

Israrlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme^(*)

Doç. Dr. M. Emre TULAY^(**)

Öz

Ülkemiz ve dünyadaki istatistiki veriler ile uluslararası hukukta atılan yasal adımlara bakıldığında kamuoyunda oluşan haklı beklentiyi karşılamak ve nihayetinde kişilerin huzurlu bir hayat sürme hakkını korumak adına, 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanunla birlikte TCK m. 123/A altında ısrarlı takip suçu, Türk hukuk sisteminde yerini almıştır. TCK'da hürriyete karşı suçlar altında konumlandırılan bu yeni düzenleme, suçun yapısal unsurları bakımından değerlendirmeye muhtaçtır. Bu noktada fail ve mağdurun kimler olabileceği, seçimlik hareketlerin yorumu, kastın kapsamı, onunla bağlantılı şekilde hata kurumunun yansımaları ve suçun özel görünüş şekilleri ayrı ayrı incelenmelidir. Konu analizinde Alman Ceza Kanunu 238. maddesinde yer alan düzenleme ve ilgili norm hakkındaki doktrin görüşlerinden de istifade edilmiştir. TCK m. 123/A hükmünün henüz 2022 tarihinde hukuk sistemine giren yeni bir norm olması ve ısrarlı takibin sözlü davranışın tipik hareketin parçası olduğu cinsel taciz, tehdit, hakaret gibi suçlarla birlikte işlenebilme olasılığı karşısında, maddi ceza hukuku perspektifinden yaptığımız huku-ki analizlerin Türk hukuk doktrinine katkı sunması ve uygulamaya yol göstermesi umut edilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Tehlike Suçu, İsrar, Objektif Cezalandırılabilme Şartı, Araç Kişi, İçtima.

^(*) Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.02.2024 - Kabul Edildiği Tarih: 28.02.2024.

Atıf Şekli: M. Emre Tulay, 'Israrlı Takip Suçunun Suç Teorisi ile Uyumu Üzerine Bir Değerlendirme' (2024) 14(1) Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 57, 94.

DOI: 10.52273/sduhfd..1436465.

^(**) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye.

E-posta: emre_tulay@hotmail.com.

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-7828-8302>.

An Evaluation on the Compatibility of Crime of Stalking with Crime Theory

Abstract

Considering the criminal statistics and the legal steps taken in international law, the crime of stalking has entered our legal life under Article 123/A of the Turkish Penal Code (TPC) in order to meet the rightful expectation of the public and ultimately to protect the right of individuals to lead a peaceful life. This new regulation in the TPC needs to be evaluated in terms of the structural elements of the crime. At this point, who the perpetrator and the victim might be, the interpretation of the alternative acts, the reflections of the institution of error in connection with it, and the special appearances of the crime should be examined separately. In the analysis of the subject, doctrinal views about the regulation and the relevant norm in Article 238 of the German Penal Code were also utilized. In the face of the fact that stalking crime is a new norm, and that crime can be committed together with sexual harassment, threats and insults, it is hoped that our analyzes from the perspective of substantive criminal law will contribute to the doctrine and guide the practice.

Keywords

Danger Crimes, Persistency, Objective Conditions of Criminality, Use a Person as a Means, Joinder.

Extended Summary

The crime of stalking is regulated in TPC Article 123/A under the seventh chapter titled “Crimes Against Freedom” in the second chapter of the second book of the TPC. Stalking crime is entered into force with the Law No. 7406, which was adopted on 12.5.2022 in the Türkiye Grand National Assembly. Statistical data published in our country and foreign countries reveal that people suffer from uneasiness or anxiety due to unauthorized and persistent follow-up, and even psychological and/or physiological disorders arise as a result of this. In fact, crimes such as sexual harassment, insults, threats, and acts such as bodily injury, molestation, sexual assault or abuse included in the TPC include persistent action, and in this respect, the victim’s persistent pursuit is not left unpunished. However, stalking does not in all cases meet the typical behavior envisaged in the aforementioned crime or other similar norm. Especially considering the speed of technological developments, it is rightly expected that the legislator will take a legal step.

The need for the crime of stalking has been revealed in many statistical data dating back to 2022 and revealing the intensity of committing the act. Our study includes the examination of the crime in Article 123/A of the TPC, which has now entered our legal life, in terms of crime theory. The main purpose of our work is to examine the compatibility of the existing norm with the structural elements of the crime and to draw attention to the issues that seem deficient or problematic, by taking into account the regulation in the German Criminal Law. Also in our study, solutions have been offered where relevant points.

There is no need to argue over the legal value protected in the crime of stalking. However, when we enter the field of typicality, the question of who the perpetrator and victim are in the first place awaits an answer. Although it is a common situation to see men as the perpetrator and women as the victim, there is no legal difference between the perpetrator and/or victim being a woman or a man. In this section, the consequences related to the situations in which the victim has the ability to perceive or not is an issue that needs to be considered.

TPC art. 123/A can be committed with alternative acts. The common point in terms of typical movement is, following up must be committed persistently. Then first, the notion of “persistency” must be examined. In this examination, the doctrinal views and judicial decisions about TPC art. 123 are guiding. The legal nature of the notions of serious uneasiness or anxiety in the TPC article 123/A is another issue that needs to be determined in the material elements of typicality. After these evaluations, whether the crime is a harm crime or a danger crime should also be answered satisfactorily. It should also be explained separately how the elective movements listed in the text of the law should be understood in concrete terms.

The crime of stalking only can be committed intentionally. Eventual intent (*dolus eventualis*) is enough for this crime. But the scope of intention is takes form with legal nature of serious uneasiness or anxiety. Also in this section, the determination of the crime, which is aggravated due to the qualified state of the crime and its result, and the results related to the error institution are another important research area.

The direct effect of the legal determinations made over the definition of TPC 123/A/1 undoubtedly manifests itself in the criminal attempt. The issue of complicity should not be overlooked with general explanations. Especially, using of someone else as a means in the crime is defined as an alternative act, which makes the examination of accomplice ship also important.

German Penal Code Article 238 is one of the similar regulations with TPC article 123/A. German Penal Code Article 238 has been on effect since 2007. The legal amendments on German Penal Code Article 238 (dated 2017 and 2021), and doctrinal views about that regulation has also been utilized in relevant sections of our study. In particular, the evolution of the crime into a danger crime, keeping the optional range of action very wide, and the preferences for qualified form that increase the penalty are the points that stand out in terms of comparison.

TPC article 123/A includes a wider scope of action compared to TPC article 123. After the evaluations regarding TPC article 123/A within the framework of crime theory, our thoughts on the steps expected to be taken by the legislator are shared in the conclusion part.

Giriş

Türk Ceza Hukukunda, 12.5.2022 tarih ve 7406 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle birlikte, 5237 sayılı TCK’nın ikinci kitap ikinci kısmında “Hürriyete Karşı Suçlar” başlıklı yedinci bölüm altında ve TCK m. 123/A hükmünde ısrarlı takip suçu ihdas edilmiştir. TCK m. 123/A hükmü şu şekildedir:

“(1) Israrlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Suçun;

a) Çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşandığı eşe karşı işlenmesi,

b) Mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması,

c) Hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi, hâlinde faile bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(3) Bu maddede düzenlenen suçun soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır”.

Gerekçedeki açıklamalara bakıldığında bu suçun düzenlenmesindeki ana amaç, kişilerin huzurlu bir hayat sürmesini sağlamaktır¹. Gerçekten bir başkası-

¹ Düzenlenen suç ile ulaşılmak istenen amaç bakımından değerlendirmeler için ayrıca bkz. Murat Balcı ve Kerim Çakır, ‘Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)’ (2022) 10 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 326; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (17. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022) 500; Murat Volkan Dülger, ‘Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)’ (2022) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 32; Şaban Cankat Taşkın, ‘Israrlı Takip Suçu’ (2023) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2023) 110. Uluslararası literatürde stalking olarak adlandırılan bu fiilin suç olarak öngörülmesindeki tercihin cezalandırma ihtiyacı ve uygunluk yönünden sorgulanmaya açık olduğu söylenebilir. Bu yönüyle de hukuk uygulaması, icra edilen fiilin sosyal yaşamın sınırlarında kalıp kalmadığını ayrı bir titizlikle irdelemelidir, bkz. Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen ve Frank Saliger, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar (6. Bs., Nomos Yayıncılık 2023) § 238 Rn. 3; Frank Neubacher ve Gerhard Seher, ‘Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)’ (2007) JZ 1031.

TCK m. 123/A’nın ihdası, failin esasen kanuni tipte tam karşılanmayan fiiller dolayısıyla (cinsel taciz gibi) cezalandırılmasının önlenmesi bakımından da önemli bir adım olarak görülmelidir, bkz. Süleyman Özar, ‘Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)’ (2022) AÜHF 1404.

nın rızasız ya da yetkisiz takibinde olan mağdurun; korku, endişe gibi olumsuz durumlara dayanan psikolojik bunalım ve tramvaya kapılması, yine sosyal çevreden uzaklaşarak yalnızlaşması, kısacası rutin hayat konforunu kaybetmesi söz konusu olabilmektedir².

Türk Ceza Hukuku doktrininde daha önceki tarihlerde yasallaşması yönünde beklentilerin dile getirildiği³ ısrarlı takip suçu, henüz 2022 tarihinde hukuk sistemimize girmiştir. Dolayısıyla söz konusu suç tipinin, korunan hukuki değer başta olmak üzere fail ve mağdura ilişkin açıklamalar eşliğinde haksızlığı oluşturulan tipiklik ve hukuka aykırılık unsurları bakımından değerlendirilmesi ayrı bir önem kazanmaktadır. Yine suçun özel görünüş şekillerinin suç tipine ne şekilde yansıtacağı ayrıca analiz edilmelidir.

Israrlı takip suçu, Alman Ceza Hukukunda da karşılaştığımız bir suç tipidir. Nitekim § 238 StGB hükmünde ısrarlı takip suçu (*Nachstellung*) düzenlenmiştir. Suç, korunan hukuki değer ve düzenleme yeri itibarıyla TCK ile paralellik göstermektedir. Alman Hukukunda da ısrarlı takip, kişi özgürlüğüne karşı suçlar (*Straftaten gegen die persönliche Freiheit*) bölümünde yer almakta ve korunan hukuki yarar olarak bireyin özel yaşam alanı öne çıkmaktadır⁴. Alman Ceza Hukukunda benimsenen suç teorisine ilişkin esasların hukukumuz açısından somut bir karşılığı olması, Alman Ceza Kanunundaki düzenlemenin Türk Ceza Kanununa kıyasla daha eski bir tarihe uzan-

² Bkz. Andreas Mosbacher, 'Nachstellung - § 238 StGB' (2007) NStZ 665; Brian Valerius, 'Stalking: Der neue Tatbestand der Nachstellung in § 238 StGB' (2007) JR 320; Wolfgang Mitsch, 'Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch' (2007) NJW 1238. Almanya'da sonuçlandırılan 2010 tarihli bir araştırma; halkın %11'i, hayatlarının herhangi bir döneminde *stalking*'e maruz kaldığını ve bu kesimin üçte biri için fiilin bir yıldan fazla sürdüğünü ortaya koymuştur, bkz. Schöch Heinz, 'Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand' (2013) NStZ 222; Doğan Recep, 'Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, İsrarlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu' (2014) Ankara Barosu Dergisi 140 vd.

Israrlı takipte ceza normuna duyulan ihtiyacı ortaya koyan istatistiki araştırma ve veriler için bkz. Mert H. Akgün, Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Yükseltelen Cezalar ve İsrarlı Takip Suçu (Seta 2022) 8 vd.

³ Genel olarak bkz. Doğan (n 2) 137 vd.

⁴ Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Auflage, C H Beck 2021) § 238 Rn. 1; Jörg Eisele, Strafgesetzbuch Kommentar (Adolf Schönke ve Horst Schröder) (30. Auflage, C H Beck 2019) § 238 Rn. 4; Karl Lackner, Kristian Kühl ve Martin Heger, Strafgesetzbuch Kommentar (30. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2023) § 238 Rn. 1; Beck'sche Online-Kommentare (57. Ed., 1.5.2023) § 238 Rn. 1; Nikolaos Gazeas, 'Der Stalking-Tatbestand - § 238 StGB (Nachstellung)' (2007) JR 498; Neubacher ve Seher (n 1)1030; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (66. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2019) § 238 Rn. 2.

ması⁵ ve fakat 2017 ile 2021 tarihli değişikliklerle revize edilmesi karşısında, ilgili kanundaki somut norm üzerine yapılacak analiz, Türk Ceza Hukuku açısından da faydalı olacaktır. Bu nedenle çalışmamızın ilgili kısımlarında, anlatımı bölmeyecek ölçüde metin içinde ya da dipnotta irtibatlı kısımlara yer verilmiştir.

Yukarıda belirtilen temel ölçütler çerçevesinde eserin ana gayesi, ısrarlı takip suçunu suçun yapısal unsurları çerçevesinde kavramak ve bu bağlamda suçla ilişkin tespit edilen sorunlara çözüm üretmektir. Çalışmada öncelikle tipikliğin maddi unsurlarına değinilmiş, ilgili kısımda özellikle “ısrar” olgusu ve seçimlik hareketlerden ne anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. Yine bu kısımda, TCK m. 123/A’da tanımlanan hareketin hukuki niteliği ve netice ile objektif cezalandırılabilme şartı arasındaki farkın kast ve teşebbüs kurumları nezdinde hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur. Akabinde tipikliğin manevi unsuru başlığı altında, kast ile hatanın kast üzerindeki etkisine ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir. Tipiklikten sonra, ısrarlı takip suçuyla özdeşleştirilecek biçimde hukuka aykırılık unsuruna ayrı bir inceleme sahası bırakılmıştır. Sonrasında, ısrarlı takip suçunda ceza-ya etki eden nedenler ve hukuki nitelikleri ele alınmıştır. Takip eden bölümde suçun özel görünüş şekilleri irdelenmiştir. Bu kısımda, özellikle TCK m. 123/A/1’deki tipik hareketin iştirak ilişkisine yansımalarına ayrı bir önem verilmiştir. Eser, muhakeme usulüyle alakalı tespitlerle noktalanmıştır.

I. Haksızlık Bakımından İnceleme

A. Tipikliğin Maddi Unsurları

1. Fail ve Mağdur

TCK m. 123/A’da tanımlanan suçta kanun koyucu, fail bakımından özel bir statü belirlememiştir. Dolayısıyla ısrarlı takip suçu, herkes tarafından işlenebilir⁶.

TCK m. 123/A hükmü gerekçesinde “*Düzenlemeyle, özellikle kadına yönelik şiddet içeren suçlar işlenmeden önce ısrarlı takip fiilleriyle etkin mücadele edilmesi ve mağdurların korunması hedeflenmektedir*” ifadesine yer verilmiştir.

⁵ *Stalking* fiili Alman Ceza Kanunundaki başka suçlar altında yorumlanırken, 31.3.2007 tarihi itibarıyla bağımsız bir norm olarak § 238 StGB’de yer bulmuştur; yasalama süreci hakkında bkz. Valerius (n 2) 320. Böylelikle Alman Hukukunda, yaralama ve hürriyete karşı suçlar içinde oluşan boşluğun doldurulmak istendiği ifade edilmektedir, bkz. Mitsch (n 2) 1238 (1242).

⁶ § 238 StGB için de aynı durum geçerlidir, bkz. Mitsch (n 2) 1238.

İstatistiki verilere göre *stalking* ve benzeri fiillerin mağdurunun çoğunlukla kadın, failin ise çoğunlukla erkek olduğu bilinse de⁷ ısrarlı takip suçunda failin/mağdurun kadın ya da erkek olmasının, tipik hareket veya suçun nitelikli hali üzerinde etkisi yoktur.

Mağdur bakımından analize muhtaç bir konu, mağdurun algılama yeteneğine sahip olup olmasının kanuni tipe etkisidir. Gerçekten, tipik hareketin tanımına bağlı olarak bazı suçlarda mağdur, ancak algılama yeteneğini haiz kişi olabilir. Mesela, TCK m. 84/4'teki düzenleme gereği, intihara yönlendirme suçunun mağduru konumdaki kişiler sınırlandırılmıştır. TCK m. 123/A'da ise buna benzer bir sınırlama tercih edilmemiştir⁸.

TCK m. 123/A'da açık bir sınırlama olmamasına karşın, mağdur konusunda şu husus açıklığa kavuşturulmalıdır: İsrarlı takibe maruz kalan ve algılama yeteneğine sahip olmayan kişi, acaba bu suçun mağduru olarak kabul edilecek midir? Mesela bir gün önce arabasını çizdiği için kin duyduğu beş yaşındaki çocuğu kendi evine dönerken ısrarla takip eden fail, ısrarlı takip suçunun faili olarak değerlendirilecek midir? Buradaki sorunun öncelikli odak noktası, mağdurun sıfatında kendini gösterir. Şayet algılama yeteneği olmayan kişiyi bu suçta mağdur olarak kabul etmezsek, suçun da oluşmadığını söylemek gerekir.

Kanaatimizce; ısrarlı takip suçunda mağdur herkes olabileceği için suç, algılama yeteneğini haiz olmayan kişiye karşı da işlenebilir⁹. Ancak mağdur konusunda yer alan kişinin ısrarlı takipten dolayı endişe ya da huzursuzluk duyması, suçun hukuki niteliğine ilişkin yoruma göre ayrıca değerlendirilmelidir. Gerçekten, bu sonucun netice unsuru içinde görülmesi halinde, tipik hareketin somut olaydaki elverişliliği üzerinden teşebbüs değerlendirilmelidir. Buna karşın ilgili sonuç objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, algılama yeteneğinden yoksun kişiye karşı işlenen fiille birlikte suç tamamlanacak ve fakat cezalandırma şartı gerçekleşmeyecektir. Her durumda şikayet hakkının kanuni temsilcide olduğu unutulmamalıdır. Hemen belirtelim ki, tartıştığımız durumlarda

⁷ Suçun mağdurunun ekseriyetle kadın, failinin ise çoğunlukla erkek olduğunu söylemek gerekir, bkz. Doğan (n 2) 142 vd. Geniş istatistiki veriler ve değerlendirme için ayrıca bkz. Dülger (n 1) 23 vd. Almanya'da da henüz 2006 yılındaki istatistiki verilerde, *stalking* fiilinde mağdurun %90 oranında kadınlar olduğu ifade edilmiştir, bkz. Valerius (n 2) 319.

⁸ Hatta mağdurun çocuk olması, TCK m. 123/A/1'e göre cezayı artıran nitelikli haldir.

⁹ Aksi görüşte Taşkın (n 1) 111. TCK m. 123 özelinde, suçun mağdurunun ancak algılama yeteneğini haiz kişiler olabileceği görüşünde Muharrem Özen ve Köksal Atacan, 'Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu' (2019) AÜHFD 484.

kanuni temsilciye ayrıca mağdur sıfatı yüklenemez. Çünkü suç fiili, bizzat suçun mağduruna yönelecek şekilde tanımlanmıştır.

Tüzel kişilerin mağdur olabilmeleri noktasında ise; kanımızca tüzel kişiler mağdur sıfatını haiz olabilese de¹⁰ TCK m. 123/A'da tanımlı fiil bakımından tüzel kişilerin mağdur olmaları mümkün değildir.

Sonuç olarak; TCK m. 123/A'da tanımlanan suç, fail ve mağdur bakımından bir özellik göstermez. Herkes, ısrarlı takip suçunda fail ya da mağdur olabilir.

2. Kanuni Tipte Tanımlanan Hareket

Israrlı takip suçunda tipik hareket, TCK m. 123/A/1 hükmünde *ısrarlı bir şekilde; fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* şeklinde tanımlanmıştır¹¹.

Kanuni tanıma bakıldığında ilk dikkat çeken husus, suçun seçimlik hareketli suç olarak düzenlendiğidir¹². Böylece Kanun metninde yer alan hareket tiplerinden birinin gerçekleştirilmesi, icra edilen fiil bakımından yeterlidir.

a. "Israr" Kavramı

Seçimlik hareketleri irdelemeden önce, bu hareketlerin tipik sayılabilmesi için öngörülen "ısrar" sözcüğü üzerinde durulmalıdır. *Israr, direnme, ayak direme, üsteleme, üstünde durma* anlamına gelmektedir. Kanunda öngörülen seçimlik hareket-

¹⁰ Ayrıca bkz. Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Bs. Yetkin Yayıncılık 2018) 250; Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Bs., Savaş Yayıncılık 2019) 115; Zeki Hafizoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12 Bs. US-A Yayıncılık 2019) 209. Karş. Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Bs. Seçkin Yayıncılık 2020) 201; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs. Beta Yayıncılık 2019) 191. Buna karşın Türk Ceza Hukukunda, tüzel kişilerin mağdur sıfatını haiz olamayacağı görüşü ağırlıktadır, bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Bs. Adalet Yayıncılık 2022) 124; M. Emin Artuk ve diğerleri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bs. Adalet Yayıncılık 2022) 384; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bs. Seçkin Yayıncılık 2021) 117; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022) 225.

¹¹ Israrlı takip suçunun Alman Hukukundaki karşılığı olan §238/1 StGB hükmü, seçimlik hareketler yönünden TCK ile birtakım benzerlikler gösterse de özellikle 2012 tarihli değişiklikten sonra daha ayrıntılı bir norm halini almıştır.

¹² Balcı ve Çakır (n 1) 328; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 1) 501. Suçun ayrıca bağlı hareketli suç olarak kabulü yönünde Dülger (1) 34; Özar (n 1) 1407.

lerin ısrarlı bir şekilde icra edilmemesi halinde artık tamamlanmış bir suçtan bahsedilemez. Henüz ısrara dönüşmemiş davranışların teşebbüs kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ise aşağıda ilgili başlıkta ayrıca ele alınacaktır.

Failin davranışının ısrar seviyesine ulaşıp ulaşmadığı her bir olay için münhasıran incelenmelidir¹³. Bir defalık ya da birden fazla olmasına rağmen geçici, kesintili davranışlar ısrar olarak görülemez¹⁴. Diğer yandan ısrarın tespitinde objektif ölçüt-

¹³ Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçuyla ilgili olarak da Yargıtay, ısrar unsurunun somut olayda ne şekilde gerçekleştiğinin tespitinin gerekliliğini vurgulamıştır, örnek olarak bkz. “Sanığın, müşteki ...’in telefonuna müşteki ve katılana yönelik mesaj olarak gönderdiği sözlerle hakaret ettiğinin kabul edilmesi ve bu suçtan mahkumiyet hükmü kurulması karşısında, sanığın hangi eylemlerinin TCK’nın 123. maddesinde düzenlenen genel ve tamamlayıcı nitelikte olan kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunu oluşturduğu ve suçun unsuru olan ısrar ögesinin ne şekilde gerçekleştiği, sanığın kastının ne şekilde sırf huzur ve sükunu bozma saiki olarak kabul edildiği yöntemince açıklanmadan, yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”, Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 15198/25714, 20.12.2022; ayrıca bkz. Yargıtay 12 Ceza Dairesi, 9404/9964, 13.12.2022.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi de ısrar olgusunun (*Beharrlichkeit*) asgari tekrar sayısına bağlanamayacağı, farklı davranışların bütüncül değerlendirilmesiyle birlikte ısrarın tespit edilebileceğini söylemektedir, bkz. BGHSt 54 189 (NJW 2010 1680).

¹⁴ 1.20.2021 tarihli yasa değişikliği öncesinde Alman Ceza Hukukunda, ısrarlı takip suçunda tipik hareket konusunda genel olarak; takibin bir seferlik hareket olarak algılanamayacağı, bir devamlılık içerdiği, kanun koyucunun “ısrarlı-beharrlich” vurgusuyla bunu kanun metninde ayrıca ve açıkça öngördüğü dile getirilmiştir, bkz. Fischer (n 4) § 238 Rn. 8; Mitsch (n 2) 1240; Mosbacher (n 2) 666; Schönke/Schröder/Eisele (n 4) Rn. 6. Oysa bu kavramın, aynı zamanda failin iç dünyasına ilişkin bir değerlendirme içermesi sebebiyle ceza hukuku açısından çok isabetli bir tercih olmadığı vurgulanmıştır, bkz. Heger (n 4) Rn. 3. Alman kanun koyucu, 2021 tarihli yasal değişiklikle ısrar/*beharrlich* unsuru yerine tekrar/*wiederholt* sözcüğünü tercih etmiştir. Bu tercihle birlikte 2021 öncesindeki “ısrar” olgusu geride kalmıştır ve artık § 238 StGB’deki fiilin gerçekleştirilmesi için seçimlik hareketlerin tekrarlanması yeterlidir, bkz. Sönke Florian Gerhold, ‘Entgrenzung des Nachstellungstatbestands’ (2021) ZRP 120; BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 13. Ama “tekrar” olgusunun tespiti açısından asgari bir yasal kriter benimsenmemiştir. Keza mesela, beş ay içinde iki kez yetkisiz takibin tipik hareketi oluşturup oluşturmayacağını söylemek de kolay değildir, bkz. Heger (n 4) Rn. 3. Nitekim 2008 tarihli bir kararda Lübeck Ceza Mahkemesi, beş ay içerisinde tekrarlanan takibin ısrarlı takip niteliğinde olduğuna hükmetmiştir, karar için bkz. LG Lübeck v 14.2.2008, JuS 2008 553; karar hakkında ayrıca bkz. NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 43. Buna karşın doktrinde *Nachstellung* açısından tekrarın tek başına yeterli olmayacağı, ısrar olgusunun yasa metninde yer alan sekiz seçimlik hareket için de aranması gerektiği de savunulmaktadır, bkz. NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 31 (42). Doktrinde *Kretschmer*, mağdurun daha iyi şekilde korunması için 2021 yılında atılan adımın hukuken çok doğru olmadığı; çünkü belirsiz bir kavramın (ısrar) başka bir belirsiz kavramla (tekrar) ikame edildiğini söylemektedir, bkz. Kretschmer Joachim, ‘Der neue § 238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen’ (2022) JA 42. Belirtelim ki; her ne kadar Alman hukukunda halen *Nachstellung* (§ 238 StGB) için evrensel terim olan *Stalking* kullanılmaya devam etse de Alman Kanunundaki güncel normatif düzenleme karşısında (1.10.2021 sonrası) § 238 StGB’yi dilimize “yetkisiz takip” şeklinde tercüme etmek bizce daha doğru olacaktır.

ler benimsemek tek başına yeterli değildir. Gerçekten, TCK m. 123/A/1 hükmünde ısrarlı davranışın tipik hareket oluşturabilmesi eylemin mağdur üzerindeki etkisine bağlanmıştır. Yine bu yorumu destekler mahiyette, ısrarlı takip suçunun kişilerin huzur ve sükununu bozmanın aksine somut tehlike suçu olarak düzenlendiği göz ardı edilmemelidir¹⁵. O ki TCK m. 123/A/1 altında eylemin mağdur üzerindeki somut etkilerine bir sonuç bağlanmıştır, o halde ısrarın yorumlanmasında mağdurun subjektif durumu da dikkate alınmalıdır. Fakat hukuki değerlendirme yalnızca failin subjektif durumuna terk edilirse; telefonu üç gün üst üste aranan bir kişi bakımından kesintili ya da geçici olarak görülen davranış, bir başka mağdur tarafından ısrarlı eylem olarak görülebilir. Öyleyse ısrar olgusu, mağdurun subjektif durumunun objektif veriler ışığında değerlendirilmesiyle tespit edilmelidir.

Önemle belirtelim ki tipikliğin unsuru olan ısrar eylemi, suçu kesintisiz suç haline getirmez¹⁶. Başka deyişle aynı mağdurun farklı zamanlarda takibi, - elbette makul süre içinde- tek bir (ısrarlı) hareket olarak değerlendirilir¹⁷.

Israr kelimesinin hukuki yorumunda, TCK m. 123'ün yol gösterici olduğu söylenebilir¹⁸. TCK m. 123/A, TCK m. 123 hükmünde öngörülen kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu ile benzemektedir. Nitekim ısrarlı takip suçunun, kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun özel bir şeklini oluşturduğu kabul edilmektedir¹⁹. Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun tipik hareketinde de fiilin ısrarla icra

¹⁵ Alman Ceza Hukukunda da 2017 tarihli kanun değişikliğinde suç tanımında “*hayat tarzını önemli derecede etkilemeye elverişli şekilde*” ibaresine yer verilmesiyle birlikte suç, netice suçu (*Erfolgsdelikt*) olmaktan çıkarılmış ve potansiyel tehlike suçu olarak vasıflandırılmıştır (*potentielles Gefährdungsdelikt*), bkz. Fischer (n 4) § 238 Rn. 21; Heger (n 4) Rn. 1; MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 2; Schönke/Schröder/Eisele (n 4) Rn. 29. Önceki düzenleme açısından, normun netice suçu olarak düzenlenmesinin suçtan beklenen hukuki yararı karşılamakta yetersiz kalacağı, öngörülen hukuki amaca ulaşabilmek için çözümün, fiilin tehlike suçu olarak vasıflandırılması ile mümkün olacağı görüşünde Schöch (n 2) 221; aynı yönde eleştiri için ayrıca bkz. Neubacher ve Seher (n 1) 1034 vd. Suçun oluşabilmesi için mağdurun hayat tarzının önemli derecede etkilenmesi gerektiği ve bu bakımdan suçun netice suçu olduğu görüşünde NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 45. Gerçekten, TCK m. 123'te tanımlı suç bakımından kişilerin (mağdurun) failin hareketinden dolayı rahatsız olmaları şart değildir, bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 499. Bu yönüyle kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu soyut tehlike suçudur.

¹⁶ BGH NStZ 2010 513. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 34; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 60; Gazeas (n 4) 504; Kretschmer (n 13) 46; Holger Matt ve Joachim Renzikowski, Strafgesetzbuch Kommentar (2. Bs. Franz Vahlen Yayıncılık 2020) 1917. Aksi görüşte Özar (n. 1) 1413; Taşkın (n 1) 124.

¹⁷ BGH NStZ 2010 513. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 34; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 60.

¹⁸ Ayrıca bkz. Özar (n 1) 1409.

¹⁹ Bkz. TCK m. 123/A gerekçesi.

edilmesi şarttır. 5237 sayılı TCK'nın yürürlük tarihinden bugüne yürürlükte olan bu suç hakkındaki içtihatlar, ısrar kelimesi üzerine yerleşik içtihatları görmemize katkı sunacaktır. Buna göre ısrar; icra edilen davranışta bir kez ile yetinilmemesi, eylemin tekrarlanması ve süreklilik teşkil etmesi şeklinde yorumlanmalıdır²⁰.

b. Seçimlik Hareketlerin Değerlendirilmesinde Ortak Hususlar

TCK m. 123/A/1'e göre²¹; ısrarlı bir şekilde, fiziken takip etmek ya da haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olan faile altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir²².

²⁰ “Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu ile korunan hukuki yarar kişi özgürlüğünün korunması ve bireyin, psikolojik ve ruhsal bakımdan rahatsız edilmemesi ve yaşamını sağlıklı bir şekilde sürdürmesi olarak tanımlanmaktadır. Bu suçun oluşabilmesi için, kanun metninde yazılı bulunan telefon etme, gürültü yapma ya da aynı maksatla, hukuka aykırı bir davranışta bulunulması eylemlerinin bir kez yapılmasının yeterli olmadığı, eylemlerin ısrarla tekrarlanması, süreklilik arz etmesi ve sırf kişilerin huzur ve sükûnunu bozma saiki ile işlenmesi gerekmektedir”, bkz. Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 12030/20848, 25.10.2022; aynı yönde ayrıca bkz. Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 3217/10262, 24.5.2022; Yargıtay 1 Ceza Dairesi, 857/1068, 11.2.2021. “Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçunda, suçun maddi unsurunu oluşturan eylemlerin ısrarla, huzur ve sükunu bozma saiki ile gerçekleştirilmesinin gerektiği, yargılamaya konu somut olayda, sanığın müştekinden alacağı için bir kaç kez aradığını ve sadece iki adet hakaret içerikli mesaj gönderdiğini belirtmesi karşısında; TIB'den suç tarihindeki HTS kayıtlarının getirtilip sanığın müştekiyi kaç kez aradığının tespit edilerek sonucuna göre sanığın ne şekilde ‘sırf huzur ve sükunu bozma’ saiki ile hareket ettiği ve ısrar unsurunun olayda nasıl gerçekleştiği tartışılıp açıklanmadan yerinde olmayan gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi”, bkz. Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 14709/12756, 18.5.2022. TCK m. 123 altında ısrar kavramı hakkında ayrıca bkz. Özen ve Atacan (n 9) 485 vd.

²¹ Uluslararası hukukta karşılık bulan *Stalking* fiilinin hukukumuzdaki normatif karşılığı olan TCK m. 123/A, emsal normlar arasında yer alan § 238 StGB'ye nazaran sınırlı bir içeriğe sahiptir. Çalışmamızda yer yer detaylarını sunduğumuz § 238 StGB hükmünde tanımlı seçimlik hareketlere, siber suçlarla mücadele gerekçesiyle (bkz. Heger (n 4) Rn. 3) 2021 tarihinde üç yeni varyasyon eklenmiştir (bkz. § 238/1-Nr. 5-7 StGB). Diğer yandan kanun koyucu, § 238/1 StGB'de yer alan “benzer bir başka davranış” ibaresini sekizinci bende taşıyarak tipik hareket sahasını son derece genişlemiş görünmektedir, bkz. Heger (n 4) Rn. 5. 2021 tarihli değişikliklerle güdülen amaç; teknolojik gelişmelerin etkisi altında mağdurun daha iyi şekilde korunması, hukuki belirlilik ve hukuk güvenliği olduğu söylenmelidir. Son fıkradaki “benzer bir başka davranış” ibaresine rağmen kanun koyucunun attığı adım da kanunilik ilkesine uyumluluk çabasının bir göstergesidir, bkz. Kretschmer (n 13) 41 vd.

²² § 238/1-n. 4 StGB'de “Mağduru veya onunla yakın ilişkide olan bir başka kişiyi hayat, vücut dokunulmazlığı, sağlık veya özgürlüğünü ihlal etmekle tehdit eder” şeklinde tanımlanan seçimlik hareketin benzeri bir tercihe TCK'da yer verilmemiştir. Anılan hükmün tehdit suçuyla bir içtima ilişkisi göstermediği, § 238'deki fiilin § 240 StGB'ye göre daha dar bir çerçeveye sahip olduğu dile getirilmektedir, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 31. § 238 StGB'nin özel

Israrlı takip suçunda öngörülen seçimlik hareketlerin ortak koşulu, eylemin süreklilik arz etmesi, failin tipikliğe ait olan aynı veya farklı davranışı ısrarlı biçimde icra etmesidir. Isrardan ne anlaşılması gerektiğine dair açıklamalarımızdan sonra her bir hareket hipotezini ayrı ayrı ele alacağız. Fakat bu detaylı analize başlamadan önce, ısrarlı takibin ancak icrai davranışla işlenebileceğini vurgulayalım. Gerçekten, seçimlik hareketlerle ihmali davranışı bağdaştırmak güçtür. Diğer yandan, garantörsel ihmali suç değerlendirmesi yapılabilmesi için kanunen açık belirlemeye ihtiyaç vardır²³. O halde ısrarlı takibin görünüşte ihmali suç olarak vasıflandırılması da olanaksızdır. Böylece; mesela, herhangi bir iştirak iradesi olmaksızın kızını ısrarla takip ederek endişeye sevk eden failin davranışına sessiz kalarak faile müdahale etmeyen babanın TCK m. 123/A özeinde cezai sorumluluğu yoktur²⁴.

Yine seçimlik hareketler bakımından ortak nitelikte bir diğer önemli husus, failin ısrarlı takibin farkında olmasının aranıp aranmayacağıdır. Mağdurun icra edilen fiilden haberdar olmalıdır²⁵. Aksi halde, kanunda yer alan huzursuzluk ve endişe şartının da fonksiyonel bir anlamı kalmayacaktır²⁶. O halde TCK m. 123/A açısından mağdurun kendisine karşı icra edilen ısrarlı takibin farkında olmasını aramak daha doğru bir yaklaşım görünümündedir²⁷. Hemen bu noktada, takipten haberdar olmak ile takibi algılamayı ayırmanın gerekliliğine işaret etmek isteriz. Çünkü biz, algılama yeteneği olmayan kişinin de suçta mağdur olabileceğini kabul ediyoruz. Huzursuzluk ve endişe halinin hukuki niteliği üzerine ilerleyen kısımda yer verdiğimiz değerlendirmeler, bu husustaki açıklamalarımızı da aydınlatacaktır.

norm olduğu ve meselenin prensip olarak bu kapsamda çözümlenmesi gerektiği görüşünde Kretschmer (n 13) 46. Bu hallerde § 238/1-n. 4 StGB'de anılan fiillerin münhasıran düzenlendiği normlar ile § 238 StGB arasında görünüşte içtima hükümlerine göre cezalandırmaya gidilmesi görüşünde NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 60. TCK'da ise benzer bir seçimlik hareketin tanımlanmaması son derece olumludur. Çünkü emsal normatif düzenlemeyi tehdit suçundan ayırmanın zorluğu bir yana, halihazırda tehdidin cezalandırıldığı bir sistemde ayrıca bir düzenleme yapılmasının hukuki gereksinim bakımından karşılığı yoktur.

²³ Genel olarak bkz. Koca ve Üzülmüş (n 10) 396.

²⁴ Elbette bu ihmali davranışın Kanunda tanımlı bir başka normu ihlal etmesi ayrıca değerlendirilmelidir (bkz. TCK m. 98).

²⁵ Alman Hukukunda bir görüş, § 238 StGB'de tanımlanan suç için mağdurun takipten haberdar olmasını/takibin farkında olmasını aramamaktadır, bkz. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 5.

²⁶ Benzer bir yoruma cinsel taciz suçu üzerinden yapılacak yorumla da ulaşmak mümkündür, karşı. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, (10.9.2013), E 2012/7618, K 2013/8902.

²⁷ Benzer yönde Özar (n. 1) 1410. Alman Hukukunda da özellikle 2017 değişikliğiyle birlikte açıkça zikredilen "elverişli şekilde" ibaresinden sonra, mağdurun fiilin farkında olması, tipik hareketin parçası olarak değerlendirilmektedir, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 2.

c. Fiziki Takip

TCK m. 123/A/1'deki tanımında yer alan tipik hareketlerden ilki, mağdurun fiziken takip edilmesidir. Anılan eylem bakımından ilk akla gelen, ısrarlı şekilde mağdurun peşinden gidilmesidir. Ama Kanun gerekçesinde de paylaşıldığı gibi, suç işleme kastı kapsamında olmak kaydıyla, değişik zamanlarda aynı veya farklı yerlerde mağdurun karşısına çıkılması da fiziki takip olarak görülmektedir. Bunun yanında, fiilin bedensel temas içermesine gerek yoktur²⁸. Tabii bu noktada, eylemin bedensel temas içermesi durumunda farklı suçlar tartışmaya açılabilir. Çünkü vücut teması şeklindeki eylemde failin saiki ve eylemin yoğunluğuna göre yaralama, sarkıntılık, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma gibi suçlar da gündeme gelir.

Mağdurun teknolojik bir imkânın araç kılınması suretiyle takibi halinde fiziken takibin kabul edilebilirliği de tartışılmalıdır. Mesela, mağdurun haberdar olacağı şekilde fail tarafından ısrarlı biçimde kamera üzerinden izlenmesi fiziki takip niteliğinde midir? Bu soru olumsuz yanıtlanırsa eylemin TCK m. 123/A/1 kapsamında cezalandırılmayacağı söylenecektir. Çünkü takip amacıyla haberleşme, iletişim araçları ve bilişim sistemleriyle icra edilen davranış, mağdurla temas gayesi içerir (TCK m. 123/A/1). Kanaatimizce, fiziken takip fail ve mağdurun birbirlerini yüz yüze, karşılıklı görecekları şekilde sınırlandırılmamalıdır. Mağdurun rahatsız olacağı biçimde herhangi bir teknik araçla izlenmesi durumunda da TCK m. 123/A/1'in gerçekleştiği söylenmelidir²⁹.

d. Haberleşme ve İletişim Araçlarını, Bilişim Sistemlerini Kullanarak Temas Kurmaya Çalışmak

TCK m. 123/A/1'de tanımlanan diğer seçimlik hareket, bir kimseyle haberleşme ve iletişim araçlarını, bilişim sistemlerini veya üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmaktır³⁰. Teknolojik gelişmeler ışığında maddede yer veri-

²⁸ Balcı ve Çakır (n 1) 328; MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 18 vd.

²⁹ Buna karşın, belirtilen seçimlik hareket açısından fail ve mağdur arasında fiziki bir yakınlığın aranması gerektiği de savunulmaktadır, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 20. TCK'da bu hususta bilinçsiz bir boşlukla ve yasal olarak giderilmesi gereken mühim bir eksiklikle karşılaşıldığı görüşünde Dülger (1) 38; ayrıca bkz. Özar (n 1) 1410.

³⁰ § 238/1 StGB'de "(2) Telekomünikasyon iletişim araçlarını veya başka bir iletişim aracını ya da üçüncü kişileri kullanarak onunla temasa geçmeye teşebbüs eder, (3) Ona ilişkin kişisel verileri kötüye kullanmak suretiyle onun adına mal veya hizmet sipariş eder veya üçüncü kişileri onunla irtibat kurmaya yönlendirir" şeklinde, birbirine benzer iki davranış iki ayrı seçimlik hareket altında öngörülmüştür. Bu yönüyle, TCK'da daha sade ve isabetli bir düzenleme tercih edildiği söylenmelidir.

len araçlarla bireylerin birbirini takibinin kolaylaşması, kanun koyucuyu böyle bir düzenleme yapmaya sevk etmiştir³¹. Burada haberleşme ve iletişim araçları ile bilişim sistemleri bakımından bir sınırlama öngörülmemiştir. O halde bu seçimlik hareketin icrasında, anılan nitelikte olan³² ve bir başkasıyla temas kurmaya elverişli görünen araçlara başvurulabilir. Kişileri sabit ya da cep telefonundan arama veya onlara mesaj gönderme; faks, mektup gibi araçlarla rahatsız etme sosyal medya hesapları üzerinden yazışmalar³³ TCK m. 123/A/1 kapsamında³⁴.

e. Üçüncü Kişileri Kullanarak Temas Kurmaya Çalışmak

TCK m. 123/A/1'e göre fail, üçüncü kişileri kullanarak da mağdurla temas kurmaya çalışabilir. Tipik hareket yönünden üçüncü kişinin³⁵ doğrudan, fiziken bir temas kurmasıyla haberleşme ve iletişim araçlarını ya da bilişim sistemlerini kullanması arasında fark yoktur³⁶.

TCK m. 123/A/1 yönünden irdelenmesi gereken bir sorun olarak, araç kişinin irade yeteneğine sahip olup olmaması durumu öne çıkmaktadır. Kanaati-

³¹ Bkz. TCK m. 123/A/1 gerekçesi.

Alman Hukukunda teknolojik gelişmelerin oluşturacağı boşluğu engellemek, yeni davranış modellerini de suç tipi içine alabilmek adına § 238 StGB/1-Nr. 8'de "benzer bir başka davranış" şeklinde bir tanımlamaya yer verilmiştir, genel olarak bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 34. Düzenleme, somut bir davranış biçimi içermediği için kanunilik ilkesi ve haliyle Anayasaya uygunluk açısından sorunlu görülmektedir. Ancak diğer olayda Nr. 8'de yer alan bu ibare, önceki yedi bendi işaret etmesi ve ceza hakimini olayda tespit edeceği belirli bir harekete yönlendirmesi nedeniyle anlaşılabilir olduğu yönünde yorumlar paylaşılmaktadır, Heger (n 4) Rn. 5; benzer yönde Neubacher ve Seher (n 1) 1033. Söz konusu düzenlemenin anayasal açıdan hukuken sorunlu görüldüğü, diğer yandan ilgili hükmün pratikte "ölü kanun" niteliğinde olduğu yönünde Schöch (n 2) 221. Belirtelim ki böyle bir düzenlemenin TCK'da yer almaması son derece isabetlidir. Çünkü söz konusu düzenleme, kanunilik ilkesi açısından sorunludur; TCK özelinde benzer yönde değerlendirme için ayrıca bkz. Dülger (1) 34.

³² Elektronik haberleşme araçlarından ne anlaşılması gerektiği hususunda 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu m. 3/1-h; bilişim sistemlerini anlamlandırmak için TCK m. 243 gerekçesinin yol gösterici olduğu söylenmelidir, bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 329.

³³ Heger (n 4) Rn. 4.

³⁴ Balcı ve Çakır (n 1) 329 vd. Ayrıca bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 23.

³⁵ Üçüncü kişinin mağdurun çevresinde bir kişi olmasıyla faile ve/veya mağdura yabancı bir kişi olması, fiil bakımından önemsizdir, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 25.

³⁶ § 238 StGB'de üçüncü kişilerle ilgili düzenleme de bir bakıma benzer içeriktedir: "2. Telekomünikasyon iletişim araçlarını veya başka bir iletişim aracını ya da üçüncü kişileri kullanarak onunla temasa geçmeye teşebbüs eder, 3. Ona ilişkin kişisel verileri kötüye kullanmak suretiyle onun adına mal veya hizmet sipariş eder veya üçüncü kişileri onunla irtibat kurmaya yönlendirir." Fischer (n 4) § 238 Rn. 21.

mizce, kanuni tip bakımından mağdurun rahatsız edilmesi belirleyici olduğu için araç kişinin kusur yeteneğini haiz olup olmaması arasında fark yoktur.

Araç kişinin suç işleme kastı taşıyıp taşıyımamasının cezai sorumluluğa etkisi de üzerine düşünülmesi gereken diğer bir meseledir. Gerçekten kişi, bir başkası tarafından hataya düşürülerek takibi gerçekleştirmiş veya temas kurmanın aracı kılınmış olabilir. Böyle bir olasılıkta suç fiiline ilişkin yorumlar da değişecek midir? Bu soruya olumsuz yanıt verilmelidir. Araç kişinin kasten hareket etmesi veya kusurluluğunu etkileyen bir hal olup olmaması, TCK m. 123/A/1 bakımından etkisizdir³⁷. Ama anılan hususlarda ortaya konulan tespitlerin, bir başkasını araç kılan kişinin faillik durumu açısından son derece önemli olduğu vurgulanmalıdır. İşaret ettiğimiz son husus, aşağıda iştirak başlığında değerlendirilecektir.

3. Netice ve Objektif Cezalandırılabilme Şartı Üzerine İnceleme

Israrlı takip suçunda TCK m. 123/A/1'de tanımlanan seçimlik hareketlerden bir veya birden fazlasının ısrarlı şekilde icra edilmesinin kişi üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olması gerekir. Bu düzenlemeyle birlikte suç, - aşağıda detaylandıracağımız üzere- bizzat somut tehlike suçudur³⁸. Israrlı şekilde takipte bulunan veya aracı vasıtasıyla temas kurmaya çalışan kişi, sırf bu hareketi sebebiyle cezalandırılmayacaktır.

TCK m. 123/A/1'de öngörülen *bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* ibaresinin hukuki niteliği nedir? Bu sonucun doktrinde netice kapsamında ele alındığı gözlemlenmektedir³⁹.

³⁷ § 238 StGB bakımından da aynı değerlendirme için bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 25.

³⁸ Suçun tehlike suçu olmadığı, zarar suçu niteliği taşıdığı görüşünde Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502. Suçun zarar suçu olarak düzenlenmesinin TCK m. 123/A hükmünün uygulanma alanını daralttığı görüşünde Özar (n. 1) 1425. Israrlı takibin zarar suçu niteliğinde olduğu ve fakat somut tehlike suçu şeklinde düzenlenmesinin suçla korunan hukuki değer/suçlulukla mücadele açısından daha doğru olacağı görüşünde Taşkın (n 1) 129. Alman Ceza Kanununda 2017 tarihli kanun değişikliğinde suç tanımında "*hayat tarzını önemli derecede etkilemeye elverişli şekilde*" ibaresine yer verilmesiyle birlikte suç, zarar suçu olmaktan çıkarılmış ve tehlike suçu olarak vasıflandırılmıştır (*Gefährdungsdelikt*), bkz. Fischer (n 4) § 238 Rn. 21.

³⁹ Balcı ve Çakır (n 1) 330; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 501 vd.; Özar (n. 1) 1412.

TCK m. 123/A/1’de yazılı sonuçların hukuki niteliği yorumlanırken, kaleme alınışı itibarıyla benzerlik gösteren görevi kötüye kullanma suçunun yol gösterici olduğu söylenebilir. Nitekim TCK m. 257/1 ve m. 257/2’de yer alan *kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan* ifadesi objektif cezalandırılabilme şartı olarak yorumlanmaktadır⁴⁰. Fail, görevin gereklerine aykırı davranış sergilediğinde tipik hareket gerçekleşmiş, suç tamamlanmıştır. Ne var ki failin cezalandırılabilmesi için kişilerin mağduriyeti veya kamunun zararı doğmalıdır. Bu nüans failin kastı ve teşebbüs hükümleri bakımından son derece önemlidir⁴¹.

TCK m. 123/A/1’de öngörülen huzursuzluk veya güvenlik endişesi netice unsuru içinde kabul edildiğinde tipikliğin maddi unsurunun parçası haline gelecek ve kast kapsamında olması aranacaktır. Haliyle TCK m. 123/A/hükmünde tanımlanan hareketi ısrarlı şekilde icra eden fail, mağdur üzerinde bir rahatsızlık oluşturma veya onu güvenlik endişesine sürüklemekle kastı taşııyorsa, gerçekleşen fiilde tipikliğin oluştuğu da söylenemeyecektir.

TCK m. 123/A/1’in kaleme alınışı, TCK m. 257’ye benzemektedir. Kanun koyucu, hareketi tanımlarken *rahatsız eden, endişeye sevk eden* demek yerine, *neden olan* ifadesini tercih etmiştir. Diğer yandan kanun koyucu madde metninde takibi ayrı bir saike bağlamamıştır⁴². Mesela TCK m. 123 hükmünde sırf huzur ve sükunu bozma maksadı suçun oluşumu için şarttır. Oysa ısrarlı takip suçunda takip herhangi bir saike dayanabilir⁴³. Her ne kadar kanun gerekçesin-

⁴⁰ Anılan suç özelinde kapsamlı değerlendirme ve nihai olarak aynı kanaat için bkz. Uğur Ersoy, Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları (Adalet Yayıncılık 2015) 239; karşı. Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (2. Bs. Adalet Yayıncılık 2019) 567 vd. Farklı görüşte Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (20. Bs. Seçkin Yayıncılık 2022) 1251. Yargıtay’ın görüşü de TCK m. 257 hükmünde tanımlı suçun objektif cezalandırılabilme şartı içerdiğini düşünmektedir, “Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için objektif cezalandırma şartı olan “kişilerin mağduriyetine” veya “kamunun zararına neden olma” ya da “kişilere haksız bir menfaat sağlama” koşullarından birisinin de mevcut olması gerektiği nazara alınarak, objektif cezalandırma koşullarının ne şekilde gerçekleştiğinin denetime imkan verecek biçimde karar yerinde tartışılıp değerlendirilmesi sonrasında”, bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, (13.6.2023), E 2021/7469, K 2023/7435.

⁴¹ Hukuki kurumun etkileri bakımından genel olarak bkz. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Bs. Adalet Yayıncılık 2020) 263. TCK m. 123/A’nın objektif cezalandırılabilme şartı içermediğinin açık ifadesi için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁴² Nitekim bu hususun TCK m. 123 ile TCK m. 123/A arasındaki en önemli ayrım ölçütü olduğu vurgusu için bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 336.

⁴³ TCK m. 123/A gerekçesi.

de ısrarlı takip suçunun zarar suçu olduğu söylene de TCK m. 123/A ile TCK m. 123 hükmünün benzerlik gösterdiği belirtilmiş ve TCK m. 123/A'da tanımlı fiilin olduğu durumda artık ısrarlı takip suçunun olduğu belirtilmiştir. Yine Gereğede, ısrarlı takip suçunun kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunun özel bir görünümü olduğu belirtilmiştir. O halde sırf huzur ve sükunu bozma maksadıyla hareket eden ve bu davranışıyla mağdurun huzursuzluğuna veya güvenlik endişesine sebep olan fail, ısrarlı takip suçundan cezalandırılacaktır.

TCK m. 123/A'nın kaleme alınışı ve TCK m. 123 ile olan ilişkisi birlikte analiz edildiğinde, rahatsızlık ve endişe koşulunun hukuki niteliğini tespit etmek son derece güçtür. Çünkü rahatsızlık ve endişe *suçun unsuru* kabul edilirse; sırf huzur ve sükunu bozma maksadıyla hareket eden failin, mağdurun huzuru ve sükunu bozulduğunda hangi madde kapsamında sorumlu tutulacağı sorusu gündeme gelecektir. Aynı sorun, endişe ve huzursuzluğun objektif cezalandırılabilme şartı olarak değerlendirilmesi durumunda da söz konusudur. Geldiğimiz noktada her iki olasılık da hukuken izahı güç bir durum ortaya çıkarmaktadır.

TCK m. 123 ile TCK m. 123 arasında bir genel norm-özel norm ilişkisi olduğu belirtilmektedir⁴⁴. Kişilerin huzur ve sükununu bozma suçunda saik, kanun koyucu tarafından açıkça madde metninde düzenlenmiştir. Böylelikle suç ancak doğrudan kastla işlenebilir⁴⁵. Sırf huzur ve sükunu bozma maksadıyla mağduru rahatsız eden kişinin TCK m. 123 hükmüne göre cezalandırılması için bir zararın ve hatta somut tehlikenin doğmasına gerek yoktur. Peki, ancak doğrudan kastla işlenen bu suçta mağdur huzursuz olur yahut kendisi veya yakınlarının güvenliği için endişeye kapılırsa kişi, hangi norm altında cezalandırılacaktır? Kanuna bakıldığında fail, TCK m. 123 bakımından doğrudan kastla hareket etmiş olmasına rağmen TCK m. 123/A uyarınca cezalandırılacaktır. Bu olasılıkta fail açısından *başkasının huzursuzluğunu istemediği* şeklinde bir durumu değerlendirmeye lüzum yoktur; çünkü zaten failin davranışı buna yöneliktir. Peki, sırf neticenin meydana gelmesinin bizi farklı bir norma sevk etmesinin gerekçesi nedir? Başka ifadeyle; kanun koyucu, TCK m. 123'te neticenin doğmasını temel suçun unsuru ya da cezayı artıran hal şeklinde düzenleyebilecekken niçin ayrı bir norm öngörmüştür? Bu soruya maddi ceza hukuku boyutuyla tatmin edici bir yanıt bulamıyoruz.

⁴⁴ TCK m. 123 gerekçesi. Ayrıca bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 336; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁴⁵ "... suçun unsuru olan 'sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadının' ne şekilde gerçekleştiği tartışılmadan yetersiz gerekçeyle mahkumiyet kararı verilmesi", Yargıtay 4 Ceza Dairesi, 5040/6629, 10.4.2019; Özel kast vurgusu için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 499.

TCK m. 123/A'yı TCK m. 123 karşısında konumlandırmayı zor hale getiren diğer mesele şudur: TCK m. 123/A için failin herhangi bir saikle hareket etmesinin gerekmediği ve bu tespitin maddeyi TCK m. 123 hükmünden ayırdığı dile getirilmektedir⁴⁶. O halde şöyle bir örnek düşünelim.

Olay: F, sırf arkadaşları nezdinde dikkat çekmek adına, sınıfın en popülerleri olarak gösterilen A'yı bir hafta boyunca telefon numarasını gizleyerek ve rumuz kullanarak ısrarla aramış, kendisine sosyal medya hesabından mesajlar göndermiştir. Nihayet olağan yaşamını etkileyecek şekilde huzursuzluğa kapılan A, kendisiyle ısrarla iletişim kuran kişi (F) hakkında şikayetçi olmuştur.

Paylaştığımız örnekte failin (F) TCK m. 123/A'da sayılan seçimlik hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiğinde şüphe yoktur. Ancak F, "*A'nın huzursuz olmasını istemedim. Arkadaşımız olduğu için rahatsız olabileceğini de düşünemedim*" şeklinde bir savunma yapsa, bu savunmanın maddi ceza hukuku boyutuyla karşılığı olacak mıdır? Bu savunma, TCK m. 123 bakımından etkili kabul edilebilir; çünkü tipik hareket, sırf huzur ve sükunu bozma amacı taşımalıdır. TCK m. 123/A açısından ise; saik önemsizse, bu savunmanın ilk etapta etkisiz olduğu söylenecektir. Ne var ki huzur ve sükunu bozma maksadı taşımayan ve dahi böyle bir sonucu göze almayan kişi, kastetmediği bir neticeden, yani TCK m. 123/A'dan hangi gerekçeyle cezalandırılabilir? İşte bu noktada, TCK m. 123/A'daki huzursuzluk ya da endişe hali objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilirse, failin bu sonuçlar üzerinde kastı aranmayacak ve haliyle örnek olayımızdaki gibi bir savunma etkisiz kalacaktır.

Kanaatimizce; TCK m. 123/A'daki huzursuzluk ve endişe halinin objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü, failin farklı bir norm altında konumlandırılmasının maddi ceza hukuku yönünden anlamlandırılabilmesine katkı sunacaktır. Aksi halde, bir başkasının huzurunu bozma kastıyla hareket edip mağdur üzerinde herhangi bir etki bırakmayan fail cezalandırılırken (TCK m. 123), herhangi bir saik ve ısrarlı hareketlerle bir başkasını takip eden kişi, mağdurun huzursuzluk ya da endişeye kapılmaması durumunda "kast" değerlendirmesine bağlı olarak cezasız kalacaktır (maksat yönüyle bkz. TCK m. 123; netice yönüyle bkz. TCK m. 123/A). Böyle bir sonucu kabul etmek mümkün değildir. Bu çelişki, mevcut yasal şartlarda ancak TCK m. 123/A hükmünün objektif cezalandırılabilme şartı içerdiğinin kabulüyle aşılabılır. Benimsediğimiz yorum, yukarıda kıyasladığımız emsal suç tipleri bakımından da doğru ve tutarlı görünmektedir.

⁴⁶ TCK m. 123 gerekçesi. Ayrıca bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 336; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

Sonuç olarak biz, TCK m. 123/A'da öngörülen *bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* halini *objektif cezalandırılabilme şartı* olarak kabul ediyoruz. Aşağıda yer verdiğimiz kurumların analizinde de bu kabulümüz doğrultusunda ilerleyeceğiz.

B. Tipikliğin Manevi Unsuru

TCK m. 123/A'da tanımlanan suçta manevi unsur kasttır⁴⁷. TCK m. 123 hükmünden farklı olarak bu suçta olası kast yeterlidir⁴⁸. Madde metninde, ısrarlı takibin belirli bir saike dayanması aranmamıştır. Böylece seçimlik hareketlerden bir veya birden fazlası, herhangi bir saikle gerçekleştirilebilir.

Israrlı takibin sonucunda başkasının huzursuzluğu ya da endişe duyması failin kastı kapsamında olabilir. Fail, bu sonuçları göze almış olabilir (olası kast)⁴⁹. Ancak fail, ısrarlı takibi istemesine rağmen bu sonuçları istememişse ne olacaktır? Yukarıda netice bahsinde detaylı şekilde incelediğimiz üzere; bu sonuçların kanuni tipte neticeye dahil edilmesi halinde fail TCK m. 123/A açısından cezasız kalacaktır⁵⁰; çünkü kast, neticeyi de kapsamalıdır. Buna karşın TCK m. 123/A altında kanaatimizin, bu unsurların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabulü yönünde olduğunu ifade etmiştik. Öyleyse failin kastı, mağdurun huzursuzluk veya endişe duymasını kapsamak zorunda değildir.

Israrlı takip suçunda kast belirli bir maksat içermemektedir. Fakat TCK m. 123 ile birlikte düşünüldüğünde, failin sırf huzur ve sükunu bozma kastı taşıması halinde ne olacaktır? Yine netice kısmında yer verdiğimiz analizler doğrultusunda fail, mağdurun endişe veya huzursuzluğa kapılmaması halinde TCK m. 123, endişe ya da huzursuzluğun doğması halinde ise TCK m. 123/A'dan sorumlu tutulacaktır. Bu noktada TCK m. 123/A'da tanımlı fiilin TCK m. 123 hükmünü de (kısmen) kapsadığı ve kast yönünden bir engel bulunmadığı söylenmelidir. Ancak daha önce de vurguladığımız gibi, ayrı bir normatif düzenleme gereksinimini maddi ceza hukuku perspektifinden açıklamak güçtür.

⁴⁷ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁴⁸ Aynı yönde bkz. Taşkın (n 1) 121.

⁴⁹ Alman hukukundaki düzenleme bakımından, ilgili suç için olası kast yeterli görülmektedir, genel olarak bkz. Heger (n 4) Rn. 7; Mosbacher (n 2) 669; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 49. § 238/1-Nr. 1 StGB bakımından *dolus directus*'un şart, diğer seçimlik hareketler bakımından ise *dolus eventualis*'in yeterli olduğu görüşünde Gazeas (n 4) 503.

⁵⁰ Kanun metninde yer alan sonuçların neticeye ve haliyle kasta dahil olduğu görüşünde Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

Israrlı takip suçunda failin herhangi bir saikle hareket edebilmesine dair dikkat çekilmesi gereken bir diğer nokta, failin saikinın Kanunda tanımlı bir başka tipik hareketi karşılaması olasılığıdır. Mesela, ısrarlı takip şayet cinsel amaçla gerçekleştirilmişse cinsel taciz suçu oluşacaktır (TCK m. 105)⁵¹. Yine mesela, mağdurun özellikle gece vakti sabit ya da mobil telefonundan ısrarlı şekilde aranarak rahatsız edilmesi, sadece ısrarlı takip altında değil, pek tabii yaralama suçu altında da değerlendirilmeye müsaittir⁵². Paylaşılan olasılıklarda sonuç cezanın nasıl belirlenmesi gerektiği içtima bahsinde ele alınmıştır.

1. Hatanın Etkilerine Dair İnceleme

a. Genel Olarak

Kişilere karşı suçlar arasında düzenlenen ısrarlı takip suçunda fail, tipik hareketi yöneltmek istediği şahısta hataya düşebilir. Bu hatanın failin kastına ve haliyle cezai sorumluluğuna etkisi incelenmelidir.

Fail, ısrarlı takip sonucu zarar vermek istediği kişide, yani suçun mağdurunda yanılabilir. TCK m. 123/A'da suçun mağduru ve konusu aynıdır. O halde failin, zarar vermek istediği kişide hataya düşmesi şahısta veya konuda hata altında değerlendirilmelidir (*error in persona vel obiecto*). Şahıs veya konuda hataya düşen failin cezai sorumluluğunda başvuru metodu, eşdeğerlik prensibidir⁵³. Eşdeğerlik prensibine göre; failin tasavvurundaki kişi ya da konu ile gerçekte etkilenen kişi ya da konu birbirine eşdeğer nitelikteyse hata önemsizdir ve kast ve haliyle cezai sorumluluk üzerinde etkisi yoktur (*unbeachtlicher Motivirrtum*)⁵⁴. Buna karşın, tasavvur edilen ile gerçekte oluşan durum birbirine eşdeğer değilse hata önemli sayılacak (*beachtlicher Motivirrtum*) ve failin kastı kalkacaktır (kastı kaldıran hata)⁵⁵. Suçun temel şekline yönelik kastın kalktığı söyleniyorsa unsur yanılığında bahsedilecek ve fail, eyleminden ötürü ancak taksirli olarak sorumlu tutulacaktır. Cezayı artıran veya azaltan nitelikli hal üzerinde kast kalkmışsa TCK m. 30/2 hükmü uygulanacak-

⁵¹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 41) 1251; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (6. Bs. Adalet Yayıncılık 2019) 381. Doktrinde failin tehdit kastıyla işlenmesi halinde TCK m. 106'nın gündeme geleceği ifade edilmektedir, bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502. Ancak kanaatimizce bu farklılık saik ve kastta değil, hareketin farklılığıyla açıklanabilir, karşı. Balcı ve Çakır (n 1) 336.

⁵² Ayrıca bkz. Matthias Krüger, 'Stalking in allen Instanzen - Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB' (2010) NSTZ 547.

⁵³ M. Emre Tulay, Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata (Adalet Yayıncılık 2022) 61 vd.

⁵⁴ Tulay (n 53) 62.

⁵⁵ Tulay (n 53) 65.

tır. Sonuç olarak; TCK m. 123/A bakımından şahısta veya konuda hata, temel olarak suçun basit şekli (TCK m. 123/A/1) ve nitelikli halleri (TCK m. 123/A/2) açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Israrlı takip suçunda mağdur/konu, kanun koyucu tarafından somutlaştırılmamıştır. Daha açık ifadeyle, tanımlı suç bakımından önemli olan, bir insanın huzur ve güvenliğinin bozulmasıdır. Burada hürriyeti saldırıya uğrayan kişinin kimliği temel suç açısından önemsizdir. O halde failin, ısrarlı takibiyle eski eşi E'yi rahatsız etmesi ve fakat E'ye benzettiği F'ye karşı eylemini gerçekleştirmesi durumunda failin TCK m. 123/A altında kasten hareket ettiğinde ve bu hükmeye göre sorumluluğunda şüphe yoktur. Çünkü TCK m. 123/A açısından mağdurun E ya da F olmasına ayrı bir sonuç bağlanmamıştır.

Suçun temel şekli üzerinde ulaştığımız sonuç, cezayı artıran nitelikli hallerde farklı şekilde kendini gösterebilir. Nitekim failin boşandığı eş, TCK m. 123/A/2-a'ya göre cezayı artıran nitelikli halin parçasıdır. O halde failin tasavvur ettiği kişi eski (boşandığı) eşi E iken, gerçekte zarar gören kişinin F olması arasında, nitelikli hal (TCK m. 123/A/2-a) yönünden eşdeğerlikten bahsedilemez. Ancak belirtelim ki paylaştığımız örnekte failin TCK m. 123/A/1'den cezalandırılıp TCK m. 123/A/2'den cezalandırılmamasının sebebi objektif duruma göre yorum yapılmasıdır. Objektif durumda failin eski eşi zarar görmediğinden, kişi ancak TCK m. 123/A/1'den sorumlu tutulabilir. Ters ihtimalde ise TCK m. 30/2 hükmü devreye girecektir. Buna göre; fail, F'yi ısrarlı takip isterken F'ye benzettiği E'yi (boşandığı eşi) takip etmiş ve E'nin huzursuzluğuna sebep olmuşsa, eşdeğerlik kapsamında esaslı hata tespiti yapılarak TCK m. 30/2 gereğince nitelikli halde kastının kalktığı söylenecek ve yalnızca suçun temel şeklinden cezalandırılacaktır.

Israrlı takip suçunun seçimlik hareketlerinden olan *üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak*, faillik statüsünün tespitiyle bağlantılı olarak hata kurumu bakımından özel bir analiz gerektirir. Konu, iştirak başlığı altında incelenmiştir.

b. Telefonda İşlenen Suçlara Özgü Bir İnceleme

Şahısta veya konuda hata bahsinde özel olarak değinilmesi gereken bir diğer husus, telefonda işlenen suçta hata meselesidir⁵⁶. TCK m. 123/A hükmünde, tipik hareketin haberleşme ve iletişim araçlarını ve bilişim sistemlerini kullana-

⁵⁶ “Telefonda işlenen suç” ibaresi, sadece “telefon” vasıtasıyla işlenen suçları karşılamaz. Literatürdeki genel kullanıma uygun olarak bu ibare tercih edilmiştir. Vaka, başka iletişim araçlarının kullanılmasıyla da var olabilir. Bu bağlamda; mesela, sosyal medya hesapları da telefonda işlenen suç tabiri içindedir.

rak icrası da mümkündür. Bu seçimlik harekette fail ile mağdur, genel haliyle yüz yüze değildir, aralarında fiziki bir mesafe vardır. Gerçekten, sözlü davranışla işlenmeye müsait olan tehdit, cinsel taciz, hakaret gibi suçlar ile ısrarlı takip suçunda karşılaşıldığı gibi tipik hareketin imkan verdiği suçlar, telefonda işlenmeye müsaittir. Böyle bir durumda failin şahısta yanılmasının sonuçları ayrıca incelenmeye değerdir.

Olay: F, kendisine ait telefonda ısrarlı bir şekilde A'nın telefonunu arar. Oysa A telefonunu kampa giden kardeşi B'ye vermiştir. B, sürekli aranıp telefonda sessiz kalınmasından dolayı endişeye kapılmıştır.

Anılan olay, doktrinde mesafe suçu (*Distanzfall*) olarak anılan durumun özel bir şeklidir. Bu noktada, mesafe suçlarındaki genel eğilime uygun olarak hedefte sapma (*aberratio ictus*) kurumu işletilirse fail (F), somut durumda etkilenen kişiye karşı (A) ancak taksirle sorumlu olacakken, tasavvur ettiği kişi bakımından -şartları dahilinde- suça teşebbüsten içtima hükümlerine göre cezalandırılır (farklı nev'iden fikri içtima). Bu yaklaşım doğrultusunda fail; ancak B'ye karşı teşebbüsten sorumlu olabilecektir. Çünkü TCK m. 123/A hükmünde tanımlanan suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Bu suçun teşebbüse elverişli olup olmadığı bir tarafa, olayımızda A bakımından somut bir tehlike gerçekleşmediğinden⁵⁷ fail cezasız kalacaktır.

Olayda paylaştığımız olasılığa dair görüşümüz şudur: Kastedilen suçun konusunun bireyselleştirilmediği/somutlaştırılmadığı durumda, tasavvur edilen ile gerçekte etkilenen konunun eşdeğer olduğuna anlam yüklenmeli ve failin kastet-

⁵⁷ Konuyla bağlantılı şekilde teşebbüs üzerine değerlendirme ve tarafımızca savunulan görüş için bkz. Tulay (n 53) 92 vd. Telefonda işlenen suçlarda cezai sorumluluk bakımından ayrıca bkz. Kübra Tunç, 'Karar Analizi - Telefonda İşlenen Suçlarda Şahısta Hata' (2019) 25 (1) MÜHF-HAD 472 vd. "Saniğin bir mağdureye yönelik eylemlerinin diğerini kastederek ve o olduğunu sanarak gerçekleştirilmesi halinde, suçun maddi unsurlarından olan mağdurdaki hata nedeniyle kastedilenin dışındaki mağdureye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraati gerekir... Mağdure R.'ye yönelik eylemlerinin E.'yi kastederek ve o olduğunu sanarak gerçekleştirilmesi karşısında; TCK'nın 30/1. Maddesinde öngörülen failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurlardan olan mağdurdaki hata nedeniyle saniğin, R.'ye yönelik işlediği iddia olunan suçlardan beraati yerine her mağdur için ayrı ayrı TCK'nın 105/1, ... maddeleri gereğince mahkumiyet hükümleri kurulması, kanuna aykırı olduğundan ... bozulmasına", bkz. Yargıtay 14 Ceza Dairesi 6444/8973, 25.9.2012. Paylaştığımız karar özelinde Yargıtay, telefonu açan kişide yanılan failin hatasını tipiklik hatası içinde değerlendirmiş ve hatanın kastı kaldırdığını, failin beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir. Oysa hatanın kastı kaldırabilmesi için esaslı bir hara olması ve bunun için de suç tipinde mağdurun bireyselleştirilmiş olması gerekir. Oysa cinsel taciz suçunda, yine ısrarlı takip suçunda mağdur, kanun koyucu tarafından bireyselleştirilmemiştir. Bu anlamda Yüksek Mahkeme'nin ulaştığı sonuç doğru değildir.

tiği suçtan sorumluluğuna gidilmelidir. TCK m. 123/A bakımından önemli olan husus bir başkasının huzursuzluk ve endişeye sevk edilmesidir. Buna dayanılarak fail, bir başkasını telekomünikasyon araçlarıyla ve ısrarla takip etmek istemiş ve bu fiili gerçekleştirmiştir. O halde telefonun diğer ucundaki kişinin kimliği önemsizdi ve fail, TCK m. 123/A'dan sorumludur. Failin “Benim kastım A’ya yöneliktir. Telefonun B’de olduğunu bilseydim, yapmazdım!” gibi bir savunma yapması ise suçun oluşuma tesir etmeyecektir. Elbette ısrarlı takibin soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olduğundan, bu kuruma ilişkin yetki B’ye aittir. Nihayet *error in persona*’yı kabul ettiğimiz durumda kast, fiilden somut olarak zarar gören kişi veya konu üzerinde tüketilmiş olduğundan, ayrıca tasavvur edilen kişiye yönelik teşebbüs değerlendirmesi yapılamayacaktır⁵⁸.

C. Hukuka Aykırılık

Görevi ifa kapsamında icra edilen ısrarlı takip, TCK m. 24/1 kapsamında hukuka uygun görülecektir⁵⁹. Bu bağlamda mesela, yürütülen soruşturma kapsamında kolluğun Cumhuriyet savcısı ya da sulh ceza hakiminin kararıyla şüpheliyi takibi, hukuka aykırılıktan yoksundur (bkz. CMK m. 160 vd.)⁶⁰.

Yasal şartları kapsamında meşru savunmanın da bu suç altında gündeme gelebileceğine işaret edilmelidir. Kişi, kendisine yönelik bir saldırıyı defetmek amacıyla, saldırganı ısrarlı takiple onu huzursuzluğa ve endişeye sevk edebilir. Bu fiilin orantılı olması halinde fiil hukuka uygun olacaktır.

İlgilinin rızası ise bu suçta tipiklik içinde ele alınmalıdır. Çünkü ısrarlı takip eyleminin tipik hareket teşkil edebilmesi için takibin rızaya aykırı yapılması hareketin doğası gereğidir⁶¹. Hukuki niteliğinden bağımsız olarak, huzursuzluk ve endişe halinin mağdurun rızasına uygun bir fiille gerçekleştirilmesi olanak dışıdır.

⁵⁸ Teşebbüse ilişkin bu son değerlendirmemiz, TCK m. 123/A’da tanımlı suçun teşebbüse elverişliliğinden bağımsız şekilde *error in persona*’ya ait genel uygulamalar çerçevesinde dile getirilmiştir.

⁵⁹ § 238 StGB hükmünde tipik hareket tanımlarken yer verilen “yetkisi olmaksızın-*unbefugt*” tabirine açık şekilde yer verilmiştir. TCK’da böyle bir ifadenin tercih edilmemesi ve seçimlik hareketin tanımına ilişkin yaptığımız değerlendirmeler ışığında, bir başka kişiyi ısrarlı takip hususunda yetkilendirilen kişi bakımından TCK m. 24/1 kapsamında sonuca ulaşmak gerekir.

⁶⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502; ayrıca bkz. Heger (n 4) Rn. 8. İlgilinin rızasının bu suçta hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünde Taşkın (n 1) 122.

⁶¹ § 238 StGB’de tanımlanan suçta Alman kanun koyucu, tipik hareketin yetkisiz olarak icrasını (*unbefugt*) yasa metninde açıkça öngörmüştür; mağdurun rızası tipikliğin maddi unsuruna dahildir. Bu sonucun yanı sıra kanun koyucu, söz konusu ibareyle birlikte sosyal açıdan uygun

D. Kusurluluk Değerlendirmesi

TCK'nın genel hükümlerinde yer alan ve kusurluluğu etkileyen nedenler, yasal şartları ölçüsünde ısrarlı takip suçunun faili hakkında da uygulanacaktır. Bu nedenle, başlığımız altında ayrı bir açıklamaya yer vermiyoruz.

TCK m. 123/A hükmünde tanımlanan seçimlik hareketlerden biri olan *üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak*, araç kişinin kusurluluğuna göre birtakım özellikler gösterir. Konu, iştirak bahsinde ayrıntılı incelenmiştir⁶².

E. Cezayı Artıran Nitelikli Hal ve Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suç

TCK m. 123/A'da kanun koyucu, ısrarlı takip suçunda cezayı artıran halleri sıralamıştır. Suçun; çocuğa ya da ayrılık kararı verilen veya boşanılan eşe karşı işlenmesi; mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması; hakkında uzaklaştırma ya da konuta, okula veya iş yerine yaklaşmama tedbirine karar verilen fail tarafından işlenmesi durumlarında bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verileceği hüküm altına alınmıştır⁶³.

TCK m. 123/A/2-a ve c bentleri, cezayı artıran nitelikli haldir ve böylece, anılan nedenlerden ötürü cezanın artırılabilmesi için failin kastının bu bentlerde yer alan ilişkiyi kapsamaması şarttır⁶⁴. Cezayı artıran nitelikli hal suçun unsurlarına dahil görülmeli ve kast kapsamında olmadıkları takdirde fail, yalnızca temel suçtan cezalandırılmalıdır. TCK m. 30/2 hükmü de bu yorumun dayanaklarındandır. Anılan nedenlerin hata kapsamında olması ihtimali yukarıda hata kapsamında değerlendirilmiştir.

davranışları tipikliğin dışında bırakmıştır. Mesela, aynı iş yerinde çalışan kişilerin mesai saatlerinde sıkça karşılaşmaları, üstün asta hediye göndermesi hallerinde ısrar söz konusu olsa da eylem sosyal açıdan uygundur. Tabii makul sınırların dışına çıkılması hallerinde fiil tipik hareketi karşılayacaktır (§ 238/1-Nr. 3-4), bkz. Schönke/Schröder/Eisele (n 4) Rn. 26; ayrıca bkz. Valerius (n 2) 322; Heger (n 4) Rn. 6; NK-StGB/Sonnen (n 1) Rn. 50; BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 14 (20); Gazeas (n 4) 502; Kretschmer (n 13) 42. İlgilinin rızasının § 238/1/Nr. 1-2 bakımından tipiklik § 238/1-Nr 3-4 açısından ise hukuka uygunluk nedeni içinde mütalaa edilmesi gerektiği görüşünde Mitsch (n 2) 1240.

⁶² Bkz II B.

⁶³ Alman Hukukunda § 238/2 StGB hükmüne kısa bir parantez açmak isteriz. İlgili norm suçun cezayı artıran nitelikli hali iken (*Qualifikationsmerkmal*) yasal değişiklik sonrası cezanın belirlenmesinde dikkate alınan nedenlere (*Regelbeispiele*) dönüşmüştür. Suçun yapısı içinde tipiklik dışında kalan *Regelbeispiele* özelliğindeki nedenler, her ne kadar tipiklik dışında konumlanırsa da kast kapsamında mütalaa edilmektedir, bkz. Claus Roxin ve Luís Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bs, C.H. Beck Yayıncılık 2020) § 12 Rn. 143; Kretschmer (n 13) 45.

⁶⁴ Aynı yönde Balcı ve Çakır (n 1) 332; Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler* (n 1) 502.

Israrlı takip suçu sebebiyle mağdurun okulunu, iş yerini, konutunu değiştirmesine ya da okulunu veya işini bırakmasına neden olması (TCK m. 123/A/2-b), neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç örneğidir⁶⁵. Çünkü öngörülen neden, kastedilen suçta ortaya çıkan daha ağır bir netice içermektedir. Dolayısıyla failin bu ağır neticeden sorumlu olabilmesi için en azından taksirli davranması beklenir (TCK m. 23). Elbette bu ağır netice bakımından fail, doğrudan ya da olası kastla da hareket edebilir.

Cezayı artıran hallerin hukuki niteliğini belirttiğimiz ölçüde ortaya koyduktan sonra, mevcut sıralamanın isabetsiz görüldüğünü söylemeliyiz. Bu minvalde, madde metninde TCK m. 123/A/2-b'nin ayrı bir fıkrada düzenlenmesi ya da en azından son bent olması, yani b ve c bentlerinin yer değiştirmesi teknik ve görsel açıdan tercih edilebilirdi.

II. Suçun Özel Görünüş Şekilleri

A. Teşebbüs

Suçun özel görünüş şekilleri altındaki incelemeye, teşebbüs kurumunun ısrarlı takip suçunda sonuçlarıyla başlayalım.

Doktrinde, ısrarlı takip suçuna teşebbüsün mümkün olduğu, ısrarlı takibe rağmen mağdurun huzursuz olmadığı veya endişeye kapılmadığı durumda artık suça teşebbüsün konuşulması gerektiği dile getirilmiştir⁶⁶.

Israrlı takip suçunda tipikliğin maddi unsurlarını ele aldığımız kısımda, TCK m. 123/A/1'de öngörülen koşulların objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul edilmesi gerektiğini söyledik. Objektif cezalandırılabilme şartı içeren suçlara teşebbüs mümkün görülmediğinden⁶⁷, ısrarlı takip suçunun da teşebbüse elverişli olmadığı söylenmelidir. Gerçekten, failin mağduru kanuni tipte anılan araçlarla ve ısrarlı şekilde takip etmesi, hazırlık hareketi ya da icra hareketleri evresi değildir. Israr, ancak bütüncül değerlendirilmesi gereken hareketler bütünüdür. Israr olgusu oluştuğunda artık suç tamamlanmıştır. Ne var ki eylemin

⁶⁵ Aynı yönde Balcı ve Çakır (n 1) 333; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502. TCK m. 123/A altında neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç emsali bir düzenleme yapılmadığı görüşünde Özar (n. 1) 1415. İlgili hükmün nitelikli hal niteliği taşıdığı görüşünde Dülger (1) 46.

⁶⁶ Bkz. Balcı ve Çakır (n 1) 333; Dülger (1) 48; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502; Özar (n. 1) 1419.

⁶⁷ Bkz. Akbulut (n. 25) 263; Artuk ve diğerleri, (n 7) 724; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (15. Bs., Seçkin Yayıncılık 2020) 504. Buna karşın TCK m. 161 üzerinden somut bir değerlendirme neticesinde farklı görüşte Hakeri (n 7) 482.

mağdur üzerinde etki doğurmaması halinde cezalandırma şartı (huzursuzluk veya endişe) gerçekleşmemiştir. Suç tamamlanmış ve fakat cezalandırma şartı eksik olduğunda kişi cezasız kalır. Görüldüğü gibi hiçbir evrede teşebbüs bahse açılmayacaktır. Israrlı takip suçunda teşebbüsü reddettiğimiz için gönüllü vazgeçme kurumu da gündeme gelmeyecektir.

TCK m. 123/A/1’de tanımlanan temel suça teşebbüsü olanaksız gördüğümüz için TCK m. 123/A/2’de yer alan nitelikli hallere teşebbüs de mümkün olmayacaktır⁶⁸.

B. İştirak

1. Genel Tespitler

Israrlı takip suçunda iştirakin mümkün olduğunu açıklayarak yetinmek çok sınırlı bir değerlendirme olacaktır. Suç tipinde yer alan seçimlik hareketler, iştirak bahsi üzerine detaylı bir analizi zorunlu kılmaktadır.

Genel hatlarıyla, iştirake ilişkin esasların ısrarlı takip suçunda uygulanmasına herhangi bir engel yoktur⁶⁹. Gerçekten, bu suça fail ya da şerik olarak katılmak pek tabii mümkündür. Fakat TCK m. 123/A/1’de yer alan “*üçüncü kişileri kullanarak temas kurmaya çalışmak suretiyle*” ibaresine iştirak altında özel olarak eğilmek gerekir. Bir başkasının suçta araç olarak kullanılması, kural olarak dolaylı faillik kurumunu akla getirir (TCK m. 37/2). Ama diğer yandan, azmettiren kurumuna ilişkin esaslar da düşünülmelidir. O halde TCK m. 123/A/1’deki bu ibareye bağlı faillik ilişkisi nasıl tanımlanmalıdır?⁷⁰

⁶⁸ Alman Ceza Hukukunda, § 238/1 StGB’de tanımlı temel suç *Vergehen* niteliğindedir. Kanun, bu suç için teşebbüsün cezalandırılabilirliğini açıkça düzenlemediğinden, ısrarlı takip suçuna teşebbüs mümkün değildir. Böylece suçun cezaı artıran nitelikli halleri de teşebbüsün uygulama sahası dışındadır, bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 59.

§ 238/3 StGB’ye göre ise; fiil neticesinde mağdurun ölümüne neden olunması halinde bir yıldan on yıla kadar hapis cezası öngörülmüştür ve bu hüküm, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç örneğidir. Alman Ceza Hukukunda, § 238/1 StGB hükmü teşebbüs dışında bırakıldığından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış teşebbüs (*erfolgsqualifizierter Versuch*) mümkün görünmemektedir. Çünkü aksine bir değerlendirmenin, anılan hali temel suçun unsuru haline dönüştüreceği ifade edilmektedir, bkz. Heger (n 4) Rn. 11; MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 59; karşı. Mosbacher (n 2) 669.

⁶⁹ Balcı ve Çakır (n 1) 333; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 502.

⁷⁰ Alman Hukukunda benzer varyasyon için failin kastını bilerek hareket eden araç (üçüncü) kişinin (*bösgläubig*) yardım eden; failin kastını bilmeden hareket eden araç kişi (*gutgläubig*) karşısında failin ise dolaylı fail olarak sorumlu olacağı yorumu için bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 58.

Başkasıyla temas kuran kişi, kendisini yönlendiren kişi gibi *kasten hareket ediyorsa*, ısrarlı takip suçunda fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Ancak TCK m. 123/A/1'e bakıldığında, esas olarak bu araç kişi üzerinden arkadaki failin tanımlandığı görülmektedir. Peki, arkadaki kişi (*Hintermann*) ile araç kişi arasındaki hukuki bağ nedir? Bu noktada TCK m. 123/A/1'deki tanıma sadık kalarak gerek araç kişi gerekse arkadaki kişiyi müşterek fail olarak görmemiz gerekir. Çünkü her iki kişi de ortak bir suç işleme kararıyla birlikte hareket etmektedir. Mağdurun rahatsız edilmesi evresinde arkadaki kişinin icra hareketlerine katılmadığı söylenerek müşterek faillik reddedilebilir. Ancak Kanun, tipik hareket bakımından gerçek kişi ile bir teknik cihazın araç olarak kullanılması arasında fark görmemiştir. Öyleyse hem arkadaki faili hem de icracı konumdaki faili müşterek fail olarak sorumlu tutmamız en doğru yorumdur.

Şayet *araç kişi kasten hareket etmiyorsa*, kendisi fail olarak sorumlu olmayacakken, arkadaki kişi dolaylı faildir. Keza kusur yeteneğini haiz olmayan kişinin araç olarak kullanılmasında da arkadaki kişi, yine dolaylı faildir⁷¹.

2. Hataya İlişkin Özel İnceleme

Arkadaki kişinin müşterek fail mi, yoksa dolaylı fail mi olduğunu anlamlandırma çabamız, kural olarak sonuç ceza bakımından fark doğurmayabilir (bkz. TCK m. 37/1-2). Fakat bu hukuki çabamızın hata hükümleri açısından önemli sonuçları olduğunun altını çizmek isteriz. Bu olasılığı örnek olay üzerinden somutlaştıralım:

Olay: A, B'nin takip edilmesi için C ile anlaşır. Amaç, gece vakti pansiyona dönen B'yi huzursuz etmektir. Ancak olay günü B'nin okuldan çıkışını bekleyen C, B'ye benzettiği D'yi takip etmiştir. C'nin takibinden son derece rahatsız olan D, ertesi gün C hakkında şikayetçi olmuştur.

Anılan olay, şahısta veya konuda hata kurumunun iştirak altındaki yansımasını içerir. Fail konumunda olan C, şahısta hataya düşmüştür. Yukarıda yer verdiğimiz değerlendirmeler ışığında, failin hatasının esaslı bir hata olmadığı ve suç kastını kaldırmayacağı söylenmelidir. C'nin TCK m. 123/A/1 dolayısıyla fail olarak cezalandırılacağında tereddüt yoktur. Mesele, C'nin şahısta hatasının suç ortağı A'ya ne şekilde sirayet edeceği. İşte ısrarlı takip suçunda bir başkasının araç olarak kullanılması halinde öndeki (icracı) fail ile arkadaki failin hukuki statüsünün tespiti, şahısta hata durumunda ortaya çıkan cezai sorumluluğu

⁷¹ Aynı yönde bkz. MüKoStGB/Gericke (n 4) Rn. 25.

şekillendirmesi bakımından belirleyicidir. İştirak bahsi altında hataya ayrı bir inceleme sahası açmamızın nedenini böylece bir kez daha vurgulamak isteriz.

Ortaya çıkan soruna ilişkin doktrinsel görüş farklılıklarını burada ayrıntılı ele almak, çalışmanın kapsamını ciddi ölçüde aşacaktır. Dolayısıyla bu kısımda, konuyla alakalı benimsediğimiz görüş çerçevesinde yanıtlarla yetineceğiz.

Örnek olaydaki şartlar dahilinde A ve C müşterek faildir. Kanımızca, icracı failin şahısta veya konuda hatasında müşterek fail konumundaki diğer suç ortağının katkısı yoksa bu hata diğer suç ortağı açısından hedefte sapma kapsamında değerlendirilmelidir⁷². Böylece fail (A), meydana gelen somut neticeden dolayı taksirle, tasavvur edilen şahıs veya konu bakımından ise teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılmalıdır. Israrlı takip suçu taksirle işlenemeyeceği gibi, bizce teşebbüse de elverişsizdir. Neticeten A, anılan olasılıkta cezasız kalacaktır.

A'nın dolaylı fail olması halinde ise C'nin şahısta hatasının A'nın cezai sorumluluğuna etkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Kanaatimizce bu hususta araç kişinin kasten hareket edip etmediğine göre ikili bir ayırım yapılmalıdır: Şayet araç kişi *kasten hareket ediyorsa* hareket hakimiyetini haizdir ve bu hatadan dolayı dolaylı fail de şahısta veya konuda hata kurumuna sadık kalınarak cezalandırılmalıdır⁷³. Örneğimizin bu şekilde bir ilişki içinde gerçekleştiğini düşünürsek; A da D'ye karşı TCK m. 123/A hükmüne göre sorumlu tutulacaktır. Araç kişi *kasten hareket etmiyorsa*, artık bu durum bir çeşit mesafe suçu örneği gösterir. Fail, kastettiği suça ilişkin icra hareketini bir başkasının eline terk etmiştir. Öyleyse araç kişinin şahıs veya konuda hatası, arkadaki fail bakımından hedefte sapma olarak nitelendirilmelidir⁷⁴. Bu son durumda A, TCK m. 123/A açısından cezasız kalacaktır.

⁷² Ayrıca bkz. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II (C.H. Beck Yayıncılık 2003) § 25 Rn. 195; Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner 2. Teil* (8. Bs. C.F. Müller Yayıncılık 2014) § 49 Rn. 64; Tulay (n 53) 292 vd. Sorunun *error in persona* kapsamında çözümünü yönünde görüş için bkz. İzzet Özgenç, 'Faillığın Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik' 1994 4 (1-2) SÜHFD 181; Mustafa Ruhan Erdem, 'Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma' (2019) 21 DEÜHFD 59; Reşit Karaaslan, 'Ceza Hukukunda Şahısta Hata ve Hedefte Sapma' (2019) (2) GSÜHFD 306; Urs Kindhäuser ve Till Zimmermann, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Bs. Nomos Yayıncılık 2020) § 40 Rn. 21.

⁷³ Ayrıca bkz. Tulay (n 53) 307 vd.

⁷⁴ Sonuç itibarıyla aynı yönde Karaaslan (n 73) 300; Maurach, Gössel ve Zipf (n 73) § 48 Rn. 116; Roxin (n 73) § 25 Rn. 171; Meral Ekici Şahin, 'Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar' (2013) 8 (109-110) BUHFD 16; Tulay (n 53) 307 vd.; Sefa Eryıldız, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht* (Dr. Kovač Yayıncılık 2016) 190.

Hata kurumuyla birlikte ele aldığımız iştirak bahsinde son değineceğimiz husus şudur: Fail, araç kişinin kusurluluğunda hataya düşebilir. Mesela olayımızda A, B'nin ısrarlı takibi için araç olarak kullandığı C'nin kusur ehliyetinin olmadığını düşünmüş ve fakat C bakımından kusurluluğu etkileyen halin yokluğu söz konusu olabilir. Bu durumda esasen A'nın artık şerik (azmettiren) olarak sorumluluğuna gidilmelidir. Fakat TCK m. 123/A/1'deki yasal tanım, bu sonuca engeldir. Her durumda A (arkadaki kişi), fail olarak sorumlu olmaya devam edecektir. Bu noktada da müşterek faillik ile dolaylı faillik arasında bir sorgulama gerekir. Ama tipik hareketin tanımı gereği müşterek failliği öne çıkarmak daha doğru olacaktır.

Tespitlerimiz doğrultusunda TCK m. 123/A/1'de tipik hareketin "bir başkası" aracılığıyla icra edilmesinin mümkün kılınmasıyla ortaya çıkan hukuki durum şu şekilde özetlenebilir:

- Israrlı takip suçunda ısrarlı takibe kasteden ile takipte araç olarak kullanılan kişi yasal tanım gereği müşterek faildir.
- Araç kişi üzerinde iradi hakimiyet tesis edilmişse arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. İcracı fail ise TCK m. 123/A'dan kast ve kusurluluk durumuna göre cezalandırılmalıdır.
- Arkadaki kişi ile araç kişi her durumda fail olarak konumlandırıldığı için her bir failin kusurluluk değerlendirmesi kendisini bağlar.
- Arkadaki kişi ile araç kişi arasındaki iştirak ilişkisi, araç kişinin şahısta hatası halinde tespit edilecek cezai sorumluluğu şekillendirir. Araç kişinin şahısta hatası TCK m. 123/A/1 bakımından esaslı olmayan hatadır, kastı kaldırmaz ve böylece sorumluluk aynen devam eder. Bu hatanın dolaylı faile sirayeti noktasında ise ikili ayırım yapılmalıdır: Araç kişi kasten hareket ediyorsa hareket hakimiyetini haizdir ve dolaylı fail de gerçekleşen fiilden icracı fail gibi sorumludur. Araç kişi kasten hareket etmemişse, artık fiil bir bakıma elden çıkartılmış demektir ve mesafe suçuna benzer bir yorum doğru olacaktır. Böylece hedefte sapma kurumuna müracaat edilecek ve dolaylı fail TCK m. 123/A yönünden cezasız kalacaktır.

C. İçtima

Israrlı takip suçu, görünüşte içtima kuralları bakımından bir özellik göstermez. Israrlı takip suçunun aynı kişiye karşı farklı zamanlarda işlenmesi (zincirleme suç-TCK m. 43/1) ya da suçun birden fazla kişiye karşı aynı anda işlenmesi

(aynı neviden fikri içtima-TCK m. 43/2) mümkündür⁷⁵. Fakat “değişik zaman” olgusu ısrarın oluşmasını sağlayan bir durumsa, artık tek bir fiil ve tek suçtan bahsedileceği önemle vurgulanmalıdır⁷⁶.

Israrlı takip suçunun icrası sırasında, TCK m. 123/A içinde erimeyen bir başka tipik hareketin gerçekleşmesi ihtimalinde farklı neviden fikri içtima gündeme gelecektir⁷⁷. Mesela mağdura kısa zaman aralığında yüzlerce mesaj ya da çağrı yoluyla onun sağlığının bozulmasını isteyen veya gönderdiği mesajlarda mağdura söven kişi, aynı hareketle birden fazla normu ihlal etmiş olacak ve bu durumda TCK m. 44 devreye girecektir⁷⁸. Ancak önemle belirtelim ki, ısrarlı takip amaçlanan suçun bir ön evresiyse, artık birden fazla hareketin ve haliyle birden fazla suçtan ayrı ayrı cezalandırmanın kabul edilmesi gerekir. Mesela fail, cinsel taciz amacıyla ısrarlı takipte bulunur veya cinsel saldırıda bulunacağı yahut özgürlüğünden yoksun bırakacağı kişiyi ısrarla takip ederse hem ısrarlı takip suçu hem de anılan suçlardan ayrı ayrı cezalandırılmalıdır⁷⁹. Bu son olasılık üzerinden, ısrarlı takip ile benzer diğer suçlar arasında bir bileşik suç ilişkisi olmadığını hatırlatmak gerekir.

Israrlı takipte bulunan fail, sonradan başka bir suçu işlemeye kastetmişse, eklenen kast nedeniyle her iki fiilden sorumlu olacağına kuşku yoktur. Mesela, herhangi bir saikle mağduru takip eden fail, mağdurun korktuğunu ve zayıf düştüğünü anlayıp sonradan cinsel saldırıda bulursa, hem TCK m. 123/A hem TCK m. 102’den ayrı ayrı cezalandırılacaktır.

Son olarak, ısrarlı takip sonucunda kişinin ölmesi, mesela oluşan psikolojik bunalım sebebiyle intihar etmesi, TCK m. 123/A’da münhasıran neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç formatında olmadığından⁸⁰, failin fiilinden ötürü TCK m. 123/A ve TCK m. 84 ile TCK m. 85 ayrı ayrı değerlendirilmeli, tespit edilen hükümler arasında içtima hükümlerine (tek hareket-iki farklı norm-TCK m. 44) başvurulmalıdır.

⁷⁵ Ayrıca bkz. Dülger (1) 50 vd.; Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 503.

⁷⁶ Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız, Özel Hükümler (n 1) 503; Kretschmer (n 13) 46.

⁷⁷ Ayrıca bkz. Kretschmer (n 13) 46.

⁷⁸ Ayrıca bkz. Taşkın (n 1) 126. Karş. Özar (n. 1) 1422 vd. Hakaret suçunda da ayrı ayrı cezalandırma görüşünde Dülger (1) 51.

⁷⁹ Ayrıca bkz. TCK m. 123/A gerekçesi.

⁸⁰ Karş. § 238/2 ve § 238/3 StGB.

III. Muhakeme Usulüne İlişkin Başlıca Tespitler

TCK m. 123/A'da tanımlanan ısrarlı takip suçunun gerek temel hali gerek cezaı artıran hallerinde soruşturma ve kovuşturma şikayete bağlıdır⁸¹.

İsrarlı takip suçu şikayete tabi olmakla birlikte uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmıştır (CMK m. 253/3)⁸². Kanaatimizce, kişilere karşı işlenen ve saikten bağımsız olan bu suçun uzlaştırma kapsamında olmamasının maddi ceza hukuku yönüyle tatmin edici bir gerekçesi yoktur. Özellikle CMK m. 253/3'teki istisnanın cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar olduğu dikkate alındığında, kanun koyucunun ısrarlı takip suçunu adeta cinsel saikle birlikte yorumlama eğiliminde olduğu söylenebilir. Diğer yandan, belirli bir saikle hareket ederek TCK m. 123 kapsamında sorumlu tutulan fail için uzlaştırma kapısı açıkken, TCK m. 123/A kapsamında bu alternatif yolun kapatılmasının tatmin edici bir gerekçesi bulunmamaktadır. Sonuç olarak, ısrarlı takip suçunun uzlaştırma kapsamı dışında bırakılmasının isabetsiz olduğu düşüncesindeyiz⁸³.

Sonuç

TCK m. 123/A'yı maddi ceza hukuku özelinde irdelediğimiz çalışmamızda, sorunlu ya da açıklanmaya muhtaç gördüğümüz meselelere ilişkin nihai sonuçları şu şekilde özetleyelim:

1. Kişilere karşı suçlar arasında hürriyete karşı suçlar altında düzenlenen, kişilerin huzurlu bir hayat sürebilme hakkını koruma altına alan ısrarlı takip suçu, belirli bir saike bağlanmamıştır. Bu suç, TCK m. 123 hükmünde yer alan "kişilerin huzur ve sükununu bozma suçu" karşısında özel norm niteliğindedir. İsrarlı takip suçunda fail, herkes olabilir. Kanun, mağdur bakımından herhangi bir belirleme yapmamışken, algılama yeteneğinin mağdur sıfatına etkisi tartışmaya açılabilir. Kanaatimizce, algılama yeteneğine sahip olmayan kişiler de bu suçta mağdur olabilir. Kişinin somut olarak huzursuz olması ya da endişe duyması bizce objektif cezalandırılabilme şartı olduğu için kişinin algılama yeteneğini haiz olmaması suçun oluşumunu etkileme-

⁸¹ Alman hukukunda § 238/4 StGB'nin 1.10.2021 tarihinde ilga edilmesiyle birlikte suç, şikâyete tabi olmaktan çıkarılmıştır, ayrıca bkz. BeckOK StGB/Valerius (n 4) Rn. 35.

⁸² CMK m. 253/3: "Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olsa bile, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda ve ısrarlı takip suçunda (madde 123/A), uzlaştırma yoluna gidilemez".

⁸³ Buna karşın doktrinde, ısrarlı takip suçunda mağdurun çoğunlukla kadın ve/veya çocuk olması karşısında kanun koyucunun tercihinin yerinde olduğu görüşünde Taşkın (n 1) 130.

yecektir. Keza algılama yeteneğini haiz olmayan kişinin veli ya da vasisi, mağdur adına şikâyet hakkını kullanabilecektir. Diğer yandan, ısrarlı takipte dolaylı mağdurun “mağdur” sıfatını taşıması TCK m. 123/A/1’deki tanım karşısında mümkün görünmemektedir.

2. TCK m. 123/A’da tanımlanan suçu kavrayabilmenin ön koşulu, “ısrar” kelimesini doğru anlamaktır. TCK m. 123’te de yer alan bu kavram, doktrin ve uygulamada yerleşik haliyle icra edilen davranışta bir kez ile yetinilmemesi, eylemin tekrarlanması ve süreklilik teşkil etmesi şeklinde yorumlanmaktadır. Aynı yorumun ısrarlı takip suçunda da benimsenmesi pekâlâ mümkündür. İsrarlı takip, ancak icrai davranışla işlenebilir. İsrarlı takibi tanımlayan seçimlik hareketler, ihmali davranışa uygun değildir. Öte yandan Kanun, bu suçta ihmali hareketi icrai harekete eş tutmamış, yani bir garantörlük tanımını yapmamıştır.
3. Seçimlik hareketlerden ilki olan fiziki takipte ilk akla gelen, mağdurun peşinden gidilmesidir. Değişik zamanlarda aynı veya farklı yerlerde mağdurun karşısına çıkılması da fiziki takiptir. Nihayet kişinin ısrarlı şekilde teknolojik bir araçla izlenmesi de fiziki takip olarak görülmelidir. Diğer yandan bu son durum temas kurma amacına dayanırsa, tipik hareketi karşılayan bir davranışın oluştuğunda zaten kuşku yoktur. Temasın sağlanması için üçüncü kişiler de araç olarak kullanılabilir. Böylelikle kanun koyucu, hareketin parçası olan araçları TCK m. 123 hükmüne nazaran daha geniş tutmuştur.
4. TCK m. 123/A/1 hükmünde tanımlanan temas kurma fiilinin üçüncü kişiler aracılığıyla gerçekleştirilebilmesi, üçüncü kişi (öndeki/icracı fail) ile temas isteyen kişi (arkadaki kişi) arasındaki ilişkinin faillik başlığında anlamlandırılmasını zorunlu kılar. Esasen buradaki bağ Genel Hükümler kapsamında bir analize terk edilebilir ve böylece icracı fail ile arkadaki fail arasındaki hukuki ilişki net şekilde ortaya konulabilirdi. Ne var ki kanun koyucu, TCK m. 123/A/1’deki tanımda arkadaki kişiyi de fail olarak gördüğü için artık hem icracı fail hem arkadaki kişi fail olacak ve kanaatimizce müşterek fail sıfatını taşıyacaklardır. İcracı failin arkadaki fail tarafından iradi olarak yönlendirilmesi halinde ise TCK m. 37/2’deki anlamıyla araç kullanma durumu oluşacak ve artık dolaylı failliğin kabulü zorunlu hale gelecektir. Bu tasnif ışığında taraflara yüklenen faillik statüsü, araç kişinin şahıs veya konuda hatasının arkadaki faile sirayeti noktasında önem taşımaktadır.
5. İsrarlı takip sonucunda mağdurun endişeye kapılması ya da huzursuzluk duymasının (TCK m. 123/A/1) hukuki nitelik bakımından ne şekilde vasıf-

landırılacağı meselesi, çalışmamızda özel önem atfettiğimiz konular arasındadır. Kanun metninde tercih edilen ifade ve TCK m. 123'ün varlığına rağmen ilgili sonuç, TCK m. 123/A hükmüne duyulan ihtiyaç da gözetildiğinde objektif cezalandırılabilme şartı olarak görülmelidir. Şayet huzursuzluk ve endişe netice olarak kabul edilirse failin huzur ve sükun bozma kastıyla hareket etmesi aranacaktır. Kanun, bu olasılığı zaten TCK m. 123'te cezalandırmaktadır. Böyleyken ısrarlı takip suçuna ayrı bir norm başlığı altında yer verilme gereksinimini anlamak ve açıklamak güçtür. Bizi, TCK m. 123/A hükmünü objektif cezalandırılabilme şartı altında değerlendirmeye iten diğer husus ise şudur: TCK m.123 ile TCK m. 123/A arasındaki önemli farkın, failin saiki olduğu ifade edilmiştir. O halde bu suç bakımından önemli olan ısrarlı takibin sergilenmiş olmasıdır. Şayet başkasının huzursuzluk veya endişeye kapılması netice unsuru ve haliyle kast kapsamında kabul edilirse; ısrarlı takibi gerçekleştiren ve fakat kişinin huzursuzluğuna ya da endişeye kapılmasını istemeyen fail, mağdurun rahatsızlığına rağmen cezasız kalacaktır. Oysa TCK m. 123 ile birlikte yapılan analiz ve TCK m. 123/A'ya duyulan ihtiyaç karşısında bu sonuç isabetsiz görünmektedir. Özetle biz, TCK m. 123/A hükmünde yer alan *bir kimse üzerinde ciddi bir huzursuzluk oluşmasına ya da kendisinin veya yakınlarından birinin güvenliğinden endişe duymasına neden olma* halinin *objektif cezalandırılabilme şartı* olarak kabul edilmesi taraftarıyız.

6. İsrarlı takip suçunda tipikliğin sübjektif unsuru bakımından olası kast yeterlidir. Huzursuzluk ve endişe hali bizce objektif cezalandırılabilme şartı olduğu için kastın bu sonuçları kapsamaması gerekmez. Kanun koyucu ısrarlı takip açısından ayrı bir saik aramamıştır. Faili suça sevk eden saikin bir başka tipik hareketi karşılaması durumunda kişi artık o suçtan cezalandırılacak, TCK m. 123/A gündeme gelmeyecektir.
7. İsrarlı takip suçunda kast üzerindeki etki bakımından hata hükümleri de önemli sonuçlar içermektedir. Kişinin, tasavvur ettiği farklı bir kişi üzerinde gerçekleştirdiği ısrarlı takipte kast, fiilden somut olarak etkilenen kişi üzerinde devam eder. Çünkü suçun temel şekli bakımından kanun koyucu, mağduru bireyselleştirmemiştir ve bu sebeple mağdurun şahsında düşülen hata önemsizdir. Fakat TCK m. 123/A/2-a'da yer alan nitelikli haller bakımından farklı düşünmek gerekir. Bentte sayılan kişiler üzerindeki hata artık esaslı/önemli hata kabul edilecek ve nitelikli hal yönünden kastı kaldıracaktır (TCK m. 30/2). Nihayet TCK m. 123/A/1 hükmünde failin bir başkası (üçüncü kişi) aracılığıyla mağdurla temas kurmaya çalışması ayrıca

tanımlandığından, araç kişinin şahısta veya konuda hatasının diğer faile sirayeti de önem kazanmaktadır. TCK m. 123/A/1'deki tanım gereği araç kişi ile fail arasında müşterek faillik ilişkisi varsa suç ortağının şahıs veya konuda hatası, bu hataya katkısı olmayan diğer suç ortağı hakkında hedefte sapma kurumuna göre çözümlenmelidir. İcracı fail üzerindeki iradi hakimiyet halinde ise arkadaki kişi dolaylı fail sıfatını haizdir. Bu durumda icracı failin şahıs veya konuda hatasının dolaylı faile sirayeti şöyledir: Kasten hareket eden icracı fail hareket hakimiyetine sahiptir ve dolaylı fail de işlenen fiilden aynen icracı fail gibi sorumludur (*error in persona vel obiecto*). Araç kişi kasten hareket etmemişse, artık fiil bir bakıma elden çıkarılmış demektir ve mesafe suçuna benzer bir yorum doğru olacaktır. Böylece hedefte sapma kurumuna müracaat edilecek ve dolaylı fail TCK m. 123/A'dan dolayı cezasız kalacaktır (*aberratio ictus*).

8. Israrlı takip suçunun özel görünüm şekillerine ilişkin sonuçlar şu şekilde özetlenebilir:
- Israrlı takip suçunda öngörülen huzursuzluk ve endişe halini objektif cezalandırılabilme şartı olarak kabul ettiğimiz için bu suç, teşebbüse elverişli değildir. Failin ısrarlı takipte bulunmasıyla suç tamamlanır.
 - Israrlı takipte iştirake ilişkin, Genel Hükümlerin uygulanacağını söylemek yeterli değildir. Üçüncü kişinin suçta vasita kılınmasının kanuni tipte ayrıca tanımlanması sebebiyle münhasıran bir inceleme yapılmalıdır. Çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar şöyle özetlenebilir:
 - Israrlı takibe kasteden ile takipte araç olarak kullanılan kişi yasal tanım gereği müşterek fail olarak görülmelidir. Araç kişi üzerinde iradi hakimiyet tesis edilmişse arkadaki kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır. İcracı fail ise TCK m. 123/A'dan kast ve kusurluluk durumuna göre cezalandırılmalıdır. Arkadaki kişi ile araç kişi her durumda fail olarak konumlandırıldığı için her bir failin kusurluluk değerlendirmesi kendisini bağlayacaktır.
 - Araç kişinin şahısta hatası TCK m. 123/A/1 bakımından esaslı olmayan hatadır, kastı kaldırmaz ve böylece sorumluluk aynen devam eder. İcracı fail ile arkadaki fail arasında yasal tanım doğrultusunda müşterek faillik kabul edilirse; icracı failin şahıs ya da konuda hatasının, bu hata üzerinde rolü olmayan diğer suç ortağına sirayetini hedefte sapma kurumuna göre belirlemek doğru olacaktır (*aberratio ictus*). Bu hatanın dolaylı faile sirayeti noktasında ise ikili ayırım yapılmalıdır: Araç kişi kasten hareket ediyorsa ha-

reket hakimiyetini haizdir ve dolaylı fail de işlenen fiilden icracı fail gibi sorumludur (*error in persona vel obiecto*). Araç kişi kasten hareket etmemişse, artık fiil bir bakıma elden çıkartılmış demektir ve mesafe suçuna benzer bir yorum doğru olacaktır. Böylece hedefte sapma kurumuna müracaat edilecek ve dolaylı fail TCK m. 123/A'dan dolayı cezasız kalacaktır (*aberratio ictus*).

9. Israrlı takip suçuna ilişkin yaptığımız değerlendirmeler neticesinde, kanun koyucunun amacının korunması ve aynı zamanda suç teorisine ilişkin esaslar bakımından paylaştığımız çekincelerin giderilmesi için kanun koyucuya somut önerimiz, TCK m. 123 ile TCK m. 123/A hükmünde tanımlanan suçların tek bir norm altında tüketilmesidir. Mevcut durumda endişe veya huzursuzluğun doğması halinde ayrı bir norma başvurmanın maddi ceza hukuku boyutuyla izahı güçtür. Kaldı ki TCK m. 123 hükmünde yer alan saik, pekala TCK m. 123/A kapsamında kalmaya müsaittir. Diğer yandan TCK m. 123/A'da tanımlı hareketler, TCK m. 123 hükmüne nazaran daha geniştir, görece kapsayıcı niteliktedir. O halde her iki suçu ayrı ayrı düzenlemek yerine tek bir norma yer vermek en doğrusudur. Ancak atılacak yeni adımda endişe ya da ciddi huzursuzluk halinin hukuki niteliği netleştirilmeli, mağdurun psikik durumunun failin kastı kapsamında kalması üzerindeki tereddütler giderilmelidir. Diğer yandan olası yeni düzenlemede, takibin bir başkası tarafından yapılması ayrıca tanımlanmamalı, iştirake ilişkin çözümler genel hükümler kısmına bırakılmalıdır.

Kaynakça

- Akbulut B, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs. Adalet Yayıncılık 2020).
- Akgün MH., *Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele Yükseltelen Cezalar ve Israrlı Takip Suçu* (Seta 2022).
- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Bs. Adalet Yayıncılık 2022).
- Balcı M ve Çakır K, 'Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)' (2022) 10 (2) Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 323-339.
- Beck'sche Online-Kommentare (57. Ed., 1.5.2023) (BeckOK StGB/Valerius).
- Demirbaş T, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Bs., Seçkin Yayıncılık 2020).
- Doğan R, 'Kadına Yönelik Şiddetin Bir Türü Olarak, Israrlı Takip (Stalking) Kavramı ve Suçu' (2014) Ankara Barosu Dergisi 137-154.
- Dülger MV, 'Normatif Düzenleme Açısından Israrlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)' (2022) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 21-57.
- Ekici Şahin M, 'Dolaylı Faillğe İlişkin Bazı Sorunlar' (2013) 8 (109-110) BUHFD 7-25.
- Erdem MR, 'Suçun Konusunda Yanılma ve Sapma' (2019) 21 DEÜHFD 43-68.
- Ersoy U, *Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları* (Adalet Yayıncılık 2015).
- Eryıldız S, *Täterschaft und Teilnahme im deutschen und türkischen Strafrecht* (Dr. Kovač Yayıncılık 2016).
- Fischer T, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen* (66. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2019).
- Gazeas N, 'Der Stalking-Tatbestand - § 238 StGB (Nachstellung)' (2007) JR 497-505.
- Gerhold Sönke Florian, 'Entgrenzung des Nachstellungstatbestands' (2021) ZRP 118-121.
- Hafizoğulları Z ve Özen M, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12 Bs. US-A Yayıncılık 2019).
- Hakeri H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (27. Bs. Adalet Yayıncılık 2022).
- Karaaslan R, 'Ceza Hukukunda Şahista Hata ve Hedefte Sapma' (2019) (2) GSÜHFD 215-315.
- Kindhäuser U ve Zimmermann T, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (9. Bs. Nomos Yayıncılık 2020).
- Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen Hans-Ullrich ve Saliger Frank, *Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar* (6. Bs., Nomos Yayıncılık 2023) (NK-StGB/Sonnen).
- Koca M ve Üzülmöz İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bs. Seçkin Yayıncılık 2021).
- , *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (6. Bs. Adalet Yayıncılık 2019).
- Kretschmer J, 'Der neue § 238 StGB: Cyberstalking und andere Änderungen' (2022) JA 41-46.
- Krüger M, 'Stalking in allen Instanzen - Kritische Bestandsaufnahme erster Entscheidungen zu § 238 StGB' (2010) NStZ 546-553.
- Lackner K, Kühl K ve Heger M, *Strafgesetzbuch Kommentar* (30. Bs., C.H.Beck Yayıncılık 2023) (Heger StGB).

- Matt H ve Joachim R, *Strafgesetzbuch Kommentar* (2. Bs. Franz Vahlen Yayıncılık 2020).
- Maurach R, Gössel KH ve Zipf H, *Strafrecht Allgemeiner Teil-2* (8. Bs. C.F.Müller Yayıncılık 2014).
- Mitsch W, 'Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch' (2007) NJW 1237-1240.
- Mosbacher A, 'Nachstellung - § 238 StGB' (2007) NStZ 665-671.
- Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (4. Auflage, C H Beck 2021) (MüKoStGB/Gericke).
- Neubacher F ve Seher G, 'Das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen (§ 238 StGB)' (2007) JZ 1029-1036.
- Özar S, 'İsrarlı Takip Suçu (TCK m. 123/A)' (2022) AÜHFHD 1397-1430.
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (17. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022).
- Özen M ve Atacan K, 'Kişilerin Huzur ve Sükununu Bozma Suçu' (2019) AÜHFHD 479-527.
- Özgenç İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (18. Bs., Seçkin Yayıncılık 2022).
- , 'Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik' 1994 4 (1-2) SÜHFHD 159-190.
- Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Bs., Seçkin Yayıncılık 2020).
- Roxin C, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II* (C.H.Beck Yayıncılık 2003).
- Roxin C ve Greco L, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I* (5. Bs, C.H.Beck Yayıncılık 2020).
- Schöch H, 'Zielkonflikte beim Stalking-Tatbestand' (2013) NStZ 221-224.
- Soyaslan D, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (8. Bs. Yetkin Yayıncılık 2018).
- Strafgesetzbuch Kommentar (Adolf Schönke ve Horst Schröder) (30. Auflage, C H Beck 2019).
- Taşkın ŞC, 'İsrarlı Takip Suçu' (2023) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (2023) 91-135.
- Tezcan D, Erdem M. Ruhan ve Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20. Bs. Seçkin Yayıncılık 2022).
- Toroslu N ve Toroslu H, *Ceza Hukuku Genel Kısım* (25. Bs., Savaş Yayıncılık 2019).
- Tulay ME, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata* (Adalet Yayıncılık 2022).
- Tunç K, 'Karar Analizi - Telefonda İşlenen Suçlarda Şahista Hata' (2019) 25 (1) MÜHFHAD 471-480.
- Valerius B, 'Stalking: Der neue Tatbestand der Nachstellung in StGB' (2007) JR 319-324.
- Yenisey F ve Plagemann G, *Alman Ceza Kanunu* (2. Bs., Beta Yayıncılık 2015).
- Yokuş Sevük H, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (2. Bs. Adalet Yayıncılık 2019).
- Zafer H, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Bs. Beta Yayıncılık 2019).