

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI



KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
YAKUP GÜNDOĞDU

GAZİANTEP-2022

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ SUÇU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
YAKUP GÜNDOĞDU

TEZ DANIŞMANI
DR. ÖĞR. ÜYESİ HAKAN GÜNDÜZ

GAZİANTEP-2022



LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE
YÜKSEK LİSANS KABUL VE ONAY FORMU

Kamu Hukuku Anabilim Dalı Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı öğrencisi Yakup GÜNDOĞDU tarafından hazırlanan “**Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi**” başlıklı tez, **09.11.2022** tarihinde yapılan savunma sınavı sonucu **başarılı** bulunarak jürimiz tarafından **Yüksek Lisans Tezi** olarak kabul edilmiştir.

Görevi

Unvanı, Adı ve Soyadı

İmzası:

Kurumu/Üniversitesi

Tez Danışmanı

Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ

Jüri Başkanı

Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ

Jüri Üyesi

Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL

Bu tez Enstitü Yönetim Kurulunca belirlenen yukarıdaki jüri üyeleri tarafından uygun görülmüş ve Enstitü Yönetim Kurulu kararı ile onaylanmıştır.

Prof. Dr. M. Serhat YENİCE
Enstitü Müdürü

TEZ ETİK VE BİLDİRİM SAYFASI

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu” başlıklı çalışmanın tarafımda, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bunlara atıf yapılarak yararlanmış olduğumu belirtir ve onurumla doğrularım. 10/11/2022

Yakup GÜNDOĞDU



ÖNSÖZ

Bu çalışmanın hazırlanmasında desteklerini hiçbir zaman esirgemeyen ve değerli görüşleriyle bana yol gösteren saygıdeğer tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Hakan GÜNDÜZ'e;

Tezime yönelik eleştiri ve katkılarından dolayı tez savunma jürisinde yer alan hocalarım Doç. Dr. Ahmet BOZDAĞ'a ve Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL'e;

Bu süreçte gösterdikleri destek ve anlayışları sebebiyle değerli çalışma arkadaşlarım Arş. Gör. Burcu ILGIN ŞENGÜL'e ve Arş. Gör. Ayşe Aslıhan ŞAHİN KONUR'a;

Hayatımın her anında desteği ve inancıyla yanımda olan, yolumu aydınlatan kıymetli babam Hasan GÜNDOĞDU'ya; yüreği her daim çocukları için çarpan sevgili annem Sadet GÜNDOĞDU'ya; eğitim ve öğrenim hayatımda büyük emeği olan, elini her zaman omzumda hissettiğim canım abim Alparslan GÜNDOĞDU'ya; neşe kaynağım, kardeşim Damla Nisa GÜNDOĞDU'ya;

Tezin yazım sürecinde desteğini bütün kalbiyle hissettiren, varlığıyla huzur ve mutluluk duyduğum, çocukluk arkadaşı olarak başlayan hikayemizde şu an hayat arkadaşım olan sevgili nişanlım Senanur ATABAY'a;

Teşekkürlerimi sunarım.

Yakup GÜNDOĞDU

Gaziantep-2022

ÖZET

Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu başlıklı yüksek lisans tez çalışması giriş, üç bölüm ve sonuç kısımlarından oluşmaktadır. Bu çalışmada ihmali davranışa ilişkin genel bilgilere yer verildikten sonra 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 83. maddesinde düzenlenen "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu, konuyla ilgili diğer yasal düzenlemeler, doktrinde yer alan görüşler ve yargı kararları da dikkate alınmak suretiyle ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Bu doğrultuda çalışmanın birinci bölümünde ihmali davranışın cezalandırılabilirliğine ilişkin tarihsel süreç içerisindeki bazı uygulamalara yer verildikten sonra ihmal kavramı, hareketi açıklayan teoriler kapsamında ihmale ilişkin görüşler, icra - ihmal ayrımı ve ihmali suç konuları incelenmiştir. İkinci bölümde Türk hukukunda kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu, suçun unsurları ve kusurluluk ele alınmıştır. Üçüncü bölümde ise suçun özel görünüş şekilleri, muhakeme usulü, zamanaşımı ve yaptırım konularına yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İhmal, ihmali suç, garantör, ihmali davranış, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi.

ABSTRACT

Master's thesis titled the crime of intentional killing with negligent behavior, consists of introduction, three chapters and conclusion parts. In this study, after giving general information about negligent behavior, "the crime of intentional killing with negligent behavior" regulated in Article 83 of Turkish Penal Code No. 5237 has been examined in detail by taking into account other relevant legal regulations, opinions in doctrine and judicial decisions.

In this direction in the first part of the study, after some practices in the historical process regarding the punishability of omission opinions of negligence within the scope of theories explaining the behavior the distinction between execution and negligence and negligent crime are examined. In the second part, the crime of intentional killing with negligent behavior in Turkish law, the elements of the crime and faultiness are discussed. In the third part special appearance of the crime, of the procedure of trial, prescription and sanctions are given.

Key words: Negligence, negligent crime, guarantor, negligent behavior, intentional killing with negligent behavior.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZET	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ.....	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İHMALİ DAVRANIŞ, İCRA - İHMAL AYRIMI, İHMALİ SUÇ	4
1.1.Ceza Hukuku Bakımından İhmali Davranış.....	4
1.1.1.İhmal Kavramı	8
1.1.2. Hareketi Açıklayan Teoriler Kapsamında İhmale İlişkin Görüşler	11
1.1.2.1.Genel Olarak	11
1.1.2.2.Ontolojik Teoriler	13
1.1.2.2.1 Doğalcı Teori	13
1.1.2.2.2.Amaççı Teori.....	24
1.1.2.2.3.Toplumcu Teori.....	26
1.1.2.3.Normatif Teoriler	27
1.2.İcra-İhmal Ayrımı	31
1.3.İhmali Suç Çeşitleri	38
1.3.1.Genel Olarak.....	38
1.3.2.Gerçek ve Görünüşte İhmali Suçların Ayırt Edilmesinde İleri Sürülen Ölçütler	44
İKİNCİ BÖLÜM	47
TÜRK CEZA KANUNUNDA KASTEN ÖLDÜRMEİNİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ SUÇU	47

2.1.Genel Olarak	47
2.2.Suçla Korunan Hukuki Değer	50
2.3.Suçun Unsurları	51
2.3.1.Tipikliğin Maddi Unsurları	51
2.3.1.1.Fail	51
2.3.1.1.1.Garantörlük	53
2.3.1.1.1.1.Genel Olarak	53
2.3.1.1.1.2.Garantörlüğün Kaynakları	55
2.3.1.1.1.2.1.Kanuni Düzenleme	55
2.3.1.1.1.2.2.Sözleşme	73
2.3.1.1.1.2.3.Önceden Gerçekleştirilen Tehlikeli Davranış	78
2.3.1.2.Mağdur	86
2.3.1.3.Konu	89
2.3.1.4.Fiil	90
2.3.1.4.1.Genel Olarak	90
2.3.1.4.2.İcrai Davranış Gerçekleştirme Olanadı	92
2.3.1.5.Netice	94
2.3.1.6.Nedensellik Bağı	95
2.3.2.Tipikliğin Manevi Unsuru	104
2.3.2.1.Genel Olarak	104
2.3.2.2.Kastı Ortadan Kaldıran Hata Halleri	109
2.3.3.Hukuka Aykırılık Unsuru	114
2.3.3.1.Genel Olarak	114
2.3.3.2.Yükümlülüklerin Çatışması	115
2.4.Kusurluluk	119
2.4.1.Nedeninde Serbest İhmal	120
2.4.2.Beklenebilirlik	122

2.4.3.Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri	124
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	128
SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, MUHAKEME USULÜ ZAMANAŞIMI VE YAPTIRIM	128
3.1.Suçun Özel Görünüş Şekilleri	128
3.1.1.Teşebbüs	128
3.1.1.1.Teşebbüsün Başlangıcı.....	133
3.1.1.1.1.Mümkün Olan İlk Anı Esas Alan Görüş	133
3.1.1.1.2.Mümkün Olan Son Anı Esas Alan Görüş	134
3.1.1.1.3.Doğrudan Bir Tehlikenin Doğduğu Anı Esas Alan Görüş.....	135
3.1.1.2.Gönüllü Vazgeçme.....	138
3.1.1.3.Kanaatimiz	140
3.1.2.İştirak	141
3.1.2.1.Faillik	142
3.1.2.1.1.Müstakil (Doğrudan) Faillik	142
3.1.2.1.2.Müşterek Faillik	143
3.1.2.1.3.Dolaylı Faillik	148
3.1.2.2.Şeriklik.....	153
3.1.2.2.1.Azmettirme.....	153
3.1.2.2.2.Yardım Etme	155
3.1.3.İçtima	159
3.1.3.1.Bileşik Suç	160
3.1.3.2.Zincirleme Suç	162
3.1.3.3.Aynı Neviden Fikri içtima	163
3.1.3.4.Farklı Neviden Fikri İçtima	165
3.1.3.4.1.Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu ile Benzer Nitelikteki Suçlar Arasındaki İçtima İlişkisi.....	166

3.2. Muhakeme Usulü, Dava Zamanaşımı ve Yaptırım.....	170
3.2.1. Muhakeme Usulü.....	170
3.2.2.Dava Zamanaşımı	170
3.2.3.Yaptırım.....	174
SONUÇ.....	179
KAYNAKÇA	184



KISALTMALAR

Alm. CK	:	Alman Ceza Kanunu
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
Bs.	:	Baskı
C.	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CGK.	:	Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	:	2575 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
CHD	:	Ceza Hukuku Dergisi
Çev.	:	Çeviren
dp.	:	dipnot
E.	:	Esas
Ed.	:	Editör
ETCK	:	765 Sayılı Türk Ceza Kanunu
EÜHFD	:	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İSGK	:	6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
K.	:	Karar
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
md.	:	madde
p.	:	paragraf
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı

ss.	:	sayfa aralığı
T.	:	Tarih
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	:	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	:	5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	:	4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	:	1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun



GİRİŞ

Doğası gereği sosyal bir varlık olan insan, belli bir toplumun parçası olarak doğar ve bu çevrenin sahip olduğu değerlerle anlaşılan varlığını devam ettirir. İnsanın varoluş amacı olan şahsiyetini serbestçe devam ettirebilmesi içinde bulunduğu toplumsal yaşamın korunması ile mümkündür. İnsanların toplu halde yaşayarak ortak yaşamlarını sürdürebilmeleri ise aralarında belirli kuralların varlığını gerektirir. İnsanın toplumsal yaşam süreci içerisinde öğrendiği, pozitif hukuk düzenlemelerinden önce mevcut olan, ortak yaşamın düzen içerisinde devam etmesini sağlayan bu kurallara davranış normları denir. İnsanlar bu normlardan kaynaklanan yükümlülüklerle uygun davranmadığı takdirde sorumlulukları söz konusu olur. Ancak toplumsal düzenin sağlanması yalnızca davranış normlarıyla mümkün değildir. Bu normların hukuk düzeni ile tanınması, tamamlanması ve düzeltilmesi zorunludur.

Hukuk kurallarının diğer kurallara kıyasla sosyal düzeni sağlamada etkili olmasının temel nedeni yaptırımının özelliğinden kaynaklanmaktadır. Hukuk, toplumsal yaşamın korunması için zorunluluk arz eden düzen, güven ve barış ortamını davranış normları aracılığıyla oluşturmaktadır. Davranış normları da, yasaklayıcı ve emredici normlar olarak iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. Yasaklayıcı normlar, belirli bir davranışta bulunmama yükümlülüğünün kaynağını teşkil ederken, emredici normlar ise belirli koşullarda belirli şekilde davranma yükümlülüğünün dayanağını oluşturmaktadır.

Hukuk kurallarının ilham kaynağı davranış normlarıdır. Ceza hukuku da haksızlık oluşturan insan davranışlarına ve buna uygulanacak yaptırımlara yer vermesi nedeniyle emredici ve yasaklayıcı normlardan oluşmaktadır. Yasaklayıcı norm belirli davranışların yapılmasını yasakladığı için bu norma aykırılık icrai bir davranışla gerçekleştirilebilir. Buna karşılık emredici norm ise belirli koşullarda belirli şekilde hareket etme yükümlülüğü getirdiği için ancak emredilen icra davranışın yapılmaması suretiyle ihlal edilebilir. Normları ihlal eden bu iki davranış şekline göre suçlar da icrai suçlar ve ihmali suçlar olarak iki şekilde sınıflandırılmaktadır.

Ceza hukukundaki temel davranış şekli dış dünyada bir değişiklik meydana getiren kasıtlı ve icrai nitelikteki harekettir. Bu nedenle suç teorileri kasıtlı ve icrai davranışla işlenen suçlar esas alınarak oluşturulmaktadır. Nitekim ceza kanunlarında yasak normlarının emir normlarından fazla olması sebebiyle suçların büyük bir kısmı icrai davranışla işlenen suçlar biçiminde düzenlenmiştir. Dolayısıyla ihmali suçlar taksir gibi istisnai niteliktedir. Bu nedenle

ihmali davranış ve ihmali suçların, hareket ve icrai suçlardan farklı bir başlık altında incelenmesi daha isabetli bir yaklaşımdır.

Hukuk düzeninde yer alan en üstün değer insanın hayat hakkıdır. Bu nedenle insan öldürme eylemleri, diğer hak ve özgürlüklerin özünü oluşturan ve bunlara sahip olmayı anlamlandıran, üzerinde tasarruf etmeye olanağı bulunmayan, vazgeçilmez ve devredilmez niteliğe sahip olan yaşam hakkını korumak amacıyla suç olarak düzenlenmiştir. Kasten öldürmeye yönelik davranışlar insanlık tarihi boyunca cezalandırılmıştır. Bu yönüyle kasten öldürme en eski, en bilinen ve tüm ülke kanunlarında yer alan bir suç tipidir.

Kasten öldürme suçu icrai bir davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenebileceğine yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak bu dönem Türk öğretisinde kasten öldürme suçunun belirli şartlar altında ihmali davranışla da işlenebileceği hususunda fikir birliği mevcuttu. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda ise "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu 83. maddede açıkça düzenlenmek suretiyle öldürme eyleminin ihmali davranışla da işlenebileceğine Türk ceza mevzuatında ilk defa yer verilmiştir. Bu düzenleme ile kasten öldürme suçunun hangi şartlar altında ihmali davranışla işlenebileceği ayrıntılı bir biçimde açıklanmıştır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun görünüşte ihmali suç niteliğine sahip olması, diğer icrai suçlara kıyasla fiilin yapısı ve bunun neticesinde suç teorisine ilişkin fail, nedensellik bağı, kast, kusurluluk, teşebbüs gibi konular bakımından farklı değerlendirilmeyi zorunlu kılar. Özellikle bu hususlar çerçevesinde "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunu ayrıntılı bir şekilde inceleyerek teoriye ve uygulamaya katkı sağlamak amacıyla hazırlanan tez çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun maddi unsurlarına dahil olan ihmali davranışın cezalandırılabilirliğine ilişkin tarihsel süreç içerisindeki bazı örneklere yer verildikten sonra ihmal kavramı açıklanmış ve ihmalin doktrindeki kullanım şekline değinilmiştir. Devamında ihmali davranışın yapısının ne olduğu hususu, hareketi açıklayan teorilerin ihmale ilişkin ileri sürdüğü görüşler kapsamında açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Ardından icra - ihmal ayrımının ceza sorumluluğu açısından önemi üzerinde durulmuş ve bu ayrımın nasıl belirleneceğine dair görüşlere yer verilmiştir. Son olarak ihmali suç çeşitleri olan gerçek ihmali suç ve görünüşte ihmali suça ilişkin genel bilgilere yer verildikten sonra bu suçların birbirinden ayırt edilmesine yönelik ileri sürülen

ölçütler ortaya konulmuş ve Türk ceza hukukunda görünüşte ihmali suçların düzenleniş biçimi ve sınırlı sayıda olup olmadığı konuları tartışılmıştır.

İkinci bölümünde, öncelikle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna ilişkin genel bilgiler ortaya konulduktan sonra 765 sayılı TCK'da düzenlenmeyen bu suç hakkında dönem öğretisindeki görüşlere yer verilmiş ve bu durumun uygulama üzerindeki etkisi incelenmiştir. Ardından bu suçla korunan hukuki değer, suçun unsurları ve kusurluluk hususlarına yer verilmiştir. Bu bölümde özellikle suçun yalnızca garantör sıfatına sahip kişi tarafından işlenebilmesi nedeniyle garantörlük kavramı ve TCK'da düzenlenen garantörlük kaynakları incelenmiş ve bununla birlikte suçun maddi unsurları içerisinde değerlendirilen nedensellik bağı, ihmalin nedenselliği meselesi kapsamında incelenmeye çalışıldıktan sonra TCK md.82'de öngörülen nitelikli hallerin bu suç bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır. Ayrıca garantörlük durumu, garantörlük yükümlülüğü, yükümlülüklerin çatışması, nedeninde serbest ihmal ve beklenebilirlik konularına yer verilmiştir.

Üçüncü bölümünde ise, ilk olarak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun özel görünüş şekilleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. Teşebbüs başlığı altında ihmali suçların teşebbüse elverişli olup olmadığı ve görünüşte ihmali suç niteliğine sahip çalışmamızın konusunu oluşturan suça teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususu doktrinindeki görüşler ve Yargıtay kararları ekseninde izah edilmeye çalışılmıştır. İştirak başlığında ihmali suçlarda faillik - şeriklik ayrımı üzerinde durulmuş ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu bakımından özellik arz eden durumlar da dikkate alınarak suça iştirak şekilleri ayrıntılı olarak incelenmiştir. İçtima başlığında ise suçların içtimaı şekillerinin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu açısından uygulanabilir olup olmadığı hususu detaylıca ele alınmış ve bu suç ile benzer nitelikteki suç tipleri arasındaki içtima ilişkisi ortaya konulmuştur. Akabinde suçun muhakeme usulüne değinilmiş ve nihayetinde suçun zamanaşımı ve yaptırımı konularına ilişkin özel durumlar incelenerek bölüm tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA HUKUKU BAKIMINDAN İHMALİ DAVRANIŞ, İCRA - İHMAL AYRIMI, İHMALİ SUÇ

1.1.Ceza Hukuku Bakımından İhmali Davranış

Ceza hukukunun temel amacı, insanların toplum düzeninde barış ve huzur içerisinde yaşamlarını devam ettirebilmelerini sağlayan temel hukuki değerleri korumaktır¹. Bu amaca hizmet eden ceza hukuku, haksızlık oluşturan insan davranışlarının suç olarak tanımlanabilmesi için gerekli olan esasları belirler. Bununla birlikte bu davranışları yapan kişilerin hangi tür yaptırımla karşılaşacağını, bu yaptırımın nasıl uygulanacağına yönelik esasları açıklar². Ceza hukukunda tanımlanan suçun, temel noktası davranıştır. Bu manada davranış suçun özünü oluşturmaktadır³. Aslında ceza normunun konusunu olan hareket veya ihmal şeklinde dış dünyaya yansıyan insan davranışı, diğer tüm normların da konusunu oluşturmaktadır⁴.

Ceza hukuku, hukuki değerlerin ihlal edilmesini önlemek amacıyla belirli davranışları yasaklar ya da emreder⁵. Bu doğrultuda davranışları hukuka uygun biçimde yönlendirebilmek için konulmuş kurallar bütününden oluşan davranış normları, yasaklayıcı ve emredici normlar şeklinde kendini göstermektedir⁶. Yasaklayıcı normlar belirli davranışların yapılmasını yasaklarken, emredici normlar belirli koşullarda belirli şekilde davranmayı emreder⁷. Belirli davranışların yapılmasını yasaklayan normların ihlal edilmesi icrai davranışla gerçekleşebileceği için bu halde icrai suçlardan, belirli koşullarda belirli şekilde davranmayı emreden normların ihlal edilmesi ise davranışın yapılmaması ile gerçekleşebileceğinden bu

¹ Koca, Mahmut/ Üzülmez, İlhan; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.32.

² Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 17. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.52.

³ Öntan, Yaprak; Ceza Hukukunda Davranış ve Netice, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.25.

⁴ Keyman, Selâhattin; "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket", AÜHFD, C.40, S.1, 1998, s.122.

⁵ Hakeri, Hakan; Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, 1.Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.27.

⁶ Özgenç, İzzet; "Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.5, S.1-2, 1996, s. 448.

⁷ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.389.

durumda ihmali suçlardan bahsedilir⁸. Bununla birlikte icrai davranışla işlenebilen suçların ihmali davranışla da işlenebilmesi mümkün olabilir⁹. İhmali suçlar içinde değerlendirilen bu suç tipi ise görünüşte ihmali suç olarak adlandırılmaktadır¹⁰.

Ceza kanunlarında yer alan normların önemli kısmının yasaklayıcı norm olması sebebiyle¹¹ düzenlenen suçların genel itibariyle icrai suç tipi olduğu görülür¹². Ceza kanunlarında icrai suç tiplerinin ihmali suç tiplerine kıyasla daha fazla düzenlenmesinin temel nedeni kendini barış kanunu olarak gören ceza kanununun ihmali, hukuka uygun davranışın temel şekli olarak görmesidir¹³. Bu nedenle emredici normların kişilerin özgürlük alanını kısıtladığı dolayısıyla kişilere ek yük getiren belirli bir şekilde davranmaya yönelik emirlerin sınırlı sayıda kalması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. Ayrıca tehlike altında olan hukuki değerleri korumak uğruna kişileri yükümlü kılmanın ceza hukukunun temel görevi olmadığı da belirtilmiştir¹⁵.

Tarihi süreç dikkate alındığında da düzenlenen suçların genellikle icrai davranışla işlendiği, ihmali davranışla işlenen suçlara gereken önemin verilmediği görülmektedir. Ancak günümüz şartları dikkate alındığında özellikle teknolojinin hızla gelişmesi ve sosyo-ekonomik

⁸Yılmaz, Zahit; "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", Marmara Üniversitesi Hukuku Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.24, S.1, 2018, s.123.; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem; Türk Ceza Hukukuna Giriş, 10. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2017, s.255.

⁹Hakeri, Hakan; "İhmali Suçlar", CHD, C.2, S.4, 2007, s.138.

¹⁰ Özgenç; Genel Hükümler, s.395.

¹¹Ceza kanunlarında yasaklayıcı normlara ağırlıklı olarak yer verilmesinin nedenine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.27.

¹² Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.500.; Yokuş Sevük, Handan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.129.; Bu konu hakkında bir yazar icrai davranış neticesinde oluşacak olan zarar veya tehlikenin, ihmali davranışa göre daha fazla olabileceğini, bu sebeple suçların genelde icrai davranışla işlenecek şekilde düzenlendiğini belirtmiştir. Bkz. Demirbaş, Timur; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.246.

¹³Hakeri; İhmali Suçlar; s.138.; Dülger, Murat Volkan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 1.Bs., İstanbul, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021, s.292.; Bacaksız, Pınar; "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması", CHD, C.8, S.21, 2013, s.125.; Akyürek, Güçlü; "İhmali Suçlar", Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt I, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2014, s.141.

¹⁴Hakeri; İhmal Kavramı, s.30.; Akbulut, Emre; "İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu", TBBD, C.19, S.66, 2006, s.187.

¹⁵Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.258.

hayatla bütünleşmesi ile toplumsal hayat kompleks bir yapı haline dönüşmüş ve bu sebeple de ihmali davranışa ayrıca önem verilmesi zorunluluk haline gelmiştir¹⁶.

Hukuk düzeni, toplumsal düzenin sürekli kendini yenileyen yapısına uyum sağlayabilmek için devamlı olarak birtakım değişikliklere uğramaktadır. Toplumsal gelişme dinamiklerinin sürekli ve hızlı bir şekilde değişime uğraması, hukuk düzeni içinde tanınmayan sorumluluk alanlarının belirlenmesini ve sınırlarının çizilmesini, tanınan sorumluluk alanlarının ise gözden geçirilmesini zorunlu kılmaktadır. Bu değişimin etkilediği tartışılması gereken önemli durumlardan biri de ihmali davranış neticesinde ortaya çıkan sorumluluk alanıdır¹⁷.

Ceza Hukukunda ihmali davranışla işlenen suçlar üzerine yapılan teorik tartışmalar icrai davranışla işlenen suçlara kıyasla çok daha geç olmuştur. Bununla birlikte hukuk düzeninin yapısı gereği emredici ve yasaklayıcı normlardan oluştuğu ve bu nedenle metinlerde açıkça belirtilmemiş olsa dahi ceza hukuku tarihinin her döneminde ihmali suçlar ile ilgili düzenlemelere yer verildiği ifade edilmiştir¹⁸. Gerçekten de tarihsel süreç içerisindeki uygulamalar incelendiğinde ihmali sorumluluk türünün oldukça eskiye dayandığı görülmektedir.

Tarihte bilinen en eski kanun metinlerinden biri olan Hammurabi Kanunları'nda ihmale ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin 53. maddeye göre, *"eğer bir adam, tarlasının kenar su bendin kuvvetlendirilmesinde ihmâl gösterip, bendi sağlamlaştırmazsa ve bendde delik açılırsa ve ekim yapılacak tarlayı su götürürse, bendinde delik açılan adam, zarar gören arpayı ödeyecektir"*¹⁹.

Avrupa hukuk tarihinin ilk dönemlerinde ihmale ilişkin genel kurallar bulunmamakla birlikte somut olaylara ilişkin çözümler görülmektedir. Avrupa tarihinin eski dönem hukukçularından Platon ilk defa Kanunlar isimli eserinde, *"ihmalin de, icrai müsbet kötü e'fal kadar takbihe şayan bulunduğu dolayısıyla bir katil hadisesini bildiği halde ihbar etmeyen*

¹⁶Üçok, Çoskun; "Alman Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış", AÜHFD, C.7, S.1, 1950, s.306.; Yurtlu, Fatih; İhmali Suçlar, I.Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.27.

¹⁷ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.34.

¹⁸ Telkenaroğlu, M. Rahmi; "İhmali Suç" Kavramı ve İslam Hukukuna Göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, C.14, S. 27, 2016, s.288.

¹⁹Hakeri; İhmal Kavramı, s.35.

kimsenin bizzat bunu ika eden kadar şiddetle tecziye olunacağını" savunmuştur²⁰. Saint Augustin de "eğer ölümlerle karşı karşıya kalmış bir bedbahta tesadüf eder de ona yardım etmezsen katilsin" demiştir²¹.

Roma Hukuku'nda da ihmali suçlara ilişkin örnekler mevcuttur. Örneğin *"devlet hizmetinde bulunan Majistraların, yüksek memurların kanunlara, dini kaidelere uygun hareket etmemeleri, vazifelerini suiistimal ve ihmal etmeleri"* cezalandırılmıştır²². Paulus'un bir metninde de ihmale ilişkin değerlendirmelere rastlanmaktadır. Söz konusu metinde *"köle ve çocuğun bir suçunu önlemeye muktedir olan sahip veya babanın bunu yapmaması durumunda sorumlu olacağı"* ifade edilmiştir²³.

Orta Asya topluluklarında da ihmali suçlara ilişkin düzenlemelere rastlanmaktadır . Timur Yasaları'na göre, *"maiyeti altındaki askerlerden herhangi birisinin ölmesi veya mallarının çalınması durumunda, sorumlu subay ve görevliler bunları engellememeleri nedeniyle sorumludur"*²⁴.

İslam Hukuku'nda da ihmali suçlara ilişkin hükümlere rastlamak mümkündür. İslam Hukukuna göre, *"bir kimse bir insanı hapsedse, yemek ve su vermese yahut soğuk gecelerde üşümesine sebep olsa ve bütün bunların sonunda ölümüne sebebiyet verse, o zaman o kişiyi hapseden, aç ve susuz bırakan, üşümesine sebep olan kimseler bu hareketleriyle onun ölümünü kasdetmişlerse kasden katildirler"*²⁵. Yine İmam Malik'e göre, *"öleceğini bilerek çocuğuna süt veya gıda vermeyip çocuğun ölmesine neden olan anneye kısas uygulanması"* gerekmektedir²⁶.

Osmanlı Hukuku sisteminde de ihmali davranışın cezalandırıldığı örneklerle rastlamak mümkündür. Örneğin Kanuni Kanunnamesi'nde hırsızlık suçundan haberdar olan bir kimsenin bunu bildirmemesi cezalandırılmıştır. 1840 tarihli Ceza Kanunname-i

²⁰Dönmezer, Sulhi; "İhmal Suretiyle İcra Suçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.9, S.3-4, 1944, s.476.

²¹ Dönmezer; İhmal Suretiyle İcra Suçları, s.476.

²²Hakeri; İhmal Kavramı, s.36.

²³Dönmezer; İhmal Suretiyle İcra Suçları, s.477.; Çelen, Ömer; Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı), 1. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2020, s.31-32, dp.19.

²⁴ Yurtlu; İhmal Suçları, s.37.

²⁵Hakeri; İhmal Kavramı, s.41.

²⁶Yurtlu; İhmal Suçları, s.39.

Hümayunu'nda ise vergi vermeyenlerin hapsedileceğine ve zaptiye memurları tarafından bir iş için çağırılıp da bir özrü olmadan gelmeyenlerin cezalandırılacağına ilişkin hükümler mevcuttur²⁷.

1.1.1.İhmal Kavramı

Türk doktrininde ihmal ağırlıklı olarak "*hareketin şekillerine göre suçlar*" alt başlığında tipik hareketin bir türü olarak hareket konusu içinde incelenmektedir²⁸. Bu alt başlıklarda icrai suçlar için kullanılan terminolojinin genellikle ihmali suçlar bakımından da tercih edildiği görülmektedir. Bu yaklaşım, ihmali suçlar bakımından bir kavram karmaşasına neden olmaktadır²⁹. Çalışmamızın bu bölümünde ihmal kavramına ilişkin terminolojik açıklamalara değinerek hangi kavramların kullanılmasının daha isabetli olacağını açıklamaya çalışacağız.

İhmal, sözlükte "*gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme*" olarak tanımlanmaktadır³⁰. Özellikle 765 sayılı TCK döneminde ihmali açıklamak üzere çeşitli kavramların kullanıldığı görülmektedir. Örneğin *Kunter'e* göre ihmal, bir emir normunun ihlal edilmesi, emrin yerine getirilmemesidir³¹. *Keyman'a* göre ihmal, davranışla belirli bir hareketin yapılmasını emreden norm arasındaki ayrılık ilişkisidir³². İhmali tanımlamak üzere "*menfi*³³, *selbi*³⁴, *pasif*³⁵, *olumsuz*³⁶, *negatif*³⁷, *vücut ve adalelerin sükun*

²⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.41.

²⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.255; Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler, 18. Bs., Ankara, Astana Yayınları, 2020, s.138.; Artuk, Mehmet Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.324.; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan; Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 20. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.212.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.246.; Öztürk, Bahri/ Erdem, Mustafa Ruhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar), 5. Bs., Ankara, Turhan Kitapevi, 2007, s.80.; Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 9. Bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020, s.256.; Özen, Mustafa; Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri, 6. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.242.

²⁹ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.41.

³⁰ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 04.02.2022).

³¹ Yazar ihmalin normatif bir kavram olduğunu bu nedenle ontik sahada var olan menfi hareket kavramı ile aynı anlama gelmediğini belirtmiştir. Bkz. Kunter, Nurullah; Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebepiyet Alakası), İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.50-51, 53.

³² Keyman; Hareket, s.158.

³³ Dönmezer, Sulhi/ Erman, Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C.1, 14. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997, s.370.; Akbulut, Emre; s.188.

³⁴ Erem, Faruk; Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, C.1, 11. Bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1976, s.269.

*halini muhafaza etmesi, sükunet, atalet, faaliyetsizlik, yapmamak*³⁸ " kavramları da kullanılmıştır³⁹.

Doktrinde ihmal, "*neticenin iradi olarak engellenmemesi*⁴⁰ "; "*failin iktidarında olmasına rağmen, mevcut bir vakanın gidişatına müdahale etmemesi*⁴¹"; "*hukuk kurallarıyla kişiye belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün tahmil edildiği hallerde, kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi*⁴²"; "*hareket edilmesi gereken yerde hareket etmeme*⁴³"; "*kişinin yapması gereken bir şeyi yapmaması*⁴⁴"; "*emredilen davranışın yapılmaması*⁴⁵"; "*hiç bir şey yapmamak değil, (hukuk düzeninin istediği) belli bir şeyi yapmamaktadır*⁴⁶"; "*hiçbir davranışta bulunmama değil, kusurlu kişinin muayyen bir davranışı yerine getirmemesi, yani hukuken kendisine tahmil edilen bir yükümlülüğe uygun davranmaması*⁴⁷ " şeklinde farklı tanımlarla açıklanmaktadır. Yukarıda yer verdiğimiz tanımlardan da görüleceği üzere ihmal kavramı sürekli hareket ile bağlantı olarak ele alınmaktadır. Nitekim ihmalden bahsedebilmek için belirli bir hareketin göz önünde tutulması ve bu hareketin yapılmaması gerekmektedir. Bu nedenle ihmalin belirli bir hareket sayesinde varlık kazandığı dahi ifade edilmektedir⁴⁸.

Günümüz doktrinde ihmalin doğal anlamda bir varlığının olmadığı, ihmalin varlığı için öncelikle belirli bir icrai davranış gerçekleştirme hususunda yükümlülük öngören bir normun bulunması gerektiği ve bu nedenle ihmalin normatif bir yapıya sahip olduğu genel

³⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.324.; Meran; s.58.

³⁶ Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.255.

³⁷ Akyürek; s.139.

³⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.214.

³⁹ Kunter; s.53.

⁴⁰ Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.255.

⁴¹ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.389.

⁴² Özgenç; Genel Hükümler, s.391.

⁴³ Demirbaş; Genel Hükümler; s.247.

⁴⁴ Akbulut, Emre; s.185.

⁴⁵ Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.129.

⁴⁶ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.163.

⁴⁷ Maıwald, Manfred; "İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek", Çev.: Cumhur Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s.160.

⁴⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.27.

kabul görmektedir⁴⁹. Buna göre ihmal, "*herhangi bir hareketin yapılmaması değil, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmamasıdır*"⁵⁰.

Türk doktrininde ihmal de hareketin bir işleniş biçimi olarak kabul edildiği için icra ve ihmal kavramlarının üst kavramı olarak sıklıkla hareket kavramı tercih edilmektedir⁵¹. Bu nedenle ihmal genellikle "*ihmali hareket*" şeklindeki kullanımıyla karşımıza çıkmaktadır⁵². Ancak biz çalışmamızda icra ve ihmal kavramlarının üst kavramı olarak "*devinim, aksiyon, vücudu oynatma, kıpırdatma veya kımıldama*"⁵³, "*insan vücudunun bir faaliyeti*"⁵⁴, "*durgunluk konumundan çıkmak*"⁵⁵ anlamlarına gelen ve bu nedenle ihmali suçların yapısına uygun olmadığı kanaatinde olduğumuz hareket kavramını değil "*davranma işi, tutum, davranım, muamele, hareket*"⁵⁶ anlamlarına gelen ve ayrıca TCK'nın da 83. ve 88. maddelerinde benimsediği davranış kavramını kullanacağız⁵⁷.

⁴⁹ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.391.; Toroslu, Nevzat; Ceza Hukuku, 7. Bs., Ankara, Savaş Yayınevi, 2005, s.82-83.; Dülger; Genel Hükümler, s.292.; Özgenç; Genel Hükümler, s.179.; Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları (TCK. m. 81-83, 86-88, 91-93), 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.258.; Telkenaroğlu, s.290.; Özgenç, İzzet; Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.231.; Aksi yöndeki görüş için bkz. Yurtlu, Fatih; "Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.3, 2021, s.587.

⁵⁰ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.248.; Toroslu; Ceza Hukuku, s.84.

⁵¹ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.266.; Dülger; Genel Hükümler, s.248.; Özbek, Veli Özer; TCK İzmir Şerhi, C.2, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2008, s.56.; Türker, A. Cihan; "İhmali Davranışla Kasten Adam Öldürme TCK 83", Genç Hukukçular Hukuk Okumaları, Muharrem Balcı (Ed.), Dünya Yayınları, İstanbul, 2010, s.301.; Koçak Süren, Özlem; "Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu 83. Madde"", TBBD, C.23, S.90, 2010, s.249.; Taşkın, Ş. Cankat; "Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme", TBBD, C.21, S.79, 2008, s.141.; Kanbur, Mehmet Nihat; Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmali Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler, CHD, C.7, S.18, 2012, s.32.; Hakeri; İhmali Suçlar, s.137.

⁵² Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.129.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.162.; Meran; s.60.; Türker; s.303.; Koçak Süren; s.249.

⁵³ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.02.2022).

⁵⁴ Toroslu; Ceza Hukuku, s.81.

⁵⁵ Dursun, Selman; Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.24.

⁵⁶ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 07.02.2022).

⁵⁷ Aynı yönde kullanım için bkz. Özgenç, İzzet; "İhmali Suç Teorisi", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.4, 2021, s.305.; Erbaş, Rahime; Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, 1.Bs., İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s.8.; Toroslu; Ceza Hukuku, s.83.; Öntan; Davranış, s.30.

1.1.2. Hareketi Açıklayan Teoriler Kapsamında İhmal İlişkin Görüşler

1.1.2.1. Genel Olarak

İnsanla hukuk arasındaki ilk temas insan davranışı ile kurulur. Bu sebeple suçun temel unsurunu oluşturan davranış, suçun diğer tüm unsurlarından her birinin ilişki noktasını oluşturur ve bu unsurların tahlil edilerek suç oluşup oluşmadığının tespit edilmesini sağlar. Bu nedenle suç teorisinin temeli olan davranışın en kapsamlı şekilde incelenmesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁸.

Bir suçun oluşmasının en temel şartı, belirli özellikleri içeren insan davranışının varlığıdır. Şayet bu nitelikte bir davranış yoksa suçun diğer unsurlarının mevcut olup olmadığının araştırılmasına gerek yoktur⁵⁹. Dolayısıyla hangi niteliklere sahip davranışın ceza hukuku açısından önemli olduğunun önceden tespiti zorunluluk arz etmektedir. Bu zorunluluk genel hareket teorilerinin doğmasına yol açmıştır⁶⁰.

Genel bir hareket teorisini terk etmenin ceza hukukunun kanunilik, kesinlik, açıklık gibi ilkelerinden vazgeçip, keyfiliği kabul etmek ve bilimsel çalışmayı terk etmek anlamına geleceği ve ayrıca cezai sorumluluğunun icrai ve ihmali davranışa bağlanmış olmasının, bu davranışları kapsayan genel bir teoriye ihtiyaç duyulduğunun göstergesi de olduğu ifade edilmektedir⁶¹.

Genel hareket teorilerinin amacı davranışı genel ve teorik bakımdan inceleyerek, bütün suç tipleri (icrai - ihmali - taksirli- kasıtlı) için ortak bir hareket kavramına ulaşmaya çalışmaktır⁶². Bu kapsamda böyle bir hareket teorisinin üç ana işlevi yerine getirebilmesinin beklendiği belirtilmiştir⁶³. Böyle bir teori ilk olarak ceza hukukunu ilgilendiren önemli bütün davranışları yani icrai ya da ihmali veya taksirli ya da kasıtlı davranışı kapsayabilmelidir. Bu işlev tasnif edici işlev olarak adlandırılmaktadır. İkinci olarak bu genel ve tekçi hareket

⁵⁸ Keyman, Selâhattin; "Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler", Prof. Dr. Fadıl H. SUR'un Anısına Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 522, Ankara, 1983, s.430-433.

⁵⁹ Yurtlu; İhmal Suçlar, s.53.

⁶⁰ Keyman; Hareket, s.136.

⁶¹ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.433.

⁶² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.306.; Keyman; Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu, s.433.

⁶³ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.434.

kavramı tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurlulukla bir ilişki kurabilecek nitelikte olmalıdır. Yani hareketin, suçun diğer unsurları ile bağlanarak suçun tanımını oluşturabilecek bir fonksiyonu olmalıdır. Bu ise tanımlayıcı işlevdir⁶⁴. Son olarak bu teorinin, sınırlayıcı veya olumsuz işlevi söz konusudur. Buna göre böyle bir teori ceza hukuku açısından önemli olmayan ve ceza hukukunu ilgilendirmeyen durumları hareket tanımının dışında bırakması gerekmektedir⁶⁵.

Önerilen teoriler, özellikle tasnif edici işlevi yerine getirmekte başarı sağlayamamıştır. Bu işlevin yerine getirilebilmesi için ceza hukukunun önemli saydığı, icrai ya da ihmali veya taksirli ya da kasıtlı⁶⁶ bütün davranışları kapsayan genel ve soyut bir tanıma ulaşılması gerekmektedir. Fakat bu davranışlar arasındaki yapısal farklılıklar böyle bir tanıma ulaşmayı imkansız kılmaktadır⁶⁷.

Konumuz açısından öncelikle icrai ve ihmali kapsayan genel ve soyut bir üst kavrama ulaşamayacağı, bunun sebebinin ise ihmalin fiziki bir hareket olmayışından değil, icrai hareketin herhangi bir ölçüt gereksizden açıklanabilmesine karşılık ihmalin açıklanabilmesi için başka ölçütlere başvurulmasına gerek duyulmasından kaynaklandığı ifade edilmektedir⁶⁸. "*İhmal herhangi bir hareketin değil, belirli özelliklere sahip bir hareketin yapılmamasıdır*" ve bu özellikleri belirleyen normlardır. Bu nedenle ceza hukukunda ihmalin varlığı hukuk normu tarafından yapılması gerektiği belirtilen harekete göre belirlenmektedir. Bu sebeplerle ihmal ve icranın ayrı başlıklar altında incelenmesi gerekmektedir⁶⁹.

Çalışmamızda konu bütünlüğünün sağlanabilmesi ve ilerleyen bölümlerde açıklayacağımız hususların daha anlaşılabilir olması açısından hareketi açıklayan teoriler kapsamında ihmale ilişkin görüşlere değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

⁶⁴Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.434.

⁶⁵ Öntan; Davranış, s.72-73.

⁶⁶Taksirli ve kasıtlı davranışın genel ve soyut bir üst kavramda birleştirilemeyeceği, aralarında büyük yapısal farklılıklar olduğu belirtilmiştir. Bkz. Keyman; Hareket, s.138.

⁶⁷Öntan; Davranış, s.73.

⁶⁸Bu görüşlere yer veren bir çalışma için bkz: Marwald, s.160.; Ayrıca bkz. Kanbur; Değerlendirmeler, s.33.; Bu görüşte olan bir yazara göre "*İcabi ve selbi hareketleri genel bir kavramda toplamak soyut bir ameliyedir ve aynı zamanda her ikisini özelliklerinden yoksun kılmakla sakıncalıdır*". Bkz. Erem; Türk Ceza Hukuku, s.274.

⁶⁹ Keyman; Hareket, s.137.; Ayrıca icrai ve ihmali davranışın ortaya çıkış şekillerinin birbirlerinden farklı olduğunu ve buna bağlı olarak suç teorisine dair diğer konular bakımından da farklı özellikler taşıdıklarını belirterek ihmali ve icrai davranışlarla işlenen suçların ayrı başlık altında incelenmesinin daha faydalı olacağını ifade eden görüş için bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.388.

Ceza hukukunda genel hareket teorilerini ontolojik ve normatif teoriler şeklinde ikiye ayırmak mümkündür⁷⁰. Ontolojik teoriler, hareketi doğal ve toplumsal gerçeklik ortamında ortaya çıkan biçimi ile incelerken, normatif teoriler hareketi ceza hukuku normlarını dikkate alarak incelemiştir⁷¹. Özetle ontolojik teoriler hareketin hukuktan önce var olduğunu bu sebeple normlarla ilişki kurulmadan tespit edilebileceğini buna karşılık normatif teoriler⁷² ise hareketin ancak mevcut olan normlar dikkate alınarak açıklanabilmesinin mümkün olduğunu savunmaktadır.⁷³

1.1.2.2.Ontolojik Teoriler

Ontolojik teoriler hareket kavramını, insanın ve eşyanın doğasına bağlı, bizzat yaşamdan kaynaklanan, hukuktan önce var olan ve hukuk dışı bir kavram olarak kabul etmektedir. Bu teoriler hareketin her zaman gerçekler dünyasında yer aldığını ve ontik niteliğe sahip olduğunu savunmaktadır⁷⁴. Bu sebeple ontolojik teoriler, hareketi açıklarken normatif değerlendirmeyi yani ceza kanunları dikkate alınarak olması gerekenin değil, olanın kanunlarının esas alınması gerektiğini belirtmektedir⁷⁵. Sonuç olarak bu teorilerin amacı ceza normlarına başvurmadan bütün suçları kapsayacak bir hareket kavramı elde etmektir⁷⁶.

Ontolojik teoriler başlıca doğalcı (tabiatçı) , amaççı ve toplumcu teori olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

1.1.2.2.1 Doğalcı Teori

Doğalcı teori, ihmalin de icra gibi ontolojik olduğunu kabul ederek, doğa bilimine dayalı nedensellik düşüncesini esas alıp hukuktan önce var olan üst bir hareket kavramına ulaşmayı amaçlamıştır⁷⁷. Teori, hareketi olgular dünyasındaki verilerden yola çıkarak açıklamaya çalışmıştır. Bu teoriye göre hareket, "*dış dünyada bir değişikliğe neden olan veya*

⁷⁰ Dülger; Genel Hükümler, s.249.

⁷¹ Keyman; Hareket, s.143.

⁷² Normativist teorilerin, olması gerekeni esas alarak davranışı açıklamaya çalışırken davranıştan ziyade, kusurluluk ve hukuka aykırılığı ele aldığı ileri sürülmüştür. bkz. Keyman; Hareket, s.143.

⁷³ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.55.

⁷⁴ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.434-435.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.239.

⁷⁵ Özen; Genel Hükümler, s.226.

⁷⁶ Keyman; Hareket, s.143-144.; Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.434-435.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.55.

⁷⁷ Erbaş; Garantörlük, s.19.

*böyle bir değişikliği önlemeyen iradi ve bedeni insan davranışıdır*⁷⁸. Buna göre teori hareket kavramının iradilik ve illiyet olmak üzere iki ontolojik niteliği⁷⁹ bulunduğunu kabul etmektedir⁸⁰.

Doğalcı teoriye göre hareketin üç temel özelliği bulunmaktadır. İlk olarak sadece insan davranışları hareket olarak nitelendirilebilir. Bu sebeple doğa olayları veya hayvanların davranışları hareket vasfını haiz değildir. Bununla birlikte, bir suçun işlenmesinde hayvan araç olarak kullanılmışsa ceza hukuku açısından esas alınacak olan hareket hayvanı kullanan kişinin hareketidir⁸¹. Sadece bedensel bir davranışın bulunması hareketin ikinci özelliğidir. Bu nedenle dış dünyaya yansımamış olan ve yalnızca insanın iç dünyasında oluşan düşünceler ve niyetler hareket olarak nitelendirilemez⁸². Son olarak hareketin varlığından söz edebilmek için insan davranışının iradi olması gerekmektedir. İnsanın bedenine hakim olması hareketin iradiliği anlamına gelir⁸³. İnsan bedeninin, irade egemenliği altında bir şey yapması ya da hareketsiz kalması halinde hareketin varlığından bahsedilebilir. Bu nedenle refleks hareketler, uyku hali, baygınlık gibi bilinçsiz durumlarda gerçekleşen davranışlar ceza hukuku anlamında hareket değildir⁸⁴.

Teoriye göre iradi olmayan bir hareket ceza hukuku açısından önemsizdir. İradenin içeriği ise hareketi değil kusurluluğu ilgilendirmektedir⁸⁵. Yani istemenin içeriği hareket bakımından önemli değildir. Önemli olan husus icrai veya ihmali olsun hareketin iradi olmasıdır⁸⁶.

⁷⁸İçel, Kayıhan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 2018, s.271.

⁷⁹ Bu teoride hareket kavramının iki temel unsurunun "*iradi olma ve dış dünyada algılanabilen bedeni davranış*" olduğu belirtilmiştir. İhmalde "*dış dünyada algılanabilen bir bedeni davranış*" bulunmadığından ötürü bu unsurların ihmali nasıl açıklayabileceği sorusu ortaya çıkmıştır. Bu sebeple teori ikili ayrıma giderek icrayı istenen iradi bedenilik; ihmali ise istenen iradi durgunluk olarak tanımlamıştır. Bu ayrımın üst başlığı olarak Beling hareket yerine davranış kavramını benimsemiş ve ihmali bu kavram içerisinde açıklamaya çalışmıştır. Fakat hareket kavramından daha geniş üst bir davranış terimi seçilmesi yalnızca kavram değişikliğinden ibaret olmuş, ihmalin ontolojik olduğunu kanıtlayamamıştır. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s.19-22.

⁸⁰ Keyman; Hareket, s.144.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.33.

⁸¹Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.93.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.241.

⁸² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.308-309.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.93.

⁸³ İçel; Genel Hükümler, s.271.

⁸⁴ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.436.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.283.

⁸⁵ Bu teori savunucularından Beling böyle bir iradeyi renksiz olarak tanımlamıştır. Yazar renkli olan irade içeriğinin kusur konusunu ilgilendirdiğini ifade etmiştir. Bkz. Ernst Beling, *Die Lehre Vom Verbrechen*, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1906, Aalen, Scientia Verlag, 1964, s.10-11, aktaran: Erbaş; Garantörlük, s.19.

⁸⁶ Özgenç; Genel Hükümler, s.159.

Ayrıca irade ve bedensel davranış arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir. Teori irade hakimiyeti altında gerçekleşen bedensel davranışın etkileri ile ilgilendirir. Başka bir ifadeyle teori, sadece irade aracılığı ile oluşan şeylerle yani iradenin etkileri ile uğraşır. Ortaya çıkan etkilerin bilinç dahilinde olup olmadığı veya istenip istenmediği hareket teorisini ilgilendirmez. Bu anlamda, iradi bir davranış olması gerekmele birlikte iradenin içeriği ve meydana gelen neticenin irade edilip edilmediği davranışın iradiliğini değil kusurluluğu ilgilendirmektedir⁸⁷.

Davranışın iradiliği, kast ya da taksir biçiminde ortaya çıkan kusurluluk ile karıştırılmamalıdır. Teoriye göre iradenin içeriği hareketi ilgilendirmediğinden kusurluluk hareketin dışındadır⁸⁸. Örneğin, öldürücü niteliğe sahip bir atış için hareket bakımından incelenecek husus iradi bir davranışın olup olmadığı ve ölüm neticesine sebep olup olmadığıdır. İradenin ölüm neticesine yönelmiş olup olmadığına ilişkin değerlendirme hareket açısından önemsizdir. Bu değerlendirme kusur kısmını ilgilendirmektedir⁸⁹. Yani teoriye göre hareket ontik, hukuk öncesi ve değerden yoksun bir kavram olup, kanuni tanıma uygun neticenin gerçekleşmesini sağlayan illi etkileşimdir⁹⁰. Bu nedenle teori kasıtlı ve taksirli suçlar arasında bir ayrım gözetmemektedir. Bundan dolayı iradenin neticeye yönelik olup olmadığı hareket konusunu ilgilendirmemekte ve teşebbüs kurumunun açıklanması açısından da güçlük ortaya çıkmamaktadır⁹¹.

Doğalcı teori hukuka aykırılığı da kusurluluk gibi hareketin içinde değerlendirmez. Teoriye göre hukuka aykırılık iradi hareketin hukuken korunan varlıkları ihlalini ifade ederken kusurluluk insan ile hareketi arasındaki psikolojik/sübjektif ilişkiyi ifade etmektedir⁹².

⁸⁷ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.436-437.

⁸⁸ Öntan; Davranış, s.77.

⁸⁹ Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.283.

⁹⁰ Özgenç; Gazi Şerhi, s.184.

⁹¹ Öntan; Davranış, s.77.

⁹² Keyman; Hareket, s.144.

Doğalcı teori birçok açıdan eleştiriyeye⁹³ uğramış ve yapılan eleştiriler ışığında ilerleyen kısımlarda açıklayacağımız yeni teoriler ortaya çıkmıştır. Bu teoriye karşı ilk eleştiri amaçlı teori tarafından yöneltilmiştir. Amaçlı teoriye göre hareket değerden yoksun bir kavram değildir. İnsan hareketi saf ve kör illi bir olay olmayıp amaca yönelik bir faaliyettir⁹⁴. Bu amaç iradenin içeriği olan kasttır. Bu nedenle amaçlı teori, tabiatçı teorinin hareketi iradilikle sınırlamasına karşı çıkararak iradenin içeriğinin önemli olduğunu ve bu nedenle kastın kusurluluğun değil hareketin unsuru olduğunu savunmuştur⁹⁵.

Teoriye yöneltilen en önemli eleştiriler çalışmamızın konusunu ilgilendiren ihmale ilişkindir. Doğalcı teorinin belirttiği değerden yoksun bir hareket kavramını hukuk alanında kabul etmek mümkün değildir. Zira ihmalî suçlar dikkate alınırca bu teorinin hareketin normatif özelliğini kabul etmemesi ceza hukukunun ödevlerine uygun düşmemektedir⁹⁶. İhmal bir değer yargısından ibaret olup ancak normla öngörülen bir yükümlülüğe aykırı davranılması halinde söz konusu olur. Dolayısıyla doğada icra gibi gözlemlenebilen bir ihmal bulunmadığından ötürü ihmalin bu teori ile açıklanması mümkün değildir⁹⁷.

Yine teorinin illiyet kavramını doğa olayları temelinde izahı, ihmalî suçları açıklamada başarısız olmaktadır. Çünkü "*ihmalî suçlarda tabii anlamda bir illiyet ilişkisinin varlığından bahsedilemez*"⁹⁸. Örneğin bir baba boğulmak üzere olan oğlunu kurtarmayıp hareketsiz kalırsa, babanın hareketsiz kalması oğlunun boğulması neticesinin sebebi değildir. Babanın boğulma neticesinden sorumlu tutulmasının sebebi babaya çocuğunu kurtarma yükümlülüğü öngören normdur. Bu sebeple ihmal nedeniyle sorumluluk, hareket (ihmal) ve netice ilişkisinden doğmaz. Sorumluluğu doğuran sebep normun öngördüğü kurala aykırı davranıştır⁹⁹. Bu nedenle doğalcı teori taraftarları, ihmalî suçlarda doğa olayları temelinde

⁹³ Doğalcı teoriye karşı yöneltilen eleştiriler hakkında bkz. Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.437-439.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.309-310.; Yurtlu; İhmalî Suçlar, s.57-58.; Öntan; Davranış, s.78-80.; Özgenç; Gazi Şerhi, s.185-187.; Özgenç; Genel Hükümler, s.161-163.

⁹⁴ Keyman; Hareket, s.144.

⁹⁵ Dönmezer, Sulhi / Erman,Sahir; Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 14. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 1997, s.371.; Keyman; Hareket, s.437.

⁹⁶ Özgenç; Genel Hükümler, s.161.

⁹⁷ Özen; Genel Hükümler, s.227.; Öntan; Davranış, s.79.

⁹⁸Özgenç; Genel Hükümler, s.161.

⁹⁹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.310.

açıklanan bir illiyet bağı aramamakta, böyle bir bağı varlığını yorum yoluyla kabul etmektedir¹⁰⁰.

Teoriye yöneltilen eleştirilere karşılık olarak, hareketin içerikten yoksun bir kavram olmadığı aksine en basit ve gerçekçi haliyle ele alındığı ve hareket bu teoriye göre açıklandığı takdirde kör bir nedensellikten ziyade gören ve yaşayan bir nedensellik mevcut olduğu belirtilmiştir¹⁰¹.

Doğalcı teorinin genel olarak hareket hakkındaki açıklamalarına yer verdikten sonra bu teori içindeki ihmale ilişkin görüşlere kısaca değinmekte fayda vardır.

Doğalcı teori içerisinde, hareketin icrai veya ihmali olup olamaması konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler ihmalin felsefik ve teorik temeli açısından oldukça önemlidir. Aslında teori içerisinde icrai hareket bakımından görüş ayrılığı bulunmamakta, tüm fikir ayrılıkları ihmal bakımından ortaya çıkmaktadır¹⁰². Doğalcı teori içerisinde ihmal hakkındaki görüşlerden başlıcaları şunlardır; "*İhmali, hareket olarak kabul etmeyen görüş*", "*ihmali, faaliyet olarak kabul eden görüş*", "*ihmalin soyut bir husus olduğunu kabul eden görüş*" ve "*ihmalin somut bir husus olduğunu kabul eden görüş*".

Bu görüşlerden ilki "*ihmali, hareket olarak kabul etmemektedir*". Bu görüşü savunanlar ihmalin bir hareket şekli olmadığını, hareketin yalnızca icrai olabileceğini belirtmişlerdir¹⁰³. Buna göre ihmal faaliyetsizliktir ve faaliyetsizlik bir hareket şekli değildir. İhmal doğada var olan bir şey değildir ve gerçekliği de yoktur. Bu nedenle ihmal bir hiçtir, yokluktur¹⁰⁴.

Bu görüş savunucularından *Radbruch'a* göre ihmal düşünceden ibaret olup, objektif bir varlığı bulunmamaktadır. İcrai harekette isteme, vücut hareketi, netice ve nedensellik bağı mevcuttur. İhmalde ise vücut hareketi, netice ve nedensellik bağı bulunmamaktadır. İsteme unsuru ise olabilir fakat bu zaruri değildir. Bu nedenle ihmal ile icrai hareketi tek bir hareket

¹⁰⁰ Özgenç; Gazi Şerhi, s.185.

¹⁰¹Dall'ora, Alberto; *Condotta Omissiva e Condotta Permanente nella Teoria Generale del Reato*, Giuffrè, Milano 1950, s.61, aktaran: Öntan; Davranış, s.80.

¹⁰² Kunter; s.21.

¹⁰³ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.271.

¹⁰⁴Bu görüşe yer veren çalışma için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.61.

kavramında birleştirmek mümkün değildir. Bunlar varlık ve yokluk gibi birbirlerine zıt kavramlardır¹⁰⁵.

Yine bu görüş taraftarı olan *Vannini*'ye göre, icrai hareket insanın gerçekleştirdiği iradi bir vücut hareketi iken ihmal ise bireyin istememesi sebebiyle belirli bir vücut hareketinin yapılmaması, yokluğudur. Bu itibarla ihmal zaman ve mekan bakımından bir gerçekliği bulunmayan sadece zihnimizde var olan bir kavramdır¹⁰⁶.

Vannini ayrıca ihmalin iradi olmadığını ve bu nedenle hiçbir Şey yapmamayı irade etmek Şeklinde bir durumun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. İhmal ruhsal faaliyet olarak düşünce aşamasında kaldığından irade aşamasına geçmemiştir. İhmalin kendisi değil, düşüncesi vardır. Çünkü hareketin yokluğu ancak düşünülebilir. Bu sebeple ihmalin gerçekliği mevcut değildir. Çünkü gerçek olan Őeyler düşünceden bağımsız olarak mevcuttur¹⁰⁷.

Sonuç olarak ihmali, hareket olarak kabul etmeyen bu görüş, hareketin sadece icrai olabileceğini belirtmiş fakat ihmali reddetmeyerek ihmal ile işlenen suçları hareketsiz suç olarak tanımlamıştır. Bu görüşe göre bazı suçlar hareketsiz de işlenebileceği için hareket tüm suçlar için zorunlu bir Şart deęildir¹⁰⁸.

Bu görüşü eleştirenler ihmalin de icrai hareket gibi maddi bir varlığı olduğunu savunmuşlardır. Buna göre ihmal de bir hareket Şeklidir ve dış dünyada idrak edilebilir. Örneğin çocuğunu a bırakarak öldüren bir annenin geniş anlamda bir hareketinin olmadığını yani ortada bir gerçeklik olmadığını yalnızca düşüncenin var olduğunu söylemek mümkün deęildir¹⁰⁹.

Yine boğulmakta olan birine yardım için elini uzatmayan veya hastaya alması gereken ilacı vermeyen bir kimse sorumlu olacak ise yalnızca o kişinin ölmesini istediği için değil,

¹⁰⁵ Kunter; s.22.

¹⁰⁶ Vannini sonradan görüşünü değiştirerek hareketin ihmali de olabileceğini savunmuş ve ihmali, belirli hareketin iradi bir Şekilde yapılmaması, onun yerine zıt bir icrai hareketin yapılması Şeklinde tanımlamıştır. Bkz. Kunter; s.23.; ntan; Davranış, s.80.

¹⁰⁷ Kunter; s.22.

¹⁰⁸ Kunter; s.21.

¹⁰⁹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.65.

aynı zamanda elini uzatmadığı veya ilaç vermediği bu nedenle ölüm neticesine sebep olduğu için sorumlu tutulacaktır. Anlaşılacağı üzere sadece düşünce cezalandırılmamaktadır¹¹⁰.

Doğalcı teori içerisindeki ikinci görüş "*ihmalin faaliyetsizlik değil faaliyet olduğunu*" ifade etmektedir. Bu görüşü savunanlar *ihmali içsel bir faaliyet olarak değerlendiren görüş* ve *ihmali dışsal bir faaliyet olarak değerlendiren görüş* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır¹¹¹.

İhmali içsel bir faaliyet olarak değerlendiren görüş ihmalde de icrai bir faaliyet olduğunu ve bu icrai faaliyetin de içsel, dahili bir faaliyet olduğunu belirtmiştir¹¹². Görüş ihmalin gerçek olduğunu, fakat bunun dışarıdan görülebilen bir hareket olmadığını, iç bir hareket olduğunu ifade etmiştir. Bu içsel hareket gerekeni yapmamak konusundaki iç faaliyettir, yapmamak gayretidir¹¹³. Bu görüş de kendi içerisinde faaliyeti *psikolojik* ya da *fizyolojik* olarak görmelerine göre ikiye ayrılmaktadır¹¹⁴.

İç hareketi psikoloji ile açıklamaya çalışan *psikolojik görüşe* göre insanda zararlı neticeleri önlemeye yönelik ruhi bir kuvvet mevcuttur ve zararlı neticeleri önlemek için bu kuvvet harekete geçmeye çalışır. Fakat harekete geçmeye çalışan bu iç kuvvete, bunu önlemeye yönelik karşı bir iç kuvvet eşlik eder¹¹⁵. Bu karşı iç kuvvet zararlı neticeleri önlemeye yönelik enerjiyi bastırır ve faaliyetsizliğe başka bir ifadeyle ihmale neden olur. Bu sebeple ihmal bu iç ruhi faaliyet neticesinde ortaya çıkar ve faaliyet olması sebebiyle de icrai bir harekettir¹¹⁶.

Bu görüş içerisinde değerlendirebileceğimiz doktrinde spiritüalistik yaklaşım olarak adlandırılan görüşe göre ise bir şeyi yapmaya gücü olan kişi bunu yapmadığı zaman meydana gelen neticeye sebep olmaktadır. Hareket, kaslara yönelen bir iradedir. İrade kasların bazen harekete geçmesini bazen geçmemesini ister. İnsan hareketi daima bir amaca yöneliktir. Bu amaç, doğal kuvvetlerin daha önce harekete geçtiğini ve bir netice meydana getireceğini

¹¹⁰ Kunter; s.34.

¹¹¹ Kunter; s.23-25.; Öntan; Davranış, s.81, 84.

¹¹² Hakeri; İhmal Kavramı, s.62.

¹¹³ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.271.

¹¹⁴ Kunter; s.23-24.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.62.; Öntan; Davranış, s.82.

¹¹⁵ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.271.; Bu görüş iki ruhsal kuvvet arasındaki çatışmayı esas aldığı için çatışma teorisi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Kunter; s.23.

¹¹⁶ Hakeri; İhmal Kavramı, s.62.; Kunter; s.23.

gören insanın bu neticeyi istemesi halinde müdahale etmemesi yani ihmali şeklinde ortaya çıkabilir¹¹⁷. Örneğin bir kişi, düşmekte olan bir kalemi durdurma gücüne sahip olduğu halde kalemin düşmesini istediği için herhangi bir müdahalede bulunmuyor ve kalem düşüyor. Kişinin kalemin düşmesini önlemek ve önlememek konusunda iradesini kullanarak düşmesini tercih etmesi diğer bir ifadeyle bu ruhi faaliyeti ihmalin esasını oluşturmaktadır¹¹⁸.

Psikolojik görüş, maddi unsur olan hareketle manevi unsuru karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹¹⁹. Bu görüş ihmali açıklarken ruhi kuvvetten bahsetmektedir. Fakat kişi ile hareketi arasındaki ruhi bağ manevi unsuru oluşturmaktadır. Bu nedenle görüş maddi unsur olan hareketi manevi unsurdan ayrı olarak açıklayamamaktadır¹²⁰.

Fizyolojik görüş hem icrai hareketi hem de ihmali sınırların uyarılması ile açıklamaktadır. Bu görüşe göre icrai harekette kas sistemini harekete geçiren, ihmalde ise kas sisteminin harekete geçmesini önleyen bir uyarım söz konusudur. Bu da bir vücut faaliyeti yani icrai harekettir¹²¹. Fizyolojik görüş de ihmali bir iç hareket olarak görmekte fakat psikolojik görüşten farklı olarak bunu ruhi bir kuvvet olarak açıklamak yerine hareket ettirici kasların durdurulması şeklinde fizyolojik bir faaliyet olarak açıklamaktadır¹²².

Fizyolojik görüş öncelikle içsel hareketlerin nelerden ibaret olduğunu tam manasıyla açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹²³. Ayrıca bütün ihmallerde kasları harekete geçiren kuvvetin iradi olarak engellenmesinden bahsedilemez. Bilinçli önleme yalnızca kasıtlı ihmallerde söz konusudur. Bu anlamda sadece bilinçli ihmalleri dikkate alan fizyolojik görüşün taksirli ihmalleri açıklayamayacağı belirtilmiştir¹²⁴.

¹¹⁷ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.84.

¹¹⁸ Kunter; s.24.

¹¹⁹ Kunter; s. 31.

¹²⁰ Öntan; Davranış, s.82.

¹²¹ Keyman; Hareket, s.161.; Kunter; s.24.

¹²² Hakeri; İhmal Kavramı, s.62.

¹²³ Bu görüşe yöneltilen eleştiriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öntan; Davranış, s.83-84.

¹²⁴ Keyman; Hareket, s.161.

İhmali içsel bir faaliyet olarak değerlendiren bu görüşler ihmalin psikolojik ve fizyolojik bakımından nasıl ortaya çıktığını açıklamaya çalışmış fakat ihmalin neticeye nasıl sebebiyet verdiğini izah edememişlerdir¹²⁵.

İhmali dışsal bir faaliyet olarak değerlendiren görüş ihmalin faaliyetsizlik değil faaliyet olduğunu, bu faaliyetin icrai hareket gibi maddi varlığa sahip olduğunu ve vücut hareketinden meydana geldiğini ileri sürmektedir¹²⁶. Bu görüşe göre ihmal yapmamak değil yapmaktır¹²⁷.

Bu görüş de yapmanın zamanı ve hangi vücut hareketinin esas alınması gerektiği yönündeki farklı düşünceler sebebiyle; *aynı zamanda yapılması gereken hareketten farklı bir hareket yapıldığı görüşü, aynı zamanda yapılması gereken harekete zıt bir hareket yapıldığı görüşü, önceden farklı bir hareket yapıldığı görüşü* şeklinde kendi içerisinde üç ayrılmaktadır¹²⁸.

İhmali dışsal bir faaliyet olarak değerlendiren görüşlerden ilki ihmali, aynı zamanda yapılması gereken hareketten farklı bir hareket yapılması ile açıklamaktadır. Bu görüşe göre insan her zaman hareket halindedir. İnsanın hareketsiz kalması söz konusu değildir. Sürekli hareket halinde olan insan, kendisinden istenen hareketi yapmadığına göre bu hareket yerine farklı bir hareket yapmaktadır ve bu harekette daima icrai bir harekettir. Bu farklı hareket ile yapılması istenen hareket arasında zaman farkı yoktur¹²⁹.

Bir hareketin yapılmasını öngören norm bu esnada farklı bir hareketin yapılmasını yasaklamıştır. İnsan hareketsiz kalamayacağına göre normca öngörülen hareketi yapmıyorsa, yaptığı hareket öngörülen hareket değildir¹³⁰. İnsanın sorumluluğuna yol açan yani neticeye sebep olan şey de yapılması gerekenden farklı hareketin yapılmasıdır. Bu nedenle ihmalin gerçekliği kendisinden değil, bu farklı hareketten gelmektedir. İhmalin yeri ve zamanı, bu farklı hareketin yeri ve zamanıdır¹³¹.

¹²⁵ Kunter; s.31.

¹²⁶ Kunter; s.25.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.62.

¹²⁷ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.272.

¹²⁸ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.272.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.62-63.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.85-87.

¹²⁹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.63.

¹³⁰ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.272.

¹³¹ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.85.

İhmali dışsal bir faaliyet olarak değerlendiren görüşlerden ikincisi ihmali aynı zamanda yapılması gereken hareketten farklı bir hareket değil aynı zamanda yapılması gereken harekete zıt bir hareket olarak ifade etmiştir. Bu görüşe göre yapılan hareketin herhangi farklı bir hareket olması yeterli değildir. Yapılan hareketin yapılması gereken hareketin zıttı olması gerekmektedir¹³².

Bu görüşler öncelikle yapılması gereken hareket yerine farklı veya zıt fark etmeksizin yapılan hareketin hukuken önemli olmadığı gerekçesiyle eleřtirilmiřtir¹³³. Öte yandan birçok durumda yapılması gereken hareket kısa veya uzun bir zaman sürebilir. İhmalin bir sürece yayıldığı durumlarda, kişi yapılması gereken hareket yerine sayısız farklı veya zıt harekette bulunabilir. Bu takdirde hangi hareketin yapılması gereken hareket yerine geçeceğini belirlemek mümkün değildir. Asıl olan farklı veya zıt hareketin yapılması değil, yapılması gereken hareketin yapılmamasıdır¹³⁴. Ayrıca yapılması gereken hareketi yapmayan kişinin her zaman farklı veya zıt hareket yaptığını söylemek yanlıştır. İnsanın daima hareket halinde olduğu söylenemez. Örneğin yapılması gereken hareketten önce uyuyan ve hareketsiz kalarak uyumaya devam eden bir kişinin yapılması gereken hareket yerine farklı veya zıt harekette bulunduğu sylenemez¹³⁵.

İhmali dışsal bir faaliyet olarak değerlendiren son görüşe göre ise ihmal önceden yapılan icrai hareket neticesinde ortaya ıkar¹³⁶. İhmali dışsal bir faaliyet olarak değerlendiren diğer görüşlerin aksine bu görüşe göre yapılması gereken hareketle aynı zamanda farklı veya zıt bir hareket bulunmamaktadır. Aksine hareketler arasında zamansal farklılık mevcuttur. Kişi önceden gerçekleştirdiği icrai hareket ile kendisini hareket edemez duruma getirmiřtir¹³⁷.

Buna göre ihmalin neticeye sebep olması ancak daha önce yapılan icrai hareketin varlığı halinde mümkündür. Örneğin yüzme hocasının yüzme bilmeyen bir kişiye suya atla ben seni kurtarıyorum demesi üzerine suya atlayan kişi yüzme hocası kurtarmadığı için

¹³² Kunter; s.26.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.63.

¹³³ Keyman; Hareket, s.163.

¹³⁴ Kunter; s.31.

¹³⁵ ntan; Davranış, s.85.

¹³⁶ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.272.; Kunter; s.27.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.63.

¹³⁷ ntan; Davranış, s.88-89.

boğulmuştur. Burada neticeye sebep olan şey yüzme hocasının yüzme bilmeyen kişiye suya atlamasını söylemek biçimindeki önceki hareketidir¹³⁸.

Bu görüş ihmalden önce mutlaka icrai bir hareket yapılmasının zorunlu olmadığı, ihmalden önce hareketsiz de kalınabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³⁹. *Kunter* ise ihmalden önce sayısız icrai hareket yapılmış olacağının muhakkak olduğunu ve bu nedenle yapılan eleştirinin yerinde olmadığını belirtmiştir. Fakat ihmalden önce yapılan sayısız icrai hareket içerisinde hangi hareketin neticeye sebep verdiğini belirlemeye çalışmanın mantıksız olduğu gibi mümkün de olamayacağını belirtmiştir¹⁴⁰.

Doğalcı teori içerisindeki bir diğer görüş "*ihmalin soyut bir husus olduğunu*" ileri sürmüştür. Bu görüş ihmalin bir gerçekliğinin bulunduğunu kabul etmekle birlikte, somut bir varlığının bulunmadığını aksine soyut, fikri bir kavram olduğunu belirtmiştir¹⁴¹. Görüşe göre ihmal doğal gerçekliğin değil, deneysel gerçekliğin konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle ancak gözlem yoluyla var olduğundan bahsedilebilir¹⁴².

Bu görüşü savunanlar ihmalin fiziki bir unsur içermediğini fakat bir hareket tarzı olduğunu ifade ederek bunun gerçeklik için yeterli olduğunu belirtmişlerdir¹⁴³. Ayrıca gerçekliği olmayan bir kavramın değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu nedenle fiziki bir unsur içermeyen ve soyut bir kavram olan ihmal hakkında değerlendirme yapılabilmesi de onun bir gerçekliği olduğunu göstermektedir¹⁴⁴.

İhmalin zihinsel tasavvurdan ibaret olduğunu ve bir değer hükmü olduğunu ifade eden bu görüşün doğalcı teoriden uzaklaşıp normatif teoriye yakınlaştığı ayrıca ihmalin fiziki bir unsur içermediğinin kabul edilemeyeceği zira böyle bir kabulün ihmali suçlarda maddi unsurun mevcut olmadığı sonucuna varacağı ve sadece düşüncenin cezalandırılması anlamına geleceği belirtilmiştir¹⁴⁵.

¹³⁸Kunter; s.27.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.63.; Öntan; Davranış, s.89.

¹³⁹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.65.

¹⁴⁰ Kunter; s.33.

¹⁴¹ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.273.

¹⁴² Kunter; s.27.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.63-64.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.87.

¹⁴³ Hakeri; İhmal Kavramı, s.64.

¹⁴⁴ Öntan; Davranış, s.90.

¹⁴⁵ Kunter; s.33.

Doğalcı teori içerisindeki son görüş "*ihmalin somut bir husus olduğunu*" ileri sürmüş ve ihmalin hem doğal bir gerçekliği bulunduğunu hem de somut bir varlığı olduğunu ifade etmiştir¹⁴⁶.

Hareketi, hem icrai hem de ihmali kapsayan üst bir kavram olarak kabul eden bu görüş, hareketin dış dünyaya icrai veya ihmali olarak yansiyabileceğini belirtmiştir. Buna göre yalnızca icrai hareket değil, ihmal de fiziki bir unsura sahiptir. Ancak ihmalde mevcut olan fiziki unsur, icrai harekettekinden farklı bir görünüme sahiptir.¹⁴⁷

İhmal de icrai hareket gibi neticenin oluşmasına bir neden teşkil ettiği için gerçekliğinin bulunmadığından bahsetmek mümkün değildir. Çocuğunu nehre atarak öldüren anne ile çocuğunu aç bırakarak öldüren annenin hareketi arasında fark yoktur. Bu nedenle çocuğu aç bırakmak şeklinde gerçekleşen ve ölüm neticesine neden olan davranışın bir gerçekliği olmadığı söylenemez¹⁴⁸.

İhmalin somut bir varlık olduğunu, doğal bir gerçekliğinin bulunduğunu, fiziki bir unsura sahip olduğunu ve neticenin oluşmasına bir neden teşkil ettiğini ileri süren bu görüş doğalcı teori içerisindeki ihmale ilişkin görüşlerden en kayda değeri olmakla birlikte genel olarak doğalcı teoriye yönelik yapılan eleştiriler bu görüşe karşı da yöneltilmiştir¹⁴⁹.

1.1.2.2.2. Amaççı Teori

Ontolojik teoriler arasında yer alan amaççı teoriye göre hareket, doğanın kör güçlerine indirgenen saf mekanik bir kavram değildir. Teori insan hareketinin amaca yönelik olduğunu bu nedenle doğalcı teorinin hareketi yalnızca iradenin illi gerçekleşmesi şeklinde ki tanımının da kabul edilemeyeceğini belirtmiştir¹⁵⁰. Yani teoriye göre hareket, sadece nedensel bir olaydan ibaret olmayıp amaca yönelik iradi bir davranıştır¹⁵¹.

¹⁴⁶ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.273.

¹⁴⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.64.; Öntan; Davranış, s.90.

¹⁴⁸ Kunter; s.29.

¹⁴⁹ Öntan; Davranış, s.91.

¹⁵⁰ Keyman; Hareket, s.148.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.242.; Ölmez, Gökhan; Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2020, s.25.

¹⁵¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.311.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.235.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.34.

Teoriye göre hareket illiyet ve amaç şeklindeki ontolojik kategorilerin birleşmesi ile oluşmaktadır. Bu amaç tabiatçı teorinin kusurluluk içerisinde değerlendirdiği iradenin içeriği olan kasttır. Bu nedenle amaççı teori, tabiatçı teorinin illiyeti amaçtan ayırarak hareketi iradilikle sınırlamasının hatalı olduğunu, iradenin içeriğinin önemli olduğunu bu nedenle kastın kusurluluğun değil hareketin unsuru olduğunu savunmuştur¹⁵². Kastı hareketin bir unsuru olarak gören bu teoriye göre kusurluluk iradi sürecin kınanabilirliğinden ibarettir. Yani kast hareketin bir unsuru olmakla birlikte kusurluluğun konusunu oluşturmaktadır¹⁵³.

Teoriye göre kasıtlı hareketlerde amaç, kast ile aynı anlamı ifade etmektedir. Ayrıca teori taksirli hareketlerin de amaca yönelik olduğunu belirtmiştir¹⁵⁴. Buna göre taksirli hareket, amaca yönelik hareketin yönlendirilememesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle ortaya çıkmakta ve amaca uygun olmayan neticenin gerçekleşmesine neden olmaktadır¹⁵⁵. Bu itibarla taksirli suçta kişi, amaca uygun hareketi gerçekleştirirken dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp amaca uygun olmayan neticenin gerçekleşmesine sebebiyet verdiği için kınanmaktadır¹⁵⁶.

Bu teori ihmalin de ontolojik bir temeli olduğunu kabul etmekle birlikte ihmalin gerçek anlamda amaca yönelmediğini belirtmiştir. Teoriye göre ihmal, icrai hareket gibi mevcut, var olan bir iradeyi gerektirmez. İhmalin oluşması için kişinin potansiyel iradesi yeterlidir. Bu sebeple ihmalin gerçek bir amaçsallık ve nedensellik içermediği belirtilmiştir¹⁵⁷. Buna karşılık olarak ihmalde amaçsallık ve nedensellik mevcut değil ise ihmalin amaca yönelik bir hareket olmadığı sonucuna varılacağı ve ayrıca ihmalde nedensellik söz konusu değil ise ihmalden dolayı sorumluluğun doğmayacağı ve bu sebeplerle amaççı teorinin ihmali açıklayamadığı belirtilmiştir¹⁵⁸.

¹⁵² Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.284.; İçel; Genel Hükümler, s.272.

¹⁵³ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.445.; Özen; Genel Hükümler, s.229.

¹⁵⁴ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.275.; Kunter; s.45.

¹⁵⁵ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.95.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.313.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.243.

¹⁵⁶ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.445-446.

¹⁵⁷ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.314.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.95.

¹⁵⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.314.; Erbaş; Garantörlük, s.32.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.96.

Amaççı teorinin açıklamaları, maddi unsur alanından uzaklaşıp manevi unsur alanına girdiği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yine teoriye, kastın soyut ve bağımlı bir kavram olduğu ancak suç tipleriyle birlikte değerlendirildiğinde bir içeriğe sahip olabileceği ve bu nedenle kastı hareketin unsuru kabul etmekle genel bir hareket kavramına ulaşamadığı gerekçesiyle de eleştiriler yöneltilmiştir¹⁵⁹. Ayrıca teorinin, taksiri ve olası kastı açıklamada yetersiz olduğu da belirtilmiştir¹⁶⁰.

1.1.2.2.3. Toplumcu Teori

Toplumcu teoriye göre ceza hukukunun temel unsurları toplumsal kavramlar aracılığı ile önceden belirlenmiştir. Yani bu unsurların hukuktan önce var olan bir gerçekliği mevcuttur. Bunun için sosyal hayatın zengin içeriğini ve toplumsal görünümü yansıtan bir hareket kavramına ihtiyaç vardır¹⁶¹.

Teoriye göre hareket sadece nedensel bir olaydan ibaret olmayıp toplumsal hayat bakımından önem arz eden iradi bir davranıştır¹⁶². Teori ihmalin de icrai hareket gibi toplumsal hayatta önem taşıyan bir niteliğe sahip olduğunu belirtmiştir¹⁶³. Bu bakımdan toplumsal hayat bakımından önemli olmayan bir davranışın hareket olarak kabul edilemeyeceği gibi toplumsal hayata uygun olduğu belirlenen hareketin hukuka aykırı da olmayacağı sonucuna ulaşılabacaktır¹⁶⁴. Teori hareketin toplumsal hayat bakımından önemini açıklayabilmek için hareket kavramına hukuka aykırılık unsurunu eklemiştir¹⁶⁵. Çünkü sosyal bir kavram olan hareketi belirleyebilmek için toplumsal bakımdan zararlı olup olmadığını tespit etmek gerekmektedir¹⁶⁶. Bu tespit de harici ve objektif bir hukuka aykırılık teorisinin benimsenmesini gerektirir. Kısacası toplumcu teoriye göre hareket, "bir dış gözlemci

¹⁵⁹ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.446.

¹⁶⁰ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.96.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.314-315.; Özgenç; Gazi Şerhi; s.195.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.243.; Teorinin taksiri ve olası kastı açıklayamadığı yönündeki ayrıntılı bilgi için bkz. Öntan; Davranış, s.95-96.

¹⁶¹ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s. 440.

¹⁶² Özen; Genel Hükümler, s.231.

¹⁶³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.316.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.34.

¹⁶⁴ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.97.; İçel; Genel Hükümler, s.274.

¹⁶⁵ Demirbaş; Genel Hükümler, s.236.

¹⁶⁶ Öntan; Davranış, s.100-101.

*tarafından öngörülüp ölçülebilen, toplumsal açıdan bazı sonuçlar doğurmaya elverişli olan insan faaliyetidir*¹⁶⁷.

Toplumcu teorinin, icra ve ihmali sosyal olarak nitelendirdiği hareket kavramı altında açıklayama çalışması dikkate değer olmakla birlikte teoriye çeşitli açılardan eleştiriler yöneltilmiştir. Teori hareketin ontolojik gerçekliğini toplumsallığın içeriğinde arayarak, hareketin ontolojik temelini açıklamaktan ziyade onun hukuka aykırılık içerisindeki yerini tespit ettiği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶⁸. Ayrıca hareketin tespit edilmesinde toplumsal hayat açısından önemli olma ölçütünün belirsiz olmakla birlikte böyle bir ölçütün hareket kavramını ontolojik zeminden uzaklaştıracağı belirtilmiştir¹⁶⁹. Zira bu ölçütün belirlenmesi için hareketi gerçekleştiren kişinin iradesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca toplumsal açıdan önemli olma ölçütü, hangi hususların hareket kavramının içine alınacağını veya dışarıda bırakılacağını objektif olarak belirleyemez¹⁷⁰. Bu itibarla teori hareket kavramının alanını çok fazla genişlettiği diğer bir ifadeyle hareketin sınırlayıcı ve tanımlayıcı işlevlerini yerine getiremediği gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁷¹.

1.1.2.3. Normatif Teoriler

Normatif teoriler, ontolojik teorilerin hareketin hukuktan önce var olan ve hukuk dışı bir kavram olduğu iddiasının aksine, bu kavrama normlar dünyasından ulaşılabileceğini savunmuştur. Teorinin esası hareketi tek başına ele almayıp, hareketi normlarla karşılaştırarak ve ilişkilendirerek bir değer hükmüne varmaktır¹⁷².

Doğalcı teorinin hareketi değerden yoksun bir kavrama indirgemesi ceza hukuku bakımından elverişsizdir. Hareket, doğa bilimlerinden kaynaklanan bir kavram olarak değil toplumsal olarak anlaşılabilir bir kavram olmalıdır. Bu nedenle ceza hukuku bakımından hareket, gerçeklikten ziyade hukuki bir kavramdır ve normun ihlaliyle açıklanabilir¹⁷³.

¹⁶⁷ Keyman; Hareket, s.145.

¹⁶⁸ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s. 441.

¹⁶⁹ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.96.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.287.

¹⁷⁰ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.317.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.244.

¹⁷¹ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.97.; Özen; Genel Hükümler, s.232.

¹⁷² Keyman; Hareket, s.149.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.65.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.34.

¹⁷³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.318.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.245.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.34.

Hukuka aykırılık dikkate alınmadan hareket kavramını anlamak mümkün değildir. Yani hukuki bir kavram olan hareketin ceza hukuku açısından önemli olup olmadığını anlayabilmek için hareketin hukuka aykırılıktan çıkartılan sosyal anlamına başvurulmalıdır. Bu nedenle hareketin, hukuk ve hukuka aykırılık dikkate alınarak oluşturulan bir kavram olması gerekmektedir¹⁷⁴.

Bu teoriye göre hareketin belirlenebilmesi için üç unsurun varlığı önem arz etmektedir. İlk olarak hukuk alanında önemli bir değişiklik olmalıdır. İkinci olarak, meydana gelen değişikliğin irade ile uyuşması, yani bu değişikliğin istenmiş olması gerekmektedir. Son olarak ise bu iradenin değişikliğe neden olduğu hususunda bir yargı bulunmalıdır. Bu itibarla normatif teoriler hareketin ontolojik temelini araştırılmasını önemsiz görmüşlerdir¹⁷⁵.

Normatif teoriler birçok açıdan eleştiriye uğramıştır. Hareketin ontolojik yapısını inkar eden bu teori, hareketin yapısı gereği normdan önce mevcut olduğu ve bu nedenle normatif değerlendirmenin daha sonraki bir aşama olması gerektiği belirtilmek suretiyle eleştirilmiştir¹⁷⁶. Ayrıca teorinin hareketi yalnızca norm üzerinden değerlendirmesi, hareketi maddi unsurları içermeyen biçimsel bir şemaya dönüştürmüştür. Norm mevcut olmaksızın hareketi nitelendirmenin mümkün olmayacağı kuşkusuzdur. Fakat teoriye göre hareket normun belirlediği yasağın olumsuz ifadesinden öteye gidememektedir. Bu itibarla teori, bütün cezai sonuçlar açısından geçerli olacak bir hareket kavramı oluşturamamıştır¹⁷⁷.

Bu teori ihmali, hukuk dışı bir normun ihlal edilmesi durumunda açıklayamadığı gerekçesiyle de eleştirilmiştir. Ayrıca ihmalin belirlenebilmesi için normatif bir değerlendirme yapılması gerekmeyle birlikte bu durum ihmalin gerçekte mevcut olmadığı anlamına gelmemektedir¹⁷⁸. Zira ihmali hareketin değer hükmünden ayrı olarak bir varlığı mevcut olup gerçekler dünyasında sonsuz sayıda ihmal vardır. Fakat ceza hukuku bu ihmallere bazılarını hukuken önemli hareket olarak belirlemiştir. Bu itibarla ihmalin

¹⁷⁴ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s. 450.

¹⁷⁵ Özen; Genel Hükümler, s.233.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.319.; Öntan; Davranış, s.108.

¹⁷⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.319.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.98.

¹⁷⁷ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s.450.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.319.

¹⁷⁸ Öntan; Davranış, s. 109.

belirlenmesi bakımından önem arz eden norm, ihmali oluşturan kurucu bir unsur değildir. Yani hukuk normu mevcut olmasa dahi ihmali gözlemlemek mümkündür¹⁷⁹.

Normatif teorilerin genel olarak hareket hakkındaki açıklamalarına yer verdikten sonra teori içindeki ihmale ilişkin görüşlerden bahsedeceğiz. Teori içerisinde ihmali açıklarken hangi normun esas alınması gerektiği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden başlıcaları şunlardır; "*Beklenen hareketin yapılmaması görüşü*" ve "*gereken hareketin yapılmaması görüşü*".

Bu görüşlerden ilki "*ihmali, beklenen hareketin yapılmaması*" olarak tanımlamıştır. Bu görüşü savunanlar ihmal bakımından hareketsiz kalmanın yeterli olmadığını bunun yanında ek bir ilişki aranması gerektiğini belirtmişlerdir. Böylece ihmalin, beklenen bir hareketin yapılmaması olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁰. Görüş, beklenen hareketin emredilen bir hareket olup olmadığı noktasında durmadığı için ihmal ile suçun hukuka aykırılık unsurunu birbirinden ayırmıştır. Beklenen hareket emredildiği zaman ihmal hukuka aykırı olur. Bu itibarla ihmal¹⁸¹ bakımından beklenen bir hareketin yapılmaması yeterlidir. Beklenen hareketin emredilen bir hareket olması hususu suçun hukuka aykırılık unsuruyla ilgilidir. Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere görüş, hukuka aykırılık unsurunu hareketin dışında tutmaktadır¹⁸².

Bu görüş, beklenen hareketi nihayetinde bir normun belirleyeceği gerekçesiyle kabul edilmemektedir. Böyle bir durumda da ihmal, normun belirlediği (gereken) hareketin yapılmaması neticesinde ortaya çıkacaktır. Bu gerekçeyle bu görüşün normatif teoriler içindeki ihmale ilişkin görüşlerle benzerlik gösterdiği fakat bu kapsamda değerlendirilemeyeceği belirtilmiştir¹⁸³.

Bu teori içinde yer alan ikinci görüş "*ihmali, gereken hareketin yapılmaması*" olarak tanımlamıştır. Bu görüşe göre ihmal bir değer hükmüdür ve bir hareketin bir normla ilişki

¹⁷⁹ Keyman; Tekçi ve Tahlilci Yöntemler, s. 452.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.67.

¹⁸⁰ Hakeri; İhmal Kavramı, s.66.

¹⁸¹ Bu görüşü savunan Mezger'e göre ihmalin iki unsuru vardır. Bunlar hareketin beklenebilir olması ve mümkün olmasıdır. Beklenebilir olmak unsuru, hukuki norm, sözleşme ve önceki hareketinden dolayı tehlikeli bir durum yaratma hallerinde ortaya çıkmaktadır. Bkz. Kunter; s.36.

¹⁸² Kunter; s.36.; Öntan; Davranış, s.110.

¹⁸³ Kunter; s.39.; Öntan; Davranış, s.110-111.

içinde olması halinde ihmalden söz edilebilir¹⁸⁴. Bu nedenle sırf hareketsiz kalmak ihmalin oluşması açısından yeterli değildir¹⁸⁵. İlişki kurulacak normların mutlaka hukuk normu olması gerekmemektedir. İhmali belirleyecek olan normlar dini, ahlaki, etik veya teknik normlar da olabilir. Bu itibarla ihmal norm tarafından belirlenen yapılması gereken hareketin yapılmamasıdır¹⁸⁶.

Bu görüşe karşı olarak ihmalin herhangi bir norma göre değil, mutlaka hukuk normu dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği böylece ihmalin, herhangi bir normun belirlediği gereken hareketin yapılmaması durumunda değil hukuk normunun belirlediği gereken hareketin yapılmaması durumunda mevcut olacağı belirtilmiştir¹⁸⁷.

Bir norm sadece emir veya sadece yasak şeklinde düzenlense dahi aynı norm bir taraftan emir diğer taraftan yasak şeklinde gözüktür. Örneğin bir icrai hareket emri içeren norm aynı zamanda ihmali yasaklamıştır. Bir icrai hareket yasağı öngören norm da aynı zamanda ihmali emretmiştir¹⁸⁸. Bu görüş ihmali yapılması gereken hareketin yapılmaması olarak tanımladığı için ihmali emreden bir norma aykırılık halinde yine ihmalin varlığından söz edilecektir. Bu itibarla ihmal, hareketsizlik/atalet şeklinde ortaya çıkabileceği gibi vücut hareketi şeklinde de ortaya çıkabilir. Sonuç olarak ihmal normcu bir kavramdır ve norm mevcut olmadan ihmalden bahsedilemez¹⁸⁹.

Bu görüş normatif teoriler içerisindeki diğer görüşler gibi ihmali bizzat dikkate almadığı, yalnızca normla ilişkilendirerek bir değer hükmüne indirgediği gerekçesiyle eleştirilmiş ve bir değer hükmünün ölüm, yaralama gibi maddi bir neticeye sebep olmasının mümkün olamayacağı ve bu nedenle ihmalin değer hükmünden başka bir niteliği ve bu neticeyi meydana getiren bir varlığının da olması gerektiği belirtilmiştir¹⁹⁰. Bu görüşe, maddi

¹⁸⁴ Hakeri; İhmal Kavramı, s.66.

¹⁸⁵ Yazar ihmalin yapmamak veya hareketsiz kalmak şeklinde açıklanamayacağını belirtmiştir. Davranışın iki türünü oluşturan yapma (hareket) ve yapmama (hareketsizlik) icrai ve ihmali suç ayrımını karşılamamaktadır. Yani yapma (hareket) icrai suçla, yapmama (hareketsizlik) ihmali suçla eş anlamlı değildir. Çünkü nesnel gerçeklikteki hareketsizlik ihmalin varlığı için yeterli değildir. Ayrıca ihmali suç, yapma (hareket) şeklinde de işlenebilir. Bkz. Keyman; Hareket, s.158.

¹⁸⁶ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.78.

¹⁸⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.67.

¹⁸⁸ Kunter; s.38.

¹⁸⁹ Kunter; s.39.

¹⁹⁰ Öntan; Davranış, s.113.

unsur olan hareket ile hukuka aykırılık unsurunu birbirine karıştırdığı gerekçesiyle de eleştiriler yöneltmiştir¹⁹¹.

1.2.İcra-İhmal Ayrımı

Ceza hukuku sorumluluğunun tespiti bakımından somut olayda icra- ihmal ayrımının belirlenmesi önem arz etmektedir. Ancak bu ayırım her zaman kolaylıkla tespit edilemediği gibi ayırımın nasıl yapılacağı hususu da oldukça tartışmalıdır. Bu nedenle icra-ihmal ayrımı konusunda ileri sürülen temel görüşlerin açıklanması gerektiği kanaatindeyiz.

İcra-ihmal ayrımının nasıl yapılacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler doğacı yaklaşımlar ve normatif yaklaşımlar¹⁹² olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir. Bu ayırma ilişkin ileri sürülen görüşlerden *vücut hareketi ölçütü*, *enerji kullanımı ölçütü* ve *nedensellik ölçütü* doğacı yaklaşım içinde değerlendirilirken; *sosyal mana görüşü*, *ağırlık noktası görüşü* ve *icraya ağırlık veren görüş* normatif yaklaşım içinde değerlendirilmektedir¹⁹³.

Vücut hareketi ölçütü görüşü, icra-ihmal ayrımının hukuki kriterlere başvurmadan dış dünyada belirlenebileceğini savunmuştur. Bu görüşe göre icra, bir vücut hareketi, ihmal ise vücut hareketinin yapılmaması, vücut durgunluğudur¹⁹⁴.

Enerji kullanımı ölçütü görüşünün temelini, ceza kanunlarının ağırlıklı olarak emir içeren değil, yasak içeren normlara yer vermesi oluşturmaktadır. Emir içeren normların, yasak içeren normlara kıyasla kişilerin bir enerji sarf etmesini istemesi, bu görüşün icra-ihmal ayrımında enerji kullanımı ölçütünü esas almasının çıkış noktası olmuştur¹⁹⁵. Görüşe göre icra, enerjinin belirli bir yönde kullanılması, ihmal ise enerjinin belirli bir yönde kullanılmamasıdır. Bu görüş ihmal edenin aynı zamanda başka bir şey yapabileceğini öngördüğü için enerji kullanılmaması kavramından enerjinin belirli, beklenen bir yönde

¹⁹¹ Kunter; s.43.

¹⁹² "Gerçeklik teorileri" ve "değerlendirme teorileri" şeklindeki tasnif için bkz. Erbaş, Rahime; "İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, 2019, s.404.

¹⁹³ Hakeri; İhmal Kavramı, s.70, 80.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.109.; Avcı, Mustafa/ Yerdelen, Erdal; Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.19, S.1, 2015, s.173.

¹⁹⁴ Erbaş; İcrai veya İhmali, s.414.; Kunter; s.49.; Avcı/ Yerdelen; s.173.

¹⁹⁵ Hakeri; İhmal Kavramı, s.72.

kullanılmamasının anlaşılması gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁶. Bu itibarla görüş, beklenen kavramını ihmalin bir unsuru olarak kabul etmektedir. Görüş, vücut hareketi ölçütü görüşüyle benzerlik arz etmekle birlikte belirli, beklenen kavramını kullanarak vücut hareketi ölçütü görüşünden farklılaşmaktadır¹⁹⁷.

Nedensellik ölçütü görüşüne göre icra-ihmal ayrımı davranışın nedenselliğine göre belirlenmelidir¹⁹⁸. Görüşe göre gerçekleştirilen davranış tipik neticeye sebebiyet vermişse icra söz konusudur. Buna karşılık gerçekleştirilen davranışta netice bakımından nedensellik söz konusu değilse ihmalden bahsedilir¹⁹⁹. Görüş icrai harekette nedensel bir sürecin başlatıldığını ve yönlendirildiğini, ihmalde ise nedensellik sürecine müdahale edilmediğini bu süreci etkileyecek belirli bir hareket yapılmadığını belirtmektedir. Yani icra dış dünyada nedensel etki ile değişikliğe neden olma olarak tanımlanırken, ihmal değişikliğe neden olmama, olayı kendi akışına bırakma şeklinde tanımlanmıştır²⁰⁰.

Sosyal mana görüşü icra-ihmal ayrımının dış dünyada belirlenemeyeceğini, bu ayrımın belirlenebilmesi için hukuki kriterlere başvurulması yani normatif değerlendirme yapılması gerektiğini savunmuştur²⁰¹. Görüşe göre icra-ihmal ayrımı davranışın sosyal manasına göre belirlenmelidir²⁰². Örneğin temizlik yapmakta olan annenin ilaç dolu kabı yere bırakması ve iki yaşındaki çocuğun bu ilacı içerek zehirlenmesi olayında anne kabı yere bırakmak şeklindeki icrai davranışından sorumlu tutulamaz. Zira bu olayda annenin davranışına sosyal mana veren an, çocuğa gelecek zararın önlenmediği anda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla annenin davranışı icrai değil ihmal olarak değerlendirilecektir²⁰³.

Ağırlık noktası görüşüne göre de icra-ihmal ayrımı dış dünyada belirlenemez. Bu görüş, ayrımın bir hareket problemi olmadığını aksine hukuki bir değerlendirme problemi olduğunu belirterek ayrımın yapılan davranışın "*itham edilebilirliğin ağırlık noktası*" esas

¹⁹⁶Erbaş; İcrai veya İhmali, s.415.

¹⁹⁷ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.111.; Avcı/ Yerdelen; s.173.

¹⁹⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.76.

¹⁹⁹Erbaş; İcrai veya İhmali, s.417.

²⁰⁰ Kunter; s. 50.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.76.; Avcı/ Yerdelen; s.173.

²⁰¹ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.112.

²⁰² Hakeri; İhmal Kavramı, s.80.; Avcı/ Yerdelen; s.174.

²⁰³Erbaş; İcrai veya İhmali, s.405.

alınarak belirlenebileceğini savunmuştur²⁰⁴. Bu görüş davranışın icrai yönü ağır basıyorsa icrai, ihmali yönü ağır basıyorsa ihmali olduğu sonucuna varmakla birlikte belirlemeye çalıştığı icra-ihmal ayrımını yine aynı kavramlarla açıklamaya çalışarak kendi içerisinde çelişkiye düşmektedir²⁰⁵. Ayrıca belirsiz olduğu ifade edilen bu ölçütün duyguları içeren bir yargıyla sonuçlanabileceği de belirtilmektedir²⁰⁶.

İcraya ağırlık veren görüşe göre icra ve ihmalin unsurlarını içererek bir birlik oluşturan davranışta, icra-ihmal ayrımı yapılamıyorsa davranışın icrai hareket şeklinde gerçekleştiğini kabul etmek gerekir²⁰⁷. Dolayısıyla bu görüş aslında icra-ihmal ayrımının yapılabilmesi için herhangi bir kriter belirlememekte, son çare olarak hangi davranışın esas alınması gerektiği yönünde bir çıkarımda bulunmaktadır²⁰⁸.

Bu görüşün aksini savunanlara göre, icra-ihmal ayrımının belirlenemediği durumlarda yani şüphe halinde lehe karar verilmesi gerekeceği için davranışın ihmali şeklinde gerçekleştiğini kabul etmek gerekmektedir²⁰⁹.

Bu görüşlerin yanında icra-ihmal²¹⁰ ayrımının belirlenmesine gerek bulunmadığını, bu ayrımın herhangi bir faydasının olmayacağını savunanlar da bulunmaktadır. Bunlara göre icra-ihmal ayrımı görünüşte bir problem teşkil etmekte olup ceza hukuku bakımından bir suçun icra veya ihmali ile işlenmesi arasında herhangi bir farklılık bulunmamaktadır²¹¹. Diğer bir görüş ise icra ve ihmali arasında birbiri içerisine geçecek derecede sıkı bir ilişki bulunduğunu dolayısıyla bu ayrımın kesin bir şekilde yapılmasının mümkün olmayacağını belirtmektedir²¹².

²⁰⁴Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.316.; Avcı/ Yerdelen; s.174.

²⁰⁵Yurtlu; İhmali Suçlar, s.114.

²⁰⁶Erbaş; İcrai veya İhmali, s.410.

²⁰⁷Hakeri; İhmal Kavramı, s.83.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.116.; Erbaş; İcrai veya İhmali, s.411.; Avcı/ Yerdelen; s.174.

²⁰⁸Yurtlu; İhmali Suçlar, s.122.

²⁰⁹Hakeri; İhmal Kavramı, s.90.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.318.

²¹⁰Suç tiplerini icrai ve ihmali suç olarak ayırmanın gereksiz olduğunu savunanlar da bulunmaktadır. Buna göre asıl ayırım yapılması gereken husus suçun icrai ve ihmali şeklindeki davranışlardan hangisiyle işlenebileceğidir. Örneğin "yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun" ihmali bir suç tipi olduğu belirtilmekle birlikte bu suçun yardımında bulunacak kişiyi engelleyerek icra suretiyle de işlenebileceği ifade edilmektedir. Bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.85.

²¹¹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.85.

²¹²Yurtlu; İhmali Suçlar, s.119.

İleri sürülen görüşlerin her birine karşı çeşitli açılardan eleştiriler yöneltilmiş olup, herhangi bir görüşün icra-ihmal ayrımını kesin bir şekilde belirleyemeyeceği ifade edilmiştir²¹³. İcra-ihmal ayrımının belirlenmesinde karşılaşılan zorluklar nedeniyle , öğretilerde bu ayrım somut olaylar üzerinden belirlenmeye çalışılmaktadır. Biz de çalışmamızın bu bölümünde örnek olaylara yer verilmek suretiyle konuya ilişkin görüşlerimizi açıklamaya çalışacağız.

Kanaatimizce icra-ihmal ayrımına ilişkin zorluklar genel olarak neticeli suçlarda söz konusudur. Bu nedenle konu neticeli suçlar çerçevesinde incelenecek olup, bu anlamda ileri sürülen görüşlerden nedensellik ölçütü ve enerji kullanımı ölçütünden oluşan karma ölçütün diğer görüşlere nazaran daha kullanılabilir olduğunu düşünmekteyiz²¹⁴. Bu ölçüt zemininde örnek olaylarda icra-ihmal ayrımını belirlemeye çalışırken, nedensel bir süreci başlatan veya doğal akış içerisinde başlayan bir sürece müdahale eden nedensellik süreci bakımından önemli olan davranışlar icrai olarak, doğal akış içerisinde başlamış olan nedensel sürece müdahale etmeyen, seyirci kalma, doğal akışa bırakma şeklinde gerçekleşen davranışlar ise ihmali olarak tanımlanacaktır. Ayrıca ihmali olarak belirlenen davranış sırasında veya öncesinde kişinin başka bir hareket yapması muhtemeldir. Burada önemli olan konu bu hareketler olduğu halde davranışın neden ihmali olarak belirlendiğidir. Bu husus nedensel sürece müdahale etme içeriğine sahip olmayan ve nedensellik süreci bakımından önemsiz olan hareketlerin icra-ihmal ayrımının belirlenmesinde dikkate alınmamasından kaynaklanmaktadır.

İcra-ihmal ayrımı belirlenirken özellikle dikkat edilmesi gereken nokta, suçun manevi unsuru kapsamında incelenmesi gereken hususların maddi unsurlar içinde yer alan davranış unsuru kapsamında değerlendirilemeyeceğidir²¹⁵. Bu açıklamalarımız doğrultusunda icra-ihmal ayrımının belirlenmesine ilişkin görüşümüz örnek olaylar üzerinden açıklanmaya çalışılacaktır.

²¹³ Görüşlere karşı yöneltilen eleştiriler hakkında detaylı bilgi için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s. 70-85.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.120-122.; Erbaş; İcrai veya İhmali, s.405-421.

²¹⁴ İhmal ve icra ayrımının problemlili olduğu durumlarda bu ölçütlerden birden fazlasının kullanılarak davranışın niteliğinin belirlenmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz. Avcı/ Yerdelen; s.174.; İcrai hareket ile ihmali davranış ayrımında enerji ikamesi ölçütünün bu konuda belirleyici ölçüyü oluşturduğu şeklindeki görüş için bkz. Maiwald, s.171.

²¹⁵Yurtlu; İhmali Suçlar, s.125.

Örnek 1: Dağ evine oğluyula tatile giden A, evde bulunan pencereden oğlu B'nin eve doğru hızla koştuğunu ve oğlunun arkasından da vahşi hayvanların geldiğini görür. Bu olay bakımından çeşitli ihtimalleri değerlendirmeye çalışacağız.

İhtimal 1: A olayı pencereden izlemeye devam eder ve vahşi hayvanlardan kurtulamayan B ölür.

Bu ihtimalde A doğal akış içerisinde başlamış bulunan nedensel sürece müdahale etmeyerek pencereden izlemeye devam etmiştir. Dolayısıyla davranış doğal akışa bırakma şeklinde gerçekleştiği için olayda ihmali davranış söz konusudur.

İhtimal 2: A pencereyi tamir ettiği sırada oğlu B'nin vahşi hayvanlardan eve doğru kaçtığını görmesine rağmen pencereyi tamir etmeye devam eder.

Bu ihtimalde A'nın pencereyi tamir etmesi şeklinde gerçekleştirilen davranış açıkladığımız üzere nedensel sürece müdahale etme içeriğine sahip olmadığı ve nedensellik süreci bakımından önem arz etmediği için bu tür davranışlar icra-ihmal ayrımının belirlenmesinde dikkate alınmayacaktır. Yani bu ihtimalde de A nedensel sürece müdahale edecek davranışlarda bulunmadığından ötürü ihmali davranış söz konusudur.

İhtimal 3: A oğlunun vahşi hayvanlardan kaçtığını gördükten sonra evin kapısını kilitlemiş ve anahtarı kapı kilidi üzerinde bırakmıştır.

Bu ihtimalde;

B evin kapısına varmadan önce vahşi hayvanlar tarafından öldürülmüş ise önceki ihtimalde anlattığımız hususların bu olayda da geçerli olacağı kanaatindeyiz. A'nın evin kapısını kilitleyip anahtarı kapı kilidi üzerinde bırakması şeklinde gerçekleştirdiği davranış, B evin kapısına varamadığı için nedensel sürece müdahale etme içeriğine sahip değildir ve nedensellik süreci bakımından önem arz etmemektedir. Dolayısıyla icra-ihmal ayrımının belirlenmesinde dikkate alınmayacak ve A'nın ihmali davranışı söz konusu olacaktır.

Ancak B evin kapısına varmış fakat A'nın anahtarı kilidin içinde bırakması sebebiyle kendisinde bulunan anahtarla kapıyı açamamış ve bu sırada kendisine yetişen vahşi hayvanlar tarafından öldürülmüş ise A'nın evin kapısını kilitleyip anahtarı kapı kilidi üzerinde bırakması, doğal akış içerisinde başlayan bir sürece müdahale eden ve nedensellik süreci bakımından önem arz eden bir davranış olmaktadır. Bu nedenle A'nın icrai davranışı söz konusu olacaktır.

İhtimal 4: A, pencereden olayı görmeden önce kapıyı kilitlemiş ve anahtarı kapı kilidi üzerinde bırakmıştır. Daha sonra A, pencereden B'nin vahşi hayvanlar tarafından kovalandığını görmüş ve izlemeye devam etmiştir.

Bu ihtimalde B, anahtar kilidin içinde bırakıldığı için kendisinde bulunan anahtarla kapıyı açamamış ve bu sırada kendisine yetişen vahşi hayvanlar tarafından öldürülmüş olsa dahi A'nın evin kapısını kilitleyip anahtarı kapı kilidi üzerinde bırakma şeklindeki davranışı, nedensel bir süreci başlatan veya doğal akış içerisinde başlayan bir sürece müdahale eden bir niteliğe sahip olmadığı için icrai davranıştan bahsedilemez. Bu davranış daha önce doğal akış içerisinde gerçekleşen bir davranış olup başlayan bir sürece müdahale olarak değerlendirilemez. Bu itibarla A'nın doğal akış içerisinde başlamış bulunan nedensel sürece müdahale etmeyerek pencereden izleme şeklindeki davranışı, ihmali davranışa vücut verecektir.

Örnek 2: Boya fırçası fabrikası olan A, üzerinde dezenfekte edilmesi gerekir uyarısı bulunan keçi kıllarını dezenfekte etmeden işçilerine vermiş ve keçi kılıyla temas eden dört işçi ölmüştür. Bu olayda tartışmalı olan husus, A'nın *keçi kıllarının işçileri verilmesi* şeklinde icrai bir davranışının mı yoksa *keçi kıllarının dezenfekte edilmemesi* şeklindeki ihmali bir davranışının mı bulunduğu²¹⁶.

Kanaatimizce olayda, nedensel süreci başlatan bir davranış olduğu için icrai davranış söz konusudur. Bu icrai davranış, A'nın keçi kıllarını işçilere vermesi şeklindedir. Açıklamalarımız doğrultusunda bu olay bakımından A'nın dezenfekte edilmemiş olarak aldığı keçi kıllarını dezenfekte etmemesi, daha önce doğal akış içerisinde gerçekleşen bir davranış olup icra-ihmal ayrımında dikkate alınmaz. Daha açık bir ifadeyle belirtmek gerekirse, A keçi kılına herhangi bir müdahalede bulunarak, örneğin dezenfekte edilmiş olarak alınan keçi kılı kimyasal maddeler dökerek zehirli bir duruma getirmiş olsaydı bu davranışı doğal akış içerisinde gerçekleşen bir davranış olarak değerlendirilmezdi. Fakat belirttiğimiz gibi zaten dezenfekte edilmemiş olarak alınan keçi kıllarının dezenfekte edilmemesi şeklindeki davranış, dezenfektansız kılların işçilere verilmesi şeklindeki davranıştan daha önce, doğal akış içerisinde gerçekleşen bir davranış niteliğine sahiptir. Ancak belirtmek gerekir ki keçi kıllarının dezenfekte edilmemesi şeklindeki davranışın suçun oluşması bakımından önemsiz olduğu veya nedensel sürecin gerçekleşmesinde herhangi bir etkisinin bulunmadığı yönünde

²¹⁶ Hakeri; İhmal Kavramı, s.68.

bir sonuca varılmamalıdır. Biz bu davranışın suçun manevi unsuru açısından değerlendirilmesi gereken bir husus olduğu, icra-ihmal ayırımında dikkate alınmayacağı kanaatindeyiz.

Bu açıklamalarımızla somut olayda, *nedensel sürecin keçi kıllarının dezenfekte edilmemesiyle başladığı bu nedenle olayda ihmali davranışın söz konusu olduğu* şeklindeki görüşe²¹⁷ de gerekçeli bir karşı görüş belirttiğimizi düşünmekteyiz. Ayrıca "*işçilerin ölmesine sebep olan durum keçi kılıyla temas etmeleridir. İşçilerin keçi kılına temas etmesi A'nın keçi kıllarını işçilere vermesi suretiyle aktif bir davranışla gerçekleştiğinden olayda icrai davranış söz konusudur*"²¹⁸ şeklindeki değerlendirmenin de eksik olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki olayımızın şu şekilde gerçekleştiğini varsayalım; A dezenfekte edilmiş olarak alınan keçi kıllarına kimyasal maddeler dökerek zehirli hale getirdiği sırada A'nın işçisi depoya girmiş ve zehirli hale gelen keçi kıllarıyla temas etmesi neticesinde ölmüştür.

Bu ihtimalde de işçinin ölmesine sebep olan durum keçi kılıyla temas etmesidir. Fakat bu ihtimalde işçinin keçi kılına temas etmesi yönünde A'nın aktif bir davranışı bulunmamaktadır. Eksik olduğuna belirttiğimiz değerlendirmeye göre işçi keçi kılına kendi temas ettiği yani temas etmesinde A'nın aktif bir davranışı olmadığı için icrai davranışın söz konusu olmayacağı sonucuna varılacaktır. Oysa A'nın keçi kıllarına kimyasal maddeler dökerek zehirli hale getirme şeklindeki davranışı da dezenfekte edilmemiş keçi kıllarını işçilere vermek şeklindeki davranışı gibi nedensel süreci başlatan bir davranış olduğu için bu ihtimalde de icrai davranışın söz konusu olduğunu düşünmekteyiz.

Hakeri ise iki yönlü davranış içeren bu tip olaylarda ayırım probleminin bulunmadığını savunmaktadır. *Hakeri'*ye göre bu olaylarda asıl sorun teşkil eden husus, icra-ihmal ayırımından ziyade hangi davranışın tercih edileceği noktasındadır. Nitekim özen yükümlülüğüne aykırı davranma, alınması gereken tedbirlerin alınmaması suretiyle gerçekleştirileceği için bu tip olaylar icra ve ihmali davranış bünyesinde barındırmaktadır. Zira özen yükümlülüğüne aykırı davranma şeklinde gerçekleşen icrai davranış, aynı zamanda özen yükümlülüğüne uygun davranışta bulunmama şeklinde ihmali davranış olarak değerlendirilebilir. Bu durum esasen taksirli icrai suçların doğal yapısından ortaya çıkmaktadır. Zira taksirde ihmali bir yön olduğu kuşkusuzdur. Dolayısıyla bu tip olaylarda

²¹⁷ Bu görüşe yer veren çalışma için bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s.127.

²¹⁸ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.127.

ihmali davranışın varlığı hususundaki tereddütler taksirin doğal yapısından kaynaklandığı için daima icrai davranışın varlığı kabul edilmelidir²¹⁹.

Bununla birlikte olayımızın şu şekilde gerçekleştiğini varsayalım; A'nın sipariş verdiği dezenfekte edilmemiş keçi kılları, üretici firma tarafından A'nın fabrikasının deposuna yerleştirilir. A'nın işçisi keçi kılı almak üzere depoya gider ve keçi kılıyla temas ettiği için hayatını kaybeder. Bu durumda ise kanaatimizce A'nın keçi kıllarını dezenfekte etmemesi, neticenin gerçekleşmemesi için herhangi bir önlem almaması başka bir ifadeyle doğal akış içerisinde başlamış bulunan nedensel sürece müdahale etmeme şeklindeki davranışı, ihmali davranışa vücut verecektir. Tekrar belirtmek isteriz ki A'nın keçi kıllarını dezenfekte edilmesi gerektiğini bilip bilmemesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıp davranmadığı, netice bakımından öngörü sahibi olup olmaması suçun manevi unsuru açısından değerlendirilmesi gereken hususlardır.

1.3.İhmali Suç Çeşitleri

1.3.1.Genel Olarak

Öğretide, ihmali suçlar gerçek²²⁰ (basit²²¹, tam²²², sırf²²³, saf²²⁴) ve görünüşte²²⁵ (ihmal suretiyle icrai²²⁶, ihmal suretiyle işlenen maddi suçlar²²⁷, garantörsel ihmali²²⁸, nitelikli

²¹⁹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.90-91.

²²⁰ Yaşar, Osman/ Gökcan, Hasan Tahsin/ Artuç, Mustafa; Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II, Ankara, Adalet Yayınevi, 2010, s.2808.; Dülger; Genel Hükümler, s.293.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.310.; Özen; Genel Hükümler, s.243.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.442.; Öztürk/ Erdem; Genel Hükümler ve Özel Hükümler, s.81.; Artuç, Mustafa; Kişilere Karşı Suçlar, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2008, s.65.; Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.392.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.37.; Özgenç; Genel Hükümler, s.395.; Özgenç; Gazi Şerhi, s.235.; Gökcen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.249.; Yılmaz; s.124.; Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.326.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.129.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.932.; Meran, Necati; Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.59.; Özgenç, İzzet; "İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, S.1-2, 2014, s.5.; Türker; s.301.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.37.; Heinrich, Bernd; Ceza Hukuku Genel Kısım - II (Taksir - İhmali Suçlar - İştirak - İçtima - Hata - Alternatif Tipiklik), 1. Bs., Yener Ünver (Ed.), Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.1.

²²¹ Koçak Süren; s.251.

²²² Soyaslan; Genel Hükümler, s.256.

²²³ Aydın, Devrim; Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak, 1. Bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2009, s.269.

²²⁴ Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.326.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.129.; Yılmaz; s.124.; Koçak Süren; s.251.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.107.; Akyürek; s.143.; Demirbaşı; Genel Hükümler, s.247.

²²⁵ Özgenç; Genel Hükümler, s.395.; Özgenç; Gazi Şerhi, s.236.; Özen; Genel Hükümler, s.243.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.443.; Öztürk/ Erdem; Genel Hükümler ve Özel Hükümler, s.81.; Marwald; s.163.;

ihmali²²⁹, gerçek olmayan ihmali²³⁰, ihmal benzeri²³¹) ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

Gerçek ihmali suçlar, ihmali davranışın bizzat suç tipinde belirlendiği suçlardır²³². Bu suçlar sırf hareket suçu olup, ancak kanunda yapılması emredilen hareketin yapılmamasıyla işlenebilir²³³. Dolayısıyla bu suçların oluşması için ihmali davranış nedeniyle ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle kanunda yapılması emredilen hareketin yapılmaması yani ihmali davranışın varlığı suçun tamamlanması bakımından yeterlidir²³⁴. Ayrıca bu suçlarda belirli bir neticeyi önleme yükümlülüğü de söz konusu olmayıp, basit ve herkes açısından geçerli genel bir hareket yükümlülüğünden bahsedilir²³⁵. TCK'da gerçek ihmali suç niteliğindeki suç tiplerine birçok örnek gösterilebilir. Örneğin "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" (TCK md.98), "*bilgi vermeme*" (TCK md.166), "*akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali*" (TCK md.175) "*inşaat veya yıkımla ilgili emniyet kurallarına uymama*" (TCK md.176), "*suçu*

Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.249.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.257.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2808.; Artuç; s.65.; Gültaş, Veysel/ Canbeldek, Kadir; Kasten Adam Öldürme Suçlar (Hayata Karşı Suçlar), 1. Bs., Ankara, Bilge Yayınevi, 2008, s.561.; Meran; s.59.; Yılmaz; s.124.; Türker; s.301.

²²⁶ Dönmezer/ Erman; s.372.; İçel, Kayıhan; Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1762, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s.69.; Alacakaptan, Uğur; Suçun Unsurları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.372, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, s.48.; İçel; Genel Hükümler, s.279.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.327.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.162.; Koçak Süren; s.252.; Akbulut, Emre; s.190.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.40.; Aydın; Suça İştirak, s.269.; Dönmezer; İhmal Suretiyle İcra Suçları, s.473.; Telkenaroğlu; s.320.; Hafizoğulları, Zeki/ Özen, Muharrem; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, 5. Bs., Ankara, US-A Yayıncılık, 2016, s.43.; Soyaslan; Genel Hükümler, s.256.

²²⁷ Kunter; s.54.

²²⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.327.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.130.; Yılmaz; s.124.; Taşkın; s.142.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.108.; Hakeri; İhmali Suçlar, s.138.; Avcı/ Yerdelen; s.172.

²²⁹ Akyürek; s.147.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.247.

²³⁰ Kanbur; Değerlendirmeler, s.37.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.392; Dülger; Genel Hükümler, s.293.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.932.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.162.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.501.; Heinrich; s.1.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.310.

²³¹ Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.257.; Savaşçı, Bilgehan; "Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, C.2, Ankara, 2015, s.996.

²³² Meran; s.59.; Türker; s.301.

²³³ Taşkın; s.146.

²³⁴ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.249.; Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat; Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88), CHD, C.7, S.18, 2012, s.14.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.932.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.129.; Koçak Süren; s.251-252.

²³⁵ Hakeri; İhmal Kavramı, s.107.

bildirmeme" (TCK md.278) "*seferberlikle ilgili görevin ihmali*" (TCK md.324) gerçek ihmali suçlardır.

Kanunda esasen icrai hareketle işlenebileceği düzenlenen suç tiplerinin, ihmali davranışla da işlenebilmesi suç olarak tanımlanabilir. Bu suç tipleri ise görünüşte ihmali suç olarak adlandırılmaktadır²³⁶. Bu itibarla görünüşte ihmali suçların çıkış noktası icrai hareketle işlenebilen suç tipleridir²³⁷. Bu suçların tamamlanabilmesi için ise ihmali davranışın varlığı yeterli olmayıp aynı zamanda neticenin önlenmesi bakımından özel bir yükümlülük bulunması gerekmektedir²³⁸. Diğer bir ifadeyle görünüşte ihmali suçlarda, belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir²³⁹. Sonuç olarak görünüşte ihmali suçlar, ilgili neticeli suçun tipikliğinin ancak özel bir yükümlülük altında bulunan fail tarafından gerçekleştirildiği suç tipleridir. Bu yükümlülük failin veya üçüncü bir kişinin davranışından yada doğa olaylarının bir sonucundan kaynaklanabilir²⁴⁰. Yani bu tip suçlarda belirli bir neticenin meydana gelmesini önlemek hususunda yükümlü olan kimse, bu neticenin gerçekleşmesine kendisi neden olmasa dahi, meydana gelmesini önlemekle yükümlüdür²⁴¹. Bu suçlarda kişinin hareketsiz kalmasına rağmen cezalandırılmasının nedeni ise kanunun öngördüğü icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle neticenin meydana gelmesine katkıda bulunmasıdır²⁴².

Gerçek- görünüşte ihmali suç ayrımı²⁴³ ilk kez Alman ceza hukukunda yapılmıştır. Alman Ceza Kanunu'nda, 1975 yılından önceki dönemde görünüşte ihmali suç tiplerine az sayıda yer verilmekle birlikte icrai hareketle işlenebilen suçların, ihmali davranışla da

²³⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.327.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2809.; Gültaş/ Canbeldek; s.561.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.249.

²³⁷ Meran; s.60.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.130.; Akbulut, Emre; s.191.

²³⁸ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.14-15.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.327.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.258.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.932.; Meran; s.59.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.163.

²³⁹ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.249.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.331.

²⁴⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.163.

²⁴¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.327.; Koçak Süren; s.252.

²⁴² Meran; s.60.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.130.; Türker; s.302.

²⁴³ Alman yazar Luden, görünüşte ihmali suçların aslında icrai suçlar olduğunu belirtmiştir. Yazara göre icrai suçları yasak normlarının ihlali, ihmali suçları ise emir normlarının ihlali olarak tanımlamak hatalıdır. Zira her emir normunda bir yasak, her yasak normunda da bir emir mevcuttur. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s.77.

işlenebileceğini öngören genel bir hüküm bulunmamaktaydı²⁴⁴. Ancak kanunilik ilkesinin ihlal edildiği yönündeki eleştirilere rağmen uygulama ve öğretide, icrai suçların ihmali davranışla da işlenebileceği yorum yoluyla kabul edilmişti²⁴⁵. 1975 yılında ise Alm. CK'da görünüşte ihmali suçların koşulları, genel bir hükümle düzenlenmiş olup bu tip suçların işlenmesi durumunda hakime ceza indirimi hususunda takdir yetkisi tanınmıştır²⁴⁶. Sonuç olarak düzenleme öncesi ve sonrasındaki yaklaşımlar, gerçek ihmali suçların tamamına özel suç tipi olarak yer veren Alm. CK'nın, görünüşte ihmali suçları genel bir hükümle düzenlemesine rağmen ayrıca bu suç tiplerine de yer vermesi ve genel hükümle düzenlenen ceza indirimi hususları gerçek ve görünüşte ihmali suç ayırımının yapılmasını zorunlu kılmıştır²⁴⁷.

Türk ceza hukuku tarihinde ise görünüşte ihmali suçları düzenleyen genel bir hüküm bulunmamakla birlikte 2005 yılına kadar bu suçlara ilişkin herhangi özel bir düzenleme de bulunmamaktadır²⁴⁸. Ancak 765 sayılı TCK döneminde²⁴⁹ öğretiden itibaren ihmali davranış da hareketin bir şekli olarak kabul edilmiş ve icrai davranışla işlenilebilen suçların ihmali davranışla da işlenebileceği savunulmuştur²⁵⁰.

2005 sonrasında (5237 sayılı TCK) ise TCK'nın özel hükümler kısmında ilk defa görünüşte ihmali suç niteliğine sahip suç tipleri düzenlenmiştir. Bu suçlar, "*kasten öldürmenin*

²⁴⁴Erbaş; Garantörlük, s.73.

²⁴⁵Kanbur; Değerlendirmeler, s.42-43.

²⁴⁶ Alm. CK Madde 13: "(1) Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukuki yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır.

(2) Ceza, 49'uncu maddenin 1'inci fıkrası gereğince indirilebilir". Bkz. Yenisey, Feridun/ Plagemann, Gottfried; Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch, 1. Bs., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 15.

²⁴⁷ Erbaş; Garantörlük, s.74.

²⁴⁸ Kanbur, Mehmet Nihat; "Türk Ceza Hukukunda İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Tartışmalar", CHD, C.9, S.26, 2014, s.186.; Akyürek; s.148.

²⁴⁹ 1926-2005 yılları arasında yürürlükte kalan 765 sayılı TCK'nın mehzazı 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunudur. Mehzaz kanunun hazırlandığı dönemde görünüşte ihmali suç konusu henüz gelişmemiştir. Görünüşte ihmali suçları düzenleyen genel bir hüküm 1930 yılında İtalyan Ceza Kanununa eklenmiştir. Bu nedenle dönemin sorunun kanunilik ilkesine aykırılık olmadığı, asıl sorunun görünüşte ihmali suç konusu henüz gelişmediği için kanuna yansıtılmadığı olduğu belirtilmiştir. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s.127-128.

²⁵⁰ Erem; Türk Ceza Hukuku, s.266.; Dönmezer/ Erman; s.377.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.45-46.; Kanbur; Tartışmalar, s.185.; Ayrıca bkz. Akbulut, Emre; s.192-195.; Akyürek; s.148.

ihmali davranışla işlenmesi" (TCK md. 83), "*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi*" (TCK md. 88) ve "*işkence*" (TCK md. 94/5)'dir²⁵¹.

5237 sayılı TCK'nın görünüşte ihmali suç niteliğine sahip suç tiplerini özel hükümlerde düzenlemesi, bu suçların sınırlı sayıda olup olmadığı sorusunu ortaya çıkarmıştır. Bu hususla ilgili Akbulut, TCK'nın genel hükümlerinde fiil kavramının, icrai ve ihmali davranışı içine alacak şekilde kullanıldığını ve bu sebeple ihmali davranışın da hareketin bir şekli olduğunu belirtmiştir. Bu itibarla görünüşte ihmali suçlara ilişkin herhangi bir düzenleme olmasa dahi bütün suçların kural olarak ihmali davranışla işlenebileceğini savunmuştur²⁵².

Özen'de bu üç suç tipinin, suçun işleniş şekline değil, uygulanacak cezaya ilişkin bir sınırlama getirdiğini ve bu nedenle görünüşte ihmali suçların sınırlı sayıda olmadığını icrai davranış yanında ihmali davranışla da işlenebilen suç tiplerinin genel kural gereği ihmali davranışla işlenmesi halinde de cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir²⁵³.

Yine bir başka yazar, TCK'da yalnızca bazı suçların ihmali davranışla işlenebileceğinin düzenlenmesinin, görünüşte ihmali suçların sınırlı sayıda olduğu şeklinde yorumlanamayacağını, icrai davranışla işlenebilecek her suçun ihmali davranışla da işlenebileceğini ifade etmiştir. Yazar özellikle dolandırıcılık suçu hükmünün gerekçesinde²⁵⁴, ihmali davranışla işlenebileceği özel olarak düzenlenmemiş bu suçun ihmali davranışla da işlenebileceğinin açık olarak ifade edildiğini ve bu gerekçe dikkate alındığında kanun koyucunun görünüşte ihmali suçları sınırlı olarak düzenlediği şeklindeki görüşe katılmann mümkün olmadığını belirtmiştir²⁵⁵.

²⁵¹Kanbur; Tartışmalar, s.185.; Akbulut, Emre; s.191.; Akyürek; s.140.

²⁵² Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.314.; Aynı yönde görüş için bkz. İçel; Genel Hükümler, s.280-281.; Ayrıca bkz. Akbulut, Emre; s.191-192.

²⁵³ Özen; Genel Hükümler, s.250-251.

²⁵⁴ TCK md. 157 gerekçesinin ilgili kısmı, "*Çok hareketli suç görüntüsü taşıyan dolandırıcılık suçunun oluşumu açısından birden fazla fiilin gerçekleşmesi gerekmektedir Bu hareketlerden birincisini hile oluşturmaktadır Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir*" şeklindedir.

²⁵⁵Keza Yargıtay kararlarında da *dolandırıcılık suçu* (TCK md. 157), *çevreyi kasten kirletme suçu* (TCK md. 181) ve *Anayasayı ihlal suçunun* (TCK md. 309) ihmali davranışla da işlenebileceği belirtilmiştir. Bkz. Türay, Aras; "İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.17, S.3, 2020, s.145.; Aynı yönde görüş için bkz. Kanbur; Değerlendirmeler, s.65-67.

Hakeri ise kanun koyucunun bu suç tiplerini 5237 sayılı TCK'da özel hükümler kısmında ayrı olarak düzenlemesinin, görünüşte ihmali suçların sınırlı sayıda olduğu ve diğer suçların ihmali davranışla işlenemeyeceği şeklinde yorumlanabileceğini belirtmiştir. Ancak yazar ETCK döneminde bu suçlara ilişkin uygulamanın oldukça az olduğunu ifade ederek, kanun koyucunun görünüşte ihmali suç tiplerini özel olarak düzenleyerek bu uygulamayı başlatmak istediğini, amacının diğer suçların ihmali davranışla işlenemeyeceği yönünde olmadığını ve bu nedenle diğer suçlarında ihmali davranış suretiyle işlenebileceğini ifade etmekteydi²⁵⁶. Ancak 2008 yılında 6831 sayılı Orman Kanunu'nun da gerçekleştirilen değişiklikle 105. maddeye²⁵⁷ bir görünüşte ihmali suç eklendikten²⁵⁸ sonra yazar, özel kanunda yapılan bu değişikliğe rağmen TCK'nın genel hükümlerinde bu suçlara ilişkin bir düzenleme yapılmamasını gerekçe göstererek görünüşte ihmali suçların sınırlı olmadığı yönündeki görüşünü değiştirmiştir²⁵⁹.

Doktrinde bizim de katıldığımız ağırlıklı görüş ise kanun koyucu genel hükümlerde bir düzenleme yapmak yerine, ihmali davranışla işlenebilen suçları özel olarak düzenleme yoluna gittiği için bu tip suçların sınırlı sayıda olduğunu ifade etmektedir²⁶⁰. Ayrıca kanunilik ilkesi gereği²⁶¹ bütün suçların ihmali davranışla da işlenebilmesi için TCK'nın genel hükümlerinde bir düzenleme olması gerektiği belirtilmektedir²⁶². Ayrıca bu görüşü savunan *Özbek/ Doğan/*

²⁵⁶ Hakeri; İhmali Suçlar, s.169.

²⁵⁷ Madde 105/2: "Bu maddede yazılı memurlarla orman teşkilatında vazifeli olanlardan yangın yerine yardım göndermeyenlerle alaka göstermeyenler, Türk Ceza Kanununun 170 inci maddesinde tanımlanan suçu ihmali davranışla işlemiş olmak dolayısıyla cezalandırılır".

²⁵⁸ Yapılan değişikliğin yeni bir suç ihdas etmediği yönündeki görüş için bkz. Türay; s.143-144.

²⁵⁹ Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2011, s.141.; Ayrıca bkz. Akyürek; s.148.

²⁶⁰ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.178.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.461.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.397-398.; Dülger; Genel Hükümler, s.302.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.130.; Akyürek; s.148.; Koca, Mahmut/ Üzülmöz, İlhan; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s.138

²⁶¹ Kabahatler Kanunu'nun 7. maddesi, "(1) Kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gereklidir" şeklinde düzenlenerek kanun koyucu kabahatlerin ihmali davranışla işlenebileceğine dair genel bir hüküm öngörmüştür. Bu nedenle kanun koyucu Kabahatler Kanunun aksine TCK'da genel bir hüküm düzenlemek yerine ihmali davranışla işlenebilen suçlara özel hükümlerde yer verdiği için bu suç tiplerinin sınırlı sayıda olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s. 150.; Ayrıca bkz. Akyürek; s.148.; Suçlar ve kabahatlerin yapı, nitelik ve ilgili olduğu alanların birbirinden tamamen farklı olduğu ve bu nedenle kabahatler kanundaki düzenleme ile TCK'da ihmali davranışla işlenen suçların belirtilen suç tipleriyle sınırlı sayıda olduğu sonucuna varılamayacağı şeklindeki görüş için bkz. Kanbur; Değerlendirmeler, s.57-58.

²⁶² Marıwald; s.163.; Özgenç; İhmali Suç Teorisi, s.309.; Özgenç; Genel Hükümler, s.395.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.328.; Yılmaz; s.124.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.130.; Artuk, Mehmet

Bacaksız bütün suçların ihmali davranışla işlenebileceğinin kabul edilmesi durumunda bu suçların ihmali davranışla işlenmesinde "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda olduğu gibi takdiri ceza indirimi tanınmamış olmasının adil olmayacağını dolayısıyla bu kabulün eşitlik ilkesinin ihlal edilmesine de yol açacağını belirtmiştir²⁶³.

1.3.2. Gerçek ve Görünüşte İhmali Suçların Ayırt Edilmesinde İleri Sürülen Ölçütler

Gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçları birbirinden ayırt etmek amacıyla farklı ölçütler ileri sürülmüştür. Bu ayırım ilk olarak ihmali suç tipinin bir netice içerip içermediği esas alınarak yapılmıştır. "*Maddi Kriter*"²⁶⁴ olarak adlandırılan bu ölçüte göre gerçek ihmali suçlar hareket etmeyi içeren basit emirlere aykırılık niteliğine sahip iken görünüşte ihmali suçlarda neticenin önlenmesini içeren emirlere aykırılık söz konusudur²⁶⁵. Buna göre gerçek ihmali suçlarda neticeyi önleme hususunda bir yükümlülük öngörülmemekte, suç emredilen hareketin yapılmaması başka bir ifadeyle yalnız ihmali davranışın varlığı ile gerçekleşmektedir²⁶⁶. Görünüşte ihmali suçlarda ise neticeyi önleme hususunda bir yükümlülük öngörülmekte ve bu nedenle ihmali davranışla birlikte tipikliğin içinde değerlendirilen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmaktadır²⁶⁷.

İleri sürülen ikinci ölçüt "*şekli kriter*"dir . Bu ölçüte göre gerçek ihmali suçlar, kanunun özel hükümler kısmında tek tek düzenlenmekte olup ilgili hükümden açık bir şekilde veya yorum yoluyla ihmali davranışla işlenebileceği anlaşılmaktadır. Bu ayrıma göre

Emin/ Gökçen, Ahmet/ Alşahin, Mehmet Emin/ Çakır, Kerim; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 19.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.175.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.178.; Akyürek; s.148.; Bununla birlikte ceza kanununun genel kısmında yapılan düzenlemenin de yeterli olmayacağı, bu düzenlemenin kanunilik ilkesinin tüm gereklerini karşılamasının mümkün olmadığı yönündeki görüş için ayrıca bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s. 397.

²⁶³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.178.

²⁶⁴ Türk hukukunda ağırlıklı olarak kabul edilen ölçüt olduğunu belirten yazar, bu ölçütün de yetersiz olduğunu ifade etmiştir. Türk ceza hukuku açısından "*terk*" (TCK md. 97) ve "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" (TCK md. 98) suçlarının temel şekli maddi ölçüte göre gerçek ihmali suç tanımına uymaktadır. Fakat kanun koyucu terk suçu açısından hastalığa yakalanma, yaralanma veya ölme neticelerini; yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda ise ölme neticesini daha fazla cezayı gerektiren hal olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla bu iki suç tipinin netice sebebiyle ağırlaşmış halleri ise bu ölçüte göre görünüşte ihmali suç tanımına uymaktadır. Bu itibarla suçun temel şekli gerçek ihmali suç; netice sebebiyle ağırlaşmış hali ise görünüşte ihmali suç olacaktır. Bu durum ise maddi ölçütün yetersiz kaldığını göstermektedir. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s.85.

²⁶⁵ Hakeri; İhmal Kavramı, s.101.

²⁶⁶ Öntan; Davranış, s.141.

²⁶⁷ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.154.

belirlenen gerçek ihmali suç, neticenin gerçekleşmesini önleme hususunda bir yükümlülük de öngörülebilir²⁶⁸. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlar özel hükümlerde doğrudan düzenlenmeyip, genel hükümlerdeki düzenleme aracılığıyla kanunda icrai davranışla işlenebileceği düzenlenen suç tipinin ihmali davranışla da işlenebileceği kabul edilen suçlardır²⁶⁹.

Ortaya konulan bir başka ölçüt, ihmali suçlara ilişkin ayırımın yapılmasında ihlal edilen normun niteliği esas almıştır. "*Betimleyici kriter*" olarak adlandırılan ölçüte göre ihmali davranışın emir normuna aykırılık teşkil etmesi durumunda gerçek ihmali suç, yasak normuna aykırılık teşkil etmesi durumunda ise görünüşte ihmali suç söz konusudur²⁷⁰.

Bir diğer ölçüt ise "*garantörlük yükümlülüğünün varlığına*" göre iki suç tipi arasında ayırım yapmaktadır. Buna göre görünüşte ihmali suçlar neticeyi önleme yükümlülüğü içerirken, gerçek ihmali suçlarda böyle bir yükümlülük aranmamaktadır²⁷¹.

İcra eşiti olup olmamayı esas alan "*teknik-mantıksal bakış açısı*" olarak ifade edilen ölçüte göre ise suçu meydana getiren ihmali davranış, suçu oluşturabilecek bir icrai davranışa eşit kabul edildiği takdirde görünüşte ihmali suç söz konusudur. Gerçek ihmali suçlar ise icrai davranışla işlenemeyen ve ihmali davranışın icrai davranışa eşit kabul edilmediği suçlardır²⁷².

İhmali suç tipleri arasındaki ayırımı belirlemek amacıyla ileri sürülen son ölçüt "*hukuksal yükümlülüğün özelliğinden*" hareket etmektedir²⁷³. Bu ölçüte göre görünüşte ihmali suçlardaki hukuki yükümlülük, gerçek ihmali suçlardakine nazaran daha dar bir sosyal düzenden doğmakta ve bu nedenle daha yüksek bir sorumluluğu ifade etmektedir²⁷⁴. Gerçek ihmali suçlardaki yükümlülük ise sosyal hayatın evrensel alanından kaynaklanmakta olup, bu suçlarda sıradan, daha düşük bir sorumluluk söz konusudur. Bu itibarla gerçek ihmali suçlardaki yükümlülük daha çok tesadüfi olaylardan doğmakta olup, fail ile mağdur arasında

²⁶⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.103.

²⁶⁹ Erbaş; Garantörlük, s.87.

²⁷⁰ Öntan; Davranış, s.140.

²⁷¹ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.155-156.

²⁷² Hakeri; İhmal Kavramı, s.106.

²⁷³ Erbaş; Garantörlük, s.99.

²⁷⁴ Hakeri; İhmal Kavramı, s.106.

sıkı bir bağıllık, yakınlık ilişkisinden bahsedilmez. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlarda sıkı ve özel bir ilişki mevcuttur²⁷⁵.

Bu ölçütlerin tek başına, gerçek ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar arasındaki ayrımın yapılmasında yetersiz olduğu belirtilmiştir²⁷⁶. *Hakeri* ileri sürülen ölçütlerin karmasından oluşan bir görüşü savunmuştur. Bu görüşe göre bu suç tipleri arasındaki ayrım, ceza kanununun özel hükümler kısmında düzenlenip düzenlenmemelerine göre belirlenebileceği gibi netice gerektirip gerektirmemelerine göre de belirlenebilir. Ayrıca ayrımın yapılmasında emir - yasak normu ihlali veya garantörlüğün bulunup bulunmadığı şeklindeki ölçütler de düşünülebilir²⁷⁷. Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre, görünüşte ihmale ilişkin suç tiplerinin TCK'da özel olarak düzenlendiği hususu dikkate alındığında karma ölçütü savunmak ayrımın yapılmasını daha zor bir hale getirecektir²⁷⁸.

²⁷⁵ Erbaş; Garantörlük, s.99.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.156.

²⁷⁶ Ölçütlerin ihmali suç tiplerinin ayrımında elverişli olmadığına dair ayrıntılı bilgi için bkz; Hakeri; İhmal Kavramı, s. 101-106.; Erbaş; Garantörlük, s. 83-100.; Öntan; Davranış, s.140-144.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.156-161.

²⁷⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.106-107.

²⁷⁸ Erbaş; Garantörlük, s.101.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK CEZA KANUNUNDA KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ SUÇU

2.1.Genel Olarak

"*Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi*"²⁷⁹ suçu 5237 sayılı TCK'nın "*Özel Hükümler*" başlıklı ikinci kitabının kişilere karşı suçları düzenleyen ikinci kısmının "*Hayata Karşı Suçlar*" başlıklı birinci bölümünde yer alan 83. maddede şu şekilde düzenlenmiştir:

"(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin;

a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması,

b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması,

Gerekir.

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

ETCK döneminde bu suça ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamasına karşın kasten öldürme suçunun belirli şartlar altında ihmali bir davranışla da işlenebileceği

²⁷⁹ Madde başlığının "*Kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi*" biçiminde olması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/ Özen; s.44.; Ayrıca bir başka yazara göre TCK'nın 83. maddesi ne kadar güzel tanzim edilirse edilsin bu maddenin düzenlendiği suç ölü doğmuş bir suç türüdür. Bkz. Arslantürk, Mustafa; *Öldürme Suçları*, 1.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s.295.; Öğretide bir görüş ise öldürme suçunun icrai veya ihmali davranışla işlenmesi arasında suç işleme kastı açısından bir nitelik farkı bulunmadığını ve bu nedenle bu maddenin kaldırılması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Özen, Mustafa; "5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler", TBBD, C.19, S.63, 2006, s.97.

hususunda öğretide görüş birliği bulanmaktaydı²⁸⁰. Bu dönemde öğretiyi, ihmali davranışla işlenen kasten öldürme suçunun kanunda açıkça düzenlenmemiş olması ve Yargıtay uygulamasında da bu suçun tartışılmaması nedeniyle konuyu Alman hukukundaki gelişmeler doğrultusunda incelemiştir²⁸¹. Gerçekten de Yargıtay kararlarında, ETCK'nın 448. ve devamı maddelerinde düzenlenen "adam öldürme" suçunun ihmali bir davranışla işlenip işlenemeyeceğine hususuna değinilmemiş ve ihmali davranışla adam öldürme suçunun söz konusu olabileceği hallerde konu farklı düzenlemeler kapsamında ele alınmıştır. Örneğin 1982 yılındaki bir kararında Yargıtay, "müteveffayı muayene eden beviye uzmanı nöbetçi tabip sanığın, hastadaki kan basıncının 12 olduğunu saptamasına rağmen, 'iş ve gücüne engel olmaz ve 15 günde iyileşir' yolunda kesin rapor vererek hastaya gereken ilgiyi göstermemesi" olayında "görevi ihmal suçunun" işlendiğine karar vermiş ve olayı adam öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi bakımından hiç tartışmamıştır²⁸².

Yargıtay'ın 1998 tarihli bir kararı ise şöyledir: "*Failin hazırladığı uyuşturucu maddeyi kullanıcıya bizzat enjekte etmesi ve uyuşturucu maddeyi birer kullanımlık ölçekte hazırlayıp, bu durumu bilerek satması sonucu, kendisine uyuşturucu madde enjekte edilen veya bir ölçek uyuşturucu maddeyi kullanan kişinin sağlığının bozulması ya da ölüm arasında belirtilen anlamda nedensellik bağı vardır. Buna karşılık 20 gram uyuşturucu madde satın alan ve bunun 5 gramını bir doz olarak veya birer kullanımlık dozlardan ikisini birlikte kullanan kişinin sağlığının bozulması ya da ölmesi durumunda satıcının fiili ile sağlığının bozulması*

²⁸⁰Erem, Faruk; "Adam Öldürme", AÜHFD, C.10, S.1, 1953, s.38.; Demir, Burhan; Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi Suçu, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1994, s.25.; Polat, Ahmet Zeki; Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, 1.Bs., İstanbul, Alfa Yayıncılık, 1999, s.5-6.; Dönmezer/ Erman; s.377.; "Selbi fiillerle işlenecek adam öldürmeleri, sadece suça mani olmamak şeklindeki hadiselerle karıştırmamak lazımdır. Bir adamın öldürülmek üzere olduğunu gören ve suçun işlenmesine mani olma imkanına sahip bulunan bir kimsenin suça mani olmaması onu adam öldürmenin faili haline getirmez. Çünkü vatandaşın suça mani olmak hususunda umumi bir mecburiyeti yoktur. Fakat bazı kimselerin (mesela zabıta memurlarının) suça mani olmak kanuni ve bazı kimselerin de mukaveleden doğan (mesela hususi muhafızların) mecburiyetleri vardır. Fakat bu mecburiyetlere rağmen eğer asıl fail ile aralarında "suça iştirak" durumu mevcut değilse, adam öldürmenin faili sayılamazlar". Erem, Faruk/ Toroslu, Nevzat; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 3.Bs., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s.401.; "Hareketten kaçınan kimse, müdahale etmek hususunda hukuki bir yükümlülük altında bulunuyorsa cezalandırılması gerekir. Kanunun, halin mutad yürüyüşüne itimat ederek tedbir alan kimselerin korunması gerekir. Böyle olunca ihmali failin icrası, toplum ve suç kurbanı tarafından, hareketten kaçınan kimseden meşru olarak beklenebileceği hallerde, ihmali suretiyle icranın cezalandırılması gerekir. Toplum ve kişinin ise yapılmasını isteyebileceği fiiller ancak 1) Kanun, tüzük ve yönetmeliklerin ve diğer nizamın, 2) Kamu veya özel hukuk sözleşmelerinin koyduğu yükümlerden ibaret olabilir". Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 15. Bs., İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.15.

²⁸¹Akbulut, Emre; s.195.

²⁸²Yargıtay CGK.; 4-215/271, T. 07.06.1982, aktaran: Hakeri; İhmal Kavramı, s.153.

veya ölüm arasında nedensellik bağı yoktur"²⁸³. Bu olayda da Yargıtay, mağdurun fazla dozda uyuşturucu madde almasına engel olmayan satıcının davranışını, bu davranışla meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı kurulup kurulamayacağı çerçevesinde incelemiş ve bir ihmali suç ihtimali üzerinde hiç durmamıştır²⁸⁴. Yine Yargıtay, bir fırın işletmesinde çalışan kişinin fırın içerisinde oturmakta bulunan arkadaşını korkutmak amacıyla fırın kapısını kapatarak fırının çalıştırma ve kapatma düğmelerine bastığı, daha sonra mağdurdan kan çıktığını görünce olay yerinden kaçtığı ve havasızlıktan dolayı mağdurun yaşamını yitirdiği olayda sanığın taksirle öldürmeden sorumlu olacağına karar vermiş ve ihmali davranışla işlenen adam öldürme suçu ihtimalini hiç tartışmamıştır²⁸⁵.

5237 sayılı TCK'da ise "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile kasten öldürmenin hangi şartlar altında ihmali davranışla işlenebileceği ayrıntılı bir biçimde açıklanmıştır.

Maddenin birinci fıkrasında kişinin gerçekleşen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, belirli bir icrai davranış gerçekleştirme konusunda yükümlü olması, neticenin oluşumuna yükümlülük ihmalinin sebebiyet vermesi ve bu yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bağlamda, suçun oluşabilmesi için neticeyi meydana getiren herhangi bir yükümlülük ihmali değil, icrai davranışa eşdeğer olması gereken bir yükümlülük ihmali mevcut olması gerekmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında yükümlülüğün ihmali şeklinde gerçekleştirilen davranışın hangi hallerde icrai davranışa eşdeğer kabul edilebileceği sınırlı olarak sayılmıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise cezada indirim yapılması hususunda mahkemeye takdir yetkisi tanınmak suretiyle suç için öngörülen cezaya yer verilmiştir.

Ayrıca belirtmek isteriz ki, çalışmamızın konusunu oluşturan "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu ayrı bir maddede düzenlenmiş olsa da "*kasten öldürme*" (TCK md.81) suçundan bağımsız bir suç değildir²⁸⁶. Ancak "*kasten öldürmenin ihmali*

²⁸³Yargıtay 10. CD.; 10133/ 12221, T. 10.12.1998, aktaran: Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.133.

²⁸⁴ Akbulut, Emre; s.194.

²⁸⁵ Yargıtay CGK.; 1-60/108, T. 09.04.1990, aktaran: Hakeri; İhmal Kavramı, s.168.

²⁸⁶Özen, Mustafa; Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler - I, 5. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.175.; Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/ Önok, R. Murat; Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 19. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s.148.; Koçak Süren; s.291.; Buna karşılık "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun bağımsız bir suç tipi olduğu şeklindeki görüş için bkz. Koca/

davranışla işlenmesi" suçu, davranışın gerçekleştiriliş şekli ve fail özelliği bakımından *"kasten öldürme"* suçundan ayrıldığı için kasten öldürmenin özel bir türüdür²⁸⁷.

2.2.Suçla Korunan Hukuki Değer

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunda korunan hukuki değer, diğer hakların özünü oluşturan, üzerinde tasarruf etmeye olanağı bulunmayan, vazgeçilemez ve devredilemez yaşama hakkıdır²⁸⁸. *"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi"* suçunda emredici nitelikteki davranış normunun korumayı hedeflediği yaşama hakkı, öngörülen yükümlülüğün ihmali suretiyle ihlal edilmektedir²⁸⁹.

Yaşama hakkı geniş bir norm alanını korumakta ve diğer hak ve özgürlüklere sahip olmayı anlamlandırmaktadır. Zira yaşama hakkına sahip olmadan diğer hakların tanınmasının bir manası bulunmamaktadır. Bundan dolayı yaşama hakkı temel hak ve özgürlükler arasında kuşkusuz birinci sırada yer almaktadır²⁹⁰. Bu nedenlerle en temel ve mutlak hak olan yaşama hakkı ulusal ve uluslararası hukuk kurallarıyla güvence altına alınmıştır.

Anayasamızın 17. maddesinin birinci fıkrasında, *"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."* şeklinde yer alan düzenleme ile yaşama hakkını koruma altına alınmaktadır.

Bir çok uluslararası belgede de yaşama hakkının güvence altına alınması konusunda temel hükümler yer almaktadır²⁹¹. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesine göre, *"Her ferdin yaşama hakkı kanunun himayesi altındadır. Kanunun ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infazı dışında, hiç kimse kasten öldürülemez"*. Aynı yönde bir düzenleme Medeni ve Siyasi Haklar

Üzülmez; Özel Hükümler, s.146.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.240.; Artuç, s.64.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.175.

²⁸⁷Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2020, s.144.

²⁸⁸Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.242.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.9.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.131.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.577.; Gültaş/ Canbeldek; s.561.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.64.; Türker; s.302.; Koçak Süren; s.257.; Akbulut, Emre; s.199.

²⁸⁹ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.10.

²⁹⁰ Ilgın, Burcu; Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması, 1.Bs., Ankara, Yetkin Yayıncılık, 2022, s.27-28.; Tacir, Hamide; Yaşama Hakkı Kapsamında Yaşamın Başlangıcı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013, s.1302.

²⁹¹ Ilgın; s.28-31.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.242-243.

Sözleşmesi'nin 6. maddesinde de yer almaktadır. Buna göre, "*Her insan doğuştan yaşama hakkına sahiptir. Bu hak hukuk tarafından korunur. Hiç kimse yaşama hakkından keyfi olarak yoksun bırakılamaz*". Yaşama hakkını güvence altına alan bir diğer uluslararası belge ise İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'dir. Bildirge'nin 3. maddesine göre, "*Yaşamak, özgürlük ve kişi güvenliği herkesin hakkıdır*".

Ceza kanunlarında da yaşama hakkına yönelik gerçekleştirilen ihlallere karşı yaptırım öngörülmektedir. Zira kişisel bir değer olan yaşama hakkı aynı zamanda toplumsal bir değer de olduğu için ceza hukuku aracılığıyla korunmakta ve yaşama hakkına karşı yapılan saldırılar cezalandırılmaktadır²⁹². Yaşama hakkı, icrai hareketle ihlal edilebileceği gibi bu hakkı korumak bakımından garantör olan kişinin ihmali davranışıyla da ihlal edilebilir. Bu nedenle ceza kanunlarında yaşama hakkını ihlal etmeye yönelik ihmali davranışlar belirli şartlar altında suç olarak düzenlenmiş ve böylelikle yaşama hakkı ihmali davranışlara karşı da koruma altına alınmıştır²⁹³.

2.3.Suçun Unsurları

2.3.1.Tipikliğin Maddi Unsurları

2.3.1.1.Fail

Fail TCK'nın 37. maddesinde, "*suçun kanuni tanımında yer alan fiili gerçekleştiren kişi*" olarak tanımlanmıştır. Suçun kanuni tanımında yer alan fiil üzerinde hakimiyet kuran, kanuni tipteki haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir²⁹⁴.

Ceza kanunlarında yer alan suçların çoğunluğu kural olarak herhangi bir kişi tarafından işlenebilir. Buna karşılık özgü suç olarak adlandırılan bazı suçlar ancak belirli niteliklere sahip veya özel bir yükümlülük taşıyan kişiler tarafından işlenebilir²⁹⁵. Görünüşte ihmali suçlarda da ancak özel bir nitelik taşıyan başka bir ifadeyle garantör olan kişiler fail olabilecektir²⁹⁶. Dolayısıyla görünüşte ihmali suç niteliğine sahip çalışmamızın konusunu

²⁹² Gökçen/ Balcı; Katen Öldürme, Kasten Yaralama, s.242.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.9-10.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.64.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.42.

²⁹³Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.131.

²⁹⁴ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.114.

²⁹⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.367.

²⁹⁶Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.139.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.42.

oluşturan "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun da faili herhangi bir kişi olmayıp, TCK md. 83/1'e göre ancak yükümlü olduğu belirli bir icrai davranışı gerçekleştirilmeyen kişi olabilir²⁹⁷. Failin söz konusu yükümlülüğü kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden veya başkalarının hayatı için tehlikeli durum yaratan önceden gerçekleştirdiği davranışından kaynaklanabilir. Fail bu ilişkiler nedeniyle belirli bir icrai davranışı gerçekleştirerek ölüm neticesinin meydana gelmesini önlemekle yükümlü olduğu halde yükümlülüğe aykırı davranarak bu yükümlülüğü ihmal etmiş olmalıdır²⁹⁸.

Dolayısıyla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu, yalnızca özel faillik vasfını taşıyan kimseler tarafından işlenebileceğinden özgü suç olarak nitelendirilmektedir²⁹⁹. Bu nedenle garantör olmayan bir kimsenin ihmali davranışı nedeniyle ölüm neticesi meydana gelmiş olsa dahi bu kişi TCK md. 83'e göre fail olarak sorumlu tutulamaz. Örneğin çocuğu üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan anne ve babanın bu yükümlülüklerini ihmal ederek çocuğun ölümüne neden olması durumunda sadece anne ve baba suçun faili olabilir³⁰⁰. Bu doğrultuda neticeyi önleme yükümlülüğünün kanuni düzenlemelerden kaynaklandığı durumlarda sadece kanuni düzenlemenin belirli durumlarda belirli bir icrai davranış gerçekleştirme konusunda yükümlü kıldığı kişi, koruma ve gözetim yükümlülüğünün sözleşmeden kaynaklandığı hallerde yalnızca sözleşmenin tarafı olan ve neticeyi önleme hususunda yükümlü olan kişi, önceden gerçekleştirilen davranışın tehlikeli bir durum oluşturması nedeniyle meydana gelen ölüm olayında ise yalnızca önceki davranışıyla tehlikeli bir durum oluşturan kimse bu suçun faili olabilir³⁰¹.

TCK md.83'te belirtilen belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü hukuki bir yükümlülüktür³⁰². Zira madde gerekçesinde de ihmali davranış nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmek için "*neticeyi önleme hususunda hukuki bir yükümlülüğün*" mevcut olması gerektiği belirtilmiştir. Söz konusu hukuki yükümlülük, neticenin meydana gelmesini engelleme yükümlülüğünün kaynağı diğer bir ifadeyle

²⁹⁷ Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.131.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.932.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.20.; Koçak Süren; s.260.; Akbulut, Emre; s.199.

²⁹⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.65; Türker; s.303.

²⁹⁹ Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.131.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç, s.2810.

³⁰⁰ Koçak Süren; s.282.

³⁰¹ Palut, Adem; Kasten Adam Öldürme Suçu, 1.Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s.602.

³⁰² Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.133.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.67.; Meran; s.61.; Türker; s.303.

garantörlüğün kaynağı olarak ve bu hukuki yükümlülük altında bulunan kişiler ise garantör olarak adlandırılmaktadır³⁰³. Dolayısıyla ancak garantör sıfatına sahip kişi bu suçtan sorumlu tutulabileceği için öğretide garantörlük bu suçun tipikliğinin maddi unsurlarından biri olarak incelenmektedir³⁰⁴.

2.3.1.1.1. Garantörlük

2.3.1.1.1.1. Genel Olarak

Hukuki yararı ihlal eden davranışların gerçekleştirilmesi herkese yasaklanmıştır. Buna karşın hukuki yararı ihlal eden davranışların engellenmesi her durumda ve herkese emredilmemiştir³⁰⁵. Hukuki yararı ihlal edilmesini önleyen bu emir, "*neticeyi engelleme yükümlülüğü*" veya "*garantörlük*" şeklinde kavramsallaştırılmaktadır³⁰⁶. Bu yükümlülük hiçbir şey yapmamayı, bir şey yapmayla eşdeğer tutmaktadır³⁰⁷.

Garantörlük, herhangi bir davranış gerçekleştirilmesine rağmen bir kişinin gerçekleşen neticeden dolayı sorumlu tutulmasına sebep olan yakın ilişki, görünüşte ihmali suçlarda düzenlenen özel yükümlülük ilişkisi, neticenin meydana gelmesini engellemek konusunda hukuki yükümlülük şeklinde farklı tanımlarla açıklanmaya çalışılmıştır³⁰⁸.

Garantörlük olarak ifade edilen bu kavram, emir normunu kimlerin yerine getireceği hususunda sınırlayıcı bir işlev icra etmektedir³⁰⁹. Bu durumda aynı davranışları yapan bir kimsenin neticeyi engelleme yükümlülüğü - garantörlüğü olup olmaması, ceza hukuku açısından sorumluluğunu tamamen değiştirecektir. Örneğin küçük çocuğunun havuza düştüğünü görüp hareketsiz kalan bir kişinin davranışı, komşusunun çocuğunun havuza

³⁰³Özbek/ Bacaksız/ Doğan; Özel Hükümler, s.165.; Türker; s.302.; Akyürek; s.150.

³⁰⁴Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.133.; Özbek/ Bacaksız/ Doğan; Özel Hükümler, s.165.; Akbulut, Emre; s.199.

³⁰⁵Hakeri, Hakan; Kasten Öldürme Suçları TCK 81 - 82 - 83, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2007, s.77.; Meran; s.61.

³⁰⁶Dülger; Genel Hükümler, s.297.; Koçak Süren; s.252.; Meran; s.61.; Özgenç; İhmali Suç Teorisi, s. 308.

³⁰⁷Erbaş; Garantörlük, s.179.

³⁰⁸Hakeri; İhmal Kavramı, s.113-114.; Meran; s.61.

³⁰⁹Hakeri; Genel Hükümler, s.143-144.

düştüğünü görüp hiçbir şey yapmadığı olaydaki davranışı ile aynı nitelikte olmasına rağmen bu kişinin her iki olaydaki sorumluluğu aynı değildir³¹⁰.

Garantörlük- hukuki yükümlülüğün, suç sistematigindeki yerinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Özellikle bu hususun tespitinin önemi hata hallerinde ortaya çıkmaktadır³¹¹. Garantörlük, tipik davranışın kurucu unsuru olarak davranışı belirlemekle birlikte suçun fail çevresini de sınırlandırarak suça, özgü suç niteliği de kazandırmaktadır³¹². Bu nedenle tipik davranışın ve failin özelliği olarak karşımıza çıkan garantörlük, suçun maddi unsurları başlığı altında incelenmektedir³¹³. Dolayısıyla kişinin garantörlüğe ilişkin hatası, suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilecek ve yapılan hata kastı kaldıracaktır³¹⁴.

TCK md.83/2' de neticenin meydana gelmesine sebep olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesinin şartları belirtilmiştir. Düzenlemeye göre bu hallerden ilki ; "*Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması*" ikincisi "*önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması*" şeklindedir. Bu düzenleme görünüşte ihmali suçların ancak neticeyi engelleme hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan kişiler tarafından işlenebileceği hususuna açıklık getirmektedir³¹⁵. Bu düzenleme nedeniyle kişi herhangi bir yükümlülüğü değil, belirli özellikler taşıyan yükümlülüğü ihmal etmesi durumunda meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilecektir³¹⁶.

Çalışmamızın konusu oluşturan suçtan sorumlu tutulabilmek için garantörlüğün yalnızca bir kaynaktan doğması yeterlidir. Diğer bir ifadeyle, garantörlük birden fazla kaynaktan da doğabilir. Örneğin çocuğunun hayatı açısından tehlikeli bir durum yaratan

³¹⁰ Yurtlu; İhmali Suçların Yapısı, s.596.

³¹¹Yurtlu; İhmali Suçların Yapısı, s.597.

³¹²Erbaş; Garantörlük, s.205.

³¹³ Hakeri; İhmal Kavramı, s.112.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.248.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.67.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.399.

³¹⁴ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.398.

³¹⁵ Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s.165.

³¹⁶ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.404.

babanın garantörlüğü, hem kanuni düzenlemeden hem de önceden gerçekleştirdiği davranıştan kaynaklanmaktadır³¹⁷.

Bu konuda son olarak belirtmek gerekir ki, yükümlülükler açısından ortak olan husus, bu yükümlülüklerin hukuki yükümlülükler olmasıdır. Bu nedenle ahlaki-manevi veya örf ve adet kurallarının öngördüğü bir yükümlülüğün varlığı kişiyi TCK md.83 kapsamında icrai bir davranış gerçekleştirme hususunda yükümlü kılmamaktadır³¹⁸.

2.3.1.1.1.2.Garantörlüğün Kaynakları

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun cezalandırılabilirliğini sağlayan hukuki yükümlülük - garantörlük kaynakları TCK'nın 83. maddesinin 2. fıkrasında "kanuni düzenleme", "sözleşme" ve "önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış" olarak üç başlık altında düzenlenmiştir. Bu çerçevede suçun maddi unsuru olan davranışın da ortaya konulabilmesi için TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen garantörlük kaynaklarının açıklanması önem arz etmektedir.

2.3.1.1.1.2.1.Kanuni Düzenleme

TCK'nın 83. maddesinde, "yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi için kişinin belirli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması" şeklinde düzenlenen garantörlük kanuni düzenlemelerden kaynaklanmaktadır. Söz konusu yükümlülük kamu hukukundan kaynaklanabileceği gibi özel hukuktan da kaynaklanabilir³¹⁹.

Suç düzenleme yetkisine sahip olan kanunun, mantık kuralları gereği yükümlülük de öngörebilmesi pek tabii bir kabuldür³²⁰. Nitekim garantörlük kaynağının önce kanun olacağı TCK'nın 83. maddesinin gerekçesinde "Neticeyi önleme yükümlülüğü, bazı durumlarda koruma ve gözetim yükümlülüğüne dayanmaktadır. Bu yükümlülüğün kaynağı önce kanundur. Kişilere belli durumlarda belli bir yönde icrai davranışta bulunma konusunda kanunla

³¹⁷ Hakeri; İhmali Suçlar, s.144.; Yurtlu; İhmali Suçların Yapısı, s. 606.

³¹⁸ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.403.; Tezcan/ Erdem/ Önok, s.148.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.328.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.258.; Gültaş/ Canbeldek; s.559.; Meran; s.61.; Özbek/ Bacaksız/ Doğan; Özel Hükümler, s.165.

³¹⁹ Soyaslan; Özel Hükümler, s.146.; Türker; 304.

³²⁰ Erbaş; Garantörlük, s.323.

yükümlülük yüklenmektedir” şeklinde ifade edilmiştir. Hatta suçun unsurlarının diğer kanunlardan yararlanılarak anlaşılmasının kural olarak kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmeyeceği ve bu nedenle söz konusu madde, kanuni düzenlemeleri açıkça garantörlük kaynağı olarak düzenlemeyip genel bir eşdeğerlilik kaydı öngörseydi dahi kanuni düzenlemelerin garantörlük kaynağı olarak kabul edilebileceği belirtilmiştir³²¹.

TCK'nın 83. maddesinin gerekçesinde kanun ifadesi kullanılmış ise de ilgili maddede kanuni düzenleme kavramı tercih edilmiştir. Doktrinde kanuni düzenleme ifadesinin hangi düzenlemeleri kapsadığı hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bu sebeple kanuni düzenleme ibaresinin kapsamının belirlenmesi gerekmektedir.

Öncelikle hangi kanunların *"kanuni düzenleme"* kapsamında değerlendirilebileceği hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş ceza hukukuna ilişkin düzenlemelerin kanuni düzenleme kapsamına girmediğini ve dolayısıyla garantörlük kaynağı olamayacağını belirtilmiştir. Buna göre örneğin yardım veya bildirim yükümlülüğünü düzenleyen TCK'nın 98. maddesinin, 83. madde kapsamında bir kanuni düzenleme olarak garantörlük kaynağı teşkil edebileceği kabul edilemez³²². Buna karşılık öğretilerde bazı yazarlar, hekimin açlık grevlerine veya ölüm oruçlarına belirli durumlarda müdahale yükümlülüğü bulunduğunu ve bu yükümlülüğün TCK'nın 298. maddesinin 2. ve 3. fıkrasından kaynaklandığını ifade ederek, ceza hukukuna ilişkin bir düzenlemeyi garantörlük kaynağı olarak ele almıştır³²³.

Hukuk düzeninde, kanun kavramı *"şekli anlamda kanun"* ve *"maddi anlamda kanun"* şeklinde iki farklı kullanım biçimiyle karşımıza çıkmaktadır. *"Şekli anlamda kanun"*, genel, soyut ve sürekli olma özelliklerini içerip içermediğine bakılmaksızın anayasanın öngördüğü organ tarafından belirtilen usullere göre yapılan kanun olarak tanımlanmaktadır³²⁴. *"Maddi anlamda kanun"* ise kendisini düzenleyen organa ve yapılış şekline bakılmaksızın genel, soyut ve sürekli kural niteliğine sahip yazılı hukuk kuralı şeklinde tanımlanmaktadır. *"Maddi*

³²¹ Erbaş; Garantörlük, s.323-324.

³²² Erbaş; Garantörlük, s.325.; Aksi yönde görüş için bkz. Özen; Genel Hükümler, s.246.

³²³ Tezcan/ Erdem/ Önok; s.149.; Koçak Süren; s.269.; Taşkın; s.161.

³²⁴ Bozkurt, Enver; Hukukun Temel Kavramları, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s.56.

anlamda kanun" anlayışında yönetmelik, KHK, tüzük gibi hukuk kuralları da kanun kabul edilmektedir³²⁵.

Doktrinde şekli kanunun söz konusu maddede ifade edilen kanuni düzenleme kavramının kapsamına girdiği hususunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Buna karşılık maddi kanunun diğer bir ifadeyle yönetmelik, genelge, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, KHK, tüzük gibi düzenlemelerin bu kapsama girip girmediği hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bizim de benimsediğimiz ağırlıklı görüşe göre, kanuni düzenleme ifadesi dar yorumlanmalıdır. Dolayısıyla bu garantörlüğü dar anlamda kanunun doğurabileceği buna karşılık kanun dışındaki yönetmelik, genelge, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, KHK, tüzük gibi düzenlemeler veya yargı kararları ile getirilen yükümlülüklerin 83. madde kapsamında bir kanuni düzenleme sayılamayacağı ve bu nedenle de garantörlüğü doğuramayacağı ifade edilmiştir³²⁶. Buna karşılık doktrinde bir görüşe göre 83. maddede yer alan kanuni düzenleme ifadesi şekli anlamda kanun ile sınırlanmamalı ve bu ifadeden yukarıda ifade edilen düzenlemeleri içine alan bütün yazılı mevzuat anlaşılmalıdır. Böylece bu düzenlemelerle öngörülen yükümlülüklerin de 83. madde kapsamında garantörlüğü doğurabileceği belirtilmiştir³²⁷.

Doktrinde diğer bir görüş kanun koyucunun söz konusu maddede hukuki düzenleme ibaresi yerine kanuni düzenleme ibaresini tercih ettiğini ve bu nedenle de yönetmelik, genelge, KHK, tüzük gibi düzenleyici işlemlerin kanuni düzenleme kapsamına giremeyeceğini ancak 83. maddede sözleşmenin garantörlük kaynağı olarak düzenlenmesi karşısında kanun ifadesinin geniş yorumlanması ve bu ibarenin hukuk kuralı olarak kabul edilmesi gerektiğini böylece idarenin düzenleyici işlemleriyle öngörülen yükümlülüklerin de 83. madde kapsamında bir kanuni düzenleme sayılarak garantörlüğü doğurabileceğini belirtmiştir.³²⁸ Bu görüşe karşı olarak tarafların özgür iradesiyle yükümlülük altına girdikleri sözleşme ile kişilere seçim hakkı tanımadan yükümlülük öngören idarenin tek taraflı düzenleyici işlemleri arasında nitelik farkı olduğu ve bu nedenle aralarında hiyerarşi

³²⁵Şen, Ersan/ Eryıldız, H. Sefa; Hukuka Giriş, 3. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s44.

³²⁶ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.404; Koca/ Üzülmez; Özel Hükümler, s.140.; Erbaş; Garantörlük, s.328.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.134.; Akyürek; s.151.

³²⁷ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.179.; Aynı görüş için bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.251.

³²⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.

bulunamayacağı ifade edilmiştir³²⁹. Bir diğer görüş ise idarenin düzenleyici işlemlerinin, söz konusu maddede ifade edilen kanuni düzenleme kapsamına girebileceğini ancak bu hususun açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre şayet idarenin düzenleyici işlemlerinin 83. madde kapsamında garantörlük doğurması isteniyor ise kanun ibaresi yerine mevzuat ibaresi kullanılmalıdır³³⁰.

Çalışmamızın bu kısmında TCK'nın 83. maddesi kapsamında kanuni düzenlemelerden kaynaklanan tüm yükümlülüklerin tespit edilmesinin zorluğu nedeniyle bu yükümlülüklerin başlıcaları ele alınacaktır.

Garantörlüğün doğmasının ilk şartı, taraflar arasında hukuki bir bağıllık ilişkisinin mevcut olmasıdır. Bu bağlamda aile ilişkilerinden kaynaklanan, doğal bağıllık üst kavramı altında incelenen bu bağıllık³³¹, hukuki temeli en kuvvetli garantörlük kaynağı olarak ifade edilmektedir³³². Bu nedenle kanuni düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülüklerin en önemli kaynağı aile hukukuna dayanmaktadır. Zira kanunlarda aile hukuku ile ilgili düzenlenen yükümlülükler diğer ilişkilere kıyasla daha fazla yer almaktadır. Bu doğrultuda en açık aile ilişkisi düzenlemesi ise anne ve babanın çocuklarına karşı sahip oldukları yükümlülüklerdir³³³. Nitekim TCK md. 83 gerekçesinde de örnek olarak anne ve baba- çocuk ilişkisine yer verilmiştir. Buna göre "*örneğin velayet ilişkisinin gereği olarak ana ve babanın çocukları üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. (22.11.2001 tarih ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, madde 335 vd.). Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, başlı başına bir haksızlık ifade etmektedir*".

³²⁹ Ayrıca yazar bu görüşün, 83. maddede diğer bir garantörlük kaynağı olarak düzenlenen önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış karşısında kanuni düzenleme ve sözleşmenin de söz konusu maddede belirtilmeseydi dahi evleviyet ilkesi gereği garantörlük kaynakları olarak kabul edilmesi sonucuna ulaşacağını ve bu nedenle kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s.331.

³³⁰ Yazar KHK'nın garantörlük kaynağı oluşturması konusunda ise tereddüt edilmemesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Akbulut, Emre; s.203-204.

³³¹ Neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığına en kuvvetli gerekçe olan doğal bağlantı, öncelikle ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiyi içeren örneklerde bir rol oynamaktadır. Bkz. Maiwald; s.164.; Ayrıca bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.404.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.260.

³³² Hakeri; İhmal Kavramı, s.127.; Taşkın; s.150.; Savaşçı; s.997.

³³³ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.404.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.17.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.329.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.933.; Gültaş/ Canbeldek; s.559.; Centel / Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.67.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2810.

Ebeveynleri, ergin olmamış çocuklarla ilgili yükümlülük altına sokan velayet ilişkisi, ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiden kaynaklanan garantörlüğün temelini oluşturmaktadır³³⁴. Bu husus TMK'nın ilgili maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre TMK'nın 335. maddesinde, "*ergin olmayan çocuğun velayetinin anne ve babaya*" ait olduğu, 339. maddesinde, "*anne ve babanın çocuğun bakım ve eğitimi konusunda çocuğun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alıp uygulayacağı*", aynı şekilde 185. maddesinde, "*birlikte çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine özen göstermekle yükümlü oldukları*", 327.maddesinde, "*bu yükümlülükleri yerine getirmek için gerekli giderleri birlikte karşılayacakları*", 340. maddesinde, "*çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişimini sağlayıp koruyacakları*" ifade edilmiştir. Ayrıca eşlerin üvey çocuklar bakımından da yükümlülük sahibi olduğu TMK'nın 338. maddesinde düzenlenmiştir³³⁵. Buna göre, "*Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler*".

Anne ve babanın çocuklarına ilişkin yükümlülüklerini düzenleyen bu hükümler nedeniyle anne ve baba çocuklarına karşı garantör sıfatına sahip olmaktadır³³⁶. Dolayısıyla bu yükümlülüklerin ihmalî neticesinde çocuk yaşamını yitirir ise anne ve babanın sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin merdivenlerden düşen bebeğini kanaması olmasına rağmen hastaneye götürmeyerek ölmesine neden olan anne, kanuni düzenlemeden kaynaklanan garantörlük nedeniyle TCK'nın 83. maddesinden sorumlu olacaktır³³⁷.

Anne ve babanın çocuklarına karşı yükümlülükleri doğal bağa dayandığı için aralarında evlilik ilişkisinin olmasının garantörlük bakımından zorunlu olmadığı belirtilmiştir³³⁸. Dolayısıyla eşlerin evlilikleri, butlan sebeplerinin varlığı nedeniyle geçersiz veya kurucu unsurların bulunmaması nedeniyle yok hükmünde olduğu durumlarda dahi çocuğa karşı garantör oldukları kabul edilmektedir³³⁹. Bu doğrultuda bir görüşe göre, çocuk ile ebeveynleri arasındaki doğal bağılık evlilik ilişkisini gerektirmez. Ancak baba açısından

³³⁴ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.405.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.252.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.147.; Türker; s.303.; Taşkın; s.151.

³³⁵ Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.331.; Taşkın; s.153.

³³⁶ Meran; s.62.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.67.; Türker; 303.; Koçak Süren; s.261.; Akbulut, Emre; s.200.

³³⁷ Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.134.

³³⁸ Maiwald; s.164.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.405.; Koçak Süren; s.262.; Ayrıca bkz. Taşkın; s.150.

³³⁹ Erbaş; Garantörlük, s.346.

garantörlüğün belirlenmesinde evlilik ilişkisinin hukuki durumu önem arz etmektedir. Zira hukuken geçerli olan bir evlilik ilişkisindeki baba ile geçersiz bir evlilik veya evlilik dışı ilişkideki baba eşit işleme tabi tutulamaz³⁴⁰. *Hakeri* ise baba ile çocuğu arasında kan bağı bulunduğunu ve bu sebeple babanın çocuğuna karşı sahip olduğu yükümlülüklerin, hukuki veya dini kurallara göre yapılmış bir törenin mevcut olup olmamasına göre farklı değerlendirilemeyeceğini belirterek bu görüşe karşı çıkmıştır³⁴¹.

Anne ve babanın birlikte yaşamadığı veya geçici olarak ayrı kaldıkları durumlarda çocuğun yanında bulunmayan eş açısından, garantörlüğün farklı değerlendirilebileceği düşünülebilir. Ancak Türk hukukunda bu garantörlük bakımından esas olan kanuni düzenlemelerde öngörülen yükümlülükler olduğu için eğer çocuk anne ve babanın velayeti altında ise anne veya babanın nasıl yaşadığı hususu garantörlüğün değerlendirilmesi açısından farklılık arz etmemektedir. Ancak bu durum icrai davranış gerçekleştirme olanağı veya beklenebilirlik bağlamında değerlendirilebilir³⁴².

Ebeveynlerin, ergin olmayan çocuklar bakımından garantör olduğu hususunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Buna karşılık ergin çocuk hakkında garantörlüğün devam edip etmeyeceği hususunda farklı görüşler mevcuttur³⁴³. Bu kapsamda TMK'nın 328. maddesinin "*Ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder. Çocuk ergin olduğu halde eğitimi devam ediyorsa, ana ve baba durum ve koşullara göre kendilerinden beklenebilecek ölçüde olmak üzere, eğitimi sona erinceye kadar çocuğa bakmakla yükümlüdürler.*" şeklindeki hükmünden anne ve babanın ergin çocukları için garantörlüklerinin devam ettiği sonucuna varılabileceği ancak bu maddenin yalnızca mali yükümlülüğün süresini düzenleyen bir hüküm olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir³⁴⁴. Bununla birlikte bizim de katıldığımız görüş doğal bağlılığa dayanan ebeveyn- çocuk ilişkisinin, sırf çocuğun ergin olmasıyla ortadan kalkmayacağını diğer bir

³⁴⁰ Marwald; s.165.

³⁴¹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.128.

³⁴² Erbaş; Garantörlük, s.347.; Ayrıca bkz. Koçak Süren; s.262-263.

³⁴³ Bu görüşlere yer veren bir çalışma için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.133.

³⁴⁴ Hakeri; İhmal Kavramı, s.133.

ifadeyle anne ve babanın yükümlülüklerinin çocuğun ergin olması durumunda da devam edeceğini ancak bu yükümlülük kapsamının daha sınırlı olacağını ifade etmiştir³⁴⁵.

Çocuğun anne ve babaya karşı garantörlüğü hususunda farklı görüşler³⁴⁶ mevcut olsa da ağırlıklı görüş çocuğun da anne ve babaya karşı garantör olduğu yönündedir³⁴⁷. Bu görüşte olan bir yazara göre çocuğu ebeveynlerine karşı garantör kılan hukuki nedenler, ebeveynleri çocuğa karşı garantör kılan hukuki nedenler kadar belirli ve kuvvetli olmasa da Türk toplumundaki aile bağları ve değer yargıları dikkate alındığında çocuğun da anne ve babaya karşı garantörlüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Yazar ayrıca TMK'nın çocuğun da anne ve babaya karşı garantör olduğu hususunda açık hükümler içerdiğini bu doğrultuda TMK'nın 322. maddesinin "*Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*" şeklindeki hükmünde yardım yükümlülüğünden bahsederken birbirlerine ibaresi kullanılmak suretiyle çocuğun da ebeveynlerine karşı yükümlülük sahibi olduğunun açıkça belirtildiğini ifade etmiştir³⁴⁸. Örneğin bir kimsenin, yolda yürürken yerde yaralı olarak gördüğü babasına mirastan yararlanmak amacıyla yardım etmediği ve bu nedenle babanın yaşamını yitirdiği olayda çocuğun sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilecektir³⁴⁹. Keza TMK'nın 364. maddesinin³⁵⁰ de çocuk açısından garantörlüğün kaynağı olarak kabul edilebileceği belirtilmektedir³⁵¹. *Hakeri'*ye göre de bu maddede maddi yardım kastedilse de bu hükümden öncelikle yaşam ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik yükümlülüğün mevcut olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir³⁵².

³⁴⁵ Erbaş; Garantörlük, s.352.; Taşkın; s.153.; Aynı görüşte olan bir yazar garantörlüğün çocuğun ergin olmasıyla sona ereceğini kabul etmenin, Türk aile yapısı ve gelenekleriyle bağdaşmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.133.

³⁴⁶ Bu görüşlere yer veren çalışma için bkz. Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.90.; Ayrıca bkz.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.405.

³⁴⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.134-135.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.260.; Meran; s.62.; Koçak Süren; s.264.; Taşkın; s.154.; Akbulut, Emre; s.200.

³⁴⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.134.; Benzer görüş için bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.68.; Aynı görüşte olan bir yazar çocuğun bu yükümlülüğünü, anne ve babanın ergin çocuğa karşı yükümlülüğüne benzetmiştir. Bkz. Erbaş; Garantörlük, s.356.

³⁴⁹ Akbulut, Emre; s.200.

³⁵⁰ Madde 364/1: "*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür*".

³⁵¹ Meran; s.63.; Arslantürk; s.292.

³⁵² Hakeri; İhmal Kavramı, s.135.

Eşler de birbirlerine karşı garantör konumundadır. Evlilik birliği, eşlerin birbirlerine karşı sahip olduğu yükümlülüklerin kaynağını oluşturmaktadır³⁵³. Evlenme ile ilgili hükümler TMK'da düzenlenmiş olup bu bağlamda TMK'nın 185. maddesinin 3. fıkrası, eşlerin birbirlerine karşı yaşam ve vücut bütünlüğünü korumak bakımından garantör olmasının dayanağını oluşturmaktadır³⁵⁴. Buna göre, "*Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar*". Hükümde yer alan yardımcı olmak kavramından, eşlerin birbirlerine karşı yardım yükümlülüğü olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu yükümlülük, eşlerin birbirlerine karşı kanuni düzenlemeden doğan garantörlüğün kaynağını oluşturmaktadır³⁵⁵. Ayrıca TMK'nın "*birliğin korunması*" başlığında yer alan 195. maddesinde³⁵⁶ de eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerinin önemi vurgulanmıştır³⁵⁷.

Eşlerin birbirlerine karşı garantörlüklerinin kapsamının belirlenmesi bağlamında eşlerin kendi kararlarını özgürce verebilecekleri ve bu nedenle birbirlerinin hayatlarını kontrol etme yükümlülüklerinin bulunmadığı ifade edilmiştir³⁵⁸. Örneğin eşlerden birinin suç işlemesi veya intihar etmesi durumlarında diğer eşin önleme yükümlülüğü bulunmadığından garantörlükten de söz edilemez³⁵⁹.

Eşlerin birbirlerine karşı garantörlükleri boşanma durumunda sona erecektir. Buna karşılık TMK'nın 171. maddesinde "*bir yıldan üç yıla kadar eşlerin ayrı yaşamalarına karar verilebileceğini*" şeklinde düzenlenen ayrılık kurumunun, evliliği sona erdirmediği, eşlerin yalnızca birlikte yaşama yükümlülüklerini geçici olarak durduğunu bunun dışındaki sadık

³⁵³ Koçak Süren; s.265.; Akbulut, Emre; s.201.

³⁵⁴ Hakeri; İhmal Kavramı, s.136.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.68.

³⁵⁵ Koca/Üzülmez; Genel Hükümler, s.405.

³⁵⁶ Madde 195/1: "*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyumsuzluğa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler*".

³⁵⁷ Taşkın; s.155.

³⁵⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.137-138.; Taşkın; s.155.; Ayrıca bkz. Koçak Süren; s.253.

³⁵⁹ Yazar ayrıca aksi yönde bir karara da yer vermiştir. Buna göre, kocasının devamlı olarak tartışmalarından bıkan eşin odada kendini astığı sırada kocanın eşinin durumunu görmesine rağmen onu kurtarmak için herhangi bir şey yapmadığı olayda, aynı evde yaşayan eşlerin birbirlerinin yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüklerinin bulunduğu belirterek kocanın garantör olduğuna karar verilmiştir. Bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.138.; Aksi yönde görüş için bkz. Öntan, Yaprak; "İntihara Yönlendirme Suçları", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, C.2, Ankara, 2015, s.857.

kalma ve yardımcı olma yükümlülüklerine herhangi bir etkisi olmadığı³⁶⁰ ve bu nedenle ayrılık süresi içerisinde eşlerin birbirlerine karşı yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik garantörlüklerinin devam ettiği ifade edilmiştir³⁶¹.

Türk hukukunda evlilik ilişkisi dışında, yakın yaşam ilişkileri içinde bulunan kişilerin birbirlerine karşı yükümlülük sahibi olacağına dair ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla hakkında kanuni düzenleme bulunmayan yakın yaşam ilişkileri, TCK'nın 83. maddesi kapsamında garantörlük kaynağı olamayacaktır³⁶².

Önemli olan bir diğer husus ise, TMK'nın 118. maddesinde, "*evlenme vaadiyle kurulacağı*" ifade edilen nişanlılık halinin garantörlüğün kaynağı olup olmayacağıdır. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüş, nişanlılıktaki bağın evlilik veya ebeveyn-çocuk ilişkilerindeki kadar kuvvetli bir hukuksal dayanağa sahip olmadığını bununla birlikte evliliğe ilişkin hükümlerde eşlerin birbirlerine karşı yükümlülüklerinin açıkça düzenlemesine karşın nişanlılığa ilişkin hükümlerde nişanlıların birbirlerine karşı yükümlülük sahibi olduğuna dair herhangi bir düzenleme bulunmadığını ayrıca nişanlılığın evlenme hakkı da vermediğini ve bu nedenlerle bozulması için evlilikteki gibi şartlara tabi olmayan ve her an bozulabilmesi mümkün olan nişanlılığın garantörlük kaynağı olmayacağını belirtmiştir³⁶³. Aksi yönde bir görüşe göre ise, nişanlılık evlenmeye zorlamak için bir hak vermese de TMK' da düzenlenmiş özel bir statü olması sebebiyle nişanlıların birbirlerine karşı garantörlükleri kabul edilmelidir³⁶⁴.

Kardeşlerin birbirlerine karşı garantör olup olmadığı hususunda ise öğretide ağırlıklı görüş, kardeşlerin birbirlerine karşı garantörlüğünün, aralarında sıkı bir ilişkinin mevcut

³⁶⁰Dural, Mustafa/ Ögüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper; Türk Özel Hukuku Aile Hukuku, 16. Bs., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s.137.

³⁶¹ Erbaş; Garantörlük, s.360-361.; Koçak Süren; s.265.; Bu durumda garantörlüğün söz konusu olmayacağını ifade eden görüş için bkz. Türker; s.304.; Eşlerin birbirlerine karşı garantörlüğünün boşanma davası açılması ile sona ereceği şeklindeki görüş için bkz. Taşkın; s.156.

³⁶² Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.404.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.140-141.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.148.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.260.; Taşkın; s.157.

³⁶³ Hakeri; İhmal Kavramı, s.140.; Türker; s.304.; Nişanlıların birbirlerine karşı garantörlüğünün, aralarındaki güven ilişkisi nedeniyle sözleşmeye dayandırılabilceğini ancak bunun isabetli olmayacağını ifade eden görüş için bkz. Koçak Süren; s.266.

³⁶⁴ Taşkın; s.157.

olması koşuluyla kabul edilebileceğini belirtmiştir³⁶⁵. Bu görüş, kardeşlerin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması bakımından birbirlerine karşı garantörlüklerini TMK'nın 364. maddesine dayandırmaktadır. Buna göre "*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.*" şeklindeki hükmün, maddi yardıma ilişkin olsa da kardeşler arasındaki garantörlüğü doğurmaya yeterli olduğu ifade edilmiştir.³⁶⁶ Buna karşılık bizim de katıldığımız azınlıkta kalan karşıt görüşe göre ise kardeşler arasında sıkı bir ilişki olsa dahi TMK'nın 364. maddesinde düzenlenen maddi yardımla sınırlı yükümlülük, TCK md. 83 kapsamında kardeşleri birbirlerine karşı garantör kılmak için yeterli değildir³⁶⁷.

Bu hususta ayrıca belirtmek gerekir ki, çocuğun ebeveynlerine karşı garantörlüğü hakkındaki açıklamalarımızda TMK'nın 364. maddesine dayanarak çocuğun garantör olabileceğini belirten bir görüşe yer vermiştik. Dolayısıyla TMK'nın 364. maddesinin çocuk açısından garantörlük oluşturduğu kabul edilir iken kardeşler açısından garantörlük oluşturmadığı mı kabul edilecektir? Bu konuda kanaatimizce, TMK'nın 364. maddesi, çocuğun ebeveynlere karşı garantörlüğü bakımından da kaynak teşkil etmemektedir. Kanaatimizce çocuğun ebeveynlerine karşı garantörlüğünü doğuran hüküm anne, baba ve çocuğun birbirlerine "*yardım etmek*" şeklindeki yükümlülüğünü öngören TMK'nın 322. maddesidir. Bu nedenle kanun koyucunun, çocuğun garantörlüğünü kabul etmemize dayanak olan "*yardım etmek*" şeklindeki yükümlülüğü açıkça düzenlemesine karşın kardeşler açısından yalnızca mali konulara ilişkin yükümlülük öngörmesi, diğer bir ifadeyle "*yardım etmek*" şeklindeki yükümlülüğü kardeşler bakımından öngörmemesi, kardeşlerin birbirlerine karşı garantör olamayacağı şeklindeki görüşümüzü destekler niteliktedir.

Benzer şekilde amca, dayı, hala, teyze ile yeğen arasındaki garantörlüğün, çok büyük tehlike hallerinde ve kuvvetli bir akrabalık ilişkisinin bulunması durumunda kabul edilebileceği belirtilmiştir³⁶⁸. Ancak tekrar belirtmek isteriz ki, bu gibi akrabalık ilişkilerinde

³⁶⁵ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.405.; Koçak Süren; s.264.; Taşkın; s.154-155.; Özen; Genel Hükümler, s.246.

³⁶⁶ Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.331.; Akbulut, Emre; s.201.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.136; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.92.

³⁶⁷ Erbaş; Garantörlük, s.366.; Ayrıca bkz. Türker; s.304.

³⁶⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.142.; Taşkın; s.158.; Bu kişiler arasındaki garantörlüğün mevcut olup olmadığının tartışmalı olduğunu belirten yazar, bu kişilerin aynı çatı altında birlikte yaşamaları şartıyla aralarında garantörlük ilişkiden bahsedilebileceğini belirtmiştir. Bkz. Marwald; s.165

kanun koyucu tarafından herhangi bir yükümlülük öngörülmemesine rağmen birbirlerine karşı kanuni düzenlemeden kaynaklanan garantörlükleri olduğunu söylemek garantörlüğün kapsamını temelsizce genişletmektedir. Zira TCK'da garantörlük kaynakları sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu nedenle tehlikeli durum ne derece fazla olursa olsun, akrabalık ilişkisi ne kadar kuvvetli olursa olsun, kanunda açıkça yükümlülük öngörülmediği için bu kişiler arasında TCK'nın 83. maddesi kapsamında kanuni düzenlemeden kaynaklanan bir garantörlükten bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.

TMK, aile halinde yaşayan birden fazla kişinin oluşturduğu topluluk ile ilgili yükümlülük öngören hükümlere de yer vermiştir. Dolayısıyla aile ilişkilerini düzenleyen bu hükümlerin de TCK md. 83 bağlamında garantörlük kaynağı olarak kabul edilip edilemeyeceği incelenmelidir. TMK'da ev halkı olarak kavramsallaştırılan bu topluluk, *"Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örf'e göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur. Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar."* (TMK md. 367) şeklindeki hükümden anlaşılacağı üzere çekirdek aile ile sınırlı değildir. Bu hükme göre ev başkanının, ev halkı bakımından garantör olduğu söylenebilirse de ev halkının birbirlerine karşı garantör olup olmadığı hususu tartışmalıdır³⁶⁹. Nitekim TMK'nın 369. maddesinden de ev başkanının, *"akıl hastalığı veya akıl zayıflığı bulunan kişilerin kendilerini ya da başkalarını tehlikeye veya zarara düşürmemeleri için gerekli önlemleri almakla"* yükümlü olduğu ve bu nedenle de bu kişiler açısından kanuni düzenlemeden kaynaklanan garantör durumunda olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Ancak kanaatimizce, kanunda ev halkı üyelerinin birbirlerine karşı veya ev halkı üyelerinin ev başkanına karşı yükümlülüklerinin bulunduğu ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından ötürü bu kişilerin kanuni düzenlemeden kaynaklanan garantörlüklerinden bahsedilemez.

Kanuni düzenlemelerde öngörülen tüm yükümlülüklerin tespit edilmesinin zorluğu nedeniyle bu yükümlülüklerin başlıcalarını inceleyeceğimizi belirtmiştik. Bu doğrultuda yukarıda 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndan doğan garantörlüklere yer verdikten sonra,

³⁶⁹Erbaş; Garantörlük, s.367.; Koçak Süren; s.272.; Öğretide bir yazar aynı evi paylaşan kişiler arasında karşılıklı güven ve sorumluluk ilişkisinin mevcut olduğu durumlarda neticeyi önleme yükümlülüğünün ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.68.

aşağıda 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve başkaca kanunlardan doğan garantörlük hallerine kısaca yer verilecektir.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun, *"işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması ve mevcut sağlık ve güvenlik şartlarının iyileştirilmesi için işveren ve çalışanların görev, yetki, sorumluluk, hak ve yükümlülüklerini düzenlemek."* (İSGK md. 1) şeklinde ifade edilen amacında da belirtildiği üzere, bu kanun işveren açısından çeşitli yükümlülükler düzenlemiştir. İşverenin genel olarak yükümlülüklerini düzenleyen 4. maddesinde işverenin *"çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla"* yükümlü olduğu belirtilmiş ve sonra bu çerçevede alınması gereken tedbirler düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu düzenlemeler işvereni, çalışanlarının yaşam ve vücut bütünlüğünü korumak açısından yükümlü kılmıştır. Dolayısıyla bu düzenlemeler neticesinde işverenin iş yeri sınırları içerisinde ve iş kapsamında çalışanlara karşı garantör olduğu kabul edilmektedir³⁷⁰.

Türk Borçlar Kanun'daki çeşitli düzenlemeler de TCK md. 83 bağlamında kanuni düzenlemelerden kaynaklanan garantörlüklere vücut vermektedir. Bu kapsamda TBK'nın 66. maddesine göre adam çalıştıran, *"çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle"* yükümlüdür³⁷¹. Örneğin, evin pencere camını değiştiren çalışanın, eski camı yere attığını ve camın bu sırada yolda geçmekte olan bir kişinin kafasına düştüğünü gören adam çalıştıran zarar gören kişiye karşı TCK md.83 kapsamında garantör olacaktır. Bu nedenle adam çalıştıran, zarar gören kişiye yardım etmez ve kişi yaşamını yitirirse ölüm neticesinden sorumlu tutulacaktır³⁷².

TBK'nın 67. maddesinde de bir başka garantörlük hali düzenlenmiştir. Buna göre, *"bir hayvanın bakımını ve yönetimini sürekli veya geçici olarak üstlenen kişi, hayvanın verdiği zararı gidermekle yükümlüdür."* Dolayısıyla hayvan bulunduran, hayvanın zarar verdiği kişiye karşı garantör konumundadır³⁷³. Diğer bir garantörlük durumu ise TBK'nın 69. maddesinde öngörülen yükümlülükten kaynaklanmaktadır³⁷⁴. Maddeye göre, bir binanın veya diğer yapı eserlerinin maliki, *"bunların yapımındaki bozukluklardan veya bakımındaki*

³⁷⁰ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.405.; Meran; s.66.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.135.; Türker; s.304.; Koçak Süren; s.267-268.; Taşkın; s.160.; Akbulut, Emre; s.202.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2811.

³⁷¹Taşkın; s.164.

³⁷² Koçak Süren; s.272.

³⁷³Türker; s.305.; Koçak Süren; s.270.; Taşkın; s.162.; Akbulut, Emre; s..202-203.

³⁷⁴ Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.338.

eksikliklerden doğan zararı gidermekle" yükümlüdür. Bu kapsamda örneğin evin çatısının çatladığını ve küçük bir sarsıntıda çökebileceğini öngören ve olası kazanın önüne geçebilmek için herhangi bir tedbir almayan malikin, bu durumdan dolayı zarar görecektir olan kişiye karşı garantörlüğü bulunmaktadır³⁷⁵.

Türk hukukunda kolluğun kanuni düzenlemeden kaynaklanan garantörlüğü olduğu hususunda fikir birliği mevcuttur³⁷⁶. 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 1. maddesi³⁷⁷, genel kolluk kuvvetleri arasında yer alan polisi garantör kılan temel kanuni düzenlemedir³⁷⁸.

Diğer bir genel kolluk kuvveti olan jandarmayı garantör kılan kanuni düzenleme ise 2803 sayılı Jandarma Teşkilat, Görev ve Yetkileri Kanunu'nun "*jandarmanın genel olarak görevleri*" başlıklı 7. maddesinin a) bendidir³⁷⁹. Maddede jandarmanın sorumluluk alanlarının içerisindeki genel olarak görevleri düzenlenmiş olup, bu kapsamda belirtilen mülki görevler jandarmanın garantörlüğünü meydana getirmektedir³⁸⁰.

Bu hükümler, kolluk görevlilerini bir kimsenin yaşam hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması bakımından garantör kılmaktadır. Örneğin, bir futbol maçında statta görevli bulunan polis, stat kapısında yaşanan izdihamda bir çocuğun ezildiğini görür ancak imkanı olduğu halde herhangi bir kurtarıcı müdahalede bulunmaz ve çocuk yaşamını yitirir. Bu olayda polis garantör konumundadır. Bu nedenle meydana gelen ölüm neticesinden dolayı polisin sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilmelidir³⁸¹. Yargıtay kararına konu

³⁷⁵Koçak Süren; s.268.; Türker; s.304.

³⁷⁶ Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.405.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.256.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.329.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.934.; Meran; s.63.; Koçak Süren; s.272.; Taşkın; s.163.; Akbulut, Emre; s.201.

³⁷⁷ Madde 1: "*Polis, asayiş amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder. Yardım isteyenlerle yardıma muhtaç olan çocuk, alil ve acizlere muavenet eder. Kanun, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri ve ilgili mevzuatın kendisine verdiği vazifeleri yapar*".

³⁷⁸ Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2811.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.934.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.; Koçak Süren; s.272.

³⁷⁹ Madde 7: "*Jandarmanın sorumluluk alanlarında genel olarak görevleri şunlardır. a) Mülki görevleri; Emniyet ve asayiş ile kamu düzenini sağlamak, korumak ve kollamak, kaçakçılığı men, takip ve tahkik etmek, suç işlenmesini önlemek için gerekli tedbirleri almak ve uygulamak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin dış korunmalarını yapmak, (b) ve (c) bentlerinde belirtilen görevler dışında kalan ve diğer kanun ve nizam hükümlerinin icrası ile bunlara dayalı emir ve kararlarla Jandarmaya verilen görevleri yapmak*".

³⁸⁰ Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.934.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.; Taşkın; s.163.

³⁸¹ Akbulut, Emre; s.201.

olan bir olayda da, polis memurları devriye görevleri sırasında yerde baygın halde yatan bir çocuk görmelerine rağmen herhangi bir müdahalede bulunmadan olay yerinden ayrılırlar. Yargıtay bu olayda, "*polis memuru olan sanıkların çocuğa, Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun 1. maddesindeki yükümlüğü ihmal ederek yardım etmedikleri ve sağlık ekiplerini çağırılmayıp olay yerinden ayrılmaları üzerine, çocuğun daha sonraki müdahalelere rağmen vefat ettiğinin iddia edilmesi karşısında; ölümün ihmale bağlı olduğunun kanıtlanması ve yüklenen eylemin sübutu halinde TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturabileceğinin gözetilmesi gerektiğini*" belirtmiştir.³⁸²

Mevzuatta ceza infaz kurumları ve tutukevleri personellerinin garantörlüklerini doğuracak yükümlülükler de yer verilmiştir. Bu garantörlüğü doğuran temel kanun 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'dur. Kanun'un 33. maddesi infaz ve koruma görevlilerini garantör kılacak yükümlülükler öngörmüştür³⁸³. Buna göre, "*açık kurumlar ile çocuk eğitimevlerindeki idare ile infaz ve koruma görevlileri; firarların önlenmesi, asayiş ve disiplinin sağlanması için gözetim ve denetimle yükümlüdürler*". Ayrıca Kanun'un 34. maddesindeki³⁸⁴ hüküm de garantörlük açısından önem arz etmektedir. Bu hüküm gereğince kapıların kural olarak kapalı tutulması ancak bazı durumlarda açılması gerekmektedir. Örneğin mahkumların yaşam ve vücut bütünlüğünü korumak açısından garantör konumunda olan infaz ve koruma memurlarının ceza infaz kurumunda yangın olmasına rağmen kapıları açmadığı ve bu nedenle mahkumların yaşamını yitirdiği olayda infaz ve koruma memurlarının sorumlulukları TCK md.83 kapsamında değerlendirilmelidir³⁸⁵. Benzer şekilde örneğin infaz ve koruma memuru kapıların açılmasını gerektirecek bir hal bulunmamasına rağmen kapıları kapalı tutmaz. Kapıların açık olduğunu fark eden bir mahkum, daha önce tartıştığı başka bir odada bulunan mahkumun odasına girer ve onu boğarak öldürür. Bu olayda da kapıları kapalı tutması gerekirken açık bırakarak

³⁸² Yargıtay 5. CD.; E. 2013/14549, K. 2015/17244, T. 10.12.2015, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 03.05.2022).

³⁸³ Erbaş; Garantörlük, s.387.

³⁸⁴ Madde 34: "*Kapalı ceza infaz kurumlarında oda ve koridor kapıları kapalı tutulur. Kapılar aşağıdaki hâllerde açılır: a) Kurum hekimine, revir, hamam ve berbere gitme, başka odaya nakil. b) Hastane ve duruşmaya gönderme ve başka kuruma nakil. c) Tahliye, ziyaret, arama, sayım, denetim, eğitim, öğretim, spor ve iyileştirme çalışmaları, kurumda çalıştırma. d) Kurullara çağırılma. e) Ölüm, deprem veya yangın gibi olağanüstü haller. f) Cezaevi idaresince gerekli görülen haller*".

³⁸⁵ Erbaş; Garantörlük, s.387.

mahkumun yaşamını yitirmesine neden olan infaz ve koruma memurunun sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilmelidir.

Ceza infaz kurumlarında kişilerin yaşam hakkının ihlal edildiğine dair Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurular da bulunmaktadır. Buna göre bir olayda tekli odada bulunan mahkum, odada bulunan demir ranzayı dikey konuma getirmiş ve yastık kılıfını yırtıp ip şeklinde kullanmak suretiyle kendini boynundan asarak intihar etmiştir³⁸⁶. Ölen kişilerin yakınları, ölümü takiben etkili soruşturma yapılmadığını ve meydana gelen intihar vakasında gerekli koruma önlemlerinin alınmadığını iddia etmişlerdir³⁸⁷. Bu olayda Anayasa Mahkemesi, "*ceza infaz kurumlarında gerçekleşen ölüm olayları için de geçerli olabilecek bu yükümlülüğün ortaya çıkması için ceza infaz kurumu yetkililerinin kendi kontrolleri altındaki bir kişinin kendini öldürmesi konusunda gerçek bir risk olduğunu bilip bilmediklerini ya da bilmeleri gerekip gerekmediğini tespit etmek, böyle bir durum söz konusu ise bu riski ortadan kaldırmak için makul ölçüler çerçevesinde ve sahip oldukları yetkiler kapsamında kendilerinden beklenen her şeyi yapıp yapmadıklarını incelemek gerekmekte*³⁸⁸" olduğunu ve "*tutuklanan veya hürriyeti bağlayıcı cezasının infazına başlanan kişilerin daha önce sahip oldukları pek çok özgürlükten mahrum kalmalarının ve günlük yaşamlarında ciddi nitelikte bir değişim yaşamalarının doğal bir sonucu olarak psikolojik durumları bozulabilmekte, dolayısıyla kırılabilir ve korumasız bir konumda bulunan bu kişilerin intihar riski artabilmektedir. Bu nedenle yasal ve ikincil düzenlemelerin ceza infaz kurumu yetkililerine bu kişiler hakkında daha duyarlı ve dikkatli olma görevi yüklemesi, tutuklu veya hükümlü kişilerin hayatlarının tehlikeye atılmasını önleyici tedbirler alınmasını sağlaması*³⁸⁹" gerektiğini belirterek "*Anayasa'nın 17. maddesinde güvence altına alınan yaşamı koruma yükümlülüğünün ihlal edildiğine*" karar vermiştir.

CGTİHK'nın "*hükümlülerin sağlıklarının korunması ve tedavilerine yönelik tedbirleri*" içeren 82. maddesi de garantörlük kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Buna göre örneğin "*beslenmeyi reddederek açlık grevi veya ölüm orucunda bulunan hükümlülerden, birinci fıkra gereğince alınan tedbirlere ve yapılan çalışmalara rağmen*

³⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, Fener Bozkurt ve Sıraç Bozkurt Başvurusu, Başvuru No: 2019/22743, T. 02.02.2022 p.21, (çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2019/22743>, (Erişim Tarihi: 04.05.2022).

³⁸⁷ Fener Bozkurt ve Sıraç Bozkurt Başvurusu, p.1

³⁸⁸ Fener Bozkurt ve Sıraç Bozkurt Başvurusu, p.45

³⁸⁹ Fener Bozkurt ve Sıraç Bozkurt Başvurusu, p.46

hayatî tehlikeye girdiği veya bilincinin bozulduğu hekim tarafından belirlenenler hakkında, isteklerine bakılmaksızın kurumda, olanak bulunmadığı takdirde derhâl hastaneye kaldırılmak suretiyle muayene ve teşhise yönelik tıbbî araştırma, tedavi ve beslenme gibi tedbirler, sağlık ve hayatları için tehlike oluşturmamak şartıyla uygulanır" (CGTİHK md.82/2) hükmü gereği ceza infaz kurumu hekimi hükümlüye karşı garantördür³⁹⁰. Bu nedenle ceza infaz kurumu hekiminin, grev yapan hükümlünün hayati tehlikesi olmasına rağmen müdahalede bulunmadığı ve hükümlünün yaşamını yitirdiği olayda hekimin sorumluluğunun TCK md. 83 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹¹.

Hekimin garantörlüğü hususu, teori ve uygulamadaki önemi nedeniyle doktrinde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Hekimin, hastaya karşı TCK md.83 kapsamında garantörlüğü hem kanuni düzenlemeden hem de sözleşmeden kaynaklanabilir³⁹². Çalışmamızın bu kısımda hekimin kanuni düzenlemeden doğan garantörlüğüne kaynak teşkil eden yükümlülükleri incelenecektir. Bu kapsamda 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun hükümleri gereğince hekimin görev dahilindeki olası ölüm neticelerini önlemekle yükümlü olduğu belirtilmekte ve bu nedenle de TŞSTİDK hekimin garantör olması açısından bir kaynak olarak gösterilmektedir³⁹³. Özel hastanelerde görevli hekimlerin garantörlüğü bakımından ise kaynak olarak 2419 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'nun 32. maddesi³⁹⁴ gösterilmektedir³⁹⁵. Bu hüküm gereğince özel hastanede görevli hekim de, acil tedavi olması gereken hastaya karşı garantör sıfatına sahiptir ve bu durumda derhal tedaviye başlamak

³⁹⁰ Tezcan/ Erdem/ Önok; s.149.; Özbek, Veli Özer; İnfaz Hukuku, 15. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.152-153.

³⁹¹ Önok, Murat Rıfat; "İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2005, C. 4, S. 1-2, s. 174.

³⁹² Hakeri, Hakan; Tıp Ceza Hukuku, 2. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.91.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.934.; Koçak Süren; s.273.

³⁹³ Akbulut, Emre; s.202.

³⁹⁴ Madde 32: "*Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir*".

³⁹⁵ Hakeri; Tıp Ceza Hukuku, s.91.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2811.; Meran; s.65.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.135.; Koçak Süren; s.273.; Taşkın; s.172-173.

zorundadır. Aksi halde doktorun sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilecektir³⁹⁶.

Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olduğu durumların belirlenmesi hususu, garantörlüğün kapsamının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. 10436 sayılı Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. maddesi³⁹⁷ bu hususa açıklık getirmektedir³⁹⁸. Maddeye göre, "*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir*". Bu hükümden anlaşılacağı üzere doktorun kural olarak hastaya bakmayı reddetme hakkı vardır. Başka bir ifadeyle, doktor "*acil yardım ve resmi veya insani vazifenin*³⁹⁹ *ifası hallerinde*" hastaya bakmakla yükümlü olup bu haller dışında hastaya bakıp bakmamak konusunda serbesttir⁴⁰⁰. Acil yardım halinde müdahalede bulunma yükümlülüğünü düzenleyen bir başka hüküm ise Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği'nin 15. maddesidir⁴⁰¹. Maddede bu husus, "...özel ve kamuya ait bütün hastanelerin acil birimleri, bütün acil başvurularını ayırım yapmaksızın kabul ederler. Başvuran her hasta için acil tıbbî değerlendirme, müdahale ve gerektiğinde stabilizasyon sağlanır..." şeklinde düzenlenmiştir. Bu nedenle acil sağlık hizmeti vermekle yükümlü özel ve kamuya ait bütün hastaneler acil tedavi olması gereken hastalara ödeme gücü olup olmadığına, sağlık güvencesi bulunup bulunmadığına bakmaksızın tıbbi tedavi hizmeti vermekle yükümlüdür⁴⁰².

Doktorun hastaya karşı garantör sıfatına sahip olabilmesi için, hastaya bakmakla yükümlü olduğu hallerin mevcut olması gerekmektedir. Bu nedenle doktorun hastaya bakma yükümlülüğünün mevcut olmadığı bir durumda doktor hastaya müdahale etmediği için hasta

³⁹⁶ Ümit, Ceyda; "Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.8, S.32, 2017, s.220.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.935.; Akbulut, Emre; s.202.

³⁹⁷ Bu hüküm, doktoru garantör kılan bir başka kaynak olarak gösterilmektedir. Bkz. Koca/ Üzülmüş; Özel Hükümler, s.142, dp.189.; Buna karşılık, kaynak olarak gösterilen bu normun kanun hükmü olmadığı, bir nizamname yani günümüz ifadesiyle tüzük hükmü olduğu ve bu nedenle de idari tasarruf niteliğine sahip tüzüğün TCK'nın 83. maddesinde ifade edilen kanuni düzenleme kapsamına giremeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Ebaş; Garantörlük, s.376.

³⁹⁸ Aygün Eşitli, Ezgi; "Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, C.1, Ankara, 2015, s s.179.

³⁹⁹ "*İnsani vazife*" ibaresinin "*acil yardım*" kavramı ile aynı kapsamda kabul edilmesi gerektiği şeklindeki görüş için bkz. Hakeri; Tıp Ceza Hukuku, s.94.

⁴⁰⁰ Ersoy, Yüksel; "Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları", TBBD, C.17, S.53, 2004, s.182-183.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.935.; Meran; s.65.; Koçak Süren; s.276.; Taşkın; s.172-173.

⁴⁰¹ Hakeri; Tıp Ceza Hukuku, s.97.

⁴⁰² Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.936.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.256.

yaşamını yitirir ise doktorun TCK. md. 83 kapsamında sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu durumda doktorun sorumluluğu TCK md. 98 kapsamında değerlendirilecektir⁴⁰³. Bununla birlikte doktorun hastaya bakmakla yükümlü olduğu bir hal mevcut olmasına rağmen hastanede yer olmadığı gerekçesiyle hastaya müdahale edilmemesi durumu uygulamada sıkça karşımıza çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda hastanede yer olmasa dahi doktor hastaya karşı ilk müdahalede bulunmak zorundadır⁴⁰⁴. Örneğin, doktorun ilk müdahale için hastaneye getirilen ağır yaralı bir kimseye yer olmadığı gerekçesiyle herhangi bir müdahalede bulunmadığı ve bunun üzerine yaralı kişinin başka bir hastaneye götürüldüğü sırada yaşamını yitirdiği olayda doktorun "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir⁴⁰⁵. Yargıtay kararına konu olan bir olayda ise doktor olarak çalışan şüpheli, hastaya erken doğum yapacağı belirlendiği takdirde hastaneye kabul edilmeyeceğini bildirir. Bunun üzerine hasta başka hastaneye gider ve sonrasında başka hastanede bebeğini kaybeder. Bu olayla ilgili olarak yapılan soruşturma neticesinde bebeğin ölümü ile sanığın eylemleri arasında illiyet bağının kurulamayacağı gerekçe gösterilerek kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. Bu karara karşı itiraz edilmesi üzerine yerel mahkeme "*şüpheli doktorun eyleminin TCK'nın 83. maddesine girme ihtimali bulunduğunu*" gerekçe göstererek itirazın kabulüne karar verir⁴⁰⁶. Ancak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu*" cenine karşı işlenemeyeceğinden bu olayda doktorun TCK md.83'ten sorumlu tutulamayacağı görüşündeyiz.

Son olarak hastaya karşı garantörlüğün başka bir doktor tarafından üstlenilmesi durumu söz konusu olabilir. Örneğin acil servis doktorunun ilk yardım yaptıktan sonra hastayı uzman doktorun bakım ve gözetimine bıraktığı olayda garantörlüğün üstlenilmesi durumu mevcuttur. Bu durumda artık acil servis doktorunun hasta üzerinde garantörlüğü bulunmayacaktır⁴⁰⁷.

⁴⁰³ Palut; s. 581.

⁴⁰⁴Hakeri; Tıp Ceza Hukuku, s.96.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.54.; ETCK dönemindeki bir görüş, söz konusu yükümlülüğe rağmen hastaya müdahale edilmemesi ve bunun neticesinde hastanın yaşamını yitirmesi durumunda doktorun taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacağını belirtmiştir. Bkz. Keyman, Selahattin; "Hekimin Cezai Sorumluluğu", AÜHFD, C.35, S.1, 1978, s.89; Ayrıca bkz. Ersoy; s.183.

⁴⁰⁵ Ümit; s.220.

⁴⁰⁶Yargıtay 1. CD.; E. 2012/1090, K.2012/3643, T.08.05.2012, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.05.2022).

⁴⁰⁷ Meran; s.65.

2.3.1.1.1.2.2.Sözleşme

TCK'nın 83. maddesinde "*sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması*" şeklinde düzenlenen bir diğer garantörlük sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Bu düzenlemede öngörülen garantörlük, koruma ve gözetim ilişkisinin iradi üstlenilmesi nedeniyle doğmaktadır⁴⁰⁸. Nitekim bu husus TCK'nın 83. maddesinin gerekçesinde, "*koruma ve gözetim yükümlülüğünün iradî biçimde üstlenilmesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün ikinci bir kaynağını oluşturmaktadır. Bir başka ifadeyle, koruma ve gözetim yükümlülüğü, bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabilir*" şeklinde belirtilmiştir. Sözleşmeden doğan garantörlüğe örnek olarak hekim ve hemşirelerin hastanın bakım ve tedavisini üstlenmesi, çocuk bakıcısının çocuğun koruma ve gözetimini üstlenmesi, yüzme öğretmeni, özel koruma, dağ rehberi ve cankurtaranın durumu verilebilir⁴⁰⁹.

Bu garantörlüğe yöneltilen temel eleştiri, sözleşmeye aykırılığın ceza hukuku açısından bir suç öngörmesidir. Bu çerçevede kanundan kaynaklanan garantörlüğün, kanunun suç düzenleme yetkisi dikkate alındığında garantörlüğü de düzenlemesi evleviyet ilkesi gereğince kabul edileceğinden kanunilik ilkesine uygun olduğu, buna karşılık kişinin kendi iradesi ile ortaya çıkan ve sübjektif bir işlem niteliğine sahip olan sözleşmeden doğan garantörlüğün, ceza hukuku açısından sorumluluk yüklemesinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilmiştir. Ancak yüksek hukuki değere sahip hakların korunması durumunda ise sözleşmenin garantörlüğü doğurabileceği ifade edilmiştir⁴¹⁰.

Bir kişinin sözleşmeye taraf olarak kendisine ceza hukuku sorumluluğu yüklemesi hususu önem arz etmektedir. Anayasa'nın 48. maddesi "*herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*" şeklinde düzenlenmiş olup, kişilerin sözleşme yapma özgürlüğü koruma altına alınmıştır. Yine bu doğrultuda TBK'nın 26. maddesi " *taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*" ifadesine yer vermektedir. Buna karşılık TMK'nın 23. maddesi "*kimse özgürlüklerinden vazgeçemez*

⁴⁰⁸Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.68.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.406.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.256.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.329.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.260.; Gültaş/ Canbeldek; s.559.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.136.; Türker; s.305.

⁴⁰⁹ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.257.; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.140.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.406.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.147.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.329.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.935.; Meran; s.67.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.136.; Taşkın; s.164.

⁴¹⁰Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erbaş; Garantörlük, s.408-409.

veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz” hükmüne yer vererek sözleşme özgürlüğüne içerik hususunda önemli bir sınırlama getirmiştir. Ayrıca Anayasa'nın 38. maddesinin 7. fıkrası “Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz” hükmüne yer vererek sözleşme yükümlülüğü nedeniyle hapis yasağı öngörmektedir. Bu düzenlemeler doğrultusunda kişinin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü ihmal etmesi sonucu gerçekleşen ölüm neticesi nedeniyle hapis cezasına mahkum edilmesinin Anayasa'nın 38. maddesi ve TMK'nın 23. maddesine aykırılık teşkil edeceği düşünülebilir⁴¹¹. Ancak bu garantörlük kaynağını doğuran sözleşme ile kişi doğrudan özgürlüğünden vazgeçmemektedir. Bu hallerde kişi genellikle bir başkasının bakım ve gözetimini üstlenmekte ve karşılığında ücret almaktadır. Dolayısıyla kişi sözleşme ile doğrudan özgürlüğünden vazgeçmemekte ancak üstlendiği yükümlülüğü ihmal şeklindeki ikinci bir davranışı nedeniyle özgürlüğünden alıkonulmaktadır. Bu yönüyle sözleşme, yalnızca bir çıkış noktası işlevine sahiptir. Dolayısıyla hapis cezasına mahkum olma sadece yapılan sözleşme neticesinde değil, sözleşmenin doğurduğu garantörlük nedeniyle TCK'nın 83. maddesi ile gerçekleştiği için sözleşmenin garantörlük kaynağı olarak kabul edilmesi Anayasa'nın 38. maddesi ve TMK'nın 23. maddesine aykırılık teşkil etmeyecektir⁴¹².

TBK'nın 12. maddesi sözleşmelerin şeklini düzenlemiştir. Buna göre “sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz”. Dolayısıyla kural olarak şekil serbestliği mevcut olmakla birlikte kanun bazı sözleşmelerin geçerliliği için şekli şartı öngörebilir⁴¹³. Bu bağlamda sözleşmenin herhangi bir sebeple hüküm doğurmadığı hallerde TCK md.83'ün gerekçesinde ifade edilen iradi üstlenilmeye dayanılarak bu garantörlüğün doğup doğmayacağı hususu önem arz etmektedir.

Garantörlüğün sözleşmeye dayandığını ifade etmek ile iradi/gönüllü üstlenme temelli olduğunu belirtmek bazı noktalarda farklılık arz etmektedir. Örneğin, yolda yaralı gördüğü kişiye ilk yardım uygulayan kişinin daha sonra yardıma devam etmediği olayda, garantörlüğün temelini iradi üstlenme olarak kabul edilmesi halinde kişinin garantörlüğü

⁴¹¹Erbaş; Garantörlük, s.409-410.

⁴¹²Erbaş, Garantörlük, s.413, 414.

⁴¹³Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, 15. Bs., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2017, s.139.

gönüllü üstlendiği ifade edilecek ve bu nedenle yaralı kişinin yaşamını yitirmesi durumunda sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilecektir. Buna karşılık garantörlüğün sözleşme temelli olarak kabul edilmesi halinde olayda fiili bir durum mevcut olacak ve kişiler arasında herhangi bir hukuki bir ilişki bulunmadığı için garantörlük de doğmayacaktır. Bu durumda ise kişinin sorumluluğu "*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" (TCK md. 98) suçu kapsamında değerlendirilecektir⁴¹⁴.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre sözleşme kavramı, gönüllü üstlenme olarak anlaşılmalıdır⁴¹⁵. Örneğin trafiğin yoğun olduğu bir caddede karşıdan karşıya geçmeye çalışan bir çocuğu görüp yardım etmek için elinden tutan bir kişi artık çocuğa karşı garantördür. Bu kişi çocukla birlikte karşıya geçerken arabalar yoğunlaştığı için caddenin ortasında çocuğun elini bırakıp geri dönerse meydana gelecek ölüm neticesinden sorumlu tutulmalıdır⁴¹⁶. Bununla birlikte kanuna aykırılık teşkil etmeyecek şekilde yapılan sözleşmenin, hukuken geçerli olmasa da belirli şartların varlığı durumunda garantörlüğü doğurabileceği belirtilmektedir⁴¹⁷. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre borçlar hukukundaki sözleşmenin geçerliliği ile ilgili kuralların sıkı bir şekilde uygulanarak sözleşmenin hükümsüz olduğunu ve bu nedenle de garantörlüğün doğmadığını ifade etmek ceza hukukunun amaçlarına uygun düşmeyecektir⁴¹⁸. Bu doğrultuda bir yazar, esas önemli olanın sözleşmenin doğurduğu yükümlülüğe bağlı güven ilişkisi olduğunu belirterek TBK'nın 27. maddesine göre "*kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan*" bir sözleşme kesin hükümsüz olsa dahi garantörlüğün doğabileceğini ifade etmiştir⁴¹⁹. Örneğin A ile B'nin yaptığı sözleşmeye göre A, kendisinin B tarafından korunması karşılığında B'ye uyuşturucu madde sağlayacaktır. Söz konusu sözleşme borçlar hukuku

⁴¹⁴Benzer örnek için bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s.220.; Ayrıca bkz. Koçak Süren; s.277-278.

⁴¹⁵Marwald; s.165.; Hakeri; İhmali Suçlar, s.157.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.105.; Centel, Nur/ Zafer, Hamide/ Çakmut, Özlem; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar s.69.; Türay; s.129.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.406.; Arslantürk; s.292.; Meran; s.67.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.; Türker; s.305.; Koçak Süren; s.277.

⁴¹⁶ Koçak Süren; s.278.; Benzer örnek için bkz. Arslantürk; s.293.

⁴¹⁷Hakeri; İhmal Suçları, s.157.; Marwald; s.165.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.332.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.105.; Türay; s.129.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.406.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.; Türker; s.305.; Koçak Süren; s.279.; Akbulut, Emre; s.204-205.

⁴¹⁸ Türay; s.129.; Akyürek; s.152.

⁴¹⁹ Meran; s.67.

kapsamında hükümsüz olsa da ceza hukuku açısından asıl önemli olan doğan güven ilişkisi olması nedeniyle B garantör olacaktır⁴²⁰.

Doktrinde bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise TCK'nın 83. maddesinde yer alan sözleşme ifadesi hukuken geçerli bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Zira geçersiz bir sözleşmenin de bu garantörlüğü doğurabilmesi için ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda güven ilişkisini korumak amacıyla fiili üstlenmenin sözleşmenin yerine geçerek garantörlük kaynağı oluşturacağını kabul etmek kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir⁴²¹. Bu noktada fiili üstlenmeyle ilgili şu hususa dikkat çekilmelidir. Sözleşmenin kural olarak şekil şartına tabi olmadığı ve TBK'nın 1. maddesinin "*sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir*" şeklindeki hükmü dikkate alındığında, sözleşme iradenin açık bir şekilde "*örneğin, sözlü olarak*" açıklanmasıyla kurulabileceği gibi örtülü bir şekilde "*örneğin, daha önce yapılmış bir sözleşme mevcut değil iken koruma ve gözetim niteliğindeki davranışların yapılması*" şeklinde açıklanmasıyla da kurulabilir. İradenin örtülü olarak açıklandığı bu hallerde kişi fiili üstlenme sebebiyle sözleşmeye taraf olmakta ve bu nedenle garantörlüğün kaynağı gönüllü üstlenmeye değil sözleşmeye dayanmaktadır⁴²².

Garantörlüğün sözleşmeden kaynaklanabilmesi için, sözleşmenin hukuken yapılması tek başına yeterli değildir. Ayrıca koruma ve gözetim yükümlülüğünün fiilen üstlenilmesi de gerekmektedir⁴²³. Zira bu garantörlüğün mantığı, sözleşmenin diğer tarafının yükümlülüğün üstlenilmesine güvenilerek normal şartlarda yapmayacağı davranışları yapması veya alamayacağı riskleri almasıdır⁴²⁴. Örneğin bakıcı saat 07:00'de eve gelerek çocuğa bakmak için anne ile sözleşme yapmasına rağmen gelmesi gereken saatte eve gelmez. Anne de bakıcı gelmemesine rağmen çocuğunu yalnız bırakarak evden ayrılır ve çocuk balkondan düşerek

⁴²⁰ Akyürek; s.152.

⁴²¹ Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.446.; Erbaş; Garantörlük, s.420.

⁴²² Akbulut, Emre; s.204.; Erbaş; Garantörlük, s.421.

⁴²³ Maiwald; s.165.; Dülger; Genel Hükümler, s.299.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.406.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.503. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.19.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.329.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.260.; Meran; s.67.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.165.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.135.; Türker; s.305.; Taşkın; s.164.; Akbulut, Emre; s.206.; Akyürek; s.152.

⁴²⁴ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.406.; Türey; s.128.

yaşamını yitirir. Bu durumda fiili üstlenme olmadığı için bakıcının garantörlüğü söz konusu olmayacaktır⁴²⁵. Ancak annenin bakıcı ile sözleşme yapması, annenin kanundan kaynaklanan garantörlüğünü sonlandırmayacaktır. Bu nedenle çocuğu korumaya yönelik davranışları yerine getirmeyerek çocuğu evde yalnız bırakan annenin sorumluluğu TCK md. 83 kapsamında değerlendirilecektir⁴²⁶.

Hakeri, yükümlülüğün üstlenilmesi beyanına güvenen kişinin diğer koruyucu tedbirlerden vazgeçtiği bazı durumlarda ise garantörlüğün doğabilmesi için fiili üstlenmenin şart olmadığını ifade etmiştir⁴²⁷. Örneğin bakıcının fiili üstlenme beyanı, annenin diğer koruyucu tedbirlerden vazgeçmesi için yeterli görülmemektedir. Dolayısıyla bu durumda bakıcının garantörlüğü fiili üstlenme halinde söz konusu olacaktır. Bunu karşılık doktorun yükümlülüğün üstlenilmesini içeren beyanı, hastanın buna güvenerek diğer koruyucu tedbirlerden vazgeçmesi için yeterli görülebilir. Bu durumda ise fiili üstlenme gerçekleşmemesine rağmen garantörlük doğmuş olacaktır⁴²⁸. Bu itibarla olayda fiili üstlenme beyanına istinaden diğer koruyucu tedbirlerin gerçekten alınıp alınmadığı garantörlük tayini bakımından bir ölçüt değildir. Bu gibi durumlarda garantörlüğün mevcut olup olmadığının tespiti için fiili üstlenme beyanına güvenerek diğer koruyucu tedbirlerin alınmaması normal karşılanabilecek midir şeklinde normatif bir değerlendirme yapılması gerekmektedir⁴²⁹.

Sözleşmenin kurulup, fiilin üstlenmenin de gerçekleşerek garantörlüğün doğduğu ancak taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin herhangi bir sebeple sona erdiği her durumda garantörlüğün de sona erdiği kabul edilemez⁴³⁰. Örneğin dağ rehberiyle birlikte dağın zirvesine tırmanan bir kişi, bu esnada rehber parası olmadığı için ödeme yapmayacağını beyan eder ve bunun üzerine rehber sözleşmeden döner. Bu durumda rehber, sözleşmeden

⁴²⁵ Taşkın; s.164.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.106.; Benzer örneğe yer veren bir çalışma için bkz. Maiwald;s.165.

⁴²⁶ Erbaş; Garantörlük, s.426.

⁴²⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.148.; Ayrıca bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69.

⁴²⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.149.; Maiwald; s.165-166.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.330.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.261.; Taşkın; s.165.

⁴²⁹ Maiwald; s.166.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69.

⁴³⁰ Türay; s.129.; Akbulut, Emre; s.206.

dolayı kurulan güven ilişkisi tehlikeli bir zemin yarattığı için kişi açısından tehlikeli durum ortadan kalkana kadar garantör olmaya devam edecektir⁴³¹.

Sözleşmeden kaynaklanan garantörlüğün zamansal ve nesnel sınırları bulunmaktadır. Bu doğrultuda özel bir güven ilişkisinin bulunduğu durumlar hariç sözleşmenin geçerli olduğu zaman aralığı dışında garantörlüğün genişletilerek mevcut olduğundan söz edilemez⁴³². Örneğin, havuzda cankurtaran olarak pazartesi ve cuma günleri saat 09:00' dan 16:00'ye kadar çalışmak üzere sözleşme yapan kimse, salı günü havuza yüzmeye gittiğinde havuzda boğulan kişiye karşı garantör sıfatına sahip değildir⁴³³. Yine sözleşmenin geçerli olduğu zaman dilimi dışında örneğin havuzdan 19:00'da ayrıldığı sırada boğulan kişiye karşı da garantör sıfatı bulunmamaktadır. Ancak sözleşmenin geçerli olduğu zaman aralığına çok yakın zamanları, dürüstlük kuralları ve kişilerin duydukları güven nedeniyle sözleşme kapsamında kabul etmek gerekir⁴³⁴. Örneğin cankurtaranın 16:01' de boğulan bir kişiyi görmesi durumunda garantörlüğün genişletilerek mevcut olduğundan söz edilebilir⁴³⁵.

Sözleşmeden doğan garantörlüğün devredilmesi mümkündür. Bu durumda yükümlülüğü üstlenen kişi garantör sıfatı kazanmakta iken yükümlülüğü devreden kişinin garantörlüğü ve bundan doğan sorumluluğu sona ermektedir⁴³⁶.

2.3.1.1.1.2.3. Önceden Gerçekleştirilen Tehlikeli Davranış

Son olarak kişinin önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranış nedeniyle garantörlük meydana gelebilir⁴³⁷. TCK'nın 83. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendinde "*önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaması*" şeklinde düzenlenen ve yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer kabul edilmesini sağlayan bu garantörlük kaynağı, "*somut olayın ceza hukuku terimine*

⁴³¹ Türay; s.129.; Koçak Süren; s.280.; Taşkın; s.165.; Bu durumda garantörlüğün sona erdiği ancak rehberin, kişi açısından tehlikeli bir durum mevcut ise herkes gibi yardım yükümlülüğünün söz konusu olduğu şeklinde aksi yöndeki görüş için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.149.

⁴³² Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.108.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69.

⁴³³ Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2812.

⁴³⁴ Dülger; Genel Hükümler, s.300.

⁴³⁵ Koçak Süren; s.280.; Taşkın; s.166-167.; Benzer örnek için bkz. Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.108.

⁴³⁶ Hakeri; İhmal Kavramı, s.150.; Taşkın; s.167.

⁴³⁷ Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.936.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.69-70.; Meran; s.68.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.166.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.137.; Gökcan/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.19.; Türker; s.305.; Koçak Süren; s.281.; Akbulut, Emre; s.206-207.

dönüştürülmesi" itibarıyla diğer garantörlük kaynaklarından farklı bir yapıya sahiptir⁴³⁸. Kanuni düzenleme ve sözleşmeden doğan garantörlükte kişi nedensellik sürecini kendi başlatmamış iken bu garantörlük kaynağı bizzat kişinin davranışı ile ortaya çıkmakta ve kişi nedensellik sürecini kendi başlatmaktadır⁴³⁹. Örneğin aracıyla yolda giden bir sürücünün yola aniden atlayan bir kimseye çarpmamak için direksiyonu kırıp uçuruma yuvarlandığı olayda, yola aniden çıkan kimse, sürücünün zarar görmesini önlemekle yükümlüdür⁴⁴⁰.

Bu garantörlük *öngelen tehlikeli eylem*⁴⁴¹ şeklinde de ifade edilmekte olup tehlikeli davranışıyla bir zarar tehlikesinin doğmasına neden olan kişinin, bu tehlikenin tipik neticeyi meydana getirmesini engelleme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır⁴⁴². Bu davranışı gerçekleştiren kimse, bu davranış nedeniyle mağdur olacak kişiye karşı herhangi bir insan konumunda değildir⁴⁴³. Kişi gerçekleştirdiği davranış nedeniyle başkalarını tehlikeli bir duruma soktuğu için bizzat kendisi tehlikenin kaynağı konumundadır. Dolayısıyla bu durumda neticeye sebep olma ve neticeyi önlemeyi ihmal birlikte mevcuttur⁴⁴⁴. Önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklanan garantörlükte tehlikenin kaynağının bizzat bu davranışı gerçekleştiren kişi olduğu hususu önem arz etmektedir. Çünkü gerçekleştirilen ihmali davranışın üçüncü bir kişinin veya bir doğa olayının başlattığı mevcut sebepler serisine sonradan eklenmiş olması failin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulması için yeterli değildir⁴⁴⁵.

⁴³⁸ Erbaş; Garantörlük, s.432-433.

⁴³⁹ Hakeri; İhmal Kavramı, s.162.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.936.; Türker; s.305.

⁴⁴⁰ Taşkın; s.174.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.70.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.936-937.

⁴⁴¹ Hakeri; İhmal Kavramı, s. 161.; Artuk/ Gökçen/ Aşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s. 329.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.403.; Özgenç; İhmali Suç Teorisi, s. 314.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.70.; Meran; s.68.; Taşkın; s.173.

⁴⁴² Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.406.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.70.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.261.

⁴⁴³ Maiwald; s.167.; Meran; s.68.

⁴⁴⁴ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.406.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.70.; Yokuş Sevrük; Özel Hükümler, s.137.

⁴⁴⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.166.; "*Sebepler serisinin üçüncü kişinin hareketi veya tabiat kuvvetleri tarafından başlatılmış olması halinde, nedensellik bağının varlığını kabul etmek, diğer bir ifadeyle, sebepler serisine müdahale etmeyerek neticenin meydana gelmesine engel olmayan kişiyi bu neticeden sorumlu tutabilmek için, kanaatimizce, iki şartın gerçekleşmesi gerekir: birinci şart failin harekete geçmesi ve sonuca engel olabilmesi bakımından hukuki bir yükümlülüğün varlığı, ikinci şart da bu yükümün yerine getirilmesinin mümkün olması diğer bir ifadeyle, ortada hukuka aykırılığı kaldıran bir durumun, failin hareketsiz kalmasını haklı gösteren bir halin bulunmamasıdır*". Dönmezer/ Erman; s.478.

Bu garantörlüğü doğuran davranış ihmali şekilde de gerçekleşebilir. İhmali davranışın, önceden gerçekleştirilen tehlike davranış olarak kabul edilebilmesi için kişinin, icrai bir davranış yapması hususunda yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Ayrıca garantörlüğü doğuran önceden gerçekleştirilen davranış ile suçu oluşturan sonraki ihmali davranış arasında yakın zaman aralığı olması gerekmektedir⁴⁴⁶.

Önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan doğan garantörlük uygulamada ağırlıklı olarak trafik kazalarında öne çıkmaktadır. Tipik örnek, sürücünün aracıyla trafikte seyir halindeyken taksirle bir kişiye çarpması neticesinde kişinin ölmesidir⁴⁴⁷. Sürücü, dikkatsizliğinden ötürü çarptığı kişiye yardım etmesine rağmen ölüm neticesi meydana gelmiş ise taksirle öldürme suçundan sorumlu olacak iken, çarptığı kişinin ölmesini istediği için herhangi bir yardımda bulunmadan olay yerinden uzaklaşması halinde sürücünün kişiye çarpması önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olarak değerlendirilecek ve sürücü garantör durumuna gelecektir. Dolayısıyla bu durumda sürücü "*taksirle öldürme*" veya "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" suçundan değil "*taksirle yaralama*" ve "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulacaktır⁴⁴⁸. Öğretide bir görüş bu durumda taksirli davranışın garantörlüğü meydana getirdiğini ve bu nedenle ayrıca taksirli davranıştan dolayı cezalandırılmanın çifte değerlendirme yasağına aykırı olacağını ifade etmiştir⁴⁴⁹. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir görüş olayda iki farklı davranış ve iki ayrı manevi unsur olduğunu ayrıca TCK md. 83/2-b)' de önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın taksirle olması durumunda ayrıca bu taksirli davranıştan dolayı ceza sorumluluğunun kabul edilmeyeceğine yönelik bir hüküm bulunmadığını ve bu nedenle taksirli davranışın da cezalandırılması gerektiğini belirtmiştir⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Erbaş; Garantörlük, s.463-464.

⁴⁴⁷ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.123.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.406.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.70.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.257-258.; Gültaş/ Canbeldek; s.559.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.137.

⁴⁴⁸ Özen; Özel Hükümler, s.178.; Soyaslan; Genel Hükümler, s.148.; Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.151.; Hakeri; Genel Hükümler, s.429-430.

⁴⁴⁹ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.372.; Türay; s.132.

⁴⁵⁰ Özen; Özel Hükümler, s.178.

Yargıtay'ın 2014 tarihli bir kararına⁴⁵¹ konu olan olay "342 promil alkollü maktul, sanık tarafından şehir merkezinde araca zorla bindirilip bilinmeyen bir yere götürülmüştür. Burada cinsel saldırı eyleminde bulunan sanık maktulü tekrar şehir merkezine götürdüğü esnada, hızla bir şekilde sürdüğü araçtan maktul yere düşmüştür. Durumu fark eden sanık aracı durdurmasına rağmen maktulün durumuna bakmadan olay yerini terk etmiştir." şeklinde gerçekleşmiştir. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, "...342 promil alkollü olması nedeniyle beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda olduğu anlaşılan maktulün, araçtan düşebileceğini de öngörerek, güvenli seyahat etmesi için gerekli önlemi almayan ve bu şekilde öngelen tehlikeli davranışı nedeniyle maktulün yaralanmasına neden olan sanığın maktule yardım etmek veya yardım edecek birilerini çağırmak, yani yaralananın ölmemesi için gerekli çabayı göstermek, yükümlülüğü altında olduğu, bu nedenle yükümlülüğünü kasten yerine getirmeyip maktulün ölmemesini sağlamak için icrai bir davranışta bulunmayan sanığın meydana gelen ölüme ihmali davranışla neden olduğu ve TCK.nın 83/2-b delaletiyle aynı Kanununun 83/3. maddesi gereğince cezalandırılması gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılığa düşülerek TCK.nın 98/2. maddesiyle hüküm kurulmasının..." kanuna aykırı olduğunu belirterek, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış sebebiyle garantörlüğün doğduğuna dikkat çekmiştir. Bu karar, çalışmamızın konusunu oluşturan suç (TCK md. 83) ile "yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi " (TCK md. 98) suçu arasındaki tehlikenin kaynağı ve fail hususlarının ayrımı açısından da önem arz etmektedir.

Nitekim TCK 83. maddesinin gerekçesinde bu garantörlük kaynağı ile ilgili şu ifadeler yer almıştır: "Bu konudaki üçüncü gruba, öngelen tehlikeli fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü oluşturmaktadır. Örneğin, taksirle bir trafik kazasına neden olan kişi, kaza sonucunda yaralanan kişilerin bir an önce tedavi edilmelerini sağlama konusunda bir yükümlülük altına girmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi sonucunda yaralı kişinin ölmesi hâlinde, bu neticeden dolayı kazaya sebebiyet veren kişiyi de sorumlu tutmak gerekir".

Bu garantörlüğün kapsamına her çeşit tehlikeli davranış girmemektedir. Aksi halde kişinin önceden gerçekleştirdiği davranışın yalnızca tehlikeli olması nedeniyle bu garantörlük kaynağının oluştuğu ifade edilecek ve bu durum da sorumluluk alanının oldukça

⁴⁵¹ Yargıtay 14. CD.; E. 2014/8603, K. 2014/14675, T. 22.12.2014, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 19.05.2022).

genişlemesine yol açacaktır. Bu nedenle, tehlikeli davranışın niteliklerinin ve sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir⁴⁵².

Bu çerçevede önceden gerçekleştirilen her nedensel tehlikeli davranış garantörlüğü meydana getirmez. Bu tehlikeli davranış zararın ortaya çıkması bakımından "*doğrudan, somut ve yakın bir tehlikeye*" sebep olmalıdır⁴⁵³. Bununla birlikte önceden gerçekleştiren davranış tehlikeli olsa dahi sosyal bakımdan uygun olduğu takdirde garantörlüğün doğmayacağı kabul edilmektedir⁴⁵⁴. Örneğin lokanta sahibinin alkollü içecek satması müşterilerin suç teşkil eden davranışlarını önleme yükümlülüğü doğurmaz⁴⁵⁵.

Ayrıca herhangi bir yükümlülüğe aykırılık değil, "*ilgili hukuki yararın korunmasına hizmet eden normun*" ihlali şeklinde gerçekleşen yükümlülüğe aykırılık garantörlüğü doğuracaktır⁴⁵⁶. Örneğin yaralama fiilleri neticesinde bir kimsenin bayılmasına neden olan kişi, yaraladığı kişinin yaşam hakkı için garantördür. Ancak değerli eşyalarının başkası tarafından çalınmaması bakımından garantör değildir⁴⁵⁷. TCK'nın 83. maddesinde de herhangi bir tehlike değil, gerçekleştirilen davranışın "*başkalarının hayatı ile ilgili*" tehlikeli bir durum oluşturması gerektiği belirtilmiştir. Tehlikeli durum oluşturma, mevcut tehlikeli durumun arttırılması şeklinde de gerçekleşebilecektir.

Son olarak önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış ile önlenecek tehlike arasında "*yükümlülüğe aykırılık ilişkisi*" bulunmalıdır⁴⁵⁸. Tehlikeli davranış, kusurlu olmasa dahi objektif olarak bir yükümlülüğe aykırılık teşkil etmelidir. Böyle bir yükümlülüğe aykırılığın şüpheli olduğu durumlarda ise gerçekleştirilen tehlikeli davranışın garantörlüğü ortaya çıkarmadığı kabul edilmelidir⁴⁵⁹. Buna göre kişi yükümlülüklerini ihlal etmeyecek şekilde

⁴⁵²Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.125.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.71.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.937.

⁴⁵³ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.117.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.261.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.937.; Türker; s.306.; Koçak Süren; s.282.; Savaşçı, s.998.

⁴⁵⁴ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.

⁴⁵⁵Hakeri; İhmal Kavramı, s.170.

⁴⁵⁶ Koca /Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.261.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.937.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.166.; Türker; s.306.; Koçak Süren; s.282

⁴⁵⁷ Hakeri; İhmal Kavramı, s.172.

⁴⁵⁸Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.261.; Türker; s.306.; Koçak Süren; s.282.

⁴⁵⁹ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.117.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.

gerçekleştirdiği davranışı ile tehlikenin oluşumuna neden olmuş ise önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranış sebebiyle garantör olmayacaktır⁴⁶⁰.

Bu hususta ayrıca belirtmek gerekir ki, önceden gerçekleştirilen davranışın haksız olması gerekmekte ise de bu haksızlığın suç teşkil etmesi şart olmadığı gibi kişinin kusurlu olması da şart değildir⁴⁶¹. Örneğin tüm trafik kurallarına uygun şekilde hareket eden sürücünün bir kişiye çarpması durumunda önceden gerçekleştirilen davranış nedeniyle garantörlük doğmaz. Bu olayda sürücünün çarptığı kişiye karşı sorumluluğu herkes gibidir⁴⁶². Keza Yargıtay da bir kararında, bütün trafik kurallarına uyan araç sürücüsünün aniden yola atlayan akıl hastası birine çarptığı ve sonrasında yardım etmediği için kişinin öldüğü olayda sürücünün sorumluluğunu TCK md. 98 kapsamında değerlendirmiştir⁴⁶³.

Öte yandan ilgili suç tipi düzenlemesinde önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın hukuka aykırı olması gerektiğine dair herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir⁴⁶⁴. Ancak ağırlıklı görüşe göre, önceden gerçekleştirilen davranışın garantörlüğü doğurabilmesi için ceza hukuku ilkeleri gereğince hukuka aykırı olması gerekmektedir⁴⁶⁵. Zira garantörlüğün ortaya çıkabilmesi için yükümlülüğe aykırı bir davranış olması gerekmekte olup, farklı

⁴⁶⁰ Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.340.

⁴⁶¹ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.937.; Özen; Genel Hükümler, s.247.

⁴⁶² Erbaş; Garantörlük, s.459.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.; Aksi yöndeki görüş, bu olayda önceden gerçekleştirilen davranışı, izin verilen risk durumu olarak nitelendirmiştir. Yazara göre izin verilen risk durumları, yalnızca tehlikeli bir davranışta bulunmaya izin vermektedir. Bu itibarla izin verilen risk, meşru savunmadaki gibi üçüncü kişilere zarar verme hakkını içermemektedir. Bu nedenle tehlikeli davranışıyla yayaya zarar veren sürücü garantör sıfatına sahiptir ve neticeyi önlemekle yükümlüdür. Bkz. Maiwald; s.168.; Özen; Özel Hükümler, s.179.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.71.; Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.261-262.

⁴⁶³ Kararın ilgili kısmı şöyledir: "...öngelen davranışı gerçekleştirmiş olmasına rağmen bu davranışı gerçekleştirmekte kusursuz olan kişinin ise 83. madde uyarınca değil, tıpkı başka birisinin yaraladığı kişiyi görmesine rağmen yardımdan imtina eden kişide olduğu gibi 98. madde uyarınca sorumlu tutulması gerekir. Her ne kadar, 83/2-b maddesinde öngelen davranışı yapan kişinin sorumluluğu belirlenirken "kusurun bulunup bulunmaması" hususundan bahsedilmemiş ise de, öngelen davranışta hiçbir kusuru bulunmayan kişinin de bu madde uyarınca sorumlu tutulması, TCK'nın "hayata karşı suçlar" bölümünde düzenlenen 83. madde ile korunmuş bulunan hukuki değer ile bağdaşmaz. Zira, 83. maddedeki suçla "kişilerin yaşama hakkı" korunmaktadır. Bu durumda ise failin, mağdurun "yaşama hakkına" yönelik kusurlu bir eylemi bulunmamaktadır. Failin eylemi, yaşama hakkı tehlikeye girmiş bir kişiye yardımdan imtina etmekten ibarettir..." (Yargıtay, 1. CD.; E. 2012/3814, K. 2014/3754 , T. 07.07.2014, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 24.05.2022)).

⁴⁶⁴ Yazar kanun metninde sadece davranıştan söz edildiğini bu nedenle önceden gerçekleştirilen davranışın hukuka aykırı olması gerektiği şeklinde bir genelleme yapılamayacağını belirtmiştir. Bkz. Akbulut, Emre; s.208.

⁴⁶⁵ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.407.; Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.144.; Özgenç; İhmalî Suç Teorisi, s.317.; Özgenç; Genel Hükümler, s.401.

görüşler⁴⁶⁶ olsa dahi hukuka uygun bir davranış nedeniyle garantörlüğün meydana geleceği kabul edilmemektedir⁴⁶⁷. Bu doğrultuda örneğin, kişinin gerçekleştirdiği davranışının meşru savunma nedeniyle hukuka uygun olduğu durumlarda bu kişinin garantör olacağı kabul edilmemektedir⁴⁶⁸. Dolayısıyla bu hallerde savunma yapan kişinin sorumluluğu, TCK md. 83 kapsamında değil, "*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" (TCK md. 98) suçu kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁶⁹. *Hakeri*, hukuken yapılması haklı görülen böyle bir davranışın garantörlüğü meydana getirmeyeceğini hatta bu durumda "*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" (TCK md. 98) suçuna ilişkin hükmün de uygulanamayacağını aksinin kabulü halinde ahlaki alanda bir beklentinin ceza hukuku alanına taşınacağını belirtmiştir⁴⁷⁰. Bununla birlikte hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın aşıldığı durumlarda artık haksız bir davranış söz konusu olduğu için garantörlük meydana gelecektir⁴⁷¹.

Biz de yukarıda açıklanan nedenlerden ötürü önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın garantörlüğü doğurabilmesi için hukuka aykırı bir davranış olması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu gibi durumlarda önceden gerçekleştirilen davranış hukuka uygun olsa dahi failin başka bir nedenden dolayı garantörlüğü mevcut ise sorumluluğu devam edecektir. Örneğin bir polisin "*görevin ifası*" hukuka uygunluk nedeni sınırları içerisinde bir göstericiyi yaraladığı olayda polis önceden gerçekleştirdiği davranış nedeniyle garantör olmasa da "*kanuni düzenleme*" nedeniyle garantör durumdadır. Bu nedenle polis yaralı kişinin kan kaybettiğini görmesine rağmen herhangi bir kurtarıcı müdahalede bulunmaz ise sorumluluğu TCK md.83 kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla polisin önceden gerçekleştirdiği davranışın hukuka uygun olması başka nedenlerden kaynaklı garantörlüğün önüne geçmeyecektir.

⁴⁶⁶Önceki davranışın hukuka uygun olduğu hallerde dahi garantörlüğün doğabileceği şeklindeki görüşe yer veren bir çalışma için bkz. *Hakeri; Kasten Öldürme Suçları*, s.128.

⁴⁶⁷Erbaş; *Garantörlük*, s.459.; *Hakeri; Kasten Öldürme Suçları*, s.128.; *Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler*, s.407.; *Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.71.; *Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler*, s.330.; *Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme*, s.937.; *Savaşçı*, s.998.

⁴⁶⁸Maıwald; s.168.; *Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, s.71.; *Akyürek*; s.153.; *Akbulut, Berrin; Genel Hükümler*, s.342.; *Aksi görüş için bkz. Koçak Süren*; s.281-282.

⁴⁶⁹Maıwald; s. 168.; *Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler*, s.408.; *Centel / Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş*, s.262.

⁴⁷⁰*Hakeri; İhmal Kavramı*, s.174; Aynı yönde görüş için bkz. *Akbulut, Berrin; Genel Hükümler*, s.342.; *Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler*, s.408.

⁴⁷¹ *Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler*, s.331.; *Akyürek*; s.153-154.

Başlangıçta hukuka aykırılık teşkil etmeyen bir davranışın daha sonra hukuka aykırı hale dönüştüğü durumlarda ise garantörlüğün söz konusu olacağı belirtilmiştir. Örneğin evine giren hırsız odaya kilitleyen bir kimse hırsız uzun bir süre serbest bırakmaz ve hırsız açlıktan ölür. Aslında bu durumda garantörlüğün kaynağı hırsız odaya kilitleme şeklinde gerçekleşen hukuka uygun davranış değildir. Garantörlüğü doğuran önceki davranış, başlangıçta mevcut olan hukuka uygunluk nedenin kalkmasına rağmen hırsız bırakmama şeklinde gerçekleşen ihmali davranıştır⁴⁷². Kanaatimizce bu görüş, hukuka uygun olarak gerçekleştirilen davranışların da garantörlüğü doğuracağı sonucuna varmaktadır. Örneğin görüşe göre meşru savunma halinde saldırganı yaralayan ve savunmasız duruma gelen saldırganı olay yerinde bırakarak ayrılan kişi açısından da başlangıçta mevcut olan hukuka uygunluk nedenin kalkmasına rağmen saldırganı yardım etmeme şeklindeki ihmali davranışın, garantörlüğü doğuracağı ifade edilebilecektir.

Önceden gerçekleştirilen davranışın taksirle veya kasten işlenen bağımsız bir suç tipini oluşturduğu durumlarda garantörlüğün meydana gelip gelmeyeceği hususu da önem arz etmektedir. Yukarıda belirttiğimiz üzere taksirli bir suç oluşturmanın önceden gerçekleştirilen davranış olarak kabul edildiği ve bu davranışın garantörlüğü doğurduğu konusunda fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Ancak taksirli davranışın doğrudan ağır neticeyi oluşturduğu durumlarda, icrai davranış gerçekleştirilmeye yönelik bir yükümlülükten bahsedilemeyeceği için garantörlük de doğmayacaktır⁴⁷³. Örneğin bir sürücünün, trafikte gerekli dikkat ve özeni göstermediği için aracıyla yayaya çarptı olayda, doğrudan ve sadece yaralama neticesi meydana gelmiş ise taksirle yaralama suçundan, doğrudan ölüm neticesi meydana gelmiş ise taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulması gerekir⁴⁷⁴.

Kasten gerçekleştirilen davranışla bir suç işleyen kişi açısından daha sonra ihlal ettiği hukuki değeri koruma yükümlülüğünün bulunduğu bahsedilemeyeceği gibi yardım ve bildirim yükümlülüğünün olduğunu söylemek de mümkün değildir⁴⁷⁵. Bu durumlarda bağımsız bir suç tipini meydana getiren kasten gerçekleştirilen davranış, bu garantörlüğü

⁴⁷² Erbaş; Garantörlük, s.475-476.

⁴⁷³ Hakeri; İhmali Suçlar, s.162.

⁴⁷⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.70.

⁴⁷⁵ Hakeri; İhmali Suçlar, s.163.; Koca/ Üzülmez; Özel Hükümler, s.143.; Akbulut, Emre; s.207.

doğuran önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olarak kabul edilemez⁴⁷⁶. Örneğin tartıştığı kişiyi kasten öldürmek amacıyla bıçaklayan ve olay yerinden kaçan bir kimsenin sorumluluğu TCK md.83 kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi yardım etme yükümlülüğünden de bahsedilemez. Bu durumda failin ölüm neticesi meydana gelmiş ise kasten öldürme suçundan, netice başka sebeplerle gerçekleşmez ise kasten öldürme suçuna teşebbüsten sorumluluğu doğacaktır⁴⁷⁷.

Kasten gerçekleşen önceki davranıştan sonra gerçekleşen ihmalin, önceki davranışın önüne geçtiği durumlarda ise garantörlüğün kabul edilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle bir hukuki değere yönelik kasten gerçekleştirilen davranışın, başka bir hukuki değer açısından zarar tehlikesi meydana getirdiği durumlarda kasten gerçekleştirilen davranış, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olarak nitelendirilecek ve bu başka hukuki değer bakımından garantörlük kabul edilecektir⁴⁷⁸. Örneğin kasten yaralamak amacıyla bir kimseye ateş eden kişi, ölüm neticesini engellemekle yükümlüdür. Bu durumda kasten yaralama suçunu oluşturan davranış, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olarak garantörlüğü doğuracak ve kişinin sorumluluğu md.83 kapsamında değerlendirilecektir⁴⁷⁹.

2.3.1.2. Mağdur

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun mağduru, faile göre belirlenmektedir⁴⁸⁰. Bu suçun mağduru, garantörün yani neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişinin korumakla yükümlü olduğu kişidir. Bu bağlamda örneğin suçun failinin, sözleşmeden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi olduğu durumda mağdur, sözleşme ilişkisinden kaynaklanan koruma ve gözetim hususunda hak sahibi olan kişidir. Örneğin cankurtaranın sözleşme ilişkisinden doğan önleme yükümlülüğü çerçevesinde, havuzda boğulma tehlikesi geçiren kişi bu suçun mağdurdur⁴⁸¹.

⁴⁷⁶ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.408.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.148.

⁴⁷⁷ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.408.; Akyürek; s.154.; Benzer bir örnek için bkz. Tezcan/ Erdem/ Önok; s.148.

⁴⁷⁸ Dülger; Genel Hükümler, s.301.

⁴⁷⁹ Erbaş; Garantörlük, s.490.; Benzer örnek için bkz. Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.408.

⁴⁸⁰ Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.933.

⁴⁸¹ Palut; s.603.

Bu suçun mağduru ancak bir insan olabilir. Bu suçla korunan hukuki değer yaşama hakkı olduğu için mağdurun hayatta olması gerekmektedir. Bu nedenle insan dışındaki herhangi bir varlık veya yaşamını yitirmiş bir insan, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun mağduru olamaz⁴⁸². Örneğin yeni doğum yapmış bir anne, çocuğunun ölü olarak doğduğunun farkına varmadan onu öldürmek amacı ile göbek bağına bağlamaz veya süt vermez ise bu durumda bir işlenemez suç söz konusudur⁴⁸³.

Mağdur olan insanın fiziki özellikleri, sağlık durumu, cinsiyeti, ırkı, dili, dini suçun oluşması bakımından önemsizdir. Hatta yaşayan varlığın insana benzememesi durumunda bile ona karşı gerçekleştirilen tipik davranış suçun oluşmasına sebebiyet verecektir⁴⁸⁴.

Bu konuda insan sıfatının ne zaman kazanıldığı diğer bir ifadeyle ceninin insan olup olmadığı hususu da önem arz etmektedir. Yargıtay kararlarında ve öğretide ceninin insan olmadığı ve bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan suçun mağduru olamayacağı kabul edilmekte ve cenini öldürmeye yönelik gerçekleştirilen davranışlar TCK md.83 kapsamında değil, "*çocuk düşürme*" (TCK md. 99) suçu veya "*çocuk düşürme*" (TCK md.100) suçu kapsamında değerlendirilmektedir⁴⁸⁵. Bu nedenle cenin ancak insan sıfatını kazandığı an öldürme suçunun mağduru olabilecektir.

Doktrinde ağırlıklı görüşe göre ceninin insan olarak kabul edilebilmesi için ana rahminden çıkarak bağımsız bir varlık haline gelmesi gerekmektedir⁴⁸⁶. TMK'nın 28.

⁴⁸² Akbulut, Emre; s.209.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.65.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.45.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.107.; Koçak Süren; s.282.

⁴⁸³ Alacakaptan; İşlenemez Suç, s.25.

⁴⁸⁴ Hafizoğulları/ Özen; s.35.; Dönmezer; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.11.; Erem; Adam Öldürme, s.35.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.65.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.45.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.108.; Türker; s.303.; Aksi yöndeki görüş için bkz. Soyaslan; Özel Hükümler, s.130.

⁴⁸⁵ Hafizoğulları/ Özen; s.34.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.21.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.46.; Palut; s.96.; Dönmezer; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s.10.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.28.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.35.; Koçak Süren; s.282.; Yargıtay CGK.; E. 2016/330, K. 2017/536 T. 12.12.2017, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.06.2022).; Bir başka Yargıtay kararı da şöyledir: "...insan sıfatının, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda kazanılabileceği, cenin henüz doğmamış olduğundan, kişi olarak vasıflandırmanın söz konusu olamayacağı, anneye karşı işlenen öldürmeye teşebbüs eyleminde ceninin de ölmesi ya da yaralanması halinde sanığın cenine karşı öldürme ve yaralama suçlarından ayrıca sorumlu tutulamayacağı..." (Yargıtay 1. CD.; E. 2013/4825 K. 2014/2412 T. 14.04.2014, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 01.06.2022)).

⁴⁸⁶ Hafizoğulları/ Özen; s.35.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.28.; Bayraktar, Köksal; Kasten Adam Öldürme, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:19, Sayı:2, 2013, s.62.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.45-46.; Türker; s.303.; Koçak Süren; s.282.

maddesine göre de "*kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda*" başlar. Bu itibarla cenin, ana rahminden ayrılarak ayrı bir varlığa kavuşana kadar öldürme suçunun mağduru olamaz⁴⁸⁷. Buna karşılık doktrinde bir görüş, ceninin insan sayılabilmesi için anne karnından kısmen çıkmış olmasını yeterli görmekte ve bu nedenle vücudunun bir kısmı ana rahminden ayrılmış ve sağ olan çocuğun öldürme suçunun mağduru olabileceğini belirtmektedir⁴⁸⁸. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, ceza hukuku bakımından insan sıfatı kazanılması için doğumun başlaması yeterli olup doğumun tamamlanması şart değildir.⁴⁸⁹

Doğmuş olan çocuğun fiilen yaşaması yeterlidir. Ayrıca yaşama kabiliyetinin olup olmadığı hususu önemsizdir. Bu nedenle ağır yaralı veya yaşaması mümkün görülmeyen yeni doğan bir çocuğa karşı gerçekleştirilen öldürmeye yönelik davranışlar da öldürme suçunu oluşturacaktır⁴⁹⁰.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun oluşabilmesi için mağdur olan insanın hayatta olması gerektiğini belirtmiştik. Bu nedenle hayatta olmayan bir kimseye yönelik gerçekleştirilen davranışlar bu suçu oluşturmayacağı için ölüm anının tespiti de suç vasfının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Ölüm anının belirlenmesine yönelik olarak tıbbi açıdan iki farklı görüş mevcuttur. Tıp bilimi ölümü, biyolojik ölüm ve beyin ölümü olarak ikiye ayırmaktadır. Biyolojik ölüm, temel vücut fonksiyonları olan merkezi sinir, dolaşım ve solunum sistemlerinin geri döndürülemez şekilde kaybı ve bunun neticesinde tüm organ ve dokuların canlılığını yitirmesidir⁴⁹¹. Beyin

⁴⁸⁷ Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.74.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.21.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.45-46.; Akbulut, Emre; s.209.; Aynı görüşte olan bir yazar, doğum gerçekleştikten sonra göbek bağı koparılmasa dahi doğan çocuğun insan olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu nedenle yazara göre anne vücudundan ayrılan çocuğun göbek bağı kesilmemiş olsa dahi ona karşı gerçekleştirilen öldürme davranışları adam öldürme kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. Palut; s.99-100.

⁴⁸⁸ Dönmezer; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, s. 10.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.109.; Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat; "Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.17, S.1-2, 2011, s.123-124.; Demir, s.43.

⁴⁸⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.107.; Soyaslan; Özel Hükümler, s.129.

⁴⁹⁰ Bayraktar; s.62.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.21; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.36; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.46.

⁴⁹¹ Koç, Sermet/ Can, Muhammet; "Ölüm Kavramı ve Ölü Muayenesi" Klinik Gelişim Dergisi, C.22, Adli Tıp Özel Sayısı, 2009, s.11.

ölümü⁴⁹² ise beynin, vücudu yönetme yeteneği ve gücünün tamamen ve geri dönülemez şekilde kaybolmasıdır⁴⁹³.

Türk hukuku mevzuatında ölüm anının tespiti ile ilgili açık bir hüküm bulunmamakla birlikte ölüm anının tespit edilmesi konusunda beyin ölümü anlayışının benimsendiğini söylemek mümkündür⁴⁹⁴. 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "*ölüm halinin saptanması*" başlıklı 11. maddesinde, "*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyoloji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir.*" denmektedir. Bu düzenlemede "*tıbbi ölüm*" kavramı kullanılmış ise de ölüm anının tespiti ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Organ ve Doku Nakli Hizmetleri Yönetmeliği'nin Ek 1. maddesindeki, "*Beyin ölümü klinik bir tanıdır ve tüm beyin fonksiyonlarının tam ve geri dönüşümü olmayan kayıdır.*" şeklindeki düzenlemeden kanunda yer alan "*tıbbi ölümün*" beyin ölümü ile gerçekleştiği anlaşılmaktadır⁴⁹⁵.

Ayrıca Yüksek Sağlık Şurası'nın "*(ölüm).... bugünkü telakkilerin en kuvvetlisi ve hakim durumunda olan beyin fonksiyonunun tamamıyla durması halinin tespiti şeklinde kabul olunmuştur*" şeklindeki kararında da ölüm anının tespiti için beyin ölümü ölçütü esas alınmıştır⁴⁹⁶.

2.3.1.3.Konu

Suçun maddi unsurları arasında yer alan konu, tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği şahıs veya eşyanın fiziki, maddi yapısıdır⁴⁹⁷.

⁴⁹²Beyin ölümü kavramının, beyin sapındaki dolaşım ve solunum merkezinin canlılığını yitirmesi nedeniyle tıbben yaşama ümidi olmayan kişilerden, ihtiyacı olan kişilere organ ve doku naklinin yapılması amacı ile ortaya atıldığı şeklindeki görüş için bkz. Koç/ Can; s.11.

⁴⁹³ Bayraktar; s.67.

⁴⁹⁴ Hafizoğulları/ Özen; s.35.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.102.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.27; Bayraktar; s.68.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.27.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.46. ; Türker; s.303.; Koçak Süren; s.259.; Akbulut, Emre; s.210.

⁴⁹⁵ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.27.; Turan/ Otacı;Kasten İnsan Öldürme, s.579.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.109.

⁴⁹⁶ Bayraktar; s.68.

⁴⁹⁷ Özgenç; Genel Hükümler, s.219.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun konusu, tipik davranışın üzerinde gerçekleştiği insanın canlı vücududur⁴⁹⁸. Bu suçun konusunu oluşturan insan sözlükte; "Toplum hâlinde bir kültür çevresinde yaşayan, düşünme ve konuşma yeteneği olan, evreni bütün olarak kavrayabilen, bulguları sonucunda değiştirebilen ve biçimlendirebilen canlı" anlamına gelmektedir⁴⁹⁹. Yukarıda "mağdur" başlığı altında da değindiğimiz üzere TCK'nın koruduğu anlamda insanın bu tanımda belirtilen özellikleri taşıması şart değildir. Bu itibarla insan tanıma uymayan ancak ana rahminden canlı şekilde çıkararak bağımsız bir varlık haline gelen ve insanın sahip olduğu asgari özellikleri taşıyan kişi de bu suçun konusunu oluşturabilir⁵⁰⁰.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun işlenmesiyle suçun konusu üzerinde zarar meydana gelmekte, mağdurun hayatı sona ermektedir. Bu nedenle çalışmamızın konusu olan suç, zarar suçu niteliğindedir⁵⁰¹.

2.3.1.4.Fiil

2.3.1.4.1.Genel Olarak

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun maddi unsuru olan fiil, "kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi" diğer bir ifadeyle "yükümlülük ihmali" olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁰². Keza madde metnindeki "yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir" ifadesi de "yükümlülük ihmalinin" fiil olarak kabul edildiğini göstermektedir⁵⁰³.

İhmalin tanımı TCK md. 83'ün gerekçesinde yapılmıştır. Buna göre ihmal, "kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hâllerde, bu yükümlülüğe uygun davranılmamasıdır". Belirli bir davranış gerçekleştirme yükümlülüğü altında bulunan kişinin, bu davranışı ihmal etmesi neticesinde ölüm neticesini meydana gelebilir⁵⁰⁴. Örneğin bir

⁴⁹⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.181.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.259.; Palut; s.106.; Koçak Süren; s.282.

⁴⁹⁹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 03.06.2022).

⁵⁰⁰ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.259-260.

⁵⁰¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.109.

⁵⁰² Akbulut, Emre; s.209-210.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.15.

⁵⁰³ Erbaş; Garantörlük, s.208.

⁵⁰⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.66.; Türker; s.303.

hastanede görev yapan hekimin, acil müdahale edilmesi gereken bir hastayı tedavi etmemesi sonucunda hasta yaşamını yitirebilir. Bu durumda hekim, hastayı tedavi etme konusunda icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı olarak bu davranışı gerçekleştirmediği için meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu olacaktır⁵⁰⁵. Burada esasen icrai davranışla işlenebilecek bir suça ihmali davranışla sebebiyet verilmesi söz konusudur. Nitekim *"kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi"* suçu ile *"kasten öldürme"* suçunu birbirinden ayıran temel ölçüt davranışın gerçekleştiriliş şeklidir⁵⁰⁶.

Kişinin icrai bir davranışı nedeniyle ölüm neticesinin meydana geldiği durumlarda, sorumluluğu kasten öldürme suçundan olacaktır. Bu nedenle somut olayda kişinin neticeyi önleme yükümlülüğü olsa dahi davranışının icrai veya ihmali olması sorumlu tutulacağı suç vasfını değiştirecektir⁵⁰⁷. Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu sanığın, bebeğini ormanlık alana bırakarak ölümüne neden olduğu olaya⁵⁰⁸ ilişkin bir kararında, *"doğurduğu bebeği beslemek,bakımını yapmak ve korumak gibi hukuki yükümlülük altında bulunan ve bu bakımdan garantör konumunda olduğu hususunda tereddüt bulunmayan sanığın, bu hukuki yükümlülüklerini de yerine getirmemekle birlikte, yeni doğmuş, savunmasız hâlde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karşılayamayan 5 günlük bebeği, güvende olduğu evden alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğin karnını doyurmamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebekten kurtulmak amacını taşıyan sanık, öleceğini bildiği hâlde bebeğini ıssız bir yere götürerek kendi hâlinde bırakmış ve kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiştir. Sanığın bu eyleminin bebeği boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıştan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiğinin..."* kabul edilmesi gerektiğini belirtmiş ve bu nedenle yerel mahkemenin direnme kararına konu ihmal suretiyle kasten öldürme suçundan

⁵⁰⁵Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.133.

⁵⁰⁶Gültaş/ Canbeldek; s.560.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.66.

⁵⁰⁷Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.132.

⁵⁰⁸ ETCK döneminde adam öldürme suçunu inceleyen bir çalışmada, yeni doğmuş çocuğunu öldürme kastıyla kimsenin yardım edemeyeceği bir yere bırakan anne hakkında diğer şartlarda mevcut ise *"öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir"* (ETCK md.453) hükmünün uygulanması gerektiği belirtilmiştir. Bkz. Erem; Adam Öldürme, s.64.

kurulan hükmün "*sanığın eyleminin nitelikli kasten öldürme suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi isabetsizliğinden*" bozulmasına karar vermiştir⁵⁰⁹.

TCK md. 83'e göre "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu bakımından ihmali davranışın⁵¹⁰ varlığı için "*ölüm neticesinin meydana gelmesine neden olan yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması*" gerekmektedir. İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer kabul edilebilmesi ise kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden veya başkalarının hayatı konusunda tehlikeli bir durum oluşturan önceden gerçekleştirilen davranıştan kaynaklanan belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığına bağlıdır⁵¹¹. Böylece ihmali davranış ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağı kurulabilecektir⁵¹².

2.3.1.4.2. İcrai Davranış Gerçekleştirme Olanağı

Hukuk düzeni, kimseden yerine getiremeyeceği bir yükümlülüğü yapmasını bekleyemez⁵¹³. Bir kimsenin belirli bir icrai davranışı gerçekleştirme yükümlülüğünü ihmal etmesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için de bu davranışın onun tarafından yapılmasının maddi- fiziki olarak mümkün olması gerekir⁵¹⁴. Diğer bir ifadeyle ihmali davranıştan bahsedebilmek için ihmal edilebilir bir davranışın söz konusu olması gerekmektedir. İhmali suçlarda bu koşul, "*kimse imkanı dışında yapamayacağı bir şeyden sorumlu tutulamaz*" şeklindeki kuralın doğal bir sonucudur⁵¹⁵.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunu düzenleyen TCK'nın 83. maddesinde "*davranışı gerçekleştirme olanağına*" ilişkin⁵¹⁶ herhangi bir ibareye yer verilmemesi, bu durumun TCK md.83 bakımından uygulanamayacağı anlamına gelmemektedir⁵¹⁷. Çünkü bu durum ihmali suçlar bakımından genel bir hukuk kuralıdır. Bu

⁵⁰⁹ Yargıtay CGK.; E. 2020/164, K. 2020/239, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 07.06.2022).

⁵¹⁰ Bu suçta söz konusu olan ihmalin, "*nitelikli ihmal*" olduğunu belirten görüş için bkz. Koçak Süren; s.258.

⁵¹¹ Özbek/ Bacaksız/ Doğan; Özel Hükümler, s.164.; Gültaş/ Canbeldek; s.560.; Meran; s.60.

⁵¹² Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.67.; Türker, s.303.

⁵¹³ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.167.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.137.

⁵¹⁴ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.186.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.73.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.167.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.15.; Koçak Süren; s.283.

⁵¹⁵ Hakeri; İhmal Kavramı, s.217.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.939.

⁵¹⁶ Bu durumu nedensellik bağı kapsamında değerlendiren bir çalışma için bkz. Akbulut, Emre; s.211.

⁵¹⁷ Palut; s.595.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.167.

nedenle bir kimse, somut olay bakımından garantör sıfatına sahip olsa da yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışı maddi- fiziki olarak gerçekleştirilmesi mümkün değil ise ihmali davranışından bahsedilemeyeceği için meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulmayacaktır⁵¹⁸. Örneğin, aşırı sıcaklığın etkisiyle bayılan bir baba boğulma tehlikesi altında olan çocuğunu kurtaramadığı için sorumlu tutulamaz⁵¹⁹. Bununla birlikte bazı davranışları gerçekleştirme bakımından imkansızlık söz konusu olmasına rağmen yükümlülüğü yerine getirecek bir başka davranışı gerçekleştirmek mümkün olabilir. Örneğin belden aşağısı felçli olduğu için boğulma tehlikesi altında olan çocuğunu suya atlayarak kurtarma imkanı olmayan bir baba bu davranışı nedeniyle sorumlu tutulamaz. Ancak felçli olan baba hemen yanında bulunan can simidini çocuğuna atma imkanına sahip olduğu halde bu davranışı gerçekleştirmemiş ise fiziki olarak yükümlülüğünü yerine getirecek davranışı gerçekleştirilmesi mümkün olmasına rağmen yapmadığı için bu ihmali davranışı nedeniyle sorumlu olacaktır⁵²⁰.

Neticenin meydana gelmesini engellemekle yükümlü olan kişinin, gerçekleştirmekle yükümlü olduğu davranışı yapmasının mümkün olup olmadığı hususunun nasıl belirlenmesi gerektiğinin de incelenmesi gerekmektedir. Buna göre kişinin felçli olma, kendisini kurtaramayacak şekilde bağlanmış olma, baygın halde olma gibi tam bir icrai davranışta bulunma yeteneğine sahip olmadığı, engellemekle yükümlü olduğu tehlikeye yer olarak uzak olduğu, icrai davranışı gerçekleştirebilmek için gerekli olan araçların bulunmadığı veya bunları kullanmak için gerekli olan bilgiye sahip olmadığı durumlarda maddi- fiziki olarak bir icrai davranış gerçekleştirme imkanının varlığından söz edilemez⁵²¹. Dolayısıyla yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirme olanağı, kişinin kişisel durumu ve mevcut koşullar göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir⁵²². Örneğin, İstanbul'da oturan bir baba İzmir'e tatile giden ve yüzme bilmeyen çocuğuyla görüntülü konuşurken çocuğunun teknede olduğunu ve aniden dengesini kaybederek suya düştüğünü görür. Böyle bir durumda babanın çocuğunu kurtarmak için suya atlaması maddi- fiziki olarak imkansız olduğundan ihmali

⁵¹⁸Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.137.; Türker; s.306.; Taşkın; s.147.; Öğretide bir yazar bu durumda yükümlülük ilişkisinin ortadan kalkacağını belirtmiştir. Bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.167.

⁵¹⁹ Benzer bir örnek için bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.73.

⁵²⁰Koçak Süren; s.253.

⁵²¹ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.399.

⁵²²Hakeri; İhmali Suçlar; s.164.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.137.

davranışından söz edilemeyeceği için TCK md.83 kapsamında sorumluluğu gündeme gelmeyecektir⁵²³.

İcrai davranış gerçekleştirme imkanının olması gereken zaman dilimi hususu da önem arz etmektedir. Kural olarak davranışı gerçekleştirme imkanının bulunduğu an, davranışın yapılması gereken andır. Bu an, yerine getirmekle yükümlü olunan davranışın mümkün ve gerekli olduğu andan bu davranışın gerçekleştirilmesinin artık gereksiz olduğu ana kadar olan zaman dilimidir⁵²⁴.

Önem arz eden diğer bir konu ise davranışı gerçekleştirme olanağı ile "*kusurluluk*" başlığı altında inceleyeceğimiz beklenebilirliğin birbirinden farklı kavramlar olduğudur⁵²⁵. Beklenebilirlikte, failin yerine getirmekle yükümlü olduğu icrai davranışı fiziki- maddi anlamda gerçekleştirme imkanı vardır. Ancak fail kusurluluğu ilgilendiren gerekçelerle bu davranışı yerine getirememektedir⁵²⁶. Bu nedenle davranışı gerçekleştirme olanağı suçun maddi unsuru bağlamında, davranışın gerçekleştirilmesinin beklenebilirliği ise kusurluluk kapsamında incelenmesi gereken bir husustur⁵²⁷. Tipik örneği, yüzme bilen bir babanın suda çok akıntı olduğu için denizde boğulmakta olan çocuğunu kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmemesidir Bu durumda baba, suya atlayarak çocuğunu kurtarmaya yönelik davranışı fiziki- maddi olarak gerçekleştirme imkanına sahip olduğu için olayda ihmali davranışı mevcuttur. Ancak suda çok akıntı olduğu için bu davranışın gerçekleştirilmesi ondan beklenemeyebilir⁵²⁸.

2.3.1.5.Netice

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri olan netice, fiilin dış dünyada meydana getirmiş olduğu değişikliktir. Ancak fiilin dış dünyada oluşturduğu her değişiklik değil, yalnızca suçun kanuni tanımında unsur olarak gösterilen değişiklik neticeyi ifade etmektedir⁵²⁹. Bu nedenle meydana gelen değişiklik suçun kanuni tanımında unsur olarak yer alıyor ise ceza hukuku

⁵²³Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.297.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s. 187.

⁵²⁴Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.138.

⁵²⁵ Hakeri; İhmali Suçlar, s.168.

⁵²⁶ Hakeri; İhmal Kavramı, s.222.

⁵²⁷Erbaş; Garantörlük, s.53.; Özen; Genel Hükümler, s.252.

⁵²⁸Yurtlu; İhmali Suçlar, s. 188.

⁵²⁹Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.129.

bakımından önem arz eder. Bu bakımdan kanuni tanımda neticenin unsur olarak yer aldığı suçların tamamlanabilmesi için öngörülen neticenin gerçekleşmesi gerekir⁵³⁰. Buna karşılık neticeye suçun kanuni tanımında unsur olarak yer verilmeyen suçlar bakımından sadece fiilin gerçekleştirilmesi suçun tamamlanması için yeterlidir⁵³¹.

Gerçek ihmali suçların temel şeklinde tipik davranışın gerçekleştirilmesi diğer bir ifadeyle suçun kanuni tanımda emredilen davranışın yapılmaması suçun tamamlanması için yeterli iken, görünüşte ihmali suçlarda suçun tamamlanabilmesi için tipik davranışın gerçekleştirilmesinin akabinde ayrıca kanuni tanımda öngörülen tipik neticenin meydana gelmesi de aranmaktadır⁵³². Dolayısıyla görünüşte ihmali suç niteliğindeki "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu bakımından tipik netice bu suçun maddi unsurları içerisinde yer almaktadır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda netice ölüm neticesidir⁵³³. Belirli bir icrai davranışı yapmakla yükümlü olan kişinin bu suçtan dolayı sorumlu tutulabilmesi için icrai davranışa eşdeğer olan yükümlülük ihmalinin ölüm neticesini meydana getirmesi gerekmektedir. Ölüm neticesinin meydana gelmediği durumlarda belirli bir icrai davranışı yapmakla yükümlü kişinin teşebbüsten dolayı sorumlu tutulup tutulamayacağı hususu ise çalışmamızın üçüncü bölümünde "*suçun özel görünüş biçimleri*" başlığı altında detaylı bir biçimde açıklanacaktır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun neticesi olan ölüm, doğal anlamda ölümdür. Bu itibarla hukuken ölümün kabul edildiği ölüm karinesi, gaiplik gibi durumlarda bu suçun neticesinin gerçekleştiğinden bahsedilemez⁵³⁴.

2.3.1.6.Nedensellik Bağı

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun diğer bir maddi unsuru ise nedensellik bağıdır. Bir kişinin ceza hukuku bakımından dış dünyada gerçekleşen bir değişiklikten sorumlu tutulabilmesi için bu değişikliğin o kişinin davranışından meydana

⁵³⁰Özgenç; Genel Hükümler, s.191.

⁵³¹ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.338.

⁵³² Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.14.

⁵³³Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.258.; Akbulut, Emre; s.210.; Koçak Süren; s.259.

⁵³⁴ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.24.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.25.

gelmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle davranış ile gerçekleşen netice arasında bir sebep - sonuç ilişkisi mevcut olmalıdır⁵³⁵.

İcrai hareketle işlenebilen suçlar bakımından nedensellik bağının tespitinde büyük bir sorunla karşılaşılmaz. Çünkü bu durumda dış dünyada gözlemlenebilen bir davranış söz konusudur⁵³⁶. Örneğin bir kişinin silahla ateş ederek diğer bir kişiyi öldürdüğü olayda ateş etme şeklinde gerçekleşen davranış olmasaydı, ölüm neticesinin meydana gelmeyeceği kolayca söylenebilmektedir. Bu nedenle ateş etme davranışı ile ölüm neticesi arasında nedensellik bağının belirlenmesi hususu sorun teşkil etmemektedir. Buna karşılık ihmali davranışla işlenebilen suçlarda bu husus kolayca tespit edilebilecek bir durum değildir⁵³⁷. Ayrıca ihmali davranışın nedenselliği konusunda ortaya şu sorular da çıkmıştır: Bir kişinin neticenin meydana gelmesini önlememe şeklinde gerçekleşen ihmali davranışı sebebiyle meydana gelen neticeden nasıl sorumlu tutulacaktır? Bir hiç veya yokluğun nedenselliğinden bahsedilebilir mi? Bu sorular ihmali davranışın nedenselliğinin mevcut olup olmadığına ilişkin tartışmaların kaynağını oluşturmaktadır⁵³⁸.

İhmali suçların tarihi gelişimi incelendiğinde de ihmali davranışın cezalandırılması konusu ihmalin nedenselliği meselesi ile bağlantılı olarak incelenmiştir⁵³⁹. Gerçek ihmali suçlar kanuni tanımda emredilen davranışın yapılmamasıyla tamamlandığı için bu suçlar bakımından nedensellik bağının tespiti söz konusu değildir⁵⁴⁰. Ancak görünüşte ihmali suçlarda, suçun tamamlanabilmesi için kanuni tanımda belirtilen davranışın yapılmasının yanında tipik neticenin de meydana gelmesi gerektiğinden nedensellik bağının belirlenmesi problem teşkil etmektedir⁵⁴¹. Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağı meselesine ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. "*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*"

⁵³⁵Özbek, Veli Özer; "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi", CHD, C.2, S.5, 2007, s.47.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.263.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.340.

⁵³⁶Koçak Süren; s.283.

⁵³⁷Hakeri; İhmal Kavramı, s.224.

⁵³⁸Kunter; s.58.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.224.; Toroslu; Ceza Hukuku, s.96.

⁵³⁹Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.140.; Koçak Süren; s.253-254.

⁵⁴⁰Özbek; Nedensellik Bağlantısı, s.67.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.367.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.277.

⁵⁴¹Dönmezer/ Erman; s.473.

suçu da görünüşte ihmali suç niteliğine sahip olduğu için aşağıda bu görüşlere yer verilecektir.

Doktrindeki bir görüşe göre, görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağı doğal anlamda ele alınamaz. Zira bu tip suçlarda kişinin ihmali davranışından önce üçüncü bir kişi veya doğa olaylarının başlattığı bir nedensel süreç mevcuttur. Dolayısıyla birincil nedensellik ihmali davranışta bulunan kişiden bağımsız olarak vardır. Ancak görünüşte ihmali suçlarda hukuk düzeni kişinin birincil nedenselliğe müdahalede bulunmasını, neticeyi önlemesini istemektedir. Dolayısıyla bu tip suçlardaki nedensellik, ikincil nedenselliktir ve başlamış bulunan nedensel sürece müdahalede bulunmamak suretiyle neticenin meydana gelmesine neden olma şeklinde kendini göstermektedir. Meydana gelen netice doğrudan ihmali davranıştan kaynaklanmasa dahi ikincil nedensellik dolayısıyla ihmali davranış ile netice arasında yapay bir bağ bulunmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda, nedensel sürecin bizzat fail tarafından başlatılması da söz konusu olabilir. Bu durumda nedensellik bağına yönelik zaten bir sorunla karşılaşılmaz. Kısaca belirtmek gerekir ise ihmali davranışla işlenen suçlarda "*bu hareket olsaydı netice gerçekleşmezdi*" denilebiliyorsa nedensellik bağının varlığı kabul edilmelidir⁵⁴².

Bir görüşe göre ise görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik bağı sorunu icrai davranışla işlenen suçlardaki gibi çözümlenmelidir. Bu nedenle icrai davranış ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağından söz edilebilmesi aranan kriterler bu suçlarda da geçerlidir. Buna göre görünüşte ihmali suçlarda, ihmali davranışın yokluğu halinde netice meydana gelmeyecek ise ihmali davranış ile aslında icrai bir davranışla gerçekleşebilecek netice arasında nedensellik bağının bulunduğu kabul edilmelidir⁵⁴³.

Diğer bir görüş, bu suçlarda ihmali davranışın meydana gelen netice bakımından nedensel olmasının da gerektiğini ancak buradaki nedensellik bağının bir varsayıma

⁵⁴² Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.152-153.; Benzer görüş için bkz. Demirbaş; Genel Hükümler, s.278-279.; "*İhmal suretiyle meydana gelen netice, yalnız failin ihmalinden doğmuş, başka kimsenin ihmali buna eklenmemişse, icrai suçlarla ihmal suretiyle icra suçları arasında fark gözetilmez; herkes meydana getirdiği neticeden sorumlu tutulur ve bu neticenin icra ile mi ihmal ile mi meydana getirildiği arasında ayırım yapılmaz. Buna karşılık bir kimse başkası tarafından yapılan bir hareket dolayısıyla gerçekleşmek üzere olan bir neticeye engel olmamakta ise, sadece ihmalde bulunmak yetmez, arıca harekete geçmek ve neticeye engel olmamak konusunda hukuki bir yükümin bulunması da gerekir*". Dönmezer/ Erman; s.476.

⁵⁴³ Dönmezer, Sulhi; "Maddi Sebebiyet Alakası", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.9, S.1-2, 1943, s.94.; Özbek; İzmir Şerhi, s.277.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s. 167.; Ayrıca bkz. Erem, Faruk; "Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin", AÜHFD, C.25, S.3-4, 1968, s.20.; Aksi yönde görüş için bkz. Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.367.

dayandığını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, ihmal edilen davranış yapılmış olsa idi gerçekleşen neticenin "*kesine yakın bir olasılıkla*" önlenebileceği söylenebiliyorsa ihmali davranış ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağı mevcuttur⁵⁴⁴.

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre ise nedensellik gerçek bir enerji ve güç kullanmayı gerektirmektedir. Ancak ihmalde bu özellik olmadığı için görünüşte ihmali suçlarda doğal anlamda bir nedensellik bağından bahsedilemez⁵⁴⁵. Bu nedenle ihmali davranışın nedenselliği icra davranışla işlenen suçlarda geçerli olan "*conditio sine qua non*" formülü uygulanarak belirlenemez. Bununla birlikte ihmalin nedenselliği, bu formülden yardım alınarak hukuken beklenen davranış gerçekleştirilmiş olsa idi tipik neticenin meydana gelip gelmeyeceğine bakılarak belirlenmelidir. Diğer bir ifadeyle "*ihmali davranış olmasaydı, yani icrai bir davranış gerçekleştirilseydi, netice gerçekleşmeyecekti*" denilebiliyor ise ihmali davranış ile netice arasında nedensellik bağı mevcuttur. Bu nedenle ihmali bir davranış ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik bağı ancak normatif bir değerlendirme ile belirlenebilmektedir⁵⁴⁶. Nitekim Yargıtay'a göre de "*...görünüşte ihmali suçlarda ise, hareketsizlik doğal anlamda neticeye sebep olmadığından, ortaya çıkan netice ile belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişinin hareketsizliği şeklindeki fiil arasında doğal anlamda değil normatif anlamda nedensellik aranmaktadır. İhmal edilen hareket yapılmış olsaydı netice engellenecekti denilebiliyorsa nedenselliğin söz konusu olduğu kabul edileceğinden gerçekleşen netice ile ihmal edilen hareket kanuna uygun bir nedensellik bağı içinde bulunmalıdır*"⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.449.; Özen; Genel Hükümler, s.249.; Telkenaroğlu; s.319.; Benzer yönde bir görüş kesinlik sınırında bir ölçünün aranmasının doğru olmadığını belirtmiştir. Bkz. Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.371.; Alman öğretisinde bir görüş "*yarı-nedensellik*" kavramından söz ederek bu durumda ihmali davranış yapılsaydı neticenin kesine yakın bir olasılıkla meydana gelmeyeceği şeklinde bir değerlendirme yapılması gerektiğini ayrıca bir yükümlülük ihlali bağlantısının aranmasına gerek olmadığını belirtmiştir. bkz. Dursun, Selman; "Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil (Ceza Hukuku Genel Kısım)", CHD, C.12, S.35, 2017, s.236.

⁵⁴⁵ Koca/ Üzülmez; Özel Hükümler, s.140.; Aksi yönde görüş için bkz. Uruşak, Uğur; "Ceza Hukukunda Nedensellik Bağı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.2-12, 2016, s.706.

⁵⁴⁶ Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.289.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.400; Aksi görüşte olan bir yazar bir değer hükmünün neticeyi meydana getiremesin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bkz. Kunter; s.59.

⁵⁴⁷ Yargıtay CGK.; E. 2017/271, K. 2017/278, T. 16.05.2017, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.06.2022).; Bir başka Yargıtay kararı da şöyledir: "*...Gerçek olmayan ihmali suçların tamamlanabilmesi için tipe uygun neticenin meydana gelmesi gerekir. Ancak, neticede faile objektif olarak isnat edilebilmelidir. İcrai suçlarda objektif isnadiyet failin neticeye sebebiyet vermesini gerektirmektedir. İhmali suçlarda da nedensellik bağı ve objektif isnadiyet sorumluluk için şarttır. Ancak, icrai suçlarda olduğu gibi netice hareketin fiziki bir sonucu olmasından ziyade, hukuken beklenen hareket yapılmış olsaydı tipe uygun*

Görünüşte ihmali suçlarda doğal anlamda bir nedensellik bağından söz edilemeyeceğini savunan diğer bir görüşe göre ise failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulması için nedensellik bağının varlığı gerekmez. Bu tip suçlarda nedensellik bağının yerini icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğü ile bu yükümlülüğe aykırılık bağlantısı almaktadır⁵⁴⁸. Diğer bir ifadeyle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda, kişinin ölüm neticesine kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden veya başkalarının hayatı için tehlikeli durum yaratan önceden gerçekleştirdiği davranışından kaynaklanan yükümlülüğünü ihmal etmesinin sebebiyet verip vermediği hukuki bir değerlendirmeyi gerektirir⁵⁴⁹. Zira yükümlü olduğu belirli bir icrai davranışı yapmayan kişi, çoğu zaman daha önce başka bir nedenle başlayan ölüm neticesini gerçekleştirmeye yönelik nedensel sürece müdahale etmeyen kişidir. Örneğin denizde boğulma tehlikesi geçiren çocuğunu kurtarmaya yönelik herhangi bir davranışta bulunmayan baba, boğulma nedeniyle meydana gelen ölüm sürecini kendisi başlatmamıştır. Baba yalnızca ölüm neticesinin meydana gelmesini önlemekle yükümlüdür. Bu olayda babanın ihmali davranışının çocuğun ölümüne neden olduğu ancak normatif bir değerlendirme neticesinde söylenebilir. Bu nedenle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda doğal anlamda değil, normatif anlamda bir nedensellik bağı vardır⁵⁵⁰.

Çalışmamızın konusu oluşturan suçta ölüm neticesine neden olan husus, ihmali davranıştan kaynaklı normatif yükümlülüktür. Nitekim madde metninde belirtilen "*...belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden...*" şeklindeki düzenlemeden de ölüm neticesinin ihmali davranış nedeniyle meydana gelmesi

neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine bakılmalıdır. Başka bir deyişle, ihmali hareket olmasaydı, yani icrai bir hareket yapılıyorsa netice meydana gelmeyecekti denilebiliyorsa ihmali hareketle netice arasında nedensellik bağı vardır. Aksi taktirde ihmali hareketten doğan sorumluluğun aşırı şekilde genişletilmesi söz konusu olacaktır" (Yargıtay 16. CD.; E. 2020/289, K. 2020/4372, T. 24.09.2020, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9300#>, (Erişim Tarihi: 15.06.2022)).

⁵⁴⁸İhmali davranışla netice arasında nedensellik bağının varlığını reddeden görüş, neticenin meydana gelmesini önleme yükümlülüğünün başka bir konu olduğunu belirtmiştir. Bu görüşe göre netice failin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinden meydana gelmiş değildir. Bu itibarla ihmali davranışın cezalandırılması bir nedensellik bağının varlığından değil, kanunların bir neticenin meydana gelmesini önlememeyi, bir neticeye sebep olmaya eşit saymasından kaynaklanmaktadır. Ancak bu sadece kanuni bir varsayımdır. Bkz. Erem; Nedensellik Bağı, s.20.

⁵⁴⁹Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.258-259.

⁵⁵⁰Koca/ Üzülmez; Özel Hükümler, s.144.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.259.; Buna karşılık hukuki yükümlülüğün mevcut olup olmamasının nedensellik bağı açısından bir önem arz etmediği görüşünde olan bir yazar yükümlülük mevcut olsa da olmasa da failin yapmama şeklindeki davranış aynı neticeyi doğuracağını belirtmiştir. Yazara göre örneğin annenin çocuğu üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulursa da bulunmasa da annenin çocuğunu beslememesi çocuğun ölümüne neden olacaktır. bkz. Uruşak; s.706-707.

gerektiği yani ihmali davranış ile netice arasında nedensellik bağı bulunması gerektiği anlaşılmaktadır⁵⁵¹. Bu itibarla meydana gelen ölüm neticesi ile ihmali davranış arasında nedensellik bağı bulunmuyor ise, yani ölüm neticesi yükümlü olunan belirli bir icrai davranışın yapılmamasından kaynaklanmamış ise kişi TCK md.83' ten sorumlu tutulamaz. Örneğin, annenin yeni doğan bebeğini aç bırakması nedeniyle ölüm neticesinin meydana geldiği olayda neticeye neden olan ihmali davranış, annenin çocuğuna karşı TMK' dan kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Bu durumda annenin kanuni düzenlemeden kaynaklı yükümlülüğünün ihmali, meydana gelen ölüm neticesi bakımından nedenseldir. Ancak annenin bu yükümlülüğünü ihmaline rağmen çocuk başka bir sebepten, örneğin doğuştan gelen bir hastalık nedeniyle ölmüş ise annenin ihmali davranışı meydana gelen netice bakımından nedensel olmayacak ve bu nedenle de anne "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulmayacaktır⁵⁵².

Son olarak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu bakımından failin meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için nedensellik bağlantısının kurulması yeterli olmayıp, aynı zamanda meydana gelen neticenin faile objektif olarak da isnad edilebilmesi gerekmektedir⁵⁵³. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda da icrai suçlarda olduğu gibi nedensellik bağı tespit edildikten sonra ihmali davranışta bulunan faile meydana gelen neticenin isnat edilip edilemeyeceği araştırılmalıdır⁵⁵⁴. Bu kapsamda eğer fail "*icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı kesinlikle yakın bir ihtimalle netice gerçekleşmeyecekti*" denilebiliyor ise objektif isnad edilebilirlik mevcuttur. Buna karşılık fail "*icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı dahi netice meydana gelecekti*" denilebiliyor ise gerçekleşen netice faile isnat edilemeyecektir⁵⁵⁵. Nitekim Yargıtay da, maktulün çıkan tartışmada başına aldığı darbe nedeniyle fenalaştığı, olay nedeniyle panikleyen sanığın maktulü otel odasında tek başına bırakarak otelden

⁵⁵¹Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940.

⁵⁵² Palut; s.601.

⁵⁵³ Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.234.

⁵⁵⁴ Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.372.

⁵⁵⁵ Özen; Genel Hükümler, s.249.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.149.; Soyaslan; Genel Hükümler, s.148.; Öztürk/ Erdem; Genel Hükümler ve Özel Hükümler, s.82.; Aksi yönde görüş için bkz. Özgenc; Gazi Şerhi, s.240.; Aksi yönde bir başka görüş ihmali suçlarda maddi bir nedensellik bağından söz edilemeyeceğini ve bu nedenle doğrudan objektif isnadiyet ölçütlerine göre meydana gelen neticenin yükümlülük ihmalinin eseri olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.134.; Ayrıca fail icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğüne uygun davranmış olsaydı dahi netice meydana gelecekti şeklindeki bir varsayımın garantörlük sıfatını kaldırmayacağı şeklindeki görüş için bkz. Dülger; Genel Hükümler, s.301.

ayrıldığı, ertesi gün maktulün ölü olarak bulunduğu olayda, "...sanığın maktule yönelik tek bir darbe ika etmesi ve olay yerinde terk etmese dahi kurtulmasının kesin olmadığına Adli Tıp raporundan anlaşılmasına göre; oluşan şüphe hali sanık lehine yorumlanarak, eylemine uyan TCK'nin 87/4-1. cümle uyarınca cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılı ile bozma ilamını da etkisiz kılacak şekilde ihmali davranışla kasten öldürme suçundan..." hüküm kurulmasını bozma nedeni olarak görmüştür⁵⁵⁶. Yargıtay bir başka kararında da, "...otopsi raporundaki bulgular ve ölüm nedenine göre, mağdurun olaydan sonra en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek tedavisinin yapılması veya sanık tarafından sağlık görevlilerine haber verilmesi durumunda da ölüm sonucunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tespiti bakımından Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'ndan rapor alındıktan sonra, sanığın eyleminin TCK'nin 83. maddesinde belirtilen suçu oluşturup oluşturmadığının..." belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁵⁷.

2.3.1.7.Nitelikli Haller

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçu için TCK'da özel bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Ancak öğretilerde, "kastan öldürme" (TCK md.81) suçunun işlenmesi halinde TCK md.82'de öngörülen nitelikli hallerin, "kastan öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçu bakımından da uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun bağımsız bir suç olarak düzenlendiğini savunan bir görüş, TCK'nin sistematığına bakıldığında bir suçun temel şekli düzenlendikten sonra o suça ait nitelikli hallerde yer verildiğini bu itibarla "kastan öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun (TCK md.83), 82. maddeden sonra düzenlenmiş olmasının bu maddede öngörülen nitelikli hallerin 83. madde bakımından uygulanamayacağı sonucunu ortaya çıkardığını belirtmiştir. Dolayısıyla bu görüşe göre, 82. maddede öngörülen nitelikli haller yalnızca 81. madde bakımından belirlenmiş olup şayet kanun koyucu TCK md.83 için nitelikli hal öngörmek istiyor ise kanunilik ilkesi gereği bu halleri açıkça ve belirli olacak şekilde düzenlemesi gerekmektedir⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ Yargıtay 1. CD.; E. 2018/4306, K. 2019/506, T. 06.02.2019, aktaran: Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.138.

⁵⁵⁷ Yargıtay 12. CD.; E.2016/11297, K.2018/7788, T.05.09.2018, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=-3610#>, (Erişim Tarihi: 16.06.2022)).

⁵⁵⁸Koca/ Üzülmez; Özel Hükümler, s.146.; Akbulut, Emre; s.216.; Özbek; İzmir Şerhi, s.277.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.141.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.168.; Erbaş; Garantörlük, s.497.

Doktrinde bazı yazarlar ise TCK md. 82'de öngörülen nitelikli hallerin, hem "*kasten öldürme*" (TCK md.81) suçu hem de "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu (TCK md.83) için uygulanabileceğini ifade etmektedir⁵⁵⁹. Bu görüşte olan *Tezcan/ Erdem/ Önok* 'a göre, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu, "*kasten öldürme*" suçundan bağımsız değildir. TCK md. 82'de öngörülen nitelikli haller hem "*kasten öldürme*" (TCK md.81) hem de "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu (TCK md.83) için ortaktır. Bunun nedeni TCK'nın 83. maddesinin 3. fıkrasındaki "*Belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar...*" şeklindeki temel cezanın belirlenmesine yönelik düzenlemede "*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası*" ifadesine yer verilmesidir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası TCK md. 82'de düzenlenen nitelikli haller bakımından öngörülmüştür. Bu nedenle TCK md. 82'de düzenlenen nitelikli hallerin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda da uygulanması gerekmektedir⁵⁶⁰. Bir başka yazar da 82. madde metninde "*kasten öldürme suçunun*" ibaresi geçtiğini, TCK md. 83' te yer alan suçun da bir kasten öldürme suçu olduğunu dolayısıyla bu nedenden ötürü de nitelikli hallerin 83. madde açısından uygulanabileceğini ifade etmiştir⁵⁶¹.

TCK md.82'de öngörülen nitelikli hallerin, TCK md. 83 kapsamında da uygulanabileceği görüşünde olan bir başka yazar, 82. madde de öngörülen nitelikli hallerin büyük kısmının niteliği gereği icrai davranışla işlenen suçlara elverişli olduğu ve bu nedenle de 83. madde bakımından uygulanamayacağı şeklindeki görüşe⁵⁶² katılmanın mümkün olmadığını belirtmiştir. Yazara göre bu suçun faili bir başka kişinin tasarlayarak, canavarca

⁵⁵⁹ Özen; Özel Hükümler, s.181.; Otacı/ Turan; Kasten İnsan Öldürme Suçları, s.944-945; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.211.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.128.; Avcı/ Yerdelen; s.186.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.145.; Koçak Süren; s.291.; Meran; s.71-72.; Artuç; s.70.

⁵⁶⁰ *Tezcan/ Erdem/ Önok*, TCK md. 82 de düzenlenen nitelikli hallerin TCK md. 83'e de uygulanabileceğini belirttiikten sonra ancak bunun şu şekilde bir sakınca doğuracağını ifade etmiştir: TCK md. 82/1-d'de öngörülen nitelikli hal kasten öldürme suçunun "*üstsoy veya altsoydan birine ya da eş, boşandığı eş veya kardeşe*" karşı işlenmesidir. Bu akrabalık ilişkisi aynı zamanda kişinin ihmali davranışı nedeniyle sorumluluğunun kaynağını da oluşturmaktadır. Zira, bu türden bir yakın akrabalık ilişkisi nedeniyle kişi garantör konumuna gelmektedir. Bu nitelikli hal TCK md.83 bakımından da uygulandığında, 83. maddeden sorumlu tutulmanın temelini oluşturan akrabalık ilişkisi ayrıca cezanın artırılmasına da sebebiyet vermektedir. Bu nedenle akrabalık ilişkisinin TCK md.83 bakımından nitelikli hal olarak uygulanmaması yönünde bir değişiklik yapılması gerekmektedir. Bkz. *Tezcan/ Erdem/ Önok*; s.145-146.; Aynı görüş için bkz. *Avcı/ Yerdelen*; s.186-187.

⁵⁶¹ Koçak Süren; s.291.

⁵⁶² *Koca/ Üzülmez*; Özel Hükümler, s.146.; *Yokuş Sevük*; Özel Hükümler, s.141.; Ayrıca bkz. *Akbulut, Emre*; s.216, dp.96.

hisle veya eziyet çektirerek gerçekleştirdiği öldürmeye yönelik bir davranışı önleme yükümlülüğü altında olmasına rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmediği takdirde kişinin tasarlayarak, canavarca hisle veya eziyet çektirerek gerçekleştirdiği kasten öldürme suçuna ihmali davranışıyla sebebiyet vermiş olacak ve söz konusu nitelikli haller TCK md. 83 açısından uygulanacaktır. Örneğin, bir polis memuru görev sırasında boş bir arazide bir kişiye karşı eziyet çektirilmek suretiyle öldürmeye yönelik davranışlarda bulunduğu görmesine rağmen müdahalede bulunmayarak izlemiş ve bu kişi yapılan eziyetlere dayanamayarak yaşamını yitirmiştir. Bu olayda polis memuru, mağdura karşı yapılan öldürmeye yönelik davranışları önleme yükümlülüğü altında olmasına rağmen herhangi bir müdahalede bulunmadığı için meydana gelen ölüm neticesinden TCK md.83 ve TCK md.82/1-b maddesi gereğince sorumlu tutulacaktır⁵⁶³. Ayrıca yazar 82. maddede düzenlenen nitelikli hallerden bazılarının "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulmanın asli nedenini oluşturduğu ve bu nedenle aynı olgunun hem suçun temel unsuru hem de nitelikli hali olarak değerlendirilemeyeceği için bu nitelikli hallerin 83. madde bakımından uygulanamayacağı yönündeki görüşe⁵⁶⁴ de eleştiri getirmiştir. Yazara göre bu suçun unsuru olan hallerin ayrıca nitelikli hal olarak düzenlenmesi korunan hukuki değerlerin önemine binaen kabul edilmelidir⁵⁶⁵. Örneğin annenin çocuğu üzerindeki koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmesi nedeniyle çocuğun öldüğü olayda, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu oluşacak ve aynı zamanda bu suçun oluşmasına neden olan anne-çocuk ilişkisi TCK md.82/1-d gereğince nitelikli hal kabul edilecektir. Aslında TCK md.83'te özellikle annenin yükümlülüğünden değil, genel anlamda kanuni düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülükten bahsedilmiştir. Anne de kanuni düzenlemelerden kaynaklı yükümlülük sahiplerinden yalnızca birisidir. Kanuni düzenlemelerden kaynaklı koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihmal eden kişinin anne olması daha ağır bir davranış teşkil ettiği için bu durumun ayrıca nitelikli hal olması son derece doğaldır⁵⁶⁶.

⁵⁶³Palut; s.606.; Ayrıca bkz. Taşkın; s.176.; TCK'nın 82. maddesinin b ve c bentlerinde düzenlenen nitelikli hallerin 83. madde bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı şeklindeki görüş için bkz. Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.944.

⁵⁶⁴Akbulut, Emre; s.217.; Tezcan/ Erdem/ Önok; s.145-146.

⁵⁶⁵TCK'da buna benzer hükümler mevcuttur. Örneğin TCK md.188 gereğince uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti yapmak suçtur. Aynı maddenin 4. fıkrası gereğince "*...uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin eroin, kokain, morfin, sentetik kannabinoid ve türevleri veya bazmorfin...*" olması ise suçun nitelikli halidir. Bkz. Palut; s.607.

⁵⁶⁶Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.168.; Palut; s.606-607.

Kanaatimizce de TCK md.82' de düzenlenen nitelikli haller, TCK'nın 83. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası*" ifadesi gereği "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu açısından da uygulanabilmelidir. Bununla birlikte TCK'da düzenlenen nitelikli hallerin büyük bir kısmı suçun temel hali ile birlikte aynı maddede düzenlenmiş iken bazıları ise suçun temel şeklinden ayrı bir maddede düzenlenmiştir. TCK' da nitelikli hallerin bağımsız bir maddede düzenlendiği durumlar şunlardır: "*Nitelikli haller*" başlıklı 82. ve 137. madde, "*nitelikli hırsızlık*" başlıklı 142. madde, "*nitelikli yağma*" başlıklı 149. madde, "*mala zarar vermenin nitelikli halleri*" başlıklı 152. madde, "*nitelikli dolandırıcılık*" başlıklı 158. madde ve "*ortak hüküm*" başlıklı 119. ve 218. maddedir. Görüleceği üzere TCK'da nitelikli hallerin ayrı bir maddede düzenlendiği, "*nitelikli haller*" ve "*ortak hüküm*" başlıkları hariç diğer başlıklarda ayrıca suç ismi de yer almaktadır. Ancak kanun koyucu 82. maddede bu yönde bir düzenleme yapmamıştır. Bu nedenle 82. madde başlığının düzenleniş şekli de göz önünde bulundurulduğunda 83. madde bakımından uygulanabileceği söylenebilir. Keza "*nitelikli haller*" başlığı taşıyan 137. maddede de birden fazla suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, TCK'nın sistematiğine bakıldığında nitelikli hallerin bağımsız olarak düzenlendiği durumlarda nitelikli hallerin suçun temel şeklinden sonra yer aldığı söylenebilir. Ancak yalnızca bu nedenle yani 82. maddenin 83. maddeden önce düzenlendiği gerekçesiyle 82. maddede öngörülen nitelikli hallerin 83. madde bakımından uygulanamayacağını söylemek hukuki bir değerlendirme olmayacaktır. Aksi halde 83. maddenin 3. fıkrasının uygulanması imkansız olacaktır. Bununla birlikte 82. madde düzenlemesinin, 83. madde düzenlemesinden sonra yapılmasının diğer bir ifadeyle 81. maddeden hemen sonra 83. madde düzenlemesine yer verilmesinin daha yerinde bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

2.3.2. Tipikliğin Manevi Unsuru

2.3.2.1. Genel Olarak

Çalışmamızın konusunu oluşturan suçun manevi unsuru kasttır⁵⁶⁷. TCK'nın 21. maddesinin 1. fıkrasında kastın tanımı yapılmıştır. Buna göre kast, "*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*". Bu tanımın icrai suçlar açısından tam

⁵⁶⁷ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.72; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2813.; Akbulut, Emre; s.211.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.170.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940.; Meran; s.69.; Türker; s.307.; Koçak Süren; s.284.

olarak uygulanabileceği ancak ihmali suçlar bakımından doğrudan uygulanamayacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁸. Hatta ihmali suçlarda kastın mevcut olup olmadığı dahi tartışmalı olup bu hususta farklı görüşler söz konusudur. Doktrinde azınlıkta kalan ve amaçsal hareket teorisinin savunucusu olan bir görüş, kastın daima gerçekleştirme iradesi olduğunu, ihmali davranış gerçekleştiren failin ise hareketsiz kaldığını, ihmali davranışta böyle bir gerçekleştirme iradesinin mevcut olmadığını ve bu nedenle ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi bir kastın olmayacağını ileri sürmektedir⁵⁶⁹. Buna karşılık doktrindeki ağırlıklı görüş, ihmali suçlarda kasttan anlaşılması gerekenin, "*failin suçun maddi unsurlarını bilerek hareketsiz kalma, hiçbir şey yapmama hususunda karar alma*" olduğunu ifade etmiştir⁵⁷⁰.

Kanaatimizce de görünüşte ihmali suç niteliğine sahip inceleme konumuz suçta kast, suçun tüm maddi unsurlarının bilinmesi ve istenmesi şeklinde tezahür eder. Bu itibarla inceleme konumuzu oluşturan suç bakımından failin kastının varlığından söz edebilmek için failin meydana gelen ölüm neticesinin gerçekleşmesine neden olan ihmali davranışı bilerek ve isteyerek yapması ve suçun diğer tüm maddi unsurlarını da bilmesi gerekmektedir. "*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda failin hangi saik ile ihmali davranışı gerçekleştirdiği önemsizdir. Bu nedenle suçun oluşması için genel kast yeterlidir⁵⁷¹.

Garantörlük yükümlülüğünün, ihmali suçların maddi unsurları arasında yer alıp almadığı hususu konu bakımından önem arz etmektedir. Öğretide ağırlıklı görüş, garantörlük durumunun görünüşte ihmali suçların maddi unsurları arasında yer aldığını, buna karşılık garantörlük durumunun oluşturduğu icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün başka bir ifadeyle garantörlük yükümlülüğünün suçun maddi unsuruna ait bir unsur olmayıp, kusurluluk bağlamında ele alınması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁷². Buna göre "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda garantörlük durumu, suçun maddi bir unsuru olduğu için kastın kapsamına girmekle birlikte garantörlük yükümlülüğü kasta dahil değildir.

⁵⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.410 .

⁵⁶⁹ Bu görüş için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.236-237.; Ayrıca bkz. Koçak Süren; s.285.

⁵⁷⁰ Hakeri; İhmal Kavramı, s.237.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.157.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.410.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940.; Akbulut, Emre; s.211-212.; Telkenaroğlu; s.302.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.450.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.139.

⁵⁷¹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.170.; Akbulut, Emre; s.212.

⁵⁷² Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.157.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.325.; Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.145.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.410-411.; Heinrich; s.19.; Yurtlu; İhmal Suçları, s.270.; Akbulut, Emre; s.211-212.; Ölmez; s.264.

Garantörlük durumu, bir kişiyi belirli bir icrai davranışı gerçekleştirme hususunda yükümlülük altına sokan özel koşulları ifade eder⁵⁷³. Fail, kendisini neticeyi önlemek ile yükümlü kılan durumları bilmelidir. Eğer fail bu durumları bilmiyor ise garantörlük durumu suçun maddi unsurları arasında yer aldığı için bu bilgisizlik tipiklik yanılığını oluşturacak ve fail kasten hareket etmiş olmayacaktır⁵⁷⁴. Buna karşılık garantörlük yükümlülüğü, kusurluluk bağlamında ele alınması gerektiği için bu hususta bir bilgisizlik tipiklik yanılığınaya değil, haksızlık bilincinde hataya diğer bir ifadeyle icrai suçlar için kullanılan yasak hatasının karşılığı olan emir hatasına yol açacaktır⁵⁷⁵. Örneğin bir kişi sahilde güneşlenirken suda boğulmakta olan bir çocuğu görmesine rağmen herhangi bir kurtarıcı müdahalede bulunmaz. Daha sonra bu kişi boğulan çocuğun oğlu olduğunu öğrenir. Bu olayda kişi garantör sıfatına sahip ise de boğulmakta olan çocuğun oğlu olduğunu bilmediği için diğer bir ifadeyle garantörlük durumunu meydana getiren olayı bilmediği için bu bilgisizlik tipiklik yanılığını oluşturacak ve kişinin kastı ortadan kalkacaktır⁵⁷⁶. Bu durumda kişinin sorumluluğu TCK md.83 kapsamında değil, TCK md.98 kapsamında değerlendirilecektir. Buna karşılık bu kişi boğulan çocuğun, oğlu olduğunu biliyor ancak oğlunun boğulmasını önlemek hususunda yükümlülüğe sahip olduğunu bilmiyor ise haksızlık yanılığınaya söz konusudur ve bu durum emir hatası olarak da nitelendirilmektedir⁵⁷⁷. Böyle bir hata durumunda fail, kastı mevcut olduğu için ancak bu haksızlık yanılığınaya hususunda kaçınılmaz bir hataya düşmüş ise cezalandırılmayacaktır. Aksi halde ise TCK md. 83 gereğince sorumlu tutulacaktır⁵⁷⁸.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçu olası kastla da işlenebilir⁵⁷⁹. Olası kast TCK'nın 21. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, *"Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır"*. Doğrudan kastta olduğu gibi olası kastta da kişi, suçun kanuni

⁵⁷³Özen; Genel Hükümler, s.251.

⁵⁷⁴H. Haustein; "Alman Ceza Hukukunda İhmalin Cezalandırılabilirliğinin Esasları", Çev.: Mehmet Nihat Kanbur, CHD, C.9, S.26, 2014, s.203.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.411.; Koçak Süren; s.285.; Akbulut, Emre; s.211-212.

⁵⁷⁵Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.158.

⁵⁷⁶Akbulut, Emre; s.212.; Benzer bir örneğe yer veren çalışma için bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.411.

⁵⁷⁷Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.158.

⁵⁷⁸Palut; s.615.

⁵⁷⁹Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2813.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.72.; Koçak Süren; s.285.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940.; Meran; s.69.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.139.; Gökcan/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.20.; Türker; s.307.; Akbulut, Emre; s.212.

tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmektedir. Ancak olası kastta bu unsurların gerçekleşmesi kesin değildir. Diğer bir ifadeyle olası kastta, doğrudan kasta göre kişinin suçun maddi unsurlarına yönelik bilgisinin derecesi daha düşüktür⁵⁸⁰. Failin gerçekleştirdiği davranışının tipikliği oluşturabileceğini muhtemel görmesine rağmen meydana gelebilecek neticeyi kabullenmesi, bu neticenin meydana gelmemesi için herhangi bir çaba göstermemesi, öngördüğü neticenin gerçekleşmesini umursamaması, göze alması durumunda olası kasttan bahsedilir⁵⁸¹. Olası kastta bilme ve isteme unsuru tam anlamıyla tezahür etmemektedir. Çünkü olası kastta doğrudan kastta olduğu gibi netice ne kesin olarak istenmekte ne de bilinmektedir. Fail neticenin gerçekleşebileceği bilincinde olmasına rağmen olayı akışına bırakmakta, neticenin meydana gelmemesi için özel bir çaba göstermemektedir. Bu nedenle olası kastta haksızlık içeriği, neticenin gerçekleşmesinin istenmesine yönelik irade yoğunluğu doğrudan kasta göre daha azdır⁵⁸².

Belirli bir icrai davranışı gerçekleştirme hususunda yükümlü olan kişi, ihmali davranışta bulunması neticesinde korumakla yükümlü olduğu kişinin ölebileceğini öngörmüş ancak neticenin meydana gelmesini kabullenmiş, ölürse ölsün şeklinde düşünerek ihmali davranışta bulunmuş ise çalışmamızın konusunu oluşturan suçu olası kastla işlemiş olacaktır⁵⁸³. Örneğin bir araç sürücüsü yolda giderken bir kişiye çarpar ve yaralar. Sürücü bu olay neticesinde tutuklanabileceğinden korkarak, yaraladığı kişiye ölürsen ölsün düşüncesiyle herhangi bir yardımda bulunmadan olay yerinden kaçır ve yaralı kişi yaşamını yitirir. Bu durumda sürücü çalışmamızın konusunu oluşturan TCK md. 83'te düzenlenen suçu olası kastla işlemiş olacaktır⁵⁸⁴.

Bu suçun olası kastla işlenebileceği 83. maddenin gerekçesinden de anlaşılmaktadır. Nitekim madde gerekçesinde bu husus, "*Belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğün gereği olan icraî davranışta bulunmaması sonucunda bir insanın ölebileceğini öngörmüş ise, olası kastla işlenmiş olan öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir*" şeklinde belirtilmiştir. Keza Yargıtay

⁵⁸⁰Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.173.

⁵⁸¹Akbulut, Emre; s.212.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.260.

⁵⁸²Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.174.; Akbulut, Emre; s.212.

⁵⁸³Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.71-72.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940.; Gültaş/ Canbeldek; s.559.; Meran; s.69.

⁵⁸⁴Akbulut, Emre; s.212-213.

kararlarında da bu suçun olası kastla işlenebileceği "ölüm neticesinin ihmali bir davranışa bağlı olarak meydana geldiği hallerde somut olayın koşulları dikkate alınarak, ölüm neticesi bakımından failin kasten mi, yoksa taksirle mi hareket ettiği dikkatlice belirlenmelidir. Hiç kuşkusuz, ölüm neticesinin kasten meydana geldiği hallerde bunun olası kastla; taksirle meydana geldiği hallerde ise bilinçli taksirle meydana gelip gelmediği de göz önünde bulundurulmalıdır" şeklinde ortaya konulmuştur⁵⁸⁵.

Öğretide baskın görüşe göre, ihmali suçlar taksirle de işlenebilir⁵⁸⁶. Bu nedenle "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun taksirle işlenip işlenemeyeceği hususunun da açıklanması gerekmektedir. Kanun koyucu TCK'nın 22. maddesinde taksir hakkında genel bir tanım yapmak yerine, taksiri bilinçsiz ve bilinçli taksir şeklinde iki ayrı fıkrada düzenlemiştir. Buna göre, "Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir. Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır". Ceza kanunlarında kural olarak kasten gerçekleştirilen davranışlar suç olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık istisnai hallerde taksirle gerçekleştirilen davranışlar kanunda suç olarak düzenlenmektedir⁵⁸⁷. Nitekim bu husus TCK'nın 22. maddesinin 1. fıkrasındaki, "Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır." şeklindeki düzenlemeyle de ifade edilmiştir.

İhmali davranışla ölüm neticesinin gerçekleşmesine sebebiyet verilmesi taksirle de gerçekleşebilir⁵⁸⁸. Ancak 83. maddede, bu suçun açıkça kasten işlenebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bu suçun taksirle işlenebileceğine dair kanunda bir hüküm de bulunmadığı için bir kişinin taksirli davranışı neticesinde TCK md. 83' ten sorumlu tutulması, TCK'nın genel

⁵⁸⁵Yargıtay 1. CD.; E. 2012/5828, K. 2013/7092, T. 27.11.2013, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 13.06.2022).; Bir başka Yargıtay kararı da şöyledir: "...83. maddedeki suçun oluşabilmesi için, bu madde uyarınca kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranış nedeniyle başkasının yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında bulunan kişinin, korumak ve gözetmekle yükümlü olduğu hayatın sona erme tehlikesi ortaya çıkmasına rağmen, ölüm neticesinin gerçekleşmesi amacıyla doğrudan kastla veya öngörülen ölüm tehlikesinin meydana gelmesi kabullenilerek olası kastla, sözü geçen hayatı kurtarmaya yönelik icrai bir davranışta bulunmaması gerekir" (Yargıtay 1. CD.; E. 2012/3814, K. 2014/3754, T. 07.07.2014, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 27.06.2022)).

⁵⁸⁶Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.412.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.72.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.139.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.170.; Telkenaroğlu; s.302.

⁵⁸⁷Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.190.

⁵⁸⁸Yaşar/ Gökcan/ Artuç; s.2813.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.139.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.72.; Koçak Süren; s.285.; Gültaş/ Canbeldek; s.559.; Meran; s.70.

hükümleri gereğince mümkün değildir⁵⁸⁹. Bu durumda yani failin taksirli ihmali davranışı nedeniyle ölüm neticesinin gerçekleştiği hallerde fail taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır⁵⁹⁰. Keza madde gerekçesinde de bu husus, "*Buna karşılık, belli bir yönde icraî davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan kişi, bu yükümlülüğe aykırı davrandığının bilincinde olduğu hâlde, bunun sonucunda bir insanın ölebileceğini objektif özen yükümlülüğüne aykırı olarak öngörmemiş ise; taksirle işlenmiş öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmak gerekir*" şeklinde belirtilmiştir. Örneğin bir hemşire görev sırasında iken kendisini ziyaret etmeye gelen arkadaşıyla uzun bir süre konuşmuş ve bu nedenle bakmakla yükümlü olduğu hastaya ilaçlarını vermeyi unutmuştur. İlaçları zamanında verilmeyen hasta bu nedenle yaşamını yitirmiştir. Bu olayda hemşire dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmayarak ilaçları zamanında vermediği için hemşirenin olayda taksirli bir ihmali davranışı mevcuttur. Bu durumda yukarıda belirttiğimiz üzere hemşire kasten bir davranış gerçekleştirmediğinden ötürü TCK md. 83'ten değil, TCK md. 85 uyarınca taksirle öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır⁵⁹¹.

2.3.2.2.Kastı Ortadan Kaldıran Hata Halleri

Genel olarak kişinin zihninden geçirdikleri, tasavvuru ile gerçek durumun birbirine uymamasını ifade eden hata, iradenin ortaya çıkma sürecine etki eder ve iradenin bozulmuş olarak doğmasına neden olur⁵⁹². Bilmemek veya yanlış bilmek şeklinde ortaya çıkan hatanın konusu, dış dünyayla ilgili bir olguya ilişkin olabileceği gibi normatif nitelikteki bir hususa ilişkin de olabilir⁵⁹³. Kişinin hatasının konusu, dış dünyayla ilgili olgulara ilişkin ise unsur hatasından, normatif hususlara ilişkin ise yasak hatasından söz edilir. Bu nedenle hata, ilişkili olduğu konuya göre kasta veya kusurluluğa etki edebilir⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹Akbulut, Emre; s.213.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.139.

⁵⁹⁰Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940.; Palut; s.610.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.72.

⁵⁹¹Akbulut, Emre; s.213-214.

⁵⁹²Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.643.; Sarıgül, Ali Tanju; "Ceza Hukukunda Hata Kavramı Ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi", EÜHFD, C.14, S.2, 2019, s.665.

⁵⁹³Turabi, Selami; "Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller", TBBD, C.25, S.101, 2012, s.286.; Turan, Esin/ Otacı, Cengiz; Genel Hükümlerle Bağlı Olarak Kasten Öldürme Suçları, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s.241.

⁵⁹⁴Sarıgül; Hata Kavramı, s. 673.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.253.

Tipikliğin maddi şartlarındaki hata kast üzerinde etkili olurken⁵⁹⁵, tipikliğin hukuki sonuçlarındaki veya kusurluluğu etkileyen hallerin koşullarındaki bir hata ise kusurluluk üzerinde etkili olmaktadır⁵⁹⁶. Bu kapsamda günümüz doktrinde hata "*kastı ortadan kaldıran hata*" ve "*kusurluluğu etkileyen hata*" şeklinde iki başlık altında incelenmektedir⁵⁹⁷.

Hata, TCK'nın 30. maddesinde⁵⁹⁸ düzenlenmiş olup "*kastı ortadan kaldıran hata halleri*"; "*suçun maddi unsurlarında hata*" (TCK md. 30/1), "*suçun nitelikli unsurlarında hata*" (TCK md. 30/2) ve "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata*" (TCK md. 30/3) şeklinde üç başlık altında incelenmektedir⁵⁹⁹.

Hataya ilişkin genel hükümler görünüşte ihmali suçlarda da uygulama alanı bulmakla birlikte bu suçlarda, suçun tipikliğinde yer alan unsurların kanundan çıkarılamaması ve ancak garantörlüğün mevcut olması halinde kişinin ihmali davranışından sorumlu tutulabilecek olması nedeniyle hata meselesinin çözümü icrai suçlara kıyasla güçlük arz etmektedir⁶⁰⁰.

Bu noktada suçun maddi unsurlarının nelerden oluştuğu hususu önem arz etmektedir. Doktrinde bu hususta farklı görüşler bulunmakla birlikte ağırlıklı görüşe göre, suçun maddi unsurları hareket, nedensellik bağı, netice, fail, mağdur, konu ve nitelikli hallerden oluşmaktadır⁶⁰¹. Ayrıca çalışmamızın "*tipikliğin manevi unsuru*" başlığı altında açıkladığımız üzere görünüşte ihmali suçların maddi unsurları arasında garantörlük durumunun da yer aldığı

⁵⁹⁵ Özbek, Veli Özer; "Türk Ceza Kanununda Hata (M.30)", CHD, C.3, S.7, 2008, s.86.; Şenol, Cem; "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK m.30/1,2)", CHD, C.13, S.38, 2018, s.127.; Karakurt, Ahu; "Türk Ceza Kanunu'nda Hata", CHD, C.4, S.10, 2009, s.117.

⁵⁹⁶ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.644.

⁵⁹⁷ Yavuz, Hakan A.; "Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride Ve Güncel Yargıtay Uygulamasında)", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.46, 2021, s.202.; Soyer Güleç, Sesim; "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4)", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.1, 2008, s.62.; Şen, Ersan/ Akpınar, Selvacan; "Ceza Hukukunda Hata", Terazi Hukuk Dergisi, C.16, S.180, 2021, s.1560.

⁵⁹⁸ Madde 30: "(1) Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır. (2) Bir suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerinin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (3) Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır. (4) İşlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, cezalandırılmaz".

⁵⁹⁹ Dülger, Murat Volkan/ Özkan, Onur/ Bakdur, Merve; "Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.45, 2021, s.229.; Şen/ Akpınar; s.1560.; Turabi; s.287.

⁶⁰⁰ Hakeri; İhmal Kavramı, s.255-256.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.269.

⁶⁰¹ Sarıgül; Hata Kavramı, s. 675-676.; Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.112.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.199.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.277.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.298.; Dülger; Genel Hükümler, s.241.

kabul edilmektedir. Bu itibarla somut olayda fail, kendisini neticenin meydana gelmesini önlemek ile yükümlü kılan diğer bir ifadeyle garantör kılan durumları bilmiyor ise bu bilgisizlik suçun maddi unsurlarında hata kapsamında değerlendirilecek ve failin kastını ortadan kaldıracaktır⁶⁰². Bu bağlamda "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun kanuni tanımında yer alan maddi unsurlarına ilişkin bir hatanın mevcut olması durumunda kastın varlığından söz edilemez. Ancak böyle bir durumda taksirli sorumluluk hali gündeme gelecektir.

Kastı ortadan kaldıran diğer bir hata hali, TCK'nın 30. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen suçun nitelikli unsurlarında hatadır⁶⁰³. Kanunda suçun temel şeklinden başka daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli unsurları da düzenlenmektedir. Suçun nitelikli hallerinde hata durumunda fail yalnızca nitelikli hallerin gerçekleştiği hususunda bir yanılığa düşmüştür. Bu durumda suçun temel şekline ilişkin tüm unsurlar gerçekleşmiş olup bu unsurlara ilişkin herhangi bir yanılığın söz konusu değildir⁶⁰⁴. Kanunda nitelikli hallerin gerçekleştiği hususunda hataya düşen kişinin bu hatasından yararlanacağı belirtilmiş ise de bu durumun failin sorumluluğu üzerindeki etkisi açıkça belirtilmemiştir⁶⁰⁵. Ancak nitelikli hallerin suçun maddi unsurları arasında yer aldığı göz önünde bulundurulduğunda buna ilişkin hatanın da kastı ortadan kaldıracığını kabul etmek gerekmektedir⁶⁰⁶.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu için TCK'da özel bir nitelikli hal düzenlenmemiştir. Ancak çalışmamızın "*nitelikli haller*" başlığı altında TCK md. 82'de düzenlenen nitelikli hallerin TCK md. 83 kapsamında da uygulanabileceği yönündeki görüşe katıldığımızı belirtmiştik. Bu nedenle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda da fail, nitelikli hallerin gerçekleştiği hususunda hataya düşmüş ise bu hatasından yararlanır⁶⁰⁷. Örneğin, bir polis memuru görevi esnasında bir kişinin diğer bir kişiyi bıçakladığını görmesine rağmen müdahalede bulunmaz ve yaralanan kişi yaşamını yitirir. Daha sonra polis memuru ölen kişinin kendi çocuğu olduğunu fark eder. Bu durumda polis

⁶⁰²Örneğin bir baba yolda ağır yaralı olarak gördüğü kişinin oğlu değil bir başka kişi olduğunu zannetmişse bu hatasından yararlanacaktır. Bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.269.

⁶⁰³Dülger/ Özkan/ Bakdur; s.242.

⁶⁰⁴Şenol; Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata, s.138.

⁶⁰⁵Özbek; Hata, s.87.; Şen/ Akpınar; s.1562.

⁶⁰⁶Değirmenci, Olgun; "Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı Ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma", TBBD, C.26, S.110, 2014, s.158.; Aksi yöndeki görüş için bkz. Karakurt; s.122.

⁶⁰⁷ Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.269.

memurunun yaralanan kişinin kendi çocuğu olduğu konusundaki bilgisizliği, kastını ortadan kaldıracığından bu nitelikli halin (TCK md.82/1-d) uygulanması söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle polis memuru hatasından yararlanır ve suçun temel şekli olan TCK md.83 kapsamında belirlenecek olan cezasında TCK md. 82 gereğince bir artırım yapılmaz. Bir başka örnek olarak polis memuru, yaralanan kişinin kendi babası olduğunu sanıp mirastan bir an önce yararlanmak amacıyla olaya herhangi bir müdahalede bulunmaz ve yaralanan kişi yaşamını yitirir. Polis memuru bu durumda da hatasından yararlanacak olup sadece suçun temel şeklinden cezalandırılacaktır.

TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının "*Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler*" başlıklı ikinci bölümünde hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu etkileyen haller birlikte düzenlenmiştir⁶⁰⁸. TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında da "*Ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların*" ifadesi geçtiği için bu fıkrayı "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata*" ve "*kusurluluğu etkileyen sebeplerin maddi şartlarında hata*" şeklinde iki kısma ayırarak incelemek mümkündür⁶⁰⁹. Düzenlemedeki "*koşullar*" ibaresinden maddi koşullar anlaşılması gerektiği hususunda fikir birliği mevcuttur⁶¹⁰. Ancak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hatanın hukuki niteliğine ilişkin öğretilerde tartışma⁶¹¹ bulunmakla birlikte ağırlıklı görüş, bu durumun kast kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata*" halinde failin kasten hareket etmediğini kabul etmektedir⁶¹².

Kişinin, bir suçun tipikliğini somut olayda herhangi bir hukuka uygunluk sebebinin maddi koşulları mevcut olmadığı halde mevcut olduğunu düşünerek gerçekleştirmesi durumunda "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata*" söz konusudur⁶¹³. Bu durumda kişi tipik davranışı gerçekleştirdiğinin bilincindedir. Ancak bu davranışı gerçekleştirirken somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının

⁶⁰⁸Turabi; s.289.

⁶⁰⁹Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.657.

⁶¹⁰ Sarıgül, Ali Tanju; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m.30/3), Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.24, S.3, 2020, s.327.; Göktürk, Neslihan; "Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği", CHD, C.9, S.26, 2014, s.8.

⁶¹¹ Bu tartışmalar için bkz. Sarıgül; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, s.343-347.

⁶¹² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.658-659.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.300.; Sarıgül; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, s.346.; Değirmenci; Yanılma Kavramı, s.177.; Gültaş/ Canbeldek; s.200.

⁶¹³Dülger/ Özkan/ Bakdur; s.244.

gerçekleştiğini düşünmektedir⁶¹⁴. Kişinin hatası normatif nitelikteki bir hususa ilişkin olmayıp maddi bir olaya ilişkindir. Bu nedenle öğretide ağırlıklı görüş "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hatanın*" kaçınılmaz olması halinde failin işlediği suç bakımından kastının varlığından söz edilemeyeceğini ancak failin hatasının kaçınılabılır olması halinde taksirli sorumluluğunun devam edeceğini ve bu nedenle işlenen suçun taksirli hali kanunda düzenlenmiş ise bu suçtan dolayı cezalandırılabileceğini belirtmiştir⁶¹⁵. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir görüş, TCK md.30/3'de hatanın kaçınılabılır olması halinde taksirli sorumluluğun saklı tutulmadığını, "*hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarına*" ilişkin bir hatanın kaçınılabılır olması durumunun düzenleme gereği failin sorumluluğuna bir etkisi olmayacağını ve bu nedenle failin işlediği suçun kasıtlı halinden sorumlu olacağını ifade etmiştir⁶¹⁶.

Kişinin somut olayda bulunan bir hukuka uygunluk sebebinden faydalanabilmesi için bu hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleştiğinin de bilincinde olması gerekmektedir⁶¹⁷. Bu açıdan, somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin maddi koşulları gerçekleşmiş olmasına rağmen bu hususu bilmeden tipik davranışın gerçekleştirilmesi durumunda hukuka uygunluk sebebinin maddi koşulları gerçekleştiği için neticenin haksızlığı ortadan kalkacaktır. Ancak koşulların gerçekleştiği hususundaki bilgisizlik nedeniyle gerçekleştirilen davranışın haksızlığı ortadan kalkmayacaktır. Bu halde ancak işlemeye kastedilen suça teşebbüsten dolayı sorumluluk gündeme gelecektir⁶¹⁸.

Hukuk düzenince öngörülen bir hukuka uygunluk nedeni bulunmamasına rağmen failin böyle bir hukuka uygunluk nedeninin hukuk düzenince kabul edildiği hususunda

⁶¹⁴Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.298.

⁶¹⁵Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.658-660.; Dülger; Genel Hükümler, s.636.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.436.; Özgenç; Genel Hükümler, s.531-532.; Sarıgül; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, s.346-347.; Değirmenci; Yanılma Kavramı, s.177; Göktürk; Hukuka Uygunluk Nedenlerinin, s.23-25.; Fıkra da geçen kaçınılmazlık ifadesinin failin haksızlığına ilişkin değil failin kişisel olarak hataya düşmekteki kusurunun değerlendirilmesiyle ilgili bir kriter olduğu şeklindeki görüş için bkz. Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.301-302.

⁶¹⁶ Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.479.

⁶¹⁷Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.300.

⁶¹⁸Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.660.; Göktürk; Hukuka Uygunluk Nedenlerinin, s.20-21.; Karakurt; s.128-129.

yanılığa düşmesi durumunda ise "*hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hata*" söz konusudur⁶¹⁹. Bu husustaki hata ise haksızlık hatası kapsamında değerlendirilmelidir⁶²⁰.

2.3.3.Hukuka Aykırılık Unsuru

2.3.3.1.Genel Olarak

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda, suçun tipik unsurları oluşmuş ve herhangi bir hukuka uygunluk sebebi de mevcut değil ise suçun hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiştir⁶²¹. Bu itibarla ihmali suçlar açısından hukuka aykırılık unsurunun uygulanmasında icrai suçlara kıyasla herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle icrai suçlar bakımından geçerli olan hukuka uygunluk nedenleri ihmali suçlar için de geçerlidir⁶²². Bu nedenle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda da hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması mümkündür. Bu nedenle çalışma konumuzu oluşturan suçun işlenmesi durumunda TCK md. 24 ve devamında yer alan "*kanun hükmünü yerine getirme*", "*hukuka uygun emrin ifası*", "*meşru savunma*", "*hakkın kullanılması*" ve "*ilgilinin rızası*"⁶²³ hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı söz konusu ise hukuka aykırılık unsurunun varlığından bahsedilemeyeceği için failin davranışı suç teşkil etmeyecektir⁶²⁴. Örneğin bir kişi arabasıyla seyir halindeyken silahlı bir grup yolu kapatır ve sürücüye ateş etmeye başlar. Bunun üzerine sürücü hayatını kurtarmak için arabayı grubun üzerine sürer ve grup üyelerinden birini yaralayarak olay yerinden kaçar. Sonrasında yaralanan kişi kan kaybı neticesinde yaşamını yitirir. Bu olayda "*meşru savunma*" hukuka uygunluk nedeni mevcut olması nedeniyle sürücü TCK md.83'ten sorumlu tutulmayacaktır. Yine öğretilerde bilinci yerinde olan bir hastanın tedaviyi reddetmesi nedeniyle hastaya herhangi bir müdahalede

⁶¹⁹Sarıgül; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, s.335.

⁶²⁰Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.662.; Sarıgül; Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata, s.341.; Karakurt; s.126.; Değirmenci; Yanılma Kavramı, s.170.; Göktürk; Hukuka Uygunluk Nedenlerinin, s.28.; Hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hatanın kast üzerinde etkili olacağı şeklindeki görüş için bkz. Özbek; Hata, s.90.

⁶²¹Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.145.

⁶²²Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.412.; Akbulut, Emre; s.214.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.284-285.; Gültaş/ Canbeldek; s.562.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.71.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.141.

⁶²³Öğretilerde bir yazar yaşama hakkı üzerinde serbestçe tasarruf edilemeyeceği için bu hukuka uygunluk sebebinin TCK md.83 kapsamında uygulanabilir nitelikte olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.261.; Aksi yönde bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s.287-288.

⁶²⁴Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.71.; Türker; s.306.; Koçak Süren; s.286.; Akbulut, Emre; s.214.

bulunmayan doktorun, hastanın daha sonra bu nedenle ölmesi durumunda ihmali davranışından dolayı sorumlu tutulmayacağı çünkü bu durumda "*ilgilinin rızası*" hukuka uygunluk sebebi mevcut olduğu ve bu nedenle doktorun ihmali davranışının TCK md. 83'te düzenlenen suçu oluşturmayacağı ifade edilmektedir⁶²⁵. Kanaatimizce bu olayda "*ilgilinin rızası*" hukuka uygunluk sebebi mevcut değildir. Çünkü yapılacak olan tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Oysaki olayda hasta rıza vermediği için doktorun herhangi bir müdahalesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla doktorun hastaya bakma yükümlülüğü mevcut olmadığı için TCK. md. 83 kapsamında sorumluluğu bulunmamaktadır

TCK'da öngörülen hukuka uygunluk sebepleri arasında yer almayan ancak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun özelliği nedeniyle öğretide hukuka aykırılık başlığı altında incelenen⁶²⁶ "*yükümlülüklerin çatışması*" hususuna da değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

2.3.3.2. *Yükümlülüklerin Çatışması*

Yükümlülüklerin çatışması⁶²⁷, ihmali suçlarla bağlantı olarak kişinin aynı zaman içerisinde birden çok icrai davranışta bulunma yükümlülüğü ile karşı karşıya kalması ancak bu yükümlülüklerden yalnızca birini yerine getirebilmesi ve bu nedenle diğer yükümlülükleri ihmal etmesi halini ifade etmektedir⁶²⁸. Yükümlülüklerin çatışması TCK'da düzenlememekle birlikte, doktrinde ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir⁶²⁹. Nitekim ihmali davranışın, daha önemli olan bir diğer yükümlülüğün yerine

⁶²⁵Koçak Süren; s.287.

⁶²⁶Hakeri; İhmal Kavramı, s.258.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.412.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.168.; Palut; s.616.; Akbulut, Emre; s.214-215.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.168.

⁶²⁷ Bu konuyu "*zorunluluk haline benzeyen durumlar*" başlığı altında inceleyen bir çalışma için bkz. Demirbaş; Genel Hükümler, s.330.

⁶²⁸Bacaksız; Yükümlülüklerin Çatışması s.120.; Koç, Ziya; "Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği Ve Görünüş Şekilleri", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.25, S.4, 2021, s.578.

⁶²⁹Hakeri; İhmal Kavramı, s.258-259.; Hakeri; Genel Hükümler, s.261.; Hakeri; Tıp Ceza Hukuku, s.100.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.412.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.306.; Koç; s.578.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.168.; Telkenaroğlu; s.305.; Özen; Genel Hükümler, s.445.; Yükümlülüklerin çatışması halinde ikili bir nitelik bulunduğunu, eşit iki değer çatışması durumunda mazeret sebebi; eşit olmayan değerlerin çatışması halinde ise hukuka uygunluk nedeninden söz edilmesi gerektiğini belirten görüş için bkz. Bacaksız; Yükümlülüklerin Çatışması; s.130.; Bu durumu zorunluluk hali kapsamında değerlendiren bir çalışma için bkz. Akbulut, Emre; s.215.

getirilmesi zorunluluğundan ortaya çıkması halinde bu ihmali davranışın hukuka aykırılık teşkil etmediğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁶³⁰.

Yükümlülüklerin çatışması durumunun özel unsuru, çatışan icrai davranışta bulunma yükümlülükleri arasında birini gerçekleştirmeye karar vermek için zorlama ve baskının varlığıdır. Kişinin ihmali davranışını hukuka uygun kılacak olan ise doğru yükümlülüğün yerine getirilmesidir⁶³¹. Bu noktada doğru yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğini belirleyebilmek için değişik şekillerde ortaya çıkan çatışma hallerinin incelenmesi gerekmektedir.

Yükümlülüklerin çatışması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu kapsamda eşit iki değer korunması sebebiyle yükümlülüklerin çatışması söz konusu olabileceği gibi eşit olmayan değerler bakımından da yükümlülüklerin çatışması durumu ortaya çıkabilir⁶³².

Yükümlülükler çatışmasının "*eşit iki değer korunması sırasında ortaya çıkması*" durumunda belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü olan kişinin bu yükümlülüklerden bir tanesini gerçekleştirmesi yeterlidir⁶³³. Gerçekleştirilmeyen diğer yükümlülükler nedeniyle ölüm neticesinin meydana geldiği durumlarda hukuk düzeninin kişiden daha fazlasını istemesi söz konusu olamayacağı için kişinin ihmali davranışı hukuka uygun olacaktır⁶³⁴. Örneğin bir bakıcının, bakımını üstlendiği yaşlı bir çiftin evinde yangın çıkmıştır. Bakıcı alevlerin kısa sürede evi sarması nedeniyle ancak eşlerden birisini kurtarabilmiş ve diğer eş evden çıkamadığı için yaşamını yitirmiştir. Bu durumda yaşlı çiftin her ikisinin de korunması gereken hukuki değeri yaşama hakkı olduğu için olayda eşit iki değer korunması sırasında ortaya çıkan yükümlülüklerin çatışması söz konusudur. Bu yükümlülük çatışmasında bakıcının yalnızca bir yükümlülüğü yerine getirerek eşlerden birisini kurtarması, neticeyi önleyemediği diğer yükümlülük açısından bir sorumluluk doğurmamalıdır. Bu nedenle bakıcının diğer eşi kurtarma yükümlülüğünü yerine getirmeme şeklindeki ihmali davranışı hukuka uygun olacak ve bakıcı meydana gelen ölüm neticesinden TCK md. 83 kapsamında sorumlu tutulmayacaktır.

⁶³⁰Hakeri; İhmal Kavramı, s.259.

⁶³¹Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.169.

⁶³²Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.169.; Bacaksız; Yükümlülüklerin Çatışması, s.130.

⁶³³ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.412.; Özen; Genel Hükümler, s.446.

⁶³⁴ Hakeri; Tıp Ceza Hukuku, s.100.; Bacaksız; Yükümlülüklerin Çatışması, s.134.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.259.; Koç; s.602.

Özbek/ Doğan/ Bacaksız' a göre örneğin, ağır yaralı olan genç bir kişinin acil servise kaldırıldığı ve doktorun hastanın kurtulma ihtimalini yüksek gördüğü için acil serviste tek bir tane bulunan ve yaşama ihtimali düşük olan çok yaşlı bir hastaya takılı olan solunum cihazını çıkartıp genç olan hastaya taktığı ve bu nedenle yaşlı hastanın yaşamını yitirip, genç hastanın kurtulduğu olayda yükümlülüklerin çatışması söz konusudur. Yazarlar olayda yaşam hakkı şeklinde eşit iki değerin korunmasının söz konusu olduğunu ancak herkesin yaşama hakkına sahip olduğunu ve iki yaşam hakkının birbirleriyle kıyaslanırken kişinin genç ya da güçlü veya yaşlı olması yönünden ele alınamayacağını ve bu nedenle doktorun genç hastayı kurtarmak için gerçekleştirdiği davranışın, yaşlı hastanın yaşam hakkına yönelik davranışını hukuka uygun hale getirmeyeceğini dolayısıyla bu durumda doktorun yaşlı hastanın yaşamını yitirmesinden dolayı sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiřtir⁶³⁵. Yazarların yaşam hakkına yönelik açıklamalarına ve doktorun gerçekleşen ölüm neticesinden dolayı sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüşlerine katılmaktayız. Ancak kanaatimizce bu olayda yükümlülüklerin çatışması durumu söz konusu değildir. Yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü olduğunu ve aynı zaman içerisinde birden fazla icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğünün söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıktığını ve bu nedenle diğer yükümlülüğün yerine getirilmemesi şeklindeki ihmali davranışın hukuka uygun olacağını belirtmiştik. Oysa olayda doktorun yaşlı hastaya yönelik bir ihmali davranışı değil, hastadan solunum cihazını çıkarmak şeklinde icrai bir davranışı mevcuttur. Bu sebeple olayda bir ihmali davranış söz konusu olmadığı için yükümlülüklerin çatışmasından dolayı ihmali davranışın hukuka uygun olmasından da bahsedilemeyecektir. şayet olayda, iki hasta da aynı anda acil servise getirilseydi ve doktor yalnızca bir tane mevcut olan solunum cihazını genç olan hastaya taksaydı bu durumda yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilebilirdi.

İncelenmesi gereken diğer bir konu, eşit iki değerin koruması sırasında ancak farklı önceliklerin söz konusu olduğu bir durumda failin öncelikli olan yükümlülüğü gerçekleştirmedeği takdirde cezalandırıp cezalandırılmayacağı hususudur. Bu durumu bir örnek ile somutlaştıracak olursak, örneğin bir kişi sahilde güneşlenmekte iken bu kişinin çocuğu ve yakın arkadaşı kayıkla denize doğru açılırlar. Bu sırada kayık aniden su almaya başlar. Kayığın su aldığını gören kişi kayığa doğru yüzer ve gücü yalnızca bir kişiyi

⁶³⁵Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.168.

kurtarmaya yettiği için yakın arkadaşını kurtarır ancak çocuğu boğularak yaşamını yitirir⁶³⁶. Söz konusu olayda bu kimse kayığın su aldığı görmesine rağmen herhangi bir yardımda bulunmasaydı, çocuğu bakımından kanuni düzenlemelerden kaynaklı koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunduğu için TCK md.83'ten, yakın arkadaşı bakımından ise genel dayanışma yükümlülüğü olduğu için TCK md.98'ten sorumluluğu gündeme gelecekti. Dolayısıyla olayda iki kişinin de yaşam hakkının korunması şeklinde eşit iki değer söz konusu olmasına rağmen bu hakların korunmasının hukuki dayanakları farklı düzenlemelerden kaynaklanmaktadır⁶³⁷. Bu noktada çocuğuna karşı garantör sıfatına haiz olan ve bu nedenle çocuğunu kurtarma yükümlülüğü öncelikli olan kimse, bu yükümlülüğü yerine getirmek yerine TCK md.98'ten kaynaklanan dayanışma yükümlülüğünü yerine getirmesi nedeniyle sorumlu olacak mıdır? Öğretide bir görüş garantörlük yükümlülüğü ile yardım ve bildirim yükümlülüğünün aynı anda bulunması durumunda kural olarak garantörlük yükümlülüğünün üstün tutularak bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiğini aksi halde sorumluluğun doğabileceğini savunmaktadır⁶³⁸. Buna karşılık bizim de katıldığımız öğretide diğer bir görüşe göre ise hukuk düzeni içerisinde iki insanında yaşama hakkı aynı değere sahip olup insanların yaşamları arasında bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Bu nedenle garantörlük yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine göre daha ağır cezalandırılmış ise de bu bakımdan bir önem arz etmemektedir. Burada asıl olan kurtarılacak değerlerin eşitliği olup, kurtarılması gereken her iki değer de yaşama hakkı olduğu için hukuk düzeninin bunlardan birisinin kurtarılmasını yeterli görüp diğeri bakımından gerçekleşen ihmali davranışı hukuka uygun kabul etmesi gerekmektedir. Keza yaşama hakkı tehlikede olan iki insandan garantör yükümlülüğünün bulunduğu kimseyi değil de diğer bir kimseyi kurtaran kişi, garantör yükümlülüğü bulunduğu kimseyi kurtarması daha yüksek derecede görülüp bu nedenle diğer kimseyi kurtardığı gerekçesiyle sorumlu tutulamaz. Aksi durum diğer kimsenin kurtarılmasının yasaklanması sonucunu doğuracaktır⁶³⁹.

⁶³⁶Hakeri; İhmal Kavramı, s.259 .

⁶³⁷Palut; s.618-619.

⁶³⁸ Koç; s.604.

⁶³⁹Hakeri; İhmal Kavramı, s.259.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.296.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.169-170.

Eşit olmayan değerlerin korunması bakımından yükümlülüklerin çatışmasının söz konusu olduğu durumlarda ise fail bu yükümlülüklerden daha yüksek değerde olanı koruyacak yükümlülüğü gerçekleştirme tercih etmesi halinde hukuka uygun davranmış olacaktır⁶⁴⁰. Örneğin görev sırasında iken bir kimsenin diğer bir kimseyi bıçak darbeleri ile yaraladığını aynı anda başka bir kimsenin de mala zarar verme suçunu işlediğini gören polis, öncelikle mala zarar verme suçunun işlenmesini engellemekle değil, yaralı kişiyi kurtarmakla yükümlüdür. Bu nedenle polisin yaralı kişiye müdahale etmesi halinde mala zarar verme suçuna yönelik herhangi bir müdahalede bulunmama şeklindeki ihmali davranışı hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir. Buna karşılık polisin öncelikle mala zarar verme suçunun işlenmesini önlemeye çalışması nedeniyle yaralanan kişinin ölmesi durumunda ihmali davranışı hukuka aykırı olacak ve sorumluluğu TCK md.83 kapsamında değerlendirilecektir.

2.4.Kusurluluk

Kusur bakımından icrai suçlarda uygulanan temel prensipler "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu açısından da geçerlidir⁶⁴¹. Bu itibarla kişinin ihmali davranışı gerçekleştirdiği sırada kusurluluğu etkileyen hallerin bulunması mümkündür ve bu hallerden herhangi birinin somut olayda mevcut olması durumunda, icrai suçlar açısından yapılan kusur değerlendirmesi ihmali suçlar için de aynen geçerli olacaktır⁶⁴². Örneğin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu kusurluluğu etkileyen bir hal olan ve TCK'nın 29. maddesinde⁶⁴³ düzenlenen haksız tahrik altında işlenebilir⁶⁴⁴. Örneğin, bir doktor acil serviste görevli olduğu sırada ağır yaralı olarak hastaneye getirilen hastanın daha önceden kardeşini yaralayan kişi olduğunu görür ve bu olayın vermiş olduğu hiddet ve şiddetli elemin etkisi ile hastaya karşı gerçekleştirmesi gereken tedavi yükümlülüğünü yerine getirmez ve hasta yaşamını yitirir. Bu olayda doktor, garantör sıfatına sahip olup hastayı tedavi etme yükümlülüğünü ihmal etmesi nedeniyle TCK md.83'ten sorumlu tutulacaktır. Ancak bu ihmali

⁶⁴⁰Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.170.; Bacaksız; Yükümlülüklerin Çatışması, s.134.; Koç; s.600.

⁶⁴¹Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.412.

⁶⁴²Yurtlu; İhmali Suçlar, s.302.

⁶⁴³ Madde 29: "*Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine onsekiz yıldan yirmidört yıla ve müebbet hapis cezası yerine oniki yıldan onsekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde verilecek cezanın dörtte birinden dörtte üçüne kadarı indirilir*".

⁶⁴⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.270.

davranış hastanın daha önce kardeşine karşı gerçekleştirdiği yaralama eyleminin meydana getirdiği hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında gerçekleştiği için doktor haksız tahrik hükümlerinden faydalanacaktır⁶⁴⁵.

Yine bu suç bakımından zorunluluk hali uygulama alanı bulabilir. Örneğin ağır yaralı bir hastaya müdahale eden doktor, hastaneye gelen hasta yakınlarının kendisine saldırması nedeniyle hastaneden kaçmış ve sonrasında hasta kan kaybı nedeniyle yaşamını yitirmiş ise zorunluluk halinden yararlanır⁶⁴⁶.

Fail, kusur yeteneğine tipik davranışı gerçekleştirdiği sırada sahip olmalıdır. Bu itibarla failin tipik davranışın gerçekleştirmesinden sonra kusur yeteneğinin ortadan kalkması, ceza sorumluluğu bakımından herhangi bir etki doğurmaz. Bu durum yalnızca ceza muhakemesinin yapılmasını veya hükmolünmüş cezanın infazını engellemektedir⁶⁴⁷. Ancak tipik davranış gerçekleştirilmeden önce kusur yeteneğinin failin kendisi tarafından bilerek kaldırıldığı durumlarda davranışın gerçekleştiği sırada kusur yeteneğinin bulunmaması ceza sorumluluğunu etkilemeyecektir⁶⁴⁸. Bu durum ihmali suçlarda "*nedeninde serbest ihmali*" olarak ifade edilmektedir⁶⁴⁹.

2.4.1.Nedeninde Serbest İhmal

Failin cezalandırılabilmesi için suç oluşturan davranışı gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneğine sahip olması gerekmektedir⁶⁵⁰. Ancak bu ceza hukuku prensibi fail tarafından kusur yeteneğinin tipik davranış gerçekleştirilmeden bilerek ortadan kaldırıldığı durumlarda da uygulanır ise failin kusur yeteneği bulunmadığı için ceza sorumluluğunun doğmamasına neden olacaktır⁶⁵¹. Adalet düşüncesine aykırı olan böyle bir durumda failin

⁶⁴⁵Palut; s.629-630.; Ayrıca bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.27.

⁶⁴⁶ Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.147.; Bu olayda "*meşru savunma*" hukuka uygunluk nedeni mevcut olduğu şeklindeki görüş için bkz. Koçak Süren; s.286.

⁶⁴⁷ İçel; Genel Hükümler, s. 434.

⁶⁴⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.400.; Gültaş/ Canbeldek; s.215.

⁶⁴⁹Hakeri; İhmal Kavramı, s.258.; "*Sebebinde serbest ihmali*" ifadesinin kullanıldığı bir çalışma için bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s.304.

⁶⁵⁰Çelen, Ömer; "Sarhoşluğun Hareket ve Kusur Yeteneği Üzerindeki Etkisi", EÜHFD, C.8, S.2, 2013, s.482.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş, s.400.

⁶⁵¹Talas, Serdar; Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (*Actio Libera In Causa*) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2011, s.100-101.

cezalandırılmasının önünü açmak için doktrinde "*alic*" kuramı olarak adlandırılan bir teori geliştirilmiştir⁶⁵². Bu kuram, "*davranışı gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneğine sahip olmayan failin cezalandırılması olanağını sağlayan bir teoridir*"⁶⁵³. "*Sebebinde serbest hareket*" olarak da ifade edilen bu kural, failin tipik davranışı gerçekleştirmeden kendi iradi davranışıyla kusur yeteneğini ortadan kaldırması ve daha sonra bu halde iken suç işleme durumunda suçun işlendiği anda kusur yeteneği bulunmamasına rağmen gerçekleştirdiği davranıştan sorumlu tutulmasını sağlamaktır⁶⁵⁴.

Doktrinde "*alic*" olarak tanımlanan teorinin ihmali suçlarda da geçerli olacağı belirtilmekte olup bu durum ihmali suçlar bakımından "*olic- nedeninde serbest ihmal*" olarak ifade edilmektedir⁶⁵⁵. Bu itibarla ihmali suçlar bakımından icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi gereken zaman diliminden önce fail, kendisini kusurlu olarak bu davranışı gerçekleştiremeyecek duruma sokmuş ise meydana gelen neticeden kusur yeteneğine sahip olmadığı gerekçesiyle kendisini sorumluluktan kurtaramaz⁶⁵⁶. Bu durumda ihmali davranışın gerçekleştiği sırada failin kusur yeteneği bulunmasa dahi kusur yeteneğinin bulunmaması kendisinin daha önce gerçekleştirdiği kusurlu davranışından kaynaklandığı için ceza sorumluluğu doğacaktır⁶⁵⁷.

İhmali suçlarda, icrai suçlardan farklı olarak kusur yeteneğini ortadan kaldıran fail bazı durumlarda davranış gerçekleştirme yeteneğinin de ortadan kalkmasına sebebiyet verebilir⁶⁵⁸. Örneğin bir bakıcı, bakımını üstlendiği kişinin vasiyetname düzenleyerek oturduğu evini kendisine bıraktığını öğrenir. Bir an önce evin mülkiyetinin kendisine geçmesini isteyen bakıcı, bakımını üstlendiği kişiye zamanında alması gereken ilaçları vermeyerek onu öldürmeye karar verir. Ancak kendisini sorumluluktan kurtarmak düşüncesiyle yüksek dozda uyku ilacı alan bakıcı tam uyku haline geçmesi nedeniyle bakım alacaklısı ilaçlarını zamanında alamaz ve yaşamını yitirir. Bu olayda bakıcı, gerçekleştirmekle yükümlü olduğu davranışı yerine getirmesi gereken zaman diliminde yalnızca kusur

⁶⁵² Yurtlu; İhmali Suçlar, s.304.

⁶⁵³ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.336.

⁶⁵⁴ Çelen; Kusur Yeteneği, s.492.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.270.

⁶⁵⁵ Talas; Nedeninde Serbest Hareket, s.99.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.258.

⁶⁵⁶ Koçak Süren; s.284.

⁶⁵⁷ Talas; Nedeninde Serbest Hareket, s.99-100.

⁶⁵⁸ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.306.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.258.

yeteneğini değil davranış gerçekleştirme yeteneğini de ortadan kaldırmıştır. Failin suç işlemek amacıyla kusur yeteneğini kasten ortadan kaldırdığı bu durumlarda yapmakla yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirme yeteneği de ortadan kalksa dahi ceza sorumluluğu tam olacaktır⁶⁵⁹.

2.4.2. Beklenebilirlik

İhmali suçlarda kanunda açıkça düzenlenmemiş olan "*beklenebilirlik*" hususu da önem arz etmektedir. Doktrinde beklenebilirliğin hukuka aykırılık kapsamında mı yoksa kusurluluk kapsamında mı değerlendirileceği konusu tartışmalıdır⁶⁶⁰. Doktrindeki baskın görüş beklenebilirliğin kusurluluk kapsamında incelenmesi gerektiği yönündedir⁶⁶¹. Biz de aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle beklenebilirlik hususunun kusurluluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Suçun maddi unsurları başlığı altında incelediğimiz "*icrai davranış gerçekleştirme olanağı*" konusu ile "*beklenebilirlik*" hususu doktrinde bazı yazarlarca birlikte değerlendirilirken⁶⁶² bazıları ise bu kavramları birbirinden ayrı olarak incelemiştir⁶⁶³. Biz de failin belirli bir icrai davranışı gerçekleştirmeye yönelik imkana sahip olmasının suçun maddi unsurları içinde yer alan fiil unsuruna ilişkin olduğunu buna karşılık imkana sahip olan failin bu davranışı gerçekleştirmesinin beklenebilirliğinin kusur kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuz için çalışmamızda bu iki kavram birbirinden ayrı olarak incelenmiştir.

Bu iki husus arasındaki farkı ortaya koymak için bir örnek vermek gerekir ise, boğulmakta olan çocuğunu felçli olduğu için kurtaramayan babanın hareket kabiliyeti olmadığı için çocuğunu kurtarmaya yönelik bir davranışta bulunma imkanı mümkün değildir. Buna karşılık herhangi bir hastalığı olmayan ve yüzme bilen babanın sudaki akıntının çok

⁶⁵⁹Yurtlu; İhmali Suçlar, s.308.; Bu durumda icrai bir davranışta bulunma imkanı olmadığı için ihmali bir davranıştan bahsedilemeyeceği ve bu nedenle ihmali davranıştan dolayı sorumluluk doğmayacağı şeklindeki görüş için bkz. Çelen, Kusur Yeteneği, s.501.

⁶⁶⁰ Beklenebilirliği hukuka aykırılık kapsamında değerlendiren bir çalışma için bkz. Akbulut, Emre; s.214-215.

⁶⁶¹Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.164.; Özen; Genel Hükümler, s.252.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.413.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.73.; Yurtlu; İhmali Suçların Yapısı, s.627.; Palut; s.623.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.349-350.

⁶⁶²Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.250.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.73.; Akyürek; s.144.

⁶⁶³Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.134, 159.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.185, 310.; Palut; s.594, 623.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.399, 412.

olması nedeniyle kendisinin de boğulabileceğini düşünerek çocuğunu kurtarmak için suya atlamadığı ihtimalde⁶⁶⁴ ise babanın suya atlayarak çocuğunu kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirme imkanı maddi- fiziki anlamda mümkün olmasına rağmen beklenebilir değildir⁶⁶⁵.

Beklenebilirliğin hangi kapsamda incelenmesi gerektiği özellikle iştirak ve hata konuları bakımından önem arz etmektedir. Beklenebilirlik, tipikliğin bir unsuru bağlamında değerlendirildiği takdirde failin yanılarak icrai davranışı gerçekleştirmesinin ondan beklenemeyeceğini düşünmesi, kastını ortadan kaldıracak dolayısıyla suç tipik olmayacak ve şerikler de cezalandırılmayacaktır⁶⁶⁶. Buna karşılık kusurluluk içerisinde değerlendirildiğinde bu hata, failin kastını ortadan kaldırmayacak sadece kusurluluğunu etkileyecektir⁶⁶⁷. Bazı ihmali suçlarda ise beklenebilirlik tipiklik içerisinde yer almaktadır. Örneğin TCK md. 98'de "*hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen*" ibaresinden beklenebilirliğin tipikliğin içerisinde yer aldığı anlaşılmaktadır. Beklenebilirliğin tipikliğin içerisinde yer aldığı bu özel durumlarda ise artık kusur kapsamında değil, tipikliğin bir unsuru bağlamında değerlendirilmesi gerekmektedir⁶⁶⁸.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda failin icrai davranışta bulunması hukuken beklenebilir olmalıdır. Somut olayda yükümlülüğün yerine getirilmesinin beklenemeyeceği hallerde failin meydana gelen neticeden sorumlu tutulmaması gerekir⁶⁶⁹. Dolayısıyla failden neticenin meydana gelmesini önlemesinin beklenemediği durumlarda fail ihmali davranışı nedeniyle kusurlu sayılamaz⁶⁷⁰. Failin gerçekleştirmekle yükümlü olduğu davranışın beklenebilirliğine karar vermek bakımından sübjektif bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu şekilde bir değerlendirme yapılırken failin kabiliyet ve durumu, mesleği, davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmesi durumunda kendisi açısından meydana gelecek tehlikenin ağırlığı, korunacak olan hukuki değerlerin önemi göz önünde

⁶⁶⁴ Benzer bir örnek için bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.250.

⁶⁶⁵ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.312.

⁶⁶⁶ Hakeri; İhmal Kavramı, s.254.

⁶⁶⁷ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.311.

⁶⁶⁸ Yurtlu; İhmali Suçların Yapısı, s.627.

⁶⁶⁹ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.73.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.140.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.15.; Taşkın; s.147.; Bu durumu zorunluluk hali kapsamında değerlendiren bir çalışma için bkz. Akbulut, Emre; s.215.

⁶⁷⁰ Demirbaş; Genel Hükümler, s.470.; H. Haustein; s.203.; Telkenaroğlu; s.306.

bulundurulmalıdır. Bu nedenle yapılacak olan değerlendirme her somut olaya göre farklılık arz edecektir⁶⁷¹.

Kural olarak fail davranışı gerçekleştirme yükümlülüğünü yerine getirdiği takdirde kendi yararları esaslı ölçüde zarar görecektir ise failden bu davranışı yerine getirmesi beklenemez⁶⁷². Bununla birlikte yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışı belirli tehlikelerle iç içe olan kişilerden, bazı durumlarda kendi hayatları açısından tehlikeli bir durum oluşacak olsa dahi bu davranışı yerine getirmeleri beklenebilecektir. Bu kişilerden sıradan kişilere kıyasla yükümlülüğün yerine getirilmesi noktasında daha fazlası beklenebilir de yaşamlarını veya vücut bütünlüklerini esaslı bir tehlikeye atmaları beklenemez⁶⁷³. Örneğin orta şiddetteki bir yangında evden çıkamayan çocuğunu kurtaramayan baba açısından kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmesi beklenebilir değil iken aynı olayda itfaiye görevlisi bakımından kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmesinin beklenebilir olduğu kabul edilebilir⁶⁷⁴. Bununla birlikte yanan ev çökmeye başlamış ise itfaiye görevlisinden de çocuğu kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmesi beklenemez.

2.4.3.Kusurluluğu Etkileyen Hata Halleri

Öğretide "*kusurluluğu etkileyen hata halleri*"; "*kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata*" (TCK md. 30/3) ve "*haksızlık hatası*" (TCK md. 30/4) şeklinde iki başlık altında incelenmektedir⁶⁷⁵. Çalışmamızın "*kastı ortadan kaldıran hata halleri*" başlığı altında ifade ettiğimiz üzere TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında kusurluluğu etkileyen bir hata hali olan "*kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan sebeplerin maddi şartlarında hata*" durumu da düzenlenmiştir. Buna göre kusurluluğu ortadan kaldıran veya azaltan nedenlerden herhangi birinin koşulları somut olayda gerçekleşmediği halde koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen fail, bu hatasından

⁶⁷¹Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.413.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.350.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.167.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.140.

⁶⁷² Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.161.; Koçak Süren; s.284.

⁶⁷³ Hakeri; İhmal Kavramı, s. 251.

⁶⁷⁴Yurtlu; İhmalî Suçlar, s.312.

⁶⁷⁵Dülger, Murat Volkan/ Özkan, Onur/ Bakdur, Merve; "Ceza Hukukunda Hata Ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C.12, S.45, 2021, s.229.; Şen/ Akpınar; s.1560.; Turabi; s.287.

yararlanacaktır⁶⁷⁶. Bu itibarla failin, kusurluluğu ortadan kaldıran sebeplerden birinin maddi koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşmesi durumunda kusuru ortadan kalkacak ve işlediği suçtan dolayı cezalandırılmayacaktır⁶⁷⁷. Kusurluluğu azaltan nedenlerden birinin maddi koşullarında kaçınılmaz bir hataya düşülmesi durumunda ise fail ilgili kusurluluğu azaltan nedenden faydalanacaktır⁶⁷⁸. Örneğin, cankurtaran suda boğulmakta olan bir kişiyi daha önce çocuğunu bıçakla yaralayan kişi olduğunu sandığı için bu kişiye yönelik herhangi bir kurtarıcı müdahalede bulunmaz ve kişi yaşamını yitirir. Daha sonra ölen kişinin, cankurtaranın çocuğunu yaralayan kişinin ikiz kardeşi olduğu anlaşılır. Bu durumda kusurluluğu azaltan bir neden olan haksız tahrikin varlığı hususunda hataya düşen fail, bu hatanın kaçınılmaz nitelikte olması kaydıyla haksız tahrik hükümlerinden yararlanacaktır⁶⁷⁹.

Kusurluluğu etkileyen hallerden bir diğeri TCK'nın 30. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen haksızlık hatasıdır⁶⁸⁰. Haksızlık hatasında kişi, davranışı bilerek ve isteyerek gerçekleştirmekte ancak gerçekleştirdiği davranışının hukuk düzenince yasaklandığını bilmemektedir⁶⁸¹. Bu durumda failin, suçun tipikliğinde yer alan maddi unsurlara ilişkin bilgisi tam olmakla birlikte gerçekleştirdiği davranışa hukuk düzeni tarafından izin verilmediğini bilmemektedir⁶⁸². Haksızlık hatasında fail, gerçekleştirdiği davranışı yasaklayan bir normun varlığında veya yorumlanmasında kaçınılmaz bir hataya düşmesi nedeniyle bu davranışın haksız olmadığını sanmaktadır. Diğer bir ifadeyle gerçekleştirdiği davranışın haksız olduğu bilincine sahip değildir⁶⁸³. Gerçekleştirilen davranışın hukuken tasvip edilmeyen, hukuka aykırı bir davranış teşkil ettiği hususundaki bilinç, kusurun varlığı için zorunludur. Bu nedenle kişide haksızlık bilinci bulunmaması durumunda kusurundan bahsedilemeyecektir⁶⁸⁴. Kişinin bu bilincinin varlığından söz edebilmek için gerçekleştirdiği

⁶⁷⁶Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.371.; Gültaş/ Canbeldek; s.201.

⁶⁷⁷Dülger/ Özkan/ Bakdur; s.247.

⁶⁷⁸Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.663.

⁶⁷⁹ Benzer bir örnek için bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.26.

⁶⁸⁰Gündüz, Nurcan; "Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata", Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459, C.1, Ankara, 2015, s.515.; Güngör, Devrim; "Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata", TBBD, C.19, S.68, 2007, s.148.; Sümer, Arif Emre; "Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Yanılgısı (TCK m. 30/4)", EÜHFD, C. 17, S. 1, 2022, s.239.

⁶⁸¹Özbek; Hata, s.96.

⁶⁸²Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.368.

⁶⁸³Gündüz; s.497.; Soyer Güleç; s.74.

⁶⁸⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.666.

davranışın içinde bulunduğu toplumda kabul edilen davranış normlarına göre tasvip edilmediğini, bu davranışın genel olarak bir hukuka aykırılık teşkil ettiğini bilmesi yeterlidir. Gerçekleştirilen davranışın kanunda suç olarak düzenlendiğinin veya ceza öngörülen bir haksızlık olduğunun ayrıntılı olarak bilinmesi gerekli değildir⁶⁸⁵.

Haksızlık hatasının, "*doğrudan haksızlık hatası*" ve "*dolaylı haksızlık hatası*" olmak üzere iki farklı görünüş şekli bulunmaktadır⁶⁸⁶. Doğrudan haksızlık hatasında fail, gerçekleştirdiği davranışı yasaklayan normun varlığında hataya düşerek, bu davranışın hukuk düzeni tarafından izin verilen bir davranış olduğunu düşünmektedir⁶⁸⁷. Bu durumda fail, davranış normunu hiç bilmemekte veya bilmekle birlikte hükümsüz olduğunu düşünmekte ya da normu yanlış yorumlaması nedeniyle gerçekleştirdiği davranış açısından uygulanamayacağını düşünmektedir⁶⁸⁸. İkinci görünüş şekli olan dolaylı haksızlık hatasında ise fail, gerçekleştirdiği davranışın suç teşkil ettiği hususunda bilgiye sahiptir. Ancak somut olayda davranışına ilişkin bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğunu düşünmektedir. Diğer bir ifadeyle fail, davranışını hukuka uygun hale getiren bir nedenin varlığı hususunda hataya düşmektedir⁶⁸⁹.

İcrai suçlarda yasak hatası olarak ifade edilen haksızlık hatası, görünüşte ihmali suçlarda emir hatası şeklini almaktadır⁶⁹⁰. İcrai suçlarda haksızlık bilincinin konusu, gerçekleştirilen davranışın hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olmasına ilişkin iken ihmali suçlarda bu konu, belirli bir davranışı gerçekleştirmenin hukuk düzeni tarafından emredilmesine ilişkindir⁶⁹¹. Bu nedenle görünüşte ihmali suç niteliğine sahip "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda fail, ilgili davranışın ihmal edilmesine hukuk düzeni tarafından izin verilmediğini aksine bu davranışı gerçekleştirmesi hususunda hukuk düzeni tarafından yükümlü kılındığını bilmelidir. Her iki suç tipinde de haksızlık

⁶⁸⁵ Yavuz; s.210.; Devrim; s.156-157.; Ayrıca bkz. Soyer Güleç; s.80-81.

⁶⁸⁶ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.368-369.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.666-667.; Yavuz; s.211.; Sümer; s.241.

⁶⁸⁷ Yavuz; s.211-212.

⁶⁸⁸ Değirmenci; Yanılma Kavramı, s.141.; Sümer; s.241-242.

⁶⁸⁹ Yavuz; s.212.; Gündüz; s.504.

⁶⁹⁰ Selman; Gropp, s.236.

⁶⁹¹ Telkenaroğlu; s.305.

bilincinin yapısı aynı olduğu için haksızlık hatasına ilişkin açıklamalar emir hatası için de uygulanacaktır⁶⁹².

Çalışmamızın "*tipikliğin manevi unsuru*" başlığı altında garantörlük durumu nedeniyle meydana gelen icrai davranışta bulunma yükümlülüğü şeklinde ifade edilen garantörlük yükümlülüğünün, suçun maddi unsuruna ait bir unsur olmayıp, kusurluluk bağlamında ele alınması gerektiğini ifade etmiştik. Bu itibarla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda fail, garantörlük yükümlülüğünün bulunmadığı hususunda yanılığa düşmüş ise unsur hatası değil emir hatası gündeme gelecektir⁶⁹³. Örneğin trafikte araç kullanırken taksirle bir kimseye çarpan avukatın, ölüm neticesini önlemek hususunda müdahalede bulunma yükümlülüğüne ilişkin yanılığa düşmesi durumunda emir hatası söz konusu olacaktır. Ancak bu durumda failin mesleği gereği kaçınılmaz bir hataya düştüğünü söylemek mümkün olmayacaktır.

⁶⁹²Hakeri; İhmal Kavramı, s.256.

⁶⁹³Yurtlu; İhmal Suçların Yapısı, s.618.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ, MUHAKEME USULÜ ZAMANAŞIMI VE YAPTIRIM

3.1.Suçun Özel Görünüş Şekilleri

Ceza kanunlarında suçların büyük bir kısmı tek bir fail tarafından işlenen, bir fiil ile tek neticenin gerçekleştiği ve tek bir hukuki değer ihlal edildiği tamamlanmış suçlar şeklinde tanımlanmıştır⁶⁹⁴. Ancak suçların işleniş biçimi her zaman bu şekilde gerçekleşmez. Örneğin bir suç, birden fazla kişinin değişik şekil ve derecedeki katkılarıyla işlenmiş olabilir. Ya da kişi suçun icrasına ilişkin bütün davranışları gerçekleştirmiş, ancak netice meydana gelmemiş olabilir. Nihayet tek fiile birden fazla netice meydana gelebilir ve birden çok hukuki değer ihlal edilebilir⁶⁹⁵. Bu biçimde işlenen fiiller kural olarak suçun kanuni tanımına uygun olmayacağı için özel hükümlerle cezalandırılmaktadır. Bu nedenle suçun unsurlarıyla ilgisi olmayan bu durumların cezalandırılabilmesi için kanunilik ilkesi gereği açıkça düzenlenmesi gerekmektedir⁶⁹⁶. İşte bu durumlar, cezalandırılabilirliğin alanını genişlettiği veya sınırladığı için "*suçun özel görünüş şekilleri*" olarak isimlendirilmektedir⁶⁹⁷.

Aşağıda çalışmamızın konusunu oluşturan suç çerçevesinde suçun özel görünüş şekilleri incelenecektir.

3.1.1.Teşebbüs

Bir suçun işlenmesinde "*suç yolu*" olarak ifade edilen bir süreç söz konusudur⁶⁹⁸. Bu süreç, "*suç işlemeye yönelik fikrin ortaya çıkması ve düşünce*", "*hazırlık hareketleri*", "*icra hareketlerine başlama*" ve "*neticenin gerçekleşmesi*" aşamalarından oluşur⁶⁹⁹. Kişinin suç işlemeye yönelik iradesi kapsamında harekete geçmesi ceza hukukunun müdahalesi için

⁶⁹⁴ Koca, Mahmut; "Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.3, S.2, 2015, s.104.

⁶⁹⁵ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.681.

⁶⁹⁶ Özen; Genel Hükümler, s.583.

⁶⁹⁷ Koca; Suçun Özel Görünüş Şekilleri, s.104.

⁶⁹⁸ Aydın, Devrim; "Suça Teşebbüs", AÜHFD, C.55, S.1, 2006, s.86.; Aksoy İpekçioğlu, Pervin; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s.19.

⁶⁹⁹ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.453.

yeterli olmayıp, bu durumun belirli bir nitelik ve niceliğe erişmesi gerekmektedir⁷⁰⁰. Bu itibarla suç işlemeye yönelik fikrin ortaya çıkması ve düşünce aşaması, kişinin psişğinde oluşmakta olup ceza kanununun yasakladığı bir alanı ihlal etmediği için cezalandırılmaz⁷⁰¹. Hazırlık hareketi kapsamındaki davranışlar da bağımsız bir suç olarak düzenlenmediği sürece cezalandırılabilir nitelikte değildir. Bu nedenle ceza hukukunun müdahalesi ancak suçun kanuni tanımında yer alan davranışın icrasına başlanması ile birlikte mümkün olabilir⁷⁰².

Suçun kanuni tanımında belirlenmiş olan davranışın icrasına başlanmış ancak bu davranışa ilişkin icra hareketleri tamamlanmamış veya davranış icra edilmiş olmakla birlikte tipik netice gerçekleşmemiş olabilir. Suçun kanuni tanımındaki bütün unsurların gerçekleşmediği bu durumda failin cezalandırılması teşebbüs hükümleri uyarınca mümkün olmaktadır⁷⁰³. Çünkü ceza kanunlarında düzenlenen suçlar tamamlanmış şekilde tanımlandığı için teşebbüse ilişkin hükümler mevcut olmasaydı bu durumda failin cezalandırılması mümkün olmayacaktı⁷⁰⁴. Bu nedenle teşebbüse ilişkin hükümler "*cezalandırılabilirliği genişleten*" bir niteliğe sahiptir⁷⁰⁵. Bu çerçevede suça teşebbüs, "*bir suçun icrasına başlanmakla birlikte elde olmayan nedenlerle icra hareketlerinin veya neticenin tamamlanamaması*" şeklinde tanımlanabilir⁷⁰⁶.

Teşebbüs, icrai davranışla işlenen suçlarda karmaşık bir konu iken ihmali davranışla işlenen suçlarda bu husus daha karmaşık bir hal almaktadır. TCK'nın 35. maddesinde suça teşebbüs, "*kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur*" şeklinde düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan "*icraya başlayıp*" ifadesi, ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı noktasında doktrinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur⁷⁰⁷.

⁷⁰⁰Dönmez, Ömer; "Suça Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması", Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1, 2016, s.174.

⁷⁰¹Özocak, Gürkan; Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, 1. Bs., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s.21.

⁷⁰²Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.453.; Koca; Suçun Özel Görünüş Şekilleri, s.106.

⁷⁰³Özgenç; Genel Hükümler, s.544.

⁷⁰⁴Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.454.

⁷⁰⁵Aydın; Suça Teşebbüs, s.88.

⁷⁰⁶Özgenç; Genel Hükümler, s.544.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.488.

⁷⁰⁷Akyürek; s.155.

Gerçek ihmali suçlar, failin kanuni tanımda yapılmasını istenen icrai davranışı yerine getirmemesiyle tamamlanmaktadır. Bu tip suçlarda yalnızca kanun tarafından öngörülen icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne aykırı davranma söz konusu olup ayrıca suçun oluşması için bir neticenin meydana gelmesi zorunlu değildir⁷⁰⁸. Bu nedenle bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, sırf hareket suçları olan gerçek ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir⁷⁰⁹. Buna karşılık doktrinde bir görüş, gerçek ihmali suç niteliğindeki bazı suç tiplerinde teşebbüsün mümkün olacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, kanuni tanımda yapılması emredilen icrai davranışın gerçekleştirilmesi için bir zaman aralığının öngörüldüğü hallerde diğer bir ifadeyle davranışın parçalara bölünebildiği gerçek ihmali suç niteliğindeki suç tiplerinde teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür⁷¹⁰.

Teşebbüse ilişkin hükümlerin görünüşte ihmali suçlara uygulanıp uygulanamayacağı hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde baskın görüş, görünüşte ihmali suçların teşebbüse elverişli olduğunu kabul etmekle birlikte⁷¹¹, bu tip suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını ifade eden karşıt görüşler de bulunmaktadır⁷¹².

Görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını savunan yazarlara göre, TCK'da düzenlenen teşebbüse ilişkin hükümler ancak icrai davranışla işlenen suçlara uygulanabilir. Bu nedenle söz konusu hükümlerin ihmali davranışla işlenen suçlar bakımından

⁷⁰⁸Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.393.

⁷⁰⁹Hakeri; Genel Hükümler, s.354.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.719.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.251.; Dönmezer/ Erman; s.456.; Özgenç; Gazi Şerhi, s. 483.; Aydın; Suça Teşebbüs, s.109.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.704.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.435.; Aksoy İpekçioğlu; Suça Teşebbüs, s.191.; Tozman, Önder; "İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme", TBBD, C.22, S.84, 2009, s.175.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Ceza Hukukuna Giriş; s.472.; Şare, Ersin; "Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs", TBBD, C.30, S.130, 2017, s.149.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.263-265.; Koçak Süren; s.287.; Akbulut, Emre; s.217.; Özocak; s.216.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.323.; Meran; s.59.; Bu konuyla alakalı tartışmalar için ayrıca bkz. İcel; Genel Hükümler, s.530.

⁷¹⁰Yurtlu; İhmal Suçlar, s.319.

⁷¹¹Hakeri; Genel Hükümler, s.354.; Özen; Genel Hükümler, s.252.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.172.; Tozman; s.166.; Dülger; Genel Hükümler, s.304.; Yaşar/ Gökçen/ Artuç; s.2813.; Artuç; s.69.; Aydın; Suça Teşebbüs, s.109.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.726.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.266.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.251.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.262.; İcel; Genel Hükümler, s.529.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74.; Şare; s.148.; Gültaş/ Canbeldek; s.562.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Akbulut, Emre; s.217.; Koçak Süren; s.287.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.142.; Aksoy İpekçioğlu; Suça Teşebbüs, s.191.; Türker; s.307.; Taşkın; s.177.; Özocak; s.216.; Soyaslan; Genel Hükümler, s.342.; Soyaslan; Özel Hükümler, s.149.

⁷¹²Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.436.; Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.148.; Özgenç; Genel Hükümler, s.569.; Özgenç; Gazi Şerhi, s.483.; Palut; s.638-639.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.262.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.22.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.182.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.719.

uygulanması mümkün değildir. Dolayısıyla bu tip suçlara teşebbüs cezalandırılmaz. Ancak kişinin ihmali davranışı bağımsız bir suçu oluşturuyor ise bu davranışından dolayı sorumlu tutulması mümkündür⁷¹³. Örneğin, ağır yaralı bir hastaya zamanında müdahalede bulunmayı kasten ihmal eden doktorun yerine başka bir doktorun gerekli müdahalede bulunarak ölüm neticesinin gerçekleşmesini önlediği olayda, müdahalede bulunmayan doktor "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna teşebbüsten cezalandırılmaz. Ancak bu ihmali davranış, hastanın sakatlanmasına neden olmuş ise doktorun "*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulması gerekir⁷¹⁴. Bu doğrultuda bir diğer görüşe göre, ihmali davranışta aktüel bir failik olmadığı için failin kastından bahsedilemez. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda, ihmali davranışta bulunan kişinin tipik neticenin meydana gelmemesi durumunda teşebbüsten sorumlu tutulmaması gerekir⁷¹⁵. Yargıtay kararına konu olan bir olay da şöyledir: Sanık, maktul ile birlikte mağdur çocuğu yerleşim yerlerinden uzak bir ormanlık alana götürmüş ve burada mağdur çocuğun gözü önünde maktul ile cinsel ilişkiye girdikten sonra maktulü öldürmüştür. Daha sonra mağdur çocuğu tek başına bırakarak olay yerinden ayrılmış ve çocuk ölmek üzere iken ormanda dolaşan avcılar tarafından kurtarılmıştır. Bu olayda Yargıtay, sanık hakkında yerel mahkeme tarafından ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüs suçundan kurulan mahkumiyet hükmünü, "*...sanığın mağdura yönelik eyleminin ihmali davranışla kasten yaralama suçunu oluşturacağı ve eylemine uyan TCK'nin 86/1-3, 87/1-d ve 88. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiğinden...*" bahisle bozmuştur⁷¹⁶.

Görünüşte ihmali suçların teşebbüse elverişli olduğunu savunanlar ise bu suçların tamamlanması için yalnızca tipik davranışın gerçekleşmesinin yeterli olmadığını ayrıca neticenin de meydana gelmesi gerektiğini ve bu nedenle de neticenin meydana gelmemesi durumunda teşebbüsün mümkün olabileceğini ifade etmişlerdir⁷¹⁷. Buna göre neticenin

⁷¹³ Özgenç; Genel Hükümler, s.569.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s323.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.262.

⁷¹⁴ Özgenç; Genel Hükümler, s.569.

⁷¹⁵ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.436.

⁷¹⁶ Yargıtay 1. CD.; E. 2019/2477, K. 2020/258, T. 03.02.2020, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 23.07.2022).

⁷¹⁷ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.726.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Dönmez s.197.; Özocak, s.216.; Soyaslan; Özel Hükümler, s.149.; Bu görüşte olan bir yazar, suç işleme kararının ihmali davranışlarla somutlaşmaya başladığı anda icra aşamasına geçildiğini belirtmektedir. Bkz. Şare s.121.

meydana gelmesini önlemekle yükümlü olan kişinin, belirli bir icrai davranışı gerçekleştirmekle yükümlü olduğu zaman diliminde ihmali davranışta bulunmasına rağmen neticenin tesadüfen veya bir başka kişinin müdahale etmesi sebebiyle meydana gelmemesi durumunda teşebbüsten söz edilebilir⁷¹⁸. Örneğin trafikte gerekli dikkat ve özeni göstermediği için bir yayaya çarpıp ağır yaralayan ve olay yerinden kaçan sürücü, yaralının saatler sonra olay yerinden geçmekte olan bir sürücü tarafından hastaneye götürülüp kurtarılması durumunda "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna teşebbüsten sorumlu tutulacaktır⁷¹⁹. Bu doğrultuda bir diğer görüş ise, görünüşte ihmali suçlarda ihmali davranış icrai davranışa eşdeğer olduğu için bu suçların teşebbüse elverişli olduğunu ifade etmektedir⁷²⁰.

Görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunun kabul edilmesi durumunda teşebbüsün başlangıç anının tespiti zorunluluk arz etmektedir. Ancak ihmali davranışla işlenen suçlarda, icrai davranışla işlenen suçlarda olduğu gibi aktif bir icra ile kıyaslanabilecek bir an bulunmadığı için bu hususun tespiti konusunda güçlükler bulunmaktadır⁷²¹. Örneğin, ağır yaralı bir şekilde acil servise getirilen hastaya doktor gerekli tıbbi müdahaleyi yapmaz. Aradan bir saat geçtikten sonra ağır yaralı hastayı fark eden acil serviste görevli diğer doktor, hastaya derhal gerekli müdahalede bulunur. Bu durumda hastaya herhangi bir müdahalede bulunmayan doktor teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılabilir midir? Cezalandırılabilir ise teşebbüs hükümlerine göre sorumluluğu ne zaman başlayacaktır? Bu anın tespiti ceza sorumluluğunun belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir⁷²².

⁷¹⁸Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.172.; Akbulut, Emre; s.217.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.142.; Türker; s.307.

⁷¹⁹Taşkın; s.178.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.173-174.; Benzer bir örnek için bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74.; Bu görüşü savunanlar görünüşte ihmali suçlar bakımından elverişsiz teşebbüsün de söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Örneğin havuza düşen çocuğunun yüzme bilmediğini düşünen ve ölmesini istediği için herhangi bir kurtarıcı müdahalede bulunmayan babanın ihmali davranışı, çocuğun yüzme bilmesi dolayısıyla ölüm neticesinin gerçekleşmesi açısından elverişli nitelikte olmadığı için olayda işlenemez suçun varlığından bahsedilecek ve baba elverişsiz teşebbüs nedeniyle cezalandırılmayacaktır. Bkz. Aydın, Murat; "İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.1, s.96.

⁷²⁰Koçak Süren; s.287.; Ayrıca bkz. Akyürek; s.156.

⁷²¹Tozman; s.166.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.705.

⁷²²Yurtlu; İhmali Suçlar, s.322.

Bu anın tespit edilmesi hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bunlar, "*mümkün olan ilk anı esas alan görüş*", "*mümkün olan son anı esas alan görüş*" ve "*doğrudan bir tehlikenin doğduğu anı esas alan görüş*" olarak karşımıza çıkmaktadır⁷²³.

3.1.1.1. Teşebbüsün Başlangıcı

3.1.1.1.1. Mümkün Olan İlk Anı Esas Alan Görüş

Bu görüşe göre teşebbüs, garantörün neticenin meydana gelmesini önleme imkanının mümkün ve elverişli olduğu ilk anda bu yönde bir icrai davranış gerçekleştirilmemesiyle meydana gelmektedir⁷²⁴. Dolayısıyla neticenin gerçekleşmesini önlemekle yükümlü olan kişi, neticenin gerçekleşmesini önleme imkanına sahip olduğu mümkün ve elverişli ilk anda kasten neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik herhangi bir müdahalede bulunmaz ise teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılacaktır⁷²⁵. Bu görüş, teşebbüs anının başlangıcı bakımından icrai suçlar için kullanılan ölçütlerin ihmali suçlarda da uygulanması gerektiğini savunmuştur. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre, icrai suçlarda "*elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya*" başlandığı anda teşebbüsün meydana geldiği kabul ediliyor ise ihmali suçlarda da mümkün ve elverişli ilk anda neticenin gerçekleşmesini önlemeye yönelik herhangi bir davranışın yapılmamasıyla birlikte teşebbüsün meydana geleceği kabul edilmelidir⁷²⁶. Çünkü neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik ilk mümkün ve elverişli anın aynı zamanda son an olup olmadığını kimse bilemez⁷²⁷.

Bu ölçüt, teşebbüsün başlangıç anını ve dolayısıyla cezalandırma sınırını çok öne aldığı adeta düşünce aşamasını cezalandırmayı olanaklı kıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷²⁸. Örneğin bu ölçüte göre, bir annenin öldürmek istediği bebeğini aç bıraktığı olayda, aç bıraktığı andan hemen sonra besleyerek neticeyi önleme imkanına sahip olmasından dolayı bu andan itibaren teşebbüsün meydana geleceği kabul edilecektir.

⁷²³ Tozman; s.166.

⁷²⁴ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.705.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.174.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74.

⁷²⁵ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.435.; Taşkın; s.178.

⁷²⁶ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.323.

⁷²⁷ Tozman; s. 167.

⁷²⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.705.; Palut; s.641.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74.; Taşkın; s.178.

Ayrıca bu ölçüt, mağdurun yararları bakımından koruyucu bir niteliğe sahip olsa da garantörden çok şey beklemektedir⁷²⁹. Yukarıda verdiğimiz örnekte bebeğin hayatı bakımından somut bir tehlike mevcut değildir. Ayrıca bebeğin aç kalması ile bundan dolayı meydana gelecek ölüm neticesi arasında uzun bir süre geçeceği için annenin her an için bebeğine süt vererek neticenin gerçekleşmesini engellemesi de mümkündür. Bununla birlikte fail, neticeyi önlemeye yönelik davranışı daha geç bir anda aynı kesinlikle gerçekleştirebilecek durumdaysa bu davranışı daha önce gerçekleştirmesini istemenin de bir anlamı bulunmamaktadır⁷³⁰. Bu nedenlerle ölçütün, suçun cezalandırılabilirliğini çok erkene çektiği ve bu nedenle hazırlık hareketlerinin hatta neredeyse salt düşüncenin cezalandırılmasının söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁷³¹. Ayrıca teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni, "*suçun konusu bakımından oluşan tehlike veya zarar*" ve "*kanuni tipe yakınlık*" olarak belirlenmiştir. Bu açıdan da neticenin meydana gelmesini önleme imkanının mümkün ve elverişli olduğu ilk anın, teşebbüsün başlangıç anı olarak değerlendirilmesi doğru değildir⁷³².

Mümkün olan ilk anı esas alan görüşe yöneltilen bir diğer eleştiri ise bu ölçütün kabul edilmesi durumunda, failin önlemekle yükümlü olduğu neticeye yönelik ihmali davranışı kasten gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin belirlenmesinin çoğu zaman imkansız olacağıdır⁷³³.

3.1.1.1.2. Mümkün Olan Son Anı Esas Alan Görüş

Bu görüş ise görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıç anı olarak, failin neticeyi önlemeye yönelik davranışı gerçekleştirmesinin mümkün olduğu son anı esas almaktadır⁷³⁴. Buna göre teşebbüs, garantörün neticenin meydana gelmesini önleyebileceği mümkün olan en son anda başlar. Diğer bir ifadeyle, son neticeyi önlemeye yönelik imkanın kullanılmaması

⁷²⁹Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.174-175.; Taşkın; s.178.; Centel/ Zafet/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.74-75.

⁷³⁰Tozman; s.168.

⁷³¹Hakeri; İhmal Kavramı, s.269.

⁷³²Palut; s.641.

⁷³³Yurtlu; İhmal Suçları, s. 323.

⁷³⁴Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.175.; Tozman; s.169.; Yurtlu; İhmal Suçları, s. 323.

teşebbüsün başlangıç anını oluşturmaktadır⁷³⁵. Örneğin boğulmakta olan bir kişinin suya battıktan en geç üç dakika sonra beyin ölümünün gerçekleşeceğini bilen cankurtaran, denizin ortasında boğulmakta olan bir kişinin çırpındığını görmesine rağmen kurtarmaya yönelik herhangi bir müdahalede bulunmaz. Bu kişi dakikalarca çırpındıktan sonra daha fazla dayanamayarak suya batar ve yaşamını yitirir. Bu ölçüte göre teşebbüs, cankurtaranın neticeyi önleme imkanının mümkün olduğu en son an olan, boğulmakta olan kişinin suya battığı anda başlayacaktır.

Bu ölçüt ise teşebbüsün başlangıç anını ve dolayısıyla cezalandırma sınırını çok ileri çektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷³⁶. Bu ölçüt, failin neticeyi önleme imkanına yönelik birçok davranışı gerçekleştirmemesinin önünü açmakta ve bu nedenle mağdurun ciddi bir tehlike altına girmesine neden olmaktadır. Oysaki garantörlük yükümlülüğü, yalnızca en son anda neticenin gerçekleşmesinin önlenmesini değil, suçun hukuki değeri üzerinde oluşan yakın tehlikelerin de önlenmesini gerektirmektedir⁷³⁷.

Bu görüş, gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasını imkansız kıldığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Görüşe göre, mümkün olan son müdahale imkanı anında gerçekleştirilen ihmali davranış suçu oluşturacağından, failin neticeyi önlemeye yönelik bir icrai davranış gerçekleştirilmesi ve dolayısıyla da gönüllü vazgeçmeden yararlanması mümkün olmayacaktır⁷³⁸.

3.1.1.1.3. Doğrudan Bir Tehlikenin Doğduğu Anı Esas Alan Görüş

Öğretideki baskın görüşü oluşturan doğrudan tehlike görüşü teşebbüsün başlangıç anı olarak, suçla korunan hukuki değer açısından doğrudan bir tehlikenin meydana geldiği anı kabul etmektedir⁷³⁹. Buna göre teşebbüsün başlangıcı, korunan hukuki değer bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya daha önceden mevcut olan bir tehlikenin arttığı ve

⁷³⁵Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.705.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.175.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.75.; Taşkın; s.178-179.

⁷³⁶Tozman; s.169.

⁷³⁷Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.175.; Taşkın; s.179.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.75.

⁷³⁸Tozman; s.169.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s. 324.

⁷³⁹Dülger; Genel Hükümler, s.305.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.705.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.75.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.941-942.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.270.; Taşkın; s.179.

ihmali davranışın bu nedenle "*doğrudan doğruya başlama*" olarak ortaya çıktığı andır⁷⁴⁰. Görünüşte ihmali suçlara teşebbüste belirleyici olan yalnızca tehlikenin objektif olması değildir. Aynı zamanda tehlikenin doğduğu veya arttığı an bakımından garantörün subjektif tasavvuru da önemlidir⁷⁴¹. Bu nedenle garantör, hemen müdahalede bulunmadığı takdirde suçla korunan hukuki değer somut bir tehlike ile karşı karşıya kalacağını düşünüyor ise bu durumda neticenin gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü yani teşebbüs başlamıştır⁷⁴².

Bu görüşe göre, örneğin bir hemşirenin acil serviste yatan yaralı bir kimseyi öldürmek istediği için ona alması gereken ilacı zamanında vermediği olayda hemşirenin teşebbüs sorumluluğu, hastanın zamanında alması gereken ilacı vermediği anda değil hastanın ilacı alamaması nedeniyle yaşamının doğrudan ve somut bir tehlike altına girdiği anda başlayacaktır⁷⁴³.

Teşebbüsün başlangıcı olarak korunan hukuki değer açısından doğrudan bir tehlikenin meydana geldiği anı kabul eden bu görüş, bazı durumlarda teşebbüsün başlangıç anını geciktirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁴⁴. Örneğin, bir hemşirenin öldürmek istediği hastaya düzenli olarak doktorun yazdığı ilaçlardan farklı ilaç verdiği olayda hemşire bakımından teşebbüs sorumluluğu yanlış ilacın verilmesiyle başlıyor ise durumu fark eden ancak hastanın ölmesini istediği için herhangi bir müdahalede bulunmayan doktor açısından da teşebbüs sorumluluğunun bu durumu fark edip müdahalede bulunmadığı anda başladığını kabul etmek gerekmektedir. Ancak bu görüşe göre yanlış ilaç verildiğini fark etmesine rağmen müdahalede bulunmayan doktor açısından, hemşirenin yanlış verdiği ilaçların hastanın üzerinde etkisini göstermesi birkaç gün alacak ise korunan hukuki değer açısından somut ve doğrudan bir tehlike meydana gelmediği için teşebbüs sorumluluğundan söz edilemeyecektir⁷⁴⁵.

⁷⁴⁰Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.436.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.270.; Taşkın; s.179.

⁷⁴¹Akdağ, Hale; "Gönüllü Vazgeçme", Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, 2013, s.112.

⁷⁴²Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.75.

⁷⁴³Hakeri; İhmal Kavramı, s.270.

⁷⁴⁴Tozman; s.172.

⁷⁴⁵ Benzer bir örnek için bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s. 325.

Bu görüşe yöneltlen bir diğer eleştiri ise korunan hukuki değer bakımından doğrudan ve somut bir tehlikenin meydana geldiği anın belirlenmesinin çoğu olayda mümkün olmamasıdır. Bu nedenle de ölçütün belirsiz olduğu ifade edilmektedir⁷⁴⁶.

Bu başlık altında değinilmesi gereken bir diğer husus, failin olay sürecini hakimiyet alanından çıkartıp mağduru kaderine bırakması durumunun teşebbüsün meydana gelmesi açısından yeterli olup olmadığıdır.

Doğrudan tehlike görüşü, failin olay yerinde bulunarak süreci hakimiyet altında tuttuğu ve bu nedenle de sürece her an müdahale edebilecek konumda olduğu durumlarda teşebbüsü kabul etmemektedir. Bununla birlikte görüşe göre, süreç failin hakimiyet alanından çıkmış olsa dahi korunan hukuki değer bakımından doğrudan bir tehlike mevcut değil ise yine teşebbüs meydana gelmemiştir⁷⁴⁷. Örneğin bir annenin öldürme kastıyla bebeğini yerleşim yerinden uzak bir araziye bıraktığı olayda teşebbüsün başlangıç anı, bebeğin bırakıldığı veya annenin olay yerini terk ettiği an değil, bebeğin hayatı bakımından tehlikeli bir durumun oluştuğu andır⁷⁴⁸.

Bu hususla alakalı *Roxin* tarafından ortaya atılan görüşe göre ise teşebbüsün başlangıç anın belirlenmesinde, failin olay sürecini hakimiyet alanında tuttuğu durumlar ile olay sürecini hakimiyet alanından çıkardığı durumların birbirinden ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir⁷⁴⁹. Buna göre nedensel sürecin failin hakimiyeti altında olduğu durumlarda, korunan hukuki değer bakımından doğrudan bir tehlike meydana gelmediği sürece teşebbüs meydana gelmeyecektir⁷⁵⁰. Ancak doğrudan bir tehlikenin meydana gelmesine kadar geçen süreç içerisinde gerçekleştirilen ihmali davranış, bağımsız bir suç oluşturuyor ise fail bu suçtan dolayı sorumlu tutulacaktır⁷⁵¹. Örneğin, öldürme kastıyla çocuğunu ıssız bir yerde doğuran ve olay yerinden ayrılmayan bir anne açısından olay süreci üzerindeki hakimiyeti devam ettiği için teşebbüs hükümleri uygulanmayacaktır. Annenin teşebbüs sorumluluğu, ancak çocuğun hayatı bakımından doğrudan bir tehlikenin oluşması durumunda mümkün

⁷⁴⁶Hakeri; İhmal Kavramı, s.271.; Taşkın; s.179.

⁷⁴⁷Palut; s.642.; Tozman; s.171.

⁷⁴⁸Tozman; s.171.

⁷⁴⁹Roxin, Claus; *Strafrecht-Allgemeiner Teil (AT)*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 29 Kn. 272-277, aktaran: Tozman; s.172.

⁷⁵⁰Akdağ; s.112.

⁷⁵¹Yurtlu; İhmal Suçları, s. 326.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76.

olacaktır⁷⁵². Bununla birlikte çocuğun hayatı doğrudan bir tehlike altına girmese de yeni doğduğu için sık beslenmesi gerektiği halde beslenmeyen çocukta dehidrasyon bulgularına bağlı akut böbrek hasarı gelişebilir. Bu durumda anne, olay süreci üzerindeki hakimiyetini koruduğu ve çocuğun yaşamı bakımından da doğrudan bir tehlike oluşmadığı için "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna teşebbüsten sorumlu tutulmasa da "*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulmalıdır. Çünkü gerçekleştirilen ihmali davranış nedeniyle meydana gelen netice bağımsız bir suç tipini oluşturmaktadır⁷⁵³.

Buna karşılık garantörün olay sürecini hakimiyet alanından çıkardığı durumlarda ise korunan hukuki değer bakımından doğrudan bir tehlike oluşmasa dahi bu andan itibaren teşebbüs sorumluluğu başlayacaktır⁷⁵⁴. Bu itibarla yukarıdaki örnekte annenin doğumdan hemen sonra olay yerinden ayrılması durumunda, artık olay süreci üzerindeki hakimiyeti kalmadığı için olay yerinden ayrılmasıyla birlikte teşebbüs sorumluluğu başlayacaktır.

Roxin'in bu görüşü, failin olay sürecini hakimiyet alanından çıkarması durumunun tek başına doğrudan bir tehlike oluşması bakımından yeterli olamayacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Ayrıca failin olay sürecini hakimiyet altında tutmasına ve hakimiyet alanından çıkarmasına ilişkin kriterlerin belirsiz olduğu da ifade edilmektedir⁷⁵⁵.

3.1.1.2. Gönüllü Vazgeçme

Gönüllü vazgeçmeye ilişkin hükümler ancak teşebbüsün mümkün olduğu suçlarda uygulanabilir⁷⁵⁶. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğinin kabul edilmesi durumunda bu suçlarda gönüllü vazgeçme de mümkün olacaktır⁷⁵⁷.

⁷⁵²Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76.; Benzer bir örnek için bkz. Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.142.

⁷⁵³Yurtlu; İhmali Suçlar, s. 326-327.

⁷⁵⁴Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.272.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.142.

⁷⁵⁵Tozman; s.174.; Hakeri; İhmal Kavramı, s.272.

⁷⁵⁶Bozdağ; İştirak, s.85.; Akdağ; s.111.

⁷⁵⁷Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunda gönüllü vazgeçmenin mümkün olacağı şeklindeki görüş için bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.143.; Koçak Süren; s.288.; Ayrıca bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Taşkın; s.181.

Gönüllü vazgeçme TCK'nın 36. maddesinde, "*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre fail, kendi isteğiyle icra hareketlerinden vazgeçer veya bu hareketlerin bitmesinden sonra suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla önlerse teşebbüsten söz edilmeyecektir⁷⁵⁸.

Failin gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmesi için madde metninde iki alternatif öngörülmüştür. Bunlardan birincisi "*suçun icra hareketlerinden vazgeçme*", ikinci alternatif ise "*suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önleme*" şeklinde belirtilmiştir⁷⁵⁹. Gönüllü vazgeçmenin icra hareketlerinden vazgeçme şeklinde gerçekleşmesi durumu negatif bir özelliğe sahiptir ve aktif bir davranış gerektirmediği için "*pasif gönüllü vazgeçme*" olarak tanımlanmaktadır. İcra hareketlerinin bitmesine karşılık neticenin meydana gelmesini kendi çabalarıyla önleme durumu ise pozitif bir özelliğe sahiptir ve aktif bir davranış gerektirdiği için "*aktif gönüllü vazgeçme*" şeklinde adlandırılmaktadır⁷⁶⁰.

İcrai davranışla işlenen bir suç söz konusu olduğunda uygulama alanı bulabilecek bu açıklamalar görünüşte ihmali suçlar bakımında da geçerli olacak mıdır? Diğer bir ifadeyle görünüşte ihmali suçlarda da gönüllü vazgeçme, ihmali davranışa devam etmeme ve aktif bir davranış gerçekleştirme şeklinde iki tür olarak mı mümkün olacaktır? İcrai davranışla işlenen suçlarda söz konusu olan pasif ve aktif nitelikte gerçekleşen gönüllü vazgeçme ayrımının ihmali suçlarda da yapılabileceği hususu tartışmalıdır⁷⁶¹. Bizim de katıldığımız görüşe göre, görünüşte ihmali suçlarda ihmali davranışın niteliği de dikkate alındığında gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmek ancak aktif bir davranışın gerçekleştirilmesiyle mümkündür⁷⁶². Dolayısıyla bu tip suçlarda "*icra hareketlerinin tamamlanmasından önce*" ve "*icra hareketlerinin tamamlanmasından sonra*" gönüllü vazgeçme şeklindeki ayrımın bir

⁷⁵⁸Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.143.

⁷⁵⁹ Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.440.

⁷⁶⁰Tozman; s.179.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.718.

⁷⁶¹ Bu tartışmalara yer veren çalışma için bkz. Işıka, Sertaç; Gönüllü Vazgeçme, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.169-172.

⁷⁶² Toroslu; Ceza Hukuku, s.197.; Tozman; s.180-181.

önemi bulunmamaktadır⁷⁶³. Zira icrai davranışla işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmek için bazı durumlarda hareketsizlik yeterli iken ihmali davranışla işlenen suçlarda gönüllü vazgeçmeden faydalanabilmek için daima aktif bir davranış gerekmektedir⁷⁶⁴. Bu itibarla görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs sorumluluğu başladığı andan itibaren fail, neticenin meydana gelmesini kendi çabalarıyla engellerse herhangi bir ayrıma gerek duyulmaksızın gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır⁷⁶⁵. Örneğin öldürme kastıyla boğulmakta olan kişiye herhangi bir kurtarıcı müdahale bulunmayan cankurtaran, pişmanlık duyduğu için kararından vazgeçip suya atlayarak boğulma tehlikesi geçiren kişiyi sudan çıkartır ve suni teneffüs yaparak ölüm neticesini engeller ise gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaktır. Ancak cankurtaranın icrai davranışı gerçekleştirmekle yükümlü olduğu zaman diliminde gerçekleştirdiği ihmali davranışı, başka bir suçu oluşturuyor ise o suçtan sorumlu olacaktır⁷⁶⁶.

3.1.1.3.Kanaatimiz

Kanaatimizce görünüşte ihmali suç niteliğine sahip olan "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna teşebbüs, neticeli suç olması nedeniyle teorik olarak mümkündür. Ancak TCK'nın "*suça teşebbüs*" başlıklı 35. maddesinde yer alan "*doğrudan doğruya icraya başlayıp*" ibaresi ve "*gönüllü vazgeçme*" başlıklı 36. maddesinde yer alan "*icra hareketlerinden*" ifadesi dikkate alındığında bu hükümlerin icrai davranışla işlenen suçlara ilişkin bir düzenleme olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca bu tip suçların teşebbüse elverişli olduğunun kabul edilmesi durumunda hazırlık hareketleri ile ihmali davranışın birbirinden ne şekilde ayrılacağı hususu da karmaşık bir hal alacaktır. Bu nedenle mevcut düzenleme karşısında çalışmamızın konusunu oluşturan suça teşebbüse ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı, ancak failin gerçekleştirdiği ihmali davranışının bağımsız bir suçu oluşturması durumunda bu davranışından dolayı sorumlu tutulması gerekeceği, aksi bir uygulamanın kanunilik ilkesinin ihlali anlamına geleceği kanaatindeyiz.

⁷⁶³ Aksoy İpekçioğlu; Suça Teşebbüs, s.130.; Işıka; s.172.

⁷⁶⁴ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.181; Bozdağ; İştirak, s.93.

⁷⁶⁵ Akdağ; s.112.

⁷⁶⁶ Benzer bir örnek için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.171-172.; Ayrıca bkz. Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.143.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun teşebbüse elverişli olduğunun kabul edilmesi halinde ise teşebbüsün ne zaman başlayacağı hususunun tartışmalı olduğunu belirtmiş ve bu husustaki görüşlere ayrıntılı olarak yer vermiştik. Bu suçun teorik olarak teşebbüse elverişli olduğu kanaatinde olduğumuz için bu görüşlerden teşebbüsün başlangıcını, failin olay sürecine hakim olduğu ve olay sürecini hakimiyet alanından çıkardığı duruma göre ayırım yaparak belirleyen Roxin'in görüşünü daha isabetli bulmaktayız. Bu nedenle suçun teşebbüse elverişli olduğunun kabul edilmesi durumunda failin olay sürecine hakim olduğu durumlarda korunan hukuki değer açısından doğrudan bir tehlikenin meydana gelmesiyle, buna karşılık olay sürecini hakimiyet alanından çıkardığı durumlarda doğrudan bir tehlikenin meydana gelip gelmediğine bakılmaksızın olay sürecini hakimiyet alanından çıkardığı an itibarıyla teşebbüs sorumluluğunun başlayacağı şeklindeki görüşün daha tutarlı bir yaklaşım olduğu kanaatindeyiz.

3.1.2.İştirak

Kanuni tanımı gereği tek kişi tarafından işlenebilen bir suçun, birden fazla kişinin değişik şekillerde katılımıyla işlenmesine "*suça iştirak*" adı verilmektedir⁷⁶⁷. İştirake ilişkin hükümler, suçun icrasına katılan birden fazla kimsenin sorumluluk statülerini belirlemektedir⁷⁶⁸. Suça iştirak, TCK'nın birinci kitabının ikinci kısmının "*Suça İştirak*" başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmiş olup faillik ve şeriklik olarak ikiye ayrılmaktadır⁷⁶⁹.

TCK'da iştirak, faillik ve şerikliği birlikte ifade eden üst bir kavram olarak kabul edilmiştir. Suçun kanuni tanımına uygun haksızlığı gerçekleştiren kişi faildir. Suçun işlenmesine katılmakla birlikte gerçekleştirmiş olduğu katkıyla kanuni tanımdaki haksızlığı gerçekleştiremeyen kişilere ise şerik denilmektedir⁷⁷⁰. Öğretide faillik, "*müstakil faillik*",

⁷⁶⁷Hakeri, Hakan; "Yeni Türk Ceza Kanu'nda İştirak", CHD, C.1, S.1, 2006, s.75.; Mahmutoğlu, Fatih Selami; "Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.63, S.1-2, 2005, s.57.

⁷⁶⁸Karabeyeser, Süleyman; "Suça İştirak", Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.110, 2015, s.58.

⁷⁶⁹Dülger, Murat Volkan; "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.2, 2004, s.94.; Kaptan, Efehan; "Ceza Hukukunda Suça İştirak", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.96, 2014, s.35.; Yılmaz; s.123.

⁷⁷⁰Kaptan; s.36.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.22.

"müşterek faillik" ve "dolaylı faillik" olarak üç şekilde incelenirken şeriklik, "azmettirme" ve "yardım etme" olarak iki şekilde incelenmektedir⁷⁷¹.

Öğretide ihmali bir davranışla suça iştirak edilebileceği hususunda tereddüt bulunmamakla⁷⁷² birlikte iştirak konusu ihmali suçlar bakımından en karmaşık hususlardan birini oluşturmaktadır. İhmali suçlarda faillik- şeriklik ayrımı hususu ise iştirak alanının en tartışmalı konuları arasında yer almaktadır⁷⁷³. Doktrinde bir görüş, ceza kanunumuzun faillik ve şeriklik ayrımında benimsediği ileri sürülen fiili hakimiyet teorisindeki "*file hakimiyet*", "*fonsiyonel hakimiyet*" ve "*iradeye hakimiyet*" kavramlarının icrai davranışla işlenen suçlarla ilgili olduğunu ve ihmali davranışın pasif olma özelliğinden dolayı bu davranışlarda herhangi bir hakimiyetin söz konusu olamayacağını ifade etmiştir⁷⁷⁴. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüş, ihmali suçlarda da faillik- şeriklik ayrımının mümkün olduğunu ve bu ayrımın belirlenmesinde icrai davranışla işlenen suçlarda olduğu gibi "*fil hakimiyeti*" kriterinin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir⁷⁷⁵.

Bu kapsamda çalışmamızın konusunu oluşturan görünüşte ihmali suç niteliğine sahip "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu*" açısından çeşitli iştirak ihtimallerine aşağıda yer verilecektir.

3.1.2.1.Faillik

3.1.2.1.1.Müstakil (Doğrudan) Faillik

Ceza normunda yasaklanan haksızlığı davranışlarıyla tek başına gerçekleştiren kişiye "*müstakil*" veya "*doğrudan*" fail denir⁷⁷⁶. Görünüşte ihmali suçlarda failin özel bir nitelik taşıması diğer bir ifadeyle garantör sıfatına sahip olması gerektiğini belirtmiştik. Dolayısıyla

⁷⁷¹Çelen, Yardım Etme; s.106.; Taşkın; s.182.

⁷⁷²Hakeri; İştirak, s.76.; Kaptan; s.34.; Dülger; Suç Ortaklığı, s.99.; ETCK döneminde bir görüş hukuki bir vazifenin yerine getirilmemesi durumunda iştirakin söz konusu olacağını belirtmiştir. Bkz. Erem, Faruk; "Suça İştirak", AÜHFD, C.3, S.1, 1946, s.72.; ayrıca bkz. Erem; Türk Ceza Hukuku, s.409.

⁷⁷³Balcı, Meral; "İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı", Suç ve Ceza Dergisi, C.14, S.4, 2021, s.846.; İhmali suçlarda faillik- şeriklik ayrımı hususunda ileri sürülen görüşler için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.279-280.; Ayrıca bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s.334-340.

⁷⁷⁴Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.940-941.

⁷⁷⁵Hakeri; İhmal Kavramı, s.280.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.342.; Ayrıca bkz. Özgenç, İzzet; Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları, 1996, s.149.

⁷⁷⁶Bozdağ, Ahmet; "İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret", C.10, S.2, 2020, s.82.; Dülger; Suç Ortaklığı, s.112.

bu tip suçlarda TCK md. 40/2⁷⁷⁷ uyarınca ancak garantör sıfatına sahip olan kişiler fail olabilir. Garantör olmayan kişiler ise ancak şerik olarak vasıflandırılabilirler⁷⁷⁸.

Görünüşte ihmali suç niteliğine sahip çalışmamızın konusunu oluşturan "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili, TCK md. 83/1'e göre ancak gerçekleştirmekle yükümlü olduğu belirli bir icrai davranışı yerine getirmeyen kişi olabilir. Söz konusu yükümlülük kanuni düzenlemelerden, sözleşmeden veya başkalarının hayatı açısından tehlikeli durum yaratan önceden gerçekleştirilen davranıştan kaynaklanmakta olup bu yükümlüklerin ihmal edilmesi neticesinde mağdurun ölmesine neden olan kişi bu suçun doğrudan failidir⁷⁷⁹.

3.1.2.1.2. Müşterek Faillik

Birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına bağlı olarak suçun kanuni tanımında öngörülen davranış üzerinde müşterek hakimiyet kurmaları durumunda müşterek faillik söz konusudur⁷⁸⁰. Müşterek faillik, TCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında düzenlemiştir. Buna göre, "*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*".

Bu iştirak şekli, ihmali suçlar bakımından da söz konusu olabilir⁷⁸¹. Müşterek failliğin, ihmali davranışla işlenen suçun faileri arasında olabileceği gibi icrai davranışla işlenen bir suçun faili ile bu suçta ihmali davranışla katılan fail arasında da söz konusu olabileceği ifade edilmektedir⁷⁸². Biz de çalışmamızda ikili bir ayırım yaparak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu bakımından çeşitli müşterek faillik ihtimallerine yer vereceğiz.

⁷⁷⁷ Madde 40/2: "*Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden diğer kişiler ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur*".

⁷⁷⁸Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.942.; Gültaş/ Canbeldek; s.562.; Türker; s.308.; Taşkın; s.182.

⁷⁷⁹Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.131.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.932.; Palut; s.602.

⁷⁸⁰Bozdağ; İştirak, s.82.; Yılmaz; s.125.

⁷⁸¹Hakeri; İştirak, s.90.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.77.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.172.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.143.; Yılmaz; s.125.; Koçak Süren; s.288.; Akbulut, Emre; s.217-218.

⁷⁸²Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.185.; Hakeri; İştirak, s.91.; Gültaş/ Canbeldek; s.562.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.77.; Türker; s.308.

Öğretideki baskın görüşe göre, "*ihmali davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla*" müşterek faillik mümkündür⁷⁸³. Bu ihtimalde birden fazla garantörün müşterek failliği söz konusudur. Diğer bir ifadeyle tipik neticenin meydana gelmesini önlemekle yükümlü olan birden fazla kişinin aldıkları ortak karara bağlı olarak yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda müşterek faillikten bahsedilir⁷⁸⁴. Örneğin, anne ve babanın önceden aldıkları ortak karara istinaden denizde boğulmakta olan çocuklarını kurtarmadığı ve bunun neticesinde çocuğun öldüğü olayda, koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen anne ve baba "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır⁷⁸⁵.

Alman öğretisinde bir görüş ise "*ihmali davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla*" müşterek failliğin, ancak birden fazla garantörün kendilerine düşen yükümlülükleri birlikte yerine getirmesi gerektiği durumlarda mümkün olabileceğini belirtmektedir. Diğer bir ifadeyle garantör sıfatına sahip olan kişiler tipik neticenin meydana gelmesini ancak müşterek olan yükümlülüğü birlikte yerine getirerek önleyebilecek iseler müşterek faillikten söz edilebilecektir⁷⁸⁶. Örneğin havuzda görevli olan üç cankurtaranın boğulmakta olan bir kimseye kurtarmaya yönelik bir müdahalede bulunmaması durumunda, cankurtaranların her biri tek başına neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirebilecek imkana sahip olduğu için müşterek fail olarak değil, müstakil fail olarak sorumlu tutulacaktır⁷⁸⁷. Buna karşılık görüşe göre, örneğin iki polisin görev sırasında kalabalık bir grup tarafından bir kişinin dövüldüğünü görmelerine rağmen kurtarmak için herhangi bir müdahalede bulunmadığı ve dövülen kişinin yaşamını yitirdiği olayda müşterek faillik söz konusudur. Çünkü bu olayda tipik neticenin

⁷⁸³ Hakeri; İhmal Kavramı, s.281.; Aydın; Suça İştirak, s.92.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.459.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.415.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.23.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.753.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.942.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.77.; Özgenç; Gazi Şerhi, s.521.

⁷⁸⁴ Özgenç, İzzet; "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S.1-2, 1994, s.189.; Özgenç; Suça İştirakin Hukuki Esası, s.392.; Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.149.; Özgenç; Genel Hükümler, s.611.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.324.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.172.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.143.; Yılmaz; s.126.; Türker; s.308.; Taşkın; s.182.; Garantör sıfatına sahip kişilerin müşterek fail olarak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunu işleyebilecekleri görüşünde olan bir yazar bu noktada suç işleme kararı ile neticenin gerçekleşmesi arasında geçen zaman aralığı uzunluğunun, bu zaman aralığında gerçekleştirilen ihmali davranışa tasarlama vasfı verebileceğini belirtmektedir. bkz. Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.942.

⁷⁸⁵ Benzer bir örnek için bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.265.

⁷⁸⁶ Bu görüşe yer veren bir çalışma için bkz. Heinrich; s.243-244.; Ayrıca bkz. Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.186.

⁷⁸⁷ Örnek için bkz. Taşkın; s.182.

meydana gelmesinin önlenmesi ancak polislerin birlikte hareket etmesi durumunda mümkündür. Başka bir ifadeyle olayda tipik neticenin gerçekleşmesi tek bir garantör tarafından önlenemeyeceği için polisler müşterek fail olarak kabul edilecektir.

Bununla birlikte doktrinde bir görüş, garantör konumunda olan kişilerin müşterek fail olarak sorumlu tutulabilmesi için aralarında "*ortak suç işleme kararının*" bulunmasına gerek olmadığını ifade etmektedir⁷⁸⁸. Ancak müşterek faillikten söz edilebilmesi için "*birlikte suç işleme kararı*" ve "*fiil üzerinde müşterek hakimiyet*" unsurlarının birlikte bulunması gerektiğinden bu görüşe katılmamaktayız. Nitekim Yargıtay da bir kararında, "*...ihmali bir davranışla iştirakin olabilmesi için ihmali davranışta bulunanın iştirak iradesi ile bu davranışı yapması gerektiğini...*" belirtmiştir⁷⁸⁹.

Kanaatimizce, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna garantör sıfatına sahip olan kişilerin, önceden veya en azından yükümlülüklerini yerine getirmeleri gereken zaman diliminde aldıkları ortak karara istinaden neticenin meydana gelmesini önlemeye yönelik davranışı gerçekleştirmemeleri durumunda müşterek fail olarak katılması mümkündür. Failleri garantör kılan kaynağın farklı olması iştirak bakımından önem arz etmez. Örneğin, havuzda boğulmakta olan çocuğu daha önce aldıkları ortak karara istinaden kurtarmayan baba ve cankurtaran "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu açısından müşterek fail olarak kabul edilecektir. Çünkü babanın garantörlüğünün kanuni düzenlemelerden, cankurtaranın garantörlüğünün ise sözleşmeden kaynaklanması müşterek faillik bakımından önemsizdir. Bununla birlikte müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için garantör konumunda olan kimselerin "*fiil üzerinde hakimiyet*" kurması da gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, garantörlerin her birinin yerine getirmekle yükümlü olduğu davranışı maddi- fiziki olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmalıdır. Aksi halde neticenin meydana gelmesini önleme hususunda maddi- fiziki imkanı bulunmayan garantörün ancak şerik olarak sorumluluğu gündeme gelecektir⁷⁹⁰.

"*İcrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla*" müşterek failliğin mümkün olup olmadığı hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, icrai davranışla işlenen

⁷⁸⁸ Hakeri; İhmal Kavramı, s.281-282.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.77.; Aksi yönde görüş için bkz. Türker; s.308.

⁷⁸⁹ Yargıtay CGK.; E. 2011/76, K. 2011/100, T. 17.05.2021, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=3878#>, (Erişim Tarihi: 04.08.2022).

⁷⁹⁰ Yurtlu; İhmal Suçlar, s.346-347.

bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmadığı görüşündedirler⁷⁹¹. Bu görüşe göre, böyle bir durumda fiilin işlenişi üzerinde hakimiyet noktasında icrai davranış gerçekleştiren failin ihmali davranış gerçekleştiren faile üstünlüğü söz konusudur. Dolayısıyla fiilin icrası üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurulmasından diğer bir ifadeyle fiilin birlikte gerçekleştirilmesinden bahsedilemeyeceği için "*icrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla*" müşterek fail olarak katılmak mümkün değildir⁷⁹². Böyle bir durumda icrai bir suçu işleyen failin gerçekleştirdiği davranışı önleme yükümlülüğü bulunan kişi, bu yükümlülüğü yerine getirmeyerek ihmali davranışla icrai suçun işlenmesine yardım eden sıfatıyla katılmış olacak olup şerik olarak sorumlu tutulacaktır. Ancak gerçekleştirilen ihmali davranış nedeniyle aynı zamanda başka bir suçun faili olduğu durumlarda "*failliğin şerikliğe asliliği kuralı*" gereğince garantör sıfatına sahip olan kişiyi yalnızca faili olduğu suçtan dolayı sorumlu tutmak gerekecektir⁷⁹³. Örneğin yeni doğan bebeğinin baba tarafından evin banyosunda boğularak öldürüleceğini bilen ve neticenin gerçekleşmesini engelleme imkanına sahip olmasına karşın herhangi bir müdahalede bulunmayan annenin gerçekleştirdiği ihmali davranış, baba tarafından icrai davranışla işlenen kasten öldürme suçuna yardım etme niteliğindedir. Ancak çocuğu üzerinde koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan annenin bu yükümlülüğü ihmal etmesi aynı zamanda onu "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili de yapmaktadır. Dolayısıyla bu olayda "*failliğin şerikliğe asliliği kuralı*" gereğince annenin yalnızca doğrudan faili olduğu "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulması gerekir⁷⁹⁴.

Bu durumda müşterek failliğin mümkün olmayacağını savunan diğer bir görüş ise icrai davranış gerçekleştiren fail ile ihmali davranışta bulunan fail profillerinin farklı olduğunu ve

⁷⁹¹ Dülger; Genel Hükümler, s.717.; Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.149.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.755.; Özgenç; Müşterek Faillik, 189-190.; Özgenç; Suça İştirakin Hukuki Esası, s.392.; Koca; Suçun Özel Görünüş Şekilleri, s.113.; Karabeyeser; s.61.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.789.

⁷⁹² Söz konusu yaklaşıma yer veren bir çalışma için bkz. Balcı; Fail-Şerik Ayrımı, s.864-865.; Ayrıca bkz. Yılmaz; 126-127.

⁷⁹³ Özgenç; İhmali Davranışla İştirak, s.7.; Özgenç; Suça İştirakin Hukuki Esası, s.392.; Koca; Suçun Özel Görünüş Şekilleri, s.113-114.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.268.; Yılmaz; 126-127.; Özgenç; Genel Hükümler, s.611.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.459-460.; Garantörlük durumuna göre ayırım teorisine göre bu olayda garantör, korunan değere özel yakınlığı nedeniyle icra davranışla işlenen öldürme suçuna yardım eden olarak değil, ihmali davranışla gerçekleşen öldürme suçunun faili olarak kabul edilmelidir. Bkz. Balcı; Fail-Şerik Ayrımı, s.871.

⁷⁹⁴ Benzer bir olayı konu alan Yargıtay kararı için bkz. Yargıtay 1. CD.; E.2011/6102, K. 2012/3766, T. 09.05.2012, aktaran: Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.459-460.; Benzer bir örnek için ayrıca bkz. Özgenç; İhmali Davranışla İştirak, s.7.

bu nedenle müşterek failliğin söz konusu olamayacağını ifade etmektedir⁷⁹⁵. Örneğin bir polisin, تنها bir yerde bir kimsenin başka bir kimseyi bıçakladığını görmesine rağmen herhangi bir müdahalede bulunmadığı olayda mağduru bıçaklayan kimse bakımından icrai davranışı nedeniyle diğer yandan garantör konumunda olan polis bakımından ise ihmali davranışı nedeniyle faillik söz konusudur. Bu nedenle müşterek faillikten bahsetmek mümkün değildir⁷⁹⁶.

Bir diğer görüş de tipik neticenin meydana gelmesini önleme hususunda aynı yükümlülüğe sahip iki kişiden birinin icrai davranış, diğerinin ise ihmali davranış sergilediği durumlarda müşterek failliği kabul etmektedir⁷⁹⁷. Örneğin, iki infaz koruma memurunun bir hükümlüyü öldürmek amacıyla aralarında anlaştığı ve memurlardan birinin bu hükümlüyü öldürmek isteyen başka bir hükümlüye bıçak temin ettiği diğerinin de mağdur bıçaklanırken herhangi bir müdahalede bulunmadığı olayda müşterek faillik söz konusudur⁷⁹⁸. Çünkü bu olayda hem icrai hem de ihmali davranış sergileyen memur, neticenin gerçekleşmesinin engellenmesi bakımından aynı yükümlülüğe sahiptir. Dolayısıyla bu müşterek yükümlülüğü ihlal etmeleri nedeniyle memurların her biri müşterek fail olarak kabul edilir⁷⁹⁹. Kanaatimizce bu olayı şu şekilde değerlendirmek gerekir: Hükümlüye bıçak temin eden infaz koruma memuru, suçun işlenmesinde kullanılan aracı sağladığı için icrai davranışla gerçekleştirilen kasten öldürme suçuna yardım etmekten sorumlu tutulmalıdır. Ancak hükümlü üzerinde yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüğü de bulunan memur, bu yükümlülüğü ihmal ettiği için aynı zamanda "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili sıfatıyla da sorumludur. Dolayısıyla bu olayda da "*failliğin şerikliğe asliliği kuralı*" gereğince hükümlüye bıçak tedarik eden memur yalnızca "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili olarak sorumlu olacaktır. Olayın gerçekleştiği sırada herhangi bir müdahalede bulunmayarak yükümlülüğünü yerine getirmeyen diğer memur da TCK'nın 83. maddesi uyarınca sorumlu olacaktır. Bu durumda infaz koruma memurları, aldıkları ortak karara bağlı olarak hükümlü üzerindeki yaşam ve vücut bütünlüğünü koruma yükümlülüğünü yerine getirmediikleri için memurlardan her biri "*kasten öldürmenin ihmali davranışla*

⁷⁹⁵ Bu görüşe yer veren çalışma için bkz. Hakeri; İhmal Kavramı, s.283.; Ayrıca bkz. Taşkın; s.183.

⁷⁹⁶ Benzer bir örnek için bkz. Taşkın; s.183.

⁷⁹⁷ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.188.; Taşkın; s.183.

⁷⁹⁸ Taşkın; s.183

⁷⁹⁹ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.187-188.

işlenmesi" suçundan müşterek fail olarak sorumlu tutulacaklardır. Buna karşılık olayın hükümlüye bıçak temin eden infaz koruma memurunun izinli olduğu günde gerçekleşmesi ihtimalinde, bu memurun mağduru korumak için müdahalede bulunması maddi- fiziki olarak imkansız olduğundan TCK md.83 kapsamında sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bu durumda hükümlüye bıçak tedarik eden memur yalnızca icrai davranışla gerçekleştirilen kasten öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

Doktrinde bizim de katıldığımız bir başka görüş ise icrai davranışla işlenen bir suçta ihmali davranışla müşterek fail olarak katılmanın kural olarak mümkün olduğunu ifade etmektedir⁸⁰⁰. Örneğin devriye gezen bir polis, olay sırasında hazır olduğu halde önceden aralarında anlaşıkları için hırsızların bir eve girmelerini engellemez ise suça müşterek fail olarak katılmış olacaktır⁸⁰¹. Bu görüşe göre ihmali davranışın, icrai davranışla gerçekleştirilen suçun işlenişine katkısı ve fiilin işlenişini üzerindeki hakimiyeti ölçü alınarak kişinin sorumluluk statüsü belirlenmelidir⁸⁰². Bu kapsamda ihmali davranışın icrai suçun kanuni tanımına uygun haksızlığı gerçekleştirecek niteliğe sahip olmadığı ve fiil üzerinde hakimiyet kurma derecesine ulaşamadığı başka bir ifadeyle icrai suçun işlenmesi açısından zorunluluk arz etmediği durumlarda bir şeriklik statüsü olan yardım etme söz konusudur. Buna karşılık ihmali davranışın, icrai suçun işlenmesi aşamasında çok önemli katkı sağladığı ve suçun işlenmesi bakımından zorunluluk arz edecek düzeye ulaştığı hallerde müşterek faillikten söz edilir⁸⁰³. Ancak belirtmek gerekir ki, ihmali davranışı nedeniyle suçun işlenişine yardım eden sıfatıyla katıldığı değerlendirilen kişinin aynı zamanda başka bir suçun faili olduğu durumlarda "*failliğin şerikliğe asliliği kuralı*" gereğince bu kişiyi yalnızca faili olduğu suçtan dolayı sorumlu tutmak gerekir.

3.1.2.1.3. Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik, bir suçu işleyen doğrudan failin bir başkası tarafından araç olarak kullanıldığı durumlarda söz konusudur. Tipik haksızlığı bizzat değil, bir başkasını kontrol

⁸⁰⁰Erem; Türk Ceza Hukuku, s.410.; Aydın; Suça İştirak, s.93.; Erem; Suça İştirak, s.73.; Balcı; Fail-Şerik Ayrımı, s.880.; Soyaslan; Genel Hükümler, s.507.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.434.

⁸⁰¹Erem; Suça İştirak, s.82.

⁸⁰² Aydın; Suça İştirak, s.93.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.427.; Balcı; Fail-Şerik Ayrımı, s.880.; Özen; Genel Hükümler; s.652.

⁸⁰³ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.77.

edip yönlendirmek diğeri bir ifadeyle araç olarak kullanmak suretiyle tipik fiil üzerinde hakimiyet kurarak gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denmektedir⁸⁰⁴.

Dolaylı faillik TCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasında, "*suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu tür failliğin söz konusu olduğu durumlarda arka plandaki kişi, araç olarak kullandığı kişiyi denetimi altına alıp iradesi üzerinde hakimiyet kurarak bu kişinin davranışlarını yönlendirmektedir⁸⁰⁵. Dolaylı fail, araç konumundaki kişide daha önce mevcut olan veya kendisinin sebebiyet verdiği bir noksandan faydalanmak suretiyle bu kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmaktadır⁸⁰⁶. Bu noksan araç olarak kullanılan kişinin kusur yeteneğinin olmamasından, düşmüş olduğu kaçınılmaz hatadan veya TCK'nın 28. maddesinde⁸⁰⁷ düzenlenen haller sonucu irade yeteneğinin ortadan kaldırılmasından kaynaklanmaktadır⁸⁰⁸.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun dolaylı faillik kapsamında işlenmesi iki şekilde gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, dolaylı failin "*icrai davranışla*" ölüm neticesinin meydana gelmesini sağlaması diğeri ise "*ihmali davranışıyla*" ölüm neticesinin meydana gelmesini sağlamasıdır.

Doktrinde "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna, "*icrai davranışla dolaylı fail olarak katılmanın*" mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Arka plandaki kişinin icrai davranışıyla dolaylı fail olarak suça katılmasının mümkün olduğunu savunan bir görüşe göre, neticenin meydana gelmesini önlemekle yükümlü olan kişi üzerinde cebir, şiddet, korkutma, tehdit veya hile yolu ile hakimiyet kurarak onu suç işlemeye sevk eden kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır⁸⁰⁹. Doktrinde bu duruma "*ihmali dolaylı faillik*" de

⁸⁰⁴Ekici Şahin, Meral; "Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.107-108, 2013, s.62.

⁸⁰⁵Sınar, Hasan; "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", CHD, C.6, S.15, 2011, s.59-60.

⁸⁰⁶Çelen; Yardım Etme, s.102-103.

⁸⁰⁷Madde 28: "*Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır*".

⁸⁰⁸Ekici Şahin; Dolaylı Failliğin Ortaya Çıkış Biçimleri, s.69.

⁸⁰⁹Koca/ Üzülmüş; Genel Hükümler, s.470.; Özen; Genel Hükümler, s.656.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.755.; Töngür, Ali Rıza; "Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı

denmektedir⁸¹⁰. Örneğin, bir annenin silahla tehdit edildiği için yeni doğan bebeğini bakımsız bıraktığı ve bu nedenle bebeğin hayatını kaybettiği olayda bebeği üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan anne, TCK'nın 83. maddesinde yer alan suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan kişidir. Silahla tehditte bulunarak annenin yükümlülüğünü ihmal etmesine neden olan ve suçun işleniş sürecine hükmeden kişi ise "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun dolaylı failidir⁸¹¹.

Bu doğrultuda bir görüş, icrai davranışıyla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna dolaylı fail olarak katılan kişinin aynı zamanda garantör olmasının da mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Buna göre örneğin yukarıdaki olayda silahla tehdit eden kişinin ölen bebeğin babası olması ihtimalinde, bebek üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan baba da "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır⁸¹².

Buna karşılık bir diğer görüş, neticenin meydana gelmesini önlemekle yükümlü olan kişiyi icrai davranışlarıyla suç işlemeye sevk eden arka plandaki kişinin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun dolaylı faili olarak değil, icrai davranışı nedeniyle "*kasten öldürme*" suçunun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, icrai davranışta bulunan kişinin ihmali davranışla işlenen suça dolaylı fail olarak katılması mümkün değildir⁸¹³. Örneğin boğulmakta olan çocuğunu fark eden ve yardım etmek için harekete geçen babanın, çocuğunu kurtarmasını engellemek için üçüncü bir kişi tarafından silahla tehdit edildiği ve bu nedenle çocuğun yaşamını yitirdiği olayda, öldürmek

Faillik ve Azmettirme" CHD, C.10, S.28, 2015, s.234.; Gültaş/ Canbeldek; s.562-563.; Yılmaz; s.130.; Koçak Süren; s.289.

⁸¹⁰ Artuk/ Gökçen/ Aşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.755.; Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.470.; Hakeri; İştirak, s.96.; Yılmaz; s.129.

⁸¹¹ Benzer bir örnek için bkz. Ekici Şahin, Meral; "Dolaylı Faillige İlişkin Bazı Sorunlar", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.8, S.109-110, 2013, s.8-9.; Ayrıca bkz. Töngür; Dolaylı Faillik ve Azmettirme; s.234-235.

⁸¹² Palut; s.649.; Bu durumda garantör sıfatına sahip kişinin dolaylı fail olarak değil "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Ekici Şahin; Dolaylı Faillige İlişkin, s.23.; Keçelioğlu, Elvan; "Alman Ceza Hukukunda Faillik", TBBD, C.19, S.65, 2006, s.83.; Alman öğretisinde bir görüşe göre bu durumda kınanabilirliğin ağırlık noktası kurtarmayı ihmal etmede değil tam tersine aktif bir harekette bulunarak kurtarma hareketini engellemede yatmaktadır. Bu nedenle ihmali suç failliği yanında aynı zamanda aktif bir hareket yoluyla bir de faillik doğmaktadır. Bkz. Heinrich; s.244-245.

⁸¹³ Özgenç; Suça İştirakin Hukuki Esası, s.254.

kastı ile icrai davranışta bulunan üçüncü kişinin kasten öldürme suçunun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerekir⁸¹⁴.

Kanaatimizce, garantörün belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmesini icrai davranışıyla engellemek suretiyle garantörü araç olarak kullanan kişinin icrai suçun doğrudan faili mi yoksa görünüşte ihmali suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirlemek için öncelikle arka plandaki kişinin garantör sıfatına sahip olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Çünkü TCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrası gereğince özgü suçlara ancak özel faillik sıfatı taşıyan kişiler dolaylı fail olarak katılabilir⁸¹⁵. Dolayısıyla özgü suç olan "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna da ancak neticeyi meydana gelmesini engellemekle yükümlü olan yani garantör sıfatına sahip kişi dolaylı fail olarak katılabilecektir.

Bu kapsamda icrai davranışıyla garantör konumundaki kişiyi "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunu işlemeye sevk eden kişinin aynı zamanda kendisinin de garantör olması durumunda farklı ihtimaller gündeme gelecektir. İlk olarak, arka plandaki bu kişi araç konumundaki kişi üzerinde hakimiyet kurarak görünüşte ihmali suçun işlenmesini sağladığı için gerçekleşen ihmali suç bakımından dolaylı faildir. İkinci ihtimal, kendisi de garantör sıfatına sahip olup icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmediği için görünüşte ihmali suçun doğrudan failidir. Son olarak, yükümlülüğün yerine getirilmesini gerçekleştirmiş olduğu icrai davranış nedeniyle engellediği için icrai suçun doğrudan failidir⁸¹⁶.

Biz bu ihtimallerin olduğu bir olayda, garantör sıfatına sahip kişinin gerçekleştirmiş olduğu icrai davranışın "*önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış*" olarak nitelendirildiği hallerde görünüşte ihmali suçun dolaylı faili, aksi halde ise icrai suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Örneğin bir baba, anneye cebir kullanarak çocuğunu تنها bir yere bıraktırmış ve çocuk açlık nedeniyle ölmüştür. Bu olayda babanın gerçekleştirmiş olduğu icrai davranışın "*önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış*" olarak nitelendirilebileceği ve bu nedenle garantör sıfatına sahip babanın "*kasten öldürmenin ihmali*

⁸¹⁴ Örnek için bkz. Snar; s.80.

⁸¹⁵Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.483.; Aksi yönde görüş için bkz. Ekici Şahin; Dolaylı Faillığe İlişkin, s.13.

⁸¹⁶Yurtlu; İhmali Suçlar, s.344.

davranışla işlenmesi" suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşündeyiz. Buna karşılık boğulmakta olan çocuğunu kurtarmak için harekete geçen anneyi cebir kullanarak engelleyen babanın gerçekleştirmiş olduğu icrai davranışın, olay süreci dikkate alındığında bu kapsamda değerlendirilemeyeceği kanaatinde olduğumuz için babanın bu olayda kasten öldürme suçunun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşündeyiz. Ayrıca garantör sıfatına sahip olmayan arka plandaki kişinin, doğrudan faili suç işlemeye sevk ederken gerçekleştirmiş olduğu icrai davranış neticesinde garantör sıfatına sahip olup olamayacağı hususunun da incelenmesi gerekmektedir. Örneğin yukarıda yer verdiğimiz çocuğun تنها bir yere bırakılması olayında anneye cebir kullanan kişinin, garantör konumunda olmayan üçüncü bir kişi olması ihtimalinde bu kişinin de gerçekleştirmiş olduğu icrai davranışın "*önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış*" olarak değerlendirilebileceği ve bu nedenle garantör sıfatı kazanan kişinin de "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan dolayı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği görüşündeyiz.

Doktrinde "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna, "*ihmali davranışla dolaylı fail olarak katılmanın*" mümkün olup olmadığı hususunda ise fikir ayrılığı bulunmamaktadır. Bir kimsenin ihmali davranışta bulunarak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna dolaylı fail olarak katılamayacağı doktrinde genel kabul görmektedir⁸¹⁷. Zira dolaylı faillikte, bir kimseyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanmak ancak arka plandaki kişinin aktif bir davranışı ile söz konusu olabilecektir. İhmali bir davranışla bir kimseyi korkutmak, tehdit etmek, aldatmak veya bu kimseye cebir ve şiddet uygulamak mümkün değildir⁸¹⁸. Bu itibarla garantör sıfatına sahip olan kişi, ihmali davranışıyla bir başka kişiyi araç olarak kullanmayacağı için "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmayacaktır. Ancak garantör olan bu kişi aynı zamanda icrai davranışta bulunma yükümlülüğüne de sahip olup, bu yükümlülüğü ihmal ettiği için doğrudan TCK'nın 83. maddesi uyarınca sorumlu tutulacaktır⁸¹⁹.

⁸¹⁷Heinrich; s.244.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.755.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.769.; Aydın; Suça İştirak, s.148.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.542.; Çelen; Yardım Etme; s.104-105.; Yılmaz; s.128.;

⁸¹⁸Çelen; Yardım Etme; s.104-105.; Yılmaz; s.128.

⁸¹⁹Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.755.

3.1.2.2.Şeriklik

3.1.2.2.1.Azmettirme

Azmettirme, daha önce suç işleme düşüncesi bulunmayan bir kişinin başkası tarafından iradesinin etkilemek suretiyle belli bir suçu işlemeye karar verdirilmesidir⁸²⁰. Görünüşte ihmali suçlar bakımından azmettirmenin mümkün olup olamayacağı tartışmalı olmakla birlikte ağırlıklı görüş, garantör sıfatına sahip kişinin suça azmettirilmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir⁸²¹. Bu itibarla çalışmamızın konusunu oluşturan suçun azmettirme suretiyle işlenmesi mümkündür⁸²². "*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna azmettirme iki şekilde gündeme gelmektedir. Bunlardan ilki, "*icrai davranışla azmettirme*" diğeri ise "*ihmali davranışla azmettirme*" olarak karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde ağırlıklı görüş, bir kimsenin icrai davranışıyla garantör sıfatına sahip olan kişiye suç işleme kararı aldırmasının diğeri bir ifadeyle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna "*icrai davranışla azmettirmenin*" mümkün olduğunu savunmaktadır⁸²³. Bu suçta özel faillik sıfatına sahip olma hususu yalnızca faillik bakımından önem arz ettiği için suça şerik olarak katılan azmettiren kişinin garantör sıfatına sahip olması zorunlu değildir⁸²⁴. Nitekim Yargıtay'a göre de "*...ihmali davranışla kasten öldürme suçuna şerik olarak katılmak mümkündür. Bu durumda, ayrıca şeriklerin ölüm neticesini önleme yükümlülüğünün olması gerekmez. Örneğin; azmettiren, harekete geçme yükümlülüğü altında bulunan kişiyi, harekete geçmemeye, yükümlü olduğu icrai davranışı ihmal etmeye azmettirdiği hallerde gerçekleşen suçtan azmettiren olarak sorumlu tutulur*"⁸²⁵. Bu kapsamda suç işleme düşüncesi bulunmayan neticeyi önlemekle yükümlü kişiye suç işleme kararı aldırarak tipik neticenin meydana gelmesine katkı sağlayan kişi azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır. Böyle bir durumda garantör konumunda olan kişi, bir başka kişinin icrai davranışıyla ihmali davranışta

⁸²⁰ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.484-485.; Bozdağ; İştirak, s.82-83.

⁸²¹ Hakeri; İştirak, s.99.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.427.; Mahmutoğlu; Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, s.79.; Yılmaz; s.127.; Taşkın; s.184.

⁸²²Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.942.; Akbulut, Emre; s.218.; Gültaş/ Canbeldek; s.563.

⁸²³ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.764.; Özgenç; Suça İştirakin Hukuki Esası, s.148.; Dülger; Genel Hükümler, s.739.; Eryıldız, Sefa; "Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (Alm. CK m.26)", Terazi Hukuk Dergisi, C.11, S.120, 2016, s.44.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.143.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.266.; Koçak Süren; s.289.; Heinrich; s.319.

⁸²⁴Mahmutoğlu; Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, s.79.; Taşkın; s.184.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.143.

⁸²⁵ Yargıtay 1. CD.; E. 2014/1428, K.2014/3654, T. 25.06.2014, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=3878#>, (Erişim Tarihi: 17.08.2022).

bulunmaya ikna edilmektedir⁸²⁶. Örneğin, bir doktor hastanenin acil servisine ağır yaralı olarak getirilen hastaya müdahale etmek için hazırlanmaktadır. Bu sırada serviste bulunan bir hasta yakını bu kişinin daha önce kızına cinsel saldırıda bulunan ve cezaevinden firar eden kişi olduğunu fark eder. Bunun üzerine doktorun yanına giderek herhangi bir müdahalede bulunmaması hususunda doktoru ikna eder ve müdahale edilmeyen ağır yaralı hasta yaşamını yitirir. Olayda hastaya bakmakla yükümlü olan doktor, daha önce aklında suç işleme düşüncesi olmamasına rağmen hasta yakınının kendisini azmettirmesi neticesinde yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihmali davranışta bulunmuştur. Bu durumda hasta yakını, doktorun işlediği "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun azmettireni olarak sorumlu tutulacaktır⁸²⁷.

Doktrinde ağırlıklı olarak çalışmamızın konusunu oluşturan suça azmettiren kişinin de garantör konumunda olması durumunda, bu kişinin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun azmettireni olarak değil, doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır⁸²⁸. Buna karşılık bizim de katıldığımız bir görüş, azmettiren kişinin de garantör sıfatına sahip olması halinde bu kişinin "*süreç üzerindeki fiili hakimiyeti*" dikkate alınarak iştirak statüsünün belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸²⁹. Örneğin SMA hastası olan çocuğundan tedavi masraflarının pahalılığı nedeniyle kurtulmak isteyen baba, anneyle konuşup çocuğunu bakımsız bırakarak öldürmesini ister. Aklında böyle bir düşüncesi olmayan fakat konuşma sonrasında babanın talebini mantıklı görerek ikna olan ve bu yönde karar alan anne, çocuğunu bakımsız bırakır ve çocuk yaşamını yitirir. Bu olayda baba, çocuğu öldürme düşüncesi olmayan annenin bu kararı almasını sağladığı için "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır. Ancak çocuk üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan baba bu yükümlülüğü ihmal ettiği için aynı zamanda "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili olarak da sorumludur. Dolayısıyla bu olayda baba, "*failliğin şerikliğe asliliği kuralı*" gereğince yalnızca "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili olarak sorumlu olacaktır. Buna karşılık anneye suç işleme kararı aldırın babanın şehir dışında olması ihtimalinde, baba "*fiil*

⁸²⁶Hakeri; İştirak, s.99.

⁸²⁷ Benzer örnek için bkz. Yılmaz; s.127.

⁸²⁸ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.765.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.183.; Mahmutoğlu; Azmettirenin Ceza Sorumluluğu, s.79-80.; Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.266.; Yılmaz; s.127.

⁸²⁹ Yurtlu; İhmali Suçlar, s.353.

üzerinde hakimiyet" kuramadığından doğrudan fail olarak değil azmettiren olarak sorumlu tutulmalıdır.

Doktrinde bizim de katıldığımız baskın görüş, "ihmali davranışın" ise azmettirme için yeterli olmadığını, bir kimseye ihmali davranışta bulunarak suç işleme kararı verdirilemeyeceğini ve bu nedenle "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçuna ihmali davranışla azmettirmenin mümkün olmadığını savunmaktadır⁸³⁰. Bu görüşe göre, azmettiren kişinin faili etkileyerek bir suç işleme hususunda ikna edebilmesi ancak icrai bir davranışta bulunması ile mümkündür⁸³¹. Nitekim Yargıtay da bir kararında ihmali davranışla azmettirmenin mümkün olmadığını belirtmiştir⁸³².

3.1.2.2.2.Yardım Etme

TCK'nın 39. maddesinde⁸³³ suçun işlenişine katılan kişinin hangi hallerde yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulacağı ve bu kişinin ceza sorumluluğu düzenlenmiştir. Buna göre, suçun işlenişine katılmakla birlikte gerçekleştirmiş olduğu katkıyla kanuni tanımdaki fiil üzerinde hakimiyet kuramayan ancak davranışlarıyla suçun işlenmesini destekleyen ve kolaylaştıran kişi yardım eden sıfatıyla sorumlu olacaktır⁸³⁴. Bu itibarla suçun işlenişine katkıda bulunan kişinin gerçekleştirdiği davranışın, faillik veya azmettirme olarak nitelendirilemediği hallerde bu davranış yardım etme kapsamında değerlendirilebilir⁸³⁵.

⁸³⁰ Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.764.; Aydın; Suça İştirak, s.165.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.549.; Öztürk/ Erdem; Uygulamalı Ceza Hukuku, s.427.; Töngür; Dolaylı Faillik ve Azmettirme, 245-246.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.491.; Dülger; Genel Hükümler, s.739.; Aksi yöndeki görüşe yer veren bir çalışma için bkz. Demirel, Muhammed/ Kartal, Melik; "Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi:Suça Sevk Etme", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.2, 2019, s.482.; ayrıca bkz. Heinrich; s.320.

⁸³¹ Dülger; Suç Ortaklığı, s.124.; Taşkın; s.185-186.; Demirel/ Kartal; Suça Sevk Etme, s.482.; İstisnai hallerde ihmali davranışla azmettirmenin mümkün olabileceği şeklindeki görüş için bkz. Eryıldız, s.44-45.

⁸³² Kararın ilgili kısmı şöyledir: "Azmettirme, daima eylem üzerinde manevi bir etkiyi ifade etmektedir, ihmali davranışla azmettirme mümkün değildir." (Yargıtay CGK.; E.2014/1-593, K. 2016/269, T.24.05.2016, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=3878#>, (Erişim Tarihi: 18.08.2022)).

⁸³³ Madde 39: "(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez. (2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur: a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek. b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak. c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak".

⁸³⁴ Kaptan; s.39.; Gültaş/ Canbeldek; s.260.

⁸³⁵ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.495.; Karabeyeser; s.65.

Yardım eden, TCK'nın 39. maddesinin 2. fıkrasında sayılan yardım niteliğindeki davranışlardan en az birini gerçekleştirerek suçun işlenmesine maddi veya manevi katkıda bulunmaktadır. Suçun işlenişine maddi yardım etme, "*filin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak*" ve "*suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak*" biçiminde gerçekleşebilir iken manevi yardım etme ise "*suç işlemeye teşvik etmek*", "*suç işleme kararını kuvvetlendirmek*", "*filin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek*" ve "*suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek*" şeklinde gerçekleşebilir⁸³⁶.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak katılmanın mümkün olup olmadığı hususunun daha iyi anlaşılabilmesi için azmettirme başlığı altında yaptığımız ayrımı şerikliğinin bir diğer türü olan yardım etme açısından da uygulayacağız. Bu bakımdan çalışmamızın konusunu oluşturan suça ilk olarak "*icrai davranışla yardım etme*", daha sonra ise "*ihmali davranışla yardım etme*" hususunu inceleyeceğiz.

Doktrinadaki baskın görüşe göre, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun işlenmesine icrai davranışla yardım etmek mümkündür⁸³⁷. Bu yaklaşım, yardım niteliğindeki davranışların genel olarak failin ihmali davranışta bulunma kararını manevi olarak desteklediğini ve bu nedenle yardımın kural olarak manevi yardım şeklinde mümkün olabileceğini ifade etmektedir⁸³⁸. Örneğin, istemediği bir kişiyle aile baskısı nedeniyle evlenmek zorunda kaldığı için bu evlilikten doğan bebeğinden kurtulmak isteyen anne bu düşüncesini erkek arkadaşıyla paylaşır. Erkek arkadaşı, anneye bu düşüncesini desteklediğini ve bebeği aç bırakmak suretiyle öldürebileceğini söyler. Bu konuşma sonrasında suç işleme kararı kuvvetlenen anne, bebeğini aç bırakır ve bebek yaşamını yitirir. Bu olayda erkek arkadaş, annenin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi ve suçun işlenmesinde yol göstermesi nedeniyle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulmalıdır.

⁸³⁶Bozdağ; İştirak, s.83.; Demirel, Muhammed; "Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri". Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.5, S.2, 2017, s.124-125, 138.

⁸³⁷Özgenç; İhmali Davranışla İştirak, s.6.; Demirbaş; Genel Hükümler, s.553.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.143.; Öztürk/ Erdem; Genel Hükümler ve Özel Hükümler, s.198.; Aksi yönde görüşe yer veren bir çalışma için bkz. Taşkın; s.184-185.; Ayrıca bkz. Çelen; Yardım Etme, s.378.

⁸³⁸Koca/ Üzülmöz; Özel Hükümler, s.149.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.190-191.; Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.942.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.143.; İcrai davranışla gerçekleştirilen yardımın maddi yardım şeklinde de olabileceğini ifade eden görüş için bkz. Çelen; Yardım Etme, s.195-196.

Doktrinde bazı yazarlar, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna icrai davranışla yardım eden kişinin aynı zamanda garantör sıfatına sahip olması durumunda ise bu kişinin yardım eden olarak değil doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmiştir⁸³⁹. Nitekim Yargıtay'a göre de "...belli bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle de, bir suçun icrasına yardımda bulunulabilir. Yine, bir başkasının işlemekte olduğu suçun işlenişine engel olmama halinde aynı şekilde icrai suça yardımda bulunma söz konusu olabilecektir. Ancak, bu davranış aslında ihmal bir suçu oluşturuyorsa, kişi ihmali suçun faili olarak cezalandırılır"⁸⁴⁰. Buna karşılık, "*azmettirme*" başlığı altında da ifade ettiğimiz ve bizim de katıldığımız bir görüş, yardım eden kişinin garantör konumunda olması halinde bu kişinin "*süreç üzerindeki fiili hakimiyeti*" dikkate alınarak iştirak statüsünün belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir⁸⁴¹. Buna göre, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna icrai davranışıyla yardım eden ve aynı zamanda neticenin meydana gelmesini önlemekle de yükümlü olan kişi "*süreç üzerindeki fiili hakimiyet*" sağlamış ise "*failliğin şerikliğe asliliği kuralı*" gereğince yalnızca "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili olarak sorumlu olacaktır. Buna karşılık suçun işlenmesine yardım niteliğindeki davranışıyla katkıda bulunan ancak "*süreç üzerindeki fiili hakimiyet*" kuramayan garantör sıfatına sahip kişi doğrudan fail olarak değil yardım eden olarak sorumlu tutulacaktır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olup olmadığı hususunu ise konunun daha iyi anlaşılabilmesi için ikili bir ayırım yaparak inceleyeceğiz. Bu bakımdan ilk olarak ihmali davranışla yardımda bulunan kişinin aynı zamanda garantör sıfatına sahip olması durumunu daha sonra ise ihmali davranışla yardımda bulunan kişinin garantör sıfatına sahip olmaması durumunu inceleyeceğiz.

Doktrinde bir görüş, garantör sıfatına sahip olan kişinin ihmali davranışıyla bu suça yardım eden olarak katılamayacağını belirtmektedir. Bu görüşe göre, garantör konumunda olan kişi, asıl fail gibi neticenin meydana gelmesini önlemekle yükümlüdür. Bu nedenle garantör sıfatına sahip kişi, asıl failin gerçekleştirmiş olduğu ihmali davranışa herhangi bir müdahalede bulunmaz ise kendisi de garantör konumunda olduğu için gerçekleştirmiş olduğu

⁸³⁹Hakeri; İhmal Kavramı, s.295.

⁸⁴⁰ Yargıtay 1. CD.; E.2013/3531, K. 2014/3655, T. 25.06.2014, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=3878#>, (Erişim Tarihi: 21.08.2022).

⁸⁴¹Yurtlu; İhmal Suçlar, s.356.; Çelen; Yardım Etme, s.277.

ihmali davranış nedeniyle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili olarak sorumlu olacaktır⁸⁴².

Kanaatimizce, garantör konumunda olan kişinin de ihmali davranışta bulunarak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak katılması mümkündür. Zira garantör konumunda olan kişinin, yükümlülüğünü yerine getirmesinin asıl failin ihmali davranışta bulunmasını zorlaştıracak veya engelleyecek olması da ihmali davranışla yardımın kabulü bakımından yeterlidir⁸⁴³. Bu bakımdan böyle bir durumda da garantör sıfatına sahip kişinin "*süreç üzerinde fiili hakimiyet*" sağlayıp sağlayamadığına bakılmalıdır. Örneğin, Down sendromlu çocuğundan kurtulmak isteyen anne bu düşüncesini yurt dışında bulunan babayla paylaşmış ve babanın da bu düşüncesine sessiz kalması nedeniyle çocuğunu aç bırakmış ve çocuk yaşamını yitirmiştir. Bu olayda ihmali davranışta bulunan babanın, süreç üzerinde hakimiyeti bulunmadığı için "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelecektir. Çünkü bu olayda neticenin gerçekleşmesini önlemekle yükümlü olan babanın ihmali davranışta bulunmasının annenin suç işleme kararını kuvvetlendirdiğini düşünmekteyiz.

Garantör sıfatına sahip olmayan kişinin ise ihmali davranışta bulunarak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak katılmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Kanaatimizce neticenin meydana gelmesini önleme yükümlülüğü bulunmayan bir kişinin, garantör konumunda olan kişinin ihmali davranışına sessiz kalması ve herhangi bir müdahalede bulunmaması durumunda bu kişi "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak değil, "*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" suçunun faili olarak sorumlu tutulacaktır⁸⁴⁴.

İştirak konusunda incelemek istediğimiz son bir husus, suçun garantör sıfatına sahip birden fazla kişi tarafından işlendiği ancak asıl failin belirlenemediği hallerde nasıl bir yol izlenmesi gerekeceğidir. Örneğin iki yaşındaki çocuklarının kafasında oluşturulan yaralarla ölümüne neden olan anne ve babadan hangisinin fail olduğunun belirlenemediği bir olayda nasıl bir karar verilecektir? *Hakeri* bu durumda, anne ve babanın garantör sıfatına sahip

⁸⁴²Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.769.; Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.195; Ayrıca bkz. Taşkın; s.186.

⁸⁴³Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.194; Ayrıca bkz. Özgenç; İhmali Davranışla İştirak, s.6.

⁸⁴⁴Demirel; Yardım Etme Hareketleri, s.145.

olduğunu ve bu nedenle ihmali davranışlarının fail olarak sorumluluklarını doğuracağını yani diğer tarafın öldürmeye yönelik hareketine ihmali davranışla seyirci kalan eşin TCK md.83 kapsamında sorumlu tutulacağı yönünde bir tereddüt bulunmadığını bu bakımdan anne veya babanın TCK md. 81 kapsamında sorumlulukları ispatlanamadığı takdirde TCK md. 83'te öngörülen ceza indirimi de dikkate alındığında şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her ikisi için de TCK md. 83'ün uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir⁸⁴⁵. Ayrıca öldürme suçunun garantör konumunda olan kişi tarafından işlendiği ancak ölüm neticesinin icrai davranış nedeniyle meydana geldiğine ilişkin yeterli delil bulunmadığı durumlarda da failin TCK md.83 kapsamında sorumlu tutulması gerektiği görüşünderiz. Yargıtay da sanık hakkında kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan kurulan bir hükmü incelediği kararında, *"sanığın maktülü kasten yaraladığına ilişkin yeterli delil elde edilememiş ise de yatalak durumda olan bakıma muhtaç maktülenin olaydan bir hafta kadar önce merdivenden düşerek yaralanmasına rağmen maktülü hastaneye götürerek müdahale yaptırmadığı gibi bunu yapabilecek herhangi bir sosyal kuruluşa da başvurmamış, maktülün bu ihmal nedeniyle kaburga kırıkları ve akciğer yaralanmasına bağlı komplikasyonlar sonucu öldüğü anlaşılmalı; sanığın TCK'nun 83.maddesi yerine delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde TCK 87/4. maddesi ile cezalandırılmasını"* bozma nedeni olarak görmüştür⁸⁴⁶.

3.1.3.İçtima

TCK içtima bakımından *"kaç fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır"* şeklindeki genel kuralı benimsemiştir. *"Gerçek içtima"* olarak ifade edilen bu kurala göre, fail işlediği her bir suçtan dolayı ayrı ayrı cezalandırılacak ve hükmedilen her bir ceza bağımsızlığını koruyacaktır⁸⁴⁷. Bununla birlikte *"suçların içtimai"* bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

Suçların içtimai hallerinde fail, *"tek bir fiille birden fazla hukuki yararı veya farklı fiiller ile aynı hukuki yararı ihlal"* etmesine rağmen tek bir suçtan dolayı cezalandırılmaktadır⁸⁴⁸. Diğer bir ifadeyle, failin birden fazla suç işlediği için her bir suçtan

⁸⁴⁵ Hakeri; İştirak, s.109.

⁸⁴⁶ Yargıtay 1. CD.; E. 2011/4900, 2012/4943, T. 14.06.2012, (Yayınlanmamıştır).

⁸⁴⁷Koca, Mahmut; "Fikri İçtima", CHD, C.2, S.4, 2007, s.197.; Göktürk, Neslihan; "Türk Hukuku'nda Suçların İçtimai", Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, C.2, S.1-2, 2014, s.31.

⁸⁴⁸ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.551.

dolayı ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken faile yalnızca tek bir suçtan dolayı ceza verilen hallerde suçların içtimandan bahsedilmektedir⁸⁴⁹.

Gerçek içtima kuralının istisnalarını, TCK'nın "*suçların içtimai*" başlığı altında yer alan hükümler oluşturmaktadır. Suçların içtimai şekillerinden olan "*bileşik suç*" TCK'nın 42. maddesinde, "*zincirleme suç*" 43. maddesinde ve "*fikri içtima*" 44. maddesinde düzenlenmiştir. Suçların içtima ettiği durumlarda, kişinin işlemiş olduğu birden fazla suça ilişkin cezalar ayrı ayrı toplanmamakta, aksine çeşitli sebeplerden dolayı fail bu suçlardan yalnızca birinin cezası esas alınmak suretiyle tek ceza ile cezalandırılmaktadır⁸⁵⁰.

İhmali suçlar açısından özel bir içtima kuralı öngörülmemiştir. Bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan suç bakımından içtima konusunun genel hükümler çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir⁸⁵¹. Bu çerçevede ihmali suçlar bakımından içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Zira bir kimse bir suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda ihmali davranışta bulunarak aynı suçu işleyebilir veya tek bir ihmali davranışta bulunarak birden fazla suçun oluşmasına sebebiyet verebilir⁸⁵². Bu durumda ihmali davranışta bulunan kişinin sorumluluğunun ne şekilde belirleneceği önem arz etmektedir. Bu itibarla aşağıda "*suçların içtimai*" şekillerinin, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suç bakımından uygulanabilir olup olmadığı hususu ele alınacaktır.

3.1.3.1. Bileşik Suç

Bileşik suç TCK'nın 42. maddesinde, "*Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suç*" şeklinde tanımlanmıştır. Buna göre birden fazla suçun bir araya gelerek tek bir suç tipinde yer alması durumunda bileşik suçtan söz edilir⁸⁵³.

Bileşik suç iki şekilde gerçekleşmektedir. Bileşik suçun ilk şekli, kanunda bağımsız olarak düzenlenen iki ayrı suçun birleşerek yeni bir suç tipini meydana getirmesi ikinci şekli

⁸⁴⁹ Aksoy İpekçioğlu, Pervin; "Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç", AÜHFD, C.61, S.1, 2012, s.46.

⁸⁵⁰ Şan, Sedat; "Türk Ceza Hukukunda Fikri İçtima", Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.98, 2014, s.84.

⁸⁵¹ Gültaş/ Canbeldek; s.563.

⁸⁵² Taşkın; s.187.

⁸⁵³ Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.797.

ise bir suçun diğer bir suçun ağırlaştırıcı sebebinin oluşturmasıdır⁸⁵⁴. Bileşik suç düzenleyen norm, diğer normlarda düzenlenen suçlara bünyesinde unsur veya ağırlaştırıcı neden şeklinde yer vererek bu normları tüketmiş olmaktadır. Bunun neticesinde ortada tek bir suç kaldığı için gerçekte tek bir norm ihlal edilmekte ve tek bir ceza verilmektedir⁸⁵⁵. Nitekim TCK'nın 42. maddesinde de bileşik suç halinde ortada "*tek fiil sayılan suç*" bulunduğu belirtilmiştir. Bu nedenle bileşik suçun suçların içtimain değil, görünüşte içtimain bir türü olduğu ifade edilmektedir⁸⁵⁶.

Bileşik suçun varlığı için belirli bir suçun diğerinin unsuru veya nitelikli hali olduğu kanununda açıkça düzenlenmelidir⁸⁵⁷. Bu noktada TCK'nın 82. maddesinde düzenlenen nitelikli hallerin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu açısından da uygulanabileceği görüşünde olduğumuz için TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının h) ve i) bentlerinde düzenlenen nitelikli hallerde bileşik suç durumunun söz konusu olup olmayacağı hususunu incelemekte fayda vardır.

Bileşik suçun bu şeklinden bahsedebilmek için bir suçun diğerinin ağırlaştırıcı nedeni olduğunun kanununda açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle TCK'nın 82. maddesinin 1. fıkrasının h) ve i) bentlerinde düzenlenen nitelikli hallerde bileşik suç durumundan bahsedilemez⁸⁵⁸. Bu itibarla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun "*bir suçu gizlemek, delillerini ortadan kaldırmak veya işlenmesini kolaylaştırmak ya da yakalanmamak amacıyla*" veya "*bir suçu işleyememeden dolayı duyduğu infiale*" işlenmesi halinde fail araç ve amaç suçtan ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Örneğin bir kişinin 7 yaşındaki bir çocuğu şehrin dışındaki ormanlık alana götürüp cinsel yönden istismar ettikten sonra yakalanmamak amacıyla çocuğu ormanlık alanda bırakarak olay yerinden kaçtığı ve çocuğun açlık nedeniyle yaşamını yitirdiği olayda, gerçek içtima söz konusu olacak ve fail hem TCK md. 82/1-h) bendinden hem de TCK md.103'te düzenlenen "*çocukların cinsel istismarı*" suçundan sorumlu tutulacaktır.

⁸⁵⁴ Aksoy İpekçioğlu; Bileşik Suç, s.49-50.

⁸⁵⁵ Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Genel Hükümler, s.553.

⁸⁵⁶ Koca; Fikri İçtima, s.198.; Göktürk; Suçların İçtimai, s.41.

⁸⁵⁷ Aksoy İpekçioğlu; Bileşik Suç, s.56.

⁸⁵⁸ Aksoy İpekçioğlu; Bileşik Suç, s.56.

3.1.3.2.Zincirleme Suç

Zincirleme suç TCK'nın 43. maddesinin 1. fıkrasında, "*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza, dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç sayılır. Mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre birden fazla fiilin gerçekleştirildiği, fillerin her birinin aynı suçu oluşturduğu ve işlenen suçların mağdurunun aynı kişi olduğu hallerde zincirleme suç söz konusudur. Zincirleme suç halinde birden fazla fiil ve birden fazla suç bulunmasına rağmen faile tek ceza verilmekte ancak bu ceza ilgili fıkra da belirtilen oranda arttırılmaktadır⁸⁵⁹.

Zincirleme suç hükümlerinin ihmalî suçlar bakımından uygulanabilmesi teorik olarak mümkündür⁸⁶⁰. Nitekim bir kimsenin bir suç işleme kararı çerçevesinde değişik zamanlarda ihmalî davranışta bulunarak aynı kişiye karşı aynı ihmalî suçu birden fazla kez işlemesi mümkündür⁸⁶¹. Ancak bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında "*kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında bu madde hükümleri uygulanmaz*" şeklinde yer alan düzenleme gereğince "*kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi*" suçuna zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını ifade etmektedir. Bu görüşe göre, ilgili fıkra da yer alan "*kasten öldürme*" ifadesi ihmalî davranışla işlenen kasten öldürme suçunu da kapsamaktadır. Zira ihmalî davranışla işlenmiş olan kasten öldürme suçu da bir kasten öldürme suçudur⁸⁶². Bu nedenle "*kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi*" suçu zincirleme suç ve fikri içtima bakımından "*kasten öldürme*" suçundan bağımsız bir suç düzenlemesi olarak değerlendirilemez⁸⁶³.

⁸⁵⁹Göktürk; Suçların İçtimaı, s.42-43.

⁸⁶⁰İşten, İnanc; Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimaı, 1. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s.82.

⁸⁶¹Özen, Mustafa; Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç - Fikri İçtima - Bileşik Suç), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2008, s.255.; Akyürek; s.157.; Koçak Süren; s.290.

⁸⁶²Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76.; Özen; Özel Hükümler, s.182.; Yokuş Sevik; Özel Hükümler, s.144.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.172.; Türker; s.307.; Akbulut, Emre; s.218-219.

⁸⁶³Özen; Özel Hükümler, s.175.; Yargıtay da bir kararında, "*cinsel saldırı*" suçu ile "*çocukların cinsel istismarı*" suçunun aynı suç kapsamında bulunmasa da, her iki suçun konusunun aynı olarak kaldığını, ancak mağdurun yaşının büyümesi nedeniyle sanık hakkında uygulanacak madde hükmünün değiştiğini dikkate alarak bu suçları zincirleme suç kapsamında birbirinden bağımsız bir suç düzenlemesi olarak değerlendirmemiştir. Bkz. Yargıtay

Örneğin, bir anne sabah saat 08.00 sıralarında öldürme kastıyla çocuğunu ıssız bir yere bıraktıktan sonra sorumluluktan kurtulmak düşüncesiyle çocuğunun kaybolduğunu polis ekiplerine bildirir. Arama ve kurtarma faaliyetleri neticesinde akşam saat 21:00 sıralarında ölmek üzere olduğu sırada bulunan bebek, hastaneye kaldırılır ve tedavisi tamamlandıktan sonra anneye teslim edilir. Bu olaydan iki gün sonra anne yine öldürme kastıyla çocuğunu ıssız bir yere bırakır ve çocuk açlık nedeniyle yaşamını yitirir. Bu olayda "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun teşebbüse elverişli olduğunun kabul edilmesi durumunda anne bir suç işleme kararı kapsamında değişik zamanlarda çocuğuna karşı bu suçu birden fazla kez işlemiş olacak ancak TCK md.43/3 uyarınca iki ayrı "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık teşebbüs başlığı altında ifade ettiğimiz üzere bu suça teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı kanaatinde olduğumuz için annenin bu olayda "*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi*" suçu ve "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği görüşündeyiz.

3.1.3.3. Aynı Neviden Fikri İçtima

TCK'nın "*zincirleme suç*" başlıklı 43. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen aynı neviden fikri içtima, "*aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi*" şeklinde tanımlanmıştır. Aynı neviden fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için tek bir fiilin bulunması ve bu fiille birden fazla kişiye karşı aynı suçun işlenmesi gerekmektedir⁸⁶⁴. TCK'nın 43. maddesinin 2. fıkrasında aynı neviden fikri içtima halinde de zincirleme suç hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla bu durumda da fail tek bir suçtan dolayı cezalandırılacak ancak bu cezasında belirli bir oranda artırım uygulanacaktır⁸⁶⁵.

TCK'nın 43. maddenin 3. fıkrasında yer alan düzenleme, aynı neviden fikri içtima bakımından da geçerlidir. Buna göre "*kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma*" suçları aynı neviden fikri içtimanın de kapsamı dışında tutulmuştur⁸⁶⁶. Dolayısıyla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu tek fiille birden fazla kişiye karşı işlendiği takdirde aynı neviden fikri içtima hükmü uygulanmayacaktır. Bu durumda da gerçek içtima

14. CD.; E. 2016/3500, K. 2016/5564, T. 06.06.2016, (çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 08.10.2022).

⁸⁶⁴Özen, Mustafa; "Ceza Hukukunda Fikri İçtima", TBBD, C.20, S.73, 2007, s.140.

⁸⁶⁵Göktürk; Suçların İçtiması, s.52-53.; Şan; s.88.

⁸⁶⁶Koca; Fikri İçtima, s.217.

kuralı uygulanarak fail mağdur sayısınca ayrı ayrı cezalandırılacaktır. Örneğin bir sürücü trafikte araç kullanırken karşıdan karşıya geçmekte olan iki kişiye taksirle çarpar. Sürücü çarpmadan sonra iki kişinin de yerde yattığını görmesine rağmen korktuğu için olay yerinden kaçar ve herhangi bir müdahale yapılmayan yaralılar kan kaybı nedeniyle hayatlarını kaybeder. Bu olayda önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranış nedeniyle garantör olan sürücü, taksirle yaraladığı iki kişiyi olay yerinde bırakıp ambulans çağırması nedeniyle tek bir ihmali davranışıyla iki kişiye karşı "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunu işlemiştir. Ancak TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hüküm nedeniyle iki ayrı "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu olacaktır⁸⁶⁷. Yargıtay kararına konu olan bir olayda da Ceza İnfaz Kurumunun müşahede bölümünde bulunan bir tutuklu ve hükümlü kaldıkları odalardaki yataklarını yakmak suretiyle yangın çıkarmışlar ve yangın ortamında kalmaya bağlı olarak oksijensizlik ve zehirli gazların solunması sonucu ölmüşlerdir. Bu olayda yerel mahkeme, aynı neviden fikri içtima hükümlerini uygulamayarak "*...infaz koruma baş memuru olan sanığın eyleminin olası kasıtlı işlenmiş ihmali davranışla öldürme suçunu oluşturduğunu kabul ederek sanığın TCK'nın 81. maddesi delaletiyle 83/3, 21/2, 62 ve 53/1. maddeleri uyarınca iki kez 6 yıl 3 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına...*" karar vermiştir⁸⁶⁸.

İhmali suçlarda, ihmali davranışın sayısının tespiti ile ilgili de güçlükle karşılaşılmaktadır. Özellikle mağdur sayısının birden fazla olduğu durumlarda fiil sayısının tespiti problem teşkil etmektedir⁸⁶⁹. Doktrinde, garantör sıfatına sahip kişinin birden çok neticeyi engelleme yükümlülüğü bulunduğu durumlarda, tek bir icrai davranış ile bütün neticelerin gerçekleşmesini engelleyebilecek olması halinde tek bir ihmali davranışın, buna karşılık her bir neticenin meydana gelmesini ancak ayrı ayrı icrai davranış gerçekleştirilerek engelleyebilecek olması halinde ise birden çok ihmali davranışın bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁷⁰. Örneğin, bir baba yanan evde bulunan iki bebeğini pencereden aşağı atarak kurtarma imkanına sahip olduğu halde bebeklerin ölmesini istediği için bunu yapmamış ve

⁸⁶⁷ Palut; s.665.

⁸⁶⁸ Yargıtay CGK.; E. 2016/1-779, K. 2020/351, T. 07.07.2020, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/kullaniciGiris.jsf?dswid=3878#>, (Erişim Tarihi: 10.10.2022).

⁸⁶⁹ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.201.

⁸⁷⁰ Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.201.; Akbulut, Berrin; Genel Hükümler, s.865.; Görünüşte ihmali suçlarda ihmali davranış sayısının belirlenmesinde meydana gelen neticenin esas alınması gerektiği şeklindeki görüş için bkz. İçel; Suçların İçtima, s.69.

yalnızca kendisi pencereden atlayarak yangından kurtulmuştur⁸⁷¹. Bu gibi olaylarda ihmali davranışın sayısı belirlenirken esas alınması gereken hususun yapılması gereken icrai davranış olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla yapılması gereken davranış, çocuklardan her birinin ayrı ayrı aşağı atılması olduğu için olayda iki ayrı ihmali davranış bulunduğu kabul edilmeli ve gerçek içtima kuralları uygulanmalıdır⁸⁷².

3.1.3.4.Farklı Neviden Fikri İçtima

Farklı neviden fikri içtima TCK'nın 44. maddesinde, "*işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre farklı neviden fikri içtimanın söz konusu olabilmesi için bir fiilin birden çok farklı suçun oluşumuna neden olması gerekmektedir⁸⁷³. Bununla birlikte farklı neviden fikri içtimanın varlığı halinde failin cezai sorumluluğu yalnızca en ağır cezayı gerektiren suça göre belirlenecektir⁸⁷⁴.

Maddede ifade edilen "*farklı suç*" ile kastedilen, farklı suç tiplerini düzenleyen hükümlerdir⁸⁷⁵. "*Farklı suç*" kavramından ne anlaşılması gerektiği TCK'nın 44. maddesinin gerekçesinde de belirtilmiştir. Buna göre, "*bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir*". Bu suç tipleri aynı kanunda yer alabileceği gibi farklı kanunlarda da yer alabilir⁸⁷⁶.

TCK'nın 44. maddesinde farklı neviden fikri içtimanın kapsamı dışında tutulacak herhangi bir suça yer verilmemiştir. Bu nedenle failin tek bir ihmali davranışla birden çok farklı suç işlemesi halinde, bu suçlar arasında "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu da var ise farklı neviden fikri içtima hükümleri uygulanacak ve fail en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılacaktır⁸⁷⁷. Bu kapsamda "*kasten öldürmenin*

⁸⁷¹ Koçak Süren; s.290.

⁸⁷² Hakeri; Kasten Öldürme Suçları, s.201.; Ayrıca bkz. Gökcen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.269.

⁸⁷³ Göktürk; Suçların İçtiması, s.49.

⁸⁷⁴ Özen; Fikri İçtima, s.141-142.

⁸⁷⁵ Koca; Fikri İçtima, s.214.; Şan; s.87.

⁸⁷⁶ İçel; Suçların İçtiması, s.77.; Koca; Fikri İçtima , s.214.; Turan/ Otacı;Kasten İnsan Öldürme, s.543.

⁸⁷⁷ Özen; Suçların İçtiması, s.347.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76-77.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.172.; Bir davranışın aynı zamanda hem icrai hem de ihmali nitelikte olamayacağını

ihmali davranışla işlenmesi" suçu ile benzer nitelikteki TCK'nın 97. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen terk suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali, TCK'nın 98. maddesinde düzenlenen yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu ve TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunun ihmali davranışla işlenmesi hali arasındaki ilişkinin incelenmesinde fayda vardır.

3.1.3.4.1.Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi Suçu ile Benzer Nitelikteki Suçlar Arasındaki İçtima İlişkisi

"Terk" suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali TCK'nın 97. maddesinin 2. fıkrasında, "terk dolayısıyla mağdur bir hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüşse, neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine göre cezaya hükmolunur" şeklinde düzenlenmiştir. TCK'nın 97. maddesinin 1. fıkrasına göre terk suçunun faili, mağdur üzerinde "koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan" kişi olabilir. Bu yükümlülük ise kanundan, sözleşmeden, fiili bir durumdan, doğal bağıllık ilişkisinden veya bir mahkeme kararından kaynaklanabilir⁸⁷⁸. Yani "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunda olduğu gibi terk suçunda da fail yönünden özgü bir durum söz konusudur⁸⁷⁹. Bununla birlikte doktrinde ağırlıklı görüşe göre, terk suçunun fiil unsurunu oluşturan "kendi haline terk etmek" davranışı icrai veya ihmali davranışla gerçekleştirilebilir⁸⁸⁰. Bu benzerlikler dolayısıyla ihmali davranışla gerçekleştirilen terk sonucu mağdurun ölmesi durumunda aynı zamanda TCK'nın 83. maddesinde yer alan "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçu da gündeme geleceği için bu iki suç arasındaki⁸⁸¹ farklı neviden fikri içtima ilişkisine değinmek gerekir. .

ve bu nedenle ihmali suçlar ile icrai suçlar arasında fikri içtima ilişkisinin bulunamayacağı şeklindeki görüş için bkz. İçel; Suçların İçtimaı, s.70.; Ayrıca bkz. Koca; Fikri İçtima, s.213.

⁸⁷⁸ Tezcan/ Erdem/ Önok; s.343.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.295.; Yenerer Çakmut, Özlem; "Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m.97)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.65, S.2, 2007, s.58.; Önok, Murat Rıfat; "TCK'da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 2012, s.33.; Memiş Kartal, Pınar; "Türk Ceza Kanunu'nda Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Biçimlerinden Terk Suçu: TCK.m:97", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.11, S.1, 2012, s.199.

⁸⁷⁹ Memiş Kartal, s.200.; Önok; Koruma, s.33.

⁸⁸⁰ Yenerer Çakmut; Terk Suçu s.63.; Önok; Koruma, s.36.; Meran; s.214.; Hafizoğulları/ Özen; s.132.; Soyaslan; Özel Hükümler, s.226.; Koca/ Üzülmez; Özel Hükümler, s.151.; Terk fiilinin ihmali davranışla işlenemeyeceği yönündeki görüş için bkz. Özbek; İzmir Şerhi, s.568.

⁸⁸¹ Terk suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış halinin TCK md.83'e göre özel düzenleme niteliğinde olduğunu ifade eden görüş için bkz. Gökçen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.11.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, terk suçunda koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin kastı mağduru yaralamaya veya öldürmeye yönelik değil, sadece terk etmeye yöneliktir⁸⁸². Bu nedenle terk fiilini gerçekleştiren failde mağduru öldürmek veya yaralamak kastı bulunmamasına rağmen terk neticesinde mağdur yaralanmış veya ölmüş ise terk suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali uygulanabilecektir⁸⁸³. Terk fiilini gerçekleştiren failin ağır neticeye yönelik kastının bulunduğu durumlarda ise fail terk suçundan değil işlemeyi kastettiği suçtan cezalandırılacaktır⁸⁸⁴. Bu itibarla garantör sıfatına sahip kişinin terk fiilini öldürme kastıyla gerçekleştirmesi durumunda TCK md.97/2 kapsamında değil, TCK md. 83 kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir. Buna karşılık failin ölüm neticesi bakımından taksirle hareket ettiği durumlarda ise TCK md.97/2 kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir⁸⁸⁵.

Sonuç olarak, terk suçunun ölüm şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşmış hali failin taksirinin bulunduğu hallerle sınırlı olarak uygulanabileceği için bu suç ile "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu arasında farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması söz konusu değildir⁸⁸⁶.

"Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi" suçu TCK'nın 98. maddesinde, "(1) Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür" şeklinde düzenlenmiştir.

TCK md. 98/2' de düzenlenen "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" suçunun netice sebebiyle ağırlaşmış hali de "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu ile benzerlik göstermektedir. İki suçu birbirinden ayıran temel

⁸⁸²Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.939.; Meran; s.216.

⁸⁸³ Yenerer Çakmut; Terk Suçu, s.65.

⁸⁸⁴Yenerer Çakmut, Terk Suçu, s.65.; Önok; Koruma, s.41.; Demir, s.61.; Meran; s.216.

⁸⁸⁵Memiş Kartal; s.205.; Özgenç; İhmali Suç Teorisi, s.339.; Yurtlu; İhmali Suçlar, s.159.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.176.

⁸⁸⁶ Erbaş; İcrai veya İhmali, s.441.; İştin; s.241.

husus failin özel bir yükümlülük taşıyıp taşımadığıdır⁸⁸⁷. "*Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" suçunun faili herkes olabilir. Bu suçun faili sıradan bir kişi olup bu kişinin yalnızca genel önleme yükümlülüğü bulunmaktadır⁸⁸⁸. Dolayısıyla failin mağdur üzerinde garantörlük derecesinde bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşılık "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili herhangi bir kişi olmayıp, ancak yükümlü olduğu belirli bir icrai davranışı gerçekleştirilmeyen kişi olabilir. Bu itibarla yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle mağdurun ölmesi durumunda fail aynı zamanda neticenin meydana gelmesini önleme hususunda hukuki bir yükümlülüğe sahip ise TCK md. 83 kapsamında sorumlu tutulacak, buna karşılık fail bu yönde bir yükümlülüğe sahip değil ise TCK md. 98/2 kapsamında sorumlu tutulacaktır⁸⁸⁹. Örneğin ıssız bir yerde aracıyla giderken dikkatsizliği neticesinde bir kişiye çarpıp daha sonra yaralıya herhangi bir müdahalede bulunmadan olay yerinden kaçan sürücü, önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranış nedeniyle garantör konumuna geldiği için meydana gelen ölüm neticesinden TCK md. 83 kapsamında sorumlu tutulacaktır. Bu olayda artık failin TCK md.98 çerçevesinde cezalandırılması yoluna gidilmeyecektir⁸⁹⁰. Nitekim Yargıtay'a göre de "*...kasti veya taksirli hareketi ile mağdurun yardıma muhtaç hale gelmesine neden olan kişi, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun faili olamaz. Failin, kendi davranışı ile yardıma muhtaç hale gelen mağdura yardım etmesi ya da durumu ilgili makamlara bildirmesi gerekir ise de, aksi davranışta bulunması halinde yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu oluşmaz. Bu durumda fail sadece kasten ya da taksirle işlediği suçtan veya koşulları oluştuğu takdirde TCK'nun 83. maddesindeki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da TCK'nun 88. maddesindeki kasten yaralamanın*"

⁸⁸⁷Önok; Koruma, s.48; Gökcen/ Balcı; Kasten Öldürme ve Yaralama, s.12.

⁸⁸⁸Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.299.; Akbulut, Emre; s.197-198.

⁸⁸⁹ Artuk, Mehmet Emin/ Alşahin, Mehmet Emin; "Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98)", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.18, S.1, 2012, s.10.; Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.177.; Önok; Koruma, s.49.; Gökcen/ Balcı; Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, s.244.; Meran; s.221.; Bu durumda failin fikri içtima hükümleri gereğince daha ağır cezayı içeren TCK md.83'e göre cezalandırılacağını belirten görüş için bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.172.; Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.76-77; Akbulut, Emre; s.218.; Türker; s.308.; Bu durumda yardımcı normun sonralığı ilkesi uygulanarak failin ayrıca TCK md. 98 kapsamında sorumlu tutulamayacağını ifade eden görüş için bkz. Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.144.; Taşkın; s.186-187.

⁸⁹⁰Artuk/ Alşahin; Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu, s.29.; Benzer örnek için bkz. Önok; Koruma, s.49.

*ihmali davranışla işlenmesi suçlarından sorumlu olur*⁸⁹¹. Bu açıdan bakıldığında "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" suçu, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna göre genel norm niteliği taşımaktadır⁸⁹².

Sonuç olarak, "*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*" suçu ile "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu arasında özel- genel norm şeklinde görünüşte içtima ilişkisi mevcut olduğu için bu iki suç arasında farklı neviden fikri içtima durumu söz konusu olamaz⁸⁹³.

"*Görevi kötüye kullanma*" suçunun ihmali davranışla işlenmesi hali TCK'nın 257. maddesinin 2. fıkrasında, "*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suçun ihmali davranışla gerçekleştirilen şeklinde "*kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında*" ibaresine yer verildiği için bu suç tipi yardımcı norm niteliği taşımaktadır⁸⁹⁴. Dolayısıyla öldürme kastı ile görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme gösterdiği için ölüm neticesinin meydana gelmesine neden olan kamu görevlisi, "*görevi ihmal suçu*" tali norm niteliği taşıdığından yalnızca asli norm niteliğindeki "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan sorumlu tutulacaktır⁸⁹⁵. Örneğin, bir polisin تنها bir yerde bir kişinin bıçaklandığını görmesine rağmen herhangi bir müdahalede bulunmadığı ve bu nedenle ölüm neticesinin meydana geldiği olayda, polisin cezai sorumluluğunun TCK'nın 83. maddesi kapsamında ele alınması gerekmektedir. Çünkü tali norm niteliğine sahip olan görevi ihmal suçunun, yalnızca asli bir normun uygulanma imkanının bulunmadığı durumlarda uygulanması gerekmektedir⁸⁹⁶.

⁸⁹¹ Yargıtay CGK.; E. 2014/252, K. 2017/5, T. 17.01.2017, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-9300#>, (Erişim Tarihi: 13.10.2022).

⁸⁹² Akyürek; s.157.; Önok; Koruma, s.57-58.

⁸⁹³ Özen; Özel Hükümler, s.182.

⁸⁹⁴ Üzülmöz, İlhan; "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257)", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.1, 2012, s. 212.; Yokuş Sevik, Handan; "Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257)", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.23, S.39, 2018, s.259-260.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Özel Hükümler, s.1122.; Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.1127.

⁸⁹⁵ Yokuş Sevik; Görevi Kötüye Kullanma Suçu, 303-304.; Akbulut, Emre; s.198-199.

⁸⁹⁶ Üzülmöz; Görevi Kötüye Kullanma Suçu, s.212-213.

Sonuç olarak, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu ile "*görevi kötüye kullanma*" suçunun ihmali davranışla işlenmesi hali arasında asli-tali norm şeklinde görünüşte içtima ilişkisi mevcut olduğu için aralarında farklı neviden fikri içtima ilişkisinin bulunması mümkün değildir⁸⁹⁷.

3.2. Muhakeme Usulü, Dava Zamaşıımı ve Yaptırım

3.2.1. Muhakeme Usulü

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun soruşturma ve kovuşturma usulü kasten öldürme suçundan farklılık arz etmemektedir. Bu itibarla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu resen soruşturulur ve kovuşturulur. Suçun takibi herhangi bir muhakeme şartına bağlı değildir⁸⁹⁸.

26/09/2004 tarih ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunu yargılamakla görevli mahkeme ağır ceza mahkemesidir⁸⁹⁹. Davaya bakmakla yetkili mahkeme ise Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi uyarınca suçun işlendiği yani ölüm neticesinin meydana geldiği yer mahkemesidir.

3.2.2. Dava Zamaşıımı

Suçun işlenmesinden sonra kanun koyucunun belirlediği sürelerin geçmesiyle işlenen suçun soruşturulmasına ve kovuşturulmasına engel olan kuruma dava zamaşıımı denilmektedir⁹⁰⁰. Kanun koyucu aksini belirtmediği sürece bütün suçlar için geçerli olan dava

⁸⁹⁷ Bu durumda failin fikri içtima hükümleri gereğince daha ağır cezayı içeren TCK md.83'e göre cezalandırılacağını belirten görüş için bkz. Üzülmöz; Görevi Kötüye Kullanma Suçu, s.213-214.; Ayrıca bkz. Akbulut, Emre; s.218.

⁸⁹⁸ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.79.

⁸⁹⁹ Madde 12: "*Kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller saklı kalmak üzere, Türk Ceza Kanununda yer alan yağma (m. 148), irtikâp (m. 250/1 ve 2), resmî belgede sahtecilik (m. 204/2), nitelikli dolandırıcılık (m. 158), hileli iflâs (m. 161) suçları, Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısımının Dört, Beş, Altı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar (318, 319, 324, 325 ve 332 nci maddeler hariç) ve 12/4/1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun kapsamına giren suçlar dolayısıyla açılan davalar ile ağırlaştırılmış müebbet hapis, müebbet hapis ve on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçlarla ilgili dava ve işlere bakmakla ağır ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi ve Yargıtayın yargılayacağı kişilere ilişkin hükümler, askeri mahkemelerin görevlerine ilişkin hükümler ile çocuklara özgü kovuşturma hükümleri saklıdır*".

⁹⁰⁰ Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.742.; Akbulut, Berrin; "Dava Zamaşıımı Sürelerinin Başlaması", EÜHFD, C.8, S.2, 2013, s.149.

zamanaşımı TCK'nın 66. maddesinde⁹⁰¹ düzenlenmiştir. Dava zamanaşımı aksine hüküm bulunmadığı müddetçe bütün suçlar için uygulanacağı için TCK'nın zamanaşımına ilişkin düzenlemesi hem icrai suçları hem de ihmali suçları kapsamaktadır⁹⁰².

Centel/ Zafer/ Çakmut, "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunda kasten öldürmenin nitelikli hallerine ilişkin TCK md. 82'ye yapılan yollama bakımından dava zamanaşımı süresinin suçun işlendiği tarihten itibaren TCK md. 66/1-c uyarınca yirmi yıl olduğunu ve dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması durumunda bu sürenin TCK md.67/4⁹⁰³ uyarınca en fazla otuz yıl olabileceğini, bununla birlikte bu suçun kasten öldürmeye ilişkin TCK md. 81'e yapılan yollama bakımından dava zamanaşımı süresinin suçun işlendiği tarihten itibaren TCK md. 66/1-d uyarınca on beş yıl olduğunu ve dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması durumunda bu sürenin TCK md.67/4 uyarınca en fazla yirmi iki yıl altı ay olabileceğini belirtmektedir⁹⁰⁴. Buna göre yazar, *"kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi"* suçunda dava zamanaşımı sürelerini belirlerken TCK md. 82'ye yapılan yollama bakımından TCK md. 83/3' te yer alan *"yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar"* hapis cezasını, TCK md. 81'e yapılan yollama bakımından ise *"onbeş yıldan yirmi yıla kadar"* hapis cezasını dikkate almıştır.

Kanaatimizce bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir. Çünkü TCK'nın 66. maddesinin 4. fıkrasındaki *"yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun*

⁹⁰¹Madde 66: *"(1) Kanunda başka türlü yazılmış olan haller dışında kamu davası; a) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda otuz yıl, b) Müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmibeş yıl, c) Yirmi yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıl, d) Beş yıldan fazla ve yirmi yıldan az hapis cezasını gerektiren suçlarda onbeş yıl, e) Beş yıldan fazla olmamak üzere hapis veya adli para cezasını gerektiren suçlarda sekiz yıl, Geçmesiyle düşer. (2) Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer. (3) Dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de göz önünde bulundurulur. (4) Yukarıdaki fıkralarda yer alan sürelerin belirlenmesinde suçun kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır. (5) (Değişik: 29/6/2005 – 5377/8 md.) Aynı fiilden dolayı tekrar yargulamayı gerektiren hallerde, mahkemece bu husustaki talebin kabul edildiği tarihten itibaren fiile ilişkin zamanaşımı süresi yeni baştan işlemeye başlar. (6) Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kişiler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar. (7) Bu Kanunun İkinci Kitabının Dördüncü Kısımında yazılı ağırlaştırılmış müebbet veya müebbet veya on yıldan fazla hapis cezalarını gerektiren suçların yurt dışında işlenmesi halinde dava zamanaşımı uygulanmaz".*

⁹⁰²Artuk/ Gökcen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.1082.

⁹⁰³Madde 67/4: *"Kesilme halinde, zamanaşımı süresi ilgili suça ilişkin olarak Kanunda belirlenen sürenin en fazla yarısına kadar uzar".*

⁹⁰⁴Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.78.

kanunda yer alan cezasının yukarı sınırı göz önünde bulundurulur; seçimlik cezaları gerektiren suçlarda zamanaşımı bakımından hapis cezası esas alınır" şeklindeki düzenlemeden anlaşılacağı üzere kanun koyucu dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde kural olarak "soyut ceza sistemini" benimsemiştir⁹⁰⁵. TCK'nın 83. maddesi, temel cezasını TCK'nın 81. veya 82. maddesinden alan ancak hakime bu cezaların indirilmesi hususunda takdir yetkisi tanıyan bir maddedir. Yani hakim somut olayın özelliğine göre cezada indirim de yapmayabilir. Bu itibarla dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde suç için kanunda öngörülen cezanın üst sınırı dikkate alınacağı için "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunda temel cezanın belirlenmesinde kasten öldürme suçunun nitelikli hali için öngörülen cezanın esas alınacağı durumlarda, "ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası" göz önünde bulundurularak dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren TCK md. 66/1-a uyarınca otuz yıl olacak ve dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması durumunda bu süre TCK md.67/4 uyarınca en fazla kırk beş yıl olabilecek, bununla birlikte bu suçun temel cezasının belirlenmesinde kasten öldürme suçunun basit hali için öngörülen cezanın esas alınacağı durumlarda ise "müebbet hapis cezası" göz önünde bulundurularak dava zamanaşımı süresi suçun işlendiği tarihten itibaren TCK md. 66/1-b uyarınca yirmi beş yıl olacak ve dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması durumunda bu süre TCK md.67/4 uyarınca en fazla otuz yedi yıl altı ay olabilecektir.

Centel/ Zafer/ Çakmut, cezanın 10 ila 15 yıl arasında belirlenebileceği "diğer hallerde" ise dava zamanaşımı süresinin suçun işlendiği tarihten itibaren TCK md. 66/1-d uyarınca on beş yıl olduğunu ve dava zamanaşımını kesen nedenlerin bulunması durumunda bu sürenin TCK md.67/4 uyarınca en fazla yirmi iki yıl altı ay olabileceğini belirtmektedir⁹⁰⁶. Kanaatimizce bu görüş de katılmak mümkün değildir. TCK md.83/3' teki "diğer hallerden" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirsiz olmakla birlikte "diğer haller" ifadesiyle "kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçuna yardım eden olarak katılan kişilere verilecek cezanın tespitine ilişkin bir ölçüt getirildiğini ifade eden yazarın, bu durumda "cezanın 10 ila 15 yıl arasında belirlenebileceği" göz önünde bulundurularak dava zamanaşımı süresini belirlemesi kendi içerisinde çelişkiler barındırmaktadır. Çünkü TCK'nın 66. maddesinin 3. fıkrasına göre "dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde dosyadaki mevcut deliller itibarıyla suçun daha ağır cezayı gerektiren nitelikli halleri de" göz önünde bulundurulacak

⁹⁰⁵Özgenç; Genel Hükümler, s.1036.; Akbulut, Berrin; Dava Zamanaşımı, s.158.

⁹⁰⁶Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.78-79.

ve işlenen suçla ilgili verilmesi mümkün olan en yüksek ceza miktarı esas alınacaktır⁹⁰⁷. Dolayısıyla dava zamanaşımı sürelerinin belirlenmesinde yardım etme, failin olası kastla hareket etmesi, haksız tahrik, yaş küçüklüğü, suçun teşebbüs aşamasında kalması gibi cezada indirim yapılmasını gerektiren hususlar dikkate alınmayacaktır⁹⁰⁸. Bu nedenle "*diğer haller*" ifadesinin, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak katılan kişilere verilecek cezanın tespitine ilişkin bir ölçüt getirdiği veya "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun olası kastla işlenmesi durumunu kapsadığı kabul edilse dahi bu hususlar dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde dikkate alınamaz. Ayrıca TCK md. 83/3'teki "*...diğer hallerde cezada indirim de yapılmayabilir*" düzenlemesi de göz önünde bulundurulduğunda, cezanın 10 ila 15 yıl arasında belirlenebileceği "*diğer hallerde*" de dava zamanaşımı süresinin yukarıda belirttiğimiz şekilde belirlenmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu failin çocuk olması durumunda ayrı zamanaşımı süreleri belirlemiştir⁹⁰⁹. TCK'nın 66. maddesinin 2. fıkrasına göre "*Fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış olanlar hakkında, bu sürelerin yarısının; onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış olan kişiler hakkında ise, üçte ikisinin geçmesiyle kamu davası düşer*". Bu itibarla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun faili "*fiili işlediği sırada oniki yaşını doldurmuş olup da onbeş yaşını doldurmamış*" ise yukarıda belirttiğimiz sürelerin yarısının geçmesiyle, "*onbeş yaşını doldurmuş olup da onsekiz yaşını doldurmamış*" ise bu sürelerin üçte ikisinin geçmesiyle dava zamanaşımı süresi dolacaktır.

TCK'da dava zamanaşımı sürelerinin ne zaman işlemeye başlayacağı çeşitli ihtimaller göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir⁹¹⁰. Doktrinde kasten işlenen neticeli suçlarda zamanaşımı süresinin neticenin meydana geldiği andan itibaren başlayacağı ifade

⁹⁰⁷Özgenç; Genel Hükümler, s.1037.; Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.1078.; Meran, Necati; "Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı", Terazi Hukuk Dergisi, C.10, S.112, 2015, s.68.

⁹⁰⁸Özgenç; Genel Hükümler, s.1037.; Koca/ Üzülmöz; Genel Hükümler, s.749-750.; Akbulut, Berrin; Dava Zamanaşımı, s.159-160.

⁹⁰⁹Akbulut, Berrin; Dava Zamanaşımı, s.156.; Meran; Dava Zamanaşımı, s.66.

⁹¹⁰Madde 66/6: "*Zamanaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs halinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar*".

edilmektedir⁹¹¹. "*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu da neticeli suç grubunda olduğu için bu suç açısından zamanaşımı süresi ölüm neticesinin meydana geldiği günden itibaren başlayacaktır⁹¹². Örneğin, bir annenin çocuğunu aç bırakarak ölümüne sebebiyet verdiği olayda dava zamanaşımı süresi çocuğun aç bırakılmasından değil, yaşamını yitirmesinden itibaren işlemeye başlayacaktır⁹¹³.

3.2.3.Yaptırım

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun yaptırımı TCK'nın 83. maddesinin üçüncü fıkrasında "*belli bir yükümlülüğün ihmali ile ölüme neden olan kişi hakkında, temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda temel ceza, kasten öldürme suçunun basit ve nitelikli hali için öngörülen cezalar esas alınarak belirlenmektedir⁹¹⁴.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu, ceza yaptırımı yönünden kasten öldürme suçunu düzenleyen TCK'nın 81. maddesine ve kasten öldürme suçunun nitelikli hallerini düzenleyen TCK'nın 82. maddesine yollama yaptığı için bağımsız bir ceza içermemektedir⁹¹⁵. "*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun cezasının, "*kasten öldürme*" suçunun cezasından farkı hakime cezanın indirilmesi hususunda takdir yetkisi tanınmasıdır. Bununla birlikte hakim somut olayın özelliğine göre cezada indirim de yapmayabilir⁹¹⁶. Diğer bir ifadeyle TCK'nın 83. maddesi, temel cezasını TCK'nın 81. veya 82. maddesinden alan ancak hakime bu cezaların indirilmesi hususunda takdir yetkisi tanıyan bir maddedir. Örneğin "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun mağdurunun TCK'nın 82. maddesinin d) bendinde yer alan kişilerden biri olması durumunda temel ceza

⁹¹¹ Koca/ Üzülmez; Genel Hükümler, s.750.; Meran; Dava Zamanaşımı, s.67.; Akbulut, Berrin; Dava Zamanaşımı, s.168.

⁹¹² Artuk/ Gökçen/ Alşahin/ Çakır; Genel Hükümler, s.1082.

⁹¹³ Akbulut, Berrin; Dava Zamanaşımı, s.174.

⁹¹⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.77.; Gültaş/ Canbeldek; s.563.; Koçak Süren; s.291.

⁹¹⁵ Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme, s.943.; Gültaş/ Canbeldek; s.561.; Meran; s.71.

⁹¹⁶ Özbek/ Bacaksız/ Doğan; Özel Hükümler, s.172.; Meran; s.71.; "...cezada indirim de yapılmayabilir" hükmünün, hakim takdir yetkisini kullanmasına imkan verecek bir kritere yer vermedi ve bu nedenle cezanın indirilmesinin hakim takdirine değil keyfine bırakıldığı şeklindeki görüş için bkz. Hafizoğulları/ Özen; s.45.

TCK'nın 83. maddesinin yollaması ile TCK'nın 82. maddesine göre ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası olarak belirlenecek ve bu temel ceza üzerinden takdire bağlı olarak TCK'nın 83/3. maddesi uyarınca ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi ile yıldan yirmibeş yıl arasında bir ceza belirlenecek veya temel cezadan herhangi bir indirim yapılmayacaktır⁹¹⁷.

Bir suçun icrai bir davranışla işlenmesi ile ihmali bir davranışla işlenmesi arasında fiilin haksızlığı ve kusur yoğunluğu hususlarında fark bulunmaktadır⁹¹⁸. Örneğin çocuğunu suda boğarak öldüren bir annenin icrai davranışı ile boğulmakta olan çocuğunu kurtarmayan bir annenin ihmali davranışının bir tutulamayacağı ifade edilmektedir⁹¹⁹. Doktrinde de ihmali davranıştaki fiilin haksızlığı ve kusur yoğunluğunun icrai davranışa göre daha az olduğu ve bu nedenle ihmali davranışla işlenen suçların cezasının icrai davranışla işlenen suçlara nazaran daha az olması gerektiği belirtilmektedir⁹²⁰.

Bu çerçevede TCK'nın 83. maddesi, ihmali davranışla kasten öldürme suçunu işleyen faile, icrai davranışla öldürme suçunu işleyen faile göre daha az ceza verilmesi prensibiyle düzenlenmiş olsa da kanun koyucunun hakime ceza indirimi hususunda takdir yetkisi tanımış olması isabetlidir⁹²¹. Zira bazı durumlarda ihmali davranışın haksızlık içeriği ve kusur yoğunluğu icrai davranışa eşdeğer olabilir. İşte bu nitelikteki bir olayda hakimin cezada indirim yapması isabetli olmayacaktır⁹²².

Bu noktada özellikle belirtmek gerekir ki TCK'nın 62. maddesinin 2. fıkrasında takdiri indirim nedenleri olarak göz önünde bulundurulabileceği ifade edilen "*failin geçmişi, sosyal ilişkileri, filden sonraki ve yargılama sürecindeki pişmanlığını gösteren davranışları veya cezanın failin geleceği üzerindeki olası etkileri*" TCK'nın 83/3. maddesinde öngörülen ceza

⁹¹⁷Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme Suçları, s.943.

⁹¹⁸Taşkın; s.188.

⁹¹⁹Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.209.

⁹²⁰Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.209.; Gültaş/ Canbeldek; s.563.; Aksi yönde görüş için bkz. Özen; Genel Hükümler, s.243.

⁹²¹Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.210.; Kanbur; Değerlendirmeler, s.57.; Buna karşılık kasten adam öldürmenin ihmali davranışa işlenmesinin icrai davranışla işlenmesine kıyasla kamu düzenini daha az bozmayacağını ve bu nedenle cezanın indirimi hususunda hakime takdir yetkisi tanınmasının isabetli olmadığını belirten görüş için bkz. Koçak Süren; s.293.; Ayrıca bkz. Hafizoğulları/ Özen; s.43-44.; Başka bir görüş de ihmali davranışla işlenen öldürme suçunun cezasında icrai davranışla işlenen öldürme suçuna nazaran indirim gidilmesinin kanunda öngörülen eşdeğerlik koşulu ile çeliştiğini belirtmiştir. Bkz. Akbulut, Emre; s.219.; Ceza indirimi hususunda takdir yetkisinin kusur yoğunluğunun azlığından değil fiilin haksızlık içeriğinin azlığından kaynaklandığını belirten görüş için ayrıca bkz. Özbek/ Doğan/ Bacaksız; Özel Hükümler, s.178.

⁹²²Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.210.; Avcı/ Yerdelen; s.185.

indiriminin uygulanması bakımından göz önünde bulundurulamaz⁹²³. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TCK'nın 83/3. maddesinde öngörülen ceza indirimi hususundaki takdir yetkisi, failin gerçekleştirdiği ihmalî davranışın haksızlık içeriği ve kusur yoğunluğunu değerlendirerek kullanılmalıdır. Nitekim Yargıtay da bir kararında, "...sanık hakkında temel ceza uygulandıktan sonra 20 yıl ile 25 yıl arasında hapis cezası öngören 5237 sayılı TCK'nın 83/3. maddesi ile yapılan uygulama sırasında, kastının yoğunluğu ve ihmalî davranışının ağırlığına göre üst sınırdan cezaya hükmedilmesi..." gerektiğini belirtmiştir⁹²⁴.

TCK'nın 83. maddesinin 3. fıkrasında, "*diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği*" düzenlenmiştir. Ancak gerek madde metninde gerekse madde gerekçesinde "*diğer hallerin*" hangi durumlara ilişkin olduğundan bahsedilmemiştir⁹²⁵. Bu nedenle düzenlemede yer olan "*diğer hallerde*" ibaresinden ne anlaşılması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Öğretide bir görüş, "*diğer haller*" ifadesine TCK'nın 29, 32/2, 35/2, 38/3 ve 39/1. maddelerinde de yer verildiğini ve bu maddelerdeki "*diğer haller*" ifadesinin süreli hapis cezalarındaki indirimlere özgülendiğini belirtmiştir. Bu görüşe göre, kanun koyucunun "*diğer haller*" ibaresine aynı anlam bütünlüğü içinde TCK'da yer verdiği kabul edilir ise TCK'nın 83/3. maddesindeki "*diğer haller*" ibaresi, öldürme suçuna karşılık olarak süreli hapis cezasının öngörüldüğü bir suç tipinin ihmalî davranışla işlenmesi durumunda uygulama alanı bulabilecektir⁹²⁶. Bir diğer görüşe göre, "*diğer haller*" ifadesiyle "*kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi*" suçuna yardım eden olarak katılan kişilere verilecek cezanın tespitine ilişkin bir ölçüt getirilmiştir. Diğer bir ifadeyle "*diğer haller*" suçta yardım eden olarak katılan kişiler hakkında uygulanacaktır⁹²⁷. Bu görüş, kasten öldürme (TCK md.81) suçuna yardım eden olarak katılan kişiye TCK'nın 39. maddesine göre on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilmesini düzenleyen kanun koyucunun, "*kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesi*" suçunun failinin cezasını kasten öldürme suçuna

⁹²³Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.210.

⁹²⁴ Yargıtay 1. CD.; E. 2021/6649, K. 2021/14274, T. 22.11.2021, (çevrimiçi) <https://www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-5930#>, (Erişim Tarihi: 20.10.2022).

⁹²⁵ Meran; s.72.; Yokuş Sevük; Özel Hükümler, s.145.

⁹²⁶Yazar, TCK'nın 87. maddesinde düzenlenen suçun ihmalî davranışla işlenebileceğinin kabul edilmesi halinde TCK'nın 83/3. maddesindeki "*diğer hallerde*" ibaresinin TCK'nın 87/4. maddesinde uygulama alanı bulabileceğini ifade etmiştir. Yazara göre, 87/4. maddesinde "*kasten yaralama sonucunda ölüm meydana gelme*" durumunda ceza süreli hapis cezası olarak düzenlendiği için TCK'nın 83/3. maddesindeki "*diğer hallerde*" ibaresi yalnızca bu durum için uygulama alanı bulabilecektir. bkz. Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme Suçları, s.944.

⁹²⁷Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.78.; Meran; s.72.; Ayrıca bkz. Koçak Süren; s.292.

göre daha aşağı çekerken, bu suça yardım eden olarak katılan kişiye de on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası vererek yardım eden olarak katılan kişiler açısından aynı cezaları benimsemesinin beklenemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir⁹²⁸. Bir başka görüşe göre ise TCK'nın 83/3. maddesindeki "*diğer haller*" ifadesi, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun olası kastla işlenmesi durumunu kapsamaktadır⁹²⁹. Bu görüşü savunan Hakeri, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun olası kastla işlenmesi halinde TCK'nın 83/3. maddesinde yer alan "*diğer haller*" ifadesi nedeniyle failin cezasında indirim yapılarak 10 ila 15 yıl arasında belirlenebileceğini daha sonra ayrıca TCK md. 21/2 uyarınca indirim yapılması gerektiğini belirtmiştir⁹³⁰. Buna karşılık bir yazar ise, TCK'nın 83/3. maddesinde yer alan "*cezada indirim de yapılmayabilir*" ifadesinin olası kastla gerçekleştirilen ihmali davranış açısından geçerli olmayacağını aksi durumda icrai davranışla işlenen kasten öldürme suçunda zorunlu olarak uygulanan olası kast indiriminin haksızlık içeriği daha az olan "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu bakımından uygulanmama ihtimali bulunacağını ve bu nedenle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun olası kastla işlenmesi halinde cezanın doğrudan TCK md. 83/3 uyarınca 10 ila 15 yıl arasında belirlenmesi gerektiğini ve ayrıca TCK md. 21/2⁹³¹ uyarınca indirim yapılamayacağını belirtmektedir⁹³².

Kanaatimizce, "*kasten öldürme*" suçunun cezasının ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası olduğu ve ayrıca bu suç için başka bir ceza öngörülmediği hususu dikkate alındığında "*diğer haller*" ifadesinin, suçun yaptırımı bakımından uygulanma imkanı bulunmamaktadır.

⁹²⁸Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme Suçları, s.945.

⁹²⁹Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.210.

⁹³⁰Hakeri; Kasten Öldürme Suçları; s.210.; Aynı görüş için bkz. Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.78.; Ayrıca bkz. Gültaş/ Canbeldek; s.563.

⁹³¹Madde 21/2: "*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır. Bu halde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir*".

⁹³²Ayrıca Yargıtay'ın "*...TCK.nun 83. madde de düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi ve sanıklar hakkında TCK.nun 83. maddeye göre hüküm kurulması ile yetinilmesi gerekirken, suçun manevi unsuru bakımından birlikte uygulanma olanağı olmadığı halde sanıklar hakkında ayrıca TCK.nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini...*" (Yargıtay 1. CD.; E. 2016/3056, K. 2018/1201, T. 14.03.2018) şeklindeki kararını inceleyen yazar, bu suçun olası kastla işlenebileceği ancak bu durumda sonuç cezanın doğrudan TCK md. 83/3 uyarınca belirlenmesi gerektiği ayrıca TCK md.21/2 hükümleri gereğince olası kast hükümleri uygulanarak indirim yapılamayacağı şeklindeki görüşüne bu kararı dayanak olarak göstermiştir. Bkz. Yurtlu; İhmali Suçlar, s.273- 274.

Sonuç olarak, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda temel ceza, TCK md. 83 yollaması ile TCK md.81 veya TCK md.82' ye göre belirlenecek daha sonra TCK md. 83/3 uyarınca takdire bağlı olarak ceza indirim yapılması ya da yapılmaması söz konusu olacak, son olarak da TCK'nın 61. maddesinde belirlenen sıralamaya göre şartları oluşmuş ise diğer indirimler uygulanacaktır⁹³³.

Ayrıca "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçundan dolayı hapis cezasına mahkum olan kişi, bu suçu kasten işlediği için TCK'nın 53. maddesine göre mahkûm olduğu hapis cezasının infazı tamamlanuncaya kadar belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılacaktır⁹³⁴.



⁹³³ Turan/ Otacı; Kasten İnsan Öldürme Suçları, s.944.; "...temel ceza olarak..." hükmü karşısında TCK md. 61/1 hükmünün uygulanmasının mümkün olmadığı yönündeki görüş için bkz. Hafizoğulları/ Özen; s.45.

⁹³⁴ Centel/ Zafer/ Çakmut; Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, s.78.

SONUÇ

Ceza hukuku, hukuki değerlerin ihlal edilmesini önlemek amacıyla belirli davranışları yasaklar ya da emreder. Belirli davranışların yapılmasını yasaklayan normların ihlal edilmesi durumunda icrai suçlardan, belirli koşullarda belirli şekilde davranmayı emreden normların ihlal edildiği hallerde ise ihmali suçlardan bahsedilir.

İhmal, *"herhangi bir hareketin yapılmaması değil, hukuk düzeni tarafından yapılması emredilen hareketlerin yapılmaması"* şeklinde tanımlanır. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere ihmalin varlığı için öncelikle belirli bir icrai davranış gerçekleştirme hususunda yükümlülük öngören bir normun bulunması gerekmektedir. Bu nedenle ihmal normatif bir yapıya sahip olup doğal anlamda bir varlığı bulunmamaktadır.

İhmali suçlar, gerçek ihmali suçlar ve görünüşte ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlar, ihmali davranışın bizzat suç tipinde belirlendiği suçlar olup ancak kanunda yapılması emredilen hareketin yapılmamasıyla işlenebilir. Görünüşte ihmali suçlarda ise failin belirli bir icrai davranış gerçekleştirme yükümlülüğü söz konusu olup bu yükümlülüğün ihmal edilmesi nedeniyle bir neticenin meydana gelmesi gerekmektedir.

Görünüşte ihmali suçlarla ilgili düzenlemelere Türk ceza hukukunda yer verilmesi ilk defa 5237 sayılı TCK'nın özel hükümler kısmında bu suç niteliğine sahip suç tiplerinin düzenlenmesiyle olmuştur. ETCK döneminde görünüşte ihmali suçlara ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen icrai davranışla işlenebilen suçların belirli şartlar altında ihmali davranışla da işlenebileceği savunulmuştur. Ancak 5237 sayılı TCK'nın görünüşte ihmali suç niteliğine sahip suç tiplerini özel hükümlerde düzenlemesi ile bu suçların sınırlı sayıda olup olmadığı sorunu ortaya çıkmıştır. Bu konuda kanun koyucunun genel hükümlerde bir düzenleme yapmak yerine ihmali davranışla işlenebilen suçları özel olarak düzenleme iradesi ve bütün suçların ihmali davranışla da işlenebilmesi için kanunilik ilkesi gereğince genel hükümler kısmında buna yönelik bir düzenleme olması gerektiği hususları dikkate alındığında bu tip suçların sınırlı sayıda olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak bu kabul uygulama açısından durumu oldukça problemleri bir hale getirecektir. Nitekim bu suç tiplerinin sınırlı sayıda olduğu görüşünde olan yazarlar dahi eserlerinde bu suçlar içerisinde yer almamasına rağmen bazı suçların ihmali davranışla da işlenebileceğini belirtmiştir. Ayrıca Yargıtay uygulamasında da durum farklılık arz etmemektedir. Kanaatimizce de bir suç tipi ihmali davranışla da işlenebiliyor ise bu suçun ihmali davranışla işlenmesi cezalandırılmalıdır. Bu

nedenle TCK'nın genel hükümler kısmında görünüşte ihmali suçlara yönelik bir düzenlemeye yer verilmesinin teorik açıdan daha isabetli ve faydalı olacağı görüşündeyiz.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun faili ancak belirli bir icrai davranış gerçekleştirme konusunda yükümlülüğü bulunan kişi olabilir. Belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü, hukuki bir yükümlülüktür. Ayrıca suçun oluşabilmesi icrai davranışa eşdeğer olması gereken bir yükümlülük ihmalinin mevcut olması gerekmektedir. Söz konusu hukuki yükümlülük, garantörlüğün kaynağı olarak ifade edilmekte iken bu hukuki yükümlülük altında bulunan kişiler ise garantör şeklinde tanımlanmaktadır.

"Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi" suçunun cezalandırılabilirliğini sağlayan garantörlük kaynakları TCK'nın 83. maddesinde *"kanuni düzenleme"*, *"sözleşme"* ve *"önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış"* olarak üç başlık altında düzenlenmiştir.

Kanuni düzenlemelerden kaynaklanan garantörlük Türk hukuku uygulamasında sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Garantörlüğün kaynağını oluşturan kanuni düzenleme ifadesi dar yorumlanmalıdır. Bu nedenle maddi kanun diğer bir ifadeyle yönetmelik, genelge, Cumhurbaşkanlığı kararnameleri, KHK, tüzük gibi düzenlemeler veya yargı kararları ile getirilen yükümlülükler 83. madde kapsamında bir kanuni düzenleme sayılmamalı ve bu nedenle garantörlük kaynağı teşkil etmemelidir.

TCK'nın 83. maddesinde düzenlenen diğer bir garantörlük kaynağı sözleşmedir. Madde metninde yer alan sözleşme ifadesi hukuken geçerli bir sözleşme olarak değerlendirilmelidir. Zira geçersiz bir sözleşmenin de bu garantörlüğü doğurabilmesi için ayrıca düzenlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmenin geçersiz olduğu durumlarda güven ilişkisini korumak amacıyla fiili üstlenmenin sözleşmenin yerine geçerek garantörlük kaynağı oluşturacağını kabul etmek kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Sözleşmeden kaynaklanan garantörlükten söz edebilmek için sözleşmenin hukuken yapılması tek başına yeterli değildir. Ayrıca koruma ve gözetim yükümlülüğünün fiilen üstlenilmesi de gerekmektedir.

Son olarak, garantörlük kişinin önceden gerçekleştirdiği tehlikeli davranıştan kaynaklanabilir. Bu garantörlük kaynağı diğer garantörlük kaynaklarından farklı bir yapıya sahiptir. Kanuni düzenleme ve sözleşmeden doğan garantörlükte kişi nedensellik sürecini kendi başlatmamış iken bu garantörlük kaynağında kişi nedensellik sürecini kendi başlatmakta ve bu nedenle garantörlük bizzat kişinin davranışı ile ortaya çıkmaktadır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu serbest hareketli ve neticeli bir suç olup failin belli bir icrai davranışı gerçekleştirme yükümlülüğünü ihmal emesi gerekmektedir. Failin bu yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu davranışın onun tarafından gerçekleştirilme olanağı mümkün olmalıdır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda doğal anlamda nedensellik bağından bahsedilemez. Bu bakımdan "*ihmali davranış olmasaydı, yani icrai bir davranış gerçekleştirilseydi, netice gerçekleşmeyecekti*" denilebiliyor ise ihmali davranış ile netice arasında nedensellik bağından söz edilecektir. Dolayısıyla ihmali davranış ile gerçekleşen ölüm neticesi arasındaki nedensellik bağı ancak normatif bir değerlendirme ile belirlenebilecektir.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu için TCK'da özel bir nitelikli hal öngörülmemiştir. Ancak kanaatimizce TCK md. 82' de düzenlenen nitelikli haller, TCK'nın 83. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası*" ifadesi gereği "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu açısından da uygulanacaktır. Zira sırf 82. maddenin, 83. maddeden önce düzenlendiği gerekçesiyle 82. maddede öngörülen nitelikli hallerin 83. madde bakımından uygulanamayacağını söylemek hukuki bir değerlendirme olmayacaktır. Bununla birlikte 81. maddeden hemen sonra 83. madde düzenlemesine yer verilmesinin veya kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işleniş şeklinin kasten öldürme suçu içerisinde ayrı bir fıkra düzenlenmesinin daha yerinde bir tercih olacağı kanaatindeyiz.

İhmali davranışla ölüm neticesinin gerçekleşmesine sebebiyet verilmesi taksirle de gerçekleşebilir. Ancak kanunda bu suçun taksirle işlenebileceğine yönelik açık bir düzenleme bulunmadığı için taksirli bir davranış neticesinde TCK md. 83' ten sorumlu tutulmak mümkün değildir.

Bu suç tipi açısından hukuka aykırılık unsurunun uygulanması icrai suçlardaki gibi olup herhangi bir farklılık arz etmemektedir. Ancak "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçu, ihmali suç niteliğinde olması nedeniyle TCK'da hukuka uygunluk nedenleri arasında yer almayan "*yükümlülüklerin çatışması*" bu suç bakımından hukuka uygunluk sebebi kabul edilmektedir.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda "*beklenebilirlik*" hususu da önem arz etmektedir. Failin yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirmesi beklenebilir olmalıdır.

Beklenebilirlik durumunda, failin yükümlü olduğu icrai davranışı gerçekleştirme olanağı bulunmasına rağmen fail kusurluluğuna etki eden nedenlerle bu davranışı yerine getirememektedir.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuyla ilgili en problemlili konulardan biri, TCK'nın 35. maddesinde yer alan "*icraya başlayıp*" ifadesi nedeniyle suçun teşebbüse elverişli olup olmadığıdır. Doktrindeki ağırlıklı görüş, suçun neticeli suç olması nedeniyle teşebbüse elverişli olduğunu savunmaktadır. Kanaatimizce, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçuna teşebbüs, neticeli suç olması nedeniyle teorik olarak mümkündür. Ancak TCK'nın "*suça teşebbüs*" başlıklı 35. maddesinde ve "*gönüllü vazgeçme*" başlıklı 36. maddesinde açıkça icradan söz edilmesi nedeniyle bu hükümlerin icrai davranışla işlenen suçlara ilişkin bir düzenleme olduğu ve bu nedenle mevcut düzenleme karşısında bu suça teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı ancak failin gerçekleştirdiği ihmali davranışının bağımsız bir suç oluşturması durumunda bu davranışından dolayı sorumlu tutulması gerektiği görüşündeyiz.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçü iştirak bakımından da özel durumlar içermektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, ihmali suçlarda faillik- şeriklik ayrımı mümkün olup bu ayrımın belirlenmesinde icrai davranışla işlenen suçlarda olduğu gibi "*fiil hakimiyeti*" kriterinin kullanılması gerekmektedir. Ayrıca bu suç tipi özgü suç olması nedeniyle yalnızca garantör sıfatına sahip olan kişiler fail olabilecektir. Buna karşılık garantör olmayan kişiler ise ancak şerik olarak vasıflandırılabilir. Bu bakımdan faillerin iştirak statüsü belirlenirken fiil hakimiyeti kriteri, ihmali davranışın niteliği, ihmali davranışın suçun işlenişine katkısı, failin garantör sıfatına sahip olup olmadığı, failliğin şerikliğe asliliği kuralı gibi hususlar göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır.

Bu suç tipi bakımından özel bir içtima kuralı öngörülmemiştir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçü kasten öldürme suçunun özel bir türü olduğu için bu suç bakımından da zincirleme suç hükümleri uygulanmayacaktır. Bu nedenle "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçü zincirleme suç ve fikri içtima bakımından kasten öldürme suçundan bağımsız bir suç olarak değerlendirilemeyecektir.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun yaptırımı, kasten öldürme suçunun basit ve nitelikli hali için öngörülen cezalar esas alınarak belirlenmektedir. Bu nedenle TCK'nın 83. maddesi ceza yaptırımı yönünden bağımsız bir ceza içermemektedir.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunun cezasının, kasten öldürme suçunun cezasından farkı hakime cezanın indirilmesi hususunda takdir yetkisi tanınmasıdır. Bu takdir yetkisi failin gerçekleştirdiği ihmali davranışın haksızlık içeriği ve kusur yoğunluğunu değerlendirerek kullanılmalıdır.

İhmali davranışın icrai harekete nazaran daha az cezalandırılmasının sebebi fiilin haksızlığı ve kusur yoğunluğunun daha az olmasıdır. TCK'nın 83. maddesi de bu yaklaşımla düzenlenmiştir. Bununla birlikte kanun koyucunun bu düzenlemede "*... ceza da indirim de yapılmayabilir*" ifadesine yer vermesinin isabetli olduğu görüşünderiz. Zira bazı durumlarda ihmali davranışın haksızlık içeriği ve kusur yoğunluğu icrai davranışa eşdeğer olabilir. Bu gibi durumlarda ceza adaletinin sağlanması bakımından hakim cezanın indirilmesi hususundaki takdir yetkisini kullanmamalıdır.

"*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun*" yaptırımının "*...diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği*" düzenlenmiştir. Ancak "*diğer hallerin*" hangi durumları kapsadığı belirsizdir. Kanaatimizce, kasten öldürme suçunun cezasının ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ve müebbet hapis cezası olduğu ve ayrıca bu suç için başka bir ceza öngörülmediği hususu dikkate alındığında "*diğer haller*" ifadesinin, suçun yaptırımı bakımından uygulanma imkanı bulunmamaktadır. Sonuç olarak, "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda temel ceza TCK md. 81 veya TCK md. 82' ye göre belirlendikten sonra TCK md. 83/3 uyarınca takdire bağlı olarak ceza indirim yapılması ya da yapılmaması söz konusu olacak, son olarak da TCK'nın 61. maddesinde belirlenen sıralamaya göre şartları oluşmuş ise diğer indirimler uygulanacaktır.

Kanun koyucu dava zamanaşımı süresinin belirlenmesinde kural olarak soyut ceza sistemini benimsemiştir. Bu itibarla "*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*" suçunda dava zamanaşımı süresi belirlenirken, bu suçun temel cezasının belirlenmesinde kasten öldürme suçunun nitelikli hali için öngörülen cezanın esas alınacağı durumlarda ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, buna karşılık kasten öldürme suçunun basit hali için öngörülen cezanın esas alınacağı durumlarda müebbet hapis cezası göz önünde bulundurulacaktır.

KAYNAKÇA

- Akbulut, B. (2013). Dava Zamanaşımı Sürelerinin Başlaması. *EÜHFD*. 8(2), 149-194.
- Akbulut, B. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (7. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Akbulut, E. (2006). İhmal Suretiyle Kasten Adam Öldürme Suçu. *TBBD*. 19(66), 183-224.
- Akdağ, H. (2013). Gönüllü Vazgeçme. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*. 3(2), 91-126.
- Aksoy İpekçioğlu, P. (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Aksoy İpekçioğlu, P. (2012). Türk Ceza Kanunu'nda Bileşik Suç. *AÜHFD*. 61(1), 43-67.
- Akyürek, G. (2014). İhmalî Suçlar. *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt 1* (ss. 139-158). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Arslantürk, M. (2015). *Öldürme Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuç, M. (2008). *Kişilere Karşı Suçlar* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M. ve Alşahin, M.(2012). Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m.98). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 18(1), 3-38.
- Artuk, M., Gökçen, A., Alşahin, M. ve Çakır, K. (2021). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (19.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Artuk, M., Gökçen, A., Alşahin, M. ve Çakır, K. (2021). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15.Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Avcı, M. ve Yerdelen, E. (2015). Karar İncelemesi-Garantörsel İhmalî Suçta İhmalî ve İcrai Davranış Ayrımı. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 19(1), 163-190.
- Aydın, D. (2006). Suça Teşebbüs. *AÜHFD*. 55(1), 85-113.
- Aydın, D. (2009). *Türk Ceza Hukukunda Suça İştirak*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Aydın, M. (2013). İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(1), 77-104.

- Aygün Eşitli, E. (2015). Hekimin Tıbbi Müdahalesinin Hukuka Uygunluğu. *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt 1* (ss. 175-198). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459.
- Bacaksız, P. (2013). Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması. *CHD*. 8(21), 119-138.
- Balcı, M. (2021). İcrai Suça İhmalî Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı. *Suç ve Ceza Dergisi*. 14(4), 837-884.
- Bozdağ, A. (2020). İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Gönüllü Vazgeçmeden Yararlanmak İçin Gösterilmesi Gereken Gayret. *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10(2), 79-102.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2011). *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar* (2. Baskı, Cilt 1). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Çelen, Ö. (2013). Sarhoşluğun Hareket ve Kusur Yeteneği Üzerindeki Etkisi. *EÜHFD*. 8(2),481-513.
- Çelen, Ö. (2020). *Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail - Yardım Eden Ayrımı)*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Değirmenci, O. (2014). Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma. *TBBD*. 26(110), 129-188.
- Demir, B. (1994). *Yeni Doğmuş Çocuğun Öldürülmesi Suçu*. Yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- Demirbaş, T. (2021). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Demirel, M. (2017). Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 5(2), 119-161.
- Demirel, M. ve Kartal, M. (2019). Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(2), 457-490.
- Dönmez, Ö. (2016). Suça Teşebbüs ve Yargıtay Uygulaması. *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 6(1), 165-211.
- Dönmezer, S. (1943). Maddi Sebebiyet Alakası. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 9(1-2),85-119.

- Dönmezer, S. (1944). İhmal Suretiyle İcra Suçları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 9(3-4), 473-494.
- Dönmezer, S. (1998). *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler* (15. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Dönmezer, S. ve Erman, S. (1997). *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım* (14. Baskı, Cilt 1). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Dural, M., Öğüz, T. ve Gümüş, M. (2021). *Türk Özel Hukuku Aile Hukuku* (16. Baskı). İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Dursun, S. (2017). Gropp, StrafrechtAllgemeinerTeil (Ceza Hukuku Genel Kısım). *CHD*. 2(35), 231-243.
- Dursun, S. (2021). *Disiplinler Arası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Dülger, M. (2004). Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Suç Ortaklığı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 1(2), 85-137.
- Dülger, M. (2021). *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Hukuk Akademisi Yayıncılık.
- Dülger, M., Özkan, O. ve Bakdur, M. (2021). Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 12(45), 227-263.
- Ekici Şahin, M. (2013). Dolaylı Faillige İlişkin Bazı Sorunlar. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8(109-110), 7-25.
- Ekici Şahin, M. (2013). Dolaylı Failligin Ortaya Çıkış Biçimleri. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 8(107-108), 61-88.
- Erbaş, R. (2019). İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21(1), 397-449.
- Erbaş, R. (2019). *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. İstanbul: Oniki Levha Yayınları.
- Erem, F. (1946). Suça İştirak. *AÜHFD*. 3(1), 60-107.
- Erem, F. (1953). Adam Öldürme. *AÜHFD*. 10(1), 33-91.
- Erem, F. (1968). Nedensellik Bağı ve Ümanist Doktrin. *AÜHFD*. 25(3-4), 1-21.

- Erem, F. (1976). *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku* (11. Baskı, Cilt 1). Ankara: Sevinç Matbaası.
- Erem, F. ve Toroslu, N. (1978). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3.Baskı). Ankara: Sevinç Matbaası.
- Ersoy, Y. (2004). Tıbbı Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları. *TBBD*. 17(53), 161-190.
- Eryıldız, S. (2016). Alman Ceza Hukukunda Suça Azmettirme (Alm. CK m.26). *Terazi Hukuk Dergisi*. 11(120), 38-49.
- Gökçen, A. ve Balcı, M. (2011). Kasten Öldürme Suçu (TCK. M. 81). *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 17(1-2), 95-218.
- Gökçen, A. ve Balcı, M. (2012). Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88). *CHD*. 7(18), 7-30.
- Gökçen, A. ve Balcı, M. (2015). *Kasten Öldürme, Kasten Yaralama, Organ ve Doku Ticareti Suçları* (TCK. m. 81-83, 86-88, 91-93) (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Göktürk, N. (2014). Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Maddi Koşullarında Yanılgının Hukuki Niteliği. *CHD*. 9(26), 7-30.
- Göktürk, N. (2014). Türk Hukuku'nda Suçların İçtimaı. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 2(1-2), 31-59.
- Gültaş, V. ve Canbeldek, K. (2008). *Kasten Adam Öldürme Suçlar (Hayata Karşı Suçlar)*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- Gündüz, N. (2015). Türk Ceza Hukukunda Hukuki Hata. *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt 1* (ss. 489-543). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459.
- Güngör, D. (2007). Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata. *TBBD*. 19(68), 135-160.
- H. H. (2014). *Alman Ceza Hukukunda İhmalin Cezalandırılabilirliğinin Esasları*. (M. Kanbur, Çev.). *CHD*, 9(26), 201-203.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2016). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar* (5. Baskı). Ankara: US-A Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2003). *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2006). Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İştirak. *CHD*. 1(1), 75-109.

- Hakeri, H. (2007). Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler. *TBBD*. 20 (69), 55-96.
- Hakeri, H. (2007). İhmali Suçlar. *CHD*. 2(4), 137-169.
- Hakeri, H. (2007). *Kasten Öldürme Suçları TCK 81 - 82 – 83* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2011). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Hakeri, H. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Temel Bilgiler* (18. Baskı). Ankara: Astana Yayınları.
- Hakeri, H. (2022). *Tıp Ceza Hukuku* (2 Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Heinrich, B. (2015). *Ceza Hukuku Genel Kısım - II (Taksir - İhmali Suçlar - İştirak - İçtima - Hata - Alternatif Tipiklik)*. Y. Ünver (Ed.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Ilgın, B. (2022). *Anayasa Yargısı Bireysel Başvuru Yolunda Kişilik Haklarının Korunması*. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- İçel, K. (1972). *Suçların İçtimaı*. İstanbul: Sermet Matbaası.
- İçel, K. (2018). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (5. Baskı). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- İşten, İ. (2021). *Türk Ceza Hukukunda Suçların İçtimaı*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kanbur, M. (2012). Türk Ceza Kanununda Mevcut Hükümler Çerçevesinde İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Sorunlar Üzerine Değerlendirmeler. *CHD*. 7(18), 31-74.
- Kanbur, M. (2014). Türk Ceza Hukukunda İhmal Suretiyle İcra Suçlarına İlişkin Tartışmalar. *CHD*. 9(26), 185-189.
- Kaptan, E. (2014). Ceza Hukukunda Suça İştirak. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9(96), 31-41.
- Karabeyeser, S. (2015). Suça İştirak. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10(110), 58-69.
- Karakurt, A. (2009). Türk Ceza Kanunu'nda Hata. *CHD*. 4(10), 109-155.
- Keçelioğlu, E. (2006). Alman Ceza Hukukunda Faillik. *TBBD*. 19(65), 73-88.
- Keyman, S. (1978). Hekimin Cezai Sorumluluğu. *AÜHFD*. 35(1), 57-89.
- Keyman, S. (1983). Suç Genel Teorisinin İki Temel Sorunu: Genel ve Soyut Hareket Kavramı-Suçun İncelenmesinde Tekçi ve Tahlilci Yöntemler. *Prof. Dr. Fadıl H. SUR'un Anısına Armağan* (ss.429-467). Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.

- Keyman, S. (1996). Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket. *AÜHFD*. 40(1), 121-171.
- Koca, M. (2007). Fikri İtım. *CHD*. 2(4), 197-221.
- Koca, M. (2015). Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İtihatlarının Değerlendirilmesi. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 3(2), 103-118.
- Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2020). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (7. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Koca, M. ve Üzülmez, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Koç, Z. (2021). Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışmasının Hukuki Niteliği ve Görünüş Şekilleri. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25(4), 573-612.
- Koçak Süren, Ö. (2010). Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi "Türk Ceza Kanunu 83. Madde". *TBB*. 23(90), 249-294.
- Kunter, N. (1954). *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket - Netice - Sebebiyet Alakası)*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- Mahmutoğlu, F. (2005). Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 63(1-2), 57-112.
- Maıwald, M. (1998). *İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek*. (C. Şahin, Çev.). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını*, 159-174.
- Memiş Kartal, P. (2012). Türk Ceza Kanunu'nda Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Biçimlerinden Terk Suçu: TCK.m:97. *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11(1), 197-209.
- Meran, N. (2005). *Yeni Türk Ceza Kanununda Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Meran, N. (2015). Ceza Hukukunda Dava Zamanaşımı. *Terazi Hukuk Dergisi*. 10(112), 65-72.
- Oğuzman, M. ve Öz, M. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Cilt 1). İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Olgun, E. (2013). Kasten Öldürme Suçunun Türk-Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 19(2), 1631-1666.
- Ölmez, G. (2020). *Suçun Tanımlanabilir ve Değerlendirilebilir Unsurları*. Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Ankara.
- Önok, M. (2005). İnsan Hakları ve Türk Ceza Hukuku Açısından, İnfaz Kurumları ve Tutukevlerindeki Açlık Grevlerine Müdahale Etme Yükümlülüğü ve Bunun İhmalinden Doğan Sorumluluk. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4(1-2), 135-191.
- Önok, M. (2012). TCK'da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar. *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11(1), 31-61.
- Öntan, Y. (2015). İntihara Yönlendirme Suçları. *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt 2* (ss. 845-898). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459.
- Öntan, Y. (2021). *Ceza Hukukunda Davranış ve Netice*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. (2007). Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi. *CHD*. 2(5), 47-71.
- Özbek, V. (2008). *TCK İzmir Şerhi* (Cilt 2). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. (2008). Türk Ceza Kanununda Hata (M.30). *CHD*. 3(7), 83-99.
- Özbek, V. (2022). *İnfaz Hukuku* (15. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (16. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V., Doğan, K. ve Bacaksız, P. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (12. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özen, M. (2006). 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Özel Hükümlerine İlişkin Düşünceler. *TBBD*. 19(63), 96-108.
- Özen, M. (2007). Ceza Hukukunda Fikri İçtima. *TBBD*. 20(73), 132-145.
- Özen, M. (2008). *Suçların İçtimaı (Zincirleme Suç- Fikri İçtima - Bileşik Suç)*. Yayınlanmamış doktora tezi, Ankara Üniversitesi, Ankara.

- Özen, M. (2021). *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri* (6. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özen, M. (2021). *Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Hukuku Özel Hükümler – I* (5. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Özgenç, İ. (1994). Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 4(1-2), 159-190.
- Özgenç, İ. (1996). Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi). *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 5(1-2), 443-454.
- Özgenç, İ. (1996). *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*. İstanbul: İstanbul Büyükşehir Belediyesi Yayınları.
- Özgenç, İ. (2005). *Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)* (2. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2014). İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*. 2(1-2), 1-10.
- Özgenç, İ. (2021). İhmali Suç Teorisi. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25(4), 303-377.
- Özgenç, İ. (2021). *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (17. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Özocak, G. (2018). *Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. (2007). *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler (Kişilere Karşı Suçlar)* (5. Baskı). Ankara: Turhan Kitapevi.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. (2020). *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (20. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Palut, A. (2019). *Kasten Adam Öldürme Suçu*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Polat, A. (1999). *Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları*. İstanbul: Alfa Yayıncılık.
- Sarıgül, A. (2019). Ceza Hukukunda Hata Kavramı ve Suçun Maddi Unsurlarında Hatanın Ceza Sorumluluğuna Etkisi. *EÜHFD*. 14(2),663-692.
- Sarıgül, A. (2020). Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Hata (TCK m.30/3). *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 24(3), 325-359.

- Savaşçı, B. (2015). Netice Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar. *Prof. Dr. Nevzat Toroslu'ya Armağan Cilt 2* (ss. 989-1012). Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No: 459.
- Sınar, H. (2011). Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik. *CHD*. 6(15), 59-86.
- Soyaslan, D. (2020). *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (9. Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Soyaslan, D. (2020). *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (13. Baskı). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- Soyer Güleç, S. (2008). Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 10(1), 59-91.
- Sümer, A. (2022). Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Yanılgısı (TCK m. 30/4). *EÜHFD*. 17(1), 224-262.
- Şan, S. (2014). Türk Ceza Hukukunda Fikri İctima. *Terazi Hukuk Dergisi*. 9(98), 84-94.
- Şare, E. (2017). Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs. *TBBD*. 30(130), 119-156.
- Şen, E. ve Akpınar, S. (2021). Ceza Hukukunda Hata. *Terazi Hukuk Dergisi*. 16(180), 1560-1569.
- Şen, E. ve Eryıldız, H. (2021). *Hukuka Giriş* (3. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Şenol, C. (2018). 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre Suçun Maddi ve Nitelikli Unsurlarında Hata (TCK M.30/1,2). *CHD*. 13(38), 113-145.
- Talas, S. (2011). *Ceza Hukukunda Kusur İlkesi Bağlamında Nedeninde Serbest Hareket (ActioLibera İn Causa) Kavramı ve Geçici Nedenlerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Yayınlanmamış doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.
- Taşkın, Ş. (2008). Kasten İhmali Davranışla Adam Öldürme. *TBBD*. 21(79), 141-197.
- Telkenaroğlu, M. (2016). "İhmali Suç" Kavramı ve İslam Hukukuna Göre İhmal Suretiyle İşlenen Kasten Adam Öldürme Suçu. *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*. 4(27), 287-330.
- Tezcan, D., Erdem, M. ve Önok, R. (2021). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (19. Baskı). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Toroslu, N. (2005). *Ceza Hukuku* (7. Baskı). Ankara: Savaş Yayınevi.
- Tozman, Ö. (2009). İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme. *TBBD*. 22(84), 160-187.

- Töngür, A. (2015). Yargıtay Kararları Doğrultusunda İştirak Türü Olarak Dolaylı Faillik ve Azmettirme. *CHD*. 10(28), 223-259.
- Turabi, S. (2012). Kusurluluk ve Kusurluluğu Etkileyen Haller. *TBBD*. 25(101), 267-292.
- Turan, E. ve Otacı, C. (2016). *Genel Hükümlerle Bağlı Olarak Kasten Öldürme Suçları* (2. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.
- Türay, A. (2020). İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 17(3), 115-154.
- Türker, A. (2010). İhmal Davranışla Kasten Adam Öldürme TCK 83. M. Balcı. (Ed.), *Genç Hukukçular Hukuk Okumaları* (ss. 301-309). İstanbul: Dünya Yayınları.
- Urşak, U. (2016). Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlı. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 11(2-12), 666-709.
- Üçok, Ç. (1950). Alman Hukukunun Tarihi Gelişimine Bir Bakış. *AÜHFD*. 7(1), 292-321.
- Ümit, C. (2017). Hekimlerin Mesleklerinin Uygulanmasından Doğan Ceza Sorumluluğu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 8(32), 197-246.
- Üzülmez, İ. (2012). Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M.257). *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 16(1), 191-216.
- Yaşar, O., Gökcan, H. ve Artuç, M. (2010). *Yorumlu - Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Yavuz, H. (2021). Türk Ceza Hukukunda Haksızlık Hatası (TCK m. 30/4) (Teoride ve Güncel Yargıtay Uygulamasında). *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*. 12(46), 201-254.
- Yenerer Çakmut, Ö. (2007). Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m.97). *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. 65(2), 49-76.
- Yenisey, F. ve Plagemann, G. (2009). *Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Yılmaz, Z. (2018). Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmal Suçları Yönünden Değerlendirilmesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 24(1), 122-131.
- Yokuş Sevük, H. (2018). Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m.257). *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 23(39), 257-316.

Yokuş Sevük, H. (2020). *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (3. Baskı). Ankara: Adalet Yayınevi.

Yurtlu, F. (2021). Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 25(3), 579-636.

Yurtlu, F. (2022). *İhmali Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

