



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

YÜKSEK MAHKEME KARARLARINDA İHMALİ SUÇ

Av. Arb. Ersin ŞARE *

ÖZ

Bir kişinin aktif bir eylemini ceza hukuku bağlamında hareket olarak açıklamak kolaydır. Ancak pasif kalmasını ceza hukuku bağlamında hareket olarak kabul edebilmek için “*belli durumlarda hareket geç*” emrini veren bir dayanak norma ihtiyaç vardır. İhmali suçlar esasında “*yap*” emrini veren normlara itaatsizliktir. Bir kişinin öldürülmesini yasaklayan norma uymak kolaydır; zira kişi ne yapmaması gerektiğini bilir. Ancak belli bir durum karşısında harekete geç emrini veren norma uyulması kişi bakımında güçlük arz edebilir. İhmali suçlar kendi arasında gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar olarak ayırma tabi tutulmaktadır. Gerçek ihmali suçlar, kişinin kanunda tanımlanan ve emredilen icrai davranışı kasten yapmamasıyla oluşmakta olup suçun gerçekleşmesi için ayrıca neticenin de gerçekleşmesi aranmamaktadır. Kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun ihmali bir hareketle işlenmesine görünüşte ihmali suç denilmektedir. Örneğin kasten öldürme suçu böyledir. Görünüşte ihmali suçlar neticeli suçlardır. TCK’ya göre neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareketten kaynaklanabilir.

Anahtar Kelimeler: İhmal, Hareket, Kasten Öldürme, Nedensellik Bağı, Neticeyi Önleme Yükümlülüğü

* Avukat, Arabulucu, Mersin Barosu, ersinshare@hotmail.com, ORCID 0000-0003-1441-5146



CRIME OF OMISSION IN COURT OF CASSATION VERDICTS

*Av. Med. Ersin ŞARE***

ABSTRACT

In the framework of criminal law, it is simple to define an active action of a person as an act. However, there must be a guiding rule that directs people to "act in certain circumstances" in order for the criminal justice system to acknowledge someone's inaction as an act. Omission are essentially acts of disobedience to rules that demand that one "do." A norm that forbids the murdering of a person is simple to follow because everyone is aware of what is improper. However, it could be challenging for someone to follow the rule dictating action in a particular circumstance. Omission offenses are divided into actual omission offenses and apparent omission offenses. Actual omission offenses occur when the person does not perform the executive behavior defined and ordered in the law, and for the occur of the crime, the realization of the result cannot be sought. As a rule, a crime performed with an active action, if performed with omission is called apparent omission offenses. For example, the crime of willful murder is like this. Apparent omission offenses are consequential crimes. The Turkish Penal Code states that a duty to take action to avert a consequence may result from the law, a contract, or an earlier risky act.

Anahtar Kelimeler: Omission, Act, Intentional Killing, Link of Causality, Obligation to Prevent the Consequence

* Attorney at Law, Mediator, Mersin Bar Association, ersinshare@hotmail.com, ORCID 0000-0003-1441-5146

Extended Summary

As long as they do not manifest themselves in the outside world as a material act, thoughts, intentions, and wishes are not subject to the criminal law. Consequently, the presence of a positive or negative movement is required in order to talk of a crime. Without act, there is no offence. Criminal law recognises even simple passivity in the face of a circumstance or necessity as an act.

In the framework of criminal law, it is simple to define an active action of a person as an act. However, there must be a guiding rule that directs people to "act in certain circumstances" in order for the criminal justice system to acknowledge someone's inaction as an act. Omission are essentially acts of disobedience to rules that demand that one "do."

Omission offenses are divided into actual omission offenses and apparent omission offenses. The legal requirements for what constitute an omission and how to proceed are very specific in the actual omission offenses. On the other hand, people are required to take action in apparent omission offences in order to stop the outcome. However, the law makes no mention of how to behave in order to avoid the consequences. For instance, a carer is contractually obliged to protect and watch over the child under his care. If the child sees himself injuring himself while playing at home; If he stay deliberately passive and the child dies as a result, he will be responsible for the crime of willful killing by omission behavior. The law requires that he or she prevent deaths from occurring, but it does not specify how or in what way this duty would be fulfilled through actions.

Since the Turkish Criminal Law does not contain a general regulation on apparent omission offenses, it is stated by some authors in the doctrine and the Court of Cassation that only the crimes of intentional homicide, intentional injury, and torture can be perpetrated with omission. This point of view is unacceptable because, for instance, fraud can also be done with omission and should be punished accordingly. However, eventually a contradiction will come to light. According to criminal code, there is no way to lessen the punishment for fraud, whereas it is possible to reduce punishment in deliberate injury when it is perpetrated through omittance.

It might be challenging to identify the sources of an obligation to act to prevent the consequences in the apparent omission offenses. According to the Turkish Penal Code, in terms of homicide, the perpetrator; has the obligation to prevent death resulting from the

law, contract or previous dangerous act. However, these sources are interpreted broadly in the doctrine; for example, the obligation to prevent the result from the "contractual" includes the obligation to prevent the result based on a "trust relationship". As in Germany and Italy, leaving the determination of the sources that create the obligation to prevent the result to doctrine or jurisprudence may damage the principle of legality in crime.

It is simple to establish the causal relationship in actual omission offences because the outcome arises at the time the act is committed. However, in apparent omission offenses, it is problematic to establish a causal link between the negligent act and the result. Because the causal link established here is based on an assumption. A proposition that "if he had acted, death would not have occurred" is a hypothesis. Because even if he takes action and performs executive behavior, it is possible that the result of death will occur.

GİRİŞ

Düşünce, niyet ve arzular dış dünyaya maddi hareket olarak yansımadağı müddetçe ceza hukukunu ilgilendirmezler. Bu nedenle bir suçtan bahsedebilmek için olumlu ya da olumsuz bir hareketin mevcudiyeti gereklidir¹. Hareketsiz suç olmaz². Bir durum ya da gereklilik karşısında sırf hareketsiz kalmak bile ceza hukuku bakımından yapılmış bir hareket olarak kabul edilmektedir³.

Öğretide, suç teşkil eden hareketin iki farklı görünüşü olduğu belirtilmekte; aktif bir hareket ile gerçekleştirilenlere icrai suç, pasif hareketle gerçekleştirilene ise ihmali suç adının verildiğı ifade edilmektedir⁴. Başka bir anlatımla belli şartlarda hareketsiz kalmak da suç teşkil eden bir hareket olarak değerlendirilmektedir. Bu yönüyle suçlar hem icrai hareketle hem de ihmali hareketle işlenebilmektedir. Doğası gereğı icrai hareketi tanımlamak kolaydır ancak ihmal tanımlanırken muhakkak dayanak bir norma ihtiyaç vardır. Zira ihmal, bir hareketi yapmayı emreden bir norma itaatsizliktir⁵. Nitekim Yüksek Mahkeme de suç teşkil eden ihmali (pasif) hareketin fiziki değil, normatif bir değerlendirmeye tabi tutularak ortaya çıktığı görüşündedir⁶. Harekete geçme gerekliliğı ya da neticeyi önleme yükümlülüğünün normdan kaynaklanması gerektiğinden icrai hareketle işlenen suçların aksine ihmalin tek başına doğasından kaynaklanan bir tanımını yapmak güçlük arz etmektedir⁷.

Ceza hükümleri genel olarak kişilere belli bir icrai harekette bulunmalarını yasaklar; kişiler bu yasağı göre davranışlarını yönlendirirler ve o icrai hareketleri yapmaktan kaçınırlar. İhmali suçlar yönünden ise durum farklıdır; zira kişilerin belli bir hareketi yapmaktan kaçınmaları istenmez; aksine harekete geçmeleri beklenmektedir. İnsanlara yüklenen bu harekete geçme yükümlülüğü nedeniyle ihmali suçların kişi özgürlüğünü sınırladığı

¹ Tahir Taner, Ceza Hukuku Umumi Kısım (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1953) 259

² Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016) 229

³ Faruk Erem, Ahmet Danişman ve Mehmet Emin Artuk, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997) 255

⁴ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Baskı, Der Yayınları 2019) 89

⁵ Yaprak Öntan, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021) 125

⁶ Bkz. Yar. CGK, E. 2017/1-1046, K. 2021/298, 22.06.2021. Yüksek Mahkeme bu görüşü bildirirken Toroslu'ya atıf yapmıştır. Bkz. Nevzat Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012) 130. Öğretide farklı görüşler de bulunmaktadır: İhmali hareketin normatif mahiyetinin, onun doğal temelini unutturmaması gerektiğı, çünkü engel olmak hukuki yükümlülüğü bulunmasına rağmen olayın gerçekleşmesine engel olunmamasının dahi, daima failin bir şart veya bir vaziyet yaratmasını gerektirdiğı, failin bu şartı ortadan kaldırmadığı için olayın sebebi olduğu ya da şartın kaldırılmamasının olayı doğurduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gian Domenico Pisapia, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Çeviren: Atif Akgüç (1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971) 70

⁷ Francesco Palazzo, Corso Di Diritto Penale Parte Generale (Ottava Edizione, G. Giappichelli Editore 2022) 208

belirtilmekte; esasında ihmali suçların, kişi özgürlüğünden sosyal dayanışmaya doğru bir kayış teşkil ettiği ifade edilmektedir⁸.

İcrai hareketle işlenen suçlar ile karşılaştırıldığında ihmali suçta, suçun maddi unsuruna dahil olan hareket farklılık arz etmektedir. İhmal yoluyla işlenen icrai suçlarda sadece hareket yönünden farklılığın olduğu ve bu nedenle ihmal yoluyla işlenen icrai suçların bağımsız ve icrai olarak işlenen suçlardan farklı bir suç olarak kabul edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir⁹. Nasıl ki icrai suçlarda hareket olarak, iradi yapılan bir insan davranışının varlığı gerekiyorsa, ihmali suçta da bir insanın iradesiyle faaliyetsiz kalmasının gerektiği belirtilmektedir¹⁰. Bununla birlikte hareketin yanı sıra ihmali hareketle işlenen suçlarda, suçun manevi unsurunun da farklılık gösterdiği savunulmaktadır¹¹.

Bu çalışmada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) yer verilen ihmali suçlara ilişkin genel açıklamalar yapılacaktır. Konuyu daha anlaşılır kılmak için Yargıtay içtihatlarından faydalanılacaktır ve Yargıtay'ın ihmali suçlara ilişkin görüşleri yansıtılmaya çalışılacaktır.

I. 5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NDA İHMALİ SUÇ

Suçlar genellikle icrai hareketle yani aktif bir davranışta bulunarak işlenmektedir. Kişinin hareketsiz kalması ancak hukuk düzeni tarafından harekete geçmesi emredildiği takdirde suç teşkil etmektedir¹². Nitekim hukuk normları “*yasak normları*” ve “*emir normları*” olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Yasak normları icrai bir hareketle ihlal edilebilmektedir. Belli bir hareketin yapılmasını emreden emir normları ise ihmali hareket ile gerçekleştirilmektedir¹³. Bazı suç tipleri yönünden ise suçun oluşumu için hem icrai hem de ihmali hareketlerin birlikte yapılması gerekmektedir. Bu çeşit suçlara karma hareketli suçlar adı verilmektedir¹⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği üzere saf ihmali suç olarak da adlandırılan gerçek ihmali suçlar

⁸ Palazzo (n 7) 209-210; ayrıca bkz. Öntan (n 5) 135-136: “*Otoriter ya da totaliter özelliğe sahip rejimlerde, ceza yaptırımı ile karşılanan ‘yapma’ yükümlülükleri, sayıca artar ve belirsizleşir; çünkü bu rejimlerde, vatandaşların hayatını ve özgürlüklerini çok daha geniş kapsamlı düzenlemelerle kontrol etme eğilimleri görülür. Ancak bu rejimlerin dışında da, liberal devletten sosyal devlete geçişte ihmal suçların sayısı artmıştır. Sosyal devlet, bu doğrultudaki amaçları için, vatandaşlarına birçok alanda çeşitli ve yeni hareket ödevleri yüklemek eğilimindedir. Sosyal devletin özellikle dayanışma ilkesi çerçevesinde ihmal suçlarının sayısı artış göstermektedir.*”

⁹ Köksal Bayraktar, ‘Kasten Öldürme’ (1. Baskı) Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar 1 (On İki Levha Yayıncılık 2017) 26; Mustafa Özen, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 130

¹⁰ Bernd Heinrich, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmez Ugurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin ŞoHoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015) 3

¹¹ Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020) 144

¹² Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985) 28

¹³ Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1954) 53; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Baskı, Beta Yayınevi 2020) 257-258

¹⁴ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975) 48

emir normuna aykırılık teşkil ederken, bir yükümlünün yapması gereken hareketi yapmamasından kaynaklanan görünüşte ihmali suçlarda esasen, yasak normunun ihlali söz konusudur¹⁵. Yargıtay'a göre; ihmali suçlar, emredici norma aykırı davranılması suretiyle işlenmektedir¹⁶.

765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde kanunda, ihmali hareketle işlenen gerçek ihmali suç tiplerine yer verilmişti. Bununla birlikte icrai hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceğine ilişkin bir açıklık bulunmamaktaydı. Öğretide, esasında icrai hareketle işlenen bir suçun ihmali hareketle de işlenebileceği kabul edilmekteydi ve neticeye önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanacağı ifade edilmekteydi¹⁷. 5237 sayılı TCK'da; görünüşte ihmali suçlar yönünden Alman ve İtalyan Ceza Kanunları'nda olduğu gibi genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kasten öldürme suçunun ihmali hareketle işlenmesi halini düzenleyen TCK'nın 83/2. maddesinde neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün kanundan, sözleşmeden ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli hareketten kaynaklanabileceği hüküm altına alınmıştır. Neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün kaynakları tespit edilirken İtalyan Ceza Hukuku'ndan etkilenildiği söylenebilir. Zira Alman Ceza Kanunu'nda garantörlük olarak adlandırılan neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynaklar farklı biçimde tasniflenmektedir. Ancak Türk öğretisinde Alman Ceza Hukuku öğretisinden yararlanan yazarların, Almanya'daki tasniflemeyi dikkate alarak neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynakları geniş yorumlayıp garantörlük kapsamını genişlettiğini söylemek gerekir.

II. İHMALİ HAREKETİN NİTELİĞİ

İhmali hareket farklı şekillerde gerçekleştirilebilmektedir: Birinci olasılıkta beklenen hareket fail tarafından hiç yapılmaz; ikinci olasılıkta beklenen hareket zamanında yapılmaz; üçüncü olasılık ise beklenen hareket kanunun tayin ettiği yer dışında yapılır¹⁸.

¹⁵ Hakan Hakero, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 106-107

¹⁶ Bkz. Yar. CGK. E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

¹⁷ Sulhi Dönmezer, 'İhmal Suretiyle İcra Suçları' (1944) 9 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 490-493

¹⁸ Kunter (n 13) 59; Dönmezer ve Erman (n 4) 90

Taksir ile ihmal birbirlerine yakın kavramlar olsa da farklılık arz etmektedir. Zira taksir suçun manevi unsuruna, ihmal ise suçun maddi unsuru olan harekete ilişkindir. Bu nedenle ihmali suçların taksirle de işlenebileceği ifade edilmektedir¹⁹.

Taksirle gerçekleştirilen müspet bir hareketin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti sorun teşkil etmektedir. Zira dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirilen icrai hareket aynı zamanda dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareketin ihmaldir²⁰. Ancak böyle durumlarda her zaman taksirli icrai suçun söz konusu olacağı, ceza hukukunun değerlendirme konusunun dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket olduğu, yoksa dikkat ve özen yükümlülüğüne ilişkin kuralın ihmali olmadığı ifade edilmektedir²¹. Örneğin aracını hız sınırları üzerinde kullanan kişi, hem hız sınırını aşarak icrai bir hareket sergilemekte hem de aracını hız sınırının altına düşürmeyerek ihmali bir hareket gerçekleştirmektedir. Bu durumda kişinin hareketinin icrai olduğunu söylemek gerekir.

İhmali hareketle işlenen suçların, icrai hareketle işlenen suçlara göre daha az haksızlık içermesi nedeniyle cezasının daha az olduğu ifade edilmektedir²². Nitekim TCK'nın 83. maddesinde yer alan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda failin daha az cezalandırılabilmesi hüküm altına alınmıştır. Ancak cezanın indirilip indirilmeyeceği hakim takdirine bırakılmıştır²³.

Kasten gerçekleştirilen suçlarda, gerek icrai gerekse ihmali hareketin bünyesinde barındırdığı çok yönlü davranışlar nedeniyle, ne zaman icrai hareketin ve ne zaman ihmali hareketin var olduğunu tespit etmek zorlaşabilecektir²⁴. Hareketin ihmali mi yoksa icrai mi olduğunun tespitinde hareketin ağırlık noktası belirlenerek değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵.

¹⁹ Centel, Zafer ve Çakmut 'Türk Ceza Hukukuna Giriş' (n 13) 259. Ancak burada ayırma gidilmesi gerektiği, gerçek ihmali suçların hem kast hem de taksirle işlenmesi mümkünken, gerçek olmayan ihmali suçların sadece kast ile işlenebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012) 222

²⁰ Hakeri 'ihmal' (n 15) 90

²¹ ibid 91

²² Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 489

²³ Bkz. TCK'nın 83. maddesinin 3. fıkrası.

²⁴ Aracının üzerine başkası tarafından yazılmış bulunan ve Başbakan'a yönelik hakaret içeren ifadeleri silmeyi ihmal ederek aracını kullanmaya devam eden ve hareketin başka kimselere ulaşmasına neden olan kimsenin sorumluluğunun icrai hareket mi, yoksa ihmali hareketten mi kaynaklandığının tespiti sorun teşkil etmektedir. Bkz. Demirbaş (n 19) 221; Hakeri 'ihmal' (n 15) 28

²⁵ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016) 166: "Örneğin bir annenin yeni doğmuş çocuğunu bir yere bırakıp ayrılması aslında icrai bir harekettir. Ancak hareketin ağırlık noktası ihmaldedir." Hem icrai hem de ihmali davranışların gerçekleştiği durumda ihmali davranış, icrai davranışın arkasına çekilebildiği ifade edilmekte; ancak normatif bakış açısıyla ceza hukuku açısından önem taşıyan hareketin

Maktul kadın, sanıklardan birinin işyerinde bir süreliğine çalışmış ve sonra ayrılmıştır. Sanık, maktul kadının iş yerinde hırsızlık yaptığını düşünerek diğer sanıklarla maktul kadını aramaya başlamıştır. Maktul kadına bir sokakta rastlayarak zorla arabaya bindirmişler ve maktul kadını sanığın iş yerine getirmişlerdir. Maktul kadın alıkonulduğu süre içerisinde işkenceye maruz kalmış ve tecavüze uğramıştır. Sonrasında sanıklardan birkaçı, bilinci kapalı halde maktul kadını evine bırakmıştır. Yaralı halde evine ulaşan kadın tüm müdahalelere rağmen kurtarılamamıştır. Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi raporunda; diyabet hastası olan kadının alıkonulduğu süre içerisinde ilaçlarını kullanmaması nedeniyle hayatını kaybettiği tespiti yapılmıştır. Bölge Adliye Mahkemesi, sanıkların maktulü alıkoyup şeker hastalığı nedeniyle ilaçlarına kullanmasına ve tedavi olmasına imkan vermeyerek ölümüne neden olduklarından eylemin ihmali davranışla kasten öldürme suçunu oluşturduğuna hükmetmiş²⁶; Yargıtay da, istinaf mahkemesinin bu nitelendirmesini hukuka uygun bularak kararı onamıştır²⁷.

Yukarıda nakledilen olayda; darp edilen ve hatta uyuşturucu madde içirildiği iddia edilen maktul kadının diyabet hastalığı nedeniyle kullanması gereken ilaçlara, alıkonulması nedeniyle ulaşamaması sanıkların ihmali hareketlerinden değil, bizzat kişiyi hürriyetinden yoksun kılma şeklindeki icrai hareketlerinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki önceden gerçekleştirilen hareketin kasıtlı olması durumunda, sanıklar yönünden sonucun meydana gelmesini önleme yükümlülüğü doğmayacağından; sanıkların kasten ve icrai hareketle işlediği suçtan sorumlu olmaları gerekirdi²⁸.

Hareketin ihmali mi yoksa icrai mi olduğunun tespit edilemediği hallerde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uyarınca hareketin ihmali olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir²⁹.

Sanık evlilik dışı ilişki sonucu hamile kalmıştır. Bebeğini evde doğurduktan sonra bir beze sarıp ve poşetin içerisine koyup boş bir araziye bırakmıştır. Görevli, arazide rastladığı poşeti çöp konteynırına attığı sırada, poşetin içerisinde, kurtlanmış vaziyetteki bebek cesedine rastlamıştır. Bebek üzerinde yapılan otopside, kafa kırığı ve kaburga üzerinde lezyon tespit

ağırlık noktasını ihmali davranışın oluşturduğu bazı istisnai durumlarda suçun ihmali davranışla işlendiğinin kabulünün gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 142

²⁶ Bkz. Adana BAM 4. CD, E. 2019/4869, K. 2020/744, 04.03.2020.

²⁷ Bkz. Yar. 1. CD, E. 2022/1285, K. 2022/2048, 16.03.2022.

²⁸ İskenderun 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 16.09.2019 tarih ve 2019/4869 Esas 2020/744 Karar sayılı ilamında sanıkların olası kastla ve icrai davranışla öldürme suçundan cezalandırılmalarına karar verilmiştir.

²⁹ Hakeri 'ihmal' (n 15) 90

edilmiştir. Söz konusu yaralanmanın bebeğin ölümünden önce mi, yoksa ölümden sonra mı gerçekleştiği yönünde bir tespit yapılamamıştır. Yüksek Mahkeme, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği sanığın, icrai davranışla gerçekleştirilen kasten öldürmeden değil, bebeğini boş bir araziye bırakıp koruma ve gözetim yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden dolayı ihmali hareketten sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir³⁰. Yüksek Mahkeme bu kararında, sanığın ihmali hareketten sorumlu olmasına gerektiğine hükmetmiş ise de; başka bir kararında farklı bir görüşü benimsemiştir: Yeni doğmuş savunmasız halde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karşılayamayan beş günlük bebeğini, güvende olduğu evinden alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğin karnını doyurmamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebeğinden kurtulmak amacı taşıyan sanık, öleceğini bildiği halde bebeğini ıssız bir yere götürerek kendi halinde bırakmış ve kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiştir. Sanığın bu eyleminin bebeği boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıştan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiğinin kabulü gerekir³¹.

Yüksek Mahkemenin son vermiş olduğu kararın daha isabetli olduğunu söylemek gerekir. Çocuğunun gerekli bakımını yapmamak ihmali bir harekettir. Ancak başkalarının da yardımını engelleyecek bir biçimde çocuğunu ıssız bir yere götürüp terk etmek ihmali hareket olarak kabul edilmemelidir³². Terk edilen yer ıssız bir yer olmasa ve bebek hayatını kaybetmiş olsa da yine icrai hareketin varlığından söz edilecektir. Nitekim Yüksek Mahkeme benzer bir olayda, bebeğini terk eden ve hayatını kaybetmesine neden olan sanık anneyi, icrai hareketle nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu tutmuş; bebeğin atıldığı yer itibariyle yoldan geçen birisi tarafından bulunabilme ihtimali olması nedeniyle, sanık annenin olası kastla öldürmeden

³⁰ Yar. CGK, E. 2012/1-1570, K. 2013/339, 05.07.2013; aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yar. 1. CD, E. 2011/4322, K. 2012/3639, 07.05.2012: “Adli tıp kurumu raporunda otopside belirtilen bulguların ölümden önce mi veya sonra mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ve ileri çürüme nedeniyle ölüm sebebinin tespit edilemediğinin belirtildiği olayda, sanığı eyleminin ihmali suretiyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden,”

³¹ Bkz. Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

³² Bkz. Öntan (n 5) 133: “Oysa nedensel süreci başlatan annenin bebeği başka bir yere götürüp bırakmak şeklindeki eylemidir.” Sanık, bebeğini başkalarının bulabileceği bir yere terk etseydi farklı bir değerlendirme yapılabilecekti. Ayrıca bkz. Yar. 1. CD, E. 2019/2046, K. 2019/3869, 24.09.2019: “sanığın doğum yapmak için tuvalete girdiği, doğum sonrası bebeğin göbek bağının bağlanmadığı gibi klozet içinde bıraktığı daha sonra bebeğin üst üste geçirilmiş poşetler içinde önce terasa bırakıldığı, suç tarihi itibariyle havanın soğukluğu da göz önüne alındığında ölümün mutlak ve kaçınılmaz olduğu, hatta diğer sanığın cesetten kurtulmak amacıyla bebeğin cansız bedenini terastan alarak çöp bidonunun içine attığı olayda her iki sanığın eylemi icra hareketle nitelikli kasten öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeksizin TCK'nın 83/3. maddesi uyarınca tayin edilen cezalardan indirim yapılması,”

cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir³³. Başka bir olayda çöpe atılan bebek belediyeye bağlı temizlik işçisi tarafından bulunmuş, hemen hastaneye kaldırılmış ve yoğun bakımdaki tedavisinden sonra sağlığına kavuşmuştur. Bu olayda Yüksek Mahkeme, sanık annenin eyleminin icrai hareketle nitelikli kasten öldürmeye teşebbüs olduğuna hükmetmiştir³⁴. Olası kastın varlığı kabul edilseydi; netice kastı belirleyeceğinden sanık annenin eyleminin kasten yaralama suçunu oluşturacağı kabul edilmeliydi.

Maktul 80 yaşındadır ve rahatsızlığı nedeniyle ancak bastonla yürüyebilmektedir. Sanık, maktulün oğludur ve yıllardır eşiyile birlikte maktulün bakımını üstlenmektedir. Bir süre sonra maktulün bakımında güçlük çekmeye başlamışlardır ve sanığın eşi de daha fazla maktule bakmak istememiştir. Olay günü sanık, akşam saatlerinde babasını evden alarak otomobili ile ikamet ettikleri eve 22 km uzaklıkta bulunan ormanlık ve ıssız bir alana bırakmış ve sonrasında eve geri dönmüştür. Olaydan iki gün sonra, bırakıldığı yere kısa bir mesafede bulunan dere yatağında maktulün cesedi bulunmuştur. Maktulün ölümü, kendisinde önceden var olan kronik kalp-damar ve akciğer hastalığından kaynaklanmıştır. Adli Tıp Kurumu tarafından sanığın ıssız bir yere bırakma eylemi ile maktulün ölümü arasında nedensellik bağının bulunduğu tespiti yapılmıştır. Yüksek Mahkeme bu olayda, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun değil, icrai hareketle ve olası kastla öldürme suçunun gerçekleştiğine hükmetmiştir. Gerekçede, sanığın, maktul babasına karşı olan bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi ve terk etmesinden öte, yaşlı, uzun mesafe yürüyemeyen ve kendini tek başına idare edemeyecek durumda olan maktulü, mevsim ve hava koşulları itibariyle soğuk bir havada, başka kişiler tarafından sıklıkla kullanılmayan, dağlık ve ormanlık bir araziye bıraktığı, maktulün, kişisel durumu itibariyle mevcut hava ve arazi şartlarına karşı mücadele edip hayatta kalamayacağını öngördüğü ve

³³ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/1-161, K. 2015/493, 08.12.2015: “*sanığın akrabası ile yaşadığı cinsel ilişki sonucunda hamile kalıp, hamileliğini gizlediği, olay tarihinde öğle saatlerinde kimse görmeden dedesinin kullanılmayan evinin tuvaletinde doğum yaptığı, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan tuvaletin 35 metre uzağında bahçelere giden patika yolun kenarındaki çalılıkların üzerine çıplak şekilde attığı, daha sonra ailesi ile birlikte yaşadığı eve dönerek günlük yaşamına devam ettiği, aynı gün saat 19.30 sıralarında olay yerinden geçen tanık tarafından bebeğin tesadüfen canlı olarak bulunup hastaneye sevkinin sağlandığı, ancak ertesi gün bebeğin tedavi gördüğü hastanede hayatını kaybettiği olayda; sanığın ilişkisini ve hamileliğini gizlemesi, bebeğin göbek kordonunu bağlamadan çıplak şekilde tarlalara giden patika yolun yanındaki çalılıkların üzerine atması, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'nun 30.09.2010 tarihli raporunda da bebeğin çıplak olarak açık alana terk edilmiş olmasının ölümünün meydana gelmesinde etkisi olduğunun belirtilmesi karşısında, sanığın asıl amacı terk olmadığı gibi icrai eylemi ve davranışları göz önüne alındığında ihmali davranışla ölüme neden olma suçunun da söz konusu olamayacağı, bebeğin yola 180 cm mesafeye atılması, bebeğin atıldığı yer itibariyle yoldan geçen birisi tarafından bulunabilme ihtimalinin olması, nitekim bebeğin canlı olarak tanık tarafından bulunması dikkate alındığında sanığın eylemi sonucunda bebeğin ölümünün muhakkak ve kesin olmayıp muhtemel olduğu, sanığın da muhtemel bu neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği, bu nedenle doğrudan kastın varlığından da söz edilemeyeceği anlaşıldığından sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.”*

³⁴ Bkz. Yar. CGK, E. 2015/1-986, K. 2018/102, 20.03.2018.

doğabilecek neticeleri kabullendiği, böylece olası kastla öldürme suçunu işlediği ifade edilmiştir³⁵.

III. GERÇEK İHMALİ SUÇ İLE GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇ AYRIMI

Bazı suç tipleri sadece ihmali bir hareketle işlenebilmektedir. Bu türdeki suç tiplerine sırf ihmali suçları ya da gerçek ihmali suçlar denmektedir. Bunun yanı sıra, esasen icrai hareketle işlenen suçlar bazı durumlarda ihmali bir hareket gerçekleştirmek suretiyle işlenebilmektedir. Bu sonucuna ihmal yoluyla işlenen icrai suçlar, diğer tabiriyle görünüşte ihmali suçlar adı verilmektedir³⁶.

Gerçek ihmali suçlarda, kişinin hangi hareketi, nasıl bir durum karşısında yapması gerektiği ilgili normda açıkça belirtildiği halde, ihmal yoluyla icrai suçun karşılığı olan görünüşte ihmali suçlarda, harekete geçmekle yükümlü olan failin, neticeyi önlemek için ne yapması gerektiği genellikle kanunda gösterilmez³⁷.

Yargıtay'a göre; ihmali suçlar gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak iki kategoride değerlendirilmektedir. Gerçek ihmali suçlar, kişinin kanunda tanımlanan icrai davranışı kasten yapmamasıyla oluşmakta olup, suçun gerçekleşmesi için ayrıca neticenin gerçekleşmesi aranmamaktadır. Görünüşte ihmali suçlar ise neticeli suçlardır³⁸. Görünüşte ihmali suçlar, neticenin önlenmesi bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan fail tarafından, kanunda tanımlanan neticenin meydana gelmesinin engellenmemesi şeklinde işlenirler; kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun, ihmali bir hareketle işlenmesine görünüşte ihmali suç denilmektedir³⁹.

Aşağıda hem öğretinin hem de Yargıtay'ın da benimsediği ayrım doğrultusunda ihmali suçlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. GERÇEK İHMALİ SUÇLAR

Gerçek ihmali suçlarda, failin hareketsiz kalması suçun tamamlanması için yeterlidir; bu türdeki ihmali hareketin cezalandırılması için zarar neticesinin ortaya çıkıp çıkmadığına

³⁵ Yar. 1. CD, E. 2012/5467, K. 2013/1230, 20.02.2013.

³⁶ Soyaslan 'Genel Hükümler' (n 2) 241

³⁷ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Bası, Beta Yayınevi 1992) 52

³⁸ Bkz. Yar. CGK, E. 2019/16-620, K. 2021/523, 03.11.2021.

³⁹ Bkz. Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

bakılmaz ve neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır⁴⁰. Bu yönüyle gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçu niteliğindedir⁴¹.

Gerçek ihmali suçlar, suç tipinde ayrıca failde bir özellik aranmadığı takdirde⁴² herkes tarafından işlenebilir⁴³. Bunun yanı sıra gerçek ihmali suçlardan sorumluluğun doğabilmesi için kişinin zorunlu hareketi yapma imkanının bulunup bulunmadığının ayrıca tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Gerçek ihmali suçlarda, hareketsiz kalma nedeniyle başka veya ağır bir netice meydana gelebilir. Örneğin yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle kişinin ölmesinde olduğu gibi⁴⁴. Bu gibi durumlarda ağırlaşan veya başka netice yönünden cezalandırma yoluna gidilebilmesi için yeni bir suç ihdas eder gibi kanunda ayrı bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir⁴⁵. Nitekim TCK'nın 98. maddesinin 2. fıkrasında yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda kişinin daha ağır cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır⁴⁶.

Yargıtay'a göre; TCK'nın 98. maddesindeki, “*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*”; TCK'nın 175. maddesindeki, “*akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*”; TCK'nın 176 maddesindeki. “*inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirlerin alınmaması*”; TCK'nın 177. maddesindeki, “*gözetim altında bulunan hayvanın kontrol altına alınmasında ihmal gösterilmesi*”; TCK'nın 178. maddesindeki, “*herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret*

⁴⁰ Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, ‘Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)’ (2012) 7 (18) Ceza Hukuku Dergisi 14; Centel s. 79; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Baskı, Beta Yayınevi 2015) 211

⁴¹ Demirbaş (n 19) 221

⁴² TCK'nın 175. maddesinde düzenlenen “*Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali*” suçu gerçek ihmali suç niteliğindedir. Ancak bu suçun faili herkes olamaz. Akıl hastasına bakmakla ve gözetmekle yükümlü olan kimseler hastanın aile bireyleri olabileceği gibi hastaya bakmakla yükümlü sağlık çalışanları da olabilir. Böyle bir yükümlülüğü bulunmayan bir kişinin bu suçu işlemesi mümkün değildir ve bu nedenle ilgili suç tipi özgü suç niteliğindedir. Bkz. Ozan Ercan Taşkın, ‘Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2476

⁴³ Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013) 178

⁴⁴ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2017) 265

⁴⁵ Temel sorumluluk şekli kasttır. (Bkz. TCK 21/1) Bir hareketin taksirli halinin cezalandırılması için kanunda açıkça bir düzenlemeye yer verilmiş olması şarttır. (Bkz. 22/1). Kanunda açıklık olmasa da taksirli suçlar için geçerli olan durum neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar için de geçerli olduğunu söylemek gerekir. Bkz. Ersin Şare, ‘Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölümüne Neden Olma Suçu (TCK m. 87/4)’ (2020) 25 (43) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 291

⁴⁶ Yargıtay'a göre, ilgili suç kapsamında, ağırlaşan netice yönünden failin sorumlu olabilmesi için en azından taksirle hareket etmesi gerekmektedir. Bkz. Yar. 4. CD, E. 2015/27008, K. 2016/615, 18.01.2016.

veya engellerin konulmaması”; TCK’nın 257/2. maddesindeki, “görevinin gereklerinin yapılmasında ihmal ve gecikme gösterilmesi”; TCK’nın 279. maddesindeki, “kamu adına soruşturmayı ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunulmasının ihmal edilmesi veya bu hususta gecikme gösterilmesi”; TCK’nın 280. maddesindeki; “sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi”; TCK’nın 284. maddesindeki, “hakkında tutuklama kararı verilmiş olan veya hükümlü bir kişinin bulunduğu yeri bildiği halde yetkili makamlara bildirmemesi” gerçek ihmali suçlara örnektir⁴⁷.

1. Gerçek İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

Belli bir durum karşısında sırf hareketsiz kalındığı için kişinin cezalandırıldığı gerçek ihmali suçlarda, netice harekete bitişik olduğundan ve belli bir zarar neticesinin gerçekleşmesi ayrıca aranmadığından hareket ile netice arasında nedensellik bağına tespit etmek sorun teşkil etmez⁴⁸.

Yargıtay’a göre; TCK’nın 257/2. maddesindeki, “görevinin gereklerinin yapılmasında ihmal ve gecikme gösterilmesi” gerçek ihmali suçtur. Ancak ilgili suç tipinde, suçun gerçekleştiğinin kabulü için ihmali hareketin “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama” neticesini doğurması aranmıştır. Bir görüşe göre, bunun gibi ihmali suç tipinde neticenin gerçekleşmesi aranmış ise, ihmalle netice arasında nedensellik bağına tespit etmeye gerek bulunmamaktadır⁴⁹. Yüksek Mahkeme, görevi ihmal suçunda ortaya çıkması gereken “kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız menfaat sağlama” neticesini objektif cezalandırılabilme koşulu olarak nitelendirmektedir⁵⁰.

2. Gerçek İhmali Suçlarda Manevi Unsur

Öncelikle belirtmek gerekir ki, ihmalden söz edebilmek için kişinin bunu iradesi ile yapması gerekmektedir. Zira sosyal yaşamda, yapılmayan her şeyin ihmal kapsamına girdiği şeklinde yanlış bir sonuca ulaşılabilir⁵¹.

⁴⁷ Bkz. Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020; Yar. CGK, E. 2014/12-103, K. 2014/552, 09.12.2014.

⁴⁸ Kunter (n 13) 208

⁴⁹ Öntan (n 5) 164

⁵⁰ Bkz. Yar. 5. CD, E. 2021/6004, K. 2021/5499, 10.11.2021; Yar. 5. CD, E. 2021/6023, K. 2021/4301, 07.10.2021.

⁵¹ Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 68: “örneğin uyuyan bir kimsenin, yemek yemeyi ihmal ettiğini söylemek mümkün değildir.”

Gerçek ihmali suçların kasıtlı olarak işlenebileceği gibi taksirli olarak da gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁵². Ancak her halükarda ihmali hareket ile işlenen taksirli bir suçun cezalandırılması için kanunda açık bir düzenlemeye ihtiyaç vardır⁵³.

Kasten işlenebilen gerçek ihmali suçlarda fail, ihmali harekette bulunduğunu bilmeli ve bunu istemelidir⁵⁴.

Cumhuriyet Savcısı 87 adet soruşturma evrakını, iki yıl bir aya varan sürelerle işlemsiz bırakmıştır. Bu ihmali nedeniyle Yüksek Mahkeme, kamu görevlisi olan sanığın, görevi ihmalden cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir. Aynı kararda; görevi ihmal suçunun kasten işlenebileceği belirtilmiş, suçun oluşumu için kamu görevlisinin görevini bilerek ve isteyerek ihmal etmesinin ve geciktirmesinin gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵.

3. Gerçek İhmali Suçlarda Teşebbüs

Sırf hareket suçu olması ve neticenin harekete bitişik olması nedeniyle gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmektedir⁵⁶. Başka bir ifade ile, gerçek ihmali suçlarda hareket yapılır yapılmaz netice de kendiliğinden gerçekleştiğinden, hareketin yapılmasına rağmen neticenin meydana gelmemesini belirten teşebbüs durumunun, bunun gibi suç türlerinde söz konusu olmayacağı ifade edilmektedir⁵⁷. Farklı görüşe göre ise, bu türden suçlarda parçalara bölünebilen bir gerçekleşme ya da suç yolu söz konusu olduğunda, teşebbüs mümkün olabilir⁵⁸. Failden beklenen hareketin yapılması bakımından bir zaman aralığı öngörülmüşse, bu zaman sürecinin sonuna kadar suç teşebbüse müsaittir⁵⁹. Yüksek Mahkemeye göre; gerçek ihmali suçlarda teşebbüs mümkün değildir⁶⁰.

⁵² Dönmezer ve Erman (n 4) 90. Gerçek ihmali suçların yapısı itibarıyla şekli suç olduğu ve bu nedenle gerçek ihmali suçların taksirli halinin kural olarak tanımlanmasının mümkün olmadığı savunulmaktadır. Bkz. Zafer (n 40) 216

⁵³ Bkz. TCK'nın 22. maddesinin 1. fıkrası; ayrıca bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 490: "Esasen suçların kasten işlenebileceği, taksirle işlenmesinin istisna olduğu dikkate alındığında taksirle işlenen ihmali hareketli suçun kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir."

⁵⁴ Dönmezer ve Erman (n 4) 90

⁵⁵ Yar. CGK, E. 2011/4. MD-492, K. 2012/87, 13.03.2012.

⁵⁶ Kunter (n 13) 55; Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 225; Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 345; Önder Tozman, 'İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme' (2009) 22 (84) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 175

⁵⁷ Dönmezer ve Erman (n 4) 89

⁵⁸ Bkz. Öntan (n 5) 158

⁵⁹ Zafer (n 40) 211

⁶⁰ Gerçek ihmali suç niteliğinde olan yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu yönünden suçta teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. Yar. 4. CD, E. 2015/27008, K. 2016/615, 18.01.2016.

4. Gerçek İhmali Suçlarda İştirak

Kanunda yer verilen gerçek ihmali suç tipi özgü suç niteliğinde değilse, birden fazla kişi müşterek fail olarak bu suçu işleyebilir. Gerçek ihmali suç tipinin sadece belli yükümlülüğü olan kişi tarafından gerçekleştirilebileceği öngörülmüşse; failin ihmali hareketine ancak azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak edilebileceği ifade edilmektedir⁶¹. Örneğin TCK'nın 280. maddesindeki; “sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi” suçunda fail ancak sağlık mesleği mensubu olan kişi olabilir; sağlık mesleği mensubu olan kişinin ihmaline ancak azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmek mümkündür.

Yüksek Mahkeme'ye göre, gerçek ihmali suçta “yap” emrini yerine getirmeyen her kişinin ihmali hareketi ayrı bir suç oluşturacaktır; bu nedenle gerçek ihmali suçlarda müşterek faillik mümkün değildir⁶².

5. Gerçek İhmali Suçlarda İçtima

Gerçek ihmali suçların müteselsil suç olarak işlenmesi mümkündür. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; bir suç işleme kararı ile 216 adet soruşturma dosyasını işlemsiz bırakarak kişilerin mağduriyetine neden olan Cumhuriyet Savcısının zincirleme biçimde ihmal suretiyle görevi kötüye kullanma suçunu işlediğine hükmetmiştir⁶³. Her ne kadar ilgili kararında Yüksek Mahkeme, kişilerin mağduriyeti nedeniyle sanığın cezalandırılması gerektiğine hükmetmiş ise de, esasında burada suçu oluşturan tipik netice, kamunun zarara uğratılmış olmasıdır; başka bir ifade ile esas mağdur kamu idaresidir. Zira dosyaların sürüncemede bırakılması nedeniyle kişilerin mağduriyetlerine yol açıldığının kabulü halinde her bir mağdura karşı ayrı bir eylem bulunması nedeniyle 216 farklı görevi ihmal suçunun oluştuğunun kabulü gerekirdi.

TCK'nın 175. maddesinde yer alan, “Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali” suçu, gerçek ihmali suçlardan birisidir. Aynı zamanda soyut tehlike suçu niteliğindedir; başka bir ifade ile suçun oluşumu için bir akıl hastasını başkaları yönünden tehlikeli olacak bir şekilde ihmal etmiş olması yeterlidir, mutlak surette bir zararın ortaya çıkması gerekmez. Ancak bir zarar ortaya çıkmış ise bu, suçun ispatı bakımından önem arz

⁶¹ Devrim Aydın, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2009) 270

⁶² Bkz. Yar. 4. CD, E. 2015/27008, K. 2016/615, 18.01.2016.

⁶³ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/5. MD-277, K. 2014/476, 04.11.2014; benzer karar için bkz. Yar. CGK, E. 2012/4 MD-1283, K. 2014/430, 21.10.2014.

eder. Bunun birlikte akıl hastası üzerinde bakım ve gözetim ile yükümlü olan kişi, bu yükümlülüğünü kasten ihlal etmiş ve başkalarının hayatı, sağlığı üzerinde tehlikenin de ötesinde bir zarar ortaya çıkmış, mesela akıl hastası kişi bir başkasını öldürmüş ya da yaralamış ise görünüşte ihmali suç niteliğinde olan TCK'nın 83 ya da 88. maddelerinde düzenlenen suçlardan sorumlu olması gerekecektir⁶⁴. Ancak bu durumda da ihmal gösteren sanığın, zarar neticesini bilmesi ve istemesi yani yaralama ve öldürme kastıyla hareket etmiş olması gerekir. Zarar suçları ile tehlike suçları arasında asli norm-tali norm ilişkisinin olduğu, asli normun önceliği ilkesi gereği bir akıl hastasının bir başkasına zarar vermesi durumunda failin, sadece görünüşte ihmali suç niteliğindeki 83. ve 88. maddeler uyarınca sorumlu olması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

Bir akıl hastasını başkaları yönünden tehlikeli olacak bir şekilde ihmal eden fail, akıl hastasının bir başkasını öldürmesini ya da yaralamasını istememişse, iki ayrı suçtan sorumluğuna gidilebilecektir: Hem akıl hastasını kontrolünde tutmakta ihmal göstermesi nedeniyle TCK'nın 175. maddesinden; hem de akıl hastasının bir başka kişiye zarar vermesi nedeniyle taksirle yaralamaya ya da ölüme neden olma suçundan sorumlu olacaktır. Bu durumda fikri içtima gereği sanığın en ağır suç olan taksirle yaralama veya ölüme neden olma suçundan sorumlu olması gerekir.

Gerçek ihmali suçlarda fikri içtima ilişkisinin, özellikle bir hareketle birden çok yükümlülüğün yerine getirilmesi gereken hallerde ortaya çıkacağı belirtilmektedir⁶⁶.

TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen “yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçunda olduğu gibi aynı suç tipinde birden fazla ihmali davranış tanımlanmış ve fail hem “yardım yükümlülüğü”nü yerine getirmemiş hem de “bildirim yükümlülüğü”ne uymamış ise tek bir suçtan cezalandırılması gerekmektedir. Zira seçimlik hareketlerden birinin ya da birkaçının birlikte gerçekleştirilmesi arasında bir farklılık bulunmamaktadır.

6. Gerçek İhmali Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru

Hareket, kanunun bir hükmünü ihlal ettiğinde biçimsel hukuka aykırılıktan; hukuken korunan varlık ya da menfaati ihlal ettiğinde maddi anlamda hukuka aykırılıktan söz edilmektedir⁶⁷. İhmalin normatif yapısı gereği gerçek ihmali suçlarda biçimsel hukuka aykırılığı esas almak kaçınılmazdır. Bir durum karşısında hareketsiz kalmak ahlaken

⁶⁴ Öntan (n 5) 230

⁶⁵ Taşkın (n 41) 2481; Kayıhan İçel, Suçların İçtiması (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972) 215

⁶⁶ İçel ‘suçların içtiması’ (n 65) 69

⁶⁷ Bkz. Tuğrul Katoğlu, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003) 40

kınanabilir. Ancak ceza kanununda “hareket geç” şeklinde emredici bir norm yer almadığı sürece kişiyi cezalandırmak mümkün olmaz. Bu nedenle gerçek ihmali suçlarda, suçun oluşumunda maddi hukuka aykırılığın esas alınması ve bunun izahı güçlük arz etmektedir. Bunun dışında gerçek ihmali suçlar, hukuka aykırılık yönünden bir özellik göstermezler. Niteliği uygun düştükçe bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde gerçek ihmali suç teşkil eden hareket hukuka uygun hale gelebilir.

Sel sularına kapılan bir kişiye, suların yükselmesi nedeniyle yardım etmeyen ya da bulaşıcı bir hastalığı olduğunu bildiği bir kimseye yardım etmeyen kişinin zorunluluk halinden faydalanabileceği ve böyle bir durumda gerçek ihmali suç niteliğinde olan ve TCK’nın 98. maddesinde düzenlenen yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun oluşmayabileceği belirtilmektedir⁶⁸. Şüphesiz bu önerme zorunluluk halinin bir hukuka uygunluk nedeni olduğunun kabulü halinde geçerli olacaktır.

B. GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇ

Esasında icrai nitelikteki hareketle işlenen bir suç, somut olayda ihmali hareketle gerçekleştirilmişse görünüşte ihmali suçtan söz edilecektir⁶⁹. Başka bir ifade ile bu türden suçlar icrai hareketle gerçekleştirilebildiği gibi ihmalle de gerçekleştirilebilmektedir⁷⁰.

Görünüşte ihmali suçta suçun oluşumu için belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi sonucu bir neticenin meydana gelmesi gerekir ve bu netice suçun oluşumu için unsur olarak aranmaktadır⁷¹.

Görünüşte ihmali suçlar, sadece sonucu engellemekle yükümlü kişi tarafından işlenebilmektedir⁷². Bu yönüyle görünüşte ihmali suçlar, özgü suç niteliğindedir⁷³. Failin, özgü suçun aradığı özelliklere sahip olup olmadığı suçun tipik olup olmadığıyla ilgilidir⁷⁴.

Görünüşte ihmali suçlarda, ihmali hareketin, icrai harekete eşdeğer kabul edilebilmesi için failin, hukuksal yarara yönelik ihlali önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında olması gerekir. Ayrıca yükümlülüğe uygun davranmak suretiyle neticenin ortaya çıkmasını

⁶⁸ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘genel hükümler’ (n 44) 351

⁶⁹ Kayıhan İçel, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Beta Yayınevi 2016) 269

⁷⁰ Zafer (n 40) 212

⁷¹ Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Mehmet Emin Alşahin ve Kerim Çakır, Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019) 159

⁷² Nur Centel, ‘İhmali Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK. m. 83, 88/2)’ (2010) Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt III Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan 78

⁷³ Bkz. Özen (n 9) 130

⁷⁴ Hakeri ‘genel hükümler’ (n 24) 171

önlemek mümkün olmalıdır ve son olarak neticenin önlenmek için icrai harekette bulunması failden beklenebilmelidir⁷⁵.

TCK'da intihar veya intihara teşebbüs suç olarak düzenlenmediğine göre, kişinin kendi bedenine, akıl ve ruh sağlığına zarar veren ihmali hareketleri suç teşkil etmez; başka bir ifade ile görünüşte ihmali suçlarda suçun mağduru ancak failden başkası olabilir⁷⁶.

TCK'da, Alman⁷⁷ ve İtalyan⁷⁸ Ceza Kanunu'nda olduğu gibi -ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılması için- ihmali davranışla işlenen suçlar yönünden genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu yer vermeyişin nedeninin, bu türden düzenlemelerin, suçta kanunilik ilkesi ile bağdaşmadığı yönündeki düşünce olduğu ifade edilmektedir⁷⁹. Zira hem Almanya'da hem de İtalya'da neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğüne ilişkin kaynaklar mahkeme içtihatları ve öğreti tarafından oluşturulmaktadır.

Görünüşte ihmali suçların ne şekilde cezalandırılacağı, TCK'nın genel hükümler kısmında yer verilmeyişinin bir eksiklik olduğu; çünkü hareketin bu şekilde işleniş tarzının sadece kasten öldürme ve kasten yaralama suçları ile sınırlı olmadığı ifade edilmektedir⁸⁰.

⁷⁵ Öztürk ve Erdem (n 42) 179

⁷⁶ Centel (n 72) 79

⁷⁷ Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesinin 1. fıkrasında; *“bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukuki yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmesi şarttır.”* hükmü yer almaktadır ve aynı maddenin 2. fıkrasında fiilin ihmal suretiyle icrası halinde; cezanın 49. maddenin 1. fıkrası gereğince indirilebileceği belirtilmiştir. Kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Feridun Yenisey ve Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009) 15. Kanunun genel hükümler bölümünde yer alan bu maddede hukuki yükümlülüğün nelerden kaynaklanacağı konusunda bir belirleme yapılmamış ve bu boşluğun doldurulması öğreti ve uygulamaya bırakılmıştır. Alman hukukunda, görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önlemek için harekete geçme yükümlülüğünün doğumuna ilişkin olarak ikili ayırım yapılmaktadır. Bu ayırımın yükümlülüğün amacından yola çıkılarak yapıldığı ifade edilmektedir. Bkz. Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çeviren: Salih Oktar (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2021) 300-301. Bunlardan ilki hukuken korunan belirli menfaatleri koruma yükümlülüğü, diğeri ise kişinin yetki ve hakimiyeti alanından kaynaklanan tehlikeler bakımından gözetme yükümlülüğüdür. Bkz. Hakeri 'ihmal' (n 15) 124-204; Hilgendorf/Valerius s. 300-301. Sonuncusu, gözetme yükümlülüğü bulunan kişinin emri altında bulunan kişilerin hareketlerinin sorumluluğu ve bundan kaynaklanan denetim yükümlülüğünü de kapsamaktadır. Bkz. Hans-Heinrich Jescheck, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007) 54. Ayrıca bkz. Hakeri 'ihmal' (n 15) 178: *“Bu garantörlük korumanın gönüllü üstlenmesinden veya yükümlülüğe aykırı öngelen tehlikeli fiilden bağımsız olarak mevcuttur. Bu itibarla, bu garantörlük, söz konusu iki garantörlük kategorisinin yanında ve fakat müstakil olarak bulunabilmektedir.”*

⁷⁸ İtalyan Ceza Kanunu'nun 40. maddesinde; *“hiç kimse suçun varlığının bağlı olduğu zarar ya da tehlike neticesine, hareket veya ihmaliyle neden olmadıkça, kanunun suç olarak öngördüğü bir fiilden dolayı cezalandırılmaz. Önlemek konusunda hukuki yükümlülüğü olan bir neticeyi önlememe, ona sebep olmamaya eşdeğerdir.”* hükmü yer almaktadır. Kanun maddesi ve çevirisi için bkz. Öntan (n 5) 143-144; Pisapia (n 6) 70

⁷⁹ Gökçen ve Balcı (n 40) 9; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'özel hükümler' (n 71) 156

⁸⁰ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 170

1. Görünüşte İhmali Suçlarda Neticeyi Önlemek İçin İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğü

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi başlığı altında düzenlenen TCK'nın 83. maddesinin 1. fıkrasında; *“kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir”* hükmü yer almaktadır. Aynı maddenin 2. fıkrasında; *“ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin belli bir icrai davranışta bulunma hususunda kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden ya da önceden gerçekleştirilen hareketin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlike yaratmasından kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması gerekir”* hükmüne yer verilmiştir.

Alman ve İtalyan Ceza Kanunu'nda olduğu gibi genel hükümler kısmında herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasından ve sadece bazı suçların ihmali hareketle işlenmesini özel olarak düzenlemesi nedeniyle, aktif bir davranışta bulunma yükümlüsü olmasına rağmen, hareketsiz kalınarak işlenen görünüşte ihmali suçların ancak kanunda açıkça düzenleme altına alınması halinde cezalandırılabilmesi sonucunun çıktığı ifade edilmektedir⁸¹. Bu nedenle Türk Ceza Hukuku'nda neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün, sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarına ilişkin olarak ortaya çıktığı ifade edilmektedir⁸².

Yargıtay'a göre, kanunilik ilkesi açısından, görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemenin genel hükümlere konulmasında zorunluluk vardır. Mevcut düzenlemeye göre, ihmali hareketle işlenebileceği açıkça belirlenmeyen suçların ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir⁸³.

Türk Ceza Hukuku'nda neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün, sadece kasten öldürme, kasten yaralama suçları için geçerli olduğu ve icrai hareketle işlenebilen diğer suç tiplerinin ihmali hareketle işlenmesi halinde cezalandırılmasının mümkün olmadığı görüşü kabul edilemez⁸⁴. Kaldı ki bu görüşün kabulü halinde bir suça ihmal ile iştirak

⁸¹ Hakeri 'genel hükümler' (n 24) 170-171. Kanunilik ilkesi gereği görünüşte ihmali suçların TCK'da açıkça düzenlenmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 224

⁸² Öztürk ve Erdem (n 42) 182

⁸³ Öğretiye atıf yapılarak bu görüşün benimsendiği dolaylı olarak bildirilmiştir. Bkz. Yar. CGK, E. 2019/16-620, K. 2021/523, 03.11.2021.

⁸⁴ Bkz. İçel 'genel hükümler' (n 69) 270-271: *“aynı koşulların aranması suretiyle diğer kasıtlı suçlar bakımından da ihmal suretiyle icradan söz edilebilir.”*

edilmesinin dahi cezalandırılmayacağı sonucu çıkar⁸⁵. İşkence suçunun düzenlendiği TCK'nın 94. maddesinin 5. fıkrasında; “*bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz*” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümde, harekete geçme yükümlülüklerinin sıralandığı TCK'nın 83/2. maddesine yollama yapılmamış, ayrıca suçun ihmali hareketle işlenmesi halinde indirim yapılmayacağı belirtilmiştir⁸⁶. Bu hükümden, sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarının değil, diğer icrai hareketle gerçekleştirilen suçların da ihmali hareketle işlenebileceği sonucu çıkabilecektir.

İhmali hareketten bahsedebilmek için muhakkak hukuk düzeni tarafından yüklenmiş bir yükümlülüğün bulunması gerekir. Örneğin; din kurallarıyla bir yükümlülüğün getirilemeyeceği, din kuralının gereğini yerine getirmemenin ihmal olarak kabul edilip cezai sorumluluğa yol açmayacağı belirtilmektedir⁸⁷. Açlıktan ölmek üzere olan bir yoksula yardım edilmemesi, cezai sorumluluk doğurmaz⁸⁸. Hatta hiçbir fedakarlık ve özveri gerektirmeyen bir hareketle başkasına yardım etmek mümkünken hareketsiz kalan kişi, harekete geçmesi yönünden bir yükümlülüğü bulunmuyorsa, cezalandırılmaz; yanan evde bulunan komşusunu kurtarmak için sadece bir merdiveni dayamasının yeteceği bir durumda, bilerek ve isteyerek hareketsiz kalan kişi, komşunun uğrayacağı zarardan yani ölüm ya da yaralama neticesinden sorumlu olmaz⁸⁹. Bu anlamda kişilere, kanundan, sözleşmeden ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklanan icra davranışta yükümlülüğünün haricinde, zararlı neticenin önüne geçmek için genel bir yardım yükümlülüğü getirilmesi mümkün değildir.

Türk Ceza Hukuku'nda neticeyi önlemek için belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün örf ve adetten kaynaklanmasının kabul edilmediği ifade edilmektedir⁹⁰. Aşk, arkadaşlık, komşuluk ilişkilerinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, ihmali suçlar yönünden bir sorumluluk doğurmaz⁹¹.

⁸⁵ Bkz. Öntan (n 5) 148: “*Bu kabulle örneğin, hırsızlık suçuna, kasten pencereyi kapamayı ihmal eden misafirin yardım etme şeklindeki davranışı cezalandırılmayacaktır.*”

⁸⁶ Dönmezer ve Erman (n 4) 93

⁸⁷ Alacakaptan (n 14) 44: “*din kuralları yoksullara yardımda bulunmayı emreder. Ne var ki, gördüğümüz bir yoksula veya yoksul bir komşumuza yardımda bulunmazsak ve yoksul açlıktan ölse, bize ona yardım görevini yükleyen bir hukuk kuralı olmadığı için ceza hukuku anlamında ihmali bir harekette bulunmuş olmayız ve dolayısıyla sorumlu tutulamayız.*”

⁸⁸ Bkz. Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (15. Baskı, Beta Yayınevi 1998) 14; Ayhan Önder, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1994) 9

⁸⁹ Dönmezer (n 88) 14

⁹⁰ Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘genel hükümler’ (n 22) 495

⁹¹ Dönmezer ve Erman (n 4) 94

Sonucu önleme yükümlüğünün içerisine etik ve ahlaki yükümlülüklerin girmediği ifade edilmektedir⁹². Bununla birlikte kanun koyucu tarafından bir ahlaki yükümlülük, gerçek ihmali suç biçiminde ayrı bir suç türü olarak düzenlenebilmektedir⁹³. TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen “*Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirilmemesi*” suçu, bir ahlaki yükümlülüğün yerine getirilmemesinin suç olarak düzenlenmesini teşkil etmektedir. Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi görünüşte ihmali suç niteliğindeki ihmali davranışla kasten öldürmeden sorumlu olmaz. Zira yardım yükümlüsü, yardıma muhtaç kişinin düştüğü duruma kendisi sebebiyet vermemiştir. Ancak zor durumdaki kişiye yardım etmemesi nedeniyle gerçek ihmali suç olan TCK'nın 98. maddesindeki suçtan sorumlu olacaktır.

İhmali davranışla kasten öldürme suçunun düzenlendiği TCK'nın 83/2. maddesinde neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynaklar sınırlı sayıda belirlenmiştir. İcrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğuran bu kaynakların dışında icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğuracak başka kaynağın kabul edilmesinin mümkün olmadığı söylenebilir. Yargıtay göre de; ihmali hareketin icrai hareketle eş değer kabul edilmesi için harekete geçme yükümlülüğünün TCK'nın 83/2. maddesinde belirtilen kaynaklardan doğması gerekir⁹⁴. Alman ve İtalyan Ceza Hukuku sistemlerinde, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü (garantörlük) doğuran kaynaklar kanunda açıkça gösterilmemiştir ve bu boşluk öğreti ve içtihatlarla doldurulmaktadır. Aşağıda değinileceği üzere öğretilerde, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğuran kaynaklar geniş yorumlanarak yeni garantörlük kaynakları geliştirme eğilimi bulunmaktadır⁹⁵. Ancak bu çalışmada TCK'daki sistematığe bağlı kalınarak neticeyi önlemek için icrai harekette bulunma yükümlülüğünü doğuran kaynaklara ilişkin açıklama yapılacaktır.

⁹² Bkz. 83. maddenin gerekçesi: “*neticeyi önlemek hususunda soyut bir ahlaki yükümlülüğün varlığı yeterli değildir*” ayrıca bkz. Centel (n 72) 80; Centel, Zafer ve Çakmut “Türk Ceza Hukukuna Giriş” (n 13) 260; Öntan (n 5) 136

⁹³ Gökçen ve Balcı (n 40) 13

⁹⁴ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/1-161, K. 2015/493, 08.12.2015.

⁹⁵ Erbaş'a göre, TCK'nın 83. maddesindeki hukuki dayanakların kanunda açıkça düzenlenmiş olması bir güvencedir. Ancak bu hukuki dayanaklar tek başına yeterli değildir. Bunların (bilhassa kanuni düzenleme ve sözleşme) içinin doldurulması ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışların bir garantörlük kaynağı olarak temellendirilebilmesi gerekir. Aksi takdirde gerçek durumla bağdaşmayacak düzeyde aşırı hukuki olma (şekilcilik) durumu ile karşılaşılır. Bkz. Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2019) 301

2. Neticeyi Önlemek İçin İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğünün Kanuni Düzenlemeden Kaynaklanması

Sözleşmeden dahi icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğduğuna göre, ilgili hükümde yer verilen “*kanuni düzenleme*” ifadesinden “hukuk kuralı” kavramının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁹⁶. Tüzükten, yönetmelikten ve idarenin her türlü düzenleyici işleminden icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün doğabileceği belirtilmektedir⁹⁷. Hatta kanuna dayalı olarak ortaya çıkan bir idari tasarrufun veya mahkeme kararının, neticeyi engellemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü doğurabileceği ifade edilmektedir⁹⁸.

Kolluğa ait kanuni düzenlemelerden yola çıkılarak, bir suçun işlenmesine rağmen, buna koşullarının elverdiği ölçüde ve imkan dahilinde müdahale etmeyen kolluk görevlilerinin, suç önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüklerinin olması nedeniyle işlenen suçtan sorumlu olabilecekleri ifade edilmektedir⁹⁹.

Polis memuru olan sanıklar, devriye görevleri esnasında yerde baygın olarak yatan mağdur çocuğa rastlar. Çocuğa yardım etmezler ve sağlık ekiplerini çağırıp olay yerinden ayrılırlar. Mağdur çocuk sonrasında hastaneye götürülür ancak tüm müdahalelere rağmen hayatını kaybeder. Yüksek Mahkeme bu olayda, polis memuru olan sanıkların, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu’nun 1. maddesindeki yükümlülüklerini ihmal ettiğini kabul etmiş, sanıkların eyleminin kasten öldürme suçunun ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçu kapsamına girebileceğine hükmetmiştir¹⁰⁰.

Yukarıda nakledilen olayda, sanık polisler tarafından çocuğun baygın hale gelmesine neden olacak bir fiil gerçekleştirilmemiştir. Yine sanık polislerin huzurunda, çocuğa karşı başkası tarafından suç teşkil eden bir eylem de gerçekleştirilmemiştir. Türkiye’deki kolluk gücünün, ihbar gelmeden harekete geçmeme gibi bir eğiliminin olduğu gerçektir. Baygın çocuğa yardım etmeyen kişi polis değil de, sıradan bir vatandaş olsaydı şüphesiz TCK’nın 98. maddesinde yer alan yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçu oluşacaktı. Ancak bunun gibi bir durumda ilave olarak sanık polislerin, yardım etme imkan ve kabiliyetinin bulunup

⁹⁶ Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘özel hükümler’ (n 80) 171

⁹⁷ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘özel hükümler’ (n 71) 160; farklı görüş için bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘özel hükümler’ (n 80) 171: “TCK’da ‘hukuki düzenleme’ yerine kanuni düzenleme terimi kullanılmış olması karşısında kanun dışında kalan, tüzük, yönetmelik vb düzenlemelerin, böyle bir yükümlülük ilişkisi doğurmaya yetmeyeceği söylenmelidir. Ancak sözleşmeler ile de bir yükümlülük ilişkisi doğduğuna göre buradaki kanun ibaresi geniş anlaşılmalı ve hukuk kuralı olarak kabul edilmelidir. Böyle olunca idarenin düzenleyici işlemleriyle de yükümlülük ilişkisinin doğabileceği ifade edilmelidir.”

⁹⁸ Soyaslan, ‘özel hükümler’ (n 11) 146

⁹⁹ Bkz. Öntan (n 5) 227-228

¹⁰⁰ Yar. 5. CD, E. 2013/14549, K. 2015/17244, 10.12.2015.

bulunmadığı ve yardım etme hareketinin sanık polislerden beklenebilir olup olmadığı da araştırılmalıdır. Zira çocuğun baygın olduğu yer teröre müzahir bölgeyse ya da baygın çocuğun çevresinde silahlı kişiler yer alıyorsa polislerin önce kendi can güvenliklerini sağlamaları gerekir ve bu nedenle yardım etme hareketi kendilerinden beklenmeyebilir.

Neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü sadece ceza kanunlarının getirdiği düzenlemelerden değil, Türk Medeni Kanunu'nun getirdiği düzenlemelerden de kaynaklanabilir. Örneğin Türk Medeni Kanunu'nun 335 vd. maddelerinde düzenlenen velayet hükümlerinin, anne ve baba yönünden çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğünü doğurduğu ifade edilmektedir¹⁰¹.

Çocuğun, yatalak durumunda bulunan anne ya da babasının bakım ve gözetimini yapmasına ilişkin yükümlülüğün Türk Medeni Kanunu'ndan kaynaklandığı söylenebilir¹⁰². Ancak Türk Medeni Kanunu hükümleri esas alındığında gelin konumundaki kişinin böyle bir yükümlülüğünün olduğundan söz edilemez.

Aynı evi paylaşmanın tek başına sonucu önleme yükümlülüğünün kaynağı olamayacağı ifade edilmektedir¹⁰³. Bununla birlikte aynı evi paylaşanlar arasındaki ilişkide, karşılıklı güven ve sorumluluk durumunun varlığının neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü doğurabileceği belirtilmektedir¹⁰⁴. Ancak karşılıklı güven ve sorumluluktan kaynaklandığı ifade edilen bu yükümlülüğün, TCK'da sınırlı olarak sayılan yükümlülük kaynaklarından hangisine girdiğine ilişkin sorunlu bir durum ortaya çıkmaktadır¹⁰⁵. Aşağıda değinileceği üzere bu gibi bir durumda, kişinin bakımının fiilen üstlenilmiş olması ile zımni bir sözleşmenin kurulduğu varsayılabilir ve burada harekete geçme yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığından söz edilebilir.

Ölüm tarihinden bir ay kadar önce yatalak duruma düşerek bakıma muhtaç hale gelen maktule, ölümünden bir hafta önce merdivenden düşerek vücudunda kemik kırığı olacak biçimde ağır yaralanmıştır. Maktulenin ağır yaralanmış olmasına rağmen, maktuleyle aynı evde

¹⁰¹ Bkz. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (4. Baskı, Beta Yayınevi 2017) 74; ayrıca bkz. TCK 83. madde gerekçesi.

¹⁰² Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesinde; “*ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.*” hükmü yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 364. maddesinin 1. fıkrasına göre; *herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.*

¹⁰³ Centel, Zafer ve Çakmut ‘*kişilere karşı işlenen suçlar*’ (n 101) 74

¹⁰⁴ ibid 74-75

¹⁰⁵ TCK'daki sınırlı düzenleme karşısında “*fiili üstlenme*”den, “*sıkı yaşam birlikteliği*”den veya “*yetkili kişi olma*”dan, neticeyi önleme yükümlülüğünün doğmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 144

yaşayan ve ona bakıp gözetme yükümlülüğü altında bulunan maktulenin gelini olan sanık, maktuleyi hastaneye götürüp müdahale yaptırmadığı gibi, müdahalede bulunabilecek sosyal bir kuruluşa da haber vermemiştir. Maktule, bu ihmal nedeniyle kaburga kırıkları ve akciğer yaralanmasına bağlı komplikasyonlar sonucu hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme bu olayda, maktulenin gelini olan sanığın, bakım ve gözetme yükümlülüğünü ihlal ederek ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediğine hükmetmiştir¹⁰⁶.

Yukarıda nakledilen olayda; gelin konumunda olan sanığın, aynı evde yaşadığı maktuleye bakmak ve gözetmekle yükümlü olduğu belirtilmiş ise de, bu yükümlülüğün kaynağı açıkça belirtilmemiştir. Kocasını şehir dışında çalışan sanığın, kocasının annesine bakması ve gözetmesine ilişkin yükümlülüğünün fiili üstlenmeden dolayı oluşan zımni bir sözleşmenin varlığından kaynaklandığı savunulabilir.

Ceza hukukunda kendi fiilinden sorumluluk ilkesi geçerlidir; kişinin, bir başkasının suç teşkil eden fiilini engelleme hukuki yükümlülüğü yoktur. Ancak istisnai olarak kişiye, üçüncü kişinin davranışları ile ilgili gözetim yükümlülüğünün getirilmesi mümkündür¹⁰⁷. Ancak böyle bir yükümlülük de yine, kanunda yer alan açık bir düzenlemeden ya da sözleşmeden kaynaklanmalıdır. 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 49. maddesinin 1. fıkrasında; "*kurumun düzeninin ve kişilerin güvenliklerinin ciddi tehlikeyle karşı karşıya kalması halinde, asayiş ve düzeni sağlamak için kanunda açıkça belirtilmeyen diğer tedbirler de alınır.*" hükmü yer almaktadır. Yine aynı Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasında; "*tehlikeli hali bulunan hükümlü ancak bir veya üç kişilik odalarda barındırılır.*" hükmüne yer verilmiştir. Cezaevinde görevli ceza infaz memurlarının, gözetim ve korumaları altındaki mahkumların herhangi bir suç işlemlerini engellemekle yükümlü olmalarının yanı sıra tehlikeli hali bulunan mahkumların diğer mahkumlara zarar vermelerini önlemekle yükümlüdürler. Bu hususta göstermiş oldukları ihmal nedeniyle bir mahkum diğer mahkumu öldürmüş ise ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlulukları doğabilecektir.

Ulusal hukukta kamu görevlisi olarak bir görevin üstlenilmesi hem koruma hem de gözetim yükümlülüğünü beraberinde getirebilmektedir¹⁰⁸. Her kim bir tehlike kaynağı oluşturur veya bir tehlike kaynağı üzerinde egemenliği ya da hakimiyeti varsa, bu surette üçüncü kişilerin hukuki değerlerine zarar verilmeme endişesini taşımak zorundadır¹⁰⁹. Gözetim

¹⁰⁶ Yar. 1. CD, E. 2011/4900, K. 2012/4943, 14.06.2012.

¹⁰⁷ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 305: "*Ceza infaz memuru gözetim ve koruması altındaki mahkumun suç işlemlerini engellemekle yükümlüdür.*"

¹⁰⁸ Heinrich (n 10) 41, 56

¹⁰⁹ ibid 56

yükümlülüğü altında olan kişi, kendisi tarafından gözetilen kişilerin başka şahıslara ya da topluma tehlike yaratmaması için harekete geçme yükümlülüğü altındadır¹¹⁰. Örneğin bir karakolda görevli emniyet müdürü, emri altındaki bir polisin yapmış olduğu hareketlerden sorumlu tutulabilir. Zira toplumda, bazı durumlar hariç silah taşıma yetkisi sadece kolluk görevlilerine tanınmıştır. Silah taşıma ve kullanma yetkisi başlı başına tehlike yaratabilecek niteliktedir. Psikiyatrik sorunları olan bir polis memurunun fark edilmesine rağmen gerekli önlemlerin alınmaması ihmal niteliğindedir. Sorunlu polis memurunun, hukuki şartlar oluşmadan silahını kullanması ve bir vatandaşı öldürmesi halinde, polisin tehlikeli halini bilen ve önlem almayan karakolda görevli emniyet müdürünün de ihmali hareketinden dolayı sorumluluğuna gidilebilmelidir. Burada astı üzerinde kontrol yükümlülüğü hem kanundan hem de kanuna dayanılarak çıkarılan diğer yazılı hukuk kurallarında kaynaklanmaktadır.

3. Neticeyi Önlemek İçin İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğünün Sözleşmeden Kaynaklanması

Sözleşme yapılması tek başına, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunulması yükümlülüğünü doğurmaz; kural olarak sözleşmeyle belirlenen görevin fiilen üstlenilmiş olması da gerekir¹¹¹.

Bununla birlikte yardım vaadinde bulunulması, karşı tarafta neticeyi önlenmesi yönünden haklı bir güven oluşturmuşsa ve başka bir seçenek olarak neticenin önlenmesi imkanı bulunmuyorsa yardım vaadinde bulunan kişinin sorumluluğu doğabilir¹¹². Örneğin, bir doktorun bir hastayı tedavi konusunda telefonda söz vermesi durumunda, doktor sözünü tutmaz ve iyileşebilecek hastada kalıcı hasar meydana gelirse, fiili üstlenme olmadığı halde, doktorun sorumluluğuna gidilebilecektir; zira verilen söz hasta yakınlarını, doktorun gelmeyeceği kesin olarak anlaşılınca kadar, başka önlemlere başvurmadan alıkoymuş olabilir. Burada dikkate alınması gereken husus, hasta yakınlarının, verilen söze güvenerek başka önlem almamalarının olağan bir davranış olup olmadığıdır. Bu yönüyle, bir çocuk bakıcısının sözleşmeye göre başlaması gereken tarihte işine başlamaması dolayısıyla çocuğun zarara uğraması durumunda bakıcının sorumlu olmayacağı belirtilmektedir; zira aile çocuğun korunması ve gözetimi için gerekli önemleri almalı ve çocuğu yalnız bırakmamalıdır; buna benzer bir durumda bakıcının neticeye önleme yükümlülüğü ancak fiili üstlenme ile başlayacaktır¹¹³.

¹¹⁰ ibid 63

¹¹¹ Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 75

¹¹² Hilgendorf ve Valerius (n 77) 304

¹¹³ Centel (n 72) 82-83

Sözleşme yazılı olabileceği gibi sözlü olarak da kurulmuş olabilir¹¹⁴. Yine açık bir sözleşme yapılabileceği gibi taraflar arasında zımni bir sözleşme yapılmış olabilir¹¹⁵; örneğin ücreti karşılığı bir deniz taşıtına binen ve iyi yüzme bilmeyen kişi, olumsuz bir durumda deniz taşıtındaki görevlilerin, kendisine müdahale edebileceğinden cesaret alarak söz konusu taşıta binmiş olabilir. Deniz taşıtı battığında, taşıttaki görevlilerin, yüzme bilmeyen kişiye müdahale etmemesi ve kişinin bu yüzden ölmesi durumunda, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun gerçekleştiğinin kabulü gerekir.

Sözleşmenin sınırları dışına çıkan bir koruma yükümlülüğünden söz edilemez; sorumluluk, kişinin üstlendiği işle ilgili ve sınırlıdır; yapılması gereken iş tamamlandığı anda sorumluluk da sona erer¹¹⁶.

Gönüllü olarak koruma ve gözetim yükümlülüğünün üstlenilmesinin, neticeyi önleme yükümlülüğünün bir başka kaynağı olduğu ve bu gibi hallerin de sözleşmeden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹¹⁷. Böyle bir yorum şüphesiz neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü doğuran kaynakların sınırını bir hayli genişletecektir.

4. Önceden Gerçekleştirilen Hareketin Başkalarının Hayatı ile ilgili Tehlike Yaratmasından Kaynaklanan İcrai Davranışta Bulunma Yükümlülüğü

Önceden gerçekleştirilen hareketin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlike yaratması durumunda hareketi gerçekleştiren kişi, neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunmakla yükümlüdür; zira bizzat tehlikenin kaynağıdır ve tehlike ile oluşabilecek zarar arasındaki nedensellik sürecini harekete geçirmiştir¹¹⁸. Belirtmek gerekir ki yarattığı tehlike sonucu neticeyi önlemekle yükümlü olan kişinin, neticeyi önlemeye yönelik müdahalesi ile neticenin gerçekleşmesi arasındaki ilişkinin (aşağıda nedensellik bağı kısmında değinilecektir) varsayıma dayanması nedeniyle ortaya çıkan sorunun manevi unsur çerçevesinde (eklenen kast) çözümlenmesinin daha doğru olacağı ifade edilmektedir¹¹⁹. Bu bağlamda taksirle bir kişinin ağır yaralanmasına neden olan ve ağır yaraladığı kişinin ölmesini engellemeye yönelik hiçbir harekette bulunmayan kişinin baştaki taksirli hareketi, eklenen kast ile kasti harekete

¹¹⁴ Gökçen ve Balcı (n 40) 19; Özen (n 9) 131

¹¹⁵ Dönmezer (n 88) 15

¹¹⁶ Centel (n 72) 82

¹¹⁷ Bkz. TCK 83. madde gerekçesi

¹¹⁸ Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 76

¹¹⁹ Bkz. Özbek, Doğan ve Bacaksız 'özel hükümler' (n 80) 173

dönüşmekte ve kişi kasten gerçekleştirmiş olduğu icrai hareketten sorumlu olmaktadır¹²⁰. Ancak TCK'da, önceden gerçekleştirilen hareketin başkalarının hayatı ile ilgili tehlike yaratması halinin ihmali davranışla kasten öldürme suçu kapsamında düzenlenmiş olması ve bu gibi hallerde cezadan indirim yapılacağı öngörülmesi nedeniyle manevi unsur çerçevesinde sorunun çözülmesi kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Önceden gerçekleştirilen hareket kasıtlı ya da taksirli olabilir. Kusursuz ya da hukuku uygunluk nedeni kapsamında gerçekleştirilmiş olabilir. Bu olasılıkların ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir.

a. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Kasıtlı Olması

Önceden gerçekleştirilen hareketin kasıtlı olması durumunda, fail yönünden sonucun meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün doğmayacağı ifade edilmektedir¹²¹. Bu gibi hallerde sanık kasten ve icrai davranışla işlediği suçtan sorumlu olacaktır, ayrıca ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğuna gidilemeyecektir; başka bir ifade ile ihmali davranışla işlenen suç, icrai davranışla işlenen suçun arkasına çekilecektir. Ancak somut olayda ihmali davranışla gerçekleştirilen hareket, suçun nitelikli halini oluşturuyorsa; icrai davranışla gerçekleştirilen hareket, suçun basit halini teşkil ediyorsa, ihmali davranışla suçun nitelikli halinin işlendiğini kabul etmek gerekir¹²².

Sanık ile maktul kardeşlerdir. Olay günü tartışmışlar ve sanık, maktulün kafasını defalarca yere vurup bayılmasına neden olmuştur. Olay sonrası sanık gidip uyumuş, sabah kalktığında kardeşi olan maktulün hareketsiz olarak aynı yerde yattığını görmüştür. Hiçbir müdahalede bulunmadan işe gitmiştir. Olaydan üç gün sonra maktulün oğlu, babasından haber alamaması üzerine kavganın yaşandığı eve gitmiş ve babasının yerde bilinci kapalı şekilde yattığını görmüştür. O sırada hayatta olan maktul, hastaneye kaldırılmış ancak tüm müdahalelere rağmen hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme bu olayda, sanığın gerçekleştirmiş olduğu kasten yaralama fiilinin başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlike oluşturduğunu ifade etmiş, baygın halde yerde yatan kardeşine yardım etmeyen sanığın ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediğine hükmetmiştir¹²³.

¹²⁰ İçel 'suçların içtimarı' (n 65) 220-223

¹²¹ Hakeri 'ihmal' (n 15) 167

¹²² Heinrich (n 10) 48-49

¹²³ Yar. 1. CD, E. 2019/2831, K. 2019/4557, 23.10.2019

Bu olayda mağdur darp edilmiş ve baygın halde olay yerinde bırakılmıştır. Aldığı yaralar sonucu mağdur hayatını kaybetmiştir. Bu gibi durumda mağduru darp eden fail, doğrudan kasten öldürme suçundan sorumlu olması gerekirdi. Önceden gerçekleştirmiş olduğu hareketi kasıtlı olan failin, baygın haldeki mağdura yardım etmemiş olması nedeniyle ihmali davranış ile kasten öldürme suçundan değil, icrai davranış ile kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir. Ancak somut olayda aldığı darbelerle bayılan ve yardım edilmeyerek üç gün boyunca can çekişen maktulün ölümünü nitelikli kasten öldürme suçu kapsamına sokmak mümkündür. Zira bir kişiyi canavarca hisle veya eziyet çektirerek öldürmek nitelikli hal olarak düzenlemiştir (Bkz. TCK 82/1-b. madde). Bu olayda fiil kardeşe karşı işlendiğinden ve bu durum başka bir nitelikli hal olduğundan sanık yine de icrai davranışla kasten öldürme suçundan cezalandırılmalıdır. Ancak sanık ile maktul kardeş olmasalardı, ihmali davranışla nitelikli kasten öldürme suçunun oluşup oluşmadığı tartışılabilirdi.

Sanık anne, bebeğine fiziksel şiddet uygulamış ve fiziksel şiddet sonucu bebek hayatını kaybetmiştir. Yapılan otopside bebek üzerinde sigara yanığı ve kesiler tespit edilmiş; bebeğinin ölümünün künt kafa travmasına bağlı beyin kanaması sonucu meydana gelmiş olabileceği gibi künt kafa travması sonrası ağız burun tıkanması sonucu mekanik asfiksiye bağlı da meydana gelmiş olabileceği belirlenmiştir. Bölge Adliye Mahkemesinde yapılan yargılama sonucunda sanığın ihmali hareketle nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu olması gerektiğine karar verilmiş; ancak Yüksek Mahkeme, sanığın öldürme kastını açığa çıkararak kesin bir delil bulunmaması karşısında eyleme bağlı kastın yaralamaya yönelik olduğu ve TCK'nın 87/4. maddesinde düzenlenen kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçunun oluştuğuna hükmetmiştir¹²⁴.

Fail yaralama kastı ile hareket eder, ancak mağdur hayatını kaybederse; kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan sorumluluğu gidilebilmesi için istenilmeyen netice ölüm yönünden failin en azından taksirle hareket etmiş olması gerekir. Ancak nakledilen bu olayda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçun unsurları oluşmamıştır. Zira çocuk fiziken istismara uğramış ve tıbbi yardım geciktirilmiştir. Bu yüzden ölüm neticesinin istenmediğini söylemek mümkün değildir. Yukarıda da ifade edildiği gibi sanığın çocuğunun tıbbi yardım almasındaki ihmali, çocuğunu fiziken istismar etmesi şeklindeki icrai hareketinin arkasına çekilecektir ve sanık icrai hareketle nitelikli kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Sanığın baştaki yaralama kastına eklenen öldürme kastıyla da aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Eklenen kast

¹²⁴ Yar. 1. CD, E. 2022/2173, K. 2022/6081, 04.07.2022

ile baştaki icrai hareketle gerçekleştirilen yaralama kastının, öldürme kastına dönüştüğünü ve suçun icrai davranışla kasten öldürme kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir. Failin, öldürmeye yönelik kastının doğrudan kast mı yoksa olası kast mı olduğu ayrıca tartışılabilir.

Olay tarihinde sanıklar çaldıkları araçla hırsızlık yapmak için hayvan satış yerine gitmişlerdir. Hırsızları fark eden maktul, hırsızlık suçuna engel olmak için tabancayla havaya ateş etmiş ve sanıkların bulunduğu aracın önüne geçmiştir. Şoför koltuğunda olan sanık aracı maktulün üzerine sürmüş ve maktule çarpmıştır. Maktul, araç ile ıslak zemin arasına sıkışmış; araçtan inen sanıklar maktule yardım etmeyerek olay yerinden uzaklaşmışlardır. Ölüm neticesi, maktulün araç altında sıkışması ile uyumlu klavikula ve kot kırıkları ile birlikte karın ve göğüs basısından gelişen mekanik asfiksiden meydana gelmiştir. Yüksek Mahkeme, aracın yolcu koltuğunda bulunan sanığın eylemini, aracı kullanan ve maktulü icrai hareketle kasten öldüren sanığın eylemine yardım etme olarak nitelendirmiş; ihmali suretiyle kasten öldürme suçundan cezalandırılmayacağına hükmetmiştir¹²⁵.

Bu kararda Yüksek Mahkeme, önceden gerçekleştirilen ve başkalarının hayatını tehlikeye atan kasıtlı harekete yardım eden olarak iştirak eden sanığın, icrai hareketli kasten öldürme suçuna yardım etmeden sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir. Sanık, aracı kullanan ve maktule çarpan diğer sanığın yanında bulunarak onu cesaretlendirmiş ve icrai hareketine yardım etmiştir. Aslında bu olayda, hem maktule araçla çarpmak biçiminde gerçekleştirilen ve icrai hareketle işlenen kasten öldürme suçuna yardım etme hem de çarptıktan sonra araç altında sıkışan ve hala hayatta olan maktule yardım etmeme biçiminde gerçekleştirilen ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir. Failliğin, şerikliğin önüne geçmesi gerektiğinden esasında bu olayda failin ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğuna gidilmesi daha doğru olabilirdi.

b. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Taksirli Olması

Önceden gerçekleştirilen ve başkalarının hayatı ile ilgili tehlike yaratan hareket taksirle gerçekleştirilmiş olabilir ve gerçekleştirilen bu taksirli hareket neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü doğurabilir¹²⁶.

¹²⁵ Bkz. Yar. CGK, E. 2017/1-1046, K. 2021/298, 22.06.2021

¹²⁶ TCK'nın 22. maddesinin 2. fıkrasına göre; *taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir.*

Sanıkta, sürücü belgesi alamayacak derecede görme bozukluğu bulunmaktadır. Olay günü yeterli aydınlatma koşulları olmayan yolda alkollü olarak araç kullandığı esnada direksiyon hakimiyetini kaybetmiş ve karşı şeride geçmiştir. Karşı şeritte, yol kenarında yürüyen maktule çarpmış ve yolda sürüklemiş, bağırma sesini duymasına rağmen yoluna devam etmiştir. Kazadan yaklaşık 3 saat sonra yoldan geçenler tarafından yapılan ihbar üzerine yol üzerinde, yaralı olarak yatan maktul hastaneye götürülmüş, ancak yapılan tüm tıbbi müdahalelere rağmen hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme bu olayda, bilinçli taksirle ölüme neden olma suçunun değil, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluştuğuna hükmetmiştir. Gerekçede, kullandığı araçla giderken çarptığı maktulü yolda sürükleyen sanığın, önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranışı nedeniyle yaraladığı maktule yardım etmek veya yardım edecek birilerini çağırmak, yani yaralananın ölmemesi için gerekli çabayı göstermek yükümlülüğü altında olduğu, bu nedenle yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyip aracını durdurmuyarak, çarpıp yaraladığı maktulün ölmesini engellemek için herhangi bir icrai davranışta bulunmayan sanığın, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu olması gerektiği ifade edilmiştir¹²⁷.

Başka bir olayda sanık, yeşil yanması üzerine hızını azaltmadan aracıyla seyrine devam etmiş, bu sırada ışık kırmızıya geçmiş, ışığın kırmızıya geçmesine rağmen aracını durdurmuyarak yolun karşısına geçmek isteyen maktule çarpmış ve olay yerinden kaçmıştır. Olay yerinin işlek bir cadde olması nedeniyle çarpmadan on dakika sonra ambulans gelerek müdahalede bulunmuştur. Yüksek Mahkeme bu olayda, maktule çarpma anından itibaren on dakika sonra ambulansın gelerek müdahale etmesi ve kişinin daha erken hastaneye getirilmiş olması durumunda da kurtarılmasının kesin olmadığı yönündeki adli tıp kurumu raporu dikkate alındığında ihmali davranışla kasten öldürme suçunun unsurlarının oluşmadığına hükmetmiştir¹²⁸.

Bu olayda sanığın sorumluluğuna gidilememesinin esas nedeni ihmali davranışı ile mağdurun ölüm neticesi arasında illiyet bağının bulunmamasıdır. Zira aşağıda da değinileceği üzere sanık, yükümlülüğü olan mağdura yardım etme şeklindeki icrai hareketini gerçekleştirmiş olsaydı dahi yine ölüm neticesi gerçekleşecek idiyse, mağdura yardım etmeme biçiminde gerçekleşen ihmali davranış ile mağdurun ölüm neticesi arasında illiyet bağının bulunmadığı kabul edilmelidir.

¹²⁷ Yar. 1. CD, E. 2012/5828, K. 2013/7092, 27.11.2013

¹²⁸ Yar. 1. CD, E. 2009/10003, K. 2010/7140, 02.11.2010

Trafik kazasında kusurlu bir şekilde karşı taraftaki kişiye zarar veren failin, araçtaki ya da etraftaki kişilerin saldırısından korunmak için olay yerinden kaçmış olması ve yaraladığı kişinin hastaneye götürülmemiş olması nedeniyle ölmesi halinde meşru savunmanın şartlarının bulunup bulunmadığını araştırılması gerektiği ifade edilmektedir.¹²⁹ Yine aynı kazada kişinin yardımda bulunamayacak derecede yaralanmış olması neticeyi önleme yükümlülüğünü kaldırabilir¹³⁰.

Trafik kazası sonucu yaralanan kişi başkaları tarafından hastaneye kaldırılmış ve kurtarılmış ise, yardım etmeme nedeniyle mağdurun hayatının tehlikeye girdiği durumlarda failin, ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu olacağı düşünülebilir. Ancak öğretide, bu gibi hallerde taksirle kişiyi yaralayan ve sonrasında yardım etmeyen sanığın ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹³¹.

c. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Kusursuz Olması

Tehlike yaratan önceki eylem yönünden failin kusurunun bulunmadığı hallerde faile yüklenebilecek bir neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmektedir¹³².

Sanık kamyon sürücüsüdür. Aracı ile seyir halindeyken, akli dengesi yerinde olmayan maktul yolun karşısına geçmek için tam kusurlu bir şekilde yola çıkmıştır. Sanık sola doğru manevra yapmasına rağmen maktule çarpmıştır. Kaza sonrası araçtan inen sanık ağır yaralı olan maktulün durumuna bakmış, maktulün ağır yaralı olduğunu görünce olay yerinden kaçmıştır. Kazadan on dakika sonra Jandarma güçleri olay yerine ulaşmış, ancak tüm müdahalelere rağmen kazaya uğrayan kişi hayatını kaybetmiştir. Yüksek Mahkeme, söz konusu kazanın meydana gelmesinde kusursuz olan sanığın, TCK 83. madde kapsamında neticenin gerçekleşmesini önleme yükümlülüğünün bulunamayacağını ifade etmiş, kaza meydana geldikten sonra kendini idare edemeyecek duruma gelen maktule yardım etmemesi ve kazayı derhal yetkili makamlara bildirmemesi nedeniyle TCK 98/1. maddesinde düzenlenen “*yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme*” suçunu işlediğine hükmetmiştir¹³³.

¹²⁹ Gökçen ve Balcı (n 40) 21

¹³⁰ Soyaslan, ‘özel hükümler’ (n 11) 148

¹³¹ Gökçen ve Balcı (n 40) 22

¹³² Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 171; ayrıca bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 307

¹³³ Yar. 1. CD, E. 2012/3814, K. 2014/3754, 07.07.2014.

Bu konuda farklı görüşlerin bulunduğunu söylemek gerekir. Bu görüşün taraftarlarına göre; trafik kurallarını ihlal etmeyen bir araç sürücüsü, kendi kusuru olmaksızın, dikkatsiz bir yayanın yaralanmasına neden olursa, yaralıya herhangi bir kişi olarak değil, neticeyi önlemekle yükümlü kişi olarak yardım etmesi gerekir. Trafiğe çıkmak başlı başına tehlike yaratan bir davranıştır ve izin verilen risk kapsamında hukuka uygun hale gelir. Ancak izin verilen risk başkalarına zarar verme hakkını tanımaz. Kişi kusursuz olsa da yaraladığı kişiye yardım etmekle yükümlüdür. Aksi durumda ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu olabilecektir¹³⁴.

d. Önceden Gerçekleştirilen ve Başkalarının Hayatı ile İlgili Tehlike Yaratan Hareketin Hukuka Uygun Olması

Neticeyi önleme yükümlülüğü doğuran önceki eylemin, hukuka aykırı olması gerekmektedir. Meşru savunma ya da başka bir hukuka uygunluk nedeni içerisinde bir başkasının yaralanmasına neden olan kişinin yaralı kişiye müdahale etme ve yaralı kişinin ölmesini engel olma yükümlülüğü yoktur¹³⁵. Hukuka uygunluk nedeni içerisinde yaraladığı kişiye yardım etmezse TCK'nın 98. maddesindeki suçun oluşma ihtimali doğacaktır.

Bununla birlikte hukukun çizdiği sınırlar içerisinde silah kullanıp bir kimseyi yaralayıp etkisiz hale getiren polisin, yaraladığı kişiye yardım etmekle, yaraladığı kişiyi hastaneye götürmekle yükümlü olduğu ifade edilmektedir¹³⁶. Buradaki yardım etme yükümlülüğünün iki kaynaktan doğduğu söylenebilir. Bir suç ile karşılaşan polisler, suçu önlemek için hareket ettikleri sırada orantılı güç kullanmaları gerekir. Kişiyi yaralayıp etkisiz hale getirdikten sonra ölüme terk etmiş olmak, orantısız güç olarak kabul edilip gerçekleştirilen fiili hukuka uygunluk kapsamından çıkaracaktır. Yardım yükümlülüğünü doğuran ikinci kaynak, polislerin ilgili mevzuat gereği vatandaşa yardım etmek yönünde genel bir yükümlülüğünün bulunmasıdır. Hangi kaynaktan doğmuş olduğu önemli olmaksızın, neticede hukuka uygun hareket etseler de polislerin, yaraladıkları kişiye yardım etme yükümlülükleri bulunmaktadır.

¹³⁴ Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 77-78; Özen (n 9) 132

¹³⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız 'genel hükümler' (n 22) 492; Centel, Zafer ve Çakmut 'kişilere karşı işlenen suçlar' (n 101) 78. Aksinin kabulü halinde, saldırganın, savunmaya bizzat neden olduğu halde, kusursuz şekilde kendini savunmak mecburiyetinde kalana nispetle daha fazla korunmuş olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 307

¹³⁶ Gökçen ve Balcı (n 40) 12

5. Kişiden İcrai Davranışta Bulunmasının Beklenebilir Olması ve Kişinin Belli Bir İcrai Davranışta Bulunma Olanağının Var Olması

Kişin harekete geçmesinin çok büyük fedakarlık gerektirdiği, başka bir ifade ile neticenin gerçekleşmesini önlemenin kişiden beklenemeyeceği durumlarda¹³⁷ ya da neticeye engel olmanın maddi olarak imkansız (olanaksız) olduğu hallerde failin hareket etme yükümlülüğünü ihlalden bahisle oluşan neticeden sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir¹³⁸.

“*Beklenebilirliğin*” somut olayda kişinin harekete geçmesinin ne ölçüde ondan beklenebilir olduğunun araştırılması anlamına geldiği ifade edilmektedir¹³⁹. Kişiden, neticeyi önlemeye yönelik hareketi yapmasının beklenemediği durumlarda esasen kusurlu olarak hareket etmediğinden sorumluluğuna gidilememektedir¹⁴⁰.

Gerçekleşmesi söz konusu olan netice ne kadar ağır ise, o ölçüde failden kendisini tehlikeye atması istenebilir¹⁴¹.

Hareketin beklenebilirliği, failin durumuna, tehlikenin yakınlığı ile ağırlığına ve korunan hukuki değerın önemine bağlıdır¹⁴². Örneğin neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan kişinin, bu yükümlülüğünü yerine getirmesi bizzat kendinin üstün değerdeki menfaatini ciddi derecede tehlikeye koyuyorsa ve kurtarılacak hukuki menfaate nispetle kendi menfaati daha büyük bir öneme sahipse, kişiden harekete geçmesi beklenemeyecektir¹⁴³. Alevlerin tüm evi sardığı ve dışarıdan müdahalenin çok zor olduğu bir durumda babadan ya da anneden, evin içerisindeki çocukları kurtarmaları için harekete geçmeleri ve alevlerin içerisine girmeleri beklenemez.

İhmalden söz edebilmek için failde, hukuk düzeni tarafından kendisinden yapılması istenilen hareketi maksada uygun bir şekilde yapabilme imkan ve kabiliyetinin bulunması gerekir¹⁴⁴. Başka bir ifade ile yapmakla yükümlü olduğu hareket yönünden hareketi gerçekleştirme olanağının bulunması gerekir. Hiç kimseden imkansız bir edimi yerine getirmesi talep edilemez¹⁴⁵.

¹³⁷ Önder (n 88) 114; Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 248

¹³⁸ Demirbaş (n 19) 247-248

¹³⁹ Gökçen ve Balcı (n 40) 15

¹⁴⁰ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 314

¹⁴¹ Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 250

¹⁴² ibid 252

¹⁴³ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 314

¹⁴⁴ Jescheck (n 77) 52

¹⁴⁵ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 297. Bu koşulun “*gücünün üstünde yükümlülük olmaz*” (ultra posse nemo obligatur) genel kuralından kaynaklandığı ifade edilmektedir. Bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 296-297

Hareketi gerçekleştirmenin olanaksız olduğu durumlara ilişkin ayırım yapılmaktadır. Objektif olanaksızlıkta hiç kimse somut olayda yükümlü olduğu hareketi gerçekleştirme imkanına sahip değildir; subjektif olanaksızlıkta ise aynı durumda olan başka bir kişi yükümlü olunan hareketi yapabilecekken, somut olayda fail, kişisel özellikleri nedeniyle emredilen hareketi yapamaz¹⁴⁶. Yüzme bilmeyen kocayı, denizde boğulmakta olan eşini kurtarmamasında dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir ve koca yönünden subjektif imkansızlık söz konusudur¹⁴⁷. Yine hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesinin özel bilgi gerektirdiği durumlarda, yükümlülük altında bulunan kişinin hareketsizliği ihmal kapsamında değerlendirilemeyecektir¹⁴⁸.

Sanığın eşi olan erkek kişi, hem müşterek çocuklarına hem de sanığın önceki evliliğinden olan üvey çocuğuna şiddet uygulamaktadır. Sanığın İstanbul'da olduğu süre zarfında sanığın eşi olan erkek kişi, müşterek çocuklarından birine şiddet uygulamış, bu şiddet sonucu çocuk rahatsızlanmıştır. Çocuğunun rahatsızlandığını öğrenen sanık İstanbul'dan Ankara'ya gelerek çocuğunu hastaneye götürmüştür. Tüm müdahalelere rağmen şiddete maruz kalan çocuk hayatını kaybetmiştir. İlk derece mahkemesince çocuğa şiddet uygulayan erkek kişi, kasten öldürmeden sorumlu tutulurken, anne olarak çocuğunu gözetme ve koruma yükümlülüğü olan sanık ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu tutulmuştur. Kararın temyiz edilmesi üzerine dosya Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme, ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sanığa verilen mahkumiyet kararını bozmuştur. Kararın gerekçesinde, sanığın psikolojik problemlerinin bulunduğu, psikotik bir yaşam sürdüğü, organizasyon becerilerini kaybettiği, çocuklarına bakmadığı, onları koruyup kollayamadığı, çocukların biyolojik ve psikososyal ihtiyaçlarını karşılayamadığı, sanık hakkında düzenlenen sağlık kurulu raporunda; sanıkta bulunan frontal lob hasarı nedeniyle sanığın çocuklarına bakma, kollama, yetiştirme ve günlük işlevlerini sağlıklı şekilde yerine getiremediği hususlarının bildirildiği, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun oluşması için, failin belli yükümlülüğünü kasten ihmal etmesi gerektiği, oysa sanığın mezkur raporlarda belirtildiği üzere, çocuklarına bakma, kollama, yetiştirme ve günlük işlevlerini sağlıklı şekilde yerine getirmeyi önemli derecede azaltacak boyutta psikolojik rahatsızlıklarının bulunduğu ve yükümlülüklerini elinde olmayan nedenlerle ihmal ettiği ifade edilmiş ve sanığın isnat edilen suçtan beraat etmesi gerektiğine hükmedilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Heinrich (n 10) 12

¹⁴⁷ Centel (n 72) 86; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'özel hükümler' (n 71) 160

¹⁴⁸ Önder (n 88) 114

¹⁴⁹ Yar. 1. CD, E. 2013/3123, K. 2013/5327, 01.10.2013

Bu kararda annenin gözetim ve koruma yükümlülüğünün bulunmasının sorumluluk için tek başına yeterli olmadığı kabul edilmiş, ayrıca yapmakla yükümlü olduğu gözetim ve koruma hareketlerini gerçekleştirme imkan ve kabiliyetinin olması aranmıştır. Esasında ruhen ve bedenen rahatsız olan anne, kişisel özellikleri nedeniyle kanun tarafından emredilen hareket olan çocuklarını koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirememektedir ve subjektif imkansızlık nedeniyle bu yükümlülüğünü yerine getirmesi kendisinden beklenmemektedir.

Kişinin başka türlü davranma olanağının bulunmadığı durumlarda, neticeye engel olmaması, sorumluluğunu doğurmayacaktır¹⁵⁰. Ancak kişinin, kasten kendini böyle bir duruma sokmamış olması gerekir. Tren geçtiği sırada makası değiştirmemek için kendisini ağaca bağlatan tren görevlisi sorumluluktan kurtulamaz. Kendisini bağlattıktan sonra pişman olsa; ihmali ve bunun sonuçlarını engellemek için hareket etmek istese bile kendi iradesi ile o duruma sokulduğundan ihmalden ve bunun sonuçlarından sorumlu olacaktır¹⁵¹.

Önceden gerçekleştirilen ve başkalarının hayatı ile ilgili tehlike yaratan hareketin varlığı nedeniyle oluşan neticeyi önleme yükümlüğü hallerinde; somut olayda neticeyi önleme imkansız olsa dahi her durumda kişinin sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir¹⁵². Şüphesiz bu önerme, önceden gerçekleştirilen hareketin kasıtlı olması durumunda geçerlidir.

Olay tarihinde sanık ve yanındaki sanık bayanın, maktulle beraber alkol almak için sulama kanalının yanına gittiği, sanık erkek ile sanık bayanın araç içerisinde cinsel ilişkiye girmek amacıyla aracın arka tarafında uyumakta olan maktulü uyandırmak istediği, sanığın maktulü kolundan tutup araç içerisinden çıkardığı sırada alkollü ve uykulu olan maktulün kolunu sanıktan kurtarmak isterken dengesini kaybederek sulama kanalına düştüğü ve suya kapıldığı, sanıkların yüzme bilmemeleri nedeniyle maktulü kurtaramadıkları olayda Yüksek Mahkeme, maktule eliyle müdahale edip kanala düşmesine neden olan sanığın taksirle ölümüne neden olma suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmetmiştir¹⁵³.

6. Görünüşte İhmali Suçlarda Nedensellik Bağı

Neticenin gerçekleşmesinin önlenmemesi şeklinde işlenen görünüşte ihmali suçlarda, nedensellik bağının tespiti sorunludur¹⁵⁴. Zira şart teorisi esas alındığında, bu türden ihmali

¹⁵⁰ Önder (n 88) 114; Centel, Zafer ve Çakmut 'Türk Ceza Hukukuna Giriş' (n 13) 266

¹⁵¹ Venditti'ye ait bu örnek ve çevirisi için bkz. Haluk Toroslu, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2015) 87

¹⁵² Bkz. Öntan (n 5) 193

¹⁵³ Bkz. Yar. CGK, E. 2014/1-252, K. 2017/5, 17.01.2017

¹⁵⁴ Neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü getiren kanun hükmünün esasında nedensellik bağının kurulmasında önem taşıdığı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre ihmali hareket ile netice arasındaki illiyet

suçlarda yapılan hareket ve neden olduğu netice şeklinde bir denklem kurmak mümkün değildir.¹⁵⁵ Nitekim ihmalden dolayı failin sorumlu tutulabilmesi için, yapılması gereken hareketin, tipe uygun neticeyi kesine yakın bir ihtimalle önleyecek olması aranmaktadır¹⁵⁶. İhmal hareketi ile gerçekleşen netice arasında mutlak derecede bir bağ kurulamadığından ve ex-ante bir değerlendirme yapıldığından görünüşte ihmali suçlarda farazi (varsayımsal) illiyet bağından söz edileceği ifade edilmektedir¹⁵⁷.

Nasıl icrai hareketlerde “*bu hareket olmasaydı netice gerçekleşmezdi*” denilip nedensellik bağı tespit ediliyorsa, ihmali hareketlerde de “*bu hareket olsaydı netice gerçekleşmezdi*” denildiği durumlarda nedensellik bağının var olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁸. Bununla birlikte yükümlü olduğu hareketi gerçekleştirmiş olsa bile neticenin önleneceği hususunda tereddüt bulunuyorsa şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesi gereği kişinin beraat etmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Olay tarihinde maktul, kamyon ile beton sütun arasında sıkışmıştır. Yaralı halde hastaneye getirilmiştir. Gerekli tetkikler yapılmak suretiyle 6-7 saat içinde taburcu edilmiş ve evine gönderilmiştir. Sonrasında yeniden rahatsızlanmış ve hastaneye kaldırılırken yolda hayatını kaybetmiştir. Adli Tıp Kurumu raporuna göre sanığın ölüm nedeni “*göğüs ve batın travmasına bağlı kot fraktürleri, pelvis fraktürü ve gelişen akciğer embolisi komplikasyonudur.*” Yüksek Mahkeme, acil servise müracaat eden ölene yönelik yaptıkları muayene ve istedikleri tetkiklerde ölenin çoklu pelvis kırığı, çoklu kot kırıkları ve kanlı idrar yaptığını tespit ettikten sonra acil cerrahiye gerektirir patoloji bulunmadığına karar vermiş olmalarının dosyadaki raporlara göre tıp kurallarına uygun olduğuna, beden travmasına ve çoklu kemik kırıklarına maruz kalmış ölenin, Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliğinin 24/2. maddesi uyarınca stabilizasyonu sağlanıncaya kadar ve tıp çevrelerinde genel olarak kabul gördüğü şekilde 24 saat müşahade altında tutmaları gerekirken 6-7 saat içinde taburcu etmeleri nedeniyle olayda görevlerinin gereklerini yapmakta ihmal gösterdikleri ve bu nedenle eylemlerinin TCK’nın 257/2. maddesinde düzenlenen görevi ihmal suçunu oluşturduğuna,

bağını kuran hukuk kuralıdır. Şart teorisinde olduğu gibi fizik kurallarına dayanılarak ihmali hareket ile netice arasında illiyet bağı kurmak mümkün değildir. Bu yöndeki görüş için bkz. Erem, Danışman ve Artuk (n 3) 287: “*Sonucu önleme yükümlülüğünün var olması ihmali hareketlerde nedensellik bağını açıklığa kavuşturmaktadır.*”

¹⁵⁵ Farklı görüş için bkz. Kunter (n 13) 213: Kunter, harekete geçmemenin, aktif olarak hareket yapılsaydı netice önlenebilirdi denildiği durumlarda, neticenin gerçekleşmesi yönünden şart niteliğinde olduğunu, şart teorisinin kabul edildiği hallerde dahi ihmali hareket ile netice arasında nedensellik bağının kabul edilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

¹⁵⁶ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 299

¹⁵⁷ Jescheck (n 77) 54

¹⁵⁸ Hakeri ‘ihmal’ (n 15) 236

¹⁵⁹ Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 140

sanık doktorların ihmali hareketleri ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı bulunmadığına ve bu nedenle TCK 85. maddesinde düzenlenen taksirle ölüme neden olma suçundan sorumlu olamayacaklarına hükmetmiştir¹⁶⁰.

İlgili olayda yanlış tanı nedeniyle hastaya geç müdahale edilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında, zamanında müdahale edilseydi dahi hasta ölecekti şeklinde bir belirleme yapılmamıştır. Zira neticeyi önleme yönünden sırf imkanın varlığı cezalandırılabilir bir ihmalin olduğu sonucuna ulaşılması için yeterli değildir¹⁶¹. Neticeyi önleme konusunda hukuksal yükümlülük altında bulunan kişi, icra hareketinde bulunmuş olsaydı dahi, yine de netice gerçekleşecekti denilebildiği durumlarda, nedensellik bağının bulunmadığı ve failin bu neticeden dolayı herhangi bir sorumluluğu olmayacağı kabul edilmelidir¹⁶².

Sanık ile maktul arkadaşlardır. Olaydan önce birlikte alkol alıp yemek yemiştirler. Sonrasında sanığın kullandığı motosiklet ile başka bir yere gitmek için hareket etmişlerdir. Maktul sanığın arkasında oturmaktadır. Bulanık ve debisi yüksek akarsu üzerindeki köprünün üzerinden geçtikleri sırada motosikleti kullanan sanık direksiyon hakimiyetini kaybetmiş, meydana gelen kaza sonucu hem motosiklet sürücüsü sanık hem de yolcu konumundaki maktul köprünün korkuluğuna doğru savrulmuşlardır. Kazadan bir süre sonra kendine gelen sanık, maktulün kaza yerinde olmadığını fark etmiştir. Sonrasında motosikleti yerden kaldırıp çalıştırarak tek başına yoluna devam etmiş, kazadan bir gün sonra maktulün dereye düşmüş olabileceğini görevlilere bildirmiştir. Maktulün cesedi kazadan yaklaşık üç gün kadar sonra, kazanın olduğu yerden 4 km uzaklıkta, nehrin içerisinde, ağaç dallarına takılı halde bulunmuştur. Yüksek Mahkeme, bu olayda sanığın yaratmış olduğu tehlike ile meydana gelen ölüm arasında illiyet bağının olmadığı tespitinde bulunmuştur. Gerekçede, suyun bulanık ve debisinin yüksek olması nedeniyle müdahale etmenin zorluğu, boğulma hadisesinin 3-4 dakika gibi kısa bir sürede gerçekleşmesi, çarpma sonucunda kafatasında ve femur kemiğinde kırık oluşan maktulün bilincini kaybetme ihtimalinin varlığı, cesedinin olay yerinden 4 km uzaklıkta bulunmuş olması gözetildiğinde akar suya düşer düşmez maktulün sürüklenmesinin doğal olduğu, tüm bu nedenlerle sanığın, kazadan hemen sonra yetkili mercilere haber vermiş olsa dahi neticenin meydana geleceği, bu şekilde yaratılan tehlikeli durum ile meydana gelen ölüm arasında illiyet bağının bulunmadığı ifade edilmiştir. Alkollüyen motosikleti kullanan,

¹⁶⁰ Yar. CGK, E. 2014/12-103, K. 2014/552, 09.12.2014; benzer başka karar için bkz. Yar. CGK, E. 2017/12-271, K. 2017/278, 16.05.2017

¹⁶¹ Önder (n 88) 115

¹⁶² Bkz. Öntan (n 5) 241; Önder (n 88) 114-115; Öztürk ve Erdem (n 42) 183; Tezcan, Erdem ve Önok (n 24) 144

direksiyon hakimiyetini kaybeden ve kazada asli kusurlu olan sanığın bilinçli taksirle ölümüne neden olma suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmedilmiştir¹⁶³.

Yüksek Mahkemenin bu kararında, terimsel bir hatanın yapıldığını söylemek mümkündür. İlliyet bağı, yaratılan tehlikeli durum ile netice arasında değil, yapılması gereken icrai davranış ile meydana gelen netice arasında kurulmalıdır. Kazadan hemen sonra sanık, dereye düşen maktule yardım etmiş ve yetkili mercilere haber vermiş olsa dahi ölüm sonucu meydana gelecek denebiliyorsa illiyet bağının var olmadığından bahsedilebilecektir. Ancak böyle bir kabul, birçok olayda sanıkların ceza almalarının önüne geçebilecektir. Nitekim yedi şiddetinde bir depremden sonra yeterli zemin etüdü yapılmaksızın ve eksik malzeme kullanılarak inşa edilen binaların çökmesi sonucunda bu durumdan sorumlu olan kimselerin “*biz düzgün yapsaydık da, depremde binalar yıkılırdı*” şeklinde savunmalarına itibar edilmemesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁴. Bu olayda ölüm, suda boğulma nedeniyle gerçekleşmiştir. Maktulün cesedine 4 km uzaklıkta rastlanması dikkate alındığında sanığın debisi yüksek nehre atlayıp maktulü kurtarması imkansızdır. İlliyet bağı yokluğundan değil de; bu imkansızlık nedeniyle sanığın ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğuna gidilemeyeceğini tespiti daha doğrudur.

7. Görünüşte İhmali Suçlarda Manevi Unsur

Görünüşte ihmali suçlar hem kastla hem de taksirle işlenebilmektedir¹⁶⁵. Harekete geçme yükümlülüğünü ihlal kasıtlı olabileceği gibi taksirli de olabilir¹⁶⁶. Başka bir ifade ile kasıtlı ihmallerde emredilen hareket, fail tarafından bilerek ve istenerek gerçekleştirilmez; taksirli ihmallerde ise netice istenmez ancak emredilen hareket dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı şekilde yapılmaz¹⁶⁷. TCK’daki mevcut düzenlemeler dikkate alındığında, görünüşte ihmali suçların taksirle işlenen haline kanunda ayrıca yer verilmemiş olması nedeniyle taksirle ihmali davranışta bulunan kişiyi TCK’nın 83. maddesi kapsamında cezalandırmak mümkün değildir. Bu nedenle yaraladığı kişiye müdahale etmeyen fail, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak yaralanan kişinin ölebileceğini öngörmemişse, ihmali davranışla kasten öldürmeden değil, TCK’nın 85. maddesinde düzenlenen taksirle ölümüne neden olma suçundan cezalandırılacaktır.

¹⁶³ Bkz. Yar. CGK, E. 2021/1-281, K. 2022/78, 10.02.2022

¹⁶⁴ Bkz. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘genel hükümler’ (n 44) 263 “*Aynı husus su havzalarına konut yaptıran ve yapanlar bakımından da geçerlidir.*”

¹⁶⁵ Özbek, Doğan ve Bacaksız ‘özel hükümler’ (n 80) 177

¹⁶⁶ Zafer (n 40) 218

¹⁶⁷ Kunter (n 13) 58

Görünüşte ihmali suçlarda kastın, mutlak surette neticeye yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Buna göre failin, sadece yükümlü olmasına rağmen ihmali bir harekette bulunduğunu bilmesi ve istemesi yeterli değildir; ayrıca ihmal sonucu gerçekleşecek neticeyi bilmeli ve istemelidir.

Görünüşte ihmali suçun olası kast ile işlenebileceği belirtilmektedir¹⁶⁹. Netice istenmiyor ancak “*olursa olsun*” şeklinde, neticenin gerçekleşmesi kabulleniliyorsa ihmali davranışla ve olası kastla öldürme suçunun oluşacağı belirtilmektedir¹⁷⁰.

Sanık, cezaevinde infaz koruma baş memuru olarak görev yapmaktadır. Maktullerden biri, iki ayrı mağdura karşı işlemiş olduğu yağma suçundan hükümlü olarak cezaevinde bulunmaktadır. Diğer maktul ise çocuğa karşı kasten öldürmeye teşebbüs suçundan cezaevinde tutuklu sıfatıyla bulunmaktadır. Her iki maktul, koğuşta yapılan sayım sırasında saygıdan yoksun, hakaretli ve tehditvari biçimde konuşmaları gerekçesiyle ve koğuşta bulunan diğer kişilerle beraber kalmaları sakıncalı görülerek tedbir amaçlı müşahede bölümüne alınmışlardır. Müşahede bölümüne alınmalarına ilişkin tutanakta sanığın imzası da bulunmaktadır. 39 gün boyunca tek kişinin kalabildiği odalarda tutulan maktuller, yeniden koğuşa çıkabilmek için yazılı ve sözlü başvurularda bulunmuşlardır. Ancak bu başvurulardan sonuç alamayınca olay günü maktuller, infaz koruma baş memuru olan sanık ile tartışmışlar ve koğuşu ateşe vermek ile tehdit etmişlerdir. Tartışma devam ederken maktuller, koğuşlarında bulunan yatakları ateşe vermişlerdir. Maktullerin yangın çıkardığını gören sanık ise “*ne halleri varsa görsünler*” diyerek bölüm kapısını kapatmış ve yangına müdahale için idareye haber vermemiştir. Dışarıdan müdahalenin geç olması nedeniyle koğuşlarında yangın çıkaran maktuller karbonmonoksit gazı zehirlenmesine bağlı olarak hayatlarını kaybetmişlerdir. Yüksek Mahkeme bu olayda, 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu’nun 6., 33. ve 34. maddeleri uyarınca infaz koruma baş memuru olan sanığın, maktulleri koruma ve bu surette yangına müdahale etme yükümlülüğünü ihlal ettiği tespitinde bulunmuş; ancak sanığın, öldürme kastıyla hareket etmediğini kabul etmiştir. Buna gerekçe olarak da maktullerden birinin, öncesinde benzer bir şekilde yangın çıkarması ve kendiliğinden bu yangını söndürmesi gösterilmiştir. Sanığın, yangın çıkartan maktullerin kendiliğinden yangını söndürecekleri düşüncesiyle hareket ederek bölüm kapısını kapatıp gittiği kabul edilmiş ve

¹⁶⁸ Dönmezer ve Erman (n 4) 90

¹⁶⁹ Bkz. Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK’nın 83. maddesinin gerekçesi; ayrıca bkz. Özen (n 9) 133; Centel (n 72) 86

¹⁷⁰ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır ‘özel hükümler’ (n 71) 158

sanığın bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan sorumlu olması gerektiğine hükmedilmiştir¹⁷¹.

Bu olayda, cezaevinde bulunan hayatlarını kaybeden bu kişilerin yangın çıkarma için gerekli olan eşyayı nereden temin ettikleri hususu gözden kaçırılmıştır. Zira cezaevine bu türden eşyanın sokulmaması yönünde cezaevi personelinin yükümlülüğü bulunmaktadır. Maktullerin sorunlu kişiler olmaları ve daha önce de yangın çıkarmaları sanık lehine yorumlanmıştır. İlgili kararda; sanığın yangına müdahale etmemesindeki ihmalinin taksirli olması ve taksirli ihmali hareketin de kanunda ayrıca cezalandırılmaması nedeniyle TCK'nın 85. maddesi uyarınca sorumluluğuna gidildiğinin belirtilmesi daha doğru olabilirdi.

Failin neticeyi önleme yükümlülüğünün bilincinde olmasına rağmen, neticenin zaten gerçekleşmeyeceği düşüncesiyle hareketsiz kalmış olması durumunda, bilinçli taksirden dolayı sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir¹⁷². Yargıtay'a göre de; neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişi yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihmal etmekle birlikte, bunu korumakla yükümlü olduğu hayatın sona ereceği bilinciyle kasten yapmamışsa ve bu yükümlülük ihlaline bağlı olarak yine ölüm neticesi meydana gelmişse bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçu oluşur. Örneğin, bir bakıcı kendisine bırakılan küçük bir çocuğun evdeki sehpalara üzerine çıkıp atlamasını görmesine rağmen diğer işlerini bitirmek için çocukla ilgilenmediği ve gerekli önlemi almadığı takdirde çocuğun düşerek ölmesi halinde, ölüm neticesini önleme yükümlülüğü bulunduğu ve bu yükümlülüğünü özensiz davranışıyla ihlal etmiş olacağından taksirle ölüme neden olmadan sorumlu olacaktır¹⁷³.

Görünüşte ihmali suçlarda, failin suç tipine ait unsurları bilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla gerçekleşmesini önlemekle yükümlü olduğu neticenin meydana gelmesinde etken olan fiili durumu bilmelidir. Bilmiyorsa kastı yoktur ve fiili hatanın varlığından bahsedilecektir¹⁷⁴; ancak koşullarının gerçekleşmesi durumunda taksirden dolayı sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁷⁵.

¹⁷¹ Yar. CGK, E. 2016/1-779, K. 2020/351, 07.07.2020

¹⁷² Hakeri 'ihmal' (n 15) 242

¹⁷³ Bkz. Yar. CGK, E. 2017/1-1046, K. 2021/298, 22.06.2021; Yar. CGK, E. 2020/1-164, K. 2020/239, 28.05.2020.

¹⁷⁴ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 310

¹⁷⁵ Hakeri 'ihmal' (n 15) 241

Failin, neticeyi önlemeye ilişkin yükümlülüğü olduğuna dair bilgisizliği kural üzerinde hata niteliğindedir ve ancak TCK'nın 30/4. maddesindeki şartlar oluşmuşsa mazeret olarak kabul edilebilecektir¹⁷⁶.

8. Görünüşte İhmali Suçlarda Teşebbüs

Görünüşte ihmali suçlarda, sadece yükümlü olmasına rağmen kişinin hareketsiz kalması suçun tamamlanması için yeterli değildir; kanunun yasakladığı neticenin de gerçekleşmesi gerekir; buradan çıkan sonuç görünüşte ihmali suçlarda pasif kalınmak suretiyle gerçekleştirilen hareket ile ortaya çıkacak netice birbirinden ayrılabilir ve bu nedenle görünüşte ihmali suçlara teşebbüs mümkündür¹⁷⁷.

Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsten dolayı failin sorumluluğuna gidilebilmesi için icra hareketine başlanmış olması gerekmektedir. İcra hareketinin başlangıcı olarak, korunan yarar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu anın esas alınmasının¹⁷⁸; yani hemen müdahale edilmez ise hukuki yarar somut bir tehlikeye maruz kalacak denildiği durumlarda icra hareketinin başlamış olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁷⁹.

Çocuğunu açlıktan öldürmek isteyen anne ilk öğünü vermediğinde, çocuğun hayatını devam ettirme konusunda herhangi bir tehlike oluşmadıkça henüz teşebbüsün varlığından söz edilemeyecektir zira hazırlık hareketinden icra (TCK 35. maddesindeki ifade) hareketine henüz geçilmiş değildir¹⁸⁰.

9. Görünüşte İhmali Suçlarda İştirak

Görünüşte ihmali suçların özgü suç niteliğinde olduğu yukarıda belirtildi. Özgü suç olması nedeniyle görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmayan ve suçta

¹⁷⁶ Bu konuyla ilgili Alman Ceza Kanunu yönünden yapılan değerlendirme için bkz. Hilgendorf ve Valerius (n 77) 311

¹⁷⁷ Dönmezer ve Erman (n 4) 90-91; Öntan (n 5) 233; Zafer (n 40) 215; Özbek, Doğan ve Bacaksız 'özel hükümler' (n 80) 177. Bununla birlikte görünüşte ihmali suç niteliğindeki ihmali davranışla kasten öldürme suçuna teşebbüsün mümkün olmadığı belirtilmektedir; örneğin bebeğini evde bırakarak kaçan annenin, bebek komşu tarafından kurtarılmış ise ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacaktır; ancak terk sonucu bebeğin sağlığı bozulmuşsa yani yaralanmış ise kasten yaralamadan dolayı sorumlu olacaktır. Bkz. Gökçen ve Balcı (n 40) 22

¹⁷⁸ Centel (n 72) 88

¹⁷⁹ Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'genel hükümler' (n 44) 264

¹⁸⁰ Tozman (n 56) 170. Tozman, görünüşte ihmali suçlarda Roxin'in görüşünü kabul etmektedir. Örneğin anne çocuğunu aç bırakmış hayatını tehlikeye atmıştır ancak çocuğun yanında olduğu ve tehlikeyi önleyebildiği sürece yani olayın kontrolü elindeyse henüz suçta teşebbüs oluşmamıştır. Bununla birlikte çocuğunu aç bırakarak hayatını tehlikeye atmış ve evden ayrılarak olayın kontrolünü elden çıkarmışsa ve buna rağmen ölüm neticesi gerçekleşmemişse suçta teşebbüsten bahsedilecektir. Bkz. Tozman (n 56) 175

katkı sağlayan diğer kişilerin ancak azmettiren ya da yardım eden olarak suça iştirak etmelerinin mümkün olacağı ifade edilmektedir¹⁸¹.

İnfaz koruma memurunun, önceden yapmış olduğu bir anlaşma neticesinde koğuşun kapısını kilitlememiş olması ve önceden anlaştığı mahkumun kilitli olmayan kapıdan geçerek diğer mahkumu öldürmesi durumunda, icrai hareketle gerçekleştirilen kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir¹⁸².

Yargıtay'a göre ise; aralarında irade birliği oluşsa bile sırf önleme yükümlülüğünü yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmek mümkün değildir. Önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyerek icrai bir suça iştirak eden kişi ya azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu olacaktır¹⁸³. Bu durumda yukarıda verilen örnekte infaz koruma memurunun icrai hareketle gerçekleştirilen kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak sorumlu olması mümkün değildir¹⁸⁴.

10. Görünüşte İhmali Suçlarda İçtima

Görünüşte ihmali suçlarda hareket ile netice birbirinden ayrılabilirdiğinden netice sayısı kadar fiil ve fiil sayısı kadar suçun oluşacağı belirtilmektedir¹⁸⁵. Örneğin bakım ve gözetimle yükümlü bakıcı, çocukları yalnız başlarına bırakarak evi terk etmiş ve çocuklar bir sebepten dolayı hayatlarını kaybetmişlerse, hayatını kaybeden çocuk sayısı kadar ihmali hareketle kasten öldürme suçunun oluştuğunun kabulü gerekir.

Görünüşte ihmali suçlarda zincirleme suç durumunun gerçekleşebileceği belirtilmektedir¹⁸⁶. Aynı kanun hükmünü ihlal eden fiillerden bazıları ihmali hareketle bazıları ise icrai hareketle işlenmiş olsa dahi zincirleme suç hükümleri uygulanabilir; yeter ki her fiil bir suç işleme kararı kapsamında kasıtlı olarak işlenmiş olsun¹⁸⁷.

¹⁸¹ Centel (n 72) 89; Aydın (n 61) 270

¹⁸² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır 'özel hükümler' (n 71) 164

¹⁸³ Bkz. Yar. CGK, E. 2019/16-620, K. 2021/523, 03.11.2021

¹⁸⁴ TCK'yı yapan kanun koyucunun da Yargıtay ile aynı düşüncede olduğu söylenebilir. Zira TCK'nın 251. maddesinin 1. fıkrasında; "*zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine kasten göz yuman denetimle yükümlü kamu görevlisi, işlenen suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulur.*" hükmüne yer verilmiştir. İstisna niteliğindeki bu hüküm nedeniyle sırf önleme yükümlülüğünü yerine getirilmemesi suretiyle bir başkasının icrai suçuna müşterek fail olarak iştirak etmenin mümkün olmadığı söylenebilir.

¹⁸⁵ İçel 'suçların içtima' (n 65) 69

¹⁸⁶ ibid 113

¹⁸⁷ ibid 114

11. Görünüşte İhmali Suçlarda Hukuka Aykırılık Unsuru

Görünüşte ihmali suçlarda, genel hukuka uygunluk nedenleri kapsamında gerçekleştirilen ihmali hareketler hukuka uygun kabul edilebilecek ve cezalandırılmayabilecektir. Görünüşte ihmali suçlarda, TCK'da düzenlenen genel hukuka uygunluk nedenleri dışında, ayrıca yükümlülüklerin çatışması şeklinde özel bir hukuka uygunluk nedeninin var olabileceği ifade edilmektedir¹⁸⁸.

Yükümlülüklerin çatışması halinde, ancak hukuken üstün olan yükümlülüğün ifası talep edilebilecektir. Farklı dereceden yükümlülüklerde üstün olanın yapılması, alt derecedeki yükümlülüğün ihmal edilmesi veya aynı derecede olan yükümlülüklerden birinin tercih edilerek diğerinin yapılmaması halinde hukuka aykırı bir ihmalden söz edilmeyeceği ifade edilmektedir.¹⁸⁹ Bununla birlikte failin en etkin olan yükümlülüğü tercih etmesinin gerekip gerekmediğinin tartışmalı olduğu belirtilmektedir¹⁹⁰.

Bir doktorun, tek solunum cihazına sahipken önüne gelen genç bir hasta ile yaşlı bir hastaya müdahale yapmak istediğinde, solunum cihazını genç olan hastaya takmayı tercih edip ve bu tercihinin uygulaması sonucu genç hastanın kurtulup yaşlı hastanın ihmali davranış nedeniyle ölmesi durumunda yükümlülüklerin çatışması söz konusu olacaktır¹⁹¹.

Yükümlülüklerin çatışması, zorunluluk halinden farklıdır; zira harekete geçmekle yükümlü olan kişi zorunluluk halinde olduğu gibi tehlike altında değildir¹⁹².

Neticeyi önleme noktasında getirilen yükümlülükler konusunun nedensellik bağımlı değil, hukuka aykırılık unsurunu ilgilendirdiği ifade eden yazarlar bulunmaktadır¹⁹³.

¹⁸⁸ Zafer (n 40) 218

¹⁸⁹ Hilgendorf ve Valerius (n 77) 313. Yükümlülüğün çatışması şeklindeki hukuka uygun nedeninin Türk Ceza Hukukunda yer almayan bir hukuka uygunluk nedeni olarak öğretide kabul edildiği ifade edilmektedir. Bkz. Zafer (n 40) 218

¹⁹⁰ Heinrich (n 10) 13

¹⁹¹ Özen (n 9) 133

¹⁹² ibid

¹⁹³ Bkz. Kunter (n 13) 220; Önder (n 88) 113

SONUÇ

Bir kişinin aktif bir eylemini ceza hukuku bağlamında hareket olarak açıklamak kolaydır. Ancak pasif kalmasını ceza hukuku bağlamında hareket olarak kabul edebilmek için “*belli durumlarda hareket geç*” emrini veren bir dayanak norma ihtiyaç vardır. İhmali suçlar esasında “*yap*” emrini veren normlara itaatsizliktir.

İhmali suçlar kendi arasında gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar olarak ayrıma tabi tutulmaktadır. Gerçek ihmali suçlarda hangi durumlarda ve ne şekilde harekete geçilmesi gerektiği açıkça kanunda tanımlanmıştır. Görünüşte ihmali suçlarda ise kişilere neticeyi önlemek için icrai davranışta bulunma yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak neticeyi önlerken ne şekilde hareket edeceğine dair kanunda bir açıklama yer almamaktadır. Örneğin bir bakıcı, sözleşme gereği himayesindeki çocuğu korumak ve gözetmekle yükümlüdür. Çocuğun evde oynarken kendini yaraladığını görse; kasten harekete geçmese ve çocuk hayatını kaybetse ihmali hareketle kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Kanuna göre ölüm neticesini önlemekle yükümlüdür ancak bu yükümlülüğünü ne şekilde ve hangi davranışlarla yerine getireceği kanunda yer almamaktadır.

Öğretide bazı yazarlara ve Yüksek Mahkeme’ye göre, Türk Ceza Hukuku’nda ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmediği için sadece kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları yönünden ihmali hareketlerin cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bu görüş kabul edilemez; örneğin dolandırıcılık suçu da ihmali hareketle işlenebilir ve icrai hareketle işlenmiş gibi cezalandırılmalıdır. Ancak ortaya bir çelişkinin çıkacağı aşıkardır. Kastens yaralama suçu, ihmali hareketle işlendiğinde ceza indirilebilecekken, dolandırıcılık suçunda böyle bir imkan bulunmayacaktır.

Görünüşte ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğü doğuran kaynakların ne olduğunu tespit etmek kolay değildir. TCK’ya göre, kastens öldürme suçu yönünden failin; kanundan, sözleşmeden ya da önceden yapmış olduğu tehlikeli hareketten kaynaklı ölüm neticesini önleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak öğretide bu kaynaklar geniş anlaşılmakta örneğin sözleşmeden kaynaklı neticeyi önleme yükümlülüğünün içerisine güven ilişkisine dayalı neticeyi önleme yükümlülüğü de dahil edilmektedir. Almanya ve İtalya’da olduğu gibi neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran kaynakların neler olduğunun tespitini öğretiyeye ve içtihatlarla bırakmak suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edebilecektir.

Gerçek ihmali suçlarda hareketin yapılmasıyla netice ortaya çıkar ve bu yüzden nedensellik bağının tespiti kolaydır. Bununla birlikte görünüşte ihmali suçlarda, ihmali hareket

ile ortaya çıkan netice arasında nedensellik bağı kurmak sorunludur. Zira burada kurulan nedensellik bağı bir varsayıma dayanır. Eğer “*harekete geçseydi ölüm neticesi meydana gelmeyecekti*” şeklinde bir önerme varsayımdır. Zira harekete geçip icrai davranışta bulunsa dahi ölüm neticesinin meydana gelmesi muhtemeldir.

KAYNAKÇA

Alacakptan U, Suçun Unsurları (1. Baskı, Sevinç Matbaası 1975)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (11. Baskı, Adalet Yayınevi 2017)

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Adalet Yayınevi 2019)

Aydın D, Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2009)

Bayraktar K, ‘Kasten Öldürme’ (1. Baskı) Özel Ceza Hukuku Cilt II Kişilere Karşı Suçlar 1 (On İki Levha Yayıncılık 2017)

Centel N, ‘İhmali Davranışla Kasten Öldürme veya Yaralama Suçu (TCK. m. 83, 88/2)’ (2010) Alman-Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Cilt III Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, 75-91

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar (4. Baskı, Beta Yayınevi 2017)

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (11. Baskı, Beta Yayınevi 2020)

Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (8. Baskı, Seçkin Yayınevi 2012)

Dönmezer S, ‘İhmal Suretiyle İcra Suçları’ (1944) 9 (3-4) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 473-494

Dönmezer S, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler (15. Baskı, Beta Yayınevi 1998)

Dönmezer S ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt II (14. Baskı, Der Yayınları 2019)

Erbaş R, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük (1. Baskı, On İki Levha Yayınları 2019)

- Erem E, Danışman A ve Artuk ME, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin Yayınevi 1997)
- Gökçen A ve Balcı M, 'Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)' (2012) 7 (18) Ceza Hukuku Dergisi, 7-30
- Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Baskı, Adalet Yayınevi 2016)
- Hakeri H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Heinrich B, Ceza Hukuku Genel Kısım II Editör Yener Ünver Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Gülsün A. Aygörmöz Uğurlubay, Erdal Yerdelen, Serkan Meraklı, Atacan Bozyel, Emine Kabak Yüce, Merve Selin Şohoğlu, İlhan Bulut (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2015)
- Hilgendorf E ve Valerius B, Alman Ceza Hukuku Genel Kısım, Çeviren: Salih Oktar (1. Baskı, Yetkin Yayınları 2021)
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (1. Baskı, Beta Yayınevi 2016)
- İçel K, Suçların İçtimaı (1. Baskı, Sermet Matbaası 1972)
- Jescheck H-H, Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey (1. Baskı, Beta Yayınevi 2007)
- Katoğlu T, Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2003)
- Kunter N, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (1. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1954)
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler Cilt II-III (2. Baskı, Beta Yayınevi 1992)
- Önder A, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar (1. Baskı, Filiz Kitabevi 1994)
- Öntan Y, Ceza Hukukunda Davranış ve Netice (1. Baskı, Seçkin Yayınevi 2021)
- Özen M, Ceza Hukuku Özel Hükümler Dersleri (5. Baskı, Adalet Yayınevi 2020)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022)

- Öztürk B ve Erdem MR, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2013)
- Palazzo F, Corso Di Diritto Penale Parte Generale (Ottava Edizione, G. Giappichelli Editore 2022)
- Pisapia G D, İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım Çeviren: Atıf Akgüç (1. Baskı, Yarı Açık Cezaevi Matbaası 1971)
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler (7. Baskı, Yetkin Yayınevi 2016)
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Özel Hükümler (13. Baskı, Yetkin Yayınevi 2020)
- Şare E, ‘Yüksek Mahkeme Kararlarında Kasten Yaralama Sonucu Ölüme Neden Olma Suçu (TCK m. 87/4)’ (2020) 25 (43) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 279-334
- Taner T, Ceza Hukuku Umumi Kısım (3. Basım, İsmail Akgün Matbaası 1953)
- Taşkın OE, ‘Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali Suçu’ (2016) 65 (4) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2471-2485
- Tezcan D, Erdem MR ve Önok RM, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku (17. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019)
- Toroslu H, Ceza Hukukunda İsnat Yeteneği (1. Baskı, Savaş Yayınevi 2015)
- Toroslu N, Ceza Hukuku Genel Kısım (18. Baskı, Savaş Yayınevi 2012)
- Tozman Ö, ‘İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme’ (2009) 22 (84) Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 160-187
- Yüce TT, Ceza Hukukunun Temel Kavramları (1. Baskı, Turhan Kitabevi 1985)
- Yenisey F ve Plagemann G, Alman Ceza Kanunu (1. Baskı, Beta Yayınevi 2009)
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75 (4. Baskı, Beta Yayınevi 2015)