

İcrai Suça İhmalî Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler*

İzzet ÖZGENÇ**

I. OLAY

Anayasa Mahkemesinin 30.6.2011 tarihli ve Esas 2010/52, Karar 2011/113 sayılı Kararında yer alan bilgiler itibarıyla, Genç Asliye Ceza Mahkemesindeki davaya konu teşkil eden olay, ana hatlarıyla şu şekilde cereyan etmiştir:

Kardeşlerden A ve B, henüz 15 yaşını doldurmamış olan diğer kardeş C'ye karşı cinsel istismar suçunu işlerler (TCK, m. 103). Söz konusu suç, belirli aralıklarla teselsül eder biçimde işlenir.

Anne, bu suçun **işlenmekte** olduğundan haberdardır, ancak C'nin maruz kaldığı bu muameleden kurtarılması için herhangi bir girişimde bulunmaz.

Kardeşler A ve B hakkında, C'ye karşı **cinsel istismar suçunu** (TCK, m. 103) **müteselsilen** (TCK, m. 43, f. 1) işledikleri iddiasıyla kamu davası açılır.

Anne hakkında ise, **suçu bildirmeme suçunu** (TCK, m. 278) işlediği iddiasıyla kamu davası açılır.

* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 16-17 Ekim 2011 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen "Türkiye-Kore Ceza Hukuku Sempozyumu"nda tarafımdan tebliğ olarak sunulmuş olup, içeriğinde yer alan açıklamalar, ÖZGENÇ, İzzet: *Suç Örgütleri*, 3. bası, Ankara, 2011, sh. 115, dn.7, 8 ve 9'da yayımlanmıştır.

** Prof. Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Cumhuriyet savcısının talebi üzerine, anne hakkında açılan davanın görülmekte olduğu Genç Asliye Ceza Mahkemesi tarafından, TCK'nın 278. maddesi ile ilgili olarak **Anayasa'ya aykırılık itirazında** bulunulur.

TCK'nın 278. maddesi ile ilgili olarak **Anayasa'ya aykırılık itirazında gerekçe** olarak, Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası ("**Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz.**") hükmüne rağmen, TCK'da **suçu bildirmeme suçu bağlamında** örneğin akrabalık ilişkisi dolayısıyla **şahsi cezasızlık sebebine** yer verilmemiş olması gösterilmiştir.

Anayasa Mahkemesi de, bu gerekçeyi yerinde görerek, TCK'nın 278. maddesi hükümlerinin tamamını "**Anayasa'ya aykırı**" bularak iptal etmiştir: 30.6.2011 tarihli ve Esas 2010/52, Karar 2011/113 sayılı Karar (RG: 15 Ekim 2011/28085).

II. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELE

Bu olay bağlamında **üç soruna** açıklık getirmek gerekir.

Birinci sorun, bir başkasının işlemekte olduğu **icraî suça ihmalî davranışla iştirakin** mümkün olup olmaması sorunudur.

İkinci sorun, **failliğin şerikliğe nazaran aslîliği kuralının** uygulanabilirliği sorunudur.

Nihayet **üçüncü sorun** ise, TCK'nın 278. maddesi hükümlerinin hangi koşullarda uygulanabilir olduğu sorunudur.

III. HUKUKİ DEĞERLENDİRMELERİMİZ

A. TCK'nın 278. Maddesinde Tanımlanan Suçu Bildirmeme Suçuna İlişkin Açıklamalar

"**Suçu bildirmeme**" suçu ile korunan hukuki değer, barış esasına dayalı Hukuk Toplumu ve kişilerin bu toplumda yaşama hakkı olduğu, madde **gerekçesinde** açık bir şekilde ortaya konulmuştur¹:

¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 668.

*“Barış esasına dayalı Hukuk Toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes, toplum barışını bozucu nitelik taşıması dolayısıyla devletten suç işlenmesinin önlenmesini ve suçluların cezalandırılmasını talep hakkına sahiptir. Suç teşkil eden bir fiilin işlendiğini öğrenen bireyin, bununla ilgili olarak yetkili makamlar nezdinde **bildirimde bulunma hakkı** vardır. Bu bakımdan, belli bir suç vakasıyla ilgili olarak bildirimde bulunmak, **hukuka uygunluk nedeni olarak bir hakkın kullanılmasından** ibarettir.*

*Suçluların cezalandırılmasını devletten istemek, kişi açısından bir hak olduğu gibi; herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenen kişinin durumu suçu takibe yetkili makamlara bildirmesi, aynı zamanda bir **yükümlülüktür**. Bu itibarla, herhangi bir suç olgusunun gerçekleştiğini öğrenmesine rağmen durumun suçu takibe yetkili makamlara **bildirilmemesi**, genel olarak **haksız** bir davranıştır. Ancak, izlenen suç siyaseti gereğince sadece belli suçların bildirilmemesi veya sadece belli kişilerin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi, suç olarak tanımlanmıştır.”*

Bu itibarla, söz konusu maddede, belli suçlar bakımından bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, suç olarak tanımlanmıştır.

Bu maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan yani kişilerin bildirmekle yükümlü oldukları suçun, henüz **icrası devam etmekte** olan yani **işlenmekte olan bir suç** olması gerekir.

Kanununun 109. maddesinde tanımlanan “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçu bu bağlamda önemli bir örnek oluşturmaktadır. Keza, madde gerekçesinde de vurgulandığı üzere, elektrik hırsızlığı gibi **kesintisiz (mütemadi) suçlar**, icrası devam ettiği sürece, bu duruma muttali olan kişiler bakımından bildirim yükümlülüğü kapsamına girmektedirler.

Yapı ruhsatı alınmadan veya ruhsata aykırı olarak bina yapılması (m. 184, f. 1) da, bu suçun konusunu oluşturabilir.

Bu bakımdan, bildirim yükümlülüğünün kapsamına giren suçun mutlaka kasten işlenen bir suç olması gerekmemektedir. “Çevrenin kasten kirletilmesi” (m. 181) gibi “Çevrenin taksirle kirletilmesi” suçu (m. 182) da bu suçun konusunu oluşturabilir. Başka bir ifadeyle, **taksirli suç** da bildirim yükümlülüğünün konusunu oluşturabilir.

Keza, **icrası tamamlanmış** olmakla birlikte, **sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan suçlar** da, bildi-

rim yükümlülüğü kapsamına girmekte ve dolayısıyla, 278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturmaktadır.

Madde gerekçesinde yer alan örneğe göre, “icrası tamamlanmış olan bir hırsızlık sonucunda elde edilmiş olan malların bir depoda saklandığının bilinmesine rağmen, durumdan yetkili makamların haberdar edilmemesi, bu suçu oluşturacaktır.”² Keza, örneğin hırsızlık suçu işlenmek suretiyle elde edilen eşyayı bir başkasının kullandığına, suçtan elde edildiği bilinerek kabul edilen eşyayı kullanmaya devam edildiğine muttali olunması halinde de, bildirim yükümlülüğü doğmaktadır. Bu bildirim yükümlülüğünün kasten yerine getirilmemesi de söz konusu suçu oluşturacaktır.

Bildirim yükümlülüğünden söz edebilmemiz için, 278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine soruşturma makamlarının henüz muttali olmamış olması, yani bu suç dolayısıyla soruşturma işlemlerinin henüz başlatılmamış olması gerekmektedir. Suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine soruşturma makamları muttali olmuş ise, kişiler bakımından artık bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.

Ancak, kesintisiz (mütemadi) suçun işlenmesine son verilmiş ise, örneğin hürriyeti tahdit edilen kişi serbest bırakılmış ise, soruşturma makamları henüz durumdan haberdar olmamış olsalar bile, kişiler bakımından artık bildirim yükümlülüğünden söz edilemez.

278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine muttali olan herkes bakımından bildirim yükümlülüğü mevcuttur ve dolayısıyla, herkes 278. maddede tanımlanan suçun faili olabilir. 278. maddede tanımlanan suçun konusunu oluşturan suçu işleyen veya bu suçun işlenmesine iştirak eden kişinin 278. maddede tanımlanan suçun faili olamayacağı izah-tan varestedir.

Bildirim yükümlülüğü, suçun işlenmekte olduğuna veya işlendiğine muttali olunduğu andan itibaren doğar ve soruşturma makam-

² Madde gerekçesinde yer alan bu açıklama ile ilgili olarak doğru olmayan yaklaşımla yapılan değerlendirmeler için bkz. ERDEM, Mustafa Ruhan: *Suçtu Bildirmeme Suçu [TCK, m. 278]*, in: Türkiye Barolar Birliği Dergisi, yıl 21, sayı 80, Ocak-Şubat 2009, sh. 105 vd., 113).

ları durumdan haberdar oluncaya kadar devam eder. Bu itibarla, işlenmekte olduğuna veya işlendiğine muttali olduğu suç dolayısıyla soruşturma başlayıncaya kadar bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, 278. maddede tanımlanan suçu işlemeye devam etmektedir. Başka bir ifadeyle, 278. maddede tanımlanan suç, **gerçek ihmali suç** ve **kesintisiz (mütemadi) suç** niteliği taşımaktadır. Bildirim yükümlülüğünün salt yerine getirilmemesi, bu suçu oluşturmaktadır. Bu nedenle, 278. maddede tanımlanan suçun “somut tehlike suçu” olduğu yönündeki görüş³ (ERDEM, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 80, sh. 108) doğru değildir.

Suçu bildirmeme suçu, ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Söz konusu maddenin birinci ve ikinci fıkraları metinlerinde açıkça vurgulanmış olmamakla birlikte, bu fıkralara ilişkin gerekçelerde yer verilen “**bilinmesine rağmen**” veya “**haberdar olunmasına rağmen**” ibareleri, söz konusu suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceğini ifade etmektedir.

Keza, TCK'nın 279. maddesinde tanımlanan kamu görevlisinin suçu bildirmemesi suçu da ancak **doğrudan kastla** işlenebilir. Çünkü söz konusu suçun oluşabilmesi için bir suçun işlendiğinin kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak “**öğrenil**”mesi gerekmektedir. Bu husus, hem söz konusu suç tanımına ilişkin madde metninde hem de gerekçesinde açık bir şekilde vurgulanmıştır.

Aynı şekilde, TCK'nın 280. maddesinde tanımlanan sağlık mesleği mensubu kişilerin suçu bildirmeme suçu bakımından manevi unsur olarak **doğrudan kastın** varlığı şarttır. Çünkü bu suç tanımına ilişkin madde gerekçesinde işlendiği **öğrenilmiş** suçtan söz edilmektedir. Bu itibarla, **işlendiği hususunda kesin bilgi sahibi olunan bir suçla** ilgili olarak ihbar yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir. Buna karşılık, işlendiği hususunda sadece kuşkunun ortaya çıkması halinde, sağlık mesleği mensubu kişiler bakımından bildirim yükümlülüğünün varlığından söz edilemez⁴.

³ ERDEM, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 80, sh. 108).

⁴ Bkz. ÖZGENÇ, İzzet: “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirme Yükümlülüğünün Kapsam ve Sınırları”, in: SD Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Ocak-Şubat 2007-2008, sayı 5, sh. 84 vd.

Suçu bildirmeme suçunun tanımlandığı 278. maddenin üçüncü fıkrasında, bildirim yükümlülüğü yerine getirilmeyen suçun mağdurunun,

- a) onbeş yaşını bitirmemiş bir çocuk,
- b) bedensel veya ruhsal bakımdan özürlü olan bir kişi,
- c) hamileliği nedeniyle kendisini savunamayacak durumda bulunan bir kişi,

olması, bu suç bakımından daha ağır cezayı gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmiştir.

B. Suçu Önleme Yükümlülüğünün Varlığı Halinde Sorumluluk

Belli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle de, başkası tarafından icraî davranışla işlenen bir suçun işlenmesine iştirak edilmiş olabilir. Başka bir ifadeyle, **bir başkasının işlemekte olduğu suçun işlenişine engel olmama halinde, bu icraî suça yardımda bulunma** söz konusu olacaktır⁵. Örneğin, baba 15 yaşındaki çocuğunu eve hapseder. Çocuk, aylarca evden dışarı çıkamaz. Anne, bu durumdan haberdardır ve çocuğun bu durumdan kurtarılması için herhangi bir girişimde bulunmaz. Baba gibi annenin de çocuk üzerinde velayet ilişkisinden kaynaklanan **bakım ve gözetim yükümlülüğü** bulunmaktadır (Bkz. 22.11.2001 t. ve 4721 s. Türk Medeni Kanunu, m. 335 vd.). Bu bakım ve gözetim yükümlülüğü, **çocuğa karşı işlenmekte olan bir suçun işlenmesini önleme yükümlülüğünü** de ifade etmektedir⁶. Bu itibarla annenin, baba tarafından çocuğuna karşı **işlenmekte olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna** (TCK, m. 109) ihmali davranışla **iştiraktan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulması** gerekir. Diğer bir örnekte, baba çocuğu ile müteselsilen cinsel ilişkide bulunur. Anne, bu durumdan haberdardır ve çocuğun bu durumdan kurtarılması için herhangi bir girişimde bulunmaz. Bu durumda anne, babanın müteselsilen **işlemekte olduğu cinsel istismar suçuna** (TCK, m. 103)

⁵ JESCHECK, Hans Heinrich: *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Berlin, 1988, sh. 548, 618, 630, dn. 55.

⁶ ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. bası, Ankara, 2011, sh. 212.

ihmali davranışla **iştirak** etmiştir⁷. Keza, bankanın önceden soyulacağından haberdar olan güvenlik görevlisi (bekçi) tarafından, soyguncuların suçu işlemelerini kolaylaştırmak amacıyla kapının açık bırakılması durumunda, güvenlik görevlisi, işlenen hırsızlık suçundan dolayı yardım eden (şerik) sıfatıyla sorumlu tutulacaktır⁸.

Ancak, ihmali davranışta bulunan kişi bakımından bu ihmali davranış kanunda müstakil bir suç olarak tanımlanmış ise, artık bir başkasının icraî davranışla işlemekte olduğu suça ihmali davranışla iştirak edilerek yardım eden (şerik) sıfatıyla sorumluluktan değil, **ihmali suçtan** dolayı **fail** sıfatıyla sorumluluk cihetine gitmek gerekir. Örneğin A B'ye karşı kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu işlemektedir. Duruma muttali olan kolluk görevlileri olaya müdahale etmezler. TCK'da kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesi, icrai suça nazaran müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu durum karşısında, işlenmekte olan suç olgusu ile karşı karşıya olan emniyet görevlisinin, önleme imkan ve iktidarına sahip olmasına rağmen, bu suçun işlenmesine engel olmaması halinde, kasten öldürme veya kasten yaralama suçunu ihmali davranışla işlemekten dolayı sorumlu tutulması gerekir. Aslında kolluk görevlisi bu ihmali davranış, bir başkasının işlemekte olduğu kasten öldürme veya kasten yaralama suçuna iştiraktan dolayı yardım eden sıfatıyla da sorumluluğunu gerektirmektedir. Ancak, Kanunda kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesi müstakil bir suç olarak tanımlandığı için (TCK, m. 83, 88), kolluk görevlisinin bu durumda sadece **fail** sıfatıyla sorumluluğunu gerektiren suçtan dolayı cezalandırılması gerekir. Bu örnekte kişinin gerçekleştirdiği davranış, hem bir başkasının işlediği suça yardımda bulunmak dolayısıyla **şerik sıfatıyla sorumluluğu**, hem de ihmali davranışla işlenen suçun **faili olarak sorumluluğu** gerekli kılmaktadır. **Failin şerikliğe nazaran aslîliği** ilkesi gereğince bu durumda kişiyi sadece ihmali davranışla işlediği suçtan dolayı fail olarak cezalandırmak gerekecektir⁹.

⁷ Bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 6. bası, sh. 480.

⁸ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 6. bası, sh. 462.

⁹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 6. bası, sh. 480.

Yeni TCK'da işkence suçu ile bağlantılı olarak **“Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz.”** hükmüne yer verilmiştir (m. 94, f. 5). Madde gerekçesinde bu hükümlerle ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır¹⁰:

*“İşkence suçu, çoğu zaman, amir mevkiindeki kamu görevlilerinin zımnı muvafakatiyle gerçekleştirilmektedir. Başka bir deyişle, amir konumundaki kamu görevlisi, kendi gözetim yükümlülüğü altında yürütülmekte olan bir soruşturma işlemi sırasında kişilere işkence yapıldığını öngörmesine rağmen bu konuda gerekli müdahalede bulunmamak suretiyle işkence yapılmasına zımnen rıza göstermiş olabilir. Maddenin beşinci fıkrasına göre; bu gibi durumlarda, amir konumundaki kamu görevlisi, **ihmali davranışla işkence suçunu işlemiş** kabul edilecek ve bu nedenle cezasında indirim yapılmaksızın sorumlu tutulacaktır.”*

Keza, yeni TCK'da **“Zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.”** hükmüne yer verilmiştir (m. 251, f. 1). Madde gerekçesinde bu hükümlerle ilgili olarak şu açıklamalar yer almaktadır¹¹:

*“Madde metninde denetim görevinin ihmali, ceza yaptırımına bağlanmıştır. Birinci fıkrada zimmet veya irtikâp suçunun işlenmesine kasten göz yuman kamu görevlisinin, işlenen suçun **müşterek faili** olarak sorumlu tutulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, kamu görevlisi, zimmet veya irtikâp suçunun işlendiğinden haberdardır ve buna rağmen denetim görevini kasten ihmal etmektedir.”*

Anayasa Mahkemesinin kararının ilişkin olduğu olayda, kardeşler A ve B tarafından henüz 15 yaşını doldurmamış olan diğer kardeş C'ye karşı **müteselsilen işlenmekte olan bir cinsel istismar suçu** (TCK, m. 103) söz konusudur. Anne, bu durumdan haberdardır ve çocuğun bu durumdan kurtarılması için herhangi bir girişimde bulunmaz. Bu durumda anne, A ve B'nin müteselsilen **işlemekte olduğu cinsel istismar suçuna** (TCK, m. 103) ihmali davranışla **iştirak** etmiştir¹² ve söz konu-

¹⁰ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 500 vd.

¹¹ TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, sh. 646 vd. Ayrıca bkz. ÖZGENÇ, İzzet: *Zimmet Suçu*, Ankara, 2009, sh. 76.

¹² Bilgi için bkz. ÖZGENÇ, Genel Hükümler, 6. bası, sh. 480.

su suça yardım eden (şerik) sıfatıyla iştirakten dolayı sorumlu tutulmalıdır. Bu nedenle, söz konusu olayda annenin sorumluluğunun TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suçu bildirmeme suçu bağlamında bir değerlendirmeye tabi tutulması doğru olmamıştır.

Buna karşılık, icrası devam etmekte olan bir suçla ilgili olarak kişinin suçu işlenmesini önleme yükümlülüğünün bulunmamasına rağmen bildirim yükümlülüğü söz konusu olabilir. Örneğin, A, kaçak elektrik kullanmaktadır. Durumdan haberdar olan komşu B'nin, A'nın bu suçu işlemesini önlemek için müdahalede bulunma yükümlülüğü yoktur. Ancak B, işlenmekte olan bu hırsızlık suçu ile ilgili olarak bildirim yükümlülüğü altındadır. B tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suçu oluşturur (f. 1).

Baba ile oğlu, aynı apartmanın farklı dairelerinde otururlar. Oğul evine kaçak elektrik bağlar; baba, durumdan haberdar olmasına rağmen, bildirimde bulunmaz. Bu örnek olayda baba, bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeyi ihmal etmiştir. Ancak, baba ile oğlu arasındaki akrabalık (üstsoy-altsoy) ilişkisi, baba bakımından bir **şahsi cezasızlık sebebi** oluşturur.

Baba, üniversite öğrencisi olan oğlunun terör örgütü mensubu olduğunu bilir. Oğlu belirli aralıklarla dağa çıkarak örgütün eğitim programlarına katılır, örgüt tarafından verilen talimatları yerine getirir. Ancak, baba buna rağmen oğlu ile ilgili olarak bildirimde bulunmaz. Burada da, yukarıdaki elektrik hırsızlığı örneğinde olduğu gibi, baba hakkında suçu bildirmeme suçundan dolayı cezaya hükmetmemek gerekir.

TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suçu bildirmeme suçunun konusunu, **icrası tamamlanmış** olmakla birlikte, **sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hâlen mümkün bulunan suç** da oluşturabilir.

İcrası tamamlanmış olan bir suç bağlamında bu suçun işlenmesini önleme yükümlülüğünden artık söz edilemez. Çünkü bu durumda artık suç işlenmiş ve tamamlanmıştır. İşlenmiş olan bir suçu işlenmemiş duruma irca etmek mümkün değildir.

Örneğin A hırsızlık suçundan elde etmiş bulunduğu bisikleti kullanmaya devam eder. Baba B, bu durumu öğrenir. Ancak, oğlu ile ilgili olarak hırsızlık suçunu işlediğinden bahisle ihbarda bulunmaz.

İcrası tamamlanmış bir suçla ilgili olarak aile bireylerinin ve belirli bir akrabalık ilişkisi içinde bulunan kişilerin ihbarda bulunması ile ilgili olarak Anayasa'nın 38. maddesinin beşinci fıkrası hükmü karşısında bir **şahsi cezasızlık sebebinin** bulunduğunu kabul etmek gerekir. Her ne kadar TCK'nın 278. maddesinde bu hususta bir hükme yer verilmemiş ise de, kanaatimizce bu gibi durumlarda mahkeme tarafından Anayasanın 38. maddesinin beşinci fıkrası hükmüne istinaden bildirimde bulunmayan kişi hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi mümkündür.

Ancak bu husus Anayasa Mahkemesi tarafından verilen söz konusu iptal kararında TCK'nın 278. maddesinde tanımlanan suç bağlamında bir "eksiklik" olarak telakki edilmiştir. Bu nedenle, söz konusu eksikliğin giderilmesine yönelik bir düzenleme yapma gereği ortaya çıkmıştır.

Fakat bu eksikliğin giderilmesi bağlamında yapılacak olan kanuni düzenlemenin işlenmekte olan suçu önleme yükümlülüğünün bulunduğu halleri kapsamına almaması gerekir. Bu itibarla, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen TCK'nın 278. maddesine dördüncü fıkra olarak aşağıdaki şekilde yeni bir fıkra eklenerek, bu maddenin yeniden kanunlaştırılması gerekmektedir.

"Suçun, üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi hâlinde, cezaya hükmolunmaz. Ancak, suçu önleme yükümlülüğünün varlığı dolayısıyla ceza sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır."