

KARAR İNCELEMESİ – GARANTÖRSEL İHMALİ SUÇTA İHMALİ VE İCRAİ DAVRANIŞ AYIRMI

Mustafa AVCI*

Erdal YERDELEN**

ÖZET

Ceza hukuku normları, yasaklayıcı ve emredici normlar olmak üzere, iki şekildedir. Yasaklayıcı normlar, icrai bir hareketle ihlal edilebilmekte ve bu durumda belirli bir hareketin yapılmaması istenmektedir. Yasaklanan hareketin yapılması sonucunda bir hak ihlali gerçekleşmektedir. Emredici normlarda ise belirli bir hareketin yapılması yasaklanmamakta, aksine belirli bir hareketin yapılması emredilmektedir. Bu emredici kurala uyulmaması sonucunda haksızlık meydana gelmekte kanunda tanımlanan suç, ihmali hareketle işlenmektedir. Neticenin meydana gelmesinin engellenmesi yükümlülüğü “garantörlük” olarak adlandırılmaktadır. Kişinin ihmali davranıştan sorumlu olabilmesi için söz konusu yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. Eşdeğerlik bakımından kanun, sözleşme veya ön gelen tehlikeli davranışın kişiyi belli surette hareket etmek konusunda yükümlülüğe sokması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Garantörsel İhmali Suç, İcrai Davranış, İhmali Davranış, Doğal Bakış Açısı, Normatif Bakış Açısı

VERDICT ANALYSIS: THE SEPERATION OF BEHAVIOUR BY WAY OF OMISSION AND ACTION AT QUALIFIED OMISSIVE CRIME

ABSTRACT

Criminal law norms are divided into the two, including prohibited norms and mandatory norms. Mandatory norms can be violated with behaviour by way of action and in this case, a certain sort of action is required not to be done. As a result of making prohibited act, violation of right occurs. Regarding the mandatory norms, a certain kind of action isn't prohibited; on contrary a certain kind of action is mandated to be done. As a consequence of failing to obey a mandatory rule, injustice occurs and the crime that is defined in the law, is committed via the omissive action. The liability of preventing the occurrence of the result is called “guarantorship”. In order to

* Prof.Dr., Selçuk Üniv. Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölüm Başkanı
avcim@selcuk.edu.tr

* Yrd.Doç.Dr., Yıldırım Beyazıt Üniv. Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku
erdalyerdelen@hotmail.com

attribute the responsibility of omissive aciton to the person, that omission of liability must be equivalent to the behaviour by way of action. In terms of equivalence; a law, a contract or a dangerous behavior are required to put the person under the liability as regards acting in the exact way.

Keywords: *Qualified Ommisive Crime, Behaviour By Way Of Action, Behaviour By Way Of Ommision, Natural Perspective, Normative Perspective*

A. İNCELEME KONUSU KARAR

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 5.7.2013 tarihli, 2012/1-1570 Esas ve 2013/339 Karar sayılı

“Ölen bebeğin yapılan otopsisinde kafatasındaki hematoma, kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonlar, hiyoiddeki kırık şeklinde yapılan tespitler ile bebeğin bırakıldığı yere göre canlı olarak bırakılmış olması halinde ağlama seslerinin çevredekiler tarafından duyulması gerektiği ve bebeğin bir poşet içerisinde bulunması gibi hususlar, maktul bebeğin sanık tarafından icrai hareketle kasten öldürüldüğü yolunda bir kanaat oluşturmaktadır. Ancak Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu raporuna göre otopsi raporunda tespit edilen bulguların ölümden önce mi, yoksa ölümden sonra mı meydana getirildiğinin ve kesin ölüm sebebinin çürüme nedeniyle tespitinin mümkün olmadığını belirtilmesi, sanığın tüm aşamalarda değişmeyen ve dosya içeriğiyle de uyumlu olan savunmasında, bebeği bir beze sarılı ve sağ olarak bıraktığını, kesinlikle poşete koymadığını beyan etmesi, bahse konu poşetin içinden çıkan şeffaf poşetten elde edilen 3 adet parmak izinin sanık ile anne babasına ait olmadığını sabit olması hususları gözönüne alındığında, sanığın bebeği icrai hareketle kasten öldürdükten sonra boş arsaya bıraktığı ya da poşetin içine koyarak ölmesini sağladığı hususu şüphe boyutunda kalmaktadır.

Bu nedenle sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini evinde doğurduktan hemen sonra, 4721 sayılı Medeni Kanun hükümleri uyarınca hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın, bir beze sararak boş bir arsaya bıraktığı ve hayatını korumaya yönelik icrai bir davranışta bulunmadığı, böylece kanundan kaynaklanan garantörlük görevini kasten ihmal ederek ölüm neticesinin meydana gelmesine icrai davranışla eşdeğer olan bir

ihmali davranışla neden olduğunun kabulü gerektiğinden, eyleminin TCK'nun 83. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır". Bu itibarla, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir.

B. OLAY

Sanığa isnat edilen suç, mahkemenin kabulüne göre aşağıdaki şekilde gerçekleşmiştir: Sanık D, U isimli şahısla 2008 yılı Temmuz ayında tanışmış, kendisi ile arkadaşlığı ve cinsel birlikteliği olmuş, 2008 yılı Ağustos ayı içerisinde bu ilişkiden hamile kalmıştır. Ancak ilk başta hamile kaldığını fark etmemiş, yaklaşık 1 ay sonra 2008 yılı Eylül ayı içinde hamile olduğunu öğrenmiş, bir ay daha geçtikten sonra çocuğu aldırarak için değişik merkez ve doktorlara gitmiş ancak çocuğu aldıraramamıştır. Sanık D, U İstanbul'a gittikten sonra kendisi ile hiç görüşmemiş, U'ya telefonla da ulaşamamış, çocuğu aldıramayacağını anlayınca doğurmaya karar vermiştir. Hamilelik dönemi içerisinde sanığın karnı çok fazla büyümemiş, anne ve babası hamile olduğunu fark etmemişlerdir. Sanığın, 02.05.2009 günü gece saat 02.30 sıralarında evde doğum sancıları tutmuş, anne babası başka odada uyuduklarından, onlara hissettirmeden kendi başına evin salonunda doğum yapmış ve bir kız çocuk dünyaya getirmiştir. Bebeğin göbek bağı bir makasla 10-12 cm kadar uzunlukta kesmiş, bebek ağlayınca susması için bebeği emzirmiş ve salonda bulunan bir örtüye sarmıştır. Bebek, karnı doyunca uyumuş, daha sonra banyoda kendisini temizleyerek üzerini değiştirmiş, sabah ezanı okunurken bebeği alıp dışarı çıkmış, bebeği kırmızı, beyaz siyah bezin içerisinde evin arkasında bulunan Sokak üzerindeki boş arsaya bırakmıştır.

Adli Tıp Kurumu Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 27.01.2010 tarih ve 328 sayılı raporunda; bebeğin yapılan otopsisinde tespit olunan kafadaki hematoma, kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonların, hiyoiddeki kırığın, ölüm öncesi mi, yoksa ölüm sonrası mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ifade edilmiştir. İleri derecede çürüme nedeniyle çocuğun kesin ölüm nedeninin de belirlenemediği, bebeğin ölümünün 10.05.2009 tarihinden önceki 3-10 günlük zaman diliminde meydana gelmiş olabileceği bildirilmiştir.

C. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKİ MESELELER

Olayın oluş biçimi halli gereken ilk sorunu teşkil etmektedir. Zira merciilerin ve karşı oy yazan üyelerin olayı kabul şekilleri birbirinden farklıdır.

Filil, icrai bir davranış mı yoksa ihmali bir davranış mı oluşturduğu hususu tartışılması gereken diğer bir hukuki meseleyi oluşturmaktadır.

Tartışılması gereken diğer konular ise, sanığın doğrudan kastla mı yoksa olası kastla mı hareket ettiği ile yeni doğan bebeğin töre saikiyle öldürülüp öldürülmediği hususlarıdır.

Suç tarihinde henüz birkaç dakikadır anne olan ve lohusa halini ağır olarak yaşayan sanığın kusurluluk durumu incelenmelidir.

Ayrıca cezanın belirlenmesinde suç nedeniyle indirimin tercih edilmiş olmasının ve alt sınırdan ceza tayininin ne kadar isabetli olduğu da açıklığa kavuşturulmalıdır.

D. MERCİ KARARLARI

1. Yerel Mahkeme Kararı

..... Ağır Ceza Mahkemesi, 29.09.2010 gün ve 181-141 sayılı kararı ile “Sanık D’nin eylemini kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi olarak kabul ederek 5237 sayılı TCK’nın 83/3, 62 ve 53. maddeleri uyarınca 16 yıl 8 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına ve hak yoksunluğuna” hükmetmiştir.

2. Temyiz Talepleri

- a. Hüküm 16 yıl 8 ay hapis cezasına dair mahkumiyet şeklinde olduğundan re’sen temyize tabidir.
- b. O yer Cumhuriyet savcısı, “sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğunu” iddia ederek hükmü temyiz etmiştir.
- c. Sanık Müdafii “sanığın fiilinin sabit olmadığı ve mahkemenin teşdiden ceza tayininin yersizliğini belirterek¹” temyiz isteminde bulunmuştur.

3. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı Tebliğnamesi

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından, “5237 sayılı TCK’nın 82/l-d, e, k maddesi kapsamında yeni doğmuş bebeği töre saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiğini” belirterek bozma kararı verilmesi talep edilmiştir.

¹ Yerel Mahkeme sanık hakkında TCK m. 83/3 hükmüne muhalefetten alt sınırdan ceza tayin etmiştir. 1. Ceza Dairesi kararında, “sanık müdafinin mahkemenin teşdiden ceza tayinine yönelik itirazının reddine” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadeden müdafinin böyle bir talepte bulunduğu anlaşılmaktadır.

4. Yargıtay 1. Ceza Dairesi Kararı

Yargıtay 1. Ceza Dairesinin kararı, “Oluşa, dosya içeriğine ve gösterilen gerekçeye göre; sanığın eyleminin ihmal suretiyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden, bozma isteyen tebliğnamedeki düşünce benimsenmemiştir. İncelenen dosyaya göre verilen hükümde düzeltme nedeni² dışında bir isabetsizlik görülmemiş olduğundan sanık müdafininin sübuta, teşdiden ceza tayininin yersizliğine, Cumhuriyet savcısının sanığın eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğuna yönelen ve yerinde görülmeyen temyiz itirazlarının reddiyle; diğer yönleri usul ve yasaya uygun olan ve re’sen de temyize tabi bulunan hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir”, şeklindedir.

5. Daire Kararına Karşı Oylar

Daire Başkanvekili S. Z. İskender ve Daire Üyesi M. Şahin eylemin; “TCK’nun 82/1, d-e-k maddesi kapsamında altsoyuna ve kendini savunamayacak durumda olan çocuğa karşı, töre saikiyle işlenmiş olduğu” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

6. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının İtirazı

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı 1. Ceza Dairesinin kararına karşı itiraz yoluna başvurmuştur. Bu itiraz; “...Sanığın gayri meşru ilişkisi sonucu sağ olarak doğurduğu bebeğini evindeki bir beze sararak, akabinde poşet içerisine koyarak nefes almasına imkan tanımayacak biçimde bir nebze boğma koşulları yaratılarak, bebeği insanların kolaylıkla uğrak yeri olmayan evler arasındaki boş arsaya çöplüğün yanına bırakmak suretiyle, bir daha bıraktığı çocuğunun ölüp ölmediğini kontrol etmediği, akıbetini merak etmediği, otopsi ve adli tıp raporunda vurgulandığı üzere; bebeğin ölümünü sağlayacak biçimde beden

² 1. Ceza Dairesi kararında hak yoksunluğu ile ilgili olarak düzeltmede bulunmuştur. Bu düzeltme hükmü, inceleme konumuz dışında olduğundan metne alınmamış ancak Daire kararının hüküm fıkrasının anlaşılması bakımından dipnotta belirtilmiştir. Bu düzeltme kısmı aynen şu şekildedir; “5237 sayılı TCK’nın 53. Maddesinin uygulandığı bendin, Sanığın, TCK’nın 53. maddesinin 1. fıkrasının a, b, c, d, e bentlerinde belirtilen haklarından, mahkum olduğu hapis cezasının infazı tamamlanıncaya kadar, kendi altsoyu üzerindeki, velayet, vesayet ve kayyumluk yetkileri açısından ise 1- c bendindeki haklardan koşullu salıverilme tarihine kadar yoksun bırakılmasına, olarak değiştirilmesine karar verilmek suretiyle CMUK’nın 322.maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak düzeltilen usul ve yasaya uygun olan ve re’sen de temyize tabi bulunan hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına oy çokluğu ile karar verilmiştir”.

travmalarına maruz bırakıldığı, bebeğin cesedini ilk bulan tanığın anlatım ve tespit tutanağı itibariyle, bebekte oluşan bedensel travmaların, bebekle ilk kez karşılaşan annesi tarafından hiçbir kuşkuya yer vermeyecek şekilde gerçekleştirildiği; diğer bir anlatımla; anne tarafından bebeğin travmalara maruz bırakılarak ağlaması bile önlenerek sıkıca sarılıp torbaya konulup, ıssız bir yere atılması, annenin gayri meşru edindiği çocuğunu doğrudan öldürdüğü veya ölümünü sağladığı, her iki halde de kasten yeni doğmuş bebeğini öldürme suçunun unsurlarını oluşturduğu anlaşılmaktadır.

Açıklanan nedenlerle, Yüksek Yargıtay 1. Ceza Dairesince sanığın alt soyundan gelen kendini savunamayacak durumda olan yeni doğmuş bebeği kasten öldürme suçunu işlediği nedeniyle eylemine uyan TCK'nun 82/1-d-e, maddeleri yerine, 83/3. maddesi uyarınca cezalandırılması suretiyle eksik ceza tayin edildiği, hükmün CMUK'nun 321 nci maddesi uyarınca bozulması yönünde karar verilmesi gerektiği””, şeklinde gerekçelendirilmiştir.

7. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun Kararı

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, “Sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini evinde doğurduktan hemen sonra, 4721 sayılı Medeni Kanun hükümleri uyarınca hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın, bir beze sararak boş bir arsaya bıraktığı ve hayatını korumaya yönelik icrai bir davranışta bulunmadığı, böylece kanundan kaynaklanan garantörlük görevini kasten ihmal ederek ölüm neticesinin meydana gelmesine icrai davranışla eşdeğer olan bir ihmali davranışla neden olduğunun kabulü gerektiğinden, eyleminin TCK'nun 83. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” yönünde karar vermiş, yerel mahkemenin ve yerel mahkemenin kararını onayan 1. Ceza Dairesinin kararının yerinde olduğunu kabul etmiştir.

8. Genel Kurul Kararına Karşı Oylar

Ceza Genel Kurul Başkanı ve Genel Kurul'un iki üyesi ise; “ölen bebeğin otopsisinde yapılan tespitlerin, yani kafadaki hematom, kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonlar ve tiroiddeki kırığın, ölüm sonrası meydana geldiği kabul edilse bile, sanığın gayri meşru bir ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini doğrudan sonra bir beze sararak poşete koyması ve boş bir arsaya terketmesi şeklindeki eyleminin ihmali bir davranış değil, icrai bir davranış olduğu, kaldı ki, sanığın doğum yaptığı evde bulunan anne ve babası ile bebeğin terkedildiği boş arsaya komşu apartmanlarda yaşayan kimselerin hiç bebek sesi duymamasını da otopsideki bulgular göz önünde alındığında, bebeğin terk

edilmeden önce ve doğduktan sonra sanık tarafından öldürüldüğünü gösterdiği, bebeğin bir poşete konulmasının da bu kabulü desteklediği, bu nedenlerle de itirazın kabulü gerektiği” görüşüyle karşı oy kullanmışlardır.

E. DEĞERLENDİRME

1. Sübut ve Kabul Açısından

Her ceza davası bir olaya, Yargıtay’ın sıkça ifade ettiği gibi “oluşa” dayanır. Olay, iddianamede, suç isnadı olarak yer alır. Sanık, yargılama sonunda suçlu bulunursa, iddianamedeki olayın kanıtlandığı kabul edilir. Kanıtlanan olay, kanunda soyut bir şekilde tanımlanan suç kalıbına uyduğu (tipiklik) takdirde sanık suçu işlemiş kabul edilir. Bu aşamadan sonra, sıra suçu işlediği kanıtlanan sanığın cezasının belirlenmesine gelir. Kanunun suç olarak tanımladığı ve mahkeme tarafından, işlendiği sabit görülen olaya, “oluş” veya “kabul” denilmektedir³.

Vicdani delil sisteminin temel özellikleri, sadece vicdani bir kanıya dayanmayacak, somut delile dayanan hukuksal gerekçeli olacak, hakim açıkça hangi gerekçelere dayanarak bir delile neden inanıp neden inanmadığını da izah edecektir. Ceza muhakemesinde ispat, yargılama ile sıkı sıkıya bağlı bir ilişki içerisinde. Ceza muhakemesinde somut gerçeğe ulaşılıncaya kadar araştırma yapılması, kuşkudan sanık yararlanır ilkesinin varlığı, delillerin re’sen araştırılması ve tartışılması (eksik soruşturma yapılması), ceza muhakemesinin hiçbir surette varsayıma yer vermemesi nedeniyle mahkumiyet kararının kesin ve yeterli kanıtlara dayandırılması gerekir. Tahmin ve varsayımın mahkumiyete esas olamayacağı Yargıtay kararı ile de kabul edilmiştir⁴. Hakimin maddi olaya ilişkin şüpheyi yenmesi amacıyla maddi hususlara ilişkin bütün şüphelerin gerçeğe akla ve mantığa uygun bir şekilde ispatlanması gerekmektedir. Vicdani kanaat olabilmesi için şüphenin yenilmesi şart olup, şüpheyi yenme zorunluluğunun hukuki dayanağını ise “suçsuzluk karinesi” oluşturmaktadır⁵.

Muhakemenin temel amacı, kişinin suç işleyip işlemediğinin, ortaya konulan maddi delillerle, hakimin vicdani kanaatlerine göre hüküm tesis

³ 1.CD. T.08.12.2005, E.2005/2096, K.2005/4144, YKD. 2006-3-487; 1.CD. T.07.10.1992, E.1992/1914, K.1992/1201, YKD. 1993-1-115; 1.CD. T.01.10.1987, E.1987/2129, K.1987/3319, YKD. 1987-12-1822, (Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.177).

⁴ CGK 30.1.1984 E 1984/3-370 K 1984/43; 8. CD 8.4.2004 E 2001/16151 K 2002/4784, (Gedik, Doğan “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, Sayı:3 Temmuz, 2004, s. 3).

⁵ Gedik, s. 3.

edilmesidir. Eğer mahkeme, eylemi sanığın gerçekleştirip gerçekleştirmediği konusunda vicdani bir kanaate varamıyorsa ve eylemi sanığın gerçekleştirmiş bulunduğunu delillere dayanarak vicdani kanaati ile söyleyemiyorsa⁶, sanığın o fiili gerçekleştirmediği kabul edilir⁷. Hukukta bu duruma “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi (in dubio pro reo) denilmektedir. Mahkûmiyetin küçük veya büyük olasılığa değil, her türlü kuşkudan arınmış bir kesinliğe dayanması gerekmektedir⁸. “Ceza davalarında ispat demek hakimi bir vakianın varlığına inandırmak demektir⁹.” Aşikâr vakıaların ispatlanmasına gerek duyulmamaktadır. Aşikâr olay demek, herkesçe bilinen maruf olaylardır ve yalnızca yerel bir bölge açısından da bir olayın bilinmesi yeterlidir¹⁰. Yani bir olayın bütün ülke veya dünya çapında bilinmesine gerek yoktur. Bu tür olgularda hakimnin günlük yaşamındaki tecrübeleri ile bilebileceği olaylardır.

Olayın ispat edilen kısmı (fiilin subuta eren kesimi) konusunda eleştiri kararları ilgili fikir beyan eden, yargıda bulunan tüm mercilere yöneliktir. Merciler, kararlarına gerekçe oluşturan ve fikirlerine mesnet teşkil eden somut unsurları belirlemek yerine olayın kendileri açısından kabulünü farklı izah etmişlerdir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bu farklı kabullere rağmen hukuki meselenin fiilin nitelendirilmesine ilişkin olduğunu belirtmiştir.

Yerel Mahkeme, Yargıtay 1. Ceza Dairesi ve Ceza Genel Kurulu olayı, “sanığın bebeği beze sarıp evin yanındaki boş arsaya bıraktığı” şeklinde kabul etmişlerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavıılığı ve Ceza Genel Kurulu Kararına karşı oy kullanan üç üye ise; “sanığın bebeği beze sararak, akabinde poşet içerisine koyarak, nefes almasına imkan tanımayacak biçimde bir nebze boğulma

⁶ Ceza Genel Kurulu Kararında; “Ölen bebeğin yapılan otopsisinde kafatasındaki hematoma kafa kırıkları, kaburga üzerindeki lezyonlar, hiyoiddeki kırık şeklinde yapılan tespitler ile bebeğin bırakıldığı yere göre canlı olarak bırakılmış olması halinde ağlama seslerinin çevredekiler tarafından duyulması gerektiği ve bebeğin bir poşet içerisinde bulunması gibi hususlar maktul bebeğin sanık tarafından icrai hareketle kasten öldürüldüğü yolunda bir kanaat oluşturmaktadır”, şeklinde açıklama bulunmaktadır. Buradaki kanaati vicdani kanaat dışında anlamak mümkün değildir. Bu şekilde bir kanaate varıldığının bildirilmesi ancak aksi yönde karar verilmesi çelişki olarak görülmektedir.

⁷ Gedik, s. 5.

⁸ Ünver, Yener “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız” Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 2 Yıl: 2006, s. 121.

⁹ Roxin, Claus “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Yener ÜNVER), İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, 2005, s. 265.

¹⁰ Roxin, İspat Hukuku, s. 268.

koşulları yaratılarak, insanların kolaylıkla uğrak yeri olmayan evler arasındaki boş arsaya çöplüğün yanına bıraktığını” kabul etmişlerdir.

Merciler arasında fiilin hukuki nitelemesi konusunda farklılıklar olması doğal bir durumdur. Ancak fiilin gerçekleşme şeklini kabul konusundaki farklılıkların anlaşılması zordur. Olayın nasıl kabul edilmesi gerektiği konusunda bir başka çelişki de, bebeğin sanık tarafından poşet içerisine konulmuş olduğunu kabul etmeyen mercilerin, kararlarında bebeğin poşet içerisinde olması konusuna herhangi bir açıklık getirmemiş olmalarıdır. Sanığın, bebeği sadece beze sararak arsaya bıraktığı şeklindeki beyanına itibar edilmesi, bebeğin sanık dışında bir başka kişi ile de karşılaştığı kabulünü gerektirmektedir. Adli Tıp raporunda belirtilen kafada hematom ve kırıklar, hiyoid kırığı hususlarının ölümden önce mi sonra mı oluşturulduğunun belirlenememesi karşısında bu delilin sanık aleyhine kullanılamayacağı kararına varan mercilerin, bebeğin vücudundaki bu izlerin nasıl oluşturulmuş olacağı konusunda herhangi bir izah getirmemiş olmalarıdır. Her iki konu bakımından olaya izah getirme konusunda soruşturma ve kovuşturma makamlarının bir araştırmalarının olmadığı merci kararlarından anlaşılmaktadır. Böyle bir araştırmanın yapılmamasının iki ayrı sonucu olmalıdır. Bunlardan biri, bebeğin doğumundan ölümüne kadar anne dışında başkasıyla karşılaşma olanağının olmaması¹¹, diğeri ise, bu konuda herhangi bir şüphe duyulmamış olması ya da makamların böyle bir şüpheye rağmen bunu giderecek gerekli araştırmaları yapmadan hüküm vermeleridir¹².

¹¹ Bu olasılık en makul, kabul edilebilir, olağan akışa uygun, sanık savunmasının büyük kısmı ile örtüşen özellikle tanık beyanıyla desteklenen bir durumdur. Maktülün henüz birkaç saatlik bebek olduğu gerçeği, olayın bu şekilde kabul edilmesinin ceza muhakemesi ispat ilkelerine aykırılık oluşturmayacaktır. Sanığın bebeği arsaya bırakmasından sonra bir başka kişinin, beze sarılı bebeği alarak, Adli Tıp raporunda belirtilen yaraları oluşturması ve poşete sararak aynı yere bırakması, mantık ile de çelişmektedir.

İspat, olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin ve gerçekleşmiş ise sanık tarafından gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin şüpheyi tamamen kaldırarak ortaya konulmasıdır. Bu olayda sanığın bebeği arsaya bırakması ile bebeğin ölüm anı arasına başka bir nedensel sürecin girmediği konusunda herkes hemfikiridir. Bu araya başka bir nedensel sürecin girdiği konusunda şüphe aramak ve bu şüpheden de sanığı yararlandırmak mümkün değildir. Böyle bir şüphenin varlığıyla hareket ederek sanığın fiilini, “bebeği beze sararak arsaya bırakmak” şeklinde kabul etmek soruşturma ve kovuşturma mercilerinin kendileriyle çelişmesidir. Çünkü böyle bir kabul durumunda şüpheli kalan kısmın araştırılması gerekirdi. Oysa ne soruşturma ne de kovuşturma makamları böyle bir şüpheye düşmemişler ve araştırma yoluna gitmemişlerdir. Olayı baştan sona okuyan bir makul kişi de böyle bir araştırmanın gerek olmadığı kanaatine varacaktır. Bu varsayım veya karine değildir, akla, bilime, olayın oluşuna ve tüm delillere göre olayın kabulünün bu şekilde olması gerektiğini ortaya koyan durumdur.

¹² Tanığın bebeğin cesedinin kokusunun duyduğu yerden veya daha yakınında yaşayan insanlar var ise o noktaya göre, bebeğin bırakıldığı noktadan sesinin duyulup duyulmayacağı konusu da araştırmaya değer bir veridir. Bu sayede gece soğuk ve açlık nedeniyle ağlayacak olan

2. Garantörsel İhmali Suç Açısından

Ceza hukuku normları, yasaklayıcı ve emredici normlar olmak üzere, iki şekilde ortaya çıkmaktadır. Sadece icrai bir hareketle ihlal edilebilecek olan ve belirli bir hareketin yapılmasının istenmediği yasaklayıcı normlarda, yasaklanan hareketin yapılması sonucunda bir hak ihlali gerçekleşmektedir¹³. Örneğin; TCK m. 81’de yer alan öldürmeyi yasaklayan norm bir kimsenin öldürülmesiyle ihlal edilmiş olacaktır. Emredici normlarda ise, belirli bir hareketin yapılması yasaklanmamakta, aksine belirli bir hareketin yapılması emredilmektedir. Bu emredici kurala uyulmaması başka bir ifadeyle yapılması emredilen hareketin yerine getirilmemesi sonucunda haksızlık meydana gelmekte yani kanunda tanımlanan suç, ihmali hareketle işlenmektedir¹⁴.

Emredici norma aykırı davranılmasıyla işlenen ihmali suçlar öğretide gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan veya görünüşte ihmali suçlar olarak iki kategoride değerlendirilmektedir. Gerçek ihmali suçlar; kişinin kanunda tanımlanan icrai davranışı kasten yapmamasıyla oluşmakta olup suçun gerçekleşmesi için ayrıca neticenin de gerçekleşmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Gerçek olmayan veya görünüşte (ya da garantörsel) ihmali suçlar ise, neticenin önlenmesi bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan fail tarafından kanunda tanımlanan neticenin meydana gelmesinin engellenmemesi şeklinde işlenen suçlardır. Bu nedenle kanunda düzenlenen ve kural olarak icrai bir hareketle işlenen suçun ihmali bir hareketle de işlenmesine garantörsel ihmali suç, denilmektedir¹⁵.

Öğretide neticenin meydana gelmesinin engellenmesi yükümlülüğü “garantörlük” olarak adlandırılmaktadır. Kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu, başka bir anlatımla garanti yükümlülüğü altında bulunan davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu

bebeğin sesinin duyulup duyulmayacağı ve bebeğin oraya öldürüldükten sonra bırakılıp bırakılmadığı belirlenebilecektir. Bu, ancak olay yerinde ve olay saatinde uygulamalı keşif yapılması ile mümkün olabilecektir. Sabah ezanı saatinde ağlayan bir bebeğin sesinin arsanın yakınındaki ev sakinleri tarafından duyulması halinde, maktül bebeğin sesinin de duyulacağı belirlenip, arsaya sağ olarak bırakılıp bırakılmadığı sonucuna varılabilecektir.

¹³ Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Selami Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi (2), İstanbul, 2004, 3. Baskı, s. 62.

¹⁴ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 149.

¹⁵ Özgenç, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 219, 224; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 153.

tutulabilmesi için söz konusu yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması zorunludur. TCK m. 83’te düzenlenen; “kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi” ile m. 88’de düzenlenen; “kasten yaralamanın ihmalî davranışla işlenmesi” gerçek olmayan veya görünüşte ihmalî suçlardandır¹⁶.

Bir davranışın ihmalî mi yoksa icrai mi olduğunun belirlenmesi her zaman kolay olmayan bir konudur. İhmalî ve icrai suçların unsurları ve bunlara bağlanan yaptırımların farklılığı nedeniyle bu ayırım önem kazanmaktadır. İcrai ve ihmalî davranış ayırımı konusunda “doğal bakış açısı” ve “normatif bakış açısı” olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Doğal bakış açısı görüşü; vücut hareketi ölçütü, enerji kullanımı ölçütü, nedensellik ölçütü, karma (nedensellik ve enerji kullanımı) ölçütü olarak ayrılmaktadır¹⁷.

Vücut hareketi ölçütüne göre; vücudun yapma şeklinde bir aktif davranışta bulunması halinde icrai suçlar oluştururken, ihmalî suçlar herhangi bir davranış yapmayarak işlenen suçlardır. İhmalî ile icrai davranış ayırımı dış dünyada olmaktadır¹⁸. Enerji kullanma ölçütü, vücut hareketi ölçütünün adını değiştirerek izah etmeye çalışmakta esasen vücut hareketi ölçütüne dayanmaktadır. Nedensellik ölçütüne göre, icrai hareket dış dünyada değişikliğe neden olurken, ihmalî davranış ise dış dünyada hiçbir şeyi değiştirmemektedir. Başka bir ifadeyle icrai hareket nedensel süreci başlatıp yönlendirmekte, ihmalî davranış ise esasen yürüyen nedensel sürece herhangi bir etkide bulunmamakta, nedensel süreç karşısında belli bir hareket yapılmamaktadır. Hareket olmayınca netice meydana gelmiyorsa hareket icraidir. Hareket mevcut olunca netice meydana gelmiyorsa ihmalî bir hareket söz konusudur. Karma teori ise vücut hareketi (enerji kullanma) ölçütü ile nedensellik ölçütünü birlikte kullanmaktadır¹⁹.

Normatif teoriler, icrayı aktif bir eylem, ihmalî ise bir değer yargısı nedeniyle ortaya çıkan şey olarak kabul etmektedir. İcrai suçlar doğal olarak belirlenirken, ihmalî suçların belirlenmesi için mutlaka normatif bir

¹⁶ Koca/Üzülmez, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 372; Hakeri, Ceza Hukuku, s. 154..

¹⁷ Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 70.

¹⁸ Hakeri, İhmal Kavramı, s. 71.

¹⁹ Keyman, Selahattin, Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AÜHFĐ, 4-1-4, 1988, s. 122-173

değerlendirmeye ihtiyaç vardır²⁰. İhmali suçta belirleme açısından iki unsur gereklidir. Birinci unsur, doğacı açıdan baktığımızda yapmama (hareketsizlik) biçiminde tezahür eden bir davranıştır. İkinci unsur da, herhangi bir alana (din, ahlâk, bilim vb.) ait bir normdur ve bu norma dayanarak, süjenin belli bir hareketi yapması istenir²¹. İhmal, pasif olarak yapmama değil, belli bir hareketi (normun emrettiğini) yapmamaktır²². Sosyal mana ölçütü, icrai-ihmalî davranışı dış görünüşüne göre ayırmanın yerine, davranışın yerine getirmek durumunda olduğu sosyal amaca göre belirlenmesi gerektiğini savunur. Annenin hareketine sosyal mana veren an, annenin çocuğuna bir zarar gelmesini engellemediği andır. Ağırlık noktası görüşüne göre, buradaki mesele, davranışın dış görünüşü değil, hukuksal değerlendirme problemidir. Bu değerlendirme, hukuksal ithamın nereye yöneldiği ile ilgilidir. İtham edilebilirliğin ağırlık noktası hangi davranışa yönelmiş ise o davranış belirleyici olacaktır²³.

Davranışın iki anlamı ve iki yönünün bulunması halinde icrai davranış olarak kabulüne öncelik verilmesi gerektiği görüşü mevcuttur. İhmali suç için verilecek cezanın icrai suça nazaran daha hafif olması dikkate alınarak tam tersi görüş de savunulmaktadır. Çünkü böyle bir durumda sanık lehine yorum ilkesinin uygulanması gerekir²⁴. Kanaatimizce ihmalî ve icrai ayırımının ciddi problemleri olduğu durumlarda; nedensel süreç, aktif faaliyet, vücut hareketi, sosyal mana, davranışın ağırlık noktası ölçütlerinin birden fazlasının uygulanması ve bunlara göre davranışın niteliğinin belirlenmesi yerinde olacaktır.

Konuya salt hukuki açıdan bakıldığında, ihmalin, normun emrettiği olumlu hareketin yapılmaması olduğu gözlenir. Normativist teori, sadece normatif unsura önem vermiş, ihmalin doğacı bir gerçekliği bulunmadığı, münhasıran normativist olduğu sonucuna varmıştır. Bu itibarla ihmal, *“bir dış gözlemcinin (yargıç) yargısına göre, süjenin, herhangi türden bir norm dolayısıyla kendinden beklenenden farklı olumlu veya olumsuz iradi davranışdır”*. Normativist teori, şu gözlemden hareket ederek bu tanıma ulaşmaktadır: İhmal, doğacı anlamda bir hareketsizlik veya yapmama

²⁰ İçel vd. s. 135; Hakeri, İhmal Kavramı, s. 71.

²¹ Keyman, s. 138.

²² Koca/Üzülmez, s. 377; Özgenç, s. 224.

²³ Artuk M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi Ankara, 2011, s. 262.

²⁴ Hakeri, İhmal Kavramı, s. 90.

ibaret değildir. Hastasına gerekli ilâcı vermeyip de kitap okuyan hemşire, bir şeyi ihmal etmektedir. Yani doğacı anlamda bir icrai hareketin bulunmasına rağmen, hukuki açıdan bir ihmal söz konusudur; zira hemşire, hukuken, zamanında gerekli ilâcı vermek zorundadır. Bu nedenle, hareketsiz kalsa da kitap okusa da bir şey değişmez, her iki halde de ihmal vardır. Bunun gibi, hiç bir şey yapmamak, hareketsiz kalmak da, tek başına, ihmal sayılmaz. Yapmamanın (hareketsizlik) ihmal sayılması, olumlu hareket emri içeren bir norma aykırı olmasına bağlıdır. Sonuç itibarıyla, norm ile ilişki içinde bulunmayan bir yapmamanın (hareketsizlik) anlamı veya önemi yoktur. Zira doğal ve toplumsal gerçeklikte, nesnel açıdan ihmal diye nitelenebilecek bir davranış türü yoktur. Bir davranışa ihmal damgasını vuran özellik, bununla, süjeden normatif olarak beklenen hareket arasında bir çatışma olmasıdır²⁵.

Roxin, ihmalî ve icrai davranış ayırımı yapılması konusundaki teorileri kısaca açıkladıktan sonra çelişkili durumlarda icrai davranış olarak kabulüne yakın olunması gerektiğini savunmaktadır. Ancak bunun için failin aktif bir enerji sarfının o netice açısından mutlak nedensel olduğunun kabul edilmesi ve failin kastının da buna yönelik olması icap eder²⁶. *Brammsen* bu görüşü daha açık bir ifade ile formüle etmektedir. Buna göre; “*Failin bir enerji sarfi ile davranışta bulunmasını aktif (icrai) bir davranış saymak için neticenin gerçekleşmesine yönelik süreci başlatması, devam ettirmesi veya hızlandırması gerekli ve yeterlidir. Bu sonuca ulaşmak için somut olayda gerçekte veya failin düşüncesine göre davranışın, korunan değere saldırı olarak kabule uygun olması gerekir*”²⁷.

İcrai davranışın nedensellik bağına etkisinin önemsiz olduğu durumları ayırmak gereklidir. Burada icrai bir davranış olduğu halde esasen bu icrai davranış ihmalî davranışın öncesini oluşturmakta fakat neticeye etki etmemektedir. Örneğin, bir annenin üç yaşındaki çocuğunu evde yalnız bırakması ve ateşle oynayan çocuğun evde yangın çıkarması ve ölmesi durumunda annenin evi terk etmesi icrai (aktif) bir davranış olduğu halde ölüm neticesi bakımından burada önemli olan ihmalî davranıştır²⁸.

²⁵ Keyman, s. 158.

²⁶ Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H. Beck Verlag München, 2003, Rn. 78, s. 654.

²⁷ Brammsen, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, s. 193.

²⁸ BHG NSTZ, 1999, 607; Bu olayda Alman Yerel Mahkemesi burada icrai bir davranış ile öldürmeye hükmetmiştir. Ancak Alman Federal Mahkemesi burada failin davranışının ağırlık noktasının evi terk etmesi olmadığını bu davranışın esasen sonuç açısından önemsiz olduğunu, annenin, çocuğun yangın çıkarmasını engelleyecek diğer tedbirleri almış olması

Somut olayı incelemeyen önce, öldürmeye elverişli davranışlardan da bahsetmek yerinde olacaktır. Kasten öldürme suçu ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli her türlü araç yardımıyla işlenebilir²⁹. Suçta kullanılan araç önemli değildir, ölüm neticesini meydana getirmeye elverişli her türlü araç ile bu suç işlenebilir³⁰. Kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunda ise ortaya şu şekilde bir sonuç çıkmaktadır; failin sonucun gerçekleşmesini önlemeye yönelik davranışlardan herhangi birini yapmaması şeklinde bu suç işleyebilir.

Somut olayda sanığın yeni doğan bebeği beze sararak boş arsaya bıraktığını kabul ettiğimizde dahi; sanığın vücut hareketi, nedensellik bağına katkısı, sanığın davranışının ağırlık noktası veya sosyal önemi göz önüne alındığında olayda icra hareketinin bulunduğu kabul gerekir. Çünkü sanık, neticenin gerçekleşmesine yönelik süreci başlatmış, devam etmesini sağlamış ve en önemlisi neticeyi hızlandırmıştır. Bu sonuca ulaşmak için somut olayda gerçekte veya failin düşüncesine göre davranışın, korunan değere saldırı olarak kabule uygun olması yeterlidir ve olayda bu gerçekleşmiştir. Böyle bir durumda ihmali davranışın, icra hareketinin arkasına çekildiği (önemsiz kaldığı) sonucuna varılmalıdır ve davranış icrai kabul edilmelidir. İcra hareketinin bulunmasına rağmen, tamamen normatif bir bakış açısıyla ceza hukuku açısından önem taşıyan hareketin ağırlık noktasını ihmali davranışın oluşturduğu bazı istisnai durumlarda suçun ihmali hareketle işlendiği kabul edilmektedir³¹. Ancak olayımızda normatif açıdan da düşünüldüğünde icrai hareket, ihmali hareketin gerisinde kalmamaktadır. Her ne kadar adli tıp raporunda ölüm nedeninin cesetteki çürüme nedeniyle belirlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmişse de, birkaç dakikadır hayatta olan bebeğin en azından belli bir sıcak ortamda tutulması gereği ve bu ortamdaki uzaklaştırılarak boş arsaya bırakılması icrai davranışın ihmalden daha ön plana çıktığı sonucunu göstermektedir. Sanık, sadece nedensel sürece engel olmaktan öte, birkaç dakikadır hayatta olan bir bebeği boş arsaya bırakarak neticenin meydana

halinde evi terk etmesinin önemsiz ve tehlikesiz bir davranış olacağını belirtmiştir”, (Roxin, Strafrecht, s. 657).

²⁹ Özbek V. Özer/Kanbur, M. Nihat/ Doğan Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 107.

³⁰ Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 133.

³¹ Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erleuterungen, München 2001, & 13 Rn.3.

gelmesi sürecini bizzat başlatmıştır³². Bu nedenle sanığın bebeği sadece beze sararak boş arsaya bırakması ve ölüm neticesini oluşturması icrai bir davranış sayılmalı ve sanık hakkında TCK m. 82/1, d-e uygulanmalıydı.

3. Olası Kast Açısından

Olası kast, failin tipikliğin maddi unsurlarının tamamını bilmesine ve neticeyi muhtemel görmesine rağmen fiili gerçekleştirmesi durumudur. Fail, neticenin gerçekleşmesini bir olasılık olarak görmekte ve bunu kabullenerek fiili gerçekleştirmektedir³³. Sanığın, bebeği beze sararak boş arsaya bırakması ve savunmasında belirttiği gibi başka bir kimsenin bebeği görerek korumaya alacağı şeklindeki bir düşünce tek başına failin olası kastla hareket ettiğini göstermez. . Olası kasttan bahsedebilmek için failin failinin neticeyi meydana getirmesinin muhtemel olması ve failin bu olasılığı göze alarak neticeyi kabullenmesi gerekir. Somut olay açısından düşünüldüğünde bebeğin ölümünü sadece bir olasılığa bağlayacak olan fiil, onu kimsenin uğrak yeri olmayan boş arsaya değil, seyrek de olsa kullanılan bir yolun kenarına bırakmaktır. Böyle bir durumda TCK m. 97’de düzenlenmiş olan terk suçunun oluşması söz konusu olabilecektir. Başkaları tarafından alınması kesin olan bir yere bırakma ve buna rağmen bebeğin kimse tarafından görülmemesi ve ölmesi halinde terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ortaya çıkacaktır. Bu netice bakımından failin en az taksirle hareket ettiğinin kabulü halinde (olayda bu mevcuttur) meydana gelen ölüm neticesinden (terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali) fail sorumlu olacaktır. Sanığın bebeği bıraktığı 2.5.2009 tarihinde o bölgedeki güneşin doğma saatindeki hava sıcaklığı da beze sarılı yeni doğmuş (birkaç dakikadır hayatta) olan bebeğin yaşama şansını muhtemel düzeyde tutmaya yetmeyecektir, ölüm neticesinin meydana gelmesini muhakkak olarak kabul etmek icap eder. Çünkü sanık, yeni doğmuş bir bebeği kimsenin kolaylıkla gelip geçmeyeceği bir yere hem de fazlaca korunaklı olmayacak bir şekilde terketmiştir ve bebeğin ölümünü muhakkak olarak görmek suretiyle bu davranışta bulunmuştur. Sanığın sorumluluğu bebeği doğrudan kast ile öldürme suçundan olmalıdır.

³² Hakeri, “neticenin meydana gelmesini önlemek yerine neticenin meydana gelmesini sağlamak bir icra hareketidir”, şeklinde ifade etmektedir, (Hakeri, İhmal Kavramı, s. 156).

³³ Koca/Üzülmez, s. 163. Özgenç’e göre, kastın bilmek ve istemek gibi iki unsuru değil, sadece bilmek unsuru vardır. Failin bildiği neticeyi istemediğinden bahsetmek çelişki oluşturmaktadır. Böyle bir ayırım kastın, kusurluluk şekli olarak kabulünün bir sonucudur, (Özgenç, s. 239).

4. Töre Saiki Açısından

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (m.82/1-k) töre saikiyle insan öldürmek, kasten öldürmenin nitelikli hali olarak düzenlenmiştir³⁴. Kasten gerçekleştirilmiş bir öldürme fiilinin töre saikiyle işlenip işlenmediğinin tespiti ise, birtakım unsurların bir arada bulunmasını zorunlu kılmaktadır. Bu çerçevede töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının ne olduğu konusunda gerek doktrinde gerekse Yargıtay içtihatlarında kesin bir fikir birliği yoktur. Bununla birlikte töre saikiyle insan öldürme suçundan bahsedebilmek için genel olarak şu unsurların varlığı aranmaktadır³⁵: a) fail, mağdurun töreye aykırı davrandığı düşüncesinde ve inancında olmalıdır, b) fail, suçu töre saikiyle ve görev bilinciyle işlemelidir, c) mağdurun eylemi hukuka, geleneksel davranış kalıplarına uygun olmasa bile fail açısından bir haksızlık teşkil etmemelidir, d) mağdurun geniş anlamda failin ailesi, aşireti veya mensubu olduğu grupla ilişkisinin bulunması gerekmektedir.

Töre cinayetleri daha çok aşiretlerin varlığını sürdürdüğü yerlerde görülmektedir. Aşiret üyelerinin bir araya gelerek verdiği karara "*aile meclisi kararı*" denir ve aile meclisi kararının suçun unsuru olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Doktrinde bazı yazarlar aile meclisi kararını suçun esaslı unsuru olarak görürken³⁶; bir kısım yazarlar ise, aile meclisi kararının suçun unsuru olduğunu kabul etmemekle beraber töre saikiyle öldürme suçunun genellikle bir şekli olduğuna işaret etmekte ve aile meclisi kararının suçun ayırt edici özelliği olabileceğini savunmaktadır³⁷. Aile meclisi kararını suçun unsuru olarak görmeyen görüşe göre³⁸, sanığın, eylemi töre saikiyle gerçekleştirdiğinin tespiti temel ve yeterli koşuldur³⁹.

³⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Avcı, Mustafa, Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:9, Sayı:22, Erzurum, Kış 2005, s.1-26.

³⁵ Otacı, Cengiz; Yeni Yargı Kararları Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçu, Güncel Hukuk Dergisi, Haziran, 2009, s.34-36; Topaloğlu, Mahir; Töre Saiki İle İnsan Öldürme Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.1, s.137. Ercan, İsmail; Ceza Hukuku Genel Hükümler & Özel Hükümler, İstanbul, 2009, s.273.

³⁶ Hakeri, bu görüşü savunmaktadır (Hakeri Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007, s.247) benzer görüşte bkz. İskender, Salih Zeki; Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.98; Hafizoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010, s.53.

³⁷ Tezcan vd., s.169; Topaloğlu, s.139, Soyaslan Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ank.2005, s.107.

³⁸ Topaloğlu, s.139.

³⁹ İskender, s.98.

Suçun ortaya çıkabilmesi ancak töre saikinin varlığıyla mümkün olduğundan bu suç özel kastla işlenebilen bir suçtur⁴⁰. Saik, kasttan önce gelen, kasti hazırlayan duygu, düşüncedir⁴¹. Suçun işlenmesine neden olan gerekçedir⁴². Saik, faili haksızlık teşkil eden fiili işlemeye iten dürtüdür, iç etkendir⁴³. Anılan hükmün somut olaya uygulanabilmesi için töre saikinin varlığı zorunludur. Zira suçun kanuni tanımında saik, suçun bir unsuru olarak kabul edilmiştir⁴⁴. Yargıtay Ceza Genel Kurul kararına konu somut olay, verilen teorik bilgiler ışığında değerlendirildiğinde; yeni doğan bebeğin öldürülmesi olayının töre saikiyle insan öldürme çerçevesinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Zira dava dosyasında failin (annenin), töre saikiyle ve görev bilinciyle hareket ettiğine dair herhangi bir veri veya açıklama bulunmamaktadır. Oysa yukarıda da ifade edildiği üzere töre saikiyle insan öldürme suçu, özel kastla işlenebilen bir suçtur. Bu suçun meydana gelebilmesi için töre saikinin varlığı zorunludur.

Yargıtay bu konuda değişik kararlar vermiştir⁴⁵. Yargıtay CGK 11.5.2010 tarih ve 1-56/111 sayılı kararında töre saikinin namus saikini de kapsayan bir üst kavram olduğunu namus saikiyle işlenen bir kısım kasten insan öldürme suçlarının da TCK m.82/1-k maddesi kapsamında cezalandırılmasını gerektiğini belirtmişti. Ancak Yargıtay CGK 14.6.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararında töre saiki ile namus saikinin özdeşleştirilmesinin yasa maddesinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanması anlamına geleceği ve TCK m. 2/3 uyarınca buna imkan olmadığını belirtmiştir⁴⁶. Kanaatimizce Yargıtay'ın zikrettiğimiz son kararı yerindedir⁴⁷.

⁴⁰ Centel, Nur / Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, Dördüncü Bası, İstanbul, 2006, s.394; Akbaba, Zeynep Burcu; Töre, Namus ve Töre Saikiyle Adam Öldürme, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S.75, s.342.

⁴¹ Özgenç, s.274.

⁴² İskender, s.111.

⁴³ Koca/Üzülmez, s.225.

⁴⁴ Akbaba, s.342.

⁴⁵ Yargıtay 1. Ceza Dairesi 16.06.2008 tarih ve 586/5044 sayılı ilamı ile onaylı kararında aile meclisi kararını suçun unsuru olarak kabul edip benimsemişti fakat 03.03.2009 tarih ve 6048/1039 sayılı kararında aile meclisi kararı olmaksızın da işlenen suçun töre saikiyle insan öldürme suçu oluşturduğunu kabul ederek dolaylı da olsa aile meclisi kararının suçun zorunlu unsuru olmadığı kanaatine varmıştır (İskender, s.100-101).

⁴⁶ Karar metinleri için bkz. Gökçen Ahmet/Balcı Murat, Kasten Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s.231

⁴⁷ 765 sayılı TCK döneminde; “öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile “sekiz yıldan oniki yıla kadar” hapis cezası verilir, şeklinde 453. Maddeyi içermekteydi. Somut olaya bu hükmün uygulanması

Somut olayda failin yaşadığı sosyal çevrede ne aşiret tipi bir yaşam tarzı görülmekte ne de bir aile meclisi kararından söz edilmektedir. Diğer taraftan töre saikiyle insan öldürmeden söz edebilmek için fail, mağdurun töreye aykırı davrandığı düşüncesinde ve inancında olmalıdır. Töre saikiyle işlenen cinayetlerde faile göre mağdur, kimi zaman ahlaki kurallara aykırı hareket ederek kimi zaman da ailenin namus ve şerefine lekeleyecek bir fiilde bulunarak töre bağlamında bir suça vücut vermiş olur⁴⁸. Somut olayda fail mağdurun töreye aykırı hareket ettiği düşüncesiyle hareket etmiş olduğuna dair en ufak bir bilgi yoktur. Kaldı ki birkaç günlük bir bebeğin töreye aykırılık teşkil edecek bir fiili icra edebilecek fizik gücünün ve algılama yeteneğinin olmadığı da aşikârdır. Şayet kızın ailesi gayrı meşru doğan çocuktan dolayı töreye aykırı hareket edildiği, namuslarının kirletildiği düşüncesiyle kızı veya bebeği öldürmüş olsalardı belki o zaman töre saikiyle insan öldürme mevzu bahis olabilirdi.

Sonuç olarak, kanaatimizce, yapılan teorik izahlar ve somut olayla ilgili verilen bilgiler birlikte değerlendirildiğinde, karara konu olayda geçen bebeğin öldürülmesi olayında kasten öldürmenin daha fazla cezayı gerektiren nitelikli halini oluşturan töre saikiyle insan öldürmeye ilişkin hükmün (m.82/1-k) uygulanması mümkün değildir.

5. Sanığın Kusurluluğu Açısından

Kusur, haksızlık teşkil eden fiili gerçekleştiren şahsın bu fiili gerçekleştirmesi nedeniyle kınanması konusundaki yargıdır. Kusur, tamamen fail hakkında yapılan bir yargıdan ibaret olmasına rağmen, failin gerçekleştirmiş olduğu haksızlıktan bağımsız olarak kusur yargısında bulunulamaz, başka bir ifadeyle fail hakkında bulunulan kusur yargısı failin somut olayda gerçekleştirdiği fiile dayanmaktadır⁴⁹.

TCK'da bulunan kusurluluğu etkileyen nedenler; amirin hukuka aykırı emrini ifa (TCK m. 24/4), meşru savunmada sınırın korku, heyecan veya telaş ile aşılması (TCK m. 27/2), cebir şiddet, korkutma ve tehdit (TCK m. 28), haksız tahrik (TCK m. 29), kusurluluğu etkileyen nedenlerin maddi şartlarında

söz konusu olabilecekti ve bu durumda yukarıda izah edilen şekilde olayda töre saikinin bulunup bulunmadığı şeklinde bir araştırmaya girmeye gerek kalmayacaktı. Ancak bu halde dahi sanığın (annenin) saikinin “namus kurtarma” olduğunun belirlenmesi gerekir.

⁴⁸ Kaya, Köroğlu; Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:15, 2014, s.5 ve 22.

⁴⁹ Özgenç, s. 366.

hata (TCK m. 30/3), yasak hatası (haksızlık yanılıgısı, TCK m. 30/4), yaş küçüklüğü (TCK m. 31), akıl hastalığı (TCK m. 32), sağır ve dilsizlik (TCK m. 33), geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu etkisinde olma (TCK m. 34) olarak sayılabilir.

Somut olayda sanığın doğum sonrası (lohusa) olmasının kusurluluğuna etkisi araştırılmaldır. TCK m. 34/1’de, “*Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukukî anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez*”, hükmü yer almıştır. Lohusa dönemindeki kadının suç işlemesi durumunda bunun TCK m. 34 anlamında kusurluluğu etkileyen geçici nedenler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. TCK m. 34’ün gerekçesinde de doğum sonrası kadının psikolojik durumunun bu kapsamda değerlendirilebileceği belirtilmiştir⁵⁰. Ancak uygulamada savcılığın, mahkemenin ya da Yargıtay’ın bu konuyu araştırma yoluna gittikleri pek görülen bir durum değildir. Oysa doğum sonrası depresyon annenin ve dolaylı olarak çocuğun sağlığını etkileyen önemli problemlerden biridir⁵¹.

Normal aile içi doğumlarda dahi kadının doğum sonrasında psikolojik depresyona girme oranının yüksek olduğu düşünüldüğünde, gayri meşru ilişkisi sonucu meydana gelen hamileliği neticesinde doğumu tek başına gerçekleştiren ve bebeğin babasına ulaşamayan kadının psikolojik durumunun etkilenmesi ve

⁵⁰ “Kişinin algılamaya yeteneğini etkileyen sistemik hastalıkları da geçici neden olarak kabul etmek gerekir. Örneğin diyabet, gebelik sonrası ortaya çıkan psikozlar ve üremi gibi hastalıklar, kişinin algılama yeteneğini ortadan kaldırmaktadır”, TCK m. 34 Gerekçesinden, (www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, E. T. 11.2.2014).

⁵¹ Hamilelik ve doğum normal sağlıklı kadınlar için bile yorucu bir süreç olduğundan, kadınların lohusalık döneminde psikolojik sorun yaşama riski daha da yükselmektedir. Annede; aşırı yorgunluk, uykusuzluk, bedensel şikayetler, ağlamalar, iştahsızlık ya da aşırı yemek yeme, umutsuzluk, aktivitelerden zevk alamama, suçluluk duyguları ortaya çıkar. Daha ağır durumlarda ise; **kendini suçlama**, ölüm düşünceleri veya girişimleri olabilir. Bu durum **bebek ile ilişkiyi aksatır**. Hatta ağır durumlarda **bebeğe zarar verme** düşünceleri veya davranışları da olabilir.

Doğum sonrası depresyonun nedenleri tam olarak bilinmemekle birlikte; annenin aile içinde yaşadığı **ekonomik zorluklar**, **sosyal desteğin yetersiz olması**, **eşle ilgili sorunlar yaşanması**, **planlanmamış gebelikler**, **bebeğin bakımı ile ilgili duyulan kaygılar** etkili olmaktadır. Bu belirtilerden bir ya da daha fazla risk etkeni olan kadınların doğumdan sonraki 1 ya da 2. ayda; doğum sonrası depresyon açısından değerlendirilmesi önemlidir. Doğum sonrası depresyon sık görülmesine karşın, çoğu kez tanı konulamamaktadır. Bu durumun başlıca nedenleri **kadının olumsuz duyguları nedeniyle kendini suçlu hissetmesi ya da utanması**, **sosyal çevre tarafından eleştirilme korkusu** olabilir, (<http://www.psikoloji.com.tr/psikolojik-sorunlar/depresyon/lohusalik-doneminde-depresyona-dikkat-3247.html> E. T. 10.2.2014).

bunun davranışlarını yönlendirme yeteneğini zayıflatması yüksek olasılıktır. Bu nedenle somut olayda lohusa döneminde suç işleyen sanığın psikolojik olarak durumunun incelenmesi ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin rapor ile belirlenmesi gerekir. Bu raporda sanığın, fiilin anlam ve sonuçlarını algılayamadığı veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğinin önemli derecede azalmış olduğunun belirlenmesi durumunda, TCK m. 34 hükmünün uygulanması ve sanık hakkında kusurluluğunun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı⁵² (CMK m. 223/3-a) kararının verilmesi gerekir.

6. Cezanın Belirlenmesi Açısından

Sanığın davranışının icrai olduğunun kabulü halinde cezanın belirlenmesi bakımından bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Ceza Genel Kurulu'nun davranışı ihmali olarak kabul etmesi halinde bu karara yapılacak en önemli eleştiri, cezanın belirlenmesi bakımından özensiz davranılmış olmasıdır. Mercilerin eylemin icrai veya ihmali davranış olarak kabul edilmesi konusundaki tartışmaları esasen her bir merciiin sanığa verilecek cezaya yönelik itirazlarına dayanmaktadır. Cezanın belirlenmesi konusunda kriterleri kullanarak takdir yetkisini yerinde kullanmak yerine suçun unsuru veya nitelikli halleriyle uğraşma ya da olayın kabulünü (sübuta eren-ispatlanmış kısmını) farklı algılama alışkanlığı ceza hukuku uygulamacılarının büyük bir kısmında mevcuttur⁵³. Kararın alınması sürecinde herhangi bir mercii

⁵² TCK m. 34'te "geçici nedenlerden dolayı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez", şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kusurluluğu etkileyen geçici nedenlerin failin davranışlarını yönlendirme yeteneğini "önemli derecede olmamakla birlikte" azaltmış olması hali kanunda düzenlenmemiştir. Böyle bir durumda kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul edilerek cezada indirim yapılması mümkün değildir. Uygulamada geçici nedenler konusuna uzak durulmasının bir nedeni bu maddenin sadece kusurluluğu kaldıran neden olarak düzenlenmiş olmasıdır. Kusurluluğu azaltan veya ortadan kaldıran neden olarak (her iki durumu da kapsar şekilde) düzenlenmiş olması halinde bu maddenin uygulanma sıklığının artacağı kanaatindeyiz.

TCK m. 34'te düzenlenmiş olan geçici nedenlerin olayda bulunması halinde sanık hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak böyle bir durumda sanık hakkında güvenlik tedbirlerinin de uygulanması gerekecektir. TCK m. 53-60 arasında düzenlenmiş olan güvenlik tedbirleri arasında geçici nedenlerle hakkında ceza tertip edilemeyecek kişilere yönelik güvenlik tedbiri bulunmamaktadır.

⁵³ "Cezanın belirlenmesi konusunda uygulamada dikkat çekici bir nokta hâkimlerin suçun sübutu ile ilgili olarak gösterdikleri gayret ve dikkati cezayı tespit aşamasında göz ardı etmeleridir. Suçun sübutu konusunda mantık, vicdan ve hukuk arasında üçlü saç ayağını dengeleyen hâkimin, cezanın belirlenmesi sırasında terazisini daha hassas bir ayara getirmesi gerekir", (Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 362).

cezanın belirlenmesi konusuna temas etmemiştir. Cezanın belirlenmesi konusunda karar merciiinin iki ayrı sorunu ele alması gerekirdi; bunlardan biri sanık hakkında TCK m. 83/3'te belirtilen ihmali suç nedeniyle indirim uygulanmasının gerekip gerekmediğidir⁵⁴. Ele alınması gereken diğer mesele, ihmal nedeniyle bir indirim yapılmasına karar verildiğinde, bu kez alt ve üst sınırı belirlenen (basamaklı⁵⁵) bir ceza aralığı söz konusu olduğundan, cezanın alt sınırdan mı yoksa alt sınırdan uzaklaşarak (teşdiden) mı verilmesi gerektiğidir⁵⁶.

Suç işlediği sübuta ermiş olan sanığa verilecek cezanın tespiti, bir süreci gerektirir. Alt ve üst sınırları gösterilen bir ceza ise temel ceza bulunur, suçun nitelikli halleri uygulanır. Somut olayın koşulları gerektiriyorsa, diğer artırım ve indirim nedenleri kullanılır, hâkim takdiri indirim nedenini uygulayabilir, cezaların hesabı yapılır⁵⁷. Temel cezayı tespit edecek olan hâkimin elinde TCK 61/1. maddesinde yedi bent halinde tahdidi olarak sayılmış olan kriterler mevcuttur. Hâkim her somut olayda bunları değerlendirerek, ilkelere bağlı kalarak, cezanın belirlenmesi yasak ve mecburiyetlerine uyarak temel cezayı tayin edecektir⁵⁸.

Somut olay bakımından cezanın belirlenmesinde kullanılacak kriter TCK m. 61/1-a'da belirtilmiş olan “suçun işleniş biçimidir”. Her suçun işleniş biçimi diğerlerinden farklı olduğundan, olaya uygun ceza belirlenmesi ve böylece cezanın belirlenmesinde hâkime olanak veren en önemli kriter suçun işleniş biçimi kriteridir. Suçun işleniş biçimi, filde gösterilen iradenin realize edilmesiyle ilgili olması, eylemin toplum düzeni açısından tehlikeyi göstermesi bakımından önemli bir unsurdur⁵⁹. Suçun işleniş biçiminden; suçun işlenişinde

⁵⁴ TCK m. 83/3'te “cezada indirim de yapılmayabilir”, düzenlemesi yer almaktadır.

⁵⁵ Basamak ceza, alt ve üst sınırlara göre cezaların belirlendiği, örneğin; TCK m. 83/3'te “ağırlaştırılmış müebbet hapis yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezası” gibi durumları ifade eder, (Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 163).

⁵⁶ Sanık hakkında takdiri indirim nedeninin (TCK m. 62) uygulanmış olması konusu, sanığın geçmişi, cezanın sanığın geleceği üzerindeki etkisi, sanığın yargılama sürecindeki davranışları konusunda bilgi bulunmaması nedeniyle değerlendirme dışında bırakılmıştır.

⁵⁷ İçel vd. s. 151.

⁵⁸ Basamaklı ceza sisteminde temel cezanın belirlenmesi herhangi bir kritere bağlanmadan, tümüyle hâkimin serbest takdirine bırakılırsa, uygulamada birlik ve Yargıtay denetimine olanak sağlamayacağı gibi, takdir yetkisinin keyfiliğe dönüşmesi, böylece hak ve adalet duygularının zedelenmesi olanağı yaratılmış olur. Bu nedenle kanun koyucu iki sınır arasında temel cezanın belirlenmesini ölçüsüz bir şekilde hâkimin takdirine bırakmamış, bazı kriterler getirmiştir, (Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 163).

⁵⁹ Koca/Üzülmez, s. 563; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 569; İçel vd. s.149;

kanuni tipe uygun hareketleri aşacak şekilde fiile ayrıca eşlik eden veya onu şekillendiren, sonucun daha vahim olmasına neden olan konular anlaşılır. Suçun işlenmesi sırasında failin davranışı, onun kişilik yapısını gösteren bir araz olabilir. Sanığın karakteri bu şekilde ortaya çıkmakta ve eylemin toplum düzeni açısından yarattığı tehlikenin boyutu bu şekilde belirmektedir⁶⁰.

Bir suç tipinde yer alan ve cezanın artırılmasını gerektiren nedenlerin birçoğunun aynı olayda bir arada bulunması veya suçun oluşması için aranan seçimlik hareketlerin tamamının gerçekleştirilmesi, “suçun işleniş biçimi” kapsamında temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınacak konular arasında gösterilebilir⁶¹. Fiilin işlenme şeklinden anlaşılması gereken, **nerede, ne zaman, nasıl, hangi araçlarla** suç işleme planını fiiliyata geçirdiği, yalnız mı yoksa birden fazla kişiyle mi işlediği, **icrai davranışla mı ihmalle mi suçu işlediği** konuları, cezanın belirlenmesinde etkili olacaktır. Kanun, bütün bu nedenlerin eylemin şekli içerisinde değerlendirilmesi gereğini, ancak çifte değerlendirme yasağının da ihlal edilmemesini belirtmiştir⁶². Failin, **gaddarca hareket edip etmediği**, amacına ulaşmak için çabalaması, **mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliğinden yararlanması**, fırsatları değerlendirmesi cezanın belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Kasten yaralamada aşırı vurdumduymazlık⁶³, **öldürmede duygusuzluk**⁶⁴, basit hırsızlıkta şiddet, trafik kazasında süratin ne kadar olduğu⁶⁵, **öldürmede acı çektirme (gaddarlık)** hallerinin mağdur tarafından hissedilmese bile cezanın artırılmasına etkili olup olmayacağı sorusuna, Federal Mahkeme, olumlu cevap vermiştir⁶⁶.

Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011, s. 615.

⁶⁰ Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, C.II-III, Beta Yayınları, İstanbul 1992, s. 558.

⁶¹ Yağma suçunun 5237 sayılı TCK'nın 149. maddesinin 1. fıkrasının (c), (f), (g) ve (h) bentlerine aykırı biçimde, birden fazla kişi tarafından birlikte, geceleyin, var olan suç örgütlerinin oluşturdukları korkutucu güçten yararlanarak, suç örgütüne yarar sağlamak amacıyla işlendiği, bu nedenle aynı Kanunun 61. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, bunların değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi... yasaya aykırıdır”, (6. CD 7.7.2006 t. 2006/623 E. 2006/7370 K.; Artuk/Gökçen/Yeni Dünya, s. 880).

⁶² Bruns, Hans Jurgen, *Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis*, (2. neubearb. und erw. Aufl.), Heymans Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1985, s. 175.

⁶³ RG, DR 1943, 737; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 179.

⁶⁴ RG 67, 280; Yerdelen, Cezanın Belirlenmesi, s. 179.

⁶⁵ BGH VRS 12, 46; Bruns, s. 176.

⁶⁶ BGH MDR 1968, 895; Bruns, s. 176.

İcrai bir eylem mi, yoksa ihmali bir davranışla mı suçun işlendiği, önemlidir. Ancak Alman Ceza Kanunu m. 13/2’de maddede belirtilen şartlar mevcutsa, ihmali davranış icrai davranışa eşit sayılmaktadır. İhmali davranış ile icrai davranış açısından yine de bir fark ortaya konularak, ihmali davranışın daha az ceza ile karşılanacağı belirtilmektedir. İhmali bir davranışın, her zaman daha az ceza ile karşılanmayacağı da savunulabilir, örneğin; bir annenin çocuğunu emzirmeyerek öldürmesi gibi. Çünkü bu durumda eylem planlı olarak gerçekleştirilmektedir⁶⁷. Suçun işleniş biçimi açısından vahamet olarak değerlendirilebilecek konuların saptanmaması durumunda, cezanın teşdiden uygulanması mümkün olmamalıdır. Aksi halde, hâkimin, takdirinde zaafiyete düşmesi söz konusu olacaktır. Bu sonuç, “aynı şartlarda işlenen suçlara aynı ceza verilir” şeklindeki ceza adaleti ve eşitliği sağlayan hukuk ilkesine ters düşer. Bu itibarla, suçun işleniş biçimi nedeniyle temel ceza belirlenirken, objektif ve sübjektif ölçülerle eylemin benzerlerinden ayrıldığı noktaları açıklamak, gerekçeler ortaya koyarak cezanın bireyselleştirilmesi yoluna gitmek gerekir⁶⁸.

Somut olayda sanığın eyleminin icrai davranış olarak kabul edilerek, TCK m. 82/1,d-e gereğince cezalandırılmasına karar vermesi gerektiğini belirtilmişti. Sanığın eyleminin ihmali davranış olarak kabul edilmesi durumunda dahi cezasında ihmali davranış indiriminin yapılmaması gerekir. Şöyle ki; TCK m. 83/3’te “... cezada indirim de yapılmayabilir”, hükmüne yer verilmiştir. Bu hükme yer verilmesi madde gerekçesinde “kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi hâlinde, suçun icrai davranışla işlenmesine nazaran temel cezada indirim yapılmasına ilişkin olarak mahkemeye takdir yetkisi tanınmıştır⁶⁹”, şeklinde açıklanmıştır. Şüphesiz takdir yetkisi keyfilik olmadığı gibi Anayasa m.141, CMK m.34 ve 230 hükümlerine göre hakimin kararına gerekçe göstermesi gereklidir.

Somut olayda sanığın fiilinin ihmali olarak kabul edilmesi garantör sayılması ve ihmali davranışının icraya eşdeğer sayılmasına dayanmaktadır. Serbest hareketli suçlarda, neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayılması bakımından yeterlidir. Bunun dışında ilave bir şarta gerek yoktur⁷⁰. İcrai davranışa her anlamda

⁶⁷ Bruns, s. 175; Roxin, Strafrecht, s. 200.

⁶⁸ Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, *Türk Ceza Kanunu Yorumu*, Seçkin Yayınları, Ankara 2010, s. 1015.

⁶⁹ www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc, E. T. 11.2.2014.

⁷⁰ Koca/Üzülmez, s. 387.

eşdeğer olan ihmali davranışla ilgili olarak yukarıda açıklanan suçun işleniş biçimi kriterinin uygulanması sanığın suçu **nerede, ne zaman, nasıl işlediği, sanığın gaddarca hareket etmesi, mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliği, sanığın öldürmedeki duygusuzluğu** konuları gerekçe olarak kullanılmalıdır. Bu durumda cezanın belirlenmesiyle ilgili ortaya koyduğumuz iki soruyu bu kriterler ve somut olgular çerçevesinde cevaplamak gerekir. Diğer bir ifadeyle, sanığın fiili ihmal suretiyle öldürme olarak kabul edilse dahi cezasından herhangi bir indirimle gidilmesine gerek yoktur. Mahkeme ihmali suç sebebiyle takdirini cezada indirim yapmak yönünde kullanabilir. Ancak bu durumda indirimin yukarıda açıkladığımız nedenlerle TCK m. 83/3'te belirtilen "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar" ibaresine göre alt sınırdan uzaklaşarak tespiti gerekir. Somut olayda mahkemenin tüm ceza tespitlerini asgari (en alt) sınırdan belirlemiş olması olaydaki mevcut şartlara ve cezanın belirlenmesi kriterlerine uymamaktadır.

Sanığın fiilinin ihmali davranış olarak kabul edilmesi halinde hakkında TCK m. 83/3 yollamasıyla TCK m.82/1/d, e, hükümleri (kasten öldürmenin nitelikli halleri) uygulanabilecek midir? Kanun koyucunun TCK m.83/3'te "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından" bahsetmesi nedeniyle TCK m.82'de belirtilen nitelikli hallerin m.83'e de uygulanması gerekir. Ancak bu durumda şöyle bir sakınca ortaya çıkacaktır: İhmali davranışla kasten öldürmenin yakın akrabalar arasında işlenmesi (TCK m. 82/1-d), durumunda bu aynı zamanda garantörlüğün sebebi (cezalandırmanın temelini teşkil eden) olduğundan bu nitelikli halin ihmali suçlar bakımından uygulanması, cezalandırılma nedeninin aynı durumda nitelikli hal olması sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle bu şekilde bir uygulamayı önlemeye yönelik kanun değişikliği yapılmalıdır⁷¹.

Kanaatimizce aynı durum TCK m.82/1-e'de kasten öldürmenin çocuk veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olan biri aleyhine işlenmesi, nitelikli hal olarak düzenlenmiştir. Bu maddede belirtilen yakın akrabaların, çocuk veya beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak durumda olanların bakımını üstlenen kişilerin, garantör durumda olmaları halinde de ihmali suçun temelini (unsurunu) teşkil eden konu aynı zamanda nitelikli halden dolayı daha fazla cezanın verilmesini gerektiren sebep olmaktadır. Böyle bir uygulama, cezanın belirlenmesinde var olan bir kriterin aynı zamanda suçun unsuru veya nitelikli hali olması durumunda bunun artık cezanın belirlenmesinde kriter olarak kullanılamayacağı şeklinde

⁷¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 134.

ifade edilen “çifte değerlendirme yasağının” (TCK m. 61/3) ihlali olacaktır⁷². Açıklamalarımızı somut olaya uyguladığımızda sanık hakkında ihmali davranışla öldürme suçundan ceza tayin ederken TCK m. 82/1-d hükmünün (çocuğa veya beden bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı kasten öldürme fiilinin gerçekleştirilmesi) uygulanmaması gerekir. Ancak bu durum, sanık hakkında TCK m. 82/1-e (kasten öldürmenin çocuk hakkında işlenmesi) hükmünün uygulanmasına engel değildir. Çünkü bu hükümde kasten öldürmenin herhangi bir çocuğa karşı gerçekleştirilmesi de nitelikli hal olarak düzenlenmiştir.

SONUÇ

Olayın ceza muhakemesi ispat araçları ile sübuta ermiş olan kısmının ne olduğu konusunda merciler arasında farklı görüşler oluşmuştur. Bunun nedeni olarak sanığın fiilini, ihmali ya da icrai sayma konusundaki fikirlerine yaklaştırma eğilimi dikkat çekmektedir. Merciler bunu yaparken, ortaya somut gerekçeler koymak yerine olayı tekrar mahiyetinde ifadeler kullanmayı tercih etmişlerdir. Oysa somut olaydaki vakaların ya da kanun hükmündeki ifadelerin tekrar edilmesi gerekçe sayılamaz. Olayın neden o şekilde kabul edildiğinin izahı gerekir.

Kararda garantörsel ihmali suçlarla ilgili açıklamalar ve doktrine atıflar yapılmış olmasına rağmen icrai ve ihmali davranış ayrımını ortaya koyan görüşlerden bahsedilmemiştir. Halbuki meselenin özü, sanığın davranışının ihmali mi icrai mi olduğunun gerekçeleriyle birlikte ortaya konulmasıdır. Somut olaya icrai ve ihmali davranış ayrımlarını belirten kriterlerin uygulanması durumunda; sanığın eyleminin “bebeği beze sararak sabah ezanı vaktinde boş arsaya bırakmak” olarak kabulü halinde dahi icrai davranış olarak nitelendirilmesi gerekir.

Sanığın olası kast ile hareket ettiği şeklindeki görüş yerinde değildir. Doğumunun üzerinden henüz birkaç dakika geçmiş olan bebeğin sabah ezanı saatinde kimsenin uğrak yeri olmayan boş arsaya bırakılması halinde ölmesinin muhakkak olarak görülmesi gerekir. Failin doğrudan kast ile hareket ettiği konusunda unsurlara dair bilgisi ve neticeyi isteme hususlarında eksiklik söz konusu değildir. Olayda töre saikiyle öldürmenin olduğu şeklindeki fikir de açıklanan gerekçelerle yerinde değildir.

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Yerdelen, Erdal, Çifte Değerlendirme Yasağı, SÜHFD, Y: 20, S:2, 2012, s. 105-138

Uygulamanın şiddetle görmezden geldiği kusurluluğu etkileyen geçici nedenlerden özellikle doğum sonrası kadının (lohusa) psikolojik durumu değerlendirilmelidir. TCK m. 34'ün gerekçesinde açıkça lohusalığın kusurluluğu etkileyebileceği belirtilmiştir. Psikiyatri ile ilgili bilimsel araştırmalar ve yayınlar bu konunun varlığını kabul etmektedir. Somut olayda sanığın bebeğin babasına da ulaşamaması ve çaresizliği düşünüldüğünde bu incelemenin yapılması gereklidir.

Cezanın belirlenmesi bakımından sanığın davranışı icrai sayılarak hakkında TCK m.82/1-e uygulanmalıdır. Sanığın fiilinin ihmali olarak kabulü halinde garantörlük esasını kuran şey, alt soy ilişkisi olduğundan TCK m.82/1-d uygulanmamalıdır. Sanığın fiilinin icrai davranışa eşdeğer sayılmasından öte suçun işleniş şekli ve özellikle suçun nerede, ne zaman, nasıl işlendiği, sanığın gaddarca hareket etmesi, mağdurun savunmasızlığı ve çaresizliği, sanığın öldürmedeki duygusuzluğu dikkate alınarak ihmali suç nedeniyle herhangi bir indirim uygulanmamalıdır. Mercii mutlak ihmali suç sebebiyle TCK m.83/3'deki indirimi uygulayacak (takdir yetkisini bu şekilde kullanacak) ise bu durumda alt ve üst sınır arasında belirlenmiş olan cezayı alt sınırdan uzaklaşarak (teşdiden) tespit etmelidir. Somut cezanın belirlenmesinde mahkemenin bu tip bir olayda (ihmal suretiyle bir çocuğun öldürülmesi) verilebilecek en asgari cezayı tespit etmiş olması TCK m. 3'te belirtilen orantılılık ilkesine aykırıdır. Çünkü bir ihmali davranışın icrai davranışa eş değer olabileceğini (hatta suçun işleniş itibariyle daha ağır bir durumu) ortaya koyan somut örnek söz konusudur.

KAYNAKLAR

Akbaba, Zeynep Burcu, "Töre, Namus ve Töre Saikiyle Adam Öldürme", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2008, S.75, s.333-352.

Artuk M. Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara 2011.

Avcı, Mustafa, „Töre Cinayetleri Açısından Sosyal-Hukuki Düzenlemelerin Evrimi“, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:9, Sayı:22, Erzurum, Kış 2005, s.1-26.

Brammsen, Joerg, Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, s. 193-213.

Bruns, Hans Jurgen, Das Recht der Strafzumessung : eine systematische Darstellung für die Praxis, (2. Neubearb. und erw. Aufl.), Heymans Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München 1985.

Centel, Nur /Zafer, Hamide / Çakmut, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2006.

Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem Yenerer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2011.

Demirbaş,Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, İstanbul 2011.

Ercan, İsmail, Ceza Hukuku Genel Hükümler & Özel Hükümler, İstanbul 2009.

Gedik, Doğan “Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi Üzerine Bir İnceleme”, Yargıtay Dergisi, Sayı:3 Temmuz, 2004.

Gökçen Ahmet/Balcı Murat, Kasten Öldürme Suçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınları, Ankara 2003.

Hakeri, Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Seçkin Yayınları, Ankara 2007.

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

Hafızoğulları Zeki/Özen Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2010.

İçel, Kayıhan/Sokullu Akıncı, Füsun/Özgenç İzzet/Sözüer Adem/Selami Mahmutoğlu, Fatih/Ünver, Yener, Suç Teorisi (2), 3. Baskı, İstanbul 2004.

İskender, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle İnsan Öldürmek Suçu (Namus Cinayetleri), Yetkin Yayınları, Ankara 2011.

Kaya, Köroğlu; Kanun ve Kültür: Töre Kavramının Hukuki ve Sosyolojik Bir Analizi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Sayı:15, 2014, s.5-22.

Keyman, Selahattin, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, 4-1-4, 1988, s. 122-173

Koca, Mahmut/İlhan, Üzülmüş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Lackner, Karl/Kühl, Kristian, Strafgesetzbuch mit Erleuterungen, München 2001.

Otaç, Cengiz, “Yeni Yargı Kararları Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçu”, Güncel Hukuk Dergisi, Haziran, 2009, s.34-36.

Önder Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, C.II-III, Beta Yayınları, İstanbul 1992.

Özbek V. Özer/Kanbur, M. Nihat/ Doğan Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe İlker, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Özgenç, İzzet, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Parlar Ali/Hatipoğlu Muzaffer, Türk Ceza Kanunu Yorumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2010.

Roxin, Claus, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C.H. Beck Verlag München 2003.

Roxin, Claus “İspat Hukukunun Esasları” (Çev. Yener ÜNVER), İstanbul, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:4 Sayı:8, 2005, s. 265.

Tezcan, Durmuş/Erdem, M. Ruhan/Önok, Murat, Teorik ve Pratik Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2013.

Topaloğlu, Mahir; Töre Saiki İle İnsan Öldürme Suçu, İstanbul Barosu Dergisi, C.83, S.1, s.134-141.

Ünver, Yener “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız” Ceza Hukuku Dergisi, Sayı: 2 Yıl: 2006, s. 103-207.

Yerdelen, Erdal, “Çifte Değerlendirme Yasağı”, SÜHFD, Y: 20, S:2, 2012, s. 105-138.

Yerdelen, Erdal, Cezanın Belirlenmesi, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/maddegerekce.doc E. T. 11.2.2014.

<http://www.psikoloji.com.tr/psikolojik-sorunlar/depresyon/lohusalik-doneminde-depresyona-dikkat-3247.html> E. T. 10.2.2014