



KARAR İNCELEMELERİ DERGİSİ

Journal of Decision Studies

ISSN: 2792-0852 Cilt/Volume: 3 Sayı/No: 1-2 HAZİRAN-ARALIK/June-December 2024

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

TERK SUÇU (TCK M. 97) VE SONUÇLARI BAKIMINDAN MAHKÜMİYET HÜKMÜNÜN BELİRLENMESİNE İLİŞKİN YARGITAY KARARI İNCELEMESİ: YARGITAY CEZA GENEL KURULUNUN 09.11.2022 TARİH VE E.2020/466, K.2022/709 SAYILI KARARI

*Review of the Judicial Court Decision on the Determination
of the Sentence of Conviction in Terms of Abandonment
Offence and Its Consequences: Decision dated 09.11.2022 and
numbered E. 2020/466, K. 2022/709*

Çağatay KORUCAN*

Özet

İcrai ya da ihmali davranışla işlenebilen terk suçu ve bu suça bağlı olarak ortaya çıkabilecek neticeler bakımından söz konusu neticelerin faile isnat edilebilmesi için failin kastına yönelik bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Çalışmaya konu olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında ıssız bir dere kenarına bırakılıp terk edilen ancak henüz öldüğüne dair bir delil bulunmayan bebek hakkında, ölüm neticesi bakımından bir belirsizlik olmasına rağmen merciler arasında tartışılan

* **Yasama Uzmanı**, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Ankara, Türkiye, **E-Posta:** korucan.cagatay@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0002-8096-1746.

• **Atf Şekli / Cite As:** Korucan Çağatay, “Terk Suçu (TCK m. 97) Ve Sonuçları Bakımından Mahkûmiyet Hükümünün Belirlenmesine İlişkin Yargıtay Kararı İncelemesi: Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.11.2022 Tarih ve E.2020/466, K.2022/709 Sayılı Kararı”, KİD, 3(1-2), 2024, s.29-60.

• **İntihal / Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ilk sorun; failin bu eyleminin kasten öldürme suçunun ihmali davranışla mı yoksa icrai davranışla mı gerçekleştiği hususu olmuştur. İlk derece mahkemesi bebeğin terk edildiğine dair sanık ikrarı ve tanık ifadeleri kapsamında yaptığı tespit doğrultusunda olayın meydana gelme şartları bağlamında “terk eyleminden sonra bebeğin öleceği muhakkaktır diyerek” sanık hakkında ihmali davranışla kasten öldürme suçunun işlendiğini kabul etmiştir. Bu kapsamda da Mahkeme tarafından sırasıyla (TCK, m. 82 (f. 1, bent d), m. 83 ve m. 62) hükümlerinin uygulanabilirliği değerlendirilmiştir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, sanık hakkında icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı (TCK, m. 82 (f. 1, bent d ve e)) hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğinden bahisle ilk derece mahkemesinin söz konusu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının eylemin ihmali davranışla gerçekleştiğine dair yaptığı itiraz üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu, Yargıtay 1. Ceza Dairesi gibi sanığın bebeğe karşı gerçekleştirdiği öldürme eyleminin, “doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla işlediği kabul edilmelidir.” değerlendirmesiyle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir

Çalışmadakarara konu olan olay incelendikten sonra bu olayın gerçekleşebileceği farklı ihtimallerde cezai sorumluluğun tespitin nasıl yapılacağı değerlendirilmiştir. Verilen ihtimallerde terk suçu, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hâli, henüz cesedi bulunmayan bebek hakkında kişiliği sona erdiren Medeni Hukuk Hükümlerinin somut olaya uygulanması ve mahkemeler tarafından gerçekleştiği kesin gözle bakılan ölüm neticesine yönelik değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kavramlar: Terk suçu, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi, görünüşte ihmali suç, teminat yükümlülüğü, olası kast, cezanın belirlenmesi, neticesi sebebiyle ağırlaşan suç

Abstract

In terms of the offence of abandonment, which can be committed by executive or negligent behavior, and the consequences that may arise due to this crime, it is necessary to make an assessment regarding the intent of the perpetrator in order to attribute these consequences to the perpetrator. In the decision of the Criminal General Assembly of the Court of Cassation, which is the subject of the study, although it is not clear whether the result of death has occurred or not about the baby who was abandoned by a deserted stream but there is no evidence that the baby has died yet, the first problem discussed between the authorities was the issue of whether the intentional killing occurred with negligent behavior or executive behavior in terms of this action of the perpetrator. In line with the determination made by the court of first instance within the scope of the defendant's confession and witness statements that the baby was abandoned, the court of first instance accepted that the defendant committed the crime of intentional killing with negligent behavior in the context of the conditions of the occurrence of the incident “by saying that it is certain that the baby will die after the act of abandonment”. In this context, it evaluated the applicability of the

provisions of (TCK, Art. 82 (f. 1, subparagraph d), Art. 83 and Art. 62) respectively. The 1st Criminal Chamber of the Court of Cassation, as a result of the appellate review, decided to overturn the conviction of the court of first instance on the grounds that the defendant should have been sentenced for the offense of intentional homicide with an executive act based on the provisions of (TCK, art. 82 (f. 1, subparagraphs d and e)). Upon the objection of the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation that the act was committed with negligent behavior, the Criminal General Assembly of the Court of Cassation, like the 1st Criminal Chamber of the Court of Cassation, decided to reject the objection of the Chief Public Prosecutor's Office of the Court of Cassation with the assessment that "it must be accepted that the defendant committed the act of murder against the baby with direct intent and with an executive act."

In the study, after analyzing the incident subject to the decision, it is evaluated how to determine criminal responsibility in different possibilities that this incident may occur. In the given possibilities, evaluations were made within the scope of the crime of abandonment, the aggravated form of the crime due to the consequence, the application of the Civil Law Provisions, which terminate the personality of the baby whose body has not yet been found, to the concrete case and the result of death, which is considered to be certain by the courts.

Keywords: The abandonment offence, Intentional killing by act of omission, Derivative omission offense, Duty of care, Probable intent, Determining of sanction, Aggravation of an offence due to its consequences

GİRİŞ

Yasaklayıcı ya da emredici normlar şeklinde karşımıza çıkan hukuk kuralları bakımından yasaklayıcı norm belli bir davranışın icrasını yasaklamakta; emredici norm ise belli şartlar altında belli yönde davranılmasını emretmektedir. Yasaklanan hareketin gerçekleştirilmesiyle bir hak ihlali meydana gelecek olup yasak normların ihlali bu kapsamda icrai suçların ortaya çıkmasına neden olacaktır.¹ Kişilere “belirli doğrultuda davranma” yükümlülüğü getiren emredici normlara² aykırı davranılması hâlinde ise ihmali suçun varlığından bahsedilebilecektir. Bu kapsamda ihmali suç, kanunda yer verilen hareket yükümlülüğüne rağmen kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suç veya hukuki olarak bir neticeyi önlemekle yükümlü kılınan bir kimsenin, neticeyi önleme olasılığı bulunduğu ve neticeyi önlemesi ondan beklenebilir olduğu hâlde neticeyi önlememesi suretiyle işlenen suç olarak ifade edilebilmektedir.³ Yani ihmali suçlarda tipiklik, emredilen bir davranışın yapılmaması, bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, belirli bir davranışta bulunulmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır.

İhmali suçlar bu anlamda esasında, kanunun kişiye belli bir şekilde hareket etmesini emretmesine rağmen “bir emir kuralına aykırılık” olarak nitelendirilmiştir. Bu husus icrai suçlar açısından kanunda “yapma” emrine; ihmali suçlar açısından ise kanunda “yap” emrine yer verilmiş olması şeklinde ifade edilmiştir.⁴ Bunun tipik örneği “görevini ihmal etme, suçu ihbar et” şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Buradaki ihmal o kişi veya kişilerden beklenen şeyin yapılmaması ile meydana gelmektedir. Ancak ihmali suçtan bahsedilebilmesi için yalnızca hareketsiz kalmak yeterli olmayıp aynı zamanda failin suç tipinde düzenlenen hareketi yapmamış olması gerekmektedir. Bu duruma sırasıyla TCK m. 175; m. 257/2 ve m. 278’de düzenlenen akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali; görevi kötüye kullanma ve suçu bildirmeme suçları örnek gösterilebilmektedir.⁵ Ancak

¹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 390.

² İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 30.

³ Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.75.

⁴ Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s.250.

⁵ V. Özer Özbek/Koray Doğan/Serkan Meraklı ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel

ihmali hareket, harekete geçme bakımından özel bir hukuki yükümlülüğün bulunması hâlinde ceza hukukunun konusunu oluşturabilmekte iken; icrai bir hareket diğer şartların da varlığı hâlinde her zaman cezalandırılabilir olarak nitelendirilmektedir.⁶

İhmali ve icrai hareketle işlenen suçların unsurları ve bu suç tiplerine bağlanan müeyyideler farklılık göstermektedir. Örneğin bir insanı kasten öldüren kişi müebbet hapis ile cezalandırılacakken (TCK m. 81); belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, müebbet hapis cezası yerine on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmedilebilecektir (TCK m. 83/3). Ancak ikinci durumda cezada indirimin yapılmaması da Kanun'da yer alan düzenleme uyarınca ihtimal dâhilinde olacaktır.⁷ Bu bakımdan çoğu zaman kolay olmasa da davranışın icrai ya da ihmali olduğunun belirlenmesi önem arz etmektedir. İcrai ya da ihmali davranış ayrımı hakkında “doğal bakış açısı” ve “normatif bakış açısı” şeklinde iki farklı görüş bulunmaktadır. Bunlardan doğal bakış açısını savunan teoriler vücut hareketi ölçütü, enerji kullanımı ölçütü, nedensellik kriteri, karma görüş (nedensellik ve enerji kullanımı); normatif teoriler ise sosyal mana görüşü, ağırlık noktası görüşü, karma görüş ve icraya ağırlık veren görüş şeklinde ayrılmaktadır.

Vücut hareketi ölçütü kapsamında icra, iradi olarak gerçekleşen bir vücut hareketi ya da bir sonuca iradi olarak neden olma iken ihmal bir vücut hareketinin iradi şekilde yapılmaması ya da bir sonucu iradi olarak önlememektir. Bu kapsamda çocuğuna vurarak onun ölümüne neden olan babanın gerçekleştirdiği eylem ile yüzme havuzuna düşen çocuğun, komşuların yardım etmemesi sonucu ölmesi olayı incelendiğinde her iki olayda da psikolojik davranışın oluşumu yönüyle iç dünya bakımından çocuğun ölümü hedeflenmekle birlikte ilk olayda vücutsal faaliyet (yani çocuğa vurma eylemi); ikinci olayda da vücutsal faaliyetizlikle (yani dış dünyada görülebilecek bir faaliyetin ihmali suretiyle) sonucun meydana geldiği ifade edilebilmektedir.

Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.236.

⁶ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 391.

⁷ “**Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi**

Madde 83- “...

(3) Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenilebileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir.”

Buna göre iç dünyada hedeflenen neticeyi bir tarafa bırakacak olursak icra ile ihmal arasındaki ayrımın dış dünyada mümkün olmaktadır.⁸ Enerji kullanma ölçütü de vücut hareketi ölçütüne benzer şekilde icrai davranış ile ihmali davranış arasındaki ayrımı izah etmeye çalışmıştır. Buna göre icra, enerjinin belli yönde kullanılması; ihmal ise enerjinin belirli bir yönde kullanılmaması olarak belirtilmiştir.⁹

Nedensellik ölçütüne göre icrai davranış dış dünyada bir değişiklik meydana getirmekte iken ihmali davranış dış dünyada bir değişiklik yaratmamaktadır.¹⁰ Neticenin meydana gelmesi bir harekete bağlı ise davranış icrai; hareket mevcut olsa da netice meydana gelmiyor ise davranış ihmalidir.¹¹ Karma teori ise vücut hareketi (enerji kullanma) ölçütü ile nedensellik ölçütünü birlikte kullanmaktadır.

İcra-ihmal ayrımında davranışın tamamını göz önünde bulundurarak değerlendirci bir karar vermeyi savunan normatif teorilere göre icra, aktif bir eylem (dar anlamda hareket olarak değerlendirilebilecek bir şey), ihmal ise bir değer yargısı uyarınca sırf bir ihmal olarak kendini gösteren şey olarak izah edilmiştir. Buna göre icrai suçlar doğal olarak belirlenmesine rağmen ihmali suçlar için ayrıca normatif bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır.¹²

Olayın sosyal manasına göre karar verilmesini savunan sosyal mana görüşüne göre icra, bir neticeyi gerektirmektedir. Buna göre icradan bahsedilebilmesi için (örneğin öldürmek eylemi gibi) sosyal mana ve o şeyin doğasına göre tipik olarak gerçekleşen bir irade faaliyeti aranmaktadır. İhmal ise örneğin başarılı olmayan bir ameliyatta hastanın ölmesini önlememek gibi tipik neticenin önlenmemesi olarak izah edilmektedir. Meselenin, davranışın dış görünüşünden ziyade hukuksal değerlendirme problemi olduğunu savunan ağırlık noktası görüşüne göre söz konusu değerlendirme hukuksal ithamın nereye yöneldiği hakkındadır. Burada belirleyici olan husus davranışın

⁸ Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s. 71.

⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 73.

¹⁰ Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.22.

¹¹ Mustafa Avcı/Erdal Yerdelen, “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, XIX, (1), 163-190, s.173.

¹² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 80.

itham edilebilirliğinin ağırlık noktasının hangi yönde ve nerede olduğudur.¹³ İcrai-ihmalî davranış ayrımının belirlenmesinde sorun yaşanan durumlarda nedensel süreç, aktif hareket, vücut hareketi, sosyal mana, davranışın ağırlık noktası ölçütlerinin en az bir tanesinin uygulanması ve bunlara göre davranışın niteliğinin belirlenmesinin makul bir çözüm yöntemi olacağı öne sürülmüştür.¹⁴

İhmalî suçlar, öğretide görünüşte ihmalî suç ve gerçek ihmalî suç şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda teminat yükümlülüğü (garantörlük, garanti yükümlülüğü) olarak adlandırılan¹⁵ ve kişinin, koruma ve gözetim yükümlülüğünü, belirli bir konuya yönelik tehlikenin önlenmesi yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi sonucunda oluşan neticeden sorumlu tutulması görünüşte ihmalî suçun konusunu oluşturacaktır. Belirli bir yönde icrai harekette bulunma yükümlülüğüne rağmen kişinin meydana gelebilecek ya da meydana gelmiş neticeyi önlemeye yönelik teminat yükümlülüğünün bulunmadığı ya da herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmayan hâllerde ise gerçek ihmalî suçun varlığından bahsedilecektir.¹⁶

Burada, neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan teminat yükümlüsünün neticeyi önleme bakımından soyut bir ahlaki yükümlülüğünden ziyade, (örneğin örf ve adetten kaynaklanan bir yükümlülük) hukuki bir yükümlülüğünün varlığı aranmaktadır. Teminat yükümlülüğü ise kanundan, sözleşme ilişkisinden ya da ön gelen tehlikeli fiilden kaynaklanabilmektedir.¹⁷

4721 sayılı Türk Medeni Kanununda ergin olmayan çocuğun ana ve babasının velâyeti altında olacağı (m. 335), ana ve babanın evli olmaması hâlinde velâyetin anaya ait olacağı (m. 337) düzenlemelerine yer verilmiştir. Velayetin kapsamına ilişkin olarak ise anılan Kanun'da; ana ve babanın, çocuğun bakım ve eğitimi konusunda onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alacağı ve uygulayacağı (m. 339), ana ve babanın, çocuğu imkânlarına göre eğiteceği ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve

¹³ M. Emin Artuk / Ahmet Gökcen/ Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 262.

¹⁴ Avcı/Yerdelen, "Karar İncelemesi - Garantörsel İhmalî Suçta İhmalî ve İcrai Davranış Ayrımı", s.174.

¹⁵ Hakan Hakeri, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 77.

¹⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 398.

¹⁷ Özbek/Doğan/Meraklı ve diğerleri, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.237.

toplumsal gelişimini sağlayacağı ve koruyacağı (m. 340), çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde ana ve babanın duruma çare bulamaması veya buna güçlerinin yetmemesi halinde hâkimin, çocuğun korunması için uygun önlemleri alacağı (m. 346), ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması durumunda velayetin kaldırılacağı (m. 348) hükümleri düzenlenmiştir. Bahse konu düzenlemeler doğrultusunda evlilik birliğinin varlığından söz edilemeyen durumlarda çocuk, annenin velayeti altına olup annenin çocuk üzerinde kanundan doğan ve çocuğu beslemek, koruma ve gözetim altında bulundurmak ve çocuğun bakımını yapmak şeklinde aile hukukundan kaynaklanan teminat yükümlülüğü bulunacaktır.

I. OLAY

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun **9.11.2022** tarih ve E. 2020/466, K. 2022/709 sayılı kararına konu teşkil eden olayda; A, evlilik dışı cinsel birliktelik sonucu hamile kaldığı Ç'yi 22.6.2012 tarihinde Kadın Doğum Hastanesinde dünyaya getirir. Bu tarihten üç ay kadar sonra 6.9.2012 tarihinde aile hekimi tarafından A'nın evine gidilerek Ç ile ilgili bir sağlık muayenesi yapılmak istenir. Ancak A, aile hekimine böyle bir bebek dünyaya getirmediğini ileri sürer ve Ç'nin varlığını inkâr eder. Bunun üzerine olay adli mercilere intikal ettirilir ve A hakkında soruşturma başlatılır. Bu soruşturma sürecinde A'nın Ç'yi henüz iki günlük iken bir dere kenarına bıraktığı anlaşılr. Ancak Ç'nin cesedine rastlanmaz.

II. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Karara konu teşkil eden olayda çözümlenmesi gereken hukuki problemler sırasıyla şunlardır:

1) A'nın dünyaya getirdiği Ç'yi doğumdan kısa bir süre sonra bir dere kenarına bırakması hangi suçu oluşturur?

2) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte, başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve tedavi edilmiş olsaydı A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemek gerekirdi?

3) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte, başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve fakat tedavi edilmeye çalışılmış olmasına rağmen hastanede ölmüş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemek gerekirdi?

4) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuğun, başkaları tarafından bulunarak hastaneye kaldırılmış ise de hastanede yapılan muayenede donarak ölmüş olduğu tespit edilmiş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemek gerekirdi?

5) Babası B'nin, yeni doğan çocuğun annesi tarafından dere kenarında bırakıldığını öğrenmesine rağmen, hiçbir şey yapmaması, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirir mi?

6) Yeni doğan çocuğun dere kenarına bırakıldığı ispatlanabilmiş ise de, canlı olup olmadığı, ölüp ölmediği konusunda hiçbir verinin elde edilememesi, hiçbir delilin bulunmaması halinde, yargılama usulü ve ceza

hukuku sorumluluğu bağlamında nasıl bir yol izlenmesi gerekmektedir?

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

1) Hınıs Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından A ve B hakkında nitelikli kasten öldürme suçunu müşterek fail sıfatıyla işledikleri iddiasıyla ve TCK, m. 82 (f. 1, bent a, d ve e), m. 37, (f. 1) ... hükümlerine istinaden cezalandırılması talebiyle kamu davası açılmıştır.

2) İlk derece mahkemesi olarak Hınıs Ağır Ceza Mahkemesi, B'nin beraatine hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesi, A'nın alt soya karşı ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işlediğini kabul ederek, A hakkında sırasıyla TCK, m. 82 (f. 1, bent d), m. 83 ve m. 62 ... hükümlerine istinaden, sonuç ceza olarak, 16 yıl 8 ay hapis cezasına hükmetmiştir.

3) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, söz konusu davada Aile Bakanlığının davaya katılabilmesine yönelik gerekli usûlî işlemlerin yapılmadığı gerekçesiyle bu mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

4) İlk derece mahkemesi, bozma kararına uyarak yaptığı yargılama sonucunda yine aynı cezaya hükmetmiştir.

5) Yargıtay 1. Ceza Dairesi, bu defa yaptığı temyiz incelemesi sonucunda, A hakkında icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı TCK, m. 82 (f. 1, bent d ve e) hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin ikinci mahkûmiyet hükmünün de bozulmasına karar vermiştir. Bu karar oy çokluğu ile verilmiştir. Daire üyelerinden bir kısmı, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün doğru olduğunu kabul ederek karşı oy kullanmışlardır.

6) Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, Yargıtay 1. Ceza Dairesinin söz konusu bozma kararına karşı,

A'nın *“yenidoğan bebeğini 2 günlük iken yalnız başına dere kenarına bıraktığı daha sonra yapılan aramalara rağmen bulunamadığı sabit olup, ... Ağır Ceza Mahkemesince yapılan yargılama sonunda (hakkında) TCK'nın 82/1-d-e, 83/3. maddeleri gereğince kurulan hükmün yerinde olduğu ve sanık A'nın eylemi, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturduğundan, hükmün onanması yerine, aksi görüşle bozulmasına karar verilmesinin Kanun'a aykırı olduğu,”*

görüşüyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur.

7) Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise yaptığı inceleme sonucunda, Yargıtay 1. Ceza Dairesi gibi A'nın Ç'ye karşı “öldürme eylemini, **doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir**” değerlendirmesiyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine karar vermiştir. Bu karar da oy çokluğu ile verilmiştir.

Ceza Genel Kurulu üyelerinden bir kısmı, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünün doğru olduğunu kabul ederek; bir kısmı ise Ç'nin öldüğüne dair hiçbir delil bulunmadığına göre, A hakkında ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçuna teşebbüsten dolayı cezaya hükmetmek gerektiği gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır.

IV. BİLGİ

1. Beraatine hükmedilen diğer sanık B'nin, yargılama sürecindeki savunmalarından, Ç'nin doğumundan haberdar olduğu, bu kız çocuğunun babası olduğunu inkâr etmediği, bu doğumdan birkaç gün sonra A'nın Ç'yi bir dere kenarına bıraktığı hususunda kendisine bilgi verdiği anlaşılmaktadır.

2. Keza, A'nın, şüpheli veya sanık sıfatıyla alınan ifade ve sorgularındaki anlatımlarından, Ç'yi dere kenarına bıraktıktan sonra bu hususta B'ye bilgi verdiği anlaşılmaktadır.

DEĞERLENDİRME

1) A'nın dünyaya getirdiği Ç'yi doğumdan kısa bir süre sonra bir dere kenarına bırakması eyleminin hangi suçu oluşturacağı,

Sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini hastanede doğurduktan kısa bir süre sonra, 4721 sayılı Kanun hükümleri uyarınca bebeğin hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın **onu icrai davranışıyla bir dere kenarına bırakması ile** bebeğin hayatının korunmasına, bakım ve gözetimine yönelik emredilen bir davranışı yerine getirmeyerek sonrasında onun yaşam hakkına ilişkin icrai bir davranışta bulunmayarak hareketsiz kaldığı görülmektedir. Nitekim yeni doğan bir bebek kendi başına yaşamını devam ettiremeyecek olup onun varlığını devam ettirebilmesi diğer kişilerin bebeğe yönelik davranışlarına bağlı olmaktadır. Çocuğun hayatının korunmasına ilişkin annenin sahip olduğu özel teminat yükümlülüğü kanundan kaynaklanmakta ve bu yükümlülüğün ihlal edilmesi gerçekleşen neticeye göre bahsedildiği üzere ihmali suçun

konusunu oluşturacaktır. Bebeğin velayet altında bulunduğu anneye, bebek için yöneltilen teminat yükümlülüğünün ontolojik olarak mevcut bulunduğu ve bu yükümlülüğün var olmanın doğasında yer aldığını belirten görüşler de mevcuttur.¹⁸

A'nın dünyaya getirdiği Ç'yi doğumdan kısa bir süre sonra bir dere kenarına bırakması eylemine ilişkin olarak terk suçu ve bu suça yönelik ihtimaller bakımından değerlendirme yapmakta fayda görülmektedir. Bu kapsamda failin yükümlülüğünün kaynağına ve failin kastına odaklanılması gerekmektedir.

Nitekim, Terk Suçu 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 97. maddesinde:

“(1) Yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur.”

şeklinde düzenlenmiştir.

Kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi terk fiili, olayın şartlarına göre icrai ya da ihmali davranışla işlenebilecektir. Terk suçu bakımından örneğin bir bebeğin cami avlusu gibi herkesin görebileceği bir yere götürülüp bırakılması icrai davranışla; bir bebeğin evde kendi hâlinde bırakılarak tatile çıkılması hâlinde bebeğin koruma ve gözetim yükümlülüğünden yoksun bırakılması nedeniyle terk suçunun ihmali davranışla işlendiği belirtilmektedir.¹⁹ Doktrinde maddenin birinci fıkrasında yer alan terk suçunun, kanunda tanımlanan belli bir emredici davranışın (terk etmeme) kasten yerine getirilmemesi suretiyle meydana geleceği için gerçek ihmali suç olarak düzenlendiği de belirtilmiştir.²⁰ Diğer bir görüşe

¹⁸ Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 340, Yurtlu da, ihmali davranışın icrai davranış gibi ontik yapısının olduğu kanaatindedir: Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.103.

¹⁹ Mahmut Koca/İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 201.

²⁰ Ersin Turan/Cengiz Otacı, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 1026, Yiğithan Özçalık, Türk Ceza Kanununda

göre ise bu suçun ancak bakım ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan, yani teminat yükümlüsü olan (garantör) tarafından işlenebileceği için 5237 sayılı Kanun'da bir görünüşte ihmalî suç olarak tanımlandığı ifade edilmiştir.²¹ Somut olay bakımından failin cezalandırılabilmesi için failin kastının ortaya çıkarılması gerekmektedir. Şöyle ki olayın gerçekleşme şartları, örneğin bebeğin bırakıldığı yerin, zamanın, hava koşullarının ayrıca değerlendirilmesi suretiyle failin kastı olayın başından itibaren (ki somut olayda fail, bebeği kimsenin gelip geçmeyeceği ve bebeğin bulunmasının imkân dâhilinde olmayan bir yere bırakmıştır.) terk suretiyle mağdurun ölümünün amaçlanması ise ölüm neticesinin ortaya çıkmasına bağlı eylem bakımından TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu oluşacaktır. Ancak failin asıl kastı terk olmakla birlikte terk eylemi sonucu ölüm ya da yaralanma meydana gelmişse yukarıda yer verilen TCK'nın 97. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca failin netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç hükümlerinden sorumlu tutulması gerekmektedir.²² Somut olay bakımından değerlendirilecek husus; failin, mağdurun yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına rağmen bu yükümlülüğünü kasten ihmal etmiş olması ve bu ihmali davranışın mağdurun ölümü ya da yaralanması riskini yükseltmiş bulunup bulunmamasıdır.

Ç'nin dere kenarına bırakılmasıyla A tarafından, kanundan kaynaklanan teminat yükümlülüğünün kasten ihmal edilmesiyle kaçınılmaz olarak görülen ölüm ya da yaralanma neticesinin meydana gelmesi, icrai davranışla eşdeğer olan bir ihmali davranıştan kaynaklanacaktır.²³

Bahse konu tespit ve değerlendirmeler dışında somut olayın bu aşaması bakımından bebeğin dere kenarına bırakılması eylemi terk suçunun konusunu oluşturacaktır (TCK m. 97/1).

Nitekim Yargıtay 1. Ceza Dairesinin kararına konu olan bir olay bu suçun oluşumuna ilişkin yol gösterici olacaktır. Bahse konu kararda fail, doğumdan hemen sonra bebeğini dere yatağına bırakmış ve yetkililer tarafından beş gün

Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.99.

²¹ İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, XXV(4), 303-377, s. 339.

²² Mustafa Arslantürk, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 126.

²³ Doktrinde eşdeğerlik kaydı olarak tanımlanan ve ihmali davranışın ne zaman icrai davranışa eşdeğer olacağı hakkında bkz. Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 198.

sonra bebek ölmüş bir şekilde bırakıldığı yerde bulunmuştur.

Bu olayda yerel mahkeme tarafından fiil; ihmali davranışla bebeğini kasten öldürme suçuna (TCK m. 83) teşebbüs şeklinde değerlendirilmiştir. Yargıtay tarafından ise, söz konusu somut olayın terk suçu (TCK m. 97) bağlamında incelenmesi gerektiğinden kararın bozulmasına hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde de bu husus,

“Sanığın, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan yeni doğan ve yaşı itibarıyla kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdura karşı herhangi bir şiddet uygulamaksızın ıssız bir yere kendi haline bıraktığının tespit edilmesi halinde eyleminin TCK’nın 97. maddesinde düzenlenen terk suçunu oluşturup oluşturmayacağının karar yerinde tartışılması suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması, ... bozmayı gerektirmiş olup”

şeklinde belirtilmiştir.²⁴

2) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte, başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve tedavi edilmiş olsaydı, A’nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlemesi gerektiği,

Terk eyleminin gerçekleşmesi neticesinde mağdurun sağlığının bozulması durumunda failin, olayın gerçekleşme şartlarına göre kasten/olası kastla yaralama suçundan sorumluluğu yoluna gidilmesi gerekmektedir (m. 86). Ayrıca bebeğin sağlığının bozulması, onun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebebiyet vermişse yine terk suçuna ilişkin netice sebebiyle ağırlaşan hâli düzenleyen TCK m. 97/2 göndermesiyle fail hakkında TCK’nın netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunu düzenleyen 87. madde hükümleri (m. 87/1-d) uygulanacaktır. Bu hâlde failin ayrıca terk suçundan cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir. Failin ayrıca terk suçundan cezalandırılmamasının nedeni olarak görünüşte içtima kapsamında yardımcı norm türü olarak ifade edilen geçitli suçlar bağlamında²⁵ bir değerlendirme yapmak yanlış olmayacaktır. Doktrinde *“Failin bir suçu işlemek için aynı hukuki değeri koruyan daha hafif bir suçtan geçmek zorunda olduğu hallerde geçit suçu söz konusu olur.”* şeklinde tanımlanan geçit suçlarının; cezalandırılmayan

²⁴ Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/1572 E., 2016/2536 K., 23.05.2016.

²⁵ Kayıhan İçel, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49, s. 46.

önceki eylem kapsamında sayıldığı ve görünüşte içtimanın bir türünü oluşturduğu belirtilmiştir. Ancak somut olay bakımından ayrıca terk suçundan cezalandırmama hususunda geçerli suçlarda belirtilen zorunluluk şartının aranmaması gerektiği, farklı neviden fikri içtima için kabul edilen ve en ağır ceza hükümlerinden sanığın cezalandırılmasını öngören erime sisteminden²⁶ hareket edilerek failin yalnızca terk suçu nedeniyle ortaya çıkan netice sebebiyle ağırlaşan hâlden cezalandırılması gerektiği ifade edilebilmektedir (TCK m. 97/2).

Somut olayda sağlığı bozulan bebek yönünden failin TCK'nın 87. maddesinin uygulanması suretiyle cezalandırılması ve bebeğin sağlığının bozulması, onun yaşamını tehlikeye sokan bir duruma sebebiyet vermişse failin (m. 87/1-d-netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama) hükmünden²⁷ sorumlu tutulacağı ifade edilmişse de²⁸ ağır yaralanma neticeleri bakımından failin kastına yönelik bir inceleme yapmakta fayda görülmektedir. Şöyle ki terk eden, terk edilenin sağlığının bozulabileceğini öngörmesine rağmen bu muhtemel netice bakımından kayıtsız kalıp bir önlem almayarak “hastalanırsa hastalansın” düşüncesi ile hareket etmişse ihmali davranışla işlediği kasten yaralama (TCK m. 88) suçundan sorumlu tutulacaktır.²⁹ Ancak burada eylem TCK'nın kastı tanımlayan 21. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca failin olası kastının varlığını gündeme getirecektir. Söz konusu fıkra olası kast “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Fail bu ihtimalde, neticenin gerçekleşmesini kabullenmiş/kayıtsız kalmış ve nihayetinde eylemi gerçekleştirmiştir.

²⁶ “*Erime sistemi (Absorptionsprinzip/Einschlußprinzip) tespit edilen cezalardan sadece en ağırının uygulanması esasına dayanır. TCK'nın farklı nev'iden fikri içtimayı düzenleyen 44. maddesinde de erime sistemi benimsenmiştir.*” bkz. Neslihan Göktürk, Fikri içtima (Suçların İçtimai), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 13.

²⁷ Bahse konu hüküm TCK'da:

“Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama

Madde 87- (1) Kasten yaralama fiili, mağdurun;

...

d) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,

...

Neden olmuşsa, yukarıdaki maddeye göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.” şeklinde düzenlenmiştir.

²⁸ Koca/Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, s. 202.

²⁹ Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 339.

Diğer taraftan somut olay kapsamında değerlendirilmesi gereken başka bir husus, bebeğin canlı olarak bulunmuş ve tedavi ettirilmiş olması nedeniyle failin ihmali davranışla kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bu yönde bir eylemin olası kastla gerçekleştiği düşünüldüğünde, ihmali davranışla kasten öldürme suçu bakımından; ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı ve olası kastla işlendiği düşünülen bahse konu suça ilişkin sanık bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu ortaya çıkacaktır.³⁰ Öncelikle, olası kastla işlenen suçlara ilişkin fail hakkında teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağının değerlendirilmesi gerekirse; doktrinde bu konuda iki farklı görüş yer almaktadır. Bunların ilkinde teşebbüs hükümlerini düzenleyen maddede kastın türü bakımından bir ayırım yapılmadığı gerekçesiyle olası kastla işlenen suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği ve sorumluluğun netice ile sınırlı olarak belirlenmesi gerektiği³¹; diğer görüşte ise anılan maddede “işlemeyi kastettiği” şeklinde bir ibareye yer verildiğinden ve kastın “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” olarak tanımlandığından olası kastta “bilme” ve “isteme”nin söz konusu olmaması nedeniyle bu suçlara ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmiştir.³² Bu görüşe katılmak olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanmaması neticesinde sorumluluk alanını sınırlandırması ve kast başlığı altında bir ayırım yapılmadan her iki türü kapsayacak şekilde bir düzenleme yapılması nedeniyle mümkün görünmemektedir.

İhmali davranışla kasten öldürme suçuna ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı bakımından;

Üçüncü kişilerin bebeği kurtarması ve hastanede tedavi ettirmesi failin cezai sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve söz konusu suça teşebbüsten,

³⁰ Bu hâlde A’nın cezai sorumluluğu olası kasta işlenmiş suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabilirliği meselesi ile bağlantılı olarak çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

³¹ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1994, s. 165, Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 560, Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2021, s. 316, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun son yıllarda verdiği kararlarda “*olası kastla öldürme suçuna teşebbüs mümkün olmadığından*” denilerek olası kast ile teşebbüsün bağdaşmayacağı belirtilmektedir YCGK, 2018/121 E., 2021/388 K., 14.9.2021.

³² Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 342, Nevzat Toroslu/Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2021, s. 312.

süreç üzerinde hâkimiyeti kalmayan failin cezalandırılması cihetine gidilmesi gerektiği belirtilmiştir.³³ Dere kenarına bırakılan bir bebeğin hayatı bakımından doğrudan bir tehlike meydana gelmeyeceği ifade edilebilirse de bakım ve gözetim yükümlülüğü ihmal edilerek bebeğin özellikle beslenme ihtiyacının karşılanmaması suretiyle sağlığının bozulması hâli, hayatın olağan akışına uygun bir şekilde ve kesin olarak meydana gelecektir. Kesinlik arz eden bu durum, başlı başına müstakil bir suç tipi olarak tanımlanan ve bu yönüyle ihmali suç tipini oluşturan bu eylemin; kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna teşebbüs hükümlerinin ihmal suretiyle işlenmesi suçunun (TCK m. 83) somut olaya uygulanmasını gerektirmektedir. Neticenin maddi unsur olarak değerlendirilip ontik anlamda bir nedensellik ilişkisi kabul edildiğinde ihmali suçlara teorik olarak teşebbüs hükümleri uygulanabilecektir. Ancak konu ile ilgili olarak TCK'nın teşebbüs hükümlerini düzenleyen 35. maddesi incelendiğinde bu hükmün yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceği, ihmali suçta teşebbüsün failin ihmali davranışının başlı başına bir cezai yaptırımı gerektirmesi hâli saklı kalmak kaydıyla cezalandırılmayacağı, meydana gelen neticeye göre failin sorumluluğu yoluna gidilmesi gerektiği de ifade edilmiştir.³⁴ Bu görüşe göre failin tamamlanmış kasten yaralama suçundan sorumlu tutulması gerekmektedir.

Katıldığımız ilk görüşten hareketle, failin kastına göre, müstakil bir suç tipini oluşturan ihmal suretiyle kasten öldürme suçuna teşebbüs hükümlerinin A bakımından uygulanmasına somut olay bakımından bir engel bulunmamaktadır. Ancak burada suçun nitelikli hâlleri³⁵ de dikkate alınarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekmekte olup failin cezasında indirim yapıp yapmama hususu ise yine mahkemenin takdirinde olacaktır.

³³ Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 326.

³⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 582.

³⁵ “Kasten yaralama

“Madde 86

(3) Kasten yaralama suçunun;

...

a) Üstsoya, altsoya, eşe, boşandığı eşe veya kardeşe karşı,

b) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, İşlenmesi halinde, şikâyet aranmaksızın, verilecek ceza yarı oranında, (f) bendi bakımından ise bir kat artırılır.”

3) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, sağlığı bozulmuş olmakla birlikte başkaları tarafından bulunarak canlı olarak hastaneye kaldırılmış ve fakat tedavi edilmeye çalışılmış olmasına rağmen hastanede ölmüş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunun hangi hükümlere göre belirlenmesi gerektiği,

Bebeğin sağlığının bozulması hâlinin terk eyleminden sonra gerçekleştiği düşünüldüğünde; A'nın ceza hukuku sorumluluğu terkin sonucuna göre belirlenecektir. Bu bağlamda, terk sonucunda Ç'nin sağlığının bozulmuş olması A'nın TCK'nın 97/2 hükmüne istinaden (netice sebebiyle ağırlaşan suçtan) cezalandırılmasını gerektirmektedir. İki günlük bir bebeğin kimsenin göremeyeceği bir dere kenarına bırakılması sonucunda bebeğin sağlığının bozulacağı hatta bunun sonucunda ölüm neticesinin meydana geleceği öngörülebilmektedir. Ancak ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından olayın gerçekleşme şartları itibarıyla A tarafından bebek için ölürse ölsün denilerek kayıtsız kalırsa ve mağdur öldürme kastı ile terk edilmişse artık A'nın terk suçundan ziyade işlemek istediği başkaca bir suçtan yani somut olay bakımından ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçundan cezalandırılması cihetine gidilmesi gerekmektedir (TCK m. 83).³⁶ Teminat yükümlüsünün bu amaçla bebeği terk etmesi bahse konu hükmün uygulanmasını gündeme getirecektir. Bu ihtimalde, yapılan tedavilere rağmen bebek kurtarılamamış ve ölüm neticesi gerçekleşmiştir. Bebeğin bırakıldığı yer ve şartlar incelendiğinde, sağlığının bozulması, günlük hayat tecrübelerine göre kesin olarak değerlendirilmektedir. Ancak burada yine suçun nitelikli hâlleri de dikkate alınarak sonuç cezanın belirlenmesi gerekmekte olup failin cezasında indirim yapıp yapmama hususu ise yine mahkemenin takdirinde olacaktır.

4) Dere kenarına bırakılan yeni doğan çocuk, başkaları tarafından bulunarak hastaneye kaldırılmış ise de hastanede yapılan muayenede çocuğun donarak ölmüş olduğu tespit edilmiş olsaydı, A'nın ceza sorumluluğunu hangi hükümlere göre belirlenmesi gerektiği,

Yeni doğmuş bir bebeğin dondurucu soğuğa rağmen kış aylarında kimsenin göremeyeceği bir yere bırakılması eyleminden hareketle bebeğin ölmesi bakımından annenin kasten hareket ettiği konusunda bir şüphe bulunmamaktadır. Doktrinde bu eylem bakımından ölüm neticesinin

³⁶ Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, LXV, (2), 49-76, s. 69.

muhtakak gerekleŖeeğinden bahisle failin icrai davranıŖından sorumlu tutulması gerektiğiy³⁷, kış mevsiminde ıssız bir yere terk edilen bebek bakımından annenin hem ihmali hem de icrai davranıŖla hareket ettiğiy ancak kasıtlı icrai hareketi karŖısında ceza adaletinin sağlanması bakımından ihmalin geri ekilmesi gerektiğiy³⁸ ve sonu cezanın icrai davranıŖla kasten öldürme suundan belirlenmesi gerektiğiy belirtilmiŖtir.

Yargıtay da bir kararında bebeğın ıssız bir alana bırakılıp terk edilmesi eylemi bakımından:

“Doğurduğu bebeğiy beslemek, bakımını yapmak ve korumak gibi hukuki yükümlölölük altında bulunan ve bu bakımdan garantör konumunda olduğu hususunda tereddüt bulunmayan sanığın, bu hukuki yükümlölölüklerini de yerine getirmemekle birlikte, yeni doğmuş, savunmasız hâlde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karŖılayamayan 5 günlük bebeğiy, güvende olduğu evden alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğın karnını doyumlamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebekten kurtulmak amacını taşıyan sanık, öleceğini bildiğiy halde bebeğiy ıssız bir yere götürerek kendi halinde bırakmış ve kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiŖtir. Sanığın bu eyleminin bebeğiy boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıŖtan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranıŖla gerekleŖtirdiğiy kabul edilmelidir.” Ŗeklinde değerlendirmede bulunarak öldürme suunun doğrudan kastla ve icrai davranıŖla gerekleŖtiğiy belirtmiŖtir. Ancak bahse konu kararda gerekleŖtirilen eylemin icrai davranıŖ olmadığı ve bu tespitin ihmali fiilin cezalandırılmasını sağlayan “eŖdeğerlik kaydına” gönderme yapıldığı da belirtilmiŖtir.³⁹

Somut olayın gerekleŖme Ŗartlarının yaz ayları olması bakımından bebeğın donarak ölmesi annenin icrai davranıŖtan ziyade ihmali davranıŖı sonucu gerekleŖtiğiy ifade etmek yanlış olmayacaktır. Somut olaydaki ölüm neticesi annenin bebeğiy dere kenarına götürüp bırakması suretiyle gerekleŖmemiş olup ölüm neticesi, bebeğın bırakıldığı yerde savunmasız bırakılması suretiyle donmasından kaynaklanarak gerekleŖmiŖtir. Bu

³⁷ Koca/Üzölmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, s. 202.

³⁸ V. Özer Özbek/Koray Doğın/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.306.

³⁹ Yurtlu, İhmali Sular, s. 124.

bakımdan A'nın kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan (TCK m. 83/3) sorumluluğu yoluna gidilmesi, bebeğin birileri tarafından bulunmasının ihtimal dâhilinde olmadığı bir yere bırakıldığı tespit edildiğinde ise A'nın doğrudan kastının varlığından hareketle cezanın belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim söz konusu ihmâl; icraî davranışa eşdeğer niteliktedir.

Ancak bu gibi hâllerde failin cezasında indirim yapıp yapmama hususu yine mahkemenin takdirinde olacaktır.

5) Babası B'nin, yeni doğan çocuğun annesi tarafından dere kenarında bırakıldığını öğrenmesine rağmen hiçbir şey yapmamasının, ceza hukuku sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği,

Baba B'nin de çocuk üzerinde anne gibi bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. A ile B resmî olarak evli olmadıkları için bu yükümlülük baba yönünden velayet ilişkisinden olmasa da “çocuk ile anne ve baba arasındaki doğal ve hukuki bağ” olarak ifade edilen altsoy-üstsoy hısımlığından yani soybağından kaynaklanabilecektir.⁴⁰ Bahse konu yükümlülük ise çocuğa karşı işlenmekte olan bir suçun işlenmesinin önlenmesi yükümlülüğünü de kapsamaktadır.⁴¹ İşlenmiş olan suça iştirak hükümleri uygulanamayacak olmakla birlikte terk eylemi sonucu meydana gelebilecek ve suç vasfını haiz diğer neticeler bakımından babanın, bebeğin terk edildiği yeri bilmesi hâlinde kurtarmak için bir davranışta bulunması, yeri bilmiyorsa kolluk kuvvetlerine başvurması beklenecektir. Babanın bu şekilde bir çaba göstermesine rağmen bebeğin ölü bulunması hâlinde ölüm neticesinden sorumlu tutulmaması; harekete geçerek neticeyi önleyebilecek durumda olmasına rağmen pasif davranmış ve ölüm neticesi gerçekleşmişse bu hâlde kasten öldürme suçundan babanın sorumlu tutulması gerekmektedir. İkinci ihtimal bakımından neticenin sınırlandırılması hâlen mümkün ise suçu bildirmeme suçunun (TCK m. 278/2) oluştuğu ifade edilebilirse de⁴² fikri içtima hükümleri uyarınca babanın en ağır cezayı gerektiren suçtan yani ihmali davranışla işlenen kasten öldürme

⁴⁰ İhsan Erdoğan/Dilşat Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, Ankara, 2019, s. 261.

⁴¹ İzzet Özgenç, “İcraî Suça İhmali Davranışla İştirak, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2014, 2(1), 1-10, s. 6.

⁴² Bahse konu suç bakımından suçun tanıklıktan çekinebilecek olan kişiler tarafından işlenmesi hâlinde cezaya hükmolunmayacağı düzenlenmesinden bahisle şahsi cezasızlık sebebi de gündeme gelecektir (TCK m. 278/4). Nitekim olayda A ile B arasında resmi bir evlilik olmasa da şahıslar arasında ikinci dereceden kayın hısımlığı ilişkisinin mevcut olduğunun gözden kaçırılmasında fayda görülmektedir (CMK, m. 45/1-d).

suçundan cezalandırılması gündeme gelecektir.

Burada bir ölüm neticesi meydana gelmiş ise babanın sorumlu tutulabilmesi için babanın terk fiilinden ne zaman haberdar olduğu(ölümden önce mi sonra mı?) önemli bir ayrıntı olacaktır. Bu kapsamda ilk derece mahkemesi tarafından baba hakkında verilen beraat kararının sorgulanması önem arz etmektedir.

6) Yeni doğan çocuğun dere kenarına bırakıldığı ispatlanabilmiş ise de canlı olup olmadığı, ölüp ölmediği konusunda hiçbir verinin elde edilememesi, hiçbir delilin bulunmaması halinde, yargılama usulü ve ceza hukuku sorumluluğu bağlamında nasıl bir yol izlenmesi gerektiği,

Somut olayda, ilk derece mahkemesi kararı incelendiğinde ayrıca henüz cesedine ulaşılamayan veya ölüp ölmediği belli olmayan ve nüfus kütüğüne bir isim verilerek kaydı yapılmayan bebeğin çocuk esirgeme kurumuna bırakılma ihtimaline istinaden Erzurum il merkezi dâhil olmak üzere Kars, Ağrı, Bayburt, Ardahan, Muş, Bingöl, Erzincan illeri çocuk yuvaları ile yazışmalar yapıldığı ve alınan cevaplarda çocuk esirgeme kurumunda buluntu bir bebek olmadığı bilgisi yer almaktadır. Bu kapsamda henüz ölüp ölmediği hakkında bir fikir sahibi olunmayan bebeğin gaip olma ihtimalinin değerlendirilmesinde fayda görülmektedir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Kanun'da sağ ve tam doğum ile başlayan kişiliğin, ölümle sonra ereceği düzenlenmiştir (m. 28/1). Ölüm dışında gaiplik kararı ve ölüm karinesi de kişiliği sona erdiren hâller arasında sayılmaktadır.⁴³

Somut olay ile ilgili olarak kişiliği sona erdiren hâllerden gaiplik müessesesini incelemek gerekirse 4721 sayılı Kanun'da gaiplik; *“Ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir (m. 32/1).

Ayrıca Kanun'da yer alan *“Sağ olup olmadığı bilinmeyen bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payı on yıl resmen yönetilirse ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı süre geçerse, Hazinesin istemi üzerine o kimsenin gaipliğine karar verilir.”* düzenlemesi uyarınca yine

⁴³ İhsan Erdoğan/Dilşat Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 317.

kişi hakkında gaiplik kararı verilebilecektir (m. 588/1).

Bir kimse hakkında gaiplik kararı verilebilmesi için kişinin ölüm tehlikesi içinde kaybolması, kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması ya da bir kimsenin malvarlığı veya ona düşen miras payının on yıl resmen yönetilmesi ya da malvarlığı böyle yönetilenin yüz yaşını dolduracağı sürenin geçmesi gerekmektedir.

Gaiplik kararı bakımından ilk iki hâli inceleyecek olursak; yalnızca kaybolma ya da haber alınamama durumu yeterli olmayıp kararın verilebilmesi bakımından bu hâller üzerinden belli bir sürenin geçmiş olması da gerekmektedir. Bu süreler 4721 sayılı Kanun'da "*Gaiplik kararının istenebilmesi için ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir.*" şeklinde yer almaktadır (m. 33/1). Buna göre; bahse konu süreler geçmeden kişi hakkında gaiplik kararı verilmesi için hak sahipleri tarafından bir başvuru yapılamayacaktır. Yine gaipliğe karar verilebilmesi için o kişinin ölümüne, olası gözle bakılması gerekmektedir. Olası hâlden ziyade kesinlik arz eden bir durum söz konusu olursa; 4721 sayılı Kanun'da yer alan "*Kişinin ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır.*" düzenlemesi uyarınca ölüm karinesinin uygulanmasının gündeme gelmesi beklenecektir.⁴⁴ Bu durumda anılan Kanun'un 44. maddesinin birinci fıkrasında yer alan "*Bir kimse, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde ortadan kaybolursa cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülkî amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşürülür.*" düzenlemesi uyarınca kişi hakkında ölü kaydı düşülecektir. Burada, gaiplikte olduğu gibi kaydın düşülmesi bakımından belirli bir sürenin geçmesini bekleme ya da ilan şeklinde gerçekleşen uzun süreç gerektiren işlemlere ihtiyaç duyulmamaktadır.⁴⁵

Bu kapsamda uçağın havada parçalanması suretiyle denize düşmesi sonucu uçaktakilerin ölümüne kesin gözle bakılabilecekse de Erciyes Dağında kayak sporu yapan bir kişinin kaybolması hâlinde onun ölümüne olası gözle bakılabilecektir. Buna göre, ilk örnekte ölüm karinesi; ikinci örnekte ise gaiplik hükümleri uygulanabilecektir.

⁴⁴ Süleyman Yılmaz/Abdülkerim Yıldırım, Medeni Hukuk I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s.112.

⁴⁵ Şaban Kayıhan, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), Seçkin Yayınevi, 1. Baskı, Ankara, 2022, s. 25.

Ancak madde metninde yer alan iki hâlin gerçekleşmesi ve bu hâllere ilişkin sürelerin geçmiş olması gaiplik kararı verilebilmesi için yeterli olmayacaktır. Bu kapsamda “*hakları bu ölüme bağlı bulunan kimselerden birinin*” sulh hukuk mahkemesine (HMK m. 382-383) başvurarak mahkeme aracılığıyla gaiplik kararı alması gerekecektir (4721 sayılı Kanun m. 32). Kendisine yapılan başvuru üzerine hâkim, gaip hakkında bilgisi olan kimseleri belirli bir süre içinde bilgi vermek üzere ilanla davet edecek olup bu süre ilk ilan tarihinden itibaren en az 6 ay olarak belirlenmiştir. Bekleme süresi içerisinde hakkında gaiplik kararı verilmesi için başvuru yapan kişi ortaya çıkarsa ya da öldüğü tarih belirlenebilirse gaiplik talebi düşecektir (4721 sayılı Kanun m. 34).

Yapılan ilanlar sonucunda gaibin hayatta olduğuna ya da ölmüş olduğuna dair bir bilgi veren ortaya çıkmaz ise hâkim gaipliğe karar verecektir. Gaiplik kararı ise mahkemelerce 10 gün içinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirilecektir. Bildirimden sonra ise nüfus memurlarınca bu karar aile kütüklerine tescil edilecektir (NHY m. 78).

Karar, gaiplik kararının verildiği andan itibaren değil geçmişe etkili olarak hüküm ve sonuç doğuracaktır. Bu durumda kişilik, geçmişe etkili olarak gaibin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu ya da kendisinden en son haberin alındığı andan itibaren sona erecektir.⁴⁶

Bebeğin doğumdan 2 gün sonra yani 24/06/2012 tarihinde terk edildiği iddia edilen somut olayda bebeğin gaipliği hakkında ölüm tehlikesi içinde kaybolma ihtimali için 24/06/2013 tarihinden önce başvuru yapılamayacaktır. Bebek hakkında uzun zamandan beri haber alınamama düzenlemesi bakımından gaipliği için başvurulacak süre ise en erken 24/06/2017 tarihi olacaktır. Bu süreler kapsamında bebek hakkında gaiplik başvurusu yapılmadan yürütülen soruşturma ve kovuşturma kapsamında 12/02/2015 tarihinde ilk derece mahkemesi tarafından sanık (A) hakkında “*normal şartlarda çocuğa ya da beden veya ruh bakımından kendisini savunmayacak bir durumda bulunan alt soydan birine karşı işlenen kasten öldürme eylemi için kanunda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ön görülmüş olması sebebiyle sonuç ve kabule göre TCK’nın 83/3 maddesi uyarınca sanık hakkında temel ceza olarak ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine takdiren alt sınırdan hüküm kurularak süreli 20 yıl hapis cezasıyla sanığın cezalandırılması ve neticeten TCK’nın 62/1.maddesi uyarınca 16 yıl 8 Ay hapis cezasıyla cezalandırılması*”

⁴⁶ Erdoğan/Keskin, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 328.

kararı verilmiştir.

Ancak yapılacak gaiplik başvurusu üzerine gerekli diğer şartların gerçekleşmesi hâlinde, hukuk mahkemesi tarafından bebeğin gaipliğine hükmedilmesiyle kişinin öldüğüne yönelik bir karine meydana geleceğinden somut olay bakımından, sanığa isnat edilen suçun ispatı başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı olacaktır. Bu kapsamda ceza mahkemesi görevli mahkemeye yapılan gaiplik başvurusunun sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilecektir (CMK m. 218/1). Bekletici sorun kararının verilmesinden sonraki süreçte ise görevli mahkeme tarafından karar verilmeye kadar ceza yargılamasının durması beklenecektir.⁴⁷ Hukuk mahkemesi tarafından bebeğin gaipliğine karar verilmesi hâlinde gaiplik kararının hüküm ve sonuçları bağlamında kişilik sona ereceğinden bu hâlde sanığın ihmali davranışla öldürme eyleminden cezalandırılması da söz konusu olabilecektir.

4721 sayılı Kanun'da yer alan gaiplik hükümleri yerine ölüm karinesinin uygulanması suretiyle bebeğin öldüğü kabul edilerek bir süre geçmesine de bağlı olmadan bebek hakkında ölüm kaydının düşüldüğü ihtimaline istinaden bahse konu kararda bir sorun olmadığı düşünülmektedir. Ancak bu şekilde bir karar alınmaksızın ya da ölümün gerçekleştiğine dair bir bilgi sahibi olunmaksızın kasten öldürme suçunun tamamlanmış şekli ile netice bakımından ölümün gerçekleştiğinin henüz kesin olarak bilinmediği, bebeğin canlı olup olmadığına yönelik bir fikir sahibi olunmadığı ve hiçbir delilin de bulunmadığı somut olayda; sanık hakkında bebeğin terk edilmesi ile ölüm sonucu arasında bir nedensellik bağı kurulması suretiyle ölüm olayının mutlakıyetinden yola çıkılarak mahkeme tarafından sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesinin ceza muhakemesinin en önemli ilkelerinden biri olan ve *"in dubio pro reo"* olarak ifade edilen yani *"şüpheden sanık yararlanır"* ilkesine aykırı olacağı ifade edilebilmektedir. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2012/6-1309 Esas, 2013/258 Karar sayılı kararında, şüpheden sanık yararlanır ilkesine yer vererek; *"Gerçekleşme şekli şüpheli ve tam olarak aydınlatılamamış olaylar ve iddialar sanığın aleyhine yorumlanarak mahkûmiyet hükmü kurulamaz. Oldukça geniş bir uygulama alanı bulunan bu kural, bir suçun gerçekten işlenip işlenmediği veya işlenmiş ise gerçekleştirilme biçimi konusunda şüphe belirmesi halinde uygulanacağı gibi suç niteliğinin belirlenmesi bakımından da geçerlidir. Ceza mahkûmiyeti, yargılama sürecinde toplanan delillerin bir kısmına dayanılarak*

⁴⁷ Cumhuriyet Şahin/Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s.81

ve diğer bir kısmı göz ardı edilerek ulaşılan ihtimali kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, hiçbir şüphe ve başka türlü bir oluşa imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır.” şeklinde görüşünü açıklamıştır. Bu yönü ile varsayımlara dayanılarak eylemin tamamlandığının kabul edilmesi sanığın ağır yaptırımlar ile karşı karşıya kalmasına neden olacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi’ne de şüpheli ölümler kapsamında “yaklaşık yirmi yıl önce gözaltına alındıktan sonra kaybolan eşi ile ilgili soruşturmanın etkili olarak yürütülmemesi ve zamanaşımına uğraması nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Birsen Gülünay B. No 2013/2640)”, “bir kişinin kaybolması hakkında başlatılan ceza soruşturmasının etkisiz yürütülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Mehmet Özcan B. No: 2015/3752), “güvenlik güçlerince gözaltına alındığı iddia edilen bir kişiden bir daha haber alınamaması ve bu olay hakkında başlatılan ceza soruşturmasının etkisiz yürütülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Alya Demir ve Mehmet Demir B.No: 2015/7584)”, “güvenlik güçlerince gözaltına alındığı iddia edilen bir kişinin zorla kaybedilmesi olayı hakkındaki ceza soruşturmasının etkisiz yürütülmesi nedeniyle yaşam hakkının ihlal edildiği (Rizgin Birlik B. No: 2015/19320)” iddialarıyla bireysel başvurular yapılmıştır. Anayasa Mahkemesi ise ölümün gerçekleştiğinin belirlenemediği söz konusu durumlara ilişkin olarak etkin bir soruşturma yapılmaması iddiasının yürütülen soruşturmaların etkisizliği nedeniyle yaşam hakkının usul boyutunun ihlal edilebileceğine yönelik inceleme yapmıştır.

Bahse konu incelemeler kapsamında Mahkeme;

- Bir olayda yaşam hakkına ilişkin ilkelerin uygulanabilmesi için gerekli şartlardan birinin de doğal olmayan bir ölüm meydana gelmesi olduğu, bununla birlikte başvurucuya karşı gerçekleştirilen eylemin niteliği ve failin amacı gibi somut olayın koşulları dikkate alınarak ölüm olayının gerçekleşmediği bazı durumların da yaşam hakkı çerçevesinde incelenebilmesinin mümkün olduğu,

- Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı kapsamında devletin yerine getirmek zorunda olduğu pozitif yükümlülüklerin usule ilişkin boyutunun yaşanan ölüm olayının tüm yönlerinin ortaya konulmasına ve sorumlu kişilerin belirlenmesine imkân tanıyan etkili bir soruşturma yürütülmesini gerektirdiği,

- Soruşturmanın etkililik ve yeterliliğinin temini adına soruşturma makamlarının resen harekete geçmesi ve ölüm olayını aydınlayabilecek,

sorumluların tespitine yarayabilecek bütün delillerin toplanması gerektiği, soruşturmada ölüm olayının nedenini veya sorumlu kişilerin ortaya çıkarılması imkânını zayıflatan bir eksikliğin, etkili soruşturma yürütme kuralıyla çelişme riski taşıyacağı.

• Ölüm tehlikesi içeren koşullarda kaybolan kişilerle ilgili olaylar açısından da söz konusu yükümlülüklerin geçerli olacağı ve kaybolmanın üzerinden geçen zaman uzadıkça, kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş olma olasılığının daha da kuvvetlendiğinin açık olduğu,

sonucuna varmıştır.

Söz konusu değerlendirme ve sonuçların somut olaya uygulanması hâlinde, ölüm sonucunun gerçekleşme olasılığı kuvvetli olsa da etkin bir muhakeme süreci yürütülmeden sanık hakkında suçun tamamlanmış hâlden mahkûmiyete hükmedilmesi etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından bir ihlale de neden olabilecektir.

AİHM tarafından ise kaybolduğu iddia edilen kişiler bakımından ölümün gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin; kayıp kişiden en son haber alındığı tarihten itibaren geçen sürenin, kayıp kişinin ölü kabul edilmesine karar verilmesi için tek başına yeterli olmayacağı, ölümün kabul edilebilmesi için kaybolma olayının hangi şartlarda gerçekleştiğinin de dikkate alınması gerektiği, şartlar bakımından bir değerlendirme yapıldığında kaybolmanın üzerinden geçen zaman uzadıkça kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş olma olasılığının daha da kuvvetlendiğinin de açık olduğu, hayatını tehlikeye atan koşullarda örneğin dört yılı aşkın bir süreden beri kayıp olan genç bir kişinin öldüğünün varsayıldığı belirtilmiştir.⁴⁸

Ölüp ölmediği konusunda hiçbir verinin olmadığı ve hakkında gaipliğine de hükmedilmeyen bebek aleyhine olmak üzere, sanığın işlediği suç bağlamında bu kapsamda bir değerlendirme yapmak gerekirse; AİHM'nin de kararlarında yer verilen *“kaybolmanın üzerinden geçen zaman uzadıkça kendisinden haber alınamayan kişinin ölmüş olma olasılığının daha da kuvvetlendiğinin de açık olduğu”* tespitiyle ilgili olarak kuvvetli olasılık kapsamında olan ölüm neticesine dair sanığın kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu

⁴⁸ AİHM, Timurtaş/Türkiye, B. No: 23531/94, §§ 82, 83, 13.6.2000, AİHM Osmanoğlu/Türkiye, B. No: 48804/99, §§ 55-58, 24.01.2008, AİHM, Tanış ve diğerleri/Türkiye B. No: 65899/01, § 210, 02.08.2005, AİHM, Vagapova ve Zubirayev/Rusya B. No: 201080/05, 14.09.2009, AİHM Meryem Çelik ve diğerleri/Türkiye, B. No. 3598/03, § 75, 16.04.2013, AİHM, Tahsin Acar/Türkiye, B. No: 26307/95, § 226, 08.04.2004.

işlediği şeklinde bir hüküm kurulması da söz konusu olabilecektir. Ancak gaipliğine karar verilen mağdurun ileride ortaya çıkması ihtimaline karşılık ceza adaletinin sağlanması hususunda gerçekleştiği düşünülen ölüm neticesi hakkında, sanık lehine olmak üzere suça ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanması sonuç ceza bakımından makul bir çözüm yöntemi olabilecektir.

SONUÇ

Gerekçesiyle birlikte değerlendirilen **Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 09.11.2022 tarih ve E.2020/466, K.2022/709 sayılı** kararına esas olay bakımından ıssız bir dere kenarına bırakılması suretiyle terk edilen ancak henüz öldüğüne dair bir delil de bulunmayan bebek aleyhine gerçekleşen söz konusu eylem bakımından Yargıtay 1. Ceza Dairesi icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı (TCK, m. 82 (f. 1, bent d ve e)) hükümlerine istinaden mahkûmiyet hükmü kurulması gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi şeklinde verdiği mahkûmiyet hükmünün bozulmasına karar vermiştir. Başsavcılık tarafından eylemin ihmali davranışla gerçekleştiği yönündeki itirazı üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu ise; Yargıtay 1. Ceza Dairesi gibi eylemin “doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.” değerlendirmesiyle, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının reddine oy çokluğu ile karar vermiştir. Bahse konu karar üzerinden terk suçu, suçun netice sebebiyle ağırlaşmış hâli, henüz cesedi bulunmayan bebek hakkında kişiliği sona erdiren Türk Medeni Kanun Hükümleri, ihmal suretiyle kasten öldürme suçu ve söz konusu suçun olası kastla işlenmesi hâlinde teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına dair hususlar incelenmiştir.

Terk eylemi kapsamında gerçekleşen diğer neticeler bakımından failin kastına göre bir değerlendirme yapılacak olup bu bağlamda ihmali davranışla ve olası kastla işlenen suçlar bakımından failin elinde olmayan nedenlerle bu suçların tamamlanamaması hâlinde de teşebbüs hükümlerinin uygulanmasında bir sakınca görülmemektedir. Ancak ilk derece mahkemesi ve Yargıtay tarafından verilen kararlarda, henüz hayatta olup olmadığı konusunda hiçbir verinin bulunmadığı bebek hakkında 4721 sayılı Kanun’da yer alan ve kişiliğin sona ermesi hâlleri kapsamında düzenlenen gaiplik ve ölüm karinesine dair hükümler yönünden bir değerlendirme ve tespit yapılmamıştır. Nitekim gaiplik kararı verilmesi ya da ölüm karinesi bakımından ölüm kaydının düşülmesi başka mercilerin görev alanına girmektedir. Gaiplik kararı verilmesiyle ya da ölüm karinesi bağlamında ölüm kaydının düşülmesi bakımından kişiliğin sona erdiği ifade edilecekse de gaiplik ve ölüm karinesi

için gereken sürecin tamamlanması bakımından 4721 sayılı Kanun'da düzenlenen süre ve sürece esas olmak üzere ceza mahkemesi tarafından, bekletici sorun kararı verilmesi, merciiler tarafından bu konuda bir karar verilinceye kadar ise ceza yargılamasının durması gerekmektedir. Yargıtay kararında “*somut olay bakımından ölüm olayının gerçekleşeceği muhakkak olsa da*” şeklinde bir değerlendirme yapılsa da etkin bir muhakeme süreci yürütülmeden sanık hakkında suçun tamamlanmış hâlden hüküm vermek, hak ihlali iddiasıyla gelecekte Anayasa Mahkemesine yapılması beklenen bireysel başvuru kapsamında, Mahkeme'nin etkili soruşturma yükümlülüğü bakımından bir ihlale karar vermesi ihtimalini de beraberinde getirecektir. Yine, ölüm olayının mutlakıyetinden yola çıkılarak sanık hakkında mahkeme tarafından kasten öldürme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesinin ihlaline de neden olabilecektir. Bu kapsamda ceza adaletinin sağlanması bakımından sanık lehine olmak üzere kasten öldürme suçuna ilişkin teşebbüs hükümlerinin uygulanması, sonuç ceza bakımından makul bir çözüm yöntemi olacaktır.

KAYNAKÇA

- Arslantürk M, Hakaret, Tehdit, Terk, Şantaj, Huzur Bozma, Hakların Engellenmesi, Çevre, İmar, İhale, Tefecilik Suçları, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Artuk M. E./ Gökçen A/Yenidünya C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 2011.
- Avcı M/Yerdelen E, “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2015, XIX, (1), 163-190.
- Centel N/Zafer H/ Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 9. Baskı, Beta Yayınevi, 2016.
- Erbaş R, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan İ/Keskin D, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 2. Baskı, Gazi Kitabevi, 2019.
- Göktürk N, Fikri içtima (Suçların İçtimaı), 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2013.
- Hakeri H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 1. Baskı, Seçkin Yayınları, 2003.
- Hakeri H, Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, 2007.
- İçel K, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2008, 7(14), 35-49.
- Kayıhan Ş, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler), 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Koca M/Üzülmez İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümleri, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özbek V. Ö/Doğan K/Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 18. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.

- Özçalık Y, Türk Ceza Kanununda Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, 2022.
- Özer, V. Ö/Doğan, K/Meraklı S vd, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özgenç İ, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak, Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, in: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, 2014, 2(1-2), 1-10.
- Özgenç İ, “İhmali Suç Teorisi”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2021, XXV (4), 303-377.
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Soyaslan D, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, 2022.
- Sözüer A, Suça Teşebbüs, Kazancı Hukuk Yayınları, 1994.
- Şahin C/Göktürk N, Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Toroslu N/Toroslu H, Ceza Hukuku Genel Kısım, 26. Baskı, Savaş Yayınevi, 2021.
- Turan E/Otacı C, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten Öldürme Suçları, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2023.
- Yenerer Ç. Ö, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2007, LXV (2), 49-76.
- Yılmaz S/Yıldırım A, Medeni Hukuk I (Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2022.
- Yurtlu F, İhmali Suçlar, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Zafer H, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, 2021.

YARGI KARARLARI

AIHM, Timurtaş/Türkiye, B. No: 23531/94, 13.6.2000.

- AİHM Osmanoğlu/Türkiye, B. No: 48804/99, 24.01.2008.
- AİHM, Tanış ve diğerleri/Türkiye B. No: 65899/01, 02.08.2005.
- AİHM, Vagapova ve Zubirayev/Rusya, B. No: 201080/05, 14.09.2009.
- AİHM Meryem Çelik ve diğerleri/Türkiye, B. No. 3598/03, 16.04.2013.
- AİHM, Tahsin Acar/Türkiye, B. No: 26307/95, 08.04.2004.
- Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2016/1572 E., 2016/2536 K., 23.05.2016.
- Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2018/121 E., 2021/388 K., 14.9.2021.

