

#YENİ BİR HUKUKÎ OLGU OLARAK ISRARLI TAKİP VE TACİZ (STALKING) VE BUNUN TÜRK MEDENÎ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Arş. Gör. Ahmet TÜRKMEN*

GİRİŞ

Eskiden beri var olan bazı davranış biçimleri çalışma hayatında ve modern toplumsal yaşamda yeni hukukî olgular olarak tanımlanmaya başlandı. Belli bir sürece yayılan ve tekrarlanan bu davranış biçimlerinde kullanılan yöntem ve birden çok davranıştan oluşan bu davranış biçiminin ortaya çıkardığı sonuçlar bu olguların tanımlanmasında önemli rol oynadı. Tanımlanması yakın tarihlere dayanan bu olgulardan “mobbing” ve “stalking” modern çağın yeni hukuka aykırılık türleri olarak hukuk dünyasında yerini aldı. Bu hukuka aykırı fiillere yönelik olarak, bu kavramların önceden ortaya atıldığı ülkelerde, özel yasal düzenlemelerle mağdurlara hukukî koruma sağlanırken; henüz bu kavramların tanınmadığı ve yerleşmediği ülkelerde ise bu yeni kavramdan habersiz, pozitif hukuk kuralları ve yargı kararlarıyla mağdurlara koruma sağlanmaya çalışılıyor.

Bu yeni olgulardan “stalking”, bir kişinin, bir başka kişiyi belli bir süre ve tekrarlanan davranışlarla hukuka aykırı olarak ısrarla takip ve taciz etmesi anlamına gelir. Bu yönüyle “stalking”, saldırının niteliğine göre, şiddetin bir türü ve kişilik hakkının ihlâli olarak nitelendirilebilir. Biz bu çalışmamızda; ülkemizde henüz pek tanın-

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

mayan “stalking” kavramını açıkladıktan sonra, gerek kavramın daha iyi anlaşılabilmesi gerekse pozitif hukukumuzdaki kuralların bu fiile uygulanabilmesine ışık tutması amacıyla; öncelikle karşılaştırmalı hukukta bu konuya ilişkin düzenlemelere kısaca yer vermeyi tercih ettik. Daha sonra ise Türk Medenî Hukukunda “stalking” durumunda uygulanabilecek hükümleri ve bu fiile karşı alınabilecek önlemleri, özellikle, Türk Medenî Kanunundaki kişiliği koruyucu hükümler ile 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun çerçevesinde, yalnızca bu fiilin kendine özgü niteliğinden kaynaklanan yönlerini içerdiğini düşündüğümüz konulara değinmek suretiyle değerlendirdik. Bu nedenle, Türk Medenî Kanunundaki diğer koruyucu hükümlerle, diğer özel kanunlarda düzenlenmiş olan mağdurun yararlanması muhtemel diğer hukukî imkânları bilinçli olarak çalışma alanımızın dışında bıraktık.

I. ISRARLI TAKİP ve TACİZ (STALKING)

A. GENEL OLARAK

İngilizce bir sözcük olan “stalking”, “tehditkâr veya gizlice hareket etmek veya yürümek, dadanmak, musallat olmak” anlamlarına gelir¹. İlk olarak magazin basını tarafından ortaya atılan bu kavram, başlangıçta kamuoyunda tanınan ünlü kişilere ulaşma veya onlarla iletişim kurma çabası içindeki takıntılı hayranlarının onları takip etme olgusunu ifade etmek için kullanılıyordu². Aslında yüzyıllardan

¹ Macmillan Contemporary Dictionary, ABC Kitabevi, Birinci Baskı, İstanbul 1988, s. 971.

² Akduman, İrem/Ünsalver, Barış/Cavlak, Mehmet/Oral, Gökhan/Cansunar, F. Nuray: “Takipçi Tacizcilik (Stalking)”, Adli Psikiyatri Dergisi, Temmuz-Ekim 2006, Cilt: 3, Sayı: 3-4, s. 26; Bieszk, Dorothea/Sadtler, Susanne: “Mobbing und Stalking: Phänomene der modernen (Arbeits-)Welt und ihre Gegenüberstellung”, Neue Juristische Wochenschrift, 47, 2007, s. 3384; Cupach, William R./Spitzberg, Brian H.: “What mad pursuit? Obsessive relational intrusion and stalking related phenomena”; Agression

beri süregelen bir davranış biçimi olan “stalking”, davranış bilimle-
rindeki araştırmalar sonucunda, tekil davranışların tekrarlanmak
suretiyle, kendisini oluşturan her bir davranıştan bağımsız olarak
sebeplendiği sonuçlar nedeniyle hukuka aykırılığın yeni bir türü
olarak kabul edilmeye başlandı. Gerçekten de, bugüne kadar
stalking’i oluşturan davranışların bütününden oluşan fiilin yeni bir
hukukî olgu olarak kabulü yakın tarihlere dayanıyor.

Anglo-Amerikan Hukuku kaynaklı bir kavram olan stalking, ilk
olarak, 1989 yılında Amerikalı oyuncu Rebecca Schaeffer’in, aylardır
kendisini takip eden bir hayranı tarafından öldürülmesini müteakip
aynı yıl içinde benzeri nitelikte cinayetlerin işlenmesi üzerine, 1990
yılında Amerika Birleşik Devletleri’nin Kaliforniya Eyaletinde suç
olarak düzenlendi³. Fiil; daha önceleri kasten öldürme, kasten yara-
lama, aile içi şiddet, cinsel saldırı, cinsel taciz, tehdit, hakaret, özel
hayatın gizliliğini ihlâl, konut dokunulmazlığını ihlâl, kişiyi hürriyeti-
nden yoksun kılma, suç uydurma vb. suçlar olarak kayıtlara geçi-
yordu⁴. Cezaî yaptırımlar yanında stalking, bazı ülkelerde aile içi
şiddete karşı alınan önlemlere benzer mağduru koruyucu etkin ted-
birlerin alınmasını sağlayan önleyici özel hukuk normlarıyla düzen-
lenmeye başlandı⁵. Fiil, farklı içerik ve düzenlemelerle, 2002 yılında

and Violent Behavior 8 (2003), s. 346-347; Hoffmann, Jens: Stalking,
Heidelberg, 2006, s. 1; Mullen, Paul E./Pathe, Michele: “Stalking”, Source:
Crime and Justice, Vol. 29 (2002), s. 273; Tjaden, Patricia G., “Stalking
Policies and Research in the United States: A Twenty Year Retrospective”;
Eur J Crim Policy Res (2009) 15:261-274, s. 261.

³ Cupach/Spitzberg, s. 345-346; Mullen/Pathe, s. 273; Tjaden, s. 261-262; Fiil
daha sonraları, 1997 yılında Büyük Britanya ve İrlanda’da, 1998 yılında
Belçika’da, 2000 yılında Hollanda’da, 2006 yılında Avusturya’da ve 2007
yılında Almanya’da özel olarak düzenlenerek suç haline getirildi.

⁴ Karş. Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 31; Sheridan,
Lorraine: in Dictionary of Forensic Psychology, Willan Publishing, 2008, s.
180.

⁵ Birçok devlet aile içi şiddete karşı alınan önlemlere benzer sivil koruma
önlemlerine ilişkin düzenlemeler yapmaktadır ve koruma önlemlerine

Alman Şiddete Karşı Korunma Yasasının 1. paragrafında klasik anlamda şiddetin yanında yeni bir şiddet türü, 2007 yılında İsviçre Medenî Kanununun kişiliği korunmasına ilişkin davalar kısmına yapılan eklemeye de kişilik hakkının ihlâli olarak düzenlenerek mağduru koruyucu önlemlere yer verildi.

Stalking'e ilişkin ilk araştırmalar 20. yüzyılın son çeyreğinde yapılsa da önemli sonuçlara ulaşılmıştır. Birçok araştırma, stalking faillerinin birbirine benzeyen davranış biçimleri sergilediği ve bu fiillerin mağdur üzerinde olumsuz psikolojik, fiziksel, sosyal ve ekonomik etkileri olduğunu göstermiştir⁶. Stalking faili, genellikle mağduru tanıyan, onunla bir ilişkisi olan kişidir. Fail; mağdurun eski eşi veya yaşam arkadaşı⁷, kan veya kayın hısımları, komşusu, iş arkadaşı, öğrencisi, hastası, müvekkili olabileceği gibi; mağdurla önceden tanışıklığı olmamış, kamuya mâl olmuş bir kişi de olabilir⁸.

En sık rastlanan stalking eylemlerinin, istenmeyen telefon aramaları ve çağrıları yapmak, istenmeyen mektup ve e-postalar göndermek, mağduru takip etmek ve gözetlemek, bir sebep olmaksızın sürekli mağdurun karşısına çıkmak, mağduru değişik yerlerde

aykırılık suç olarak düzenlenmektedir. Bu koruma önlemlerinin ülke çapında bir sicili tutulmakta ve mahkemeler ve yetkili makamların güvenli olarak internet üzerinden bu koruma önlemleri bilgisine erişimi sağlanmaktadır. Bunun yanında, bazı devletlerde dava ve vekil masrafları da ücretsiz olarak karşılanmaktadır (Tjaden, s. 268).

⁶ Sheridan, s. 180; Karş. Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 31.

⁷ ABD'de yapılan bir araştırmaya göre en büyük risk grubunu boşanmış veya ayrı yaşayan kişiler oluşturmaktadır. Bu kişi grubundakilerin binde 34'ü ısrarlı takip ve tacize uğrarken, bu oran toplamda bu fiile maruz kalanların yarısını oluşturuyor (Baum, Katrina/Catalano, Shannan/Rand, Michael/Rose, Kristina: U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, National Crime Victimization Survey, Stalking Victimization in the United States, January 2009, NCJ 224527, s. 1-3).

⁸ Mağdurların dörtte üçü, kendisini takip veya taciz edenle önceden tanışıkken, neredeyse yarısı da geçmişte birbiriyle romantik ilişki içindedirler (Sheridan, s. 180); Karş. Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 30.

beklemek, mağdura isteği dışında hediye, çiçek ve benzeri eşya göndermek, mağdur hakkında internette veya kamuya açık yerlerde veya ağızdan asılsız dedikodular yaymak olduğu saptanmıştır⁹. Ayrıca yapılan araştırmalarda; insanların %12'sinin hayatlarında en az bir defa stalking'e maruz kaldığı, stalking mağdurunun çoğu zaman kadınlar, failinin ise erkekler olduğu, mağdurların yarısına yakınının altı aydan daha kısa, onda birinin ise beş yıldan fazla süreli bu fiile maruz kaldığı, failerin beşte birinin stalking sonunda kurbanlarına fiziksel zarar verdiği, stalking sonucunda mağdurların, özellikle, gelecekte ne olacağını öngörememe, takip bitmeyecekmiş hissi, fiziksel zarar endişesi, kendisinin veya yakınlarının zarar göreceği endişesi, özgürlüğünü yitirme hissi, ölüm ve iş kaybı korkusu gibi hisler yaşadığı, özellikle, eylemin, başta travma sonrası stres bozukluğu olmak üzere, anksiyete bozukluğu, uyku bozukluğu ve depresyon gibi ağır psikolojik hasarlara sebep olduğu ve mağdurların psikolojilerini olumsuz etkileyen bu endişe ve korkularla sosyal yaşamını failin hareketlerine bağlı olarak düzenlemek zorunda kaldıkları ve yine failerin üçte birinin yargı kararlarına rağmen, stalking eylemine devam ettikleri tespit edilmiştir¹⁰.

B. KAVRAM

Stalking'in henüz Türkçede yerleşmiş bir karşılığı yoktur. Bu kavramın Türkçe karşılığını bulurken, hiç şüphesiz onu tanımlamak

⁹ Baum/Catalano/Rand/Rose, s. 2. Farklı stalking türleri hakkında bkz: Cupach/Spitzberg, s. 356-357.

¹⁰ Baum/Catalano/Rand/Rose, s. 1 vd.; Keiser, Thorsten: "Schadenersatz und Schmerzensgeld bei Stalking?", Neue Juristische Wochenschrift, 47, 2007, s. 3387-3388. Adalet sisteminin yetersiz ya da duyarsız tepkileri profesyonel alanda fiile dair bilgilerin yetersizliği ve müdahalelerin gecikmesi bu tip psikolojik tepkileri güçlendirir (Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar s. 30-31); Göpfert, Buckard/ Siegrist, Carolin: "Stalking - Nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auch ein Problem für Arbeitgeber?", NZA 2007, s. 473.

ve unsurlarıyla ortaya koymak gerekir. Ancak birden fazla disiplinin ilgi ve çalışma alanına giren bu kavramın, farklı disiplinlerde değişik şekilde tanımlanması bu kavram üzerinde genel ve ortak bir tanım yapmayı güçleştirmektedir. Gerçekten de bu fiil için dünyada kabul görmüş genel ve yaygın bir tanım mevcut değildir¹¹. Aslında bu farklılıkların temelinde, fiilin birden fazla davranışı içermesi, belli bir süreye yayılması ve hangi nitelikte ve sayıdaki davranışların fiili oluşturacağı gibi meseleler yatmaktadır¹². Stalking eylemini oluşturan bazı tekil davranışların yasalarda düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmış olması da bu fiilin sınırlarını çizmeyi güçleştiren bir başka faktördür.

Bu kavramın ilk olarak ortaya atıldığı ABD'deki eyaletlerde de farklı tanımlamalar ve hukukî düzenlemeler göze çarpmaktaysa da stalking'ın; ortak olgu olarak, bir kişinin diğerini bilerek ve isteyerek tekrarlanan davranışlarla takip ve taciz etmesi hususlarını içerdiği görülmektedir.¹³ Bir görüşe göre ise, bunlara ek olarak, mağdurun bu davranışlarla tehdit edilmesi veya bu davranışların mağdurda korkuya yol açması¹⁴ gerektiği ifade edilmektedir. Mağdur bakımından

¹¹ Dressing, Harald/Kühner, Christine/Gass, Peter: "Was ist Stalking? - Aktueller Forschungsstand", FPR 2006, s. 176.

¹² Dressing/Kühner/Gass, s. 177; Tjaden, s. 264.

¹³ Bir suç olarak stalking'ın üç zorunlu unsuru; failin kasıtlı davranışı, bu davranışın ciddi bir tehdit oluşturması ve mağdurda korkuya sebep olmasıdır. (Meloy, J. R.: "Stalking: the state of the science", Criminal Behavior and Mental Health, 17, 1-7, (2007) Published online in Wiley InterScience, s. 1); Aynı yönde; Sheridan, s. 179; Winterer, Heidi: "Straf- und zivilrechtlicher Umgang mit Stalking in Deutschland - Stalking und hausliche Gewalt"; FPR, 2006, Heft 5, s. 200; Karş. Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 26; Cupach/Spitzberg'e göre; bu tanım ek olarak zarar verme kastı ve devam eden ve ısrarlı bir dizi davranışı da gerektirir, s. 347.

¹⁴ Dressing/Kühner/Gass: s. 176; Nitekim mehz İsviçre Medenî Kanununda 2007 yılında yapılan değişikliklere ilişkin komisyon raporuna göre, takip,

tehdit veya korkunun algılanışında ise, bir görüşe göre¹⁵, sadece mağdurun subjektif olarak tehdidi veya korkuyu algılaması yeterli görülürken, diğer bir görüşe göre ise¹⁶, ortalama bir insanın objektif olarak bu davranışları tehdit veya korku olarak algılaması gerektiği belirtilmektedir. Yine korku dereceleri için değişik ölçütler getirilmiştir. Bazılarına göre, mağdurun kendisine veya yakınlarına zarar verileceği korkusu veya tehdidi altında olması gerekli görülürken, bazılarında fiziksel yaralama ve ölüm tehdidi aranmakta, diğerlerinde ise mağdurdaki duygusal bozukluk ve mağdurun güvenliğinden endişe etmesi yeterli sayılmaktadır¹⁷. Ayrıca bazı düzenlemelerde, niteliğine göre tek bir davranışın bile bu olguyu yaratabileceği yer alırken¹⁸; hakim görüşe göre ise, bu fiilin oluşabilmesi için iki veya daha fazla davranışın gerçekleşmesi gerekir¹⁹. Bundan başka; fiilin meydana gelmesinde failin genel kastla hareket etmesi yeterli görülürken, bazı düzenlemelerde failin özel kastının da arandığı görülmektedir²⁰.

Belirtmek gerekir ki; fiile ilişkin çoğu ceza hukuku kaynaklı bu görüşler ve düzenlemeler daha çok ceza kanunlarında herhangi bir suç tipine girmeyen takip ve taciz fiillerinin tipikleştirilerek suç haline getirilmesi neticesinde ortaya çıkmıştır. Stalking ise daha geniş olarak; saldırının türüne göre, bir kişiyi takip ve tehdit etmekten,

tehdit, taciz olaylarının mağdurda büyük bir korkuya yol açması gerektiği ifade edilmektedir (BBl 2005 6685).

¹⁵ Karş. Tjaden, s. 266.

¹⁶ Cupach/Spitzberg, s. 347.

¹⁷ Tjaden, s. 265-266.

¹⁸ Karş. Tjaden, s. 265.

¹⁹ BBl 2005 6874; Bieszk/Sadtler, s. 3384; Winterer, s. 200. Yazar, stalking için ikiden fazla eylemin varlığını arayan görüşün, özellikle ağır stalking durumlarında bu davranışların stalking oluşturmayacağı nedeniyle tehlikeli bulunmaktadır (Dressing/Kühner/Gass, s. 177).

²⁰ Tjaden, s. 265-266.

onun mallarına zarar vermeye, onu yaralamaya, hatta öldürmeye kadar giden bir dizi taciz ve saldırı faaliyetlerini içeren eylemler bütünüdür²¹. Bu iki durumu ayırt etmek için doktrinde, ağır ve hafif stalking şeklinde ikili bir ayrıma gidilmiştir²². Buna göre; bir çoğu ceza kanunlarında düzenlenmiş olan yaralama, tehdit, öldürme, mala zarar verme, konut dokunulmazlığını ihlâl gibi eylemlerin tekrarlanması “ağır stalking”; birini takip etme, gözetleme, telefon, kısa mesaj veya internet yoluyla rahatsız etme, hakkında araştırma yapma, evinin önünde bekleme, onun isteği dışında çiçek ve hediyeler gönderme gibi daha çok failin mağdurla iletişim kurmak amacıyla tekrarladığı gündelik davranış biçimleri ise “hafif stalking” olarak nitelendirilmiştir²³.

Stalking; farklı disiplinlerde farklı şekilde tanımlansa da²⁴, ortak olgu olarak, aynı veya birbirinden farklı tekrarlanan eylemlerle mağdurun takip ve taciz edilmesi ve bu takip ve taciz eylemleri sonucunda kişinin endişe veya korku duyması hususlarını içerir²⁵. Tüm bu açıklamalar ışığında, biz de, bu fiilin en tipik eylemsel unsurlarıyla, fiilin kendisine özgü en önemli ayırt edici unsurlarından olan

²¹ Bieszk/Sadtler, s. 3384; Cupach/Spitzberg, s. 345 vd.; Göpfert/Siegrist, s. 473; Keiser, s. 3387 vd.; Winterer, s. 200.

²² Bieszk/Sadtler, s. 3384-3386; Dressing/Kühner/Gass, s. 177 vd.; Keiser, s. 3387-3388; Winterer, dn. 2.

²³ Bieszk/Sadtler, s. 3384.

²⁴ Fail ile mağdur arasında bir ilişki olup olmadığı aranmaksızın, bir kişinin diğerini, uzunca bir süre ve isteği dışında takip ve taciz etmesidir. Bu fiilin en tipik belirtileri ise, bir kişi hakkında araştırma yapmak, fiziksel olarak yakınında bulunmak ve bununla birlikte sürekli olarak takip etmek, aramak, taciz ve tehdit etmektir. Bu eylemlerin tekrarlanması ve tekrarlanan bu eylemlerin mağdurla korkuya yol açması gerekmektedir (BBl 2005 6684-6685).

²⁵ Belirtmek gerekir ki; failin, üçüncü kişilerin mağdurla iletişim kurmasını ve dolayısıyla mağduru taciz etmesini sağlamak amacıyla yaptığı “dolaylı fiiller” de ısrarlı takip ve taciz kapsamındadır. Aynı yönde BBl 2005 6885.

eylemin sıklıkla tekrarlanma olgusunu vurgulamak amacıyla, bu hususları içerdiğini düşündüğümüz, “ısrarlı takip ve taciz” tabirini kullanmayı tercih ettik²⁶.

C. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA ISRARLI TAKİP ve TACİZE İLİŞKİN DÜZENLEMELER

1. Almanya

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Şiddete Karşı Korunma Yasasına göre; bir kişi, takip edilmek istemediğini açıkça beyan etmiş olmasına rağmen²⁷, başka bir kişi tarafından hukuka aykırı ve kasıtlı olarak tekrar takip edilerek taciz edilirse veya uzaktan iletişim vasıtalarıyla takip edilmek suretiyle taciz edilirse, bu kişi, mahkemeden failin özellikle, onun konutuna girmesinin, konutuna belli bir mesafede yaklaşmasının, düzenli olarak gittiği belirli yerlere yaklaşmasının, uzaktan iletişim araçlarının kullanımı yoluyla onunla bağlantı kurmasının ve onun karşısına çıkmasının yasaklanmasını talep edebilir²⁸ (GewSchG § 1 Abs. 1-2).

Bununla birlikte Alman doktrin ve uygulamasında ısrarlı takip ve tacize karşı, Alman Medenî Kanunundaki önleme davası (§ 1004

²⁶ Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar ise eylemin hem fiziksel hem psikolojik anlamını kastettiği gerekçesiyle “takipçi tacizcilik” tabirini kullanmışlardır, s. 26.

²⁷ Yazar, maddenin lafzından, mağdurun, failin ilk takip eyleminden sonra değil, en az ikinci takip eyleminden sonra koruma önlemlerine başvurabileceği ve ayrıca fiilin, mağdurun açıklanmış rızası hilafına gerçekleşmiş olması anlaşıldığından, ilk takip eylemi sonrası mağdurun faile yazılı bir ihtar göndermesinin ispat kolaylığı bakımından mağdura fayda sağlayabileceğini söylemiştir (Hoffmann, s. 203).

²⁸ Kanuna göre; üçüncü kişilerin ihbarı yoluyla koruma önlemlerinin alınabilmesi mümkün değildir, mağdurun talebi gereklidir. Ayrıca, kanunda düzenlenen bu takip hali, doktrindeki “hafif stalking” kavramına denk düşmektedir (Winterer, s. 202).

BGB) yanında, maddî ve manevî tazminat davaları (§ 823 BGB) açılabilmesi de kabul edilmektedir²⁹.

31 Mart 2007 tarihinde yürürlüğe giren Alman Ceza Kanununun 238'nci paragrafına göre ise³⁰, önceki yasa hükümlerine göre hiçbir suç tipine girmeyen bazı davranış biçimleri ısrarlı takip ve taciz olarak nitelendirilip cezalandırılabilir. Buna göre; bir kişi, diğerinin ısrarla yakın alanında bulunursa, iletişim vasıtaları veya diğer araçlarla kendisi veya üçüncü kişiler aracılığıyla onunla iletişim kurmayı denerse, onun kişisel bilgilerini kötüye kullanarak onun adına mal veya hizmet siparişinde bulunur veya üçüncü kişilerin bundan dolayı onunla iletişime geçmesine sebep olursa, onun veya yakınının yaşamını, vücut dokunulmazlığını, sağlığını veya özgürlüğünü tehdit eder veya buna benzer başka bir davranışta bulunursa³¹ ve bununla kişinin yaşam biçimi ağır derecede ihlâl edilirse, fail üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılabilir (StGB § 238 Abs. 1).

2. İsviçre

İsviçre hukukunda bu hususta, İsviçre Medenî Kanununun 1 Temmuz 2007 tarihinde yürürlüğe giren³² kişiliğin korunmasına

²⁹ Bieszk/Sadtler, s. 3385; Borchert, Hans-Ulrich: "Stalking, Ein rechtliches Phänomen", FPR 2004, s. 239-240; Keiser, s. 3387 vd.; Löhnig, Martin: "Zivilrechtliche Probleme des neuen § 238 StGB", Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, 7, 2007, s. 519-520; von Pechstaedt, Volkmar: Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen gegen Stalking", Neue Juristische Wochenschrift, 18, 2007, s. 1233; Walter, Ute: "Der zivilrechtliche Schutz vor Nachstellungen", ZUM 2002, Heft 12, s. 888, 892; Winterer, s. 202.

³⁰ Bundesgesetzblatt, Jahrgang 2007, Teil I, Nr. 11, s. 354-355.

³¹ Maddede sayılan ısrarlı takip ve taciz halleri sınırlı sayıda değildir. Bu hükümle, sayılan ısrarlı takip ve taciz hallerine benzer hukuka aykırı diğer davranışlar da cezalandırılabilir. Bu hüküm doktrinde haklı olarak, ceza hukukunun temel ilkelerinden "belirlilik" ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir (Bieszk/Sadtler, s. 3385).

³² AS 2007 137 139; BBl 2005 6871 6897.

ilişkin davaların yer aldığı “Şiddet, Tehdit ve Israrlı Takip” kenar başlıklı 28b maddesinde düzenleme yapılmıştır. Madde gerekçesine göre ısrarlı takip ve tacizin varlığından söz edebilmek için, fail veya mağdur arasında önceden bir ilişki olup olmadığı aranmaksızın, bir kişinin diğerini uzun bir süre takip ve taciz etmesi gerekmektedir. Bu fiilin tipik belirtileri, bir kişi hakkında araştırma yapmak, fiziksel olarak onun yakınında bulunmak ve bununla bağlantılı olarak onu sürekli olarak takip etmek, görmeye gitmek, taciz ve tehdit etmektir. Bununla birlikte, bu olaylar bütünü, mağdurda büyük korkuya yol açmalı ve tekrarlanmak suretiyle meydana gelmelidir³³.

Bu fiilden dolayı kişilik hakkı saldırıya uğrayan herkes³⁴, mahkemeye başvurarak hâkimden, özellikle, davalının kendisine yaklaşmasının yasaklanmasını veya kendi konutuna belli bir mesafede durmasını, bilhassa belirli sokaklar, mevkiler ve mahalleler olmak üzere belirli yerlere uzak durmasını, telefon, yazılı, elektronik veya diğer iletişim vasıtaları da dahil olmak üzere iletişim kurmak suretiyle kendisini rahatsız etmemesini talep edebilir. (ZGB. Art. 28b/I). Kanunda bu önlemlerin ne kadar süreyle uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Önlemlerin süreli olup olmayacağını hâkim takdir ve tespit eder. Hiç şüphesiz hâkim bunu takdir ederken, ölçülülük ilkesi gereğince, taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek; mağdur için yeterli etkinlikte, fail için ise onun temel hak ve özgürlüklerini mümkün olduğu ölçüde az kısıtlamak suretiyle karar vermelidir. Bununla birlikte, telefonla taciz ve ısrarlı takip gibi durumlarda karar verilecek önlemlerin belli süreyle sınırlandırılmasının anlamsız olduğu ifade edilmiştir³⁵.

³³ BBI 2005 6884-6885.

³⁴ Buna göre; ısrarlı takip yoluyla kişilik hakları zedelenen her gerçek kişi, dava yoluyla kanunda öngörülen tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Kişiliğe sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olan kişiliğin korunmasına ilişkin bu davalar, kural olarak bizzat hak sahibi tarafından kullanılabilir. Bu nedenle bazı şiddetten korunma yasalarında olduğu gibi üçüncü bir kişinin şikayeti veya ihbarıyla koruyucu tedbirlere hükmedilmesi mümkün değildir.

³⁵ BBI 2005 6686-6687.

Medenî Kanundan farklı olarak fiilin takibi mağdurun talep ve şikâyetini zorunlu kılmayan 1 Nisan 2007 tarihli Zürih Kantonu Şiddete Karşı Korunma Yasasında da; fizikî, cinsel veya ruhsal bütünlüğü ısrarlı takip ve taciz suretiyle ihlâl edilen veya tehlike altında olan kişilerden, devam eden veya sona ermiş aile birliğindeki aile bireyleri ile fiilî yaşam birlikteliklerini oluşturan bireyler³⁶, şiddet uygulayan kişinin konut veya evden uzaklaştırılması, kolluk tarafından sınırları belirlenmiş dar bir çevreye girişinin yasaklanması ve şiddet uygulayan kişinin mağdurla veya yakınlarıyla herhangi bir şekilde iletişim kurmasının yasaklanması gibi koruma önlemlerinden yararlanabilmektedir (GSG § 2-3)³⁷.

3. Avusturya

Avusturya İcra Kanununun “Şiddete Karşı Genel Koruma” başlıklı § 382e hükmüne göre; bir kişi diğerinin vücut bütünlüğüne yönelik saldırı veya tehditte bulunursa veya ciddi derecede onun ruhsal sağlığını bozacak davranışlarda bulunursa, yaklaşmama veya iletişim kurma yasağı gibi koruma önlemleri alınabiliyor.

1 Temmuz 2006’da yürürlüğe giren “Ceza Kanununun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”³⁸ ile değişik Avusturya Ceza Kanununun “İsrarlı Takip” başlıklı § 107a hükmüne göre ise, bir kişiyi ısrarla takip eden kişi bir yıl hapis cezasıyla cezalandırılabilir (StGB § 107a Abs. 1). Buna göre; bir kişi ciddi anlamda ve uzun bir süre diğerinin yakın alanında bulunmak, onunla tele-iletişim ya da diğer iletişim vasıtaları veya üçüncü bir kişi aracılığıyla iletişim kurmak, onun kişisel bilgilerini kullanarak mal ve

³⁶ Türk hukukundaki 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanundan farklı olarak fiilî yaşam arkadaşlıklarındaki bireylerin de bu Kanun kapsamında korunacağı yasada açıkça ifade edilmiştir.

³⁷ Yasayla koruma tedbirlerini uygulama görevi kolluğa bırakılmıştır. Buna göre; şikâyet veya ihbar yoluyla ev içi şiddetin var olduğunu tespit eden kolluk yasadaki koruma tedbirlerini alma yetkisine sahiptir (GSG § 2-3).

³⁸ BGBl. I Nr. 56/2006 (yayımlanma tarihi: 8 Mayıs 2006).

hizmet siparişinde bulunmak, üçüncü kişilerin kişisel bilgilerini kullanarak onunla iletişim kurmasına sebep olmak suretiyle diğerinin yaşamını ihlâl ederse, “ısrarlı takip” eyleminin varlığından söz edilir.

Aynı yasa³⁹ ile değişik Avusturya İcra Kanununun “Özel Alana Saldırlara Karşı Koruma” başlıklı § 382g hükmüne göre de; özel alana yapılacak saldırılara karşı, özellikle, kişisel iletişim kurma, takip, mektup, telefon veya diğer iletişim vasıtalarıyla iletişim kurma, belirlenmiş yerlerde bulunma, mağdurun kişisel bilgilerini ve fotoğraflarını yayınlama ve çoğaltma, kişisel bilgiler kullanılarak üçüncü kişilerden mal ve hizmet siparişi, üçüncü kişilerin mağdurla iletişim kurmasına sebep olma yasağı gibi tedbirlerle saldırının önlenmesi güvence altına alınabilmektedir.

II. ISRARLI TAKİP ve TACİZİN TÜRK MEDENÎ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Israrlı takip ve tacizi oluşturabilecek tekil davranışlar (kasten yaralama, cinsel saldırı, cinsel taciz, tehdit, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma, konut dokunulmazlığının ihlâli, hakaret, özel hayatın gizliliğini ihlâl, mala zarar verme, iftira, suç uydurma gibi) Türk Ceza Kanunun muhtelif maddelerinde düzenlenmiştir. Ayrıca tekrarlanan davranışlarla meydana gelen bir kimseye ısrarla telefon edilmesi veya gürültü yapılması eylemleri de Türk Ceza Kanununun “kişilerin huzur ve sükûnunu bozma” başlığı altında yaptırıma bağlanmıştır⁴⁰.

Israrlı takip ve taciz mağduruna büyük ölçüde koruma sağlayan Türk Ceza Kanunundaki bu düzenlemeler, özellikle fail tarafından takip edilmek suretiyle baskı ve kontrol altında tutulmaya çalışılan,

³⁹ BGBl. I Nr. 56/2006.

⁴⁰ Türk Ceza Kanununun 123. maddesine göre; “Sırf huzur ve sükûnunu bozmak maksadıyla bir kimseye ısrarla; telefon edilmesi, gürültü yapılması ya da aynı maksatla hukuka aykırı başka bir davranışta bulunulması hâlinde, mağdurun şikâyeti üzerine faile üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”.

tehdit ve taciz edilen mağdurları koruma bakımından kimi zaman yetersiz kalabilmektedir. Ayrıca herhangi bir suç tipine girmeyen ısrarlı takip ve taciz hallerinin varlığı, ceza hükümleriyle mağduru korumayı olanaksız kılmaktadır. Böyle durumlarda, koşulları varsa, medenî hukuktaki koruyucu hükümlere başvurulabilir. Zira bir kişinin hukuka aykırı olarak ısrarla takip ve taciz edilmesi, her şeyden önce bir şiddet türü ve kişilik hakkının ihlâlidir. Bu yönleriyle ısrarlı takip ve tacizi, tüm gerçek kişilerin yararlanabileceği Türk Medenî Kanunundaki kişiliği koruyucu hükümler ile⁴¹, kişi bakımından daha sınırlı koruma sağlayan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun çerçevesinde değerlendirmek gerekir. Kanaatimizce, gerek Türk Medenî Kanununun kişiliği koruyucu hükümleri gerekse de 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, ısrarlı takip ve taciz mağdurları için koruma önlemleri alınmasına cevaz vermektedir.

Buna karşın, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun uygulaması dışında, Türk hukuku uygulamasında bugüne kadar ısrarlı takip ve taciz vakalarında özel hukuktaki saldırıya yönelik koruma önlemlerine başvurulması ve hükmedilmesine pek rastlanmamaktadır. Bunun en önemli nedenleri; Türk Medenî Kanunundaki koruma önlemlerinin etkin icra edilemeyeceği ihtimali ile dava sonunda verilecek davranış yasağı kararının, kişinin temel hak ve özgürlüklerini aşırı derecede kısıtlayacağı düşüncesi olabilir⁴². Oysa Türk Medenî Kanununun kişiliği koruyucu hükümlerine göre; hâkim, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve ölçülülük ilkesini gözeterek saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davaları kapsamında davranış yasaklarına hükmetme yetkisine

⁴¹ İsviçre Medenî Kanunundaki 2007 yılı değişikliklerinden önce aynı yönde bkz: *Stengel/Drück*, s. 1-2.

⁴² Alman hukukunda bkz: *Borchert*, s. 239. Mağdur çoğu zaman davanın uzun sürmesi ve usulî konularındaki yetersizliği nedeniyle bu hukukî yola başvuraktan kaçınabilir (*Stengel, Cornelia/Drück, Martin: "Der ganz normale Wahnsinn - Eine Standortbestimmung in Sachen Stalking"*, Jusletter 20. März 2006, s. 7).

sahiptir. Özellikle, ceza kanunlarının mağdura koruma sağlamadığı, mağdurun sürekli ve sistematik olarak tehdit, takip ve taciz altında olduğu durumlarda davranış yasaklarına hükmedilmesi gerekli ve zorunludur. Ayrıca aşağıda açıklanacağı üzere, pozitif usûl hukuku kurallarımız da saldırıya yönelik davalar sonunda hâkimin vereceği kararların icra edilmesine olanak vermektedir.

Ancak yine de, Türk Medenî Kanunundaki kişiliğin korunması hükümlerinin 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanundaki hükümlere göre mağdur bakımından etkin ve denetimli bir koruma sağlamaktan uzak olduğunu söylemek yanlış olmaz. Gerçekten de, özellikle, davanın açılması ve yürütülmesi aşamasında mağdurun usûlî konulardaki yetersizliği ve bilgisizliği, dava harçları ve masrafları, mahkemece verilen davranış yasağı kararlarının etkin olarak denetlenememesi gibi sebeplerden ötürü, bu hükümlerin ısrarlı takip ve taciz mağdurunu korumak bakımından yetersiz kaldığını söyleyebiliriz.

Bu nedenle, toplumda artan şiddet olayları ve yeni şiddet türlerinin varlığı karşısında, mağdurun aile bireyi olup olmadığı aranmaksızın tüm gerçek kişilerin yararlanabileceği şiddete karşı genel bir koruma yasası çıkartılması ve bu yasada mağduru koruyucu önlemlere yer verilmesi yerinde olacaktır. Yapılacak düzenlemelerde; mağdura başvuru kolaylıkları tanınması, koruma önlemlerinin etkin şekilde icra edilmesi ve denetlenmesi, ciddi vakalarda ise özellikle, mağdurun takibini kolaylaştırabilecek kişisel verilerinin güvence altına alınması ve mağdura koruma tahsisi gibi özel nitelikli koruma önlemlerinin alınması ve uygulanması sağlanmalıdır.

A. ISRARLI TAKİP ve TACİZİN KİŞİLİĞİN KORUNMASI HÜKÜMLERİNE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunundaki kişiliğin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için hiç şüphesiz bir kişinin kişilik

hakkına hukuka aykırı şekilde saldırılmış olması veya ciddi bir saldırı tehlikesinin bulunması gerekir. Böyle bir saldırıya uğrayan veya saldırı tehlikesi altında olan kişi; saldırının durdurulması, saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespiti, maddî tazminat, manevî tazminat ve vekâletsiz iş görmeden doğan davaları açabilir (TMK. m. 25).

Türk hukukunda kişilik hakkı genel olarak düzenlenmiştir⁴³. Bunun sonucu olarak, doktrinde sayılan hayat, sağlık, vücut tamlığı, onur ve saygınlık, resim üzerindeki hak, özel hayatın gizliliği gibi kişilik değerleri yanında, kişiler arasında ihtiyaçlara göre korunması gereken ve kişiyi kişi yapan bütün değerler kişilik hakkının konusu içine girer⁴⁴. Çok değişik görünümde ortaya çıkabilen ısrarlı takip ve taciz fiilleri de kişilik hakkına bir saldırı niteliği taşıdığı ve olayın niteliğine uygun düştüğü ölçüde kişiliği koruyucu bu davalarından her biri açılabilir⁴⁵.

Israrlı takip ve taciz sonucu açılacak saldırının durdurulması, saldırı tehlikesinin önlenmesi ve manevî tazminat gibi kişiliği koruyucu davaları, kural olarak kişilik hakkı ihlâl edilen kişi açabilir. Bu davaları açma hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olup, kural olarak yasal temsilci tarafından kullanılamaz⁴⁶. Aynı şekilde, 4320

⁴³ Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul 2009, s. 135-136; Zevkliler, Aydın/Acabey, M. Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medenî Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, s. 395 vd; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan: Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 94 vd.; Helvacı, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişiliği Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul Ağustos 2001, s. 42 vd.

⁴⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 135.

⁴⁵ Biz bu çalışmamızda yalnızca ısrarlı takip ve taciz fiilinin kendine özgü niteliğinden kaynaklanan durdurma ve önleme davaları ile tazminat davalarını ele aldık. Bu nedenle, saldırının hukuka aykırılığın tespiti ve vekâletsiz iş görmeden doğan davaları inceleme alanımız dışında bıraktık.

⁴⁶ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 73-74; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 326; Dural/Öğüz, s. 74.

sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun uygulamasından farklı olarak, üçüncü bir kişinin ihbarı yoluyla da bu koruyucu davaların açılabilmesi mümkün değildir. Ancak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, tam ehliyetsizlerin çıkarının yasal temsile cevaz verilmemesine oranla ağır bastığı hallerde, yasal temsilcinin onun adına bu hakları kullanmasına imkân verilebilir⁴⁷. Bu durumda ısrarlı takip ve taciz mağdurunun ayırt etme gücüne sahip olmayan bir küçük veya ergin olması halinde, onun adına yasal temsilcisinin bu davaları açabileceğini kabul etmek gerekir.

Yukarıda ısrarlı takip ve tacizden söz edebilmek için tekrarlanan davranışların fail tarafından bilerek ve isteyerek yapılması veya bu davranışların ciddi bir tehdit niteliğinde olması veya mağdurda endişeye ya da büyük korkuya yol açması gerektiği hakkındaki görüşlere yer vermiştik⁴⁸. Fiile ilişkin çoğu ceza hukuku kaynaklı görüşler, saldırıya yönelik davalar bakımından farklı uygulanmak durumunda kalacaktır. Zira, kişiliği koruyucu hükümlerden saldırıya yönelik davalar bakımından, failin her zaman kusurlu davranması şart olmayıp, saldırı sonucu bir zararın meydana gelmiş olması da gerekmemektedir. Bu koruyucu davaları açabilmek için, kişilik hakkına yönelik "hukuka aykırı" bir saldırı veya saldırı tehlikesinin olması yeterlidir.

2. Israrlı Takip ve Tacizde Hukuka Aykırılık

Kişilik hakkını koruyucu davaların açılabilmesinin ortak şartı, saldırıda bulunulan fiilin hukuka aykırı olmasıdır. Hukuka aykırılık, başkalarına zarar vermeyi yasaklayan ya da zararlı sonucu önlemek amacıyla belirli bir davranışı emreden genel bir davranış kuralının ihlâli halinde gerçekleşir⁴⁹. Temel koruma normlarına aykırı davran-

⁴⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 328 vd., Dural/Öğüz, s. 78; Helvacı, s. 158; Karş. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 173.

⁴⁸ Bkz: I/B altındaki açıklamalar.

⁴⁹ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003, s. 546; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, Genel

mak suretiyle mutlak hakları ihlâl eden her türlü davranış hukuka aykırıdır⁵⁰. Bu bağlamda, hukuka uygunluk sebebi olmadığı sürece kişilik hakkına yapılan her saldırı da hukuka aykırıdır. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde zarar verme olgusu değil, failin davranışı esas alınmalıdır⁵¹. Bu, ısrarlı takip ve taciz vakalarında saldırıya yönelik davaların açılabilmesi bakımından, failin tekrarlanan davranışlar bütününe objektif olarak hukuka aykırı olmasının yeterli olduğu anlamına gelmektedir. Bu nedenle, saldırıya yönelik davalar bakımından mağdurun endişe ve korku duyması veya manevî bir zarara uğraması hukuka aykırılığın bir unsuru değil, ancak sonucu olabilir⁵².

Takip ve tacizin yöntemine göre ihlâl edilen kişilik değerleri farklılık gösterebilir. Saldırının niteliğine göre; kişinin maddî bedensel değerlerinden hayat, sağlık ve vücut tamlığı ile manevî ve sosyal değerlerinden onur ve saygınlığı, özgürlüğü, özel ve gizli alanları, ad ve resim üzerindeki hakkı da kişilik hakkının ihlâli konusu olabilir. Fiillerden her biri, niteliğine göre, ayrı ayrı herhangi bir kişilik değerini ihlâl edebileceği gibi, tek başına bir kişilik hakkı ihlâli oluşturmayan fiiller tekrarlandıklarında bir kişisel değeri ihlâl edebilir⁵³. Bu fiillerin ısrarla tekrarlanması sonucu meydana gelen davranışlar bütünü ise ortak illiyetle, özellikle, kişinin özgürlüğü, özel hayatı ve sağlığına yönelik bir saldırı niteliği taşıyabilir⁵⁴.

Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006, s. 494; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2007, s. 197.

⁵⁰ Eren, s. 554.

⁵¹ Eren, s. 546.

⁵² Aksi durumun kabulü ayırt etme gücü olmayan küçük ve erginlerin bu davaları açamayacakları anlamına gelir. Ancak hiç şüphesiz kişilik hakkına yapılan saldırı sonucunda kişinin endişe ve korku duyması, manevî tazminat bakımından önem taşır.

⁵³ Stengel/Drück, s. 3; Biz çalışmamızda sadece fiilin kendine özgü niteliğinden kaynaklanan ve ihlâl edilen kişisel değerleri inceleme konusu yaptık.

⁵⁴ Karş. Keiser, s. 3387-3388.

Bir kişinin hukuk düzeninin tanıdığı sınırlar içinde yaşamını sürdürmesi, dilediği yerde oturması, dilediği işte çalışması, dilediği kişilerle iletişim kurması, ilişkilerini düzenlemesi, dilediği yerlerde gezmesi, seyahat etmesi kişiye kişi olduğu için Anayasal olarak tanınmış özgürlüklerin birer yansımasıdır⁵⁵. Israrlı takip ve taciz vakalarında, mağdur çoğu zaman yoğun takip ve taciz nedeniyle, baskı, endişe ve korku ve kimi zaman fiziksel zarar tehdidi altında sosyal ilişkilerini faile ve fiile göre düzenlemek durumunda kalır⁵⁶. Failin kendisini takip etmesini engellemek için mağdurun oturduğu evi, işi, telefon numaralarını, e-posta adreslerini, çocuğunun okulunu değiştirmesi, işe giderken yol güzergâhını değiştirmesi, yakınlarının zarar göreceği endişesiyle onlarla gizlice iletişim kurmak zorunda kalması, fizikî görünümünü değiştirmesi bunlardan sadece birkaçıdır. Tüm bunlar, kişinin kendisine Anayasayla tanınmış kişiliğini koruma ve geliştirme hakkını engelleyen durumlardır. Takip ve taciz yoluyla kişinin kişilik değerlerinden özgürlüğüne yapılan bu tür müdahaleler kişilik hakkının ihlâlidir⁵⁷.

Aynı şekilde kişinin yalnız kalma hakkını ihlâl eden müdahaleler de, kişinin isteği dışında gerçekleştiği ölçüde hukuka aykırıdır⁵⁸. Bu bağlamda; mağdurun evini gözetleme veya evi dışında onu takip etme, telefonla sürekli rahatsız etme, özel hayatını dedektif ve casuslar aracılığıyla araştırma, özel konuşmalarını gizlice dinleme,

⁵⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 407-408.

⁵⁶ Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 30-31.

⁵⁷ Stengel/Drück, s. 1; Stalking'in pek çok davranış türünde ısrarlı telefon aramaları ve mektup göndermelerin özel alan ihlâli olduğuna dair şüphe yoktur. Yine mağdurun evinin yakınlarında onu kapıda durma veya pencereden izleme de özel alan ihlâli sayılır. Bu noktada kişinin evinin dışında takip edilmesi durumunda özel alan ihlâli sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir (Keiser, s. 3389).

⁵⁸ Dural/Ögüz, s. 129; Kaboth, Daniel: "Kontaktverbote und deren prozessuale Durchsetzung zum Schutz vor Stalking", ZUM 2003, Heft 5, s. 342, s. 344; Walter, s. 890.

gizlice onun fotoğraf veya filmini çekme⁵⁹, bilgisayar kayıtlarını ele geçirme gibi olası takip ve taciz eylemlerinin hepsi kişinin özel hayatına yapılan hukuka aykırı saldırılardır.

Israrlı takip ve taciz eylemine uyan, bir kişiye manevî acı çek-tirmek, sistematik işkence yapmak, sürekli psikolojik baskı ve tehdit altında tutmak, ruhsal yapısında bozukluklara ve sarsıntılara yol açmak da kişilik hakkını zedeleyici niteliktedir⁶⁰. Failin, genellikle, mağduru baskı ve kontrol altında tutmayı amaçlayan ısrarlı takip ve taciz süreci doğrudan mağdurun ruhsal sağlığına yönelik bir saldırı niteliği de taşıyabilir.

Belirtmek gerekir ki; fiilin hukuka aykırılığında söz edebilmek için hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunmaması gerekir. Başka bir deyişle, ısrarlı takip ve tacizde, mağdurun rızasının bulunması, fiilin işlenmesinde daha üstün bir özel yarar veya kamu yararı bulunması veya takip ve tacizin kanunun tanıdığı yetkiye dayanarak yapılması hallerinde eylem hukuka aykırı olarak nitelendirilemez (TMK. m. 24/II). Meselâ, bir zanlının polis tarafından günlerce takip edilmesi veya kamuya mâl olmuş bir kişinin, ortak veya özel alanda ısrarla takip edilmesi “kamu yararı olduğu müddetçe” kural olarak hukuka aykırılık oluşturmaz⁶¹.

3. Saldırıya Yönelik Açılacak Davalar

a. Saldırının Durdurulması Davası

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir (TMK. m. 25). Bu kapsamda, kişi, hâkimden sürmekte olan saldırıya son verilmesini isteyebilir. Saldırının durdurulması, kişilik değerlerinden herhangi birine hukuka aykırı şekilde bir saldırının başlamış ve halen devam ediyor olması halinde açılabilir. Bu davanın açılabilmesi için, saldı-

⁵⁹ Keiser, s. 3389; Dural/Öğüz, s. 129.

⁶⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 408.

⁶¹ Dural/Öğüz, s. 131; Ayrıca bkz. Walter, s. 886 vd.

rının hukuka aykırı olması yeterli olup, ayrıca saldıranın kusurlu olması gerekmez⁶².

Israrlı takip ve tacizde fiil, tek bir davranış ile meydana gelmez. Bu fiilin, kendisini oluşturan eylemlerden bağımsız olarak hukuka aykırı bir nitelik taşıması için aynı veya farklı davranışların belli bir süre tekrarlanması gerekir. Israrlı takip ve tacize ilişkin araştırmalarda mağdurların kısa zaman dilimleri içinde yoğun takip ve tacize maruz kaldıkları saptanmıştır⁶³. Bu nedene dayanarak saldırının durdurulması davası açılabilmesi için, takip ve tacizi oluşturan her bir fiilin hukuka aykırılığı bir yana, bu fiillerin bütününden oluşan olgunun hukuka aykırı olması gerekir⁶⁴. Bu tip tekrarlanan davranışlarla meydana gelen saldırılarda, saldırı eyleminden değil, saldırı durumundan söz edilir⁶⁵. Bu bağlamda saldırı durumu, aynı veya farklı tekrarlanan fiillerle mağdurun takip ve taciz edildiği fiiller arasında geçen süreyi de kapsar. Israrlı takip ve taciz, süreklilik ve devamlılık unsurları taşıdığı için, varlığını ve etkisini, tekil davranışlardan

⁶² Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 171; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 473; Dural/Öğüz, s. 144.

⁶³ Mağdurların yaklaşık %30'u günde en az bir kez, %50'si ise haftada en az bir kere takip ve tacize maruz kalmışlardır (Baum/Catalano/Rand/Rose, s. 12).

⁶⁴ Mobbing sürecinde aynı yönde bkz. Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukukî Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul 2008, s. 105-107; Karş. Göpfert/Siegrist, s. 477; Karş. Stengel/Drück, s. 3; Karş. BBl 2005 6876.

⁶⁵ Karş. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 172. Saldırı sürekli bir duruma dayanıyorsa, fiil ile saldırı aynı anda gerçekleşip, aynı anda sona ermezler. Saldırı zaman içine yayılır, failin eylemi sona erse dahi, saldırı varlığını sürdürmeye devam eder. Federal Mahkemenin ifadesiyle eylem, geçmişte kalan eylemin basit bir sonucu değil, hukuka aykırı gerçek bir durumun varlığı söz konusudur. Saldırı, fail tutumunu değiştirmedeği sürece yeni zararlar vermeye devam eder. Ayrım, temel olarak, saldırının durdurulması ile saldırı tehlikesinin önlenmesi davalarının sınırlarını çizmeye yarar. Saldırının durdurulması ile bir durum sona erdirilir, saldırı tehlikesinin önlenmesiyle bir eylemin önüne geçilir (Helvacı, s. 173).

bağımsız olarak, özellikle, kişinin özgürlüğü, özel hayatı ve ruh sağlığı üzerinde devam ettirdiğinden, bu eylemler bütünü bir saldırı durumu olarak kabul etmek gerekir. Saldırı süreci, saldırının durmasıyla sona erer. Saldırının ne zaman sona ermiş sayılacağını her bir somut olay bakımından ayrı ayrı tespit etmek gerekir⁶⁶.

Dava sonunda hâkim, failin, saldırıyı oluşturan takip ve taciz eylemlerini bir daha tekrarlamamasına hükmetmek suretiyle saldırı sürecini sona erdirebilir. Böylece açılmış olan durdurma davası sonunda verilecek kararlar, çoğu halde ileride tekrarlanabilecek saldırılar da engellenebildiğinden, bu konuda ayrıca bir önleme davası açılması gerekmez⁶⁷.

Sona ermiş saldırının tekrarlanması tehlikesi varsa, bu takdirde saldırının durdurulması değil, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açılmalıdır. Saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davası şartlarına ilişkin bu teorik ayrımın yanında, aynı davada iki talebin birlikte ileri sürülmesine bir engel yoktur⁶⁸.

b. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi Davası

Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini isteyebilir. (TMK. m. 25) Bu davanın açılabilmesi için, hukuka aykırı bir saldırı yapılacağı konusunda ciddi ve yakın bir tehlikenin bulunması yeterli olup, ayrıca saldırıda bulunmaya hazırlanan kişinin kusuru aranmaz⁶⁹.

Israrlı takip ve taciz, niteliği gereği, belli bir süre devam eden ve tekrarlanan davranışlardan oluştuğu için, mağdur çoğunlukla yeni bir saldırı tehlikesi altındadır. Böyle bir durumda yeni saldırı tehlikesinin önlenmesi talebi, bütünüyle saldırıya son verilmesi talebi de

⁶⁶ Göpfert/Siegrist, s. 477.

⁶⁷ Dural/Öğüz, s. 145; Karş. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 172.

⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 172.

⁶⁹ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 173; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 474; Dural/Öğüz, s. 145.

taşır⁷⁰. Ancak durdurma davası, çoğu halde, ileride tekrarlanabilecek saldırıları da engelleyebileceği için bu konuda ayrıca bir önleme davası açılması gerekmez⁷¹. Buna karşın, ısrarlı takip ve taciz davranışları, mağdura yönelik yakın ve ciddi bir saldırı yapılacağı tehdidini de içeriyorsa, tehdidin içeriğine göre, hâkimden ayrıca meydana gelebilecek saldırı tehlikesinin önlenmesi istenebilir.

Kanaatimizce saldırı tehlikesinin önlenmesi davası; henüz hukuka aykırılık oluşturmamış takip ve taciz eylemlerinden sonra bu ve benzeri fiillerin tekrarlanacağına ilişkin ciddi emareler olması veya saldırı yapılacağına dair bir tehdit olması durumunda, o tehdidin içeriğine yönelik olarak açılabilir. Aynı şekilde, son takip ve taciz eyleminden uzunca bir zaman geçmesi neticesinde saldırının sona ermesini müteakip, sürecin yeniden başlayacağına dair ciddi emareler olması durumunda da bu dava açılabilir⁷². Bu durumda hâkim, tüm hâl ve şartları, özellikle de davalının geçmişteki tutumunu ve kişiliğini dikkate alarak karar vermelidir⁷³.

4. Saldırıya Yönelik Davalar Sonunda Verilecek Karar ve İhtiyati Tedbir Uygulaması

a. Saldırıya Yönelik Davalar Sonunda Verilecek Karar

Saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davalarında hâkim, genellikle, davalının saldırı niteliği taşıyan

⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 172.

⁷¹ Dural/Öğüz, s. 145; Karş. Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 172.

⁷² Bu durum, özellikle saldırının durdurulması davası sonucunda verilebilecek süreli davranıştan kaçınma kararının süresinin sona erdiği durumlarda karşımıza çıkabilir. Meselâ, kararın hemen bitiminde failin mağdura bir kez bile telefonla arayıp rahatsız etmesi veya ona yaklaşması durumunda failin aynı veya benzer eylemlerini ısrarlı biçimde tekrarlaması beklenmeden saldırı tehlikesinin önlenmesi davasıyla yeni davranış yasağı kararları alınması sağlanabilir.

⁷³ Helvacı, s. 130.

davranış veya davranışlardan kaçınmasına hükmedecektir. Saldırıya yönelik bu davalar sonucunda hâkim, belirli bir ya da birden fazla davranışı yasaklayabilir, yoksa genel bir davranış yasağı getiremez⁷⁴. Bu bağlamda hâkim, davranış yasağını belirlerken failin eylemini oluşturan mevcut ve olası takip, taciz ve tehdit fiillerini göz önünde tutabilir. Hâkim, ayrıca, kıyasen Ailenin Korunmasına Dair Kanunda sayılan tedbirlere de hükmedebilir⁷⁵. Gerçekten de; 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda sayılan tedbirlerden, özellikle, mağdura yaklaşmama ve onunla iletişim kurmama tedbirleri ısrarlı takip ve taciz mağdurunu olası saldırılardan korumak bakımından amaca uygun düşer. Ancak, takip ve tacizin niteliğine göre, hâkim, başka tedbirlere de hükmedebilir. Ayrıca mağdur adına mal ve hizmet siparişi verme, mağdurun mallarına veya evcil hayvanına zarar verme gibi ısrarlı takip ve taciz fiilleri, sistematik olarak tekrarlanmak suretiyle mağdurun ruh sağlığına bir saldırı niteliğine bürünüyorsa, saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi kapsamında, bu davranışlardan kaçınma yasağına da hükmedilebilir⁷⁶.

Dava sonunda verilecek kararın her iki taraf için de adil olması gerekir. Bu bağlamda, hâkim kararını verirken, taraflar arasındaki

⁷⁴ Meili, Andreas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, 2002, s. 268. Genel bir davranış yasağı TMK. m. 23'e aykırı olur ve dolayısıyla karar infaz edilemez (Dural/Ögüz, s. 146).

⁷⁵ Hâkim, niteliğine uygun düştüğü ölçüde Ailenin Korunmasına Dair Kanunda sayılan tedbirlere nihaî karar olarak hükmedebilir. Hiç şüphesiz hâkim, saldırıyı durdurma ve saldırı tehlikesinin önlenmesi kararında bu Kanunda örneksime yoluyla sayılan tedbirlerle sınırlı değildir. Saldırının niteliğine göre; menfaatler dengesini gözeterek saldırının durdurulmasına ilişkin her türlü önlemi alabilir. Alman hukukunda benzer bir öneri için bkz. Winterer, s. 201.

⁷⁶ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında da hâkim, failin, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi şeklinde bir tedbire hükmedebilmektedir (4320 sayılı Kanun m. 1/I c).

menfaat dengesini gözeterek, hem durdurma veya önleme davasını açan tarafın koruma talebinin gerçekleştirilmesine hem de kararlar davalının özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlanmamasına dikkat etmelidir⁷⁷.

Türk Medenî Kanununda saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davalarında verilen kararlara uymamanın yaptırımını gösterilmemiştir. Böyle durumlarda, ilâmın icraya konulması (İİK. m. 30) ve İİK m. 343 uyarınca hapisle tazyik düşülebilmektedir⁷⁸.

Ancak, İİK. m. 343'ün uygulanabilmesi için kararın ilâm niteliğinde olması şarttır. Acil olarak mağduru koruyucu tedbirler alınması gereken ısrarlı takip ve taciz durumunda açılacak saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davalarında alınacak bir ilâmın icraya konulmasına kadar geçecek süre içinde mağduru koruyucu etkin önlemlerin alınmaması, saldırıya yönelik bu davaların koruma amacına uygun düşmez.

Niteliği gereği, mağdurun çoğunlukla saldırı veya yeni saldırı tehlikesi altında olduğu ısrarlı takip veya taciz vakalarında mağdura acil ve etkin koruma sağlanabilmesi, hiç şüphesiz medeni usûl hukukundaki ihtiyati tedbir müessesesini işletmek suretiyle mümkün olabilecektir⁷⁹.

⁷⁷ Meselâ Zürih Kantonunda Yüksek Mahkeme yeterli yasal gerekçe olmaması nedeniyle bir kişinin spor müsabakalarına girişinin yasaklanmasının onun kişisel özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırladığı gerekçesiyle reddetmişti; Kanton Zürih: OGer ZH, ZR 2003 Nr. 62 (Stengel/Drück s. 9, dn. 24).

⁷⁸ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 173; Karş. Stengel/Drück, s. 3; Nitekim İsviçre'de de ZGB 28b'deki koruma kararlarına aykırılığın yaptırımını olarak, hâkimin vereceği kararda, karara uyulmaması halinde failin Ceza Kanununun 292'nci madde uyarınca cezalandırılacağına hatırlatılmasının gerekli olduğu vurgulanmıştır (BBl 2005 6886).

⁷⁹ 1 Temmuz 2007'de yürürlüğe giren İsviçre Medenî Kanunu 28c maddesine göre; kişilik hakkı ihlâl edilen veya tehdit altında olan kişi, bunu ispatladığı takdirde, mahkemeden özellikle saldırının önlenmesi, durdurulması ve delillerin korunmasına ilişkin geçici tedbirlerin alınmasını talep edebilir.

b. Israrlı Takip ve Tacizde İhtiyati Tedbir

Israrlı takip ve taciz vakalarında takip ve yoğun taciz devam ettiğinden ve ayrıca mağdur çoğunlukla yeni bir saldırı tehlikesi altında olduğundan, açılacak saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davalarında mağdur açısından etkin bir koruma sağlamak gereklidir. Bu nedenle, çoğu zaman dava açılmadan önce veya davanın açılmasından karar kesinleşinceye kadar geçen süre içinde ihtiyati tedbire hükmedilmesi davanın koruma amacına uygun düşecektir. Bunun için her şeyden önce kişilik hakkı ihlâl edilen kişinin talebi gerekir. İhtiyati tedbir, dava açılmadan istenebileceği gibi davayla birlikte ve dava açıldıktan sonra da istenebilir⁸⁰.

HUMK. m. 103'e göre; hâkim, gecikmesinde tehlike bulunan ve önemli zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı önlemek için olayın niteliğine göre gerekli gördüğü tedbirlere başvurabilir. Bu anlamda hâkim, dava konusu hak veya şey bakımından ortaya çıkacak tehlike ve zararın önlenmesi için de bir davranışın yapılmasına ilişkin eda amaçlı ihtiyati tedbir kararları dahil olmak üzere her türlü tedbire karar verebilir⁸¹. Çoğunlukla bir davranış yapmaktan kaçınmaya ilişkin eda amaçlı bu tedbirler, özellikle rekabet hukukunda ve kişiliğin korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda gereklidir⁸².

İhtiyati tedbirin aleyhine tedbir alınan kişiye zarar verme ihtimali bulunan hallerde, mahkeme tedbir isteyen taraftan teminat isteyebilir. Ancak teminata ilişkin bu hüküm, şiddet, tehdit veya ısrarlı takip durumlarında alınan tedbirler bakımından uygulanmaz.

⁸⁰ İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce istenmişse ve tedbire karar verilmişse tedbir isteyenin 10 gün içinde uyuşmazlık konusu hakkındaki davayı açması gerekir, aksi halde verilmiş olan tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar (HUMK. m. 109).

⁸¹ Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes Muhammet: Medenî Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007, s. 668-669.

⁸² Üstündağ, Saim: İhtiyati Tedbirler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981, s. 40.

TMK. m. 25'teki saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesine ilişkin hükümler de, niteliği itibariyle, ihtiyati tedbir olarak bir şeyin yapılmamasına karar verilmesi şeklinde tezahür eden eda amaçlı tedbirler karar verilmesine uygundur. İhtiyati tedbirler bakımından, hüküm verilecek şeyi baştan sağlayıcı, ihtiyati tedbir ile talepte bulunamı tatmin edici karar verilemeyeceği şeklindeki kuralın⁸³, haksız rekabet⁸⁴ ve fikir ve sanat eserleri hukukunda⁸⁵, bunların niteliği gereği, daha esnek uygulanabileceği doktrinde ifade edilmektedir. Aynı şekilde, kişiliğin korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda verilebilecek davranıştan kaçınma yasağına ilişkin tedbirler de, ihtiyati tedbire ilişkin bu genel ilkenin daha farklı yorumlanmasına ve uygulanmasına yol açabilir. Gerçekten de, özellikle ısrarlı takip ve taciz vakalarındaki saldırının durdurulması veya saldırı tehlikesinin önlenmesi davalarında, failin mevcut ve olası saldırılarından kaçınmasına ilişkin verilebilecek tedbirlerden bazıları veya tamamı davacının asıl davadaki istemiyle örtüşebilir. Ancak bu yine de, mahkemenin talep ve dava konusu hakkında baştan nihai karar vermesi ya da bu yöndeki fikrini açıklaması anlamına gelmez, hâkimin kararını verirken bu konuya da dikkat etmesi, davada karşı tarafın haklı çıkacağını her zaman göz önünde bulundurması gerekir⁸⁶. Zira, davanın sonunda, lehine tedbir kararı verilen kişinin davası reddedilebilir. Ayrıca hâkim, hükmettiği tedbirle mevcut tehlike arasındaki ölçüyü de gözetmelidir. Karşı tarafı daha az mağdur edecek başka bir tedbirle aynı amaca ulaşılmak mümkünse,

⁸³ Yılmaz, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2001 s. 845 vd; Üstündağ, s. 40; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 668.

⁸⁴ Yılmaz, s. 860; Eroğlu, Sevilay: "Haksız Rekabete İlişkin İhtiyati Tedbirler", İzmir Barosu Dergisi, Sayı: 1, Ocak 2000, s. 55.

⁸⁵ Özekes, Muhammet: "Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 2, 2002, s. 128.

⁸⁶ Özekes, s. 128, Üstündağ, s. 29, Eroğlu, s. 55.

daha ağır olan tercih edilmemelidir; karar verilecek tedbir, korunacak hakla ve muhtemel tehlike veya zararlar orantılı olmalıdır⁸⁷.

İhtiyati tedbir yargılamasında, normal yargılamadan farklı olarak, karşı taraf dinlenmeden ihtiyati tedbire karar verilebileceği gibi, ispat bakımından da yaklaşık ispat ölçüsü yeterli görülmektedir⁸⁸. Bu nedenle, takip ve taciz eden kişi dinlenmeden ihtiyati tedbire karar verilebilir. Aynı şekilde, tedbir kararı verilebilmesi için, ısrarlı takip ve tacize uğrayan kişinin, tedbir talebini haklı kılacak ispat faaliyeti içinde bulunarak, saldırının veya saldırı tehlikesinin varlığına ilişkin deliller göstermek suretiyle, hâkimde bu durumun varlığına ilişkin kanaat oluşturması yeterlidir⁸⁹.

Mahkeme yaptığı inceleme sonunda ihtiyati tedbir kararının kabulüne veya reddine karar verebilir. Bu karar, geçici nitelikte bir karardır ve temyiz edilemez⁹⁰. Davanın sonunda esas hakkında mahkemenin hükmünü vermesi ve bu hükmün tefhim ve tebliğ edilmesiyle kural olarak tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Ancak hâkim, uygun bir süre daha veya hüküm kesinleşinceye kadar tedbir kararının devamına karar verebilir (HUMK. m. 112). Bu, ısrarlı takip ve tacizin durdurulması veya önlenmesi davalarında verilen eda amaçlı tedbirlerin davanın koruma amacına uygun olarak karar kesinleşinceye kadar uygulanabileceği anlamına gelir.

Tedbir talep eden tarafın bu talebinde haksız olduğu anlaşılırsa, bu tedbirden zarar görenler, talepte bulunana karşı tazminat davası açabilirler⁹¹. Böyle bir durum, özellikle geçmiş taciz mağdurlarının

⁸⁷ Özekes, s. 129.

⁸⁸ Yılmaz, s. 893 vd; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 670.

⁸⁹ Yılmaz, s. 895; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 670.

⁹⁰ Ancak aleyhine tedbir kararı verilen kişinin yokluğunda karar verilmesi veya durum ve şartların değişmesi halinde karara itiraz edilebilir. Aynı şekilde aleyhine tedbir kararı verilen taraf, teminat göstererek tedbirin tamamen kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilir (HUMK. m. 111).

⁹¹ İhtiyati tedbir kararı verilirken, geçici bir hukukî koruma olması sebebiyle tam inceleme yapılmadan, yaklaşık ispatla yetinilerek karar verilmekte ve

basit durumlarda tacize uğradıkları hissine kapılmaları veya hakkında tedbir istenen kişiyle iletişimini hukukî yollarla da olsa sürdürmek isteyen yalancı mağdur vakalarında görülebilir⁹².

Son olarak belirtmek gerekir ki; ihtiyati tedbir olarak verilen bu kararlara aykırılık halinde HUMK'da öngörülen hürriyeti bağlayıcı ceza⁹³, ısrarlı takip ve taciz mağdurunu yeni saldırılardan önlemek bakımından etkin ve işlevsel bir role sahiptir.

5. Saldırının Sonucuna Yönelik Davalar

a. Maddî Tazminat Davası

Kişilik hakkına yapılan saldırı dolayısıyla malvarlığı zarara uğrayan kişi maddî tazminat isteminde bulunabilir (TMK. m. 25/ III). Kişilik hakkına saldırının özel olarak düzenlendiği hallerde özel hükümler uygulanacak, diğer hallerde ve özel düzenlemelerle belirtilmemiş hususlarda ise haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen genel hükümler (BK. m. 41 vd.) uygulanacaktır⁹⁴. Buna göre; maddî tazminata hükmedilebilmesi için, kişilik hakkına yönelik bir saldırı olmalı, bu saldırı hukuka aykırı olmalı, saldırıda bulunan kusurlu olmalı, saldırı dolayısıyla malvarlığına ilişkin bir zarar olmalı ve doğan zararlar saldırı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır (BK. m. 41).

Kişiliği oluşturan hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, onur ve saygınlık, ekonomik itibar, özgürlük, özel alan gibi hukukî değerlere

çoğu kez de karşı taraf dinlenilmemektedir. Bunun sonucu olarak, karşı tarafın haksız çıkma ihtimali de bulunmaktadır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 676).

⁹² Yalancı mağdurlar için bkz. Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 30.

⁹³ İhtiyati tedbir kararında verilen tedbir kararlarına uymayanlar, eylemleri TCK'ya göre daha ağır bir suç oluşturmadığı takdirde, ceza mahkemesince bir aydan 6 aya kadar hapisle cezalandırılır (HUMK. m. 113/A).

⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 178; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 478; Dural/Öğüz, s. 149.

yapılan haksız saldırılar bazen kişinin malvarlığını olumsuz etkileyebilirler. Kişilik hakkının ihlâli, malvarlığında bir eksilmeye yol açıyorsa, maddî tazminat istenebilir⁹⁵. Bu bağlamda, ısrarlı takip ve taciz eylemini oluşturan her bir fiilin sebep olduğu maddî zararlar yanında, bu fiili oluşturan davranışların ortak illiyetle meydana getirdiği maddî zararlar da tazminat olarak talep edilebilir. Bu anlamda takip ve tacizin niteliğine göre, bedensel yaralama sonucu oluşan sağlık giderleri yanında, ağır ve ciddi psikolojik zararlara yol açabilecek ısrarlı takip veya taciz sonucu kişinin gördüğü psikolojik tedavi giderleri maddî tazminat olarak istenebilir. Aynı şekilde, eylemlerin bütünü sonucunda meydana gelebilecek özgürlüğün kısıtlanmasından veya özel hayatın ihlâlinden kaynaklanan, iş kaybından veya iş değiştirmeden doğan maddî zararlar ile mağdurun failden gizlenmek ve korunmak amacıyla yapacağı; telefon numaralarını değiştirme, evini değiştirme, işe giden yol güzergâhını değiştirme, çocuğun okulunu değiştirme, fizikî görünüşünü değiştirme, konut veya işyerinin kilitlerini ve güvenlik sistemlerini değiştirme gibi failin saldırısından dolayı meydana gelen malvarlığındaki eksilmeleri talep edebilir⁹⁶. Hiç şüphesiz failin fiiliyle, mağdurun malvarlığındaki eksilme arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Buna göre; fiilin, hayat tecrübelerine göre olayların normal akışında ileri sürülen maddî zararı meydana getirmeye elverişli olması halinde uygun illiyet bağının varlığından söz edilir⁹⁷.

⁹⁵ Eren, s. 473-474; Maddî tazminat davasının konusunu oluşturan zarar, bir kişinin maddî bedensel değerlerine yapılan saldırı dolayısıyla yaptığı tedavi giderleri ve parasal kayıpları ya da mesleki ve ekonomik kişisel değerlerine yapılan haksız saldırılar dolayısıyla uğradığı malvarlığı zararları olarak karşımıza çıkabilir (Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 478).

⁹⁶ Keiser, s. 3391. Mağdurun kendisini saldırıdan korumak için yaptığı giderler için bkz. Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 30; Baum/Catalano/Rand/Rose, s. 6.

⁹⁷ Oğuzman/Öz, s. 515; Eren, s. 492; Kılıçoğlu, s. 213.

b. Manevî Tazminat Davası

Kişilik hakkına yapılan saldırı dolayısıyla manevî bir zarara uğrayan kişi, manevî tazminat davası açabilir. (TMK. m. 25/III). Manevî tazminata hükmedilebilmesi için, kişilik hakkına yönelmiş hukuka aykırı bir saldırı olmalı, saldırıda bulunan kusurlu olmalı⁹⁸, saldırı dolayısıyla manevî bir zarar meydana gelmeli ve doğan zararlar saldırı arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır (BK. m. 49). Manevî zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen objektif eksilmedir. Kişilik değerleri hukuka aykırı şekilde saldırıya uğrayan kişinin şahısvarlığındaki bu objektif eksilme ve kayıplar manevî zararı meydana getirir⁹⁹. Israrlı takip ve taciz fiiliyle kişilik değerlerine bir saldırı olması halinde de kişilik değerlerindeki objektif eksilme nedeniyle manevî tazminat talep edilebilir. Maddî tazminatta olduğu gibi, ısrarlı takip ve taciz eylemini oluşturan her bir fiilin sebep olduğu zararlar yanında, bu fiili oluşturan davranışlar bütününe oluşturduğu manevî zararlar da tazminat olarak talep edilebilir.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise¹⁰⁰; kişilik değerlerinin haksız bir saldırıya uğraması yeterli olmayıp, aynı zamanda kişinin bu saldırı sonucunda, kişiliğinde objektif olarak meydana gelen bu eksilmeyi yaşamaması, duyması, hissetmesi ve bunun sonucunda acı, elem ve ızdırap duyması gerekir. Bu görüş, ayırt etme gücünden yoksun olanların elem ve ızdırap duyma yetenekleri olmadığından,

⁹⁸ "Kusur" şartı BK. m. 49'daki metinde yer almamakla birlikte doktrinde bu şartın da aranması gerektiği haklı olarak ifade edilmektedir (Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 184; Eren, s. 760-761; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 483-484).

⁹⁹ Eren, s. 483. Manevî zarar malvarlığında bir azalmayı değil, şahsiyet haklarına vaki tecavüz nedeniyle bir kimsenin duyduğu cismanî ve manevî acı ve ızdırapı, elemi ve böylece yaşama zevkinde bir azalmayı ifade eder (Oğuzman/Öz, s. 344); Aynı yönde Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 479.

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 684-685; Oğuzman/Seliçi/Özdemir, s. 179 vd.; Dural/Öğüz, s. 149.

bu kişilerin manevî tazminat isteyemeyecekleri sonucuna varılmasına neden olur. Oysa bu kişilerin de kişilik hak ve değerlerinden çoğuna veya tamamına sahip oldukları her türlü şüphenin dışındadır¹⁰¹. Ayırt etme gücünden yoksun bir kişinin ısrarlı takip ve taciz yoluyla saldırıya uğraması sonucunda da onun kişilik değerlerinde objektif bir eksilme meydana gelebilir. Meselâ, ayırt etme gücü olmayan bir kişinin fotoğraflarının internette yayınlanması, gizlice konutuna girilmesi, ölümle tehdit edilmesi, cinsel tacize uğraması ve benzeri davranışların tekrarlanması durumunda bu davranışlar bütünü sonucunda onun özgürlüğünde objektif bir eksilme meydana geldiğine şüphe yoktur. Biz, ısrarlı takip ve taciz vakalarında da manevî tazminat istenebilmesi için, kişinin takip ve taciz eylemini hissetmesinin şart olmadığını, aynı şekilde fiil sonucunda mağdurun mutlak surette endişe ve korku duyması gerekmediğini, kişilik değerlerine saldırı sonucu kişiliğinde objektif eksilme meydana gelmesinin yeterli olduğunu kabul etmekteyiz. Ancak yine de kişinin ısrarlı takip ve taciz sonucu subjektif olarak korku ve endişe duyması, manevî zarar miktarının tayininde göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰².

B. ISRARLI TAKİP ve TACİZİN AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunundaki kişiliği ve aileyi koruyucu hükümlerin çoğu zaman mağdur aile bireyi bakımından kolay, masrafsız, etkin, hızlı ve en önemlisi denetimli bir koruma sağlayamaması karşısında toplumda artan aile içi şiddeti önlemeye yönelik olarak 1998 yılında çıkarılan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 2007 yılında 5636 sayılı Kanunla önemli değişikliklere uğramış¹⁰³, son

¹⁰¹ Eren, s. 486.

¹⁰² Karş. Eren, s. 485-486.

¹⁰³ RG. 4.5.2007, S. 26512. 5636 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle ilgili ayrıntılı olarak bkz: Kahveci, Nalan: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair

olarak 1 Mart 2008 yılında çıkarılan Kanunun Uygulamasına Dair Yönetmelik¹⁰⁴ ile Kanunun işleyişine dair yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bununla birlikte, şiddetin aile bireyleri bakımından yalnızca devam eden aile ilişkilerinde değil, çoğu zaman ilişki sonrasında da ısrarlı takip ve taciz görünümünde devam etmesi ve hatta kimi zaman ilk kez ilişki sonrası bu şiddet davranışlarının ortaya çıkması gibi gerçeklikler karşısında bu durumda olan bireylerin de korunması ihtiyacı ortaya çıkmıştır¹⁰⁵. Gerek Kanunda gerekse Yönetmelikte ısrarlı takip ve tacize ilişkin özel bir düzenleme bulunmamasıyla birlikte, 5636 sayılı Kanunla yapılan 2007 yılı değişiklikleriyle mağdur bakımından, Yönetmelikte şiddetin yeniden tanımlanmasıyla birlikte şiddet kavramının genişletilmesiyle de konu bakımından, ısrarlı takip ve taciz davranışları yönünden Kanunun koruma ve uygulama alanının genişlediğini söyleyebiliriz.

Belirtmek gerekir ki; konu ve kişi bakımından Ailenin Korunmasına Dair Kanunun kapsamına giren şiddet olaylarında, Türk Medenî Kanununun kişiliği ve evlilik birliğini koruyan hükümleri yerine; usulî kolaylıkları ve etkin uygulanabilirliği açısından özel bir kanun olan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hükümlerinin uygulanmasına öncelik verilmesi mağdur lehine olacaktır¹⁰⁶. Bu, şiddetin bir türü olan ısrarlı takip ve taciz vakalarında mağdurun Kanunda sayılan aile bireylerinden biri olması durumunda başvurulabilecek hukukî imkânlar bakımından önem taşır. Bu yüzden öncelikli olarak ısrarlı takip ve taciz ile aile içi şiddet arasındaki ilişkinin ortaya konması ve özellikle aile içi şiddetin sona erdiği anın tespit edilmesi gerekir.

Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 2007, s. 272 vd.

¹⁰⁴ RG. 1.3.2008, S. 26803.

¹⁰⁵ Karş. BBL 2005 6875.

¹⁰⁶ **Ayan**, Serkan: "Evlilik Birliğinin Korunması", Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004 (Evlilik Birliği), s. 302; **Kahveci**, s. 274-275; Alman hukukundaki tartışmalar için için bkz: **Walter**, s. 897.

2. Aile İçi Şiddet ile Israrlı Takip ve Taciz Arasındaki İlişki

Yeni nesil bir şiddet kavramı olarak ısrarlı takip ve taciz ile geleneksel bir şiddet kavramı olan aile içi şiddet taşıdığı ortak özellikler nedeniyle çoğu kez birbiriyle karıştırılır¹⁰⁷. Gerçekten de, her iki şiddet türünde de, fail mağdura karşı fizikî, sözel, cinsel veya psikolojik davranışlarda bulunabilir veya her iki şiddet türü de toplumsal alanda¹⁰⁸ meydana gelebilir. Aynı şekilde, bir aile bireyinin diğerine karşı tek başına şiddet içermeyen davranışların tekrarlanması, mağdurda psikolojik zararlar meydana getirecek nitelikteyse, aile içi şiddetin bir türü olan psikolojik şiddetin varlığından söz edilebilir. Israrlı takip ve tacizde mağdur, aynı ev düzeninde yaşadıkları sırada failden hiç şiddet davranışı görmemiş, ancak ilişki sonrası takip ve tacize maruz kalmış olabileceği gibi¹⁰⁹, takip ve taciz öncesinde de aile içi şiddete uğramış olabilir¹¹⁰. İkinci durumda, ısrarlı takip ve taciz, aile içi şiddetin ilişki sona erdikten sonra devam eden görünümüdür. Bununla birlikte, eşler arasındaki ilişkinin sona ermesinden sonra klasik ev içi şiddet davranışlarından farklı olarak, fail,

¹⁰⁷ Hoffmann, s. 185. Winterer ise özellikle toplumsal alanda meydana gelen ev içi şiddetle, ısrarlı takip ve tacizin sınırlarını çizmenin güçlüğüne dikkat çekmiştir (Winterer, s. 200).

¹⁰⁸ Aile içi şiddetin sadece özel alandaki şiddet davranışlarını içermediği, toplumsal alanda meydana gelen şiddet olaylarının da aile içi şiddet kavramı içinde değerlendirilmesi anlayışı, 1 Mart 2008 tarihinde yürürlüğe giren Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik'in 4. maddesinde açıkça ifade edilmiştir.

¹⁰⁹ Hiç şüphesiz, ev içi şiddet uygulayan eşin, bir ilişki sonrası eskiye göre aynı oranda şiddet uygulama olasılığı daha düşüktür. Uygulamada da, failin eylemini sürdürmek için başka yollar aradığı, bunun da şiddeti tekrar artırdığı gözlenmiştir. Özellikle, eski ilişkinin niteliği, süresi ve müşterek çocukların varlığı şiddetin türünü ve ilişki sonrası ısrarlı takip ve taciz eyleminin başlayıp başlamayacağında etkilidir (Winterer, s. 201).

¹¹⁰ İlişkinin bitmesinden sonra takip ve tacize uğrayan kişilerin %40'ının ilişki sırasında da ev içi şiddete maruz kaldığı saptanmıştır (Hoffmann, s. 186).

mağduru gündelik davranış biçimleriyle takip ve taciz edebilir¹¹¹. Mağduru isteği dışında sürekli telefonla aramak, ona kısa mesaj veya e-posta göndermek, onun hakkında asılsız dedikodular yaymak, mağdurun düzenli ziyaret ettiği yerlerde gizlice onu izlemek, onun arkadaşları hakkında araştırmalar yapmak ve onları takip etmek bunlardan birkaçıdır.

Israrlı takip ve taciz ile aile içi şiddet arasındaki sınırı belirlerken, aile içi şiddetin ne zaman sona erdiğini ve buna mukabil ısrarlı takip ve tacizin ne zaman başladığını tespit etmek gerekir¹¹². Israrlı takip ve taciz, daha çok, sona ermiş fiilî veya hukukî bir aile düzeni ilişkisi sonrası, failin, karşı tarafın isteği dışında bu ilişkiyi yeniden tesis etme veya ilişki sonrasında da karşı tarafı baskı ve kontrol altında tutma amacına yönelik bir iletişim kurma çabası sonucunda meydana gelen takip ve taciz eylemlerinden oluşur¹¹³. Dolayısıyla ısrarlı takip ve taciz, daha önce aynı ev düzeni içinde aile şeklinde yaşayanlar bakımından, zamansal olarak, taraflar arasındaki aile düzeni ilişkisinin sona erdiği bir zamana tekabül eder¹¹⁴.

3. Kanunun Konu Bakımından Uygulanması

Kanunda aile içi şiddetin tanımı yapılmadığı için ne tür fiillerin konu bakımından Kanunun uygulama alanı içine gireceği konusu tartışmalıydı. 4320 sayılı Kanunun Genel gerekçesinde "aile yaşamı içerisinde, aileyi oluşturan bireyler arasında gerçekleşen" ve "aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fizikî, sözel ve duygusal

¹¹¹ Özellikle eşler arasında ayrılık sonrası meydana gelen pek çok klasik ev içi şiddet davranışı, ısrarlı takip ve taciz eylemine dönüşebilir (Winterer, s. 200).

¹¹² Hoffmann, s. 185; Karş. Winterer, s. 201.

¹¹³ Karş. Hoffmann, s. 185-187.

¹¹⁴ Çoğu zaman ve özellikle uzun süren beraberliklerde bir ilişkinin sona ermesinin aylar süreceğinden, ilişkinin devamı esnasında da ısrarlı takip ve tacizin varlığının kabul edilmesi hakkaniyete daha uygun düşer (Winterer, s. 201).

kötü davranış" şeklinde ifade edilen şiddet tanımı günümüz ihtiyaçlarından ve gerçeklerinden oldukça uzaktı.

1 Mart 2008 tarihinde çıkarılan Ailenin Korunmasına Dair Kanun Uygulanmasına Dair Yönetmelikte şiddetin geniş yorumlanarak tanımlanmasıyla birlikte doktrinde haklı olarak eleştirilen bu hususlar büyük ölçüde açıklığa kavuşturulmuş oldu. Yönetmeliğe göre; "aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranış" şiddet kapsamı içinde yer alır (Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik m. 4/I b.e).

Yönetmelikteki yeni şiddet tanımıyla, önceki Kanun gerekçesindeki dar tanım genişletilerek, fizikî, sözel ve duygusal davranışın yanında cinsel, ekonomik ve psikolojik zarara yol açabilecek davranışlar da şiddet kapsamı içine alınmıştır. Ayrıca "mağdurun zarar görmesi ve acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketlere yönelik tehdit ve baskı ve özgürlüğün keyfi engellenmesini içeren davranışlar" da şiddet kapsamında değerlendirilerek davranış sonucunda fiziksel bir zarar meydana gelmesi şartı aranmadığı da vurgulanmıştır. Aynı şekilde sadece özel alanda yapılan saldırıların değil, aynı zamanda toplumsal alanda yapılan saldırıların da aile içi şiddet kavramı içinde yer aldığı açıklığa kavuşturulmuştur.

Tüm bu düzenlemeler Kanunda sayılan aile bireylerinin birbirlerine karşı olan takip, taciz ve tehdit fiillerinin aile içi şiddet kapsamında değerlendirilmesi anlamına gelir. Başka bir deyişle, aile içi şiddet, aile bireyleri bakımından konu itibariyle, ısrarlı takip ve taciz davranışlarının tümünü içeren üst bir kavramdır. Aynı şekilde, tek başına şiddet içermeyen davranışların tekrarlanmasıyla oluşan eylemler ile tehdit ve baskı davranışlarını da aile içi şiddet olarak kabul etmek gerekir. Bu bağlamda aile bireyinin e-postalarını ondan habersiz okumak, onun telefonunda son aranan numaralara bakmak,

başka bir telefon veya odadan gizlice aile bireyini konuşmalarını dinlemek veya aile bireyinden habersiz konuşmaları kaydetmek¹¹⁵, onun özel eşyalarını karıştırmak, aile bireyini evin dışında izlemek veya gözetlemek gibi kişinin özgürlük, özel ve giz alanını ihlâl eden fiillerin belli bir süre ve sıklıkla tekrarlanması halinde bunların aile içi şiddet kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak, hâkimin bu değerlendirmeyi yaparken, özellikle eşlerin, çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlülüğü (TMK. m. 185), velâyetin kapsamı (TMK. m. 339) ve ev başkanının gözetim ve sorumluluğu (TMK. m. 368-369) hükümlerini göz önünde bulundurması gerekir. Meselâ, anne-babanın çocuğun gelişimini olumsuz yönde etkileyebilecek internet sitelerine girip girmediğini kontrol etme eyleminin hukuka aykırılığında söz edilemez.

4. Kanunun Kişi Bakımından Uygulanması

Ailenin Korunmasına Dair Kanunun 1. maddesine göre; aile içi şiddete maruz kalan eşler, çocuklar ile aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri Kanun kapsamında korunabilmektedir. Ayrıca Kanunda öngörülen tedbirlerin alınabilmesi için, Türk Medenî Kanunundaki kişiliğin korunmasına ilişkin düzenlemeden farklı olarak, mutlaka

¹¹⁵ Ancak Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.10.2008 tarihli E. 2007/17220, K. 2008/13614 kararında eşlerden birinin diğerinin bilgisi dışında aralarında geçen konuşmalarını kaydetmesinde hukuka aykırılık görmemiştir. "(...), evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz." (www.kazanci.com.tr).

şiddete uğrayan kişinin istemine gerek yoktur. Üçüncü bir kişi tarafından genel kolluk kuvvetlerine veya Cumhuriyet Başsavcılığına olayın yazılı, sözlü veya başka bir suretle ihbarı yoluyla da koruma tedbirlerinin alınmasının sağlanması mümkündür (Yönetmelik m. 4/I b.f).

Kanun ve Yönetmeliğe göre; bu Kanun kapsamında korunabilecek kişiler özetle üç farklı grupta toplanmıştır. Bunlar; eşler, çocuklar ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleridir. Kanaatimizce, sadece evlendirmeye yetkili memur önünde yapılan evliliklerdeki kişiler değil, başta kadın ve çocuklar olmak üzere, dinî nikâhla kurulmuş evlilikler ile fiilî yaşam arkadaşlıklarındaki bireyler de bir aile düzeni içinde yaşamaları halinde Kanun kapsamında korunmalıdır. Bu yorum, Kanunun koruma amacıyla da uyumludur¹¹⁶.

5636 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, aynı çatı altında fiilen birlikte yaşamayan eşlere Kanunun uygulanmayacağı yolunda uygulamadaki tereddütleri gidermek amacıyla, “mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinin” de Kanun kapsamında olduğu açıkça ifade edilmiştir. Kanunun gerekçesinde yer alan “... aynı çatı altında yaşamayan; boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler” ifadesine göre; fiili

¹¹⁶ Aynı yönde **Özdamar**, Demet: CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyarî Protokolün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009, s. 225; **Acabey**, Mehmet Beşir: “Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına giren Hukukî Konular”, İzmir Barosu Dergisi, 2006 Ekim, Sayı: 4, s. 108-109; **Ayan** (Evlilik Birliği), s. 303; **Ayan**, Serkan: “Hukukî Yönden Aile İçi Şiddet”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 4, Sayı: 38, Şubat 2006 (Aile İçi Şiddet), s. 426; **Öztürk**, Fatma Akyüz: “4320 Sayılı Ailenin Korunması Kanunu”, Yargıtay Dergisi, Cilt: 29, Sayı: 3, Temmuz 2003, s. 266; Aksi yönde bkz: **Ruhi**, Ahmet Cemal: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, Haziran 2004, s. 531-532; **Kahveci**, s. 282.

olarak ayrı yaşama esnasında veya boşanma davasının açıldığı tarihten davanın kabul kararının kesinleşmesine kadar geçen süre içinde meydana gelen şiddet olaylarını da aile içi şiddet olarak algılamak gerekir¹¹⁷. Bu durumdaki fiilen ayrı yaşayan eşlerin maruz kaldıkları şiddetin de aile içi şiddet olarak nitelendirilerek, mağdurun, eşler arasındaki aile düzeni ilişkisinin fiilen değil, hukuken sona erdiği ana kadar Kanun kapsamında korunacağına işaret edilmektedir.

Bu olumlu değişikliklerle birlikte, boşanmış eşlerin birbirine uyguladıkları şiddet Kanun kapsamına alınmamıştır. Oysa yapılan araştırmalarda bazı eşlerin boşandıktan veya ayrıldıktan sonra birbirlerine karşı şiddet uyguladıkları toplumsal bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır¹¹⁸. Hatta kimi zaman evlilik içinde var olmayan şiddet davranışları, evlilik sona erdikten sonra ortaya çıkabilmektedir. Israrlı takip ve tacizin fail ve mağdurlarının büyük bir kısmını da boşanma nedeniyle ayrılan eşler oluşturmaktadır. Kanaatimizce, bu sosyal gerçeklikten hareketle, boşanma sonrası eşlerin birbirlerine karşı olan ısrarlı takip ve taciz davranışlarına karşı, Kanunda mağduru bu tarz şiddet fiillerinden koruyucu önlemler alınmasına ilişkin düzenleme yapılmalıdır¹¹⁹. Aynı şekilde, fiilî yaşam arkadaşlarının

¹¹⁷ Karş. Kahveci, s. 28.

¹¹⁸ Ayan (Evlilik Birliği), s. 310; Karınca, Eray: "Aile İçi Şiddet Mağdurunun Hukukî Korunmasına İlişkin Düzenlemeler", Terazî Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs 2007, s. 134.

¹¹⁹ Aynı yönde, Ayan (Evlilik Birliği), s. 303; Karınca, s. 134. Ayrıca devletimizin de taraf olduğu "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme" uyarınca, taraf devletler, kadınlara karşı ayrımcılığın her biçimini yasaklayıp, her türlü vasıta ile ve hiç vakit kaybetmeden kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etme politikası izlemeyi taahhüt edip, hukukî alanda gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılınmışlardır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdamar, s. 95 vd.; Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Başvuru No: 33401/02, 9.6.2009 tarihli *Opuz v. Türkiye* kararında evlilik birliği içinde müteaddit kereler aile içi şiddete uğrayan bir kadının boşandıktan sonra da kendisinin ve yakınlarının sürekli ve ısrarlı olarak

sona ermesi halinde meydana gelebilecek ısrarlı takip ve taciz eylemlerine karşı da, bu bireylere Kanun kapsamında koruma sağlanmalıdır.

Ayrıca gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında gerekse çağdaş ülkelerdeki şiddete karşı koruma hükümlerinde, sadece aile içindeki şiddeti önlemeye yönelik anlayış terk edilmekte¹²⁰, şiddet, aynı çatı altında yaşayan bireyleri kapsayacak şekilde ev içi şiddet olarak tanımlanmakta ve hatta toplumsal bir olgu olarak, şiddetin kim tarafından ve nerede gerçekleştirildiğine bakılmaksızın genel olarak toplumda şiddeti önleyici hukukî koruma tedbirlerine ve yaptırımlarına başvurulmaktadır. Kanaatimizce, bu gelişmeler ışığında, Ailenin Korunmasına Dair Kanunun kişi ve konu bakımından kapsamının genişletilerek, bireyleri şiddetten koruma amacına uygun ve toplumsal ihtiyaçları karşılayacak genel olarak bir “şiddetle mücadele” veya “şiddete karşı korunma” yasası çıkartılmalı ve koruma alanı genişletilmelidir. Zira şiddetin yol açtığı zararlar, sadece aile içinde değil, toplumsal alanda da derin yaralar bırakmaktadır.

5. Kanunda Düzenlenen Koruma Önlemleri

Kanuna göre; aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine şiddetin belgelenmesi aranmaksızın aile mahkemesi hâkimi

takip, taciz ve tehdit edilmesi ve bunun sonucunda davacının annesinin ölümüyle sonuçlanan olaylar neticesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesindeki “yaşam hakkı”, 3. maddesindeki “işkence ve kötü muamele yasağı” ve 14. maddesindeki “ayrımcılık yasağı” hükümlerini ihlâl ettiği ve gerekli önlemleri almayarak aile içi şiddeti önleyemediği gerekçesiyle Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine tazminata hükmetmiştir.

¹²⁰ Son olarak, Avusturya İcra Kanununda 2009 yılında yapılan değişiklikle “aile içi şiddet” kavramı değiştirilerek “ev içi şiddet” kavramı benimsenmiştir (BGBl. I No. 40/2009).

meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen Kanunda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya olayın özelliğine göre uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir (4320 sayılı Kanun m. 1/I). Buna göre hâkim; kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin; aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmamasına, müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmamasına, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesine, aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesine, varsa silâh veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesine, alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanılmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmamasına, bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurmasına veya uygun göreceği başka tedbirlerin alınmasına karar verebilir.

Kanunda sayılan bu tedbirlerin hepsi ısrarlı takip ve taciz durumlarında mağduru koruma amacını gerçekleştirmeye uygundur. Gerçekten de çoğunlukla bir davranışın yasaklanması şeklinde ortaya çıkan bu koruma önlemlerinden, özellikle, yaklaşmama ve iletişim kurmama tedbirleri, devam eden ve tekrarlanması muhtemel ısrarlı takip ve taciz davranışlarının önlenmesi ve sona erdirilmesi bakımından oldukça işlevseldir. Keza, ısrarlı takip ve taciz failinin patolojik bir vaka olduğu durumlarda, fail için bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurma tedbiri de koruma amacına uygun düşecektir¹²¹. Bununla birlikte hâkim, şiddet içeren davranışın türüne göre, karşılaştırmalı hukukta örneksene yoluyla sayılan tedbirlerden, bir kişinin kişisel bilgilerini kullanarak mal ve hizmet siparişinde bulunmama, üçüncü kişilerin mağdurun kişisel bilgilerini kullanarak mağdurla iletişim kurmasını engelleme, mağdurun kişisel bilgilerini ve fotoğraflarının yayınlanmasını veya çoğaltılmasını engelleme veya uygun göreceği daha başka önlemlere de başvurabilir. Hiç şüphesiz

¹²¹ Akduman/Ünsalver/Cavlak/Oral/Cansunar, s. 32.

hâkimin hükmedeceği bu önlemlerin, hukuk güvenliği ilkesi gereğince belirli olması yanında korunan hukukî değerle orantılı ve ölçülü olması da gerekmektedir.

SONUÇ

Yeni nesil bir kavram olan ısrarlı takip ve tacize karşı, Türk özel hukukundaki pozitif hukuk kuralları belirli ölçüde koruma sağlamaktadır. Türk Medenî Kanunundaki kişiliğin korunması hükümleri, niteliğine uygun düştüğü ölçüde ısrarlı takip ve taciz durumlarında uygulanabilir. Bu bağlamda, belli bir süre ve tekrarlanan takip ve taciz eylemlerine karşı mağdur, saldırıya yönelik olarak saldırının durdurulması, saldırı tehlikesinin önlenmesi davaları yanında, koşulları varsa, maddî veya manevî tazminat davaları da açabilir.

Hiç şüphesiz, bu davalar açıldıktan sonra karar verinceye kadar geçecek süre içinde takip ve tacize maruz kalabilecek kişinin korunması, özel hukuktaki geçici hukukî koruma yollarından ihtiyati tedbir yoluyla mümkün olabilecektir. İhtiyati tedbirle, asıl talebe ilişkin karar verilemeyeceği hakkındaki kural, ısrarlı takip ve taciz vakalarında esnek olarak uygulanabilir. Bu bağlamda, hâkim, faile belirli bazı davranış yasakları getirebilir. Esasen, saldırıya yönelik davalarda, hâkimin vereceği kararın içeriği de, failin belli davranışlardan kaçınma yasağı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Mevcut yasal düzenlemelerimiz karşısında, ısrarlı takip ve tacizin 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda sayılan aile bireyleri arasında meydana gelmesi halinde ise, takip ve taciz fiillerinin, aile içi şiddet olarak değerlendirilmesi gerekir. Bunun neticesinde, eşler bakımından ısrarlı takip ve tacizin, aile düzeninin hukuken sona erdiği andan itibaren başlayabileceğini kabul etmek gerekir.

Her ne kadar ısrarlı takip ve taciz mağduru, saldırıdan korunmak için genel olarak kişiliğin korunması hükümlerine başvurma imkânına sahip olsa da, bu hükümlerin çoğu zaman mağdur bakımından etkin ve denetimli bir koruma sağlamaktan uzak olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de, özellikle, gerek ihtiyati tedbirle gerekse

dava sonunda verilen davranış yasağı kararlarının etkin olarak denetlenememesi, davaların genellikle uzun sürmesi, mağdurun usûlî konulardaki yetersizliği ve bilgisizliği, dava harçları ve masrafları gibi sosyal gerçeklikler karşısında, bu davaların ve dava sonunda verilen kararların mağduru koruma amacından uzaklaştığını söyleyebiliriz.

Bu nedenle, bu gibi saldırılara karşı etkin önlemlerin alınabilmesi, Ailenin Korunmasına Dair Kanunun konu ve kişi bakımından kapsamının genişletilerek, genel olarak tüm gerçek kişileri ve ısrarlı takip ve taciz de dahil olmak üzere tüm şiddet türlerini kapsayacak yeni bir şiddetten korunma yasası ile mümkün olabilir.

Yararlanılan Kaynaklar

- **Acabey, Mehmet Beşir:** “Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına giren Hukukî Konular”, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 2006, Sayı: 4, s. 88-140.
- **Akduman, İrem/Ünsalver, Barış/Cavlak, Mehmet/Oral, Gökhan/Cansunar, F. Nuray:** “Takipçi Tacizcilik (Stalking)”, Adli Psikiyatri Dergisi, Temmuz-Ekim 2006, Cilt: 3, Sayı: 3-4, s. 25-33.
- **Ayan, Serkan:** Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004 (Kısaltma: Evlilik Birliği).
- **Ayan, Serkan:** “Hukukî Yönden Aile İçi Şiddet”, Legal Hukuk Dergisi, Şubat 2006, Cilt: 4, Sayı: 38, s. 415-445 (Kısaltma: Aile İçi Şiddet).
- **Baum, Katrina/Catalano, Shannan/Rand, Michael/Rose, Kristina:** U.S. Department of Justice, Bureau of Justice Statistics, Special Report, “National Crime Victimization Survey, Stalking Victimization in the United States”, January 2009, NCJ 224527.
- **Bieszk, Dorothea/Sadtler, Susanne:** “Mobbing und Stalking: Phänomene der modernen (Arbeits-)Welt und ihre Gegenüberstellung”, NJW 2007, Heft 47, s. 3382-3387.
- **Borchert, Hans-Ulrich:** “Stalking, Ein rechtliches Phänomen”, FPR 2004, s. 239-241.
- **Dressing, HARALD/Kühner, Christine/Gass, Peter:** “Was ist Stalking? - Aktueller Forschungsstand”, FPR 2006, s. 176-180.
- **Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan:** Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- **Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2003.

- **Eroğlu**, Sevilay: “Haksız Rekabete İlişkin İhtiyati Tedbirler”, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 2000, Sayı: 1, s. 39-68.
- **Göpfert**, Buckard/**Siegrist**, Carolin: “Stalking-Nach Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auch ein Problem für Arbeitgeber?”, NZA 2007, Heft 9, s. 473-479.
- **Helvacı**, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişiliği Koruyucu Davalar, Beta Yayınları, İstanbul, Ağustos 2001.
- **Hoffmann**, Jens: Stalking, Heidelberg 2006.
- **Kaboth**, Daniel: “Kontaktverbote und deren prozessuale Durchsetzung zum Schutz vor Stalking”, ZUM 2003, Heft 5, s. 342-347.
- **Kahveci**, Nalan: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 2007, s. 272-312.
- **Karınca**, Eray: “Aile İçi Şiddet Mağdurunun Hukukî Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, Terazi Dergisi, Yıl: 2, Sayı: 9, Mayıs 2007.
- **Keiser**, Thorsten: “Schadenersatz und Schmerzensgeld bei Stalking?”, NJW 2007, Heft 47, s. 3387-3391.
- **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Genişletilmiş 9. Bası, Ankara 2007.
- **Löhnig**, Martin: “Zivilrechtliche Probleme des neuen § 238 StGB”, FamRZ 2007, Heft 7, s. 518-522.
- **Meili**, Andreas: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, 2002.
- **Meloy**, J. R.: “Stalking: the state of the science”, Criminal Behavior and Mental Health, 17, s. 1-7, (2007), Published online in Wiley Inter Science, (www.interscience.wiley.com).

- **Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Özdemir, Saibe Oktay:** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.
- **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul 2006.
- **Özdamar, Demet:** CEDAW Sözleşmesi, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme ve Ek İhtiyarî Protokolün, İç Hukukumuzda, Özellikle Yeni Aile Hukukumuzda Etkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009.
- **Öztürk, Fatma Akyüz:** “4320 Sayılı Ailenin Korunması Kanunu”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 2003, Cilt: 29, Sayı: 3, s. 263-268.
- **Özekes, Muhammet:** “Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002, Cilt: 4, Sayı: 2, s. 89-139.
- **Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medenî Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007.
- **Ruhi, Ahmet Cemal:** “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran 2004, Cilt: VIII, Sayı: 1-2, s. 529-562.
- **Sheridan, Lorraine:** in Dictionary of Forensic Psychology, Willan Publishing, 2008.
- **Stengel, Cornelia/Drück, Martin:** “Der ganz normale Wahnsinn – Eine Standortbestimmung in Sachen Stalking”, Jusletter 20. März 2006.
- **Tınaz, Pınar/Bayram, Fuat/Ergin, Hediye:** Çalışma Psikolojisi ve Hukukî Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Beta Yayınları, İstanbul 2008.
- **Üstündağ, Saim:** İhtiyati Tedbirler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1981.

-
- **von Pechstaedt, Volkmar:** “Zivilrechtliche Abwehrmaßnahmen gegen Stalking”, NJW 2007, Heft 18, s. 1233-1237.
 - **Walter, Ute:** “Der zivilrechtliche Schutz vor Nachstellungen”, ZUM 2002, Heft 12, s. 886-899.
 - **Winterer, Heidi:** “Straf- und zivilrechtlicher Umgang mit Stalking in Deutschland – Stalking und hausliche Gewalt”; FPR 2006, Heft 5, s. 199-204.
 - **Yılmaz, Ejder:** Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Yetkin Yayınları, Ankara 2001.
 - **Zevkliler, Aydın/ Acabey, M. Beşir/ Gökyayla, K. Emre:** Medenî Hukuk, 6. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.

Kısaltmalar Cetveli

Abs.	: Absatz
Art.	: Artikel
b.	: bent
BBl	: Bundesblatt (İsviçre)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt (Avusturya)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dn.	: dipnot
E.	: Esas
FPR	: Familie, Partnerschaft, Recht (Zeitschrift)
GSG	: Gewaltschutzgesetz (İsviçre)
GewSchG	: Gewaltschutzgesetz (Almanya)
HUMK.	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
İİK.	: İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	: Nummer
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
s.	: sayfa
S.	: Sayı
StGB	: Strafgezetzbuch
TCK.	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medenî Kanunu
ZGB	: Zivilgesetzbuch
ZUM	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht