

İHMAL SURETİLE İCRA SUÇLARI

Doçent Sulhi Dönmezer

1) Mefhum :

Suçlar maddiyetleri itibarile ikiye ayrılır: İcrai suçlar ve ihmali suçlar. İcrai suçlar kanunun işlenmesini yasak ettiği bir takım fiillerin icrası suretile teşekkül eder; buna mukabil ihmali suçlar kanunun icrasını emrettiği muayyen fiilleri işlememekten ibarettir (1).

Fakat suçların maddiyetleri bakımından yapılan bu klâsik tasnif heyeti umumiyyeyi kaplamamakta, muayyen bir zümre suçlar dışarıda kalmaktadır. Bu cümle ile Doktrinde (ihmal suretile icra suçları) yahut (harekete geçmemek suretile icra (2)) adı verilen fiiller kategorisine işaret etmek istiyoruz.

Meselenin daha açık bir surette ifade edilebilmesini temin etmek için bir iki misâl verelim: Bir demiryolu muhafaza memuru yol üzerine düşmüş ve münakaleyi işkâl eden bir manıayı, geçen trenin devrilmesi ve bu suretle seyahatte bulunan hasmının ölmesi için kaldırmıyor ve bu kötü netice husule geliyor; bir otelci, oteline gelen hasta bir yolcuyu bilerek ve isteyerek kendi haline bırakıyor ve hasta açlık ve bakımsızlıktan ölüyor; bir sütüne ihtimamına tevdi olunan bir küçüğe süt vermemek suretile onu açlıktan ölüme terk ediyor; bir kimse denizde boğulmak üzere olan hasmına, ölümünü arzu ettiği için, elini uzatmak suretile onu kurtarması mümkün iken harekete geçmiyor... ilh..

Bütün bu misallerde nehyedici, menedici Ceza Kanunu hükümlerinin bir ihmal, hareket geçmeme, ile ihlâl edilmiş olduğunu görüyoruz. İhmal suretile icra suçları da, aynen icrai suçlarda olduğu gibi, kanunî bir içtinap vazifesinin (başkalarının hayat, cisim, mülkiyet... ilh. larına müdahalelerde bulunmamak gibi) ihlâli suretile

(1) Tahir Taner: Ceza hukuku ve Türk Ceza Kanunu Şerhi, s. 84. —

(2) Poitiers: 20 Nov. 1901; S. 1902. 2. 305 Note Joséph Hémard.

teşekkül etmektedir. Yalnız kanunun talep ettiği içtinap mükellefiyetinin bu kasdî ihlâli de bizatihi bir içtinap, yabancı sebepleri bertaraf ve kötü neticelerin husul bulmasını menetmek hususundaki kasdî bir ihmalkârlık ile vücuda getirilmektedir (3). Meselâ çocuğunun öldüğünü görmek isteyen bir anne, cürmî kasdına hariçten dikkati çekecek müsbet bir takım fiiller ile harekete geçecek yerde, ona hiç bir nevi dikkat ve ihtimam göstermemek ve böylece menfî bir vaziyet muhafaza etmek suretile, kendisi için lüzumlu olan ölümünü temin etmektedir. Fakat acaba, ihmal suretile icra suçları adı verilen bu gruba Ceza Kanununun, basit icraî hareketleri tecziye eden ahkâmı tatbik olunabilir mi? Olunabilirse hangi formüle nazaran ve hangi ölçüde olarak? Daha umumî olarak, husule gelmekte olan bir zarara şahit olan bir kimse, bu zararlı neticenin hasıl olmasını istediği için ona mani olmazsa, zararın husulüne bizzat kendi sebep olmuş gibi cezalandırılmalı mıdır?

Güçlük büyük bir kısmı itibarile, bir zararın husule gelmekte olduğuna şahit olan kimsenin muhafaza eylediği içtinap vaziyetinin aynı zamanda, hem bir «harekete geçmek vazifesinin» ihlâli ve hem de kanunun meneylediği neticenin husule gelmesinde bir âmil olarak gözükmemesinden ileri geliyor. Filhakika verdiğimiz misallerden de anlaşılacağı üzere içtinap, hem bir icra kusuru hem de bir ihmal kusuru olarak kendini göstermektedir.

Zararlı olan netice, ona şahit olan kimsenin müsbet bir fiil ve hareketi olmadan husul bulmaktadır; bununla beraber cürmî kasdı bu kimseyi suçu önlemekten menettiği, alakoyduğu için yine aynı netice bu kimsenin sayesinde husule gelmektedir. Binaenaleyh zararın mesuliyeti müdahale noksanına bağlı olarak gözükmektedir.

Görülüyor ki burada icraî ve ihmali suçlar arasında, mutavassıt bir suç gurupu ile karşıkârşya bulunmaktayız. Filhakika objektif esasa müstenit Ceza Kanunlarının, cezaî mesuliyetin esaslarından biri olmak üzere husule gelmiş netice ile fâilin fiili arasında maddî bir sebebiyet alâkasının mevcudiyetini yani neticenin fâilin fiilinden husule gelmiş bulunmasını; başka söyleyişle, eğer fâilin fiili olmasa idi neticenin husule gelmeyecek olmasını bir şart olarak vazetmiş bulduklarını bir makalemizde (*) izaha çalışmıştık. Bu böyle

(3) Vidal et Magnol: Cours de Droit criminel et de science pénitentiaire 1935 s. 124.

(*) Sulhi Dönmezer: Maddî sebebiyet alâkası. (Huk. Fak. Mec. sene 1943. sayı 1-2)

olunca mevzuubahs eylediğimiz suç kategorisinde failin müsbet bir hareketi, faaliyeti mevcut olmadığına göre, ihmal suretile icra suçları adı verilen bu gurupun icraî suçlara müteallik ahkâm ile tecziye olunamayacağı neticesine varılmak icap eder.

Demek oluyor ki ihmal suretile icra hallerinin tecziye edilebilmeleri için yapılacak şey, ya bunları kanunun nazarı itibara almış bulunduğu ihmali veya icraî suçlar kategorilerinden birine ihhak etmek, yahut da bu hususta yeni bir nazariye kurarak — eğer varsa — Ceza Kanununda mezkûr nazariyenin istinad ettirilebileceği bir takım esasatı bulmak ve ortaya koymaktır. Filhakika Doktrinde de beyan ettiğimiz şekilde iki istikamete tesadüf ediyoruz: Bunlardan birincisi ihmal suretile icrayı, ihmalî suçlara müteallik ahkâm ile cezalandırmanın mümkün olduğunu iddia etmekte ve bu hususta deliller sevketmektedir. İkinci temayül ise bilâkis bunların icraî suçlarla aynı olduğunu ileri sürmektedir.

Biz bu son istikameti üç kısma ayırarak tetkik edeceğiz: 1) Hiç bir delil ileri sürmeden sadece, ihmal suretile icranın, icraî suçların aynı olduğunu iddia eden telâkki; 2) İkinci zümreyi ise «objektif bir icraî suç esasından hareket eden telâkki» diye tavsif edeceğiz. Filhakika bu zümreye mensup nazariyeciler, ihmal suretile icranın, icraî suçlarla ayniyetini iddia edebilmek için ilkönce ihmalin sebebi karakterini tesbit etmek lâzımgeldiği noktai nazarından hareketle, evvelâ bu hususu halle çalışmaktadırlar; 3) Suçun manevî unsurunu daha doğrusu icraî suçları tecziye ederken kanunun tuttuğu gayeyi nazarı itibara alarak bu esasa müsteniden nazariyelerini kurmağa çalışan üçüncü bir zümreyi de «sübjektif bir icraî suç talâkkisine müstenit nazariye» diye tavsif ve bu nam altında tetkik edeceğiz. Bu talâkkileri arzetmeden evvel bir (2) inci fasılda meselenin Doktrin ve mevzuat bakımından tarihçesine kısa bir nazar atmağı lüzumlu görüyoruz.

2) Tarihçe:

a) Doktrin

Eski devrin hukukçuları ihmal suretile icra meselesini umumi bir tarzı halle bağlamak suretile külli bir prensipe ircaa çalışmış değildirlir. Sadece musayyen faraziyeler içinde, münferit, müşahhas meseleler için hal tarzları verilmeğe çalışılmıştır (4).

(4) Bu devrin hukukçuları bilhassa suçların işlenmesine mâni olunması, ika' edilen suçların ihbarı hakkındaki ihmallerle meşgul olmuşlar-

İlk defa Platon kahunlar adlı eserinin IX uncu kitabında ihmâlin de, icraî müsbet kötü ef'al kadar takbihe şayan bulunduğunu, beyan etmektedir. «Bir katil hâdisesini bildiği halde ihbar etmeyen kimse bizzat bunu ika eden kadar şiddetle tecziye olunacaktır.»

Orta zamanın Hıristiyan müellifleri de aynı telâkkileri kabul etmiş bulunuyorlardı: Saint Augustin: «Eğer ölümle karşıkarşıya kalmış bir bedbahta tesadüf eder de ona yardım etmezsen katilsin» diyor. Fakat bu fikir teolojiyenler arasında dahi fazla iltifata mazhar olmuş değildir.

Saint Thomas ihmâlin, bir fazilet fiilinin sadece nehyini ifade ettiğini halbuki bir tecavüzün — yâni icraî bir fiilin — fazilete muğayir olduğunu müşahede ederek bu sonuncunun daha şiddetli bir surette tecziyesi lâzımgeldiğine işaret ediyor.

Bu suretle Glossatörlere kadar eski Doktrinin esas temayülünü, ihmâli ve icraî suçların tam bir surette birbirine muadil oluşu suretinde ifade edebiliriz. Halbuki Glossatörlerden Farinacius'e kadar İtalyan hukukçuları ve bunlarla beraber Carpzov, Beyer ve diğerleri, umumî bir şekilde, ihmâl için icraya nazaran daha hafif bir ceza verilmesi esasını kabul ediyorlardı (5).

Farinacius bilhassa suçları ihbar etmeme hallerini ihtiva eden birçok faraziyeleri tetkik etmiştir. Bu müellife göre meselâ bir suikasdı bilenler, kocasının katlolunacağını bilen karı, tasmim olunan suç haber vermezler yahut buna mani olmazlarsa birer şerik telâkki olunacaklardır. Farinacius, huzurunda akrabasına yahut dostuna tecavüz olunduğunu görüp te, kendisi için hiç bir tehlike mevzuubahs olmadığı halde bu kimseleri müdafaa etmeyen şahsın da tecziyesine tarafdar oluyor.

Nihayet Muyart de Vouglans'a göre (6) suça, suçun neticesine razı oluş beş şekil altında kendini gösterir; bu şekiller içinde sarih ve zimnî olanları vardır. İşte in ômittendo işlenen suçlar yani menedilebilecek olanı menetmemek suretile işlenmiş bulunan suçlar zimnî razı oluş halleri arasına dahil bulunmaktadır.

Fakat Muyart de Vouglans bu kaidenin Fransada ancak Hükümdara suikasd yahut suç menetmeyen kimselerin hal ve vaziyetleri

dir. Bu nokta yaşanan devrin karışıklığı ve Polis teşkilât ve tedbirlerinin noksanı ile kabili izahtır zannediyoruz.

(5) Von Liszt: *Traité de Droit pénal allemand*, cilt I, s. 196.

(6) Muyart ve Vouglans, *Înstitutes*, partie I. Ch. II.

icabı bunu meneylemekle mükellef bulunmaları gibi vahşiyane ve çok ağır suçlar için tatbik olunmakta bulunduğuna işaret ediyor.

b) Mevzuat

İlk defa Roma Hukukunda Paulus'un (Lois 109. D. de Reg. Jur) bir metni bu hususa müteallik bir işareti muhtevi bulunmaktadır. «Nullum crimen patitur is qui non prohibet, cum prohibere non potest». Bu kaidenin mefhumu muhalifinden bir cürmün önüne geçmeğe muktedir olan kimse bunu yapmazsa mes'ul olarak talâkki edileceği istintaç olunabilir. Fakat mevzuubahs metin, içinde baba ve sahibin (maître) mesuliyetlerinin tetkik olunduğu bir kısma dahil bulunduğu için ancak çocuk ve esir tarafından takınılacak ihmal suretile icra vaziyetleri hakkında kabilî tatbik olduğunu söylemek lâzımdır.

Bundan başka şu hallerde de ihmal Roma Hukukunda cezalandırılmakta idi: Tecavüz olunan efendisini müdafaa etmeyen esir (7), düşman ile temas halinde iken zabitanın yardımına koşmayan asker, karısının fuhşuna katlanan koca (8), biraderinin babalarına karşı tuzak kurduğunu bildiği halde ihbar etmeyen oğul. Roma Hukuku, ölümünü temin etmek için yeni doğmuş bir çocuğu yüzüstü bırakan kimseyi de katil olarak talâkki etmektedir (9). (Loi 4 Dig. De agnose. et alend liberis. liv. XXV. tit. 3).

Kanönik Hukuk da, bir kimseyi ölümden kurtarabilecek vaziyette olduğu halde bunu yapmayan kimseyi suçlu olarak telâkki etmektedir.

Wolf'un felsefî ekolü ile mutabakat halinde bulunan 15 ve 16 ncı asırların muhtelif mevzuatı da ihmali, icraî hareket meyanına idhalde tereddüt etmiyorlar; fakat buna her hususî hal için kısmen tahfif olunmuş cezai müeyyideler tertip ediyorlar (10).

Bu mevzuda Fransadaki 1670 ve 1679 Beyannamelerini de zikretmek lâzımdır. Düellolara müteallik bulunan bu beyannameler, bir düello esnasında orada hazır bulunup ta mani olmamış kimseleri cezalandırmaktadır.

(7) Honig; İhmal ve teseyyüp suçlarının Roma Hukukundan eski Alman müşterek hukukuna kadar tekâmül seyri, Capitulum, No. 1, sayı 1, Yıl 2, s. 62.

(8) Honig; Sözü geçen makale s. 45 ve 54.

(9) Roux; Précis de Droit criminel. cilt I, s. 95.

(10) Von Liszt; Traité de Droit pénal allemand. Cilt I, s. 196.

1768 tarihli La Therésiana'nın 87 inci maddesi «basit bir ihmâl ile çocuğunun ölümüne sebep olan anneyi» cezalandırmaktadır. Yine 1852 tarihli Avusturya Ceza Kanununun § 169 ihmâl suretile çocuğun ölümü halinde müsbet bir hareketle öldürmeğe nazaran daha hafif bir ceza tesbit etmiş bulunmaktadır.

Asıl 19 uncu asırdan itibaren ki ihmâlin sebebi karakteri, illiyeti üzerinde şüpheler uyanıyor ve münakaşalar başlıyor. Yazımızın bundan sonraki kısımlarında bu telâkkilere temas fırsatını bulacağız.

3) Nazariyeler :

A. İhmâl suretile icrayı ihmâli suçlar (taksir ile işlenen cürümler) gurupuna idhal eden telâkki:

Bu telâkki taksir ile işlenen suçların, ihmâli suçlardan olduğu esasına dayanmaktadır.

İhmâli suçların kanunun icrasını emrettiği bir takım ef'alın ademî icrasından ibaret olduğuna yukarıda işaret etmiştik. Bu kısa tarif, ihmâli suçlarda failin passif bir vaziyette kalmasını tazammun ettiğinden, bu nevi suçların ikai neticesinde bir zararın husule gelmeyeceği şüphesini uyandırabilir. Halbuki işaret edelim ki ihmâli bir suç neticesinde de bir zarar husule gelebilir.

Filhakika bazı kere kanun dikkatsizliği, tedbirsizliği, basit bazı tedbirlerden içtinap edişi, bir icraî suçtan tahassül edebilecek olan zararlara sebebiyet vermeleri halinde, cezalandırmaktadır. Bir arabacının hayvanlarını mutedil yürüyüşle, dikkatli bir surette sevk-etmemesi belki sadece bir kabahat olur; fakat bu vaziyet, eğer bir bayanın ölümüne sebebiyet verecek olursa daha şedid bir cezanın tatbikını intaç etmektedir. Bu suretle taksir ile işlenen suçlar dediğimiz suç gurupuna intikal etmiş bulunuyoruz. Kanunun taksir ile işlenen suçları, ancak kötü bir neticenin husule gelmiş* bulunması halinde tecziye etmekte olması, bu nevi suçları icraî suçlar gurupuna dahil farzetmek için bir sebep teşkil etmez. Filhakika, meselâ bir yangına, bir adamın ölümüne dikkatsizlikle sebep olma hallerinde kanun bu yangını ve adam öldürmeyi cezalandırmakta değildir. Burada fâil, tarzı hareketinin tehlikesini nazara almadığı, ihmâlinin kendisini kanunun menetmiş bulunduğu bir fiili işlemeğe sürüklediğini hesaphıyamadığı içindir ki cezalandırılmaktadır. Taksir ile işlenen bir fiilin fâili eğer cezalandırılıyorsa, bu onun, herkesin mâlik olmağa mecbur olduğu **aklûselim ve makuliyetten mahrum olarak**

hareket etmiş bulunmasından dolaydır. Fiilden husule gelen netice bizatihi değil, fakat kanunun tecziye eylediği dikkatsizlik, tedbirsizlik, basiretsizliğin bir delili olduğu içindir ki nazarı itibara alınmaktadır. Binaenaleyh taksir ile işlenen suçlar tam ihmali suçlardır. Yalnız bu suçlar mahsus, muayyen bir nevi makuliyeti değil fakat umumî bir makul surette hareket edilmiş mükellefiyetini tazammun eylemelerini itibarile, diğer ihmali suçlardan, ayrılmaktadırlar (11).

Bu noktayı böylece tesbit ettikten sonra, ihmal suretile icra suçunun da bir hareket edilmiş içtinabı tazammun eylediğini hatırlarsak, buradan itibaren taksir ile işlenen suçlarla ihmal suretile icra suçları arasında bir yaklaştırmanın imkân altına girdiğini, ihmal suretile icra suçlarını kanunun taksir ile işlenen suçlara ait ahkâmile tecziye etmenin mümkün olabileceğini kabul edebiliriz (12).

Fakat taksir ile işlenen suçlarda mevcut olması lâzımgelen kusurun taksir derecesinde kalması şart olduğu halde, ihmal suretile icra suçlarında kusurun en şedit derecesi olan kasd vardır.

Bundan başka taksir ile işlenen suçlar için kanunun tesbit ettiği hafif cezaların ihmal suretile icra suçu fâillerine tatbiki — bu suç

(11) Lerebours - Pigeonnière: Du délit de commission par omission (Revue pénitentiaire, 1901, s. 716).

(12) Fransız Ceza Kanununun (312) inci maddesini tamamlayan, 10 nisan 1898 tarihli kanun, 15 yaşından ufak küçüklere karşı, gıda vermemek yahut icabeden ihtimamlarda bulunmamak fiillerini kasdi müessir fiil olarak ve fâil çocuğun ölümünü temin eylemek üzere bu hususta içtinapta bulunduğu takdirde katil ve katle teşebbüse ait cezalarla tecziye eylemektedir. (312) inci maddeye yapılan bu ilâve sadece 15 yaşından ufak küçüklere ait olduğu için bu yaştan büyük, fakat kendini korumaktan âciz meselâ akıl hastalığına müptelâ olanlara karşı tevcihi lâzımgelen ihtimamların gösterilmemesi ve icabeden gıdanın verilmemesi hallerinde mezkûr madde tatbik olunmamakta idi. Meselâ (Politiors 20 Nev. 1901, S. 1902, 2. 305) kararile Fransız Mahkemesi 15 yaşından büyük bir deliyi güneş görmeyen, fena bir odada, sıhhatini ihlâl edecek surette hapseden annesini, mezkûr esbabı mucibeye müsteniden beraat ettirmişti. Fakat bu hususta jürisprüdansta bir tahavvül husule gelmiş ve hakikati halde kasden gıda vermemek ve ihtimam göstermemekten ibaret olan fiilleri Ceza Kanununun taksir ile müessir fiil ve adam öldürmeğe müteallik maddelerile cezalandırılmağa giden bir temayül belirlemiştir. Bakınız: Tr. cor. Parthenay, 1 er. Mait 1922, Gaz. pal 1922, 2. 156; R. Garraud: Précis de Droit criminel 1934, s. 80, Note 4.

faillerinde mevcut ahlâkî redâatin fazlalığı dolayısıyla — âmme vicdanını tatmin edemez.

Esasen biz taksir ile işlenen bütün suçların ihmali suçlar kategorisine dahil olduklarını da kabul etmiyoruz (13).

Buradan itibaren icraî suçlar mefhumuna yaklaşılmış olur.

B. İhmal suretile icrayı, icraî suçlar gurupuna idhal eden telâkkiler :

İhmal suretile icrayı, icraî suçlar kategorisine idhal ve bu nevi suçlara tekabül eden cezalarla tecziye etmek isteyen temayüle bilhassa Alman hukukçuları arasında tesadüf edilmektedir (14).

a) Alman Doktrininin ilk safhasında Stübel, Feuerbach, Spangenberg, Martin gibi müellifler, ihmal suretile icranın sadece gayri hukukî karakterine işaret etmiş ve cezaî müeyyidesinin mütalâasile iktifa etmişlerdi. Mezkûr müellifler bu nevi ef'ali tecziye için ilkönce sebebiyet alâkası meselesinin halli lâzımgeldiğinin farkına varmamışlar, daha doğrusu böyle bir meselenin hattâ münakaşalı olabileceğini dahi tasavvur edememişlerdi. Meselâ Fransız müelliflerinden Jousse, hiç bir nazari esasa müstenit olmaksızın «Qui peut et n'empêche» meşhur esasını vazetmiş bulunuyor, Router de ölüm tehlikesindeki bir şahsın imdadına koşmaktan ihtiyarî içtinabı bir katil olarak telâkki etmekle iktifa ediyordu.

Fakat 19 uncu asrın bidayetinden itibaren bu nevi fiiller hakkında bir takım şüpheler belirirdi. İçtinabın, hareketsizliğin bir hiç olduğu, hiçten ise bir neticenin doğabilmesi mümkün olmadığı ileri sürüldü ve bu noktadan itibaren ihmalin sebebiyeti meselesi ortaya çıktı.

b) Objektif bir icraî suç esasına müstneit telâkkiler: Filhakika ihmal suretile icra suçlarını, icraî suçlar kategorisine idhal ederek bunlara mahsus cezalarla tecziye etmek isteyen bir telâkkinin her şeyden evvel sebebiyet meselesini hal ve bunun ihmal suretile icra suçlarında mevcudiyetini isbat etmesi lâzımgelir. Ve işte izah etmekte bulunduğumuz zümreye mensup nazariyecilerin müsterek temayülünü de bu teşkil ediyor.

İhmalin sebebi olduğunu izaha çalışan telâkkileri ikiye ayırmak mümkündür: aa) Tarihen en eski olan bu telâkki sebebiyeti ihmale

(13) Tahir Taner: Sözü geçen eser, s. 251.

(14) Bu nazariyeler için bakınız: Von Liszt: sözü geçen eser, s. 197; bilhassa Maurice Gand: Du délit de commission par omission, 1900, s. 16-51.

tekaddüm eden yahut onunla beraber mevcut olan bir fiilde aramaktadır. bb) İkinci telâkki ise bizatihi ihmalin sebebiyeti esasını kabul ve bunu izaha çalışmaktadır.

aa) İlk defa Luden meseleye doktrinal karakterini vermiş ve sebebiyet meselesine temas eylemiştir; bu hususta çok merak çekici bir tarzı hal vermektedir. Bu müellife göre insanı hiç bir zaman atâlet halinde, hareket etmez olarak tasavvur etmek mümkün değildir. Tabii kuvvetleri cereyanına bırakan bir kimse, ilkönce, bir ihmal, atâlet halinde gözüktür. Fakat bu ihmalin yanında muhakkak müsbet bir fiil, faaliyet mevcuttur. Filhakika kurtarıcı bir faaliyette bulunmaktan (meselâ denize düşeni kurtarmak üzere elini uzatmaktan) iktinap eden kimse muhakkak bir şey yapmış bulunmaktadır. Bu fiil meselâ hâdiseye bakmak, yahut oradan uzaklaşmaktır. İşte bu müsbet fiil, neticeye nazaran, sebebidir. Görülüyor ki Luden ihmalin sebebiyetini, ihmal ile müterafık bir fiile bağlamaktadır.

Bu çok garip nazariye sonradan Luden tarafından terk edilmiş ve müellif eserinin 1874 tarihli tabında umumî bir nazariye kurmaktan vazgeçerek bazı müşahhas hallerde sebebiyeti tayin için hususî bir takım kaideler vazetmekle iktifa eylemiştir.

~~X~~ Bilâkis, Krug, Glaser, Von Bar, Markel ise ihmale tekaddüm eden icrai fiilde sebebi unsur olmak vasfını görüyorlar.

Krug a göre ihmal ile netice arasında bir sebebiyet münasebetinin mevcudiyeti, ancak ihmalin müsbet bir takım ef'ale bağlanması halinde mümkün olur. Bu müsbet ef'al ihmal edenin bir âmme hizmetini üzerine alması yahut zimni veya sarîh hususî bir taahhüdle muayyen faaliyetlerde bulunmak mükellefiyetlerini tahammül etmesi şeklinde olabilir. Meselâ bir kimse, diğer birisini bir hastaya yardımda bulunmaktan menettikten sonra kendisi hastaya karşı yardım ve ihtimamda bulunmazsa neticeden dolayı mes'ul olur.

Çünkü bu taktirde onun tarafından alınmış zimni taahhüdden ibaret müsbet bir fiil vardır.

Glaser daha âlimane bir nazariye kuruyor. Bu müellif de Krug gibi ihmal suretile icra suçu bünyesinin, fâil tarafından, neticenin sebebi olan müsbet bir hareketi icabettirdiğini beyan etmektedir. Fakat Glaser'in orijinalitesi bilhassa iki seri ihmal suretile icra halini tefrik etmesinden doğmaktadır: Birinci kısım, bir kimsenin zararlı bir netice husule getirecek olan kuvveti tahrik eylemesi ve sonradan (tahrikten sonra) neticenin önünü almak üzere harekete geçmemesidir.

Meselâ herhangi bir arabacının, arabasına mutadın haricinde bir sürat verdikten sonra hayvanları durdurmağa çalışmayarak araba önünde bulunan bir düşmanı öldürtmesi gibi. Bu gurupta diyor Glaser, ihmal bir vesile ve mukaddem fiil (kuvveti tahrik eden fiil) ise sebeptir. Glaser'in nazariyesi Merkel'den farklıdır; filhakika bu müellif icra ve ihmali Merkel'den farklı olarak, birbirine bağlı, âdetta lehimlenmiş olarak kabul etmektedir.

İkinci kategoriye gelince bu kategori ihmal gösterenin, hiç bir müdahalesi olmadan, harekete geçmiş ve fena bir netice husule getirmekte olan kuvvetlere, müdahale etmemesi, âtıl kalması suretile teessüs eylemektedir. Keza bu halde de, ihmale — zarar iras eden fiilli, sarih veya zımnî bir şekilde, meneylemek mükellefiyetinin tahammül edilmesi suretile — müsbet (yâni illî, sebepî) bir fiil tekaddüm eylediği takdirdedir ki, cezalandırma mevzuubahs olabilecektir. Filhakika meselâ bir çocuğa bakmakta olan dadı, bu hususta ihmal gösterirse, başkalarını müdahale etmek düşüncesinden vazgeçirmiş olacağı içindir ki müsbet bir şekilde neticeyi husule getirmiş bulunmaktadır.

İhmalin sebebi karakterini icra edilmiş mukaddem bir fiille bağlayan nazariyeciler gurupu içinde psikolojik esas ve mutalara istinad etmekte olanları da vardır; meselâ Geyer ve Aldosser'i alalım: Bunlara nazaran, sebebiyeti canlı mahlûklar üzerinde husule getirilmiş olan psişik neticede aramak lâzımdır. Bu kimseler (mutazarır olanlar) ihmal gösteren kimse tarafından neticenin sebebi olan bir hale sokulmuşlardır. Meselâ bir yüzme hocasının talebesine yüzme öğretmek üzere denize soktuktan sonra kendi haline bırakması vaziyetinde illî olan, bilâhara ihmal gösteren kimse tarafından takınılmış emniyet verici vaziyetin, suç kurbanı üzerinde husule getirmiş olduğu tesirdir (15).

(15) Roux da metinde bahsettiğimiz bu son telâkkiye yakın nazari bir izahta bulunuyor; bu müellife nazaran bir tefrik yapmak lâzımdır. Ya suç kurbanı içinde bulunduğu ve eğer yardım gelmezse mahvolacağı elim vaziyete, blzzat kendi kendisini sokmuştur, yahut icrasına itimat edebileceği, daha doğru bir tâbirle yapılmasını haklı olarak, bir hak olarak isteyebileceği yardımın yapılmaması dolayısıyla düşmüş bulunmaktadır. İşte bu son haldedir ki ihmal suretile icra fâlli tarafından takınılan içtinap vaziyeti sebebidir. ve bu hal için bir cezaî mesuliyet kabul etmek lâzımdır. Çünkü netice husule gelmiş bulunuyorsa bu suç kurbanının fiil ve vaziyeti

Ortmann, Binding, ve Hälschener ise ihmal suretile icra failinin iradesine müteallik psikolojik bir sebebiyet telâkkisine taraftar oluyorlar. Bunlara nazaran şuurun ilham ettiği harekete geçmek sevkitabısındaki zaaf neticeyi önliyecek bir müdahalenin husulüne mani olmakta ve binnetice bu neticenin meydana gelişine sebebiyet vermektedir.

Binding'in yukarıdaki esasa müstenit olan telâkkisi ise çok daha şayanı dikkattir. Bu müellif ihmal suretile icra hallerini iki gurupa ayırıyor: 1) Bazı tehlikeleri önlemeğe, bazı hususlara dikkat ve nezaret etmeğe mesleki bir vazifenin kendilerini icbar ettiği kimselelerin ihmalleri, 2) Bizatihi zararsız ve kötü mahiyeti olmamakla beraber sonradan failin bertaraf etmeği ihmal ettiği bir tehlikenin doğumuna mâhal veren faaliyeti icra eden kimsenin ihmali (arabacının, arabasını fazla süratle sürdükten sonra bir düşmanını arabasının önünde görerek durdurmaması gibi.).

Şimdi birinci gurupu alalım: Binding'e nazaran burada muayyen bir mükellefiyet altına girmiş olan şahıs, taahhüt ettiği vazifelerle mevcut şeraiti muvazene halinde tutmaktadır; bu kimsenin göstereceği ihmal mevcut şeraiti yeniden aktif bir vaziyete sokacak muvazeneyi bozacaktır. Daha açık söylemek lâzımgelirse, Binding'e göre neticeye münasebetle bir şartlar heyeti umumiyesi vardır; bu şartların bazıları müsbet yani neticenin husule gelmesini tahrik edici, diğerleri ise menfidir, yani neticenin husule gelişine mani olur. İşte bu iki şart gurupu muvazenede kaldığı müddetçe mesele yoktur; netice husule gelmez. Fakat mükellefin vazifesini icrada göstereceği ihmal şartlar muvazenesini bozar ve neticenin husule gelmesine sebep olur. Bir misâl verelim: Bir demiryolu muhafızı rızasile (mukavele ile) yol bekçiliği vazifesini tahammül eder (müsbet şart). Bu suretle başkalarının mezkûr işe alâka ve müdahalelerini bertaraf etmiş olur (menfi şart). Şimdi bekçinin vazifesini ihmal ettiğini farzedelim; bu takdirde şahıs müsbet şeraiti bertaraf etmiş yani muvazeneyi bozmuş, neticeyi tahrik etmiş olacaktır.

dolayısıyla olduğu kadar, bu kimseye karşı ihtimam göstermekle ve onu müdafaa ve vikaye vazifelerile mükellef olan kimsenin içtinabı dolayısıyledir.

Roux, derhal, bu izahın nazari mahiyette olduğunu ve müsbet hukuk bakımından suç tarifinin icrai olduğu kadar ihmali de kaplayabileceği haldedir ki bir mesully-in mevzuubahs olabileceğini ilâve ediyor. (Roux: Sözügeçen eser, s. 96 daki not.).

İkinci gurupa gelince; bu vaziyetlerde harekete getirilmiş olan yahut idare edilen şartların artık durdurulamıyacağı yahut durdurulamamağa karar verildiği andan itibaren sebep olunmuş addolunur.

bb) Buri'nin noktai nazarına gelince: Bu müellif, ihmali görünüşüne bakılırsa bir hareketsizlik altında gizlenmiş müsbet bir fiil, hareket olarak kabul etmektedir. Meselâ yol bekçisi misalini alalım: Bu kimseye iki nevi kuvvet hükmetmektedir. Birincisi vazifesinin icabatına hürmet, riayet hissidir eğer başka hiç bir endişe mevcut olmasaydı bu his bekçiye vazifesini icra ettirecekti. Fakat cürmî kasd, irade bu hissi ortadan kaldırmakta yol açık bırakılmakta ve kaza husule gelmektedir. İşte, diyor Buri, bu faaliyetle bizatihi insan iradesi illi bir mahiyet almış bulunmaktadır.

Sigwart ve Landsberg ise filozofik bir noktai nazardan hareket ediyorlar. Sigwart tamamen mekanik bir sebebiyet telâkkisile içine insan iradesinin müdahale ettiği sebebiyeti tefrik etmektedir. Bu müellife göre insan faaliyetleri, hareketleri daima muayyen bir takım gayelere müteveccihdir; o, tabii kuvvetleri istimal eder, onlara itimat eder ve bu suretle icrai hareketleriyle olduğu kadar bir ihmal ile de akamete uğratılabilecek olan hukukun gayeleri vardır. İhmal gösteren bu gayelerin tahakkuku hususunda müdahale etmek imkânına malik ve vazifesile mükellef bulunuyorsa ihmal hukuken illi olacaktır.

Landsberg aşağıdaki basit teklifi yapmakla iktifa ediyor: «İhmal bizatihi neticenin sebebidir, sadece, çünkü mezkûr netice ihmal olmasaydı husule gelemezdi». Müellif derhal böyle bir teklifin her nevi ihmal suretile icra fiillerinin tecziyesine götüreceğini derhatır ederek Devletin «başka bir takım sebeplerle bu kadar geniş ve vasi bir cezalandırmayı reddedebileceğini ve hâdiselerin husule gelişinin bir ihmal yahut icradan doğduğuna göre ayrı ayrı kıymet ölçüleri vazedeabileceğini» kabul ediyor.

Gand da bizatihi ihmalin sebebi olduğunu isbat sadedinde işe ilkönce icrai suçları tahlil ile başlıyor; bu müellife nazaran bir icrai suç üç unsurdan terekküp eylemektedir: 1) Sebebiyet alâkası; 2) kasd; 3) Hukuka muhalif fiil. Ona nazaran sebep, bir netice husule getiren asli kuvvettir. Fizikî âlemde tam mânasile bir sebep yok fakat «birbirini doğurarak, birbirine bağlanarak, in'ikâslar yaparak nâmütenahiye doğru giden ve mebdeini ilmin, halihazır vaziyetinde, makul bir surette tâyin edemediği ve ancak imanın, inanan kimseye işaret edebileceği» bir takım illi seriler vardır. Bu illi serileri

insan bazan ref'eder ve bazan da bilâkis kendi hallerine bırakır, iradesinin yardımcısı ve icra edicisi olarak alır. Bunlara nisbetle illi olan işte bu iradedir. Gerek işlerin mutata seyri değiştirilmiş, gerek bir cürmî kasd içinde teyid edilmiş bulunsun sebebiyet bir icra yahut ihmal ile husule gelebilir. Basit bir icraî suç mevzuabahs olduğu zaman illi olan şey nedir? Meselâ vuran kol mu? Hayır! Bu emreden, kumanda eden, iradedir. Bu noktayı böylece tesbit ettikten sonra, Gand, şimdi iradî bir ihmal halinde ne oluyor, diyor? İnsan illi seriyi harekette görüyor, bunun husule getireceği neticenin farkına varıyor ve bu neticeleri kabul ediyor; diğer taraftan bu illi serinin seyrini değiştirmenin de kendi kudret ve ihtiyarı dahilinde olduğunu biliyor ve içinde harekete geçmek ve geçmemek hususunda bir mücadele başlıyor. İradesi onâ «harekete geçme!» diye emir veriyor ve işte sebep bu menfi emirdir. Yoksa iradenin müsbet bir tezahürle açığa çıkışı veya menfi bir vaziyet muhafaza edişinin ehemmiyeti yoktur. Böylece meselâ bir mühendisin bir kanal açmakta olduğunu farzedelim. Açılacak kanalın esas mevzuunu teşkil eden hendeğin bu mühendisin eseri olduğunda şüphe yoktur. Fakat akliselim ve mantık bu mühendisin, plânlarda temas ve ıslâh edilmiş kısımların olduğu kadar, tashihini ihmal ettiği kısımların da sebebi olduğunu bize bildirmektedir.

Demek oluyor ki Alman Doktrininin çok defa yaptığı gibi insan hareketlerine taallük eden sebebiyet ile, cansız tabiattaki sebebiyeti karıştırmamak lâzımdır. İcra ve içtinap daima illi ve aktif olan bir iradenin mümasil tezahür ve tecellilerinden ibarettir.

Böyle bir telâkkinin bütün ihmal suretile icra hallerinin tecziyesi neticesine sevkedeceğini tahmin eden Gand, derhal üçüncü unsuru ele alıyor: «Cürmî kasda bağlı olsa da maddî sebebiyet alâkası işlenen fiil bizatihi kanun tarafından menolunmamış ise, buna cürmî bir mahiyet veremez. Binaenaleyh ihmal suretile icra bir vazifenin ihlâlini teşkil ettiği takdirdedir ki cezalandırılabilir. Vazifeler ise kanun veya mukaveleden münbais olur (16).»

İki gurupa ayırarak tetkik ettiğimiz ve «objektif bir icraî suç esasına müstenit telâkkiler» serlevhası altında topladığımız bu nazariyeler hakkında kısa birkaç tenkidî mülâhaza beyan edeceğiz:

Bir kere sebebiyeti ihmale tekaddüm eden müsbet bir fiilde ara-

(16) Bu nazariyenin tenkidi için bakınız: Lerebours-Pigeonnière: Sözü geçen makale.

yan telâkkiler kabul olunamaz. Filhakika kusur fikrinin en esası prensiplerinden biri de mesuliyet için kusurun, iradenin izharı ânın-da mevcut bulunmasıdır (17). Halbuki eğer mukaddem fiilin icrası sırasında (arabacı misalinde olduğu gibi) fâilde adam öldürme kasdı mevcut bulunuyorsa bu takdirde bir ihmâl suretile icra değil fakat kanaatımızca tam bir icraî suç karşısında bulunuyoruz (18). Bundan başka böyle bir telâkki sebebiyet alâkasını hukukan müsaade edilmiş hattâ hukukun icrasını tavsiye ettiği mukaddem bir fiile bağlanmış olması bakımından da kabul olunamaz.

İkinci kısma yani bizatihi ihmâlin illî olduğunu müdafaa eden telâkkilere gelince: hatırlanır ki biz geçen nüshada intişar eden makalemizde de ihmâlî suçlarda da bir sebebiyet alâkasının mevcut bulunduğunu kabul etmiştik. Aynı telâkkinin ihmâl suretile icra suçları için de varid olacağı iddia edilemez. Filhakika bu yazımızın başında ihmâlî suçlar ile ihmâl suretile icra suçları arasındaki farklara işaret etmiş bulunuyoruz. Bütün ihmâl suretile icra suçlarındaki ihmâlin illî bir karakteri haiz olduğu telâkkisi kabul olunamaz. Zira bu takdirde her faraziyede ihmâl suretile icranın illî olduğunu ve bînetice mesuliyet ve cezalandırmayı, kabul etmek mecburiyetinde kalacaktık. Böylece denizde boğulmakta olan hasmını, kendisi için hiç bir fedakârlığı icap ettirmediği halde, ona karşı olan kini dolayısıyla kurtarmayan kimsenin içtinabını illî telâkki etmek ve neticeden dolayı bu kimseyi cezalandırmak lâzımgülecekti. Bu noktaya tahditler getirmek için vazolunan kriterlerin ne kadar sun'î olduğu yukarıdaki izahatımızdan anlaşılıyor.

Görülüyor ki mezkûr telâkki mesuliyet hududunu pek ziyade tevsiye götürmektedir (19). Binaenaleyh bu nevi suçlar gurupu için mesuliyeti lüzumlu olduğu hale tahsis etmeğe imkân verecek bir nazariyeye ihtiyaç vardır.

Bundan başka, bizatihi ihmâlin illiyetini müdafaa eden bu telâkkilerin hemen hepsi iradeye müsteniden izahlarını yapmaktadır

(17) Von Liszt: sözü geçen eser, s. 197.

X (18) «Ihmâl suretile icranın mevcudiyeti için katil ile itham olunan kimsenin hiç bir müsbet fiil ve harekette bulunmamış olması lâzımdır.» (Roux: Sözü geçen eser, s. 95).

(19) Prof. Mustafa Raşit Belgesay; Bir kimsenin nefsinin veya malını zarara bırakmamak şartile tehlikede olan birine yardım etmesi ahlâk icaplarından olduğu bir halde fail, zarar vermek kasdile müdahalede bulunmamış ise tazminat ile mes'ul olacağı telâkkisini müdafaa ediyor (yukarıda sözü geçen eser, s. 59).

lar. Halbuki bir iç halet olan iradenin, kasd, niyet ve kararların icraî bir hareketle zahire çıkmadıkça tecziye olunamayacağı Ceza Hukukunun en esaslı prensiplerindendir.

c) Sübjektif bir icraî suç esasına müstenit telâkki: İcraî suçları teşkil eden esasî unsur, menolunan bir fiilin ikaidir. Fakat burada bir tefrik yapmak lâzımdır; icraî suçların bir nev'i olan kasdsız icraî suçlarda esas, sadece, menolunan bir fiilini ikaidir. Burada kanun, hükmünü ihlâl eden ferdi kasdı ile meşgul olmadan cezalandırır. Fakat kasdı icraî suçlar mevzuubahs olduğu zaman kanunun en başta olarak nazarı dikkate aldığı nokta fâilin kasdıdır. Sosyetede en derin kırıksıklığı mucip olan, antisosyal bir fiilin işlenmesi değil fakat cürmî bir iradenin, kasdın meydana çıkışıdır. Cürmî irade gayri muayyen, gayri mahdut suçların menbai olmasından dolayıdır ki kanunun, esas olarak, işlenen fiilî değil fakat o fiile teveccüh etmiş olan iradeyi, fâilin ahlâkî redaatini, aldığı ileri sürülebilir. Bu nokta kabul olununca kanunun, icraî suçlarla ihlâlinin esasta müsbet bir fiilin ika olunmasından dolayı değil fakat kanunu nakzetmeğe razı olmuş bir cürmî iradenin mevcudiyetinden tahassül ettiği iddia olunabilecektir. «Kanun fiilden ziyade kasdın nazarı itibara alınmasını ister» (20).

İcraî suçlarda da esasın izah edegeldiğimiz cürmî irade, kasd, ahlâkî redaat olduğunu kabul edecek olursak ihmâl suretile icranın icraî suçlara ait bütün unsurları câmi' olduğunu kabul etmek zaruretinde kalacağız. Filhakıka isbat edilmesi güç olmakla beraber ihmâl suretile icra suçlarında fâilin kötü iradesi esaslı bir surette tezahür eylemektedir.

Lerebours - Pigeonnière yukarıda (not 11) de zikrelediğimiz makalesinde izah olunan bu telâkkiyi esas alarak ihmâl suretile icranın, icraî suçlarla ayniyetini ve icraî suçlara müteallik hükümlerle tecziye olunacağını şöylece izah ediyor: «... Kanun bir suçu cezalandırırken bizatihi fiilden çok fazla mevcut farzettığı fâilin iradesile meşgul olur. Müsbet fiil içtimâî nizamı ancak geçici, muvakkat bir surette ihlâl eder, bilâkis cürmî irade istikbale teveccüh eder; umumî vicdan ve sükûnu daha uzun bir zaman için bozar, karıştırır. Eğer böyle ise, yani kanun icraî suçlarda esas olarak cürmî iradeyi alıyorsa, ihmâl suretile icra suçu, müşahid husule gelen zarar karşı-

(20) Muyart de Vouglans: Institutes au Droit criminel.

sında bir cürmî tatmin hissi duyduğu müddetçe icraî suça tekabül edecek onun aynı olacaktır...». Müellif bu sübjektif icraî suç telâkkisi ile Fransız müsbet hukukunun esaslarındaki aykırılığı müşahade etmekle beraber vazıı kanunun nazari objektif talâkkisini metne sokmak istemediğini beyan ederek kanunî tarzı halleri yeni bir telâkkiye bağlyabilmenin mümkün olduğuna işaret ediyor. Halbuki «sübjektif noktâi nazardan ise ihmâl suretile icra suçu, icraî suç mefhumuna dahildir.». «Bir zararın husule geldiğine şahit olup ta, bunu men hususunda harekete geçmeyen kimseyi cezalandırmak noktâi nazarına karşı, Ceza Kanununun cürmî düşünce ve kararları tecziye etmediği tarzında bir itirazda bulunulabilir.». «Doğru olan bu itirazın muhtevasını mübalâğa etmemek için, sebeplerini anlamak lâzımdır. Cürmî karar ve düşünce cezalandırılmaz. Çünkü karar vermek ile harekete geçmek arasında uzun bir mesafe, bir uçurum vardır. Cürmî irade ise ancak suçlunun gayesinin tahakkukuna kadar cürmî kasdında ısrar eylediği takdirdedir ki tehlikeli olur ve içtimaî nizamı ihlâl eder.». Fakat ihmâl suretile icra faraziyesinde olduğu gibi bir kimse cürmî kasdında ısrar eder, neticenin husulüne kadar içtinabını muhafaza ederse, artık karar safhasını geçmiş iradesi aktif bir hale gelmiş olur. Bu hallerde mevzuubahs kimselelerin cürmî niyet ve kasdlarını her türlü müsbet fiil, haricî hareketten müstakil olarak cezalandırmak lâzımdır. Çünkü cürmî kasd ve niyetin cezalandırılmanasının sebebi, kabili rücu ve gayrı müessir oluşudur. Halbuki burada vaziyet berakistir. Cürmî kasd müessirdir ve artık ondan rücu' kabil değildir. Bu noktadan itibaren ihmâl suretile icra vaziyetinde ne zaman kasdın müessir ve gayrı kabili rücu olduğunu tayin etmek lâzımgelir. Müellif bu vaziyeti, suçun fena, kötü neticelerini mentemek fâil için kanunî yahut akdî bir vazife olduğu ve satın alınmış içtinap suretile iştirak hali ve neticeyi menedici üçüncü bir şahsın itma edilmesi suretile bu hareketinden vazgeçirilmesi hallerine tahdid ediyor.

Netice bakımından bizi pek de ilerletmiş olmıyan bu sübjektif icraî suç telâkkisi, tatmin eder gözökmüyor. Filhakika bu telâkkide âdeta, cezaî mesuliyetin esası olarak manevî sebebiyet alâkası ile maddî sebebiyet alâkası karıştırılmıştır. Ceza Hukuku mesailinde aşırı bir sübjektifliğe gidişi ferdlerin esasî hakları bakımından pek terviç edemeyeceğiz. Ceza Hukuku aynı zamanda ferdlere memnu ef'ali işaret etmek suretile diğer sahalarda hür ve serbest oldukları-

nı beyan etmek gâyesini (21) tahakkuk ettirebilmek için objektif esaslardan ayrılmamak lâzımgelir. Bu son cümle ile günümüzde muhtelif memleketler Ceza Hukuku mevzuatında tebarüz etmekte olan sübjektif temayülü reddeylediğimiz zannolunmamalıdır. Sadece şunu demek istiyoruz ki sübjektif oluşta fazla ileri gidilmemeli hiç olmazsa sübjektif noktaların tayini hususunda harici, objektif vaziyetler esas tutulmalıdır (22).

4) Netice

Vicdan noktai nazarından mülâhaza edilirse, bir adamı müsbet bir fiil ve hareket ile öldüren kimse ile kendisi için hiç bir tehlike mevzuubâhs olmadığı halde sırf bu kimsenin ölümünden elde edeceği bir istifade dolayısıyla meselâ boğulmasını seyreden kimsenin hareketleri arasında ahlâki kötülük bakımından bir fark yoktur. Fakat ilâve edelim ki ahlâk sahasında câri olan bu mülâhazayı hukuk sahasına nakletmek hiç te doğru bir hareket teşkil etmez. Filhakika böyle bir hareket tarzı, ferdin, hem cinslerinin işlerine karşı olan müdahale sahasını ölçüsüz bir surette genişletmiş olur, ahlâki yardım ve müzaheret vazifesini hukukan müeyyide altına sokulmuş daimi bir mükellefiyet haline sokardı. Halbuki böyle bir telâkki, halihazır sosyal vaziyetle kabili telif değildir (23). Bu hükmü verir-

(21) Tahir Taner: Sözü geçen eser, s. 112.

(22) Donnedieu de Vabres: La crise moderne du Droit pénal, la politique criminelle des Etats autoritaires, 1938, s. 94.

«Bütün otoriter Hükümetlerde müşterek olan temayül suçun manevi unsuruna en önde gelen bir mevki vermektir.» s. 4 e bakınız.

(23) Aksi fikir için bakınız: Paul appeleton: L'abstention fautive en matière délictuelle, civile et pénale (Revue trimestrielle de Droit civil; II ème année 1912, s. 593.). Müellif, bu makalesinde Ceza Hukukunun mevcut vaziyetinde en cürmî ve kötü bir içtinabın dahi cezai takibata mahal vermiyeceğini tesbit ettikten sonra bu vaziyetin tatmin edici olup olmadığını tetkike girişerek müdahale eden için hiç bir tehlike mevcut olmadığı ve fedakârlığı icap ettirmeyeceği her halde içtinap eden kimse için cezai bir mesuliyeti tesbit eden şu şekilde bir kanun hükmünün vaz'ına taraftar oluyor: «Bir şahsın ağır ve vukuu muhakkak bir tehlike karşısında bulunduğuna şahid olan bir kimse kendisi için hiç bir tehlike ve ciddi bir fedakârlığı mucip olmadığı halde, meşru bir mazereti olmaksızın yardım etmekten içtinap eder ve tehlikede bulunan şahıs bu yardımın yapılmaması dolayısıyla ölürse Ceza Kanununun (319) uncu maddesindeki cezalarla (taksir ile adam öldürme) eğer yalnızca yaralanmış ise (310) uncu maddedeki cezalarla (taksir ile müessir fiil) ve diğer hallerde Ceza

ken tam ferdiyetçi bir talâkkiden hareketle kanunen müeyyide altına alınmış aktif vazifelerin adedini azaltmak gayesini takip etmek istediğimiz zannolunmamalıdır. Esasen ferdlerin hemcinslerine iyilikte bulunmalarını temin için, mutlak surette, Ceza Hukukuna, cezai müeyyidelere muhtaç olduğu bir devirde de bulunduğumuzu zannetmiyoruz.

Buna mukabil tam aksi bir prensipten hareket etmek suretile Ceza Kanununun ancak, ferdin hemcinsine yapacağı fenalıklara karşı müdahalelerde bulunabileceğini fakat onların lehine olan ef'ali icraya icbar edemeyeceği prensipini de bütün şiddetle ve tamamile tatbik etmek doğru değildir.

Akliselim ve adalet hissi cezalandırılması lâzımgelen bazı ihmal suretile icraların mevcut olduğunu ve bunların kanun tarafından tecziyesi icabettiğini bize bildirmektedir. Demek oluyor ki hakikat beyan ettiğimiz şu iki prensipin ortasındadır ve cezalandırılması icabeden bir takım ihmal suretile icra suçları vardır; bu zümreyi tayin etmek için ihmal suretile icra hallerini üçe taksim edeceğiz:

1) İctinap eden kimse tarafından yapılmayan müdahalenin icrası için, bazı fedakârlıklara katlanmak lâzımdır. Bütün bu hallerde yapılacak fedakârlık çok az dahi olsa (meselâ çok zengin bir adamın, açlıktan ölmek üzere olan bir fakire ekmek vermemesi gibi) bir cezalandırma mevzuubahs olamaz (24). Filhakika Ceza Kanunu şefkat ve merhamete, kahramanlığa kimseyi' icbar edemez.

2) İctinap eden kimsenin müdahalesi, kendisi tarafından katlanılacak hiç bir fedakârlığı icap ettirmez. Meselâ bir kimse yanmakta olan bir evden istimdad eden komşusunu kurtarmak üzere sadece bir merdiveni dayaması kâfi geldiği halde, komşusuna olan husumeti dolayısıyla bu hareketi yapmamaktadır. Keza bu halde de hiç kimse hemcinsine karşı umumî bir müzaharet hukukî vazifesile mükellef olmadığı için, bir cezalandırma mevzuubahs olmamak lâzımgelir.

3) Nihayet müdahaleden ictinap eden kimse, müdahale etmek hususunda kanun veya mukaveleden mütevellit bir mükellefiyet al-

Kanununun (475) inci maddesindeki cezalarla tecziye olunur.

Bu ihmal kusurundan mütevellit hukukî mesuliyet hususunda icra kusurundan husule gelen zararlar hakkındaki ahkâm tatbik olunur Müellif, makalesini şöyle bitiriyor; «Cesaret bir mükellefiyet olarak insanlara nasıl tahmil olunmazsa, hasmane bir düşünce yahut alâkasızlıktan mütevellit açıklık ta bir hak olamaz.»

(24) Aksi fikir için bakınız; Garçon: Code pénal annoté, art. 295. No. 22.

tında bulunuyorsa cezalandırılması lâzımgeldiği hususunda hemen bütün cezacılar müttefiktirler (25). Biz de şahsan aynı telâkkiyi kabul ediyoruz. Daha açık bir tâbir ile, ihmal suretile icra suçları ancak bu son faraziye içindedir ki cezalandırılmalıdır. Filhakika kanun ahvalin mutad yürüyüşüne itimat ederek tedabir ittihaz etmiş olan kimseleri himaye etmek lâzımgelir. Binaenaleyh, faraziyemizde olduğu gibi, yapılması ihmal edilen fiilin icrası, sosyete ve suç kurbanı tarafından meşru bir surette, ihmal eden kimseden beklenebileceği hallerde ihmal suretile icranın tecziyesi icabeder. Sosyete ve ferdin ise icrasını istiyebileceği ef'al ancak 1) kanun, nizamname ve talimatnamelerin; 2) Âmme veya hususiye hukuku mukavelelerinin koyduğu mükellefiyetlerden ibaret olabilir.

Bu suretle, yazımızın başındanberi izah edegeldiğimiz muhtelif nazariyelerle aynı neticeye vasıl olmuş bulunuyoruz. Demek oluyor ki sırf maksada uygunluk bakımından izah ettiğimiz faraziye hudutları içinde bir cezalandırma hususunda ittifak mevcuttur. Bundan başka Fransız hukukçuları müstesna, müelliflerin büyük bir ekseriyeti kanun metinlerinin de izah olunan faraziye içinde bir cezalandırmaya imkân verdiğini kabul etmektedirler.

Fakat muasır Fransız Doktrini bu telâkkiye muhalefet etmektedir. Bu hususta Fransız Doktrin ve Mahkeme içtihatlarının esas temayülünü Garçon'un ifadelerinden istiane etmek suretile izaha çalışacağız. Mezkûr temayüle göre (26) demin bahsettiğimiz tefrikin akıl ve vicdanca tatminkâr ve teşriî noktai nazardan rasyonel olduğu ve istikbalin reformcuları için kanuna ithal olunacak bir hü-

(25) Garçon suç kurbanının bizzat kendikendini idareye muktedir olmadığı hallerdeki müdahale noksanı için bir mesuliyet kabulü taraftarı oluyor. — S. 1902. 2. 305 Note Hémarde Hémarde mezkûr fikre şu itirazları yapıyor: Bu telâkki hiç bir metin müeyyidesini vaz'etmemiş bulunduğu halde bir «harekete geçme vazifesinin» ihlâlin icrai suç olarak tecziyeye sevkeder. Bu suretle ihmal suretile icra bir «harekete geçmek vazifesi» nin ihlâli olarak tasvir edildikten sonra yani bir ihmali suç karakteri verildikten sonra icrai suçlara taallük eden ahkâm ile cezalandırılmaktadır. Bunda başka kanundan mütevellit bir vazife tâbiri de müphemdir. Meselâ bir kadın bir kavgaya iştirak etse ve orada hazır bulunan kocası kendisine yardım etmediği için yaralansa Code Civil'in maddel mahsusası karı ve kocayı birbirine karşı müzaheret vazifesiyle mükellef tuttuğuna göre kocayı ihmal suretile icradan dolayı cezalandırmak mı lâzımgelcektir? — aynı fikir için Roux; sözü geçen eser, s. 95.

(26) Garçon: affaire monnier, Examen critique du jugement de tribunal correctionnel de Poitiers.

küm olduğu muhakkaktır. Bununla beraber eğer müellifler bu nazariyeyi iyi olduğu için bir müsbet hukuk kaidesi yapmayı iddia ederlerse haksızdırlar. Tefsir yolile bir fiilin kanun tarafından tecziye olunduğu ve tenkil edilmesi lâzımgeldiği ve kanunun bunu suç haline soktuğu iddia olunamaz. Pratik bakımdan ve hâkim için yegâne mesele, oldukları gibi, mevcut kanunların bu tefriki yapıp yapmadığıdır. Binaenaleyh deniyor, mevcut müsbet hukuk ve Ceza Kanunu vaziyetinde ihmal suretile icra suçları, bu hususa dair sarih bir kanunî hükmü mevcut olmadığı müddetçe, cezalandırılmaz (27). Aksi tarzda hareket, kıyas yolile suçların hududunu genişletmek neticesine sevkederdi. Fakat kanunî tarif müsbet icraî hareketleri olduğu kadar, menfi ihmalî vaziyetleri de ihata edebilecek şekilde olursa bu takdirde o hükümlere göre bir cezalandırma mevzuubahs olabilir. Hâkim, Ceza Kanunu metninde, maddî unsur bakımından harekî fiille hareketsizlik arasında bir muadeletin esasını bulabildiği takdirdedir ki ihmalî, icranın aynı talâkki edebilecektir.

Muasır Fransız Doktrininin bu telâkkisini kabul edemeyeceğiz. Filhakika mezkûr telâkki sonuna kadar götürülünce hakikaten izahı müşül neticelere sevketmektedir.

Yukarıda verdiğimiz misallerden birini alalım: Dedik ki bir demiryolu bekçisi, geçen trende bulunan hasmının ölümünü temin için, yol üzerine düşmüş bir maniayı kasden ve bilerek kaldırmıyor, tren geliyor, yoldan çıkıyor ve bekçinin hasmı ölüyor. Yukarıda ifadesini bulan Fransız telâkkisine göre bekçi, hareketi ne kadar takbihe şayan ve gayri ahlâkî ve insani olursa olsun, cezalandırılmıyacaktır. Şimdi başka bir ihtimalî düşünelim: Diğer bir demiryolu bekçisi, demiryolu üzerine düşmüş olan bir maniayı ihmal ve teseyyüp dolayısıyla, tedbirsizlikle kaldırmamış olsun, tren gelsin ve yoldan çıksın, neticede yolculardan biri ölsün. Aynı telâkkiye göre bu defa yol bekçisinin tecziye olunması icap edecektir. Tezadın pek mütebariz olduğunun derhal farkına varılıyor. Cürmî kasdı, ahlâkî kötülüğü söz götürmez olan birini cezalandıramıyoruz, buna mukabil belki ahlâken iyi olan diğer birini ihmal ve teseyyübünden dolayı kanunun taksir ile adam öldürmeğe müteallik hükümlerile tec-

(27) Garraud: *Traité théorique. et pratique du Droit pénal français*. II ème edit., cilt I, s. 295; Garçon: *Sözü geçen eser*, art. 295, No. 26; Ortolan: *éléments de Droit pénal* cilt I, No. 604, 605; Roux: *Sözü geçen eser*, s. 95; Donnedieu de Vabres: *Sözü geçen eser*, s. 81; S. 1902. 2. 305. Note Hémar; D. 1902, 2. 81 Note Poittevin.

ziye imkânını buluyoruz. Buna göre ihmal suretile icra hareketlerini — tabii izah olunan faraziyelere maksur kalmak şartile — elimizdeki Ceza Kanunile tecziyeyi mümkün kılacak bir telâkkiye vasıl olmamız zarurîdir.

Biz 1930 Tarihli İtalyan Ceza Kanununun 40 ıncı maddesinin 2 inci fıkrasında tatbikatını bulan **hukukî sebebiyet alâkası** telâkkisini kabul edeceğiz. Bu telâkkiye göre bir kimse harekete geçmek, müdahale etmek hususunda kanun veya mukavelenin hükümleri icabından olan bir mükellefiyet altında bulunduğu halde, icap ettiği zaman harekete geçmez ve kötü netice husule gelirse mes'ul edilmek lâzımgelir. Çünkü «burada aranan maddî bir sebebiyet alâkası değil, hukukî sebebiyet alâkasıdır (28). Bu mevcut olduğu takdirdedir ki — cürmî kasd sabit olmak şartile — isnad kabiliyeti vardır.

Yukarıda da söylediğimiz gibi kanunumuzun hiç bir yerinde maddî sebebiyet alâkasına dair bir hükme tesadüf edemiyoruz. Binaenaleyh muhtelif suç kategorilerinin hususiyetlerine göre, Ceza Hukuku sisteminin esaslarına uygun olmak şartile, sebebiyet alâkası mevzuunda ayrı bir takım teoriler vücuda getirmek mümkündür. Binaenaleyh İtalyan Ceza Kanununun 40 ıncı maddesinin 2 inci fıkrasında ifadesini bulduğu gibi, husule gelmekte olan kötü bir neticenin önünü alması, mukavelevî ve kanunî bir mecburiyet icabından olduğu halde bunu yapmayan kimsenin fiili ile husule gelen netice arasında maddî bir sebebiyet alâkasının mevcut bulunduğunu kabul etmek aynı zamanda kasdı veya taksiri de tahakkuk ettiği takdirde bu neticeden dolayı mes'ul tutmak ve tecziye eylemek mümkündür.

Mamafih ne olursa olsun, harekete geçmek vazifesi hukukî mükellefiyet icabından olduğu hallerde, bu vazifenin kasden ihlâli dolayısıyla doğacak kötü neticeler için, cezai mesuliyetin vazife mükelleflerine ait olduğunu, yani hukukî sebebiyet alâkası telâkkisini, formüle eden bir metnin, İtalyan Kanununda olduğu gibi, kanunumuza ithali her nevi şüpheyi izale bakımından çok daha iyi olacağı muhakaktır. Esasen yabancı memleketler mevzuatında bu cereyan belirmiştir (29). Meselâ 1930 Tarihli yeni İtalyan Kanunu 40 ıncı maddesinin 2 inci fıkrasında «önlemek hususunda hukukî bir mükellefiyet altında bulunan bir neticeyi önlememek buna sebep olmağa

(28) Tahîr Taner: Sözü geçen eser, s. 304.

(29) Mezkûr istikameti ilk defa Norveç Kanunu açmıştır. Bu hususta bakınız: *Projet de code pénal Norvegien* (Bulletin de l'union de Droit penal 1898. Appendice).

muadildir» demek suretile ihmale söylenilen hallere münhasır kalmak üzere illî bir karakter tanıdığını ifade etmiş bulunmaktadır.

Bilâkis Fransız Ceza Kanunu projesi 251 inci maddesinde ihmal suretile icra hallerinin tecziyesi esasını pek ziyade tevsi etmektedir. Bu madde «bir kimse kendi veya yakınları için ne bir zarar ve ne de bir tehlike olmaksızın, diğer bir şahsın cismî tamamîyetine karşı teveccüh etmiş bir cürüm veya cünhayı, doğrudan doğruya ve şahsî bir fiil ile önlemeğe muktedir olduğu halde isteyerek bundan içtinap ederse on günden iki seneye kadar hapse ve elli franktan beş yüz franga kadar para cezasına yahut bu cezalardan yalnız birine mahkûm edileceğini» ve «aynı cezanın, yukarıdaki şartlar içinde, yardım edilmezse hayatını kaybedecek yahut şiddetli cismî bir zarar görecektir bir kimseye yardım etmeği ihmal eden hakkında da tatbik» olunacağını beyan etmektedir.

Böyle bir hükme, bir takım iftirah ihbar ve şantajlara yol açacağı noktai nazarından itiraz olunabilir. Projenin vazıları, takibatı zarar görenin şikâyetine ve Müddeiumuminin uygun kanaatına tâbi tutmak suretile bu mahzurun önünü almak istemişlerdir (30).

Ceza Hukuku Doçenti
Sulhi Dönmezer

(30) Donnedieu de Vabres: sözü geçen eser, s. 82.