

KARAR İNCELEMESİ :
TEDBİRSİZLİK VE DİKKATSİZLİK NETİCESİ
ÖLÜME SEBEBİYET VERMEK-
NEDENSELLİK BAĞI

Dr. Tarık SENKERİ (*)

Bu incelememizde Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun 24.12.1992 tarih ve E.1992/150, K.1992/148 sayılı kararı ⁽¹⁾ hakkında görüşlerimizi belirtmek istiyoruz.

I. OLAY

13 Mayıs 1992 tarihinde Adıyaman İl Merkez Jandarma Bölüğüne bağlı olan Kuşakkaya Jandarma karakoluna, su temin eden su pompasının arıza yapması nedeniyle, karakol komutanı olan astsubayın emri ile bir onarım ekibi oluşturulur. Onarım yapılacak su pompasının köyün biraz dışarısında olması, bölgenin özelliği, asayiş durumu ve onarım ekibinin güvenliği de düşünülerek yanlarına muhafız erler verilir. Ekibin başında çavuş Mustafa ÖZKAN olduğu halde sanık er İsmail DOĞAN ve maktül er Nevzat ÇANKAYA'nın da dahil olduğu (7) kişilik ekibin su pompasının bulunduğu bölgeye geldiklerinde yanlarında getirilen anahtarın dinamo kulübesinin kapısını açmayınca yanlış anahtar getirildiği anlaşılır. Karakoldan doğru anahtarı getirmek üzere bir er tekrar karakola gönderilir. Bu arada sanık er İsmail DOĞAN ve diğer erler, buldukları yerde uygun gördükleri yerlere oturarak beklemeye başlarlar. Sanık er İsmail DOĞAN mezralık olan bir yerde bir evin duvar dibine oturup, namluda mermi sürülü olan tüfeğini, namlusu sol tarafı gösterecek şekilde dizleri üzerine yatırır. Duvarın dibine oturduğu evin sahibinin görevli erlere ikram etmek üzere çay getirmesi ve sanığa da çay vermesi üzerine, sanığın oturduğu yerde ve tüfeği yine dizi üzerinde, namlu sol tarafı gösterir vaziyette çay içmeye başlar. Sanığın çay içtiğini gören maktül Nevzat ÇANKAYA'da sanığın yanına gelir ve sanığın oturduğu şekline göre sol tarafına yani tüfeğin namlusunun dönük olduğu tarafa oturur. Ve kendi tüfeğini evin duvarına yaslar. Sanığın tüfeğinin duruşunu gö-

(*) Hakim Yarbay, 2. Ordu Askeri Savcısı

(1) Karar henüz yayınlanmamıştır.

rerek ve bu tüfeğin namlusundan tutarak (..... Ne olur ne olmaz şu tüfeği alayım da şöyle koyayım..) diyerek, sanığın dizinde yatık vaziyette duran tüfeği almak için eli ile tutar. Bu esnada sanık bir elinde çay bardağı, diğerinde çay tabağı bulunup meşgul olduğundan herhangi bir müdahalede bulunamaz ve birden maktulün tuttuğu silahın patlaması neticesi sağ kalçadan girip, sol kalçadan çıkarak organ harabiyeti neticesi ölüme neden olur.

II - YARGI MERCİLERİNİN ÇÖZÜMÜ

1 - Yerel Mahkemenin Çözümü :

Davaya bakan 2. Ordu Askeri Mahkemesi 30.7.1992 tarih E. 92/262, K.92/186 sayılı kararı ile sanık er İsmail DOĞAN'ın Askeri Ceza Kanununun 146. maddesinin atfı gereğince TCK'nun 455/1-Son maddesi gereğince, sanığın 2/8, maktulün 6/8 oranında kusurluluğunu kabul ederek tedbirsizlik ve dikkatsizlik, emir ve talimatlara riayetsizlik neticesi ölüme sebebiyetten, takdiri indirim nedenlerini de uygulayarak kararını vermiştir.

Söz konusu karar Askeri Savcılıkça, usulüne uygun bilirkişi tayin edilmiş olması, kusur oranlarının isabetle tayin edilmediği ve maktule kusur izafe edilmesinin hatalı olduğu, ayrıca menetmek hukuki mecburiyeti varken neticeye engel olmamanın, sebep olmaya eşdeğer sayılması gerektiğinden bahisle; sanık vekili tarafından da lehe sebepler gösterilerek temyiz olunmuştur.

2 - Başsavcılığın Düşüncesi :

Başsavcılık 9.11.1992 tarihli tebliğnâmesinde, olayın meydana gelmesinde maktulü ağırlıklı katkısının açık olduğu, tüfeğin emniyetinin talimatlara aykırı tarzda açık bırakılması şeklindeki sanık hareketinin tekbaşına olay ve sonucu meydana getirmeyeceğinden bahisle ve kusur oranlarının isabetle tayin edildiği belirtilerek mahal mahkemesi kararının onaylanması talep edilmiştir.

3 - Askeri Yargıtay 2. Dairesinin Çözümü :

Belirtelim ki 2. Daire 25.11.1992 tarih ve E.92/503, K.92/502 sayılı kararında olay hakkında oybirliği ile neticeye varamamış, iki üye karara muhalif kalarak üçte iki çoğunlukla neticeye varabildiğinden, çoğunluk ve muhaliflerin görüşlerini ayrı ayrı açıklayalım.

a) Askeri Yargıtay 2.D.Çoğunluk Görüşü :

Dairenin çözümünü yansıtan çoğunluk görüşüne göre, olayda sanığa atfı kabil bir kusur olmayıp, illiyet bağı bulunmadığı, olaya maktulün sebep olduğu bildirilmiştir. Çoğunluğa göre; başlarında bir çavuş olduğu halde top-

lam (7) jandarmanın su pompası oranırımı gibi basit bir iş için görevlendirilmiş olmaları, bölgenin asayiş durumu ve özelliği, maktulün usta bir asker olup silah ve silah kazaları ile ilgili bilgisinin bulunması nedenleri nazara alındığında; maktulün sanığın yanına gelip oturduğunda kendisinden beklenen hareket, tüfeği daha da emniyetli bir şekilde tutması için sanığı ikaz etmek olmalı idi. Doğrudan doğruya kendisi tüfeği emniyetli hale getirmeğe uğraşmamalı idi. Ancak maktül bunu yapmayıp, sanığın çay içme nedeni ile ellerinin, tüfeği ile teması kesilmiş iken, tüfeği, ucu kendisine dönük olan namlusundan tutarak çekmiş ve bu esnada patlama meydana gelmiş olmakla, sanığın olayda bir kusuru bulunmamaktadır.

b) Askeri Yargıtay 2.D. muhaliflerin görüşü :

Muhalif kalan daire başkanı ve bir üye mahal mahkemesinin uygulamasının isabetli bularak kararın onanması görüşünü belirtmişlerdir. muhaliflere göre; yörenin terör bölgesi olması sebebiyle tüfeğin tam dolduruş durumunda bulundurulması, diğer bir söyleyişle namlu ağzında mermi bulundurulması konusunda emir verilmiş olması, sanığın yakın çevresine karşı tedbirsiz olmasını gerektirmez. Dinlenme esnasında tüfeğin emniyete alınması, usta asker olan sanık yönünden dikkatsizliktir. Çekme ile tüfeğin patlaması emniyette olmadığını göstermektedir. Ancak, ölenin kusurlu hareketi, sanığın dikkatsiz hareketine eklendiğinden, olayda 2/8 oranında kusurlu görülerek yapılan mahal mahkemesi tatbiki doğrudur.

4 - Başsavcılığın İtiraz Tebliğnamesindeki Görüşü :

Dairenin çoğunluk görüşüne dayanan bu kararına itiraz tebliğnamesi düzenleyen Başsavcılık özetle; sanığın olay anında silahının emniyetinin kapalı olup olmadığından dahi habersiz olduğu, diğer arkadaşlarının canlı hedef olarak bulunduğu bir mahalde fütursuz bir şekilde oturarak kayıtsızca çay içmeye devam ettiği, tüfeği ile herhangi bir kazanın olmaması için gerekli dikkat ve ihtimamı göstermesinin sanıktan beklenen bir davranış tarzı olduğu ileri sürülmüştür. Ayrıca nedensellik bağına da değinen Başsavcılık, TCK'nun 455. maddesindeki ölüme sebebiyet veren maddi fiilin mutlaka fail tarafından ika edilmesinin gerekli olmadığı, ölümün meydana gelmesinde sanığa yüklenebilecek bir kusur mevcut olduğunda, bizzat tetiği çekmese de sanığın sorumlu tutulabileceği, sanığın silahını emniyetli bir şekilde bulundurması halinde, salt maktulün hareketine bağlı olarak olayın vuku bulmayacağı belirtilerek uygun sebebiyet bağının varlığı ileri sürülmüştür.

5 - Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun Çözümü :

Askeri Yargıtay Daireler kurulu 24.12.1992 tarih ve E. 92/150, K. 92/148 sayılı kararı oybirliğiyle neticelenmediği için burada da önce çoğunluk ve sonra da muhalefet görüşlerini açıklayalım.

a) Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Çoğunluk Görüşü :

Daireler Kurulu, Başsavcılık ile Daire arasındaki ihtilâfın, sanığa atfı kabil bir kusur ve sanık ile ölüm olayı arasında illiyet bağı olup olmadığına inhisar ettiğini belirterek (.....ölüm olayı ile sanık arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının varlığı açıklıkla ortaya konulamamakta ve bu sebeple de Başsavcılığın itirazı yerinde görülememekte.....) olduğu kabul edilmiştir. Daireler kurulu, çoğunluk görüşü, sanığın gerekli emniyet tedbirlerini almadan, tüfeğinin emniyeti açık olduğu halde rastgele kucağına yatırmış olan sanığın, emirlere ve talimatlara aykırı bir davranış içinde bulunduğunu ve eyleminin emre itaatsizlik (Disiplin Mahkemeleri Kuruluş Kanununun Md. 48) suçunu oluşturduğu belirtilmiştir.

b) Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Dört Üyenin Muhalefet Görüşü :

Daireler kurulunun çoğunluk kararına muhalif kalan dört üye illiyet bağının varlığını belirtmişlerdir. Bunlara göre; maddi eylemin mutlaka sanık tarafından yapılmasına gerek olmayıp, tetiği çekmese de sanığın sorumlu olduğunun kabul edilmesi görüşü açıklanmıştır.

c) Askeri Yargıtay Daireler Kurulu Bir Üyenin Muhalefet Görüşü :

Daireler kurulunda bir üye noksan soruşturma yönünden muhalif kalmıştır. Bu görüşe göre; şayet tüfeğin emniyetinin gevşek ve çekiştirme sırasında otların sıkışması sonucu açılacağı kolaylıkla anlaşılmasının mümkün olması halinde sanığa, tüfeğin bu özelliği sebebiyle suç yüklemek mümkün olamayacaktır. Bu bakımdan tüfeğin emniyetinin gevşek olup olmadığı ve olay yerindeki otların durumunun tesbit ettirilmesi bakımından keşif icrası yapılmaması noksanlık olarak belirtilmiştir.

Daireler kurulu çoğunluğu bu noksan soruşturma görüşüne itibar etmiyerek, olay yerinin sürülmüş tarla olması ve tüfeğin deneme atışları ile sağlam ve emniyette iken ateş almamasının açıkça belirlenmiş olduğu ileri sürülmüştür.

III - ÇÖZÜMÜ GEREKEN PROBLEM

Görüldüğü gibi, sözkonusu olayda yargı organlarının çeşitli kademeleri birbirinden tamamen farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Ancak bu farklı görüşleri gruplandırarak olursak mahal askeri mahkemesi, Başsavcılık, 2. Daire muhalif üyeleri ile Daireler kurulunda muhalif dört üyenin aynı görüşte olayda nedensellik bağının varlığını kabul ettikleri; 2. Daire çoğunluğu ile Daireler Kurulu çoğunluğunun da nedensellik bağının mevcut olmadığı görüşünde toplandıkları belirlenebilmektedir.

Bu gruplaşmada çözümü gereken problem nedensellik bağı (illiyet rabıtası)nda toplandığından, pekçok teorinin ileri sürüldüğü bu konuya olayımızı da ele alarak kısaca değinmek gerekir.

1 - Taksirli Fiilerde "Öngörme" Meselesi :

Bilindiği gibi taksirli suçlar, insanı daha basiretli, başkasının haklarını daha fazla koruyucu bir şekilde hareket etmeye zorlayan bir takım kaidelelerin ihlâl edinmesinden doğan fiillerdir⁽²⁾. Bu kurallara aykırı hareket edilmesi halinde bir takım zararlı neticelerin öngörülebilir olması da taksirli fiilerin tabii bir neticesi olmaktadır. Bu tabii netice, yani taksirli fiilin cezalandırılma sebebini teşkil eden dikkat ve ihtimam vazifesinin ihlâli halinde, vazifeyi yerine getirmek imkânının varlığına rağmen, kişi bu vazifeyi yapmaktan, yani neticeyi "öngörmekten" kaçınmış olmaktadır.

Bu "öngörme"nin konusunun ne olması gerektiği meselesinde çeşitli nazariyeler ileri sürüldüğü gibi, her nazariye kendi içinde çeşitli görüşlere ayrılmıştır⁽³⁾.

Gerçekten bir netice, belli kültür seviyesindeki, hatta belli görev ifa eden kişiler tarafından öngörülebildiği halde, aynı kültür seviyesine sahip olmayan başka kişiler tarafından öngörülemediğindedir. Diğer bir deyişle öngörebilme, içinde bulunulan çevre ve sahip olunan bilgi ve beceriye göre değişebilmektedir. İşte bu şekilde değişiklik arzedeabilen "öngörebilme" imkânının kime göre tesbit edilmesi gerektiği de ihtilaflara neden olmakla beraber; Türk, Alman ve İtalyan uygulamasında genellikle sübjektif, yani failin görgü, bilgi ve sosyal durumu gözönüne alınmaktadır⁽⁴⁾. Buna göre neticeye sebep olan kişinin yaş, kültür seviye ve zekasında bir fert ele alınarak, gerçekleşen neticeyi öngörme imkânı tesbit edilebildiği takdirde, fiilen gerçekleşen netice fail tarafından öngörülmemişse taksir şeklinde kusurun varlığı kabul olunabilecektir. Buna karşılık aynı zeka ve seviyedeki kişi için de neticeyi öngörebilme imkânından bahsedilemiyorsa, taksirin yokluğundan bahsedilecektir.

Uygulamada bu öngörebilmenin ele alındığı kararlar mevcuttur: "...Şarjörünü almakta tedbirini göstermiş ve sanıktan, normalin üstünde bir dikkat

(2) DÖNMEZER - Sulhi, ERMAN Sahir. Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku C.II, 9. Bası İst. 1986. sh. 276

(3) Nazariyeler hakkında bkz. KUNTER, Nurullah; Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İst. 1955, sh. 158 vd.; İÇEL, Kayıhan. Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İst. 1967, s. 84 vd.

(4) DÖNMEZLER - ERMAN, a.g.e. C.II, s. 276; İÇEL, a.g.e. 97, İÇEL, İHFM. C. 32, S. 3-4 s, 332; TANER Tahir; Ceza Hukuku İst. 1953, s.. 305; Şart Nazariyesine Taraftar Olanlar hakkında bkz. KUNTER, a.g.e. s. 179 vd.

ve itina beklenmesi, olayın cereyan şekli itibariyle bahse konu bulunmamış olmasına göre..."⁽⁵⁾; "...Maznunun, buz tutmuş meyilli ve dik araziden etrafında insanlar olduğu halde inerken, herdaim kayıp düşmesi ve bu surette emniyetsiz, horozu yatık vaziyette iken dahi bir tazyik ile patlıyabilecek derecede tehlikeli bulunan silahını, patlayıp bir kazaya sebebiyet vereceğini düşünerek boşaltması icab ederken böyle yapmamak suretiyle hadiseye sebebiyet vermesi..."⁽⁶⁾; "...oyun icabı birbirlerini itip kakma ölçüsünün evvelden kestirilmesinin imkânsızlığı karşısında..."⁽⁷⁾; "...eğitim noksanlığı, cehalet, hatalı davranış ve heyecanlanmış gibi sebeplerle tetiğe basarak..."⁽⁸⁾

İncelemekte olduğumuz Daireler Kurulu kararında öngörebilmenin ele alınıp tartışıldığını, gerekçeden çıkarmak mümkün değildir. Çünkü kararda "...ölüm olayı ile, sanık arasında doğrudan doğruya bir illiyet bağının varlığı açıklıkla ortaya konulamamakta..." denilmekle yetinilmiştir. Oysa ki olayda maktül Nevzat ÇANKAYA'da arkadaşlarının yanına otururken bir tedbir olarak kendi silahını mezradaki evin duvarına yaslamış ve herhangi tehlikeli bir neticenin kendi silahından kaynaklanmaması için gayret göstermiştir. Hatta kendi silahı için gösterdiği bu gayret yanında sanık İsmail DOĞAN'ın da silahının duruşunu tehlikeli görmüş ve silahı kaldırarak emniyetli hale getirmek istemiştir. İşte maktülün bu öngörmesini, sanığın göstermemiş nedenleri kararda izahsız bırakıldığı için, çoğunluk görüşünün bu konudaki kanaati tartışılmamakta ve kararın bu yönden isabeti ortaya konulamamaktadır.

2) Nizam, Emir ve Talimatlara Riayetsizlikte Öngörme Meselesi :

Nizam, emir ve talimatlara aykırılık halinde öngörebilme kriterinin uygulanması özellik arz etmektedir. Çünkü öngörebilme unsuru, taksirin bu çeşidinde bir bakıma karine şeklinde kabul olunmaktadır. Bu nizam, emir ve talimatlar hazırlanırken, geçmiş hayat tecrübelerinden⁽⁹⁾ görevin gösterdiği risk faktöründen, yapılan vazfenin mahiyetinden kaynaklanabilecek hususlar hep gözönünde tutulur. Kısaca, bu düzenlemeler belli zararlı sonuçları önlemeye yönelik düzenlemeler olarak ortaya çıkmıştır. Nizam, emir

(5) 4.CD. 12.5.1964, 2191/1956, (ÖZÜTÜRK, Nejat, Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İst. 1970, C.2, 1050/6)

(6) 1.CD.23.33.1960; 570/813 (ÖZÜTÜRK, C.2, 1056/19) Aynı mahiyette CUH. 24.12.79 th. 463/584 (ÇAĞLAYAN, Muhtar, Türk Ceza Kanunu, İçtihatlı Açıklamalı, Ank. 1984, C.3, s. 1023)

(7) As.Ygt.2.D.5.12.1951; 1501/1416 (LÜLECİ, Turgut - ÖZBAKAN, Hulusi, Askeri Yargı ile İlgili Kanun ve İçtihatlar. Ank. 1973, C.3. s. 893)

(8) As. Ygt. 3.D. 15.5.1973; 119/113 (LÜLECİ-ÖZBAKAN, C.3. 896-1)

(9) EREM, Faruk, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ank. 1984, C.1, s. 551; İÇEL, a.g.e. s. 82; KEYMAN, Selahattin; Hekimin Cezai Sorumluluğu, AHFD. C. 35, s. 1-4, s. 89,

ve talimatlarla konulmuş olan kural ele alınarak, o kural ihlâl edilmese idi, o zararlı sonucun gerçekleşip gerçekleşmeyeceği araştırılır; o kural ihlâl edilmese idi zararlı netice meydana gelmeyecek idi ise sorumluluğun mevcudiyeti kabul olunur.

Gerek doktrin⁽¹⁰⁾, gerek uygulamada nizam, emir ve talimatlar ele alınarak tedbirsizlik hareketinin ortaya konulduğu vardır: "...Sanığın kusur oranının 2/8, ölenin, aracın önüne aniden atlaması nedeniyle kusurunun 6/8 olarak saptanması halinde, sanığın ehliyetsiz olmasından ötürü mahkemenin cezayı teşdiden takdir etmesi uygun değildir, ehliyetsizliği 6085 sayılı yasa karşılamaktadır..."⁽¹¹⁾; trafik kazalarında "...süratin kesilmemesi", "Belediye sınırları içinde nizami süratin aşılması....", "klakson çalmama....", "direksiyonu sağa veya sola kırmak suretiyle kazayı önlemek mümkün iken bunun yapılmaması....", "...önünü gördüğü halde sanığın zamanında ve yeterli mesafede fren yapmaması...", kamyonlara "tonajından fazla yük yüklenmesi.. ve üstüne yolcu alınması neticesi lastik patlaması..", "geçiş üstünlüğüne riayet edilmemesi" nizam, emir ve talimatlara riayetsizlik sayıldığı gibi; "...hadisede aranan evamir ve talimat ve nizamattan maksat, umumi surette vazolunup neşir ve ilân suretiyle umumun itilama isal olunan ve bilinmemesi mazeret teşkil etmeyecek ahkâm ve mevzuat olduğundan, bu unsurun ayrıca emirler tarafından personele emir ve tenbihi meşrut ahkâma hasren kabulü kanuna aykırı..."⁽¹²⁾ kabul edilmektedir.

Nizam, emir ve talimatlara aykırılık hemen hemen her mesleğin düzenleyici kurallarına göre saptanmaktadır. Askerlik gibi disipline dayanan mesleklerde bu nizam, emir ve talimatların önemi daha da belirgin hale gelir. Öyle ki, düzenleyici kanun ve yönetmeliklerdeki bu hükümler ayrıca sübjektifleştirilerek emir halinde ilgililere tebliğ olunur. Bütün bunlar, tehlikeli neticeyi ilgiliye önceden hatırlatarak, somut normun amacını belirlemekle ilgili bir faaliyettir.

İncelediğimiz kararda bu yönden de bir değerlendirmeye rastlamak mümkün değildir. Oysa askerlik hizmetinde bu hususu düzenleyen mevzuat da bulunmaktadır. Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanununa dayanılarak çıkarılmış olan İç Hizmet Yönetmeliği, pek çok husus gibi silah kazalarına yol açılmasının önüne geçilmesini sağlayacak genel hüküm taşımaktadır. İç Hizmet Yönetmeliğinin 254/2 maddesine göre "...silah boş dahi olsa ders ve tarif maksatlariyle insana çevrilmez..." nitekim askeri hizmetlerde bu genel

(10) DÖNMEZER-ERMAN, C.2, s. 291; ERMAN Sahir, Mesleki İhmalden Doğan Cezai Sorumluluk, İHFM. C.34, S. 1-4, 1969, s. 609; EREM, Özel Hükümler, Ank. 1985, C.4, s. 332 vd.; İÇEL, a.g.e. s. 110; BAYRAKTAR, Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, ist. 1972, sh. 219; KEYMAN, a.g.m. s. 89;

(11) 4. CD. 8.4.1977; 8834/3333 (YKD. 1977/9. s. 1327)

(12) As. Ygt. Gen. Krl. 28.9.1956, 659/88 (LÜLECI-ÖZBAKAN, C.3, s. 893)

hükme dayanılarak en üst komutanlıktan itibaren ölüm ve yaralanmalara sebebiyet verilmemesi için çok teferruata değinen emirler yayınlanıp, ilgililere tebliğ olunmaktadır. Kaldı ki böyle yönetmelikle düzenleme olmasa dahi, TCK'nun 455 ve 459 cu maddelerinin uygulanmasına atıf yoluyla imkân sağlayan As.C.K.nun 146 cı maddesi "...Silahları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamlara ve emirlere ve talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olanlar...."dan bahsedere, askerlikteki hizmetin gereği olarak yol açılacak ölüm ve yaralanmaları öngörmüştür.

İşte bu düzenlemeler karşısında, Daireler Kurulu kararında nizam, emir ve talimatlara aykırılığın olayda değerlendirilmemesi kararın isabetine gölge düşürmektedir. Çünkü belirtildiği gibi askerlik hizmetinde silahların boş dahi olsa canlılara çevrilmemesi konusunda yönetmelik hükmü yanında pekçok emirler bulunmaktadır. Bunlar, ilgilileri zararlı netice konusunda öngörülü olmalarını sağlamaya yönelik olarak düzenlemektedir. Bu düzenlemeler karşısında olayı etraflı tartışan 2. Dairenin kararı gerekçesi yönünden daha doyurucudur. Çünkü maktül Nevzat ÇANKAYA'nın, silah ve silah kazaları konusunda bilgisinin bulunması gereği karşısında sanığın yanına oturmaya geldiğinde tüfeği kendisinin tutmayarak sanığı bu konuda ikaz etmesi, doğrudan kendisinin tüfeği emniyetli hale getirmeğe uğraşmaması gerektiği fikri ileri sürülmektedir. Halbuki mevcut emirler karşısında aynı değerlendirme sanık açısından da yapılmak gerekirdi. Nitekim Daireler Kurulu bir olayda sanığın emir ve talimatlara riayetsizliği sebebiyle kusuruna değinmiştir: "...silah boş dahi olsa ders ve tarif maksatları ile insana çevrilmez yolundaki...İç Hizmet yönetmeliğinin 254/2 maddesi hükmü hilafına tüfeğin namlusunu maktule doğru çevirmesi, parmağını tetik üzerinde tutması, maktülün yanına yaklaşması, daha evvel tüfeğini kontrol edip emniyete almaması, maktulde tüfeği namlu ucundan tutup ittirince tüfeğin ateş alması, namluyu terkeden bir merminin isabetiyle maktülün yaralanıp anında ölmesi hususları kül halinde gözönüne alındığındaeylemin TCK'nun 455/1. maddesinde yazılı....suçu teşkil...." ettiği açıklanmıştır⁽¹³⁾.

3 - Sebebiyet Alakasının Kesilmesi Meselesi :

Bilindiği gibi taksirli suçlarda netice, bazen üçüncü şahsın, mağdurun veya tabii bir hadisenin birleşmesi suretiyle gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir durumda sebebiyet alakasının kesilip kesilmediği hususu önemli bir soru olarak ortaya çıkar. Taksirli hareketi müteakip meydana gelen ayrı ve müstakil fiil, neticenin oluşumuna sebep olduğu takdirde, ilk taksirli hareketin failini mi, yoksa inzimam eden taksirli hareketin failini mi sorumlu tutmak gerecektir?

(13) As.Ygt.Drl.Krl. 8.7.1982, 154/153 (LÜLEÇİ-ÖZBAKAN, C.4, s. 1422-2)

Şart nazariyesine taraftar olanlar hariç olmak üzere⁽¹⁴⁾, doktrinde sebebiyet alakasının kesilebileceği kabul edilmektedir⁽¹⁵⁾. Bu şekilde kesilebileceği kabul edilen sebebiyet alakasında, kesen sebep olarak mağdurun hareketi önem arz etmektedir. Mağdurun hareketi tamamen normal nitelikte ise, failin hareketi ile netice arasında sebebiyet alakasının devam ettiği; mağdurun hareketi normal olmamakla beraber kusurlu veya hukuka aykırı olmadığı hallerde, mağdurun bu hareketine rağmen netice öngörülebilir nitelikte ise failin fiili ile netice arasında sebebiyet alakasının devam ettiği, şayet neticeyi öngörme imkanı yoksa, mağdurun bu normal olmayan hareketi, failin hareketi ile netice arasındaki sebebiyet alakasını kaldırdığı kabul edilir. Mağdurun hareketi kusurlu ise, bu takdirde sebebiyet alakasının varlığı kabul edilmez ve faile sorumluluk yüklenmez⁽¹⁶⁾.

Uygulamada da sebebiyet alakasının kesilebileceği kabul edilmektedir: "...ölüme sebebiyet suçunda sanığın fiili ile ölüm arasında doğrudan doğruya irtibat bulunması lâzımdır..."⁽¹⁷⁾; "...sanığın çamurluğa müşteri kabul etmesi yolsuz olmakla beraber, ölümün, ölenin burada durmasından değil, teklif üzerine makinenin durmak üzere bulunduğu sırada muvazenesiz surette yere atlamasından ileri gelmesine göre; ölümle sanığın hareketi arasında doğrudan doğruya illiyet rabitası bulunmadığı gözetilmeden..."⁽¹⁸⁾; "...Arabanın kapısını kilitlemeyen ve taşıtın anahtarını koltuk altına bırakan sanığın eylemi ile maktulün ölümü arasında nedensellik bağı yoktur..."⁽¹⁹⁾; "...Ölüm ile sanıkların eylemi arasına kesici neden olarak ölenin kendi eylemi girmiş ve ölüm doğrudan doğruya onun kendi hatalı hareketi sonucu olmuş ise...."⁽²⁰⁾; "...Ölüm, sanığın tedbirsiz bir hareket teşkil eden tüfeğin emniyet mandalını açık bırakmasına inzimam eden havanın yağışlı ve kaygan olması sebebiyle ayağının kaymasından meydana geldiğine göre, bu halin, ceza tayininde takdiri tahfit sebebi olarak gözetilmesi gerekir...."⁽²¹⁾; "...talimatlara riayetsizliği neticesi idaresindeki vasıtayı deviren sanığın bu fiili ile devrilmeye tekaddüm eden anda yarattığı çok vahim tehlike sebebiyle kendini atan mağdurun bu hareketi arasında illiyet rabitası mevcuttur...."⁽²²⁾

(14) KUNTER, a.g.e. s. 206 vd.;

(15) DÖNMEZER-ERMAN, C.2, s. 280; EREM, C.1, s. 563; TANER, s. 313; İÇEL, a.g.e. s. 176; BAYRAKTAR, a.g.e. s. 224; VIDAL, Georges-MAGNOL, Joseph, Cours de droit criminel et de science penitentiaire, Paris, son bası., s. 143 (Terc. Şinasi Z. Devrin, Ank. 1946)

(16) DÖNMEZER-ERMAN, C.2, s. 282, 283; EREM, C.1, sh. 563; İÇEL, a.g.e. s. 179

(17) GC.G.K.27.7.1937, 148/1278 (EREM, Özel Hükümler, C.4, s. 335, dn. 29)

(18) 4.CD. 30.1.1952, 988/988 (ÖZÜTÜRK, C.2, 1068/61)

(19) 9.CD. 26.3.1980, 1191/1178 (YKD. 1980/11, s. 1573)

(20) 9.CD.8.12.1983, 3121/3201 (YKD. 1984/2, s. 325)

(21) As.Ygt.Gen.Krl. 27.9.1957, 2772/66 (LÜLECI-ÖZBAKAN, C.3, s. 893)

(22) As.Ygt. 2.D. 5.4.1962, 595/698 (LÜLECI-ÖZBAKAN, C.3, s. 894). Aynı mahiyette CUH. 29.12.1980, 9/400-454 (ÇAĞLAYAN, C.3, s. 1017).

denilerek sebebiyet alakasının kesilmediği belirtilmiş, sebebiyetin uzak olması halinde⁽²³⁾ sorumluluk kabul edilmemiştir.

İnceleme konumuz olan daireler kurulu kararında sebebiyet alakasının kesilip kesilmeme meselesi de tartışılmamıştır. Oysa ki olayda maktül Nevzat ÇANKAYA'nın, yani mağdurun tehlikeli pozisyonda gördüğü tüfeği, zararlı bir neticeye engel olmak, kendisine daha evvel öğretilen emir ve talimatlara uygun hareket etmek için emniyet altına alma hareketinin, mağdurun tamamen normal hareketi mi, normal olmamakla beraber kusurlu bir hareket mi olduğunun tartışılması gerekirdi. İtiraf etmek gerekirken Askeri Yargıtay 2. Dairesi, kararında bu hususu da tartışmış ve maktulün hareketinin tamamıyla kusurlu olduğunu ortaya koyarak sebebiyet alakasının kesildiğini belirtmiştir.

Daireler kurulunun "...doğrudan doğruya bir illiyet bağının varlığı açıklıkla ortaya konulamamakta...." olduğunu belirttiği bu olayda, aslında sebebiyet bağı mevcut bulunmaktadır. Askerlik gibi her an silahlarla yürütülen görevlerde, İç Hizmet Yönetmeliğinin yukarıda bahsedilen ve buna dayanarak komutanlıkların çıkardıkları emirler, değil yalnız kendisinin kusurlu hareketi ile neticeye sebebiyet vermemek, hatta başkasının kusurunun zararlı neticelerini önlemekte kusurlu davranmakla da bir kimsenin sorumluluğu cihetine gitmek mümkündür. Nitekim maktul kendi tüfeğini emniyetli olması bakımından mevradaki evin duvarına dayamış, arkadaşının tüfeğinin duruşunu tehlikeli bularak, verilen ve öğretilen ve emir ve talimatların ışığında silahlı emniyetli duruma getirmek istemiştir. Ancak silahlar konusunda verilen aynı emir ve talimatları sanık İsmail DOĞAN, çay içme pahasına hiçe saymış ve emniyetini de açık bırakarak kucağına rastgele koymuştur. Halbuki emir ve talimatlar değil dolu silahı, boş silahların dahi canlılara çevrilmemesini amir bulunmaktadır.

Bir an için, maktulün bu tüfeği kaldırma konusunda girişimde bulunmaması halinde neticenin gerçekleşme durumu olmayacaktı şeklinde 2. Dairenin kabulü gibi bir fikir ileri sürülse bile, bu da isabetten yoksundur: Çünkü tecrübeler neticesinde, silahların çeşitli pozisyonlarda muhafazası halinde, tabii olaylar nedeniyle dahi zararlı netice verdikleri görülmüştür. Meselâ askı kayışının tetiğe takılması, tetiğin bir çalıya takılması, hatta silahı taşıyan kişinin üzerindeki diğer bir teçhizata takılması neticesi ateş aldığı vakîdir. İşte bu tecrübe neticesinde konulan nizam ve emirler karşısında, sanığın kucağına koyduğu dolu ve emniyeti açık tüfeğinin, ayağını kaldırması esnasında tetiğin bir vesile ile takılıp ateş almasının imkân dahilinde olması se-

(23) As.Ygt.Drl.Krl. 12.10.1989, 205/211 (Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, 1992, S. 8, s. 37); aynı mahiyette As.Ygt. Dr.Krl. 31.1.1991, 38/24 (Askeri Yargıtay 1991 yılı Drl. Krl. Karar özetleri, Askeri Adalet İşleri Başkanlığı Yayını, 1992, (teksir), s 13, 14).

bebiyle, yine de tehlikeli bir neticenin doğması daima ihtimal dahilinde olacaktır. Bu bakımdan, sanık İsmail DOĞAN'ın sanki hiç taksirli hareketi yokmuş da, netice sadece maktul Nevzat ÇANKAYA'nın hareketi ile meydana gelmiş olarak düşünmek isabetli değildir. Ve bu şekilde failin tedbirsizce hareketi bir defa kabul edildikten sonra, mağdurun hareketi bunu ortadan kaldırımağa yetmez, olsa olsa kanunumuzun sisteminde taksirin daha hafif sayılmasına veya takdiri indirim sebebinin uygulanmasına yol açabilir.

IV - SONUÇ

a - Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun incelediğimiz kararında gerek taksirli fiillerde öngörme unsurunu ele alış şekli, gerek fiilin nizam, emir ve talimatlar açısından değerlendirilmemesi ve gerekse sebebiyet alakasının kesilmesi meselesi yönünden olayı incelemeden sonuca gitmesi isabetli olmamıştır.

b - Daireler kurulu, bu kararında "...sanığın gerekli emniyet tedbirlerini almadan, tüfeğinin emniyeti açık olduğu halde ve rastgele kucağına yatırmış olmasının, emirlere ve talimatlara aykırı bir davranış olduğu ve binnetice iddianamede bahsi geçen sanığın eyleminin emre itaatsizlik suçunu oluşturacağı...." belirtilerek vasıf yönünden karar bozularak 2 ci Dairenin kararı kaldırılmıştır. Görüldüğü üzere silahın duruş şekli, nizam, emir ve talimatlara aykırı sayılmakla beraber İç Hizmet Yönetmeliğinin 254/2 maddesi ve emirler karşısında, meydana gelen netice arasında sebebiyet bağıni kabul etmemek çelişki teşkil etmektedir⁽²⁴⁾.

c - Mahal Askeri Mahkemesinin kararı Askeri Savcılık tarafından temyiz edilirken, mahkemenin bilirkişi raporunda maktule daha fazla, sanığa daha az kusur izafe eden görüşüne uygun karar verilmesinin isabetsizliğine değinilerek "...Askeri Ceza Kanununun 146 cı maddesi silahı hakkında dikkatsizlik ve tedbirsizlikten bahsettikten başka,emir ve talimatlara riayetsizlik....den de ayrıca bahsedilmesi, mutlaka tetiğin tedbirsizce çekilerek zarar yaratılamıyacağı, her türlü emir ve talimata aykırılık ile de neticenin oluşabileceği belirtilmek istenmiştir. Nitekim....Olayımızdaki gibi fiilin ihmali şekilde işlenişi yanılgiya yol açmıştır...Askeri Ceza Kanununun bu maddesi (md. 146) silah hamillerine kanuni bir mecburiyet yüklemektedir. Bu da bir nevi tehkileyi menetmek hukuki mecburiyetidir. İşte bu kanuni mecburiyete rağmen, neticeye engel olmamak, sebep olmaya eşit sayılmayı gerektirmektedir. Nitekim İtalyan C.K.nun 40/2 maddesi....menetmek hukuki

(24) Burada şu hususu hatırlatalım ki, 477 Sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları hakkında kanununun 48 ci maddesi (emre itaatsizlik) fiilini düzenlediği gibi; 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun 87/1 maddesinde (emre ittatsızlıkte ısrar) fiilini düzenlemiştir. Daireler kurulunun metinde inceleme kararında, 477 sayılı kanununun 48 ci maddesindeki vasıf kabul edilseydi görev yönünden bozma yapması; As.C.K.nun 87/1. maddesindeki fiilin oluştuğunu kabul ederek bozma kararı verdi ise fiilin (emre itaatsizlikte ısrar) olduğunu belirtmek gerekirdi. Karar bu yönden de şüpheli bir netice yaratmıştır.

mecburiyeti varken engel olmamak, sebep olmaya eşdeğerdir...hükmü ile buna cevaz vermektedir...." denilmiştir.

Görüldüğü gibi askeri savcılığın temyiz sebebinde değindiği husus, Ceza Hukukunda "İhmalin Sebebiligi" olarak tartışılan meseledir.

Ne Başsavcılık, ne 2.Daire ve ne de Daireler Kurulu bu konuyu tartışmamışlardır. Oysa ki meselenin bu açıdan incelenmesinde de sayısız fayda vardır. Çünkü kanunumuzda bir şeyi "yapmak" veya "yapmamak" deyimleri kullanılarak icabi ve selbi hareket ayırımı mevcuttur. (TCK. 45.md.) Doktrinde de ihmalin sebebiligi kabul olunmaktadır⁽²⁵⁾. İtalyan Ceza Kanununun 40/1, ve 40/2 ci maddesi Türk Hukukunda da⁽²⁶⁾, İtalyan Hukukunda da⁽²⁷⁾ tartışma konusu olmuş, harekete geçmek ve neticeye engel olmak konusunda hukuki bir yükümlülüğün şart sayılabılıp sayılamayacağına göre değişik fikirler ileri sürülmüştür.

Karara konu olan olayda bu hususun tartışılması da yapılarak, bahsettiğimiz Askeri Ceza Kanununun 146 cı maddesi ile İç Hizmet Yönetmeliğinin 254/2 maddesinin neticeye engel olmak hususunda faaliyete geçmeğe faili zorlayan hukuki bir yüküm olup olmadığı tartışılabilirdi.

d - Gerekçe, "gösterilmesi zorunluluğunda güdülen amaç, gösterilen nedenlerin hakim in sadece soyut konularını değil, ölçünün isabetle seçildiğini....uygun bir değerlendirme sonucu, takdirin yerinde kullanılıp kullanılmadığının saptanması..."⁽²⁸⁾ olduğundan, illiyet bağının yokluğu doyurucu bir şekilde açıklanmamıştır.

Bilindiği gibi biz uygulayıcılar verdiğimiz kararların mantıkî silsilesini açıklayarak sebepleri ortaya koyup, bunların doğruluğunun tartışılmasına imkân sağlayamadığımız takdirde, önceden doktrinin görüşünü ortaya çıkarmak mümkün olmaz. Sonradan doktrin tarafından tenkid edilmektense, önceden hukuki görüşlerden istifade ederek uygulamayı geliştirmek gerekmektedir.

Yukarıda açıkladığımız nedenlerden dolayı Askeri Yargıtay Daireler Kurulunun çözümünü isabetli bulmamaktayız.

(25) DÖNMEZER-ERMAN, C.I. s. 468; EREM, C.L. sh. 276; TANER, sh. 307; KUNTER meselesinin yanlış ifade edildiğini, bir hareket yapmamanın sebebiliginin araştırılması gerektiğini ve meselenin "menfi hareketin sebebiligi" meselesi olduğunu belirtmektedir. (a.g.e. s. 213); KEYMAN, Selahattin, Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket, AHFD. C.XL, 1988, s. 1-4, s 157; VIDAL-MAGNOL, s. 100, no. 79-4

(26) DÖNMEZER-ERMAN, C.I, s.. 469-470; EREM, C.I, s. 277; TANER, s. 95, 308; KUNTER, a.g.e s. 222,

(27) SABATİNİ, Giuglielmo, Istituzioni di diritto penale, Parte Generale C.I.1946, s. 261, 292; CONTANZO, Salvatore, La Causalita nel'omissione (Guist.pen.1948, II, süt, 177); ANTOLISEI, Francesco, Manuale di diritto penale, Parte Generale, 1934, s. 169; CARNELUTTI, Francesco, Teoria generale del reato, 1933, s. 241, 292; PONZde LEON, Giuseppe, La causalita dell'omissione (Riv. Pen.1952, n.9, s. 650) (Müellifleri ve görüşlerini zikreden KUNTER, ag.e. s. 211, 212, 216, 218, 219)

(28) Ygt. 9 CD. 20.12.1991 t. 8772/14867 (YKD. 1992/5, s, 809)