurulması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz. Zira özel hayatın gizliliği bağlamsaldır. Kişinin kim olduğuna ve bilgileri kime ifşa ettiğine göre bu gizliliğin kapsamı değişkenlik gösterecektir. Bu hakkın sınırlarını tartışmak çalışmanın konusu olmamakla birlikte, belirtilmelidir ki, cinsel birliktelik iki insan arasındaki en samimi ve yakın ilişkilerden biri olup, böylesi bir yakınlığı kabul etmek, özel hayatın gizliliğini tümüyle ortadan kaldırmamakla birlikte, sınırlarını oldukça daraltmaktadır. Bu itibarla, *Herring*’in de isabetle belirttiği üzere, bir konuda kendini yalan söylemek ya da susmak zorunda hisseden kişinin, o ilişkiyi kurmamayı tercih etmesi gerekir¹⁴⁴.

¹⁴³ Bazı örnekler için bkz. **Zhuang/Liu**, s. 694.

¹⁴⁴ Bu görüşü savunmakla birlikte *Lazenby ve Gabriel*’in ortaya koyduğu *söylenmesi zor sözler* (painful disclosure) konusunun çözümünde güçlük çektiğimizi ifade etmemiz gerekir. Yazarlar bu kapsamda şu örneği vermektedir: “*Ergenlik çağındayken cinsel saldırıya uğramış olan Emma için, bu konuyu partnerine açıklamak son derece acı verici ve güçtür. O da bu konuyu gizlemek [istemektedir]. Ne yazık ki, Emma’nın cinsel saldırıya uğramış olması, birçok insan için onunla cinsel ilişkiye girmeye engel olacak türden bir caydırıcıdır. Zira onlar, Emma’nın cinsel saldırıya uğramış olduğu için seksle ilgili sorunları olacağını, bu hususta aşırı kırılabilir olacağını ya da benzer genellemeleri kabullenebilirler. [Eğer taraflara, karşı taraf için caydırıcı olan her konuyu açıklama yükümlülüğü yüklenirse] bu, ondan gerçekleştirilmesi beklenemeyecek bir talep olacaktır. Tekrar tekrar bu olayla yüzleşmek zorunda kalacak ve bu konuyu [psikolojik olarak] aşması imkansızlaşacaktır. Bu da onun seks (ve aşk) hayatını son derece zora sokacaktır.*” **Lazenby/Gabriel**, s. 271.

Yazarların örneğinin istisnai olduğunu ve kabulü zorunlu olmayan birçok varsayım içerdiğini düşünüyoruz. Kanaatimizce Emma’nın potansiyel partnerlerinin endişeleri, yazarların bir çırpıda kenara atabilecekleri kadar önemsiz değildir. Nasıl ki Emma’nın psikoseksüel sağlığı önemseniyorsa, partnerlerinininki de önemsenmeli ve onlar da ger-

Bu kapsamda, yukarıda zikredilen *Denino* kararında İsrail Yüksek Mahkemesi'nin tespitleri, başkaca bir açıklamaya yer bırakmayacak ölçüde açıktır: “*Bir kadının [mağdurun], evli bir erkekle veya bir babayla ilişki kurmak isteyip istemediğine ya da onun tarafından hamile bırakılmayı kabul edip etmeyeceğine yönelik karar alma hakkı vardır; erkeğin [failin] ise onun bu kararını etkileyebilecek gerçekleri ondan gizleyip gizleyemeyeceğine karar verme hakkı yoktur*¹⁴⁵.”

Kuşkusuz, şu ana dek yapılan açıklamalar, bütün yanıtların cinsel suçlar bakımından hileye vücut vermesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Bilakis, kanaatimizce cezalandırmanın sınırını aşırı derecede genişleterek toplumdaki cinsel hayatı sekteye uğratacak bir sistemden kaçınmak için, yanıtların hangi durumlarda önemli olacağına ve hile teşkil edeceğine dair bir model geliştirilmesi gerekir.

Esasen hilenin geniş yorumunu savunan yazarların, objektif açıdan en önemsiz görülebilecek konuların dahi, mağdurun rızasını geçersiz hale getirebileceğine ve bu anlamda onun cinsel otonomisini ihlal edeceğine yönelik argümanları felsefi açıdan sağlam bir temele oturmaktadır. Bununla birlikte, *Hoven ve Weigend*'in isabetle belirttiği üzere, kanun koyucu, hukuken koruma altına aldığı bir hakkı, bütünüyle ceza hukuku araçlarıyla koruyacağını garanti etmez¹⁴⁶. Bir başka deyişle, cinsel otonominin ihlal edildiği her fiilin ceza hukuku araçlarıyla karşılanması gerekmez. Bu cümleden olarak, subjektif ölçütü kabul etmekle birlikte, bazı objektif kriterlerin de sınır çizmek için kullanılabilirliği düşüncesine taraftarız. Aşağıda bu hususta kullanılabilir ölçütlerin neler olduğu konusu ele alınacaktır. Belirtmek gerekir ki bu kriterlerin hepsinin aynı anda kullanılması gerektiği kanısında olmadığımız

çeği bilmeksizin uzun ve sancılı bir cinsel cinsel hayata mahkûm edilememelidir. Kaldı ki bütün açıklaması zor konuların, bu örnekte olduğu üzere karşı taraf için neredeyse bütünüyle zararsız olmadığı da bellidir. Söz gelimi bir kişinin Hepatit C virüsü taşıdığını açıklaması da oldukça güçtür ama karşı tarafa virüs bulaştırmasının doğuracağı zarar da hesaba katıldığında bu durumu açıklamasının önemi açıkça anlaşılmaktadır. Son olarak, yazarların Emma'nın bu olayı sürekli olarak tekrar tekrar açıklamak zorunda kalacağını; bir başka deyişle çok sayıda kısa süreli ilişki yaşayacağını varsayması da tartışmaya açık bir konudur. Emma'nın hayatı boyunca yalnızca bir veya birkaç cinsel partneri olması da mümkün ve hatta muhtemeldir. Olaya bu varsayım ile bakıldığında, Emma'nın uzun ve kalıcı olması umulan bir ilişkide zaten bu ifşaatta bulunması beklenmelidir.

Bütün bu itirazlara rağmen, yazarların örneğini önemli buluyor ve tarafların en azından bazı önemli konuları gizleyebilmesi gerektiği konusunda iyi bir argüman olduğunu düşünüyoruz.

¹⁴⁵ Denino v. State, karar için bkz. **Bergelson**, s. 154.

¹⁴⁶ **Hoven/Weigend**, s. 160.

gibi, zaten bu mümkün de değildir. Maksudımız, olası kriterleri ortaya koyarak bu alanda içtihat gelişebilmesi ve akademik tartışmanın ilerleyebilmesi için gerekli doneleri sunmaktır.

Bu kriterlerin ortaya konulmasından önce hemen belirtmek gerekir ki, cinsel suçlar bakımından hileye vücut verebilecek hallerin kanunda sayılması iyi bir çözüm yöntemi değildir. Zira her somut olayda hilenin önemini ve ağırlığını belirleyen çok sayıda değişken mevcuttur. Bu anlamda, sayma yöntemi yerine sınır çizme yoluna gidilerek olay bazlı bir çözüme gidilmesinin daha doğru olduğu kanısındayız. Nitekim doktrinde başka yazarlar da bu konuyu ele almış ve sayma yönteminin cinsel otonomiye korumakta yetersiz kalacağı gerekçesiyle bu düşünceye karşı çıkmışlardır¹⁴⁷. Bu düşünceyi kısmen paylaştığımızı belirtmemiz gerekir. Gerçekten de bu yöntemin yeterli koruma sağlamaması riski mevcuttur. Bununla birlikte kimi zaman cezalandırmanın alanını aşırı derecede genişletme riskini haiz olduğu da göz ardı edilmemelidir.

Bu kapsamda önerilen ölçütlerden ilki, hilenin neden olduğu *risk/zarardır*. Riskin dar anlamda, yalnızca bedensel zararlara yönelik olarak anlaşılması mümkündür¹⁴⁸. Söz gelimi HIV pozitif olan bir kimsenin, bu durumu gizleyerek karşı tarafın rızasını temin etmesi durumunda, mağdurun güvenli bir cinsel hayat yaşamaya dair otonomisini ihlal ettiği kuşkusuzdur¹⁴⁹. Bu bağlamda mağdurun rızasına geçerlilik atfedilmesi mümkün olmayıp, failin cinsel saldırı suçundan dolayı cezalandırılması gerekir^{150,151}. Kuşkusuz böyle bir yaklaşım, hemen hemen bütün hile hallerini ceza sorumluluğu dışında bırakacaktır. Dolayısıyla riskin, duygusal ve psikolojik zarar ile mali zararları da kapsayacak şekilde daha geniş anlaşılması da mümkündür¹⁵². Şüphesiz ki böyle bir düşünce de cezalandırmanın alanını çok genişletme riskini barındırmaktadır. Bu anlamda, başkalarıyla yakın ilişkiler kuran herkesin göze alması gereken kalp kırıklıkları ile psikolojik tanı almayı gerektiren travmatik deneyimler arasındaki farkın iyi anlaşılması, yalnızca ciddi psikolojik zararların bu kapsamda mütalaa edilmesi gerekir.

¹⁴⁷ **Licea**, s. 127.

¹⁴⁸ **Bergelson**, s. 162.

¹⁴⁹ **Zhuang/Liu**, s. 689.

¹⁵⁰ Aynı yönde **Zhuang/Liu**, s. 689, **Licea**, s. 134, **Bergelson**, s. 164. Aksi yönde **Clement**, s. 268.

¹⁵¹ *Chiesa*'ya göre bu fiil, halihazırda bazı eyaletlerde uygulandığı üzere ayrı bir suç olarak tanımlanmalıdır. **Chiesa**, s. 454-455. *Scheidegger* de benzer bir görüşü savunmaktadır. **Scheidegger**, s. 782.

¹⁵² Aksi yönde **Licea**, s. 132.

Belirtmek gerekir ki risk/zarar düşüncesi, cinsel suçların hileyle işlenebileceğini kabul eden yazarların büyük bölümü tarafından eleştirilmiştir. Mezkûr yazarlara göre, riskin veya zararın araştırılması, *bizatihi hileyle cinsel ilişkiye girmenin haksızlığını* göz ardı eden fikrin bir uzantısıdır. Ayrıca hiçbir zarar doğmasa ya da tehlike ortaya çıkmasa da cinsel rızanın hileyle temini cezalandırmaya layık bir haksızlık olarak kabul görmelidir¹⁵³.

Objektif ilişkinlik de başka bir kriter olarak kullanılabilir. Buna göre, bir yanıltmanın hile olarak kabul edilebilmesi için, hilenin konusunun doğrudan cinsel rızanın oluşumu üzerinde etkili olması gerekir¹⁵⁴. Doktrininde bazı yazarlar bu bağlamda, hilenin konusunu oluşturacak özelliğin doğrudan faille ilişkin olması gerektiğini de belirtmektedirler. Bu bağlamda failin, mağdurun ilgisini çekmek için veya başka bir nedenle, ilgisiz konularda yalan söylemesi, hilenin konusunu oluşturmamalıdır¹⁵⁵. Bu düşünceye iştirak ettiğimiz gibi, cinsel rızanın oluşumunda doğrudan etkili olabilecek dışsal bir yalan düşünmenin de kolay olmadığı kanısındayız.

Herring, açıkça bu isimle anmamakla birlikte, *subjektif ilişkinlik* kriterini benimsemektedir. Yazara göre, mağdurun cinsel davranışa rıza göstermek konusundaki kararını etkilemeyen konularda yalan söylenmesi, bu bağlamda hile olarak kabul edilmemelidir¹⁵⁶. Bu düşüncenin itiraz edilecek bir yanı olmamakla birlikte, konunun anlaşılmasına da katkı sağlamayan, malumun ilamı niteliğinde bir fikir olduğu kanısındayız.

Kanaatimizce *objektif ilişkinlik* bağlamında bir alt unsurun daha ilave edilmesi mümkündür. Bir yanıltmanın ceza sorumluluğuna sebebiyet verecek bir hile kabul edilebilmesi için, yanıltmanın, **yaşanan cinsel ilişkinin içeriği hakkında doğrudan bir etki doğurması gerekir**. Bu konuyu bir örnekle açıklamanın faydalı olacağı kanısındayız: Söz gelimi, yukarıda verdiğimiz başka bir ülkede yaşayan ama mağdurun bulunduğu şehre iki günlüğüne geldiğini gizleyerek orada yaşadığını belirten fail örneğinde, failin mağdurdan gizlediği gerçeğin, aralarında yaşanan cinsel ilişkinin içeriği üzerinde doğrudan bir etkisi yoktur. Her iki durumda da fail, mağdurun arzu ettiği kişi olmayı sürdürmektedir. Failin bu davranışı, mağdurun yalnızca aralarındaki ilişkiden beklentileri konusunda onu yanıltacak ve muhtemelen

¹⁵³ Bu yönde örneğin *Licea*, s. 130. *Dougherty*, s. 726, *Clement*, s. 30 vd.

¹⁵⁴ *Manson*, bir kimsenin vücudunda bulunan potasyum miktarının, ne mağdurun bilmesi gereken ne de cinsel rıza üzerinde önem taşıyan [absürt] örneklerden biri olduğunu ifade etmektedir. *Manson*, s. 421.

¹⁵⁵ *Licea*, s. 128.

¹⁵⁶ *Herring*, s. 71.

sonrasında acı ve keder duymasına neden olacaktır. Bununla birlikte aralarındaki cinsel ilişkinin içeriği değişmemiştir.

Bu durum, failin evli olduğunu gizlemesi örneği ile kıyaslandığında aradaki farklılık açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu takdirde fail, mağduru yalnızca geleceğe yönelik beklentileri konusunda yanıltmamış, aynı zamanda aralarındaki ilişkinin içeriği bakımından da yanıltmıştır. Evli bir kişiyle, bunu önceden kabullenmeyerek, cinsel ilişkiye girmek, gayri ahlaki ve insanların önemli bir bölümü için travmatik bir deneyimdir. Fail, mağdurun bu anlamda rıza göstermediği bir cinsel ilişkiye hileyle girmesine neden olmuştur. Dolayısıyla failin evli olduğunu gizlemesi, cinsel ilişkinin içeriği üzerinde doğrudan etkilidir. Aynı şekilde, cinsel yolla bulaşan hastalıklar, kısırlık, bazı durumlarda partnerin cinsel geçmişi gibi konular doğrudan cinsel ilişki üzerinde etki olmaktadır.

Bu noktada cinsiyet meselesinin tartışılmasında yarar görmekteyiz. Kanaatimizce, partnerin cinsiyeti, cinsel ilişkinin maddi gerçekliğinin bir parçasıdır. Bu anlamda, hilenin dar yorumu kabul edilse dahi, bu konuda mağduru yanıltan kişinin cinsel saldırı suçundan cezalandırılması gerekir. Bununla birlikte, bir an için karşı tarafın cinsiyetinin mağdurun saikine ilişkin olduğu kabul edilirse dahi, bunun hilenin kabul ettiğimiz geniş yorumuna göre cezalandırılması gereken bir fiil olduğu kanısındayız. Zira bir bireyin cinsel yöneliminin temelinde hangi cinsiyetten insanlarla birlikte olduğu yatmaktadır. Her cinsel yönelim isimlendirmesi bu bilgiyi (heteroseksüel, gay, biseksüel, panseksüel gibi) açıkça ifade eder ve sıklıkla cinsel kimliğin temel unsurlarından biri olarak kabul edilir. Bu kapsamda failin *cinsel yönelimine aykırı* bir cinsel ilişki kurmasına neden olacak bir yanılgıdan daha ağır bir saik yanılgısı düşünmek güçtür¹⁵⁷. Bu anlamda mağdurun, failin cinsiyeti konusunda yanıltılması, objektif ilişkinliği en güçlü kriterdir ve cezalandırmanın konusunu oluşturabilecek bir hiledir¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Aynı yönde **Licea**, s. 134, **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 334.

¹⁵⁸ Belirtmek gerekir ki doktrinde özellikle feminist harekete mensup yazarların, cinsiyet “hile”lerini hile olarak mütalaa etmedikleri bu tür durumlarda, herhangi bir suç oluşmadığının kabul edilmesi gerektiğine yönelik görüşlerine rastlanmaktadır. **Clement**’in görüşlerinin bu bakış açısını iyi izah ettiği kanısındayız: “*Bu tür davalardaki... güçlüğün sebebi, tarafların maddi gerçekliğe ilişkin uyumsuzluk içinde olmasıdır. Müştekiye göre fail ‘gerçekte kadın’dır, Faile göre ise kendisi bir erkektir. Hukuk, bu görüşlerin hangisinin gerçek olduğuna yönelik bir tutum belirlemelidir. Meri hukuk, müşterinin faile yönelik düşüncesini, failin kendisine ilişkin tanımlamasına üstün tutmaktadır. Bu hem trans bireylerin yaşamlarını ve tecrübelerini silip atması bağlamında isabetsizdir hem de... [trans bireylere cinsiyet değişikliği imkanı tanıyan ve eşit haklar veren] düzenlemelerle uyumsuzdur.*” **Clement**, s. 20.

Kuşkusuz, maddi içerik-saik ayırımına getirilen eleştiriler bu kritere de yöneltilebilir. Bir konunun ne zaman cinsel rıza ve cinsel ilişkinin içeriği üzerinde doğrudan etkili olduğunun kesin olarak söylenemeyeceği ileri sürülebilir. Şu hâlde bu kriteri öne sürmekle sorun yalnızca ötelenmiş mi olmaktadır? Kanaatimizce, gerçekten de doğrudan ilişkinliğin tespiti her durumda (söz gelimi din, ırk, sosyal ve ekonomik statü gibi konularda) kolay olmamakla birlikte, tek başına bu kriterin dahi maddi içerik-saik ayırımının çözemediği çok sayıda sorunu çözdüğünü belirtmek gerekir.

Doktrinde önerilen bir diğer kriter ise *el'an mevcudiyettir*¹⁵⁹. Buna göre, hilenin konusunu teşkil eden şeyin ya geçmişe ya da şimdije yönelik olması gerekir. Vaatler, tahminler ve olasılıklar hilenin konusunu oluşturamamalıdır. Kanaatimizce gerçekten de bu kriterin uygulanması, hem hayatın akışına daha uygundur hem de ceza sorumluluğuna doğru bir bakış açısının sonucudur. Gerçekten de hiç kimsenin, cinsel saldırı suçunun faili olmaktan kaçınmak için söz gelimi evlilik vaadine mecbur kılınması düşünülemeyeceği gibi¹⁶⁰; mağdurun cinsel otonomisi, onun gelecekteki olayların gelişimi üzerinde mutlak hakimiyet kurması şeklinde de genişletilemez.

Bu düşünceleri konunun anlaşılması bakımından değerli buluyor ancak iştirak etmiyoruz. Yazarın da isabetle belirttiği üzere, fail ve mağdurun maddi gerçekliğe ilişkin bakış açıları birbirinden farklıdır. Esasen bu farklılık, fail veya mağdurun şahsi ayrıksılığından ileri gelmeyip, konuya ilişkin dünya kamuoyundaki bölünmüşlüğü'nün bir sonucudur. Gerçekten de, trans bireylerin “gerçek cinsiyeti” konusunda bir konsensüs söz konusu değildir. Yazara katılmadığımız nokta, bu durumda hukuk düzeninin bir taraf seçmesi gerekliliğine ilişkindir.

Kanaatimizce toplumsal açıdan böyle bir görüş ayrılığının bulunduğu bir meselede, iki tarafın da kendi gerçekliğini diğerine dayatma hakkı olamaz. Bu nedenle bu tür durumlarda bir tarafın diğer tarafa durumunu açıklayarak onun kararına saygı duyması, gerekirse cinsel ilişkiden kaçınması gerekir. Hukuk düzenine düşen, böyle bir durumda *maddi gerçekliğin ne olduğuna karar vermek* değil, bireylerin karar alma hürriyetini korumaktır. Bu bağlamda, yazarın düşüncelerini “hukuk düzeninin mağdurun tarafını seçtiği” şeklindeki hatalı değerlendirmesi üzerine kurması bir *a falsis principis proficisci* örneğidir.

¹⁵⁹ Bu yönde **Licea**, s. 127.

¹⁶⁰ Aynı yönde **Licea**, s. 127, **Taner**, s. 146, **Schulhofer**, s. 91, **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 333, Aksi yönde **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 333, **Dougherty**, s. 719, dn. 4. Yazarın tespiti gerçekten ilginçtir: “*Vaatlerin...şimdije değil geleceğe dair olduğu için hile teşkil etmediğini kabul edenler... şu gerçeği gözden kaçırmaktadır ki, bir kimseye aşk ve evlilik vaat eden kişi, aynı zamanda çok daha muteber bir bilgiyi de ifşa eder -yalnızca kendisinin bilebileceği özel bir bilginin açıklanmasıdır bu: Bu hisleri açıklamakla kişi, o anda, aklıyla ve kalbiyle, bağlanma niyetiyle ve derin duygular ile dolu olduğunu belirtmiş olur.*”

Kuşkusuz bu tespitlerde karşı çıkılacak bir yön bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlilik vaadi şeklinde zuhur eden ve gerçekten de romantik duygulara işaret eden bu tür

Bunun yanında, zaten cinsel saldırı suçunun konusunu oluşturulmaması gereken, cinsel ilişki karşılığı maddi ve manevi “yardım” vaadinin tutulmaması türü eylemler de ceza sorumluluğu dışında bırakılmış olmaktadır. Kanaatimizce bu türden cinsel ilişkilere giren kişilerin cinsel otonomileri, salt vaatlerin yerine getirilmemesi dolayısıyla, zaten ihlal edilmiş olmamaktadır. Cinsel otonomilerini çıkar temini yönünde kullanan bu kişilerin, bekledikleri çıkarı elde edememiş olmaları, onların ceza hukuku normlarını bir tehdit aracı haline getirebilmelerinin bir gerekçesi olamaz¹⁶¹.

Cinsel suçlar bakımından hileye vücut veren hallere yönelik sınırlamalar böylece ortaya konulduktan sonra, son olarak ifade etmek gerekir ki, bu kapsamda icrai hile-ihmal hile ayırımının söz konusu olmadığı kanaatindeyiz. Nitekim yukarıda bu ayırımın sorunlarından bahsedilmiş durumdadır. Kanaatimizce, mağdurun rızasını geçersiz kılacak hususlarda, makul ve ortalama zekaya sahip bir birey, partnerine bu konuları açıklaması gerektiğinin bilincindedir. Söz gelimi HIV pozitif olan bir kişi, güvenli cinsel hayat pratikleri gereğince zaten bu durumunu partnerine açıklamalıdır. Aynı şekilde, evli olan bir kişinin partnerine bunu açıklaması gerektiğini düşünememiş olması akla aykırıdır. Bunların mağdur tarafından açıkça sorulmamış olması nedeniyle failin ceza sorumluluğundan kurtulabileceği kanısında değiliz.

Her ne kadar rızanın geçersiz kılınması için icrai hilenin şart olduğunu kabul etmesek dahi, cinsel partnere açıklanması genel olarak zorunlu addedilmeyen hususlar bakımından, yalnızca icrai hilelerin rızayı geçersiz kılacağına kuşku yoktur. Söz gelimi, eğer kendilerine sorulmamış ise, bireylerin partnerlerine dini inançlarını, siyasi görüşlerini, hangi millete mensup olduklarını, şahsi servetlerini, cinsel geçmişlerini vb. açıklamaları gerekmez. Eğer bu konular mağdur için gerçekten önemliyse onun bu hususları ya açıkça sormuş olması veya isteklerini açıkça belirtmiş olması gerekir ki fail

sözlerin, gelecekte faili bir yönde davranmaya zorlayamayacağı ve bu bağlamda cinsel saldırı suçu bakımından hile teşkil edemeyeceği kanısındayız.

¹⁶¹ Aksi yönde **Dougherty**, s. 730. Hilenin tespitinde subjektif ölçütü benimseyen yazara göre, böyle bir düşünce bir “cinsel ahlakçılık” kalıntısıdır. Bireylerin cinselliğini söz gelimi bir iş edinmek, kendine alan açmak, yükselmek gibi amaçlarla kullanması da mümkün olup; bunların ahlaken doğruluğunu veya yanlışlığını değerlendirerek karar vermek hatalı bir yaklaşımdır.

Yazarın görüşlerine kısmen katılmakla birlikte, farklı görüşlere varmış olmamızın nedeni mağdurların cinselliklerini çıkar amacıyla kullanmalarını ahlaksızca bulmamız değil, bu tür durumlarda mağdurun cinsel otonomisinin nasıl ihlal edildiğini tespit edemiyor olmamızdır. Nitekim **Bergelson** da benzer bir gerekçe ile bu takdirde ancak mağdurun başka bir hakkı da ihlal edilmiş ise failin cezalandırılması gerektiğini savunmaktadır. **Bergelson**, s. 164-166.

bu hususlardan haberdar olup bu konularda açıklama yapmak ya da yapmamak konusunda bir karar verebilsin. Kuşkusuz, bu hususlar kişiler arasındaki ilişkinin mahiyetine göre büyük değişkenlikler gösterdiğinden, somut olayın özelliklerine göre olay bazlı çözüme varılması en doğru yöntemdir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, günümüzde romantik ilişkilerin kurulmasında temel araç halini almış olan online partner edinme sitelerinde; yaş, boy, ırk, din, atletik yapı, madde kullanımı vb. bilgiler kişilerin profillerinde halihazırda yer almakta ve diğer kullanıcılar tarafından en baştan itibaren görülebilmektedir. Bu bilgileri yanlış dolduran kişilerin bu davranışlarının gelecekte cinsel suçlar bakımından hile teşkil edebileceğinde kuşku yoktur¹⁶². Hileli davranışın fail ile mağdur tanışmadan önce gerçekleşmiş olma-

¹⁶² Bu görüşün çeşitli açılardan eleştirilebilmesi mümkündür. Öncelikle bahsi geçen platformlarda çokça gerçeğe aykırı bilgi ve beyanda bulunduğu dikkate alındığında, mücerret yalanın, cinsellik odaklı bir eşleşmede hile olarak kabul edilip edilemeyeceği sorunu karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca, her iki tarafın da bu bilgileri yanlış doldurması nedeniyle fail ve mağdurun tespitinde güçlük doğması da olasıdır. (Çalışmanın sayın hakemine bu noktaları dile getirerek tartışmaya katkı sağladığı için şükranlarımızı sunuyoruz.)

Bu noktada ceza sorumluluğunun kapsamına dair bazı nüansların belirtilmesinde yarar görülmüştür: Öncelikle belirtmek gerekir ki, kullanıcı profilindeki mücerret yalan, o yalanın tanışıklık sonrasında sürdürülmesiyle bir “mizansen” halini almakta ve ceza hukuku bağlamında hileye vücut vermektedir. Yalanın sürdürülmesi, ille de yinelenmesini gerektirmez. Önceden söylenmiş mücerret yalanın inkâr edilmemesi ve ona uygun davranılması yeterlidir. Bu kapsamda profil bilgilerindeki yanıltıcı bilgilerin, dolandırıcılık suçunun işlenmesi için gazete veya internet sitelerine verilen ilanlarla benzer nitelikte olduğu kanısındayız. Yukarıda “...*gelecekte cinsel suçlar bakımından hile teşkil edebileceğinde...*” ifadesine yer verilmesinin nedeni de budur.

İkinci olarak belirtilmelidir ki, bir kişinin online tanışma sitesi profilindeki bir bilginin yanlış belirtilmesi ve taraflar tanıştıktan sonra cinsel ilişkiye girilene değin bir daha hiç konuşulmamış olması mümkündür ancak bu durum, bu platformlarda sıkça mücerret yalana başvurulduğu ve bilgilerin genellikle tanışma sonrası teyit edildiği dikkate alındığında, konunun mağdur bakımından gerçekten önemli olup olmadığı bakımından şüphe uyandırıcıdır. Kanaatimizce kural olarak, böyle bir durumda konunun subjektif önemi bulunmadığından bahisle cinsel saldırı suçunun oluşmadığı düşüncesi ağırlık kazanmalıdır.

Nihayet, bu neviden yanıltıcı bilgiler ancak cinsel davranışların gerçekleşmesi ile ceza hukuku bakımından anlam kazanacaktır. Bu da neredeyse her durumda fail ile mağdurun bir araya gelmesini ve birbirlerini tanımasını gerektirmektedir. Bu itibarla en sık mücerret yalana başvuru boy, kilo, yaş, cinsiyet, ten rengi, fiziki görünüş gibi konulardaki gerçekler (yukarıdaki *Jamie* örneği gibi olağandışı hadiseler bir yana bırakılırsa) taraflar bir araya geldiğinde zaten ortaya çıkmış olacaktır. Dolayısıyla bu platformlardaki yanıltıcı bilgilerin eğer şartları varsa hileye vücut vereceğinin kabul edilmesinin ceza sorumluluğunu uygulamada çok genişleteceği kanısında değiliz.

sının ve yalnızca mağdura yöneltilmemiş olmasının bu anlamda bir önemi yoktur. Belli bir kişiye yöneltilmeyen beyan ve ilanlar hazırlık hareketi olarak kabul edilse dahi, failin daha sonra mağdurda uyandırdığı bu yanlışlığa binaen söz ve davranışlarını düzenlemesi, mağdurdaki yanlışlığı sürdürmesi ve onunla cinsel ilişkiye girmesi, her halükârda bir bütün halinde hileli davranışı oluşturacaktır. Bu konular daha sonra fail ile mağdur arasında tekrar konuşulmamış olsa bile, mağdurun cinsel ilişkiye gösterdiği rızaya geçerlilik atfedilmemeli ve failin eğer şartları varsa cezalandırılması yoluna gidilmelidir.

SONUÇ

20. yüzyılın ortalarından itibaren cinselliğe bakış açısı değişmeye başlamış, dünya genelinde evli çiftler arasındaki cinsel birlikteliklerin dışındaki bütün cinsel birliktelikleri yasaklamaya ve ceza hukuku müeyyidelerine tabi kılmaya yönelik anlayış da yavaş yavaş yerini bireylerin cinsel dokunulmazlığını korumakla sınırlı bir yaklaşıma bırakmıştır¹⁶³. Kuşkusuz bu kadar büyük bir alanın ceza hukuku alanı dışına çıkarılması, henüz çözümlenememiş birçok sorunu da peşinden sürüklemiştir.

Ceza hukuku sistemlerinde henüz cinsel davranışlar bakımından rızanın oluşumu, kapsamı, rızanın oluşumu bakımından iradeyi sakatlayan hallerin neler olabileceği konusunda nihai kararlar verilmemiştir. Bu konu, sıcak bir sorun olarak hala ceza hukukçularının karşısında durmaktadır.

Bu çalışma ile mevcut sorunu çözmeyi değil, soruna işaret etmeyi amaçlamış bulunuyoruz. Her ne kadar Türkiye’de bu hususta henüz dikkate değer bir uygulama sorunu ortaya çıkmamış ise de, çalışma boyunca zikredilenlere benzer davalar yakın gelecekte mahkemelerin önüne gelecektir. Esasen Türk hukuku 5237 sayılı TCK ile cinsel suçları kanaatimizce isabetli

Şüphesiz her iki tarafın birbirine aynı anda yalan söylemesi ve karşı tarafın cinsel rızasını hileyle temin ederek ilişkiye girmesi mümkündür. Bununla birlikte bu durum online tanışma platformlarına özgü bir sorun değildir, bireylerin herhangi bir vesileyle tanıştığı bütün durumlarda bu sorun yaşanabilir. Bu durumun ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından yarattığı pratik güçlüğü kabul etmekle birlikte, cinsel suçların hileyle işlenmesine yönelik teorik izahlara hâle getirmediği kanısındayız. Nitekim TCK m. 104’te de 15-18 yaş aralığındaki iki kişinin cinsel ilişkiye girmesinde benzer bir sorun sıklıkla ortaya çıkmakta ancak bu sorun -ceza sorumluluğunun kapsamına ilişkin eleştiriler hariç- hükmün meşruiyet ve uygulanabilirliğini ortadan kaldırmamaktadır. Her iki tarafın aynı anda hileyle başvurması halinde ceza sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiğine yönelik görüş (ve eleştiriler) için ayrıca bkz. **Rubinfeld**, s. 1414-1415.

¹⁶³ Türk ceza hukukunda 5237 sayılı TCK ile benimsenen ahlaki nötrleşmeye dair **Yokuş Sevik**, s. 246.

bir şekilde, *rıza yokluğu* temelinde algılayan bir yaklaşımı benimsemekle, bu anlamda cinsel suçların hile yoluyla işlenmesi açısından da ilerlemeci bir tutum takınmıştır. Bu noktada mahkemelerin, konuya ilişkin etraflıca bir bilgiye sahip kılınmasını ve dünyadaki mevcut yaklaşımlardan haberdar edilmesini önemsemekteyiz.

Kanaatimizce, cinsel dokunulmazlığın korunması, gerçekten de bireylerin iradelerini sakatlayan bir durum olmaksızın cinsel karar alma hürriyetlerine sahip olmalarını gerektirir ve bu anlamda hileli davranışların cinsel suçlara vücut vermesi gerekir. *Herring*'in de isabetle belirttiği üzere “*Rızanın elde edilmesi, karşı tarafa evet dedirtmek için ne dolaplar çevirmek gerektiğinin araştırıldığı bir oyun değildir; cinsel birliktelik, karşılıklı saygı ve desteğin egemen olduğu bir havada [gerçekleşmelidir] ki her iki tarafın da gerçekten arzu ettiği bir olguya dönüşebilsin*¹⁶⁴.”

Çalışmada da etraflıca ortaya konulduğu üzere, bireylerin cinsel dokunulmazlığını ceza hukuku araçlarıyla etkin bir biçimde koruyabilmenin yolu, gelecekte hukuk sistemlerinin hile hallerini de kapsayacak ölçüde genişlemesidir. Henüz bu genişlemenin teorik safhasının yaşandığı yılları idrak etmekteyiz. Konuya ilişkin eserler günden güne artmakta, farklı ülkelerin yüksek mahkemelerinden dünya kamuoyunu şaşırtan kararlar çıkmakta ve tartışmalar yavaş yavaş şiddetlenmeye başlamaktadır. Nitekim konunun politika oluşturucular tarafından da dikkate alındığı ve çok sayıda ülkenin yasama çalışmalarında bu konuya yer verilmeye başlandığı görülmektedir. Bu itibarla, savunduğumuz görüşlerin -eski ve yeni görüşler birlikte değerlendirildiğinde- azınlıkta kaldığının ve hatta Türkiye örneğinde “radikal” olduğunun bile ileri sürülebileceğinin bilincinde olmakla birlikte, bu tablonun uzun vadede değişeceği ve değişmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Kuşkusuz, ceza hukuku sorumluluğunun alanını ölçüsüzce genişletmek amacıyla, hileli davranışlardan yalnızca belli bir önemi haiz olanların cezalandırılması için sınırlayıcı ölçütlerin geliştirilmesine taraftarız. Çok sayıda ölçütü çalışmada ortaya koymuş, tartışmış ve önerilerde bulunmuş olmakla birlikte; kanaatimizce bu ölçütlerin geliştirilmesi, yalnızca hukukçuların masa başındaki fikir işçiliğine bırakılamayacak bir meseledir. Bu anlamda, onlara gerekli malzemeyi sunabilmek için, cinsel davranışlara yönelik rıza oluşumunun, karar alma mekanizmalarının; cinsel hayata dair objektif risklerin ve subjektif risk algılamalarının ortaya konulduğu çalışmalar yapılmalıdır. Ancak böyle bir usul takip edilmekle cinsel davranışlara gös-

¹⁶⁴ **Herring**, s. 76.

terilen rıza bir hukuki kavram olmaktan çıkarılarak maddi içeriğe sahip kılınabilir. Bir başka söyleyişle, İsrail Yüksek Mahkemesi'nin kararında belirttiği *“makul bir üçüncü kişinin cinsel rızanın oluşumu bakımından çok önemli olarak addedeceği”* özelliklerin gerçekte ne anlama geldiği, psikolojik araştırmalarla ortaya çıkarılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Alencar**, Ticiana: “Conditional Consent and Sexual Crime: Time for Reform?”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 85, Sayı 6, 2021, s. 455-465.
- Arneson**, Richard J.: “What Is Wrongful Discrimination?”, *San Diego Law Review*, Sayı 43, 2006, s. 775-808.
- Bergelson**, Vera: *Sex, Lies and Law: Rethinking Rape-By-Fraud*, in: *Consent and Control: Legal Perspectives on State Power*, 1st Ed, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge 2016.
- Chiesa**, Luis E.: “Solving the Riddle of Rape-by-Deception”, *Yale Law & Policy Review*, Cilt 35, Sayı 2, 2017, s. 407-460.
- Clement**, Rachel: *Deception, Mistake, Privacy and Consent: A Conceptual Framework for Resolving the ‘Line-drawing’ Problem in Sex-by-Deception and Mistaken Sex*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Oxford 2018.
- Collectif Contre L’Islamophobie en France**, Report 2016, Ile-de-France 2016.
- Dougherty**, Tom: “Sex, Lies and Consent”, *Ethics*, Cilt 123, Sayı 4, 2013, s. 717-744.
- Elewa**, Yomna: “Sexual Lies and Sexual Frauds: The Case for Criminalisation”, *Edinburgh Student Law Review*, Cilt 3, Sayı 1, 2016, s. 27-40.
- Herring**, Jonathan: “Rape and the Definition of Consent”, *National Law School of India Review*, Cilt 26, Sayı 1, 2014, s. 62-76.
- Hoven**, Elisa/**Weigend**, Thomas, “Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht”, *KriPoZ*, 3, 2018, 156-161.
- Karabulat**, Efe Can: *Cezaların Etkinliği Bağlamında Türk Suç Siyaseti*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2023.
- Kaya**, Funda: *Türk Ceza Kanunu’nda Çocukların Cinsel İstismarı Suçu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep 2016.
- Kılıç**, Abbas: “Cinsel Hakimiyet ve Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı Suçu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 78, 2008, s. 167-204.
- Lazenby**, Hugh/**Gabriel**, Jason: “Permissible Secrets”, *The Philosophical Quarterly*, Sayı 68, 2018, s. 265-285.

- Licea**, Ricardo: “How to Expand Rape by Deception and Protect Consent”, *University of Massachusetts Law Review*, Cilt 17, Sayı 2, 2022, s. 112-141.
- Manson**, Neil C.: “How Not to Think about the Ethics of Deceiving into Sex”, *Ethics*, Cilt 127, Sayı 2, 2017, s. 415-429.
- Mullen**, Michael: “Rape by Fraud: Eluding Washington Rape Statutes”, *Seattle University Law Review*, Sayı 41, 2018, s. 1035-1052.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar: *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Özgenç**, İzzet: “Türk Ceza Kanununun Cinsel Suçlara İlişkin Düzenlemelerinin Dayandığı Felsefi Temel, Cinsel Suçlara İlişkin Kanun Hükümlerinin Uygulanmasından Kaynaklanan Sorunlar”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı XXIV, 2020, s. 257-276.
- Pundik**, Amit: “The Law of Deception”, *Notre Dame Law Review Online*, Cilt 93, Sayı 1, 2018, s. 172-186.
- Rubinfeld**, Jed: “The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy”, *The Yale Law Journal*, Cilt 122, 2013, s. 1372-1443.
- Rudder**, Christian: *Dataclysm: Who We Are*, 1st Ed., Crown Publishing Group, New York 2014.
- Scheidegger**, Nora: “Balancing Sexual Autonomy, Responsibility, and the Right to Privacy: Principles for Criminalizing Sex by Deception”, *German Law Journal*, Cilt 22, 2021, s. 769-783.
- Schulhofer**, Stephen J.: “Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond”, *Law and Philosophy*, Cilt 11, Sayı 1-2, 1992, s. 35-94.
- Scutt**, Jocelyne A.: “Fraudulent Impersonation and Consent in Rape”, *The University of Queensfand Law Journal*, Cilt 9, Sayı 1, 1976, s. 59-65.
- Sharpe**, Alex: “Expanding Liability for Sexual Fraud Through the Concept of ‘Active Deception’: A Flawed Approach”, *The Journal of Criminal Law*, Cilt 80, Sayı 1, 2016, s. 28-44.
- Şare**, Ersin: “Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlarda İlgilinin Rızası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 21, Sayı 2, 2019, s. 977-1023.
- Taner**, Fahri Gökçen: *Türk Ceza Hukukunda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar*, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.

- Taştan**, Mehmet: Cinsel Suçlarda İspat Sorunu ve Yargılama Usulü, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2021.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2023.
- Vavra**, Rita: “Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?”, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Cilt 12, 2018, s. 611-618.
- Wertheimer**, Alan: Consent to Sexual Relations, Cambridge University Press, Cambridge 2003.
- Yokuş Sevük**, Handan: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, 2005, s. 243-282.
- Zhuang**, Jin/**Liu**, Xin: “Solving the Myth of Rape-by-Deception: Based on the Restatement of Sexual Autonomy”, Beijing Law Review, Cilt 13, 2022, s. 673-696.