

**KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ (TCK M. 83) BAKIMINDAN TEŞEBBÜS ve İÇTİMA HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ**

**(Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar Sayılı ve 03.02.2020 Tarihli Karar İncelemesi)**

*Applicability Of The Provisions Of Criminal Attempt And Joinder Of Offences, Concerning Willful Killing By Omission*

*(Review Of The Decision Of The Penal Department No. 1 Of The Court Of Turkish Cassation, Basis No. 2019/2477, Decision No. 2020/258, And Dated 03.02.2020)*

**Fatih YURTLU\***

**Özet**

Suç oluşturan fiiller, her şeyden önce belirli niteliklere sahip insan davranışlarıdır. Suçun temel unsuru olan fiil, aktif bir davranış olarak ortaya çıkabileceği gibi pasif bir davranışla da ortaya çıkabilir. Birinci durumda icrai suç, ikinci durumda ise ihmali suç söz konusudur. Ancak gösterdikleri özelliklerden dolayı ihmali suçlar, icrai suçlardan birçok noktada farklılık göstermektedir. Bu farklılıkların kendini gösterdiği başlıca kurumlardan ikisi teşebbüs ve içtimadır. En temel insan hakkı olan yaşama hakkının ihlal edilmesine yönelik fiiller öldürme suçlarında tipikleştirilmiştir. Bu kapsamda, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kasten öldürmenin icrai davranışla işlenmesi 81. maddede, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ise 83. maddede düzenlenmiştir. İş bu çalışmada, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde ortaya çıkabilecek teşebbüs ve içtima sorunları ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle, tipik bir görünüşte ihmali suç olan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83) halinde teşebbüsün mümkün olup olmadığı teorik açıdan tartışılacaktır. Sonrasında, 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin temel hükmü olan 35. maddenin görünüşte ihmali suçlar bakımından ve dolayısıyla kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi açısından uygulanıp uygulanamayacağı incelenecektir. Çalışmanın devamında, özellikle garantörlüğün öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklandığı durumlarda faillerin, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesiyle birlikte öngelen tehlikeli davranıştan ayrıca sorumlu olup olmayacağı

\* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Pamukkale / DENİZLİ, e-posta: fatihyurtlu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2905-7900.

*hususunu tartışılacaktır. Özetlediğimiz bu temel değerlendirmeler, konunun daha iyi anlaşılabilmesi ve somutlaştırılabilmesi açısından Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar Sayılı ve 03.02.2020 Tarihli Kararı üzerinden yapılacaktır. Söz konusu bu teorik tartışmalar sırasında, ilgili Yargıtay Kararı'nın maddi ceza hukuku bakımından önem arz eden diğer hususlarına da yer verilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Görünüşte ihmali suç, kasten öldürme, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, teşebbüs, içtima.*

### **Abstract**

*Criminal acts are, first of all, human behavior that has certain features. The act, which is the basic element of the crime, can occur as an active behavior, as well as a passive behavior. In the first case, it is an act of commission, and in the second, it is an act of omission. However, due to the characteristics they have, an act of omission differs from an act of commission in many respects. Two of the main concepts where these differences manifest themselves are criminal attempts and the joinder of offenses. Acts aimed at violating the right to live, which is the most basic human right, are typified in murder crimes. In this context, in the Turkish Penal Code No. 5237, the commission of willful killing is regulated in Article 81, and willful killing by omission is regulated in Article 83. In this study, the problems that may arise from criminal attempts and joinder of offenses if the crime of willful killing is committed by omission will be discussed. In this context, first of all, it will be discussed theoretically whether the attempt is possible in the case of the crime of willful killing by omission (Article 83 of the TPC) which is a typical act of omission. Afterward, it will be examined whether Article 35, the basic provision of the Turkish Penal Code No. 5237 on the criminal attempt, can be applied in terms of derivative omission offense and therefore in terms of willful killing by omission. In that follows, it will be discussed whether the perpetrators will be responsible for the previous dangerous behavior other than willful killing by omission, especially in cases where the guarantee is formed due to the previous dangerous behavior. These evaluations that we have summarized will be made based on the decision of the Penal Department No. 1 of the Court of Turkish Cassation, Basis No. 2019/2477, Decision No. 2020/258, and dated 03.02.2020 to better understand and concretize the subject. During these theoretical discussions, other issues of importance in terms of substantive criminal law will also be mentioned.*

**Keywords:** *Derivative omission offense, willful killing, willful killing by omission, criminal attempt, joinder of offences.*

## GİRİŞ

Suç oluşturan haksızlıklar kısaca; “toplumsal düzenin devamı açısından korunması gereken hukuki değerlerin açık veya bilinçli bir ihlali ya da en azından, bu değerleri korumaya yönelik kurallara özensizlik niteliği taşıyan insan davranışları” şeklinde tanımlanabilir<sup>1</sup>. Bir davranışın suç oluşturması ve nihayetinde ceza hukuku sorumluluğuna esas alınabilmesi için bazı nitelikleri bünyesinde barındırması gerekir. Bir davranışın ceza hukuku sorumluluğu doğurabilmesi, yani teknik anlamda “*fil*” olarak nitelendirilebilmesi için insan kaynaklı, insanın yönlendirici iradesinin ürünü ve dış dünyaya yansımış olması gerekir<sup>2</sup>.

Belirli özelliklere sahip insan davranışının dış dünyada tezahür etmiş olması, ceza sorumluluğunun doğması için gerekli ancak yeterli değildir. Günümüz suç teorilerinde, bir fiilin cezalandırmaya esas alınabilmesi için belirli bir nitelik ve niceliğe ulaşması da aranmaktadır<sup>3</sup>. Tipte düzenlenen suçun tamamlanması için bazı aşamalardan geçmesi gerekir. Suçun tamamlanması için geçmesi gereken bu aşamalara “*suç yolu (iter criminis)*” denilmektedir<sup>4</sup>. Suç yolu da doktrinde; “*karar aşaması*”, “*hazırlık hareketleri*”, “*icra hareketleri*” ve “*netice*” olmak üzere kendi içerisinde dört temel aşamaya/evreye ayrılmaktadır<sup>5</sup>.

Salt düşünme eylemi, her ne kadar bir kimsenin suç işlemeye yönelik iradesini açıkça ortaya koymuş olsa dahi maddi âleme yansımadığı sürece teknik anlamda “*fil*” olarak telakki edilemez ve dolayısıyla cezalandırılmaz<sup>6</sup>. Dahası, suç işlemeye yönelik bir irade açıkça ortaya konulduktan sonra bu kararının icrası kapsamında birtakım hazırlık hareketleri yapılmış olsa dahi kural olarak ceza hukuku sorumluluğu doğmayacaktır. “*Hazırlık hareketleri*” olarak adlandırılan suç yolunun bu ikinci evresi de kural olarak

<sup>1</sup> İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 174.

<sup>2</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 100. vd.

<sup>3</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 501.

<sup>4</sup> Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 157; Hamide Zafer, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s. 292.

<sup>5</sup> Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 416; Zafer, s. 292.

<sup>6</sup> Zafer, s. 292.

cezalandırılmaz<sup>7</sup>. Bir suçun hazırlık hareketlerinin cezalandırılabilmesi ancak bu hareketlerin kanunda müstakil bir suç tipi olarak düzenlenmesiyle mümkündür<sup>8</sup>. Örneğin, “suç işlemek amacıyla (terör) örgüt kurma, yönetme veya üye olma”<sup>9</sup>, “ruhsatsız silah bulundurma/taşıma” gibi...

Hukuk kuralları, genellikle kişilere “belirli şeyleri yapmama” yükümlülüğü yani yasaklar getirmektedir. Bu tür davranış kuralları doktrinde “**yasak normu**” olarak ifade edilmektedir<sup>10</sup>. Yasak normlarının ihlal edilmesi durumunda karşımıza “icrai suçlar” çıkmaktadır<sup>11</sup>. Sayıları yasak normları (icrai suçlar) kadar olmamakla birlikte<sup>12</sup> hukuk kuralları tarafından kişilere “belirli şekilde davranma/yapma” yükümlülükleri de öngörülmektedir<sup>13</sup>. Bu davranış kuralları ise “**emir normu**”<sup>14</sup> olarak adlandırılmaktadır. Emir normlarının ihlal edilmesi halinde ise “**ihmali suçlardan**” bahsedilir<sup>15</sup>. Bir başka ifadeyle, ihmali suçlarda tipik fiil, icrai suçlarda olduğu gibi bir davranışın yapılması şeklinde değil yapılmaması şeklinde dış dünyaya yansımaktadır<sup>16</sup>.

<sup>7</sup> Mehmet Oral, “Teşebbüs”, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul 1997 (26 - 27 Mart), s. 203; Özgenç, Genel Hükümler, s. 501.

<sup>8</sup> Bu genel kuralın üç temel istisnası vardır. Bunlar; bazı hazırlık hareketlerinin ceza kanunlarında müstakil birer suç olarak düzenlenmesi, hazırlık hareketi olan fiillerin işlenen suçun icrası bakımından şeriklik (yardım etme) niteliği taşıması ve bazı suç tiplerinde hazırlık hareketlerinin de tamamlanmış suç gibi cezalandırılmasıdır. Bkz. Özgenç, Genel Hükümler, s. 506.

<sup>9</sup> İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020, s. 14 - 15; Fatih Yurtlu, “Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 3, Y. 2016 (Temmuz), s. 412.

<sup>10</sup> Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 390 - 391.

<sup>11</sup> Karl Heinz Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, München 2014, s. 225; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2008, s. 245.

<sup>12</sup> İcrai suç sayısının ihmali suç sayısından fazla olmasının nedenini açıklayan görüşler için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara 2003, Seçkin Yayınevi, s. 29 vd.

<sup>13</sup> Fatih Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara 2018, Seçkin Yayınevi, s. 758.

<sup>14</sup> Özgenç, Genel Hükümler, s. 30; Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 391.

<sup>15</sup> Gössel, “Die normwidrige”, s. 225.

<sup>16</sup> İzzet Özgenç, Uygulamalı Ceza Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 38; Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 39.

İhmali suçlar doktrinde, “*saf (gerçek) ihmali suçlar*” ve “*görünüşte (garantörsel-gerçek olmayan) ihmali suçlar*” olmak üzere ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>17</sup>. “*Saf ihmali suçlarda*”, ihmali davranışın yani tipik fiilin neyden ibaret olduğu bizzat suç normunda ifade edilmekte ve normda bizzat belirtilen fiilin yapılmamasıyla birlikte suç da tamamlanmaktadır (Örneğin TCK m. 98, TCK m. 278 gibi).

İhmali suçların ikinci ve belki de daha önemli kısmını oluşturan “*görünüşte ihmali suçlar*” ise, aslında icrai bir davranışla gerçekleştirilebilen suç tiplerinin ihmali davranışla gerçekleştirilmesidir. Örneğin; TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçu kural olarak icrai bir davranışla gerçekleştirilir. Buna karşılık bir kimse kasten öldürme suçunu kendisine düşen yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle de yani ihmali davranışla da işleyebilir. 5237 sayılı TCK’da, Alman Ceza Kanunu m. 13’te olduğu gibi ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşın 5237 sayılı TCK’nın özel hükümler kısmında bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesi müstakil olarak düzenlenmiştir. Bu minvalde ihmali davranışla kasten öldürme, TCK m. 83’de müstakil bir suç tipi olarak<sup>18</sup> karşımıza çıkmaktadır<sup>19</sup>.

Görüldüğü üzere suçlar hem aktif yani icrai hem de pasif yani ihmali davranışla işlenebilmektedir. Günümüzde aktif davranışla işlenen suç sayısı (icrai suçlar), pasif davranışla işlenen suç (ihmali suçlar) sayısından fazladır. Buna karşılık, gelişen teknik ve teknoloji ile karmaşıklaşan organizasyon yapıları nedeniyle ihmali suçların sayısı da her geçen gün artış göstermektedir<sup>20</sup>. Buna karşılık modern suç teorileri, kasten ve icrai olarak işlenen fiiller üzerine

<sup>17</sup> Zahit Yılmaz, “*Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi*”, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 1, Y. 2018, s. 124; Zafer, s. 160.

<sup>18</sup> Doktrinde TCK m. 83’ün müstakil bir suç tipi olmadığı da savunulmaktadır. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 145.

<sup>19</sup> Alman ve İsviçre Ceza kanunlarında olduğu gibi Türk Ceza Kanunu’nda da ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin genel hükümler kısmına alınmasının faydalı olacağına yönelik görüşler için bkz. Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 170; Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022, s. 386.

<sup>20</sup> Son dönemlerde gündeme gelen “*sürücüsüz arabalar*” da ihmali sorumluluk alanını genişletecek gelişmelerden biridir. Reuters İnternet Sitesi. “*Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency*” <https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>, siteye erişim tarihi: 05.12.2022.

inşa edilmiştir. Bir başka ifadeyle ihmali suçlar, suç teorisi bakımından icrai suçlara nazaran hep geride kalmıştır. Fakat ihmali suçların da tutarlı ve makul bir teorik temele oturtulması ceza adaleti bakımından zorunluluk arz etmektedir.

İhmali suçlarda icrai suçlardan farklılık arz eden önemli iki başlık teşebbüs ve içtimadır. İhmali suçların kendilerine has yapısı, bu suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacak ise ne şekilde uygulanacağı hususunu karmaşık hale getirmiştir. Benzer şekilde, özellikle öngelen tehlikeli hareketten kaynaklanan garantörlük hallerinde faillerin hangi içtima kurallarına göre cezalandırılacağı da hem teorik hem de pratik açıdan önemli bir soruna işaret etmektedir. Açıklamaya çalıştığımız tüm bu gerekçelerle çalışmamızda; Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin **2019/2477 Esas 2020/258 Karar No'lu ve 03.02.2020 Tarihli** kararı özelinde, görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs ve içtima hükümlerinin ne şekilde uygulanabileceği hususunu irdedeceğiz. Bu kapsamda özellikle 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun teşebbüs ve içtimaya ilişkin hükümlerinin kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi bakımından uygulanıp uygulanamayacağı hususları teorik ve pratik açıdan değerlendirilecektir.

## II. İNCELEME KONUSU OLAY

Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin **03.02.2020 Tarihli ve 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar** sayılı hükmüne konu teşkil eden olay özetle şu şekilde cereyan etmiştir:

Sanık S ile Maktul M, bir TV kanalındaki ilanlar aracılığıyla tanışmış ve telefonla konuşup mesajlaşmaya başlamışlardır. Sanık S, maktul M ile M'nin yaşı küçük oğlu O'yu 08.02.2009 tarihinde arabasına bindirip bir ya da iki gün belirlenemeyen bir yerde (rıızaları ile) alıkoyduktan sonra onları ormanlık alana götürmüştür. Burada çocuk mağdurun (O) gözü önünde sanık S ile maktul M cinsel ilişkiye girmişler; akabinde sanık S maktul M'yi darp ederek öldürmüştür. Sanık S, öldürdüğü maktul M'nin üzerinde bulunan yaklaşık 6.000 TL parayı ve 5 adet altın bileziği de almıştır. Tüm bu fiillerine ek olarak sanık S; olayın gerçekleştiği ormanlık alan yerleşim yerine çok uzak ve mevsimin kış olmasına rağmen maktul M'nin yaşı küçük oğlu O'yu olay yerinde bırakarak oradan ayrılmıştır. Tek başına kalan mağdur çocuk O donmak üzereyken tesadüfen olay yerinden geçen avcılar tarafından bulunarak hastaneye kaldırılmış ve hastanede yapılan tedavi sonrasında sağlığına kavuşmuştur.

### III. ÇÖZÜMLENMESİ GEREKEN HUKUKİ PROBLEMLER

Karara konu teşkil eden olay bakımından çözümlenmesi gereken sübut ve muhakeme problemleri bir kenarı bırakıldığında, maddi ceza hukuku bakımından önem arz eden üç temel problem şu şekildedir:

a) Somut olayda S tarafından işlenen suç tipleri nelerdir?

b) Somut olayda mağdur çocuk O bakımından S'nin öldürme kastıyla hareket ettiği kabul edilirse, ihmali suretle kasten öldürme (TCK m. 83) suçu bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün müdür?

c) Somut olayda, tespit edilen suçlar açısından ve özellikle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi bakımından hangi içtima hükümleri uygulanmalıdır? Neden?

### IV. MERCİLERİN ÇÖZÜM ŞEKİLLERİ

Yargılama mercilerinin olaya ilişkin kararları özetle şu şekildedir:

**İlk Derece Mahkemesi;** sanık S hakkında maktul M'yi nitelikli kasten öldürme ve yağma suçlarından, mağdur çocuk O bakımından ise ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten mahkûm etmiştir. Ancak söz konusu mahkûmiyet kararı; Cumhuriyet Savcısı tarafından sanık hakkında kasten öldürmeye teşebbüsten verilen cezanın üst sınırdan verilmesi gerektiğinden bahisle, sanık müdafii tarafından ise eksik inceleme ve değerlendirme ile sübuta ilişkin olarak hatalı tespitler yapıldığı gerekçeleriyle temyiz edilmiştir<sup>21</sup>.

**Yargıtay 1. Ceza Dairesi** yaptığı temyiz incelemesi sonucunda; ilk derece mahkemesinin kabul ve takdirine göre sanık S hakkında maktul M'yi nitelikli kasten öldürme ve yağma suçlarından kurulan mahkûmiyet hükümleri açısından (sanık müdafinin temyiz itirazlarının yerinde olmadığından) temyiz talebinin esastan reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay 1. Ceza Dairesi; sanık S'nin mağdur çocuk O'ya yönelik fiillerini "*ihmali davranışla öldürmeye teşebbüs*" kapsamında değerlendiren ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet hükmünü aşağıdaki gerekçelerle bozmuştur:

*"Sanığın eyleminin ihmali davranışla kasten yaralama suçunu oluşturacağı ve eylemine uyan TCK'nin 86/1-3b, 87/1-d ve 88. maddeleri*

<sup>21</sup> Yargıtay Kararı'ndan konuya ilişkin Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi'nin 11.10.2018 gün ve 2018/2972 E. 2018/2893 K. sayılı kararıyla ne yönde hüküm kurulduğu net olarak anlaşılmadığından bu kısım değerlendirme dışı bırakılmıştır.

*uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeksizin olayda yasal unsurları oluşmadığından uygulama ihtimali bulunmayan ihmali davranışla öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayini yasaya aykırı olup...”*

Çoğunluk görüşüne katılmayan daire üyeleri ise aşağıdaki gerekçelerle karşı oy kullanmışlardır:

*“Sanığın mağdura yönelik eylemi ile ilgili sayın çoğunluk TCK'nin 86/1, 3, 87/1-d ve 88. maddeleri kapsamında kaldığı nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının bozulmasına hükmetmiş ise de bu görüşe katılmıyoruz. Şöyle ki; Sanığın, maktul ile birlikte mağduru da suçun işlendiği yere götürdüğü, suç yerinin yerleşim yerlerinden uzak olduğu, mevsimin kış olduğu, mağdurun yaşı itibarıyla böyle bir yerde kendisini koruyacak veya hayatını idame ettiremeyeceğinin sanık tarafından bilindiği, mağdurun annesinin koruma ve gözetimi altında bulunduğu, ancak sanığın maktul anneyi öldürerek bu olanağı da ortadan kaldırdığı, mağdurun burada tek başına bırakılması halinde ölüm sonucunun mutlaka meydana geleceğinin sanık tarafından bilindiği halde sanığın bu sonucun meydana gelmemesi için hiçbir şey yapmadığı aksine bütün koşulların sanık tarafından bilinçli olarak oluşturulduğu, nitekim mağdurun ölmek üzere iken orada dolaşan avcılar tarafından kurtarıldığı ve hayati tehlike geçirdiği anlaşılmaktadır:*

*Ölümü meydana getirecek elverişli davranışların sanık tarafından doğrudan doğruya icra edilmemekle birlikte sanığın, mağdurun öleceğini bilmesine rağmen bu sonucu engellemek için yükümlü olduğu davranışların hiçbirini yapmayarak ihmali davranışla meydana gelen neticeye sebebiyet verdiği noktasında bir tereddüt bulunmamaktadır. Burada tartışılması gereken eylemin TCK'nin 83. mü yoksa 88. maddesi kapsamında kaldığıdır. Ölüm meydana gelmesi halinde suçun TCK'nin 83. maddesi kapsamında kalacağı aşikardır. Ancak ölüm meydana gelmediği durumlarda 83. maddenin uygulanması mümkün müdür? Bizce mümkündür. Çünkü bir ihmal suretiyle icra suçu olan bu suça teşebbüs mümkündür. Buna göre failin ihmal suretiyle bir kimseyi öldürmek kastıyla, yükümlü olduğu icrai davranışı neticenin oluşumu bakımından elverişli olacak tarzda ihmalden sonra, failin elinde olmayan etkenlerden ötürü netice gerçekleşmezse fail, ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüsten ceza almalıdır. Somut olayda sanığın öldürme kastıyla hareket ettiği kastının yaralama olmadığı ve yükümlü olduğu davranışları ihmal ederek mağdurun hayatı bakımından tehlikeli bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet verdiği ancak sanığın elinde olmayan*



*nedenlerden dolayı kastedilen sonucun meydana gelmediği anlaşıldığından ilk derece mahkemesinin uygulamasının yerinde olduğu bu nedenle kararın onanması gerektiği kanaatinde olduğumuzdan sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz”.*

## V. HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Somut olayda tüm yargı mercileri sübuta ilişkin ortak fikirde olduğundan biz de değerlendirmemizi kabul edilen sübut üzerinden yapacağız. Yukarıda tespit ettiğimiz ve çözümlenmesi gereken hukuki problemlerden ilki, somut olayda S tarafından işlenen suç tiplerinin neler olduğudur.

Yargıtay kararına konu olayda, sanık S tarafından maktul M'ye karşı kasten öldürmenin nitelikli hali ve yağma suçu işlendiği hususunda tüm merciler hemfikirdir. Kasten öldürmenin nitelikli haline ilişkin olarak somut olayın niteliğine göre birden fazla nitelikli unsur gerçekleşmiş olabilir.

Somut olayda yağma suçunun oluşumu bakımından failin öldürme kastına odaklanmak gerekir. Doktrinde savunulan bir görüş şu şekildedir: Fail en baştan itibaren maktulü öldürüp üzerindeki para ve bilezikleri alma kastıyla hareket etmiş ise kasten öldürme suçuyla beraber yağma suçunun da oluşacağını kabul etmek gerekir<sup>22</sup>. Buna karşılık doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise; sanık S, maktulü öldürdükten sonra üzerindeki malları almaya karar vermiş ise somut olayda artık yağma suçunun değil hırsızlık suçunun oluştuğunu savunmaktadır<sup>23</sup>. Bu durumda, hırsızlık suçunun TCK m. 142/2-a'da düzenlenen “*kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından veya ölmesinden yararlanarak*” işlenmesi nitelikli halini değerlendirmek gerekir.

Konuya ilişkin değerlendirmenin, yağma suçuyla korunan hukuki değerden yola çıkılarak yapılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Yağma suçuyla korunan hukuki değer birden fazladır. Bu bağlamda yağma suçuyla; bir taraftan hırsızlık suçunda olduğu gibi mülkiyet ve zilyetliğin, diğer taraftan kişi özgürlüğü ve irade serbestisinin korunduğunu kabul etmek gerekir<sup>24</sup>. Yağma suçunun koruduğu hukuki değer perspektifinden bir değerlendirme yapıldığında, fail her ne kadar mağdurun malını alma kastıyla

<sup>22</sup> Tezcan / Erdem / Önok, s. 800.

<sup>23</sup> Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s. 714; İzzet Özgenç, “*İhmali Suç Teorisi*”, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 4, Y. 2021, s. 340, dipnot: 63.

<sup>24</sup> Özbek, Doğan ve Bacaksız, s. 669; Tezcan, Erdem ve Önok, s. 796 - 797.

hareket etse de, doğrudan mağdurun öldürülüp malının alınması halinde yağma suçunun değil, kasten öldürme ve hırsızlık suçunun oluşacağı kanaatindeyiz<sup>25</sup>. Bu durumda fail, kasten öldürmenin nitelikli unsuru (TCK m. 82, f. 1, bent h / bir suçun işlenmesini kolaylaştırmak amacıyla işlenmesi) ve hırsızlık suçundan gerçek içtima hükümlerince yani ayrı ayrı sorumlu tutulmalıdır<sup>26</sup>.

Somut olayda her ne kadar sanık S'nin mağdur M ve çocuk O'yu iki gün boyunca bilinmeyen bir yerde alıkoyduğundan bahsedilmiş ise de, kararda söz konusu bu fiilin "*ilgililerin rızasına*" dayandığından bahsedildiğinden "*kişiyi hürriyetinden yoksun kılma*" suçu değerlendirme dışı bırakılmıştır. Ancak somut olayın özelliklerine göre, sanık S baştan itibaren ilgilileri öldürmek / yağmalamak kastıyla alıkoymuş ise mağdurların aldatılmış olarak gösterdikleri rızanın fiili hukuka uygun hale getirmeyeceğini gözden kaçırmamak gerekir<sup>27</sup>. Bu ihtimalde sanığın ayrıca kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan da cezalandırılması gerekir. Bu durumda O bakımından TCK m. 109, f. 3, bent f (suçun çocuğa karşı işlenmesi), M bakımından ise TCK m. 109, f. 5 (suçun cinsel amaçla işlenmesi) nitelikli unsurlarının oluşacağını gözden kaçırmamak gerekir. Bu durumda failin tek bir fiil ile iki kişinin özgürlüğünü tahdit ettiğinden bahisle aynı neviden fikri içtima kurallarının uygulanması da tartışılmalıdır (TCK m. 43/2).

Hakeza sanık S bakımından M'ye yönelik fiili nedeniyle hiçbir merci cinsel saldırı suçundan dolayı hüküm kurulmadığına göre, cinsel ilişki bakımından maktul M'nin rızasının varlığı kabul edilmiş görünmektedir. Aksi takdirde S'nin M'ye karşı nitelikli cinsel saldırı suçunu (TCK m. 102, f. 2 / suçun organ sokarak gerçekleştirilmesi) işlediğinin kabulü gerekirdi. Bununla beraber gözden kaçırılmaması gereken diğer bir önemli nokta ise, sanık ile maktulün küçük çocuğun gözü önünde cinsel ilişkiye girmiş olmalarıdır<sup>28</sup>. Bu

<sup>25</sup> Özgenç, "*İhmalî Suç Teorisi*", s. 340, dipnot 63.

<sup>26</sup> Bu ihtimalde failin kasten öldürmenin nitelikli unsuruna ek olarak hırsızlık suçunun nitelikli unsuru olan TCK m. 142, f. 2, bent a / kişinin ölmesinden yararlanılarak suçun işlenmesi bakımından sorumlu olması gerektiği düşünülse de, bu durum çifte değerlendirme yasağının bir ihlalini oluşturabilir. Çünkü failin mağduru öldürmesi fiili, hem kasten öldürme suç bakımından hem de hırsızlık suç bakımından iki ayrı nitelikli unsur olarak değerlendirilmekte ve cezada artırma gidilmektedir.

<sup>27</sup> Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçları bakımından rızanın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Fatih Yurtlu, "*Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası*", Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), C. 8, S. 16, Y. Aralık (2020), s. 1343 - 1364.

<sup>28</sup> Özgenç, "*İhmalî Suç Teorisi*", s. 339 - 340, dipnot 63.

bakımdan, söz konusu cinsel ilişki her iki yetişkinin rızasıyla gerçekleşmiş olsa dahi mağdur çocuğa karşı cinsel taciz suçunun işlendiğinin kabulü gerekir. Çünkü bir çocuğun gözü önünde cinsel ilişkiye girilmesi, çocuğa bedeni bir temas söz konusu olmadığından, cinsel taciz olarak değerlendirilmelidir. Bu nedenle, eğer söz konusu fiil maktul kadının rızasıyla gerçekleşmiş ise M bakımından TCK m. 105, f. 1 son cümle (suçun çocuğa karşı işlenmesi) ile f. 2, bent b ve e'deki (bakım veya gözetim yükümlülüğü bulunan kişiler tarafından ve teşhir suretiyle işlenmesi) nitelikli unsurları, sanık S bakımından ise TCK m. 105, f. 1 son cümle (suçun çocuğa karşı işlenmesi) ve TCK m. 105, f. 2, bent e (suçun teşhir suretiyle işlenmesi) nitelikli unsuru oluşacaktır<sup>29</sup>. Olay neticesinde hayatını kaybettiği için M bakımından bu suç bakımından tartışmanın yapılmaması kabul edilebilir ise de, S bakımından bu tartışmanın yapılmaması söz konusu kararlar bakımından ciddi bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır.

Buna mukabil söz konusu cinsel ilişki mağdur M'nin rızası hilafına yani cebir ve şiddet kullanılarak gerçekleştirilmiş ise, bu durumda sanık S bakımından maktul M'ye karşı nitelikli cinsel saldırı (TCK m. 102, f. 2 / suçun organ sokarak gerçekleştirilmesi); mağdur çocuk O'ya karşı ise cinsel taciz suçunun çocuğa karşı işlenmesi (TCK m. 105, f.1 son cümle) ve TCK m. 105, f. 2, bent e (suçun teşhir suretiyle işlenmesi) nitelikli unsurlarından sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak bu ikinci durumda, sanık S'nin tek bir fiil ile iki ayrı suça sebebiyet verdiği (M'ye karşı nitelikli cinsel saldırı, O'ya karşı ise nitelikli cinsel taciz) gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle sanık S tek bir fiil ile kanunun iki ayrı hükmünü ihlal ettiğinden, sadece nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu tutulmalıdır (farklı neviden fikri içtima TCK m. 44). Ancak bu husus cinsel saldırı suçunun temel cezası belirlenirken alt sınırdan uzaklaşılmasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Olayda merciler arasında ve özellikle Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin üyeleri arasında görüş ayrılıklarına neden olan temel husus; sanık S tarafından mağdur çocuk O'ya karşı gerçekleştirilen fiilin hukuki niteliğidir. Bu noktada ilk olarak üzerinde durulması gereken nokta, sanık S'nin mağdur çocuğa karşı gerçekleştirdiği fiildeki kastının tespitidir. Olaydan anlaşıldığı kadarıyla sanık

<sup>29</sup> Doktrinde 15 yaş altındaki çocuklara yönelik “*temas olsun olmasın*” tüm cinsel fiillerin “*çocuğun cinsel istismarı*” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve dolayısıyla somut olayda failin TCK m. 103 kapsamında cezalandırılması gerektiği de ifade edilmektedir. Bkz. Özgenç, “*İhmalî Suç Teorisi*”, s. 339, dipnot 63. Daha önce bu görüşü savunmakla birlikte TCK m. 105'te yapılan değişiklik sonrası artık cinsel taciz suçunun çocuklara karşı da işlenebileceğine yönelik yaklaşım için bkz. Tezcan / Erdem / Önok, s. 465 - 466.

S, mağdur çocuk O ile çocuğun annesi maktul M'yi yerleşim yerine oldukça uzak bir ormanlık alana götürdükten sonra anne M'yi öldürmüş ve yaşça küçük çocuk O'yu da orada bırakarak olay yerinden ayrılmıştır. Donmak üzere olan çocuk tesadüf eseri avcılar tarafından bulunmuş ve hastaneye kaldırılmıştır. Bu olay örgüsü içerisinde sanık S'nin mağdur çocuk O'ya karşı öldürme kastıyla hareket ettiğinin kabulü gerekir.

Buna ek olarak somut uyuşmazlık bakımından çözülmesi gereken ikinci hukuki problem, sanık S'nin mağdur çocuk O'ya karşı gerçekleştirmiş olduğu fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur<sup>30</sup>. Kanaatimizce somut olayda ölüm neticesine yol açan fiil, çocuğun kış mevsiminde ormanlık alana götürülmesi değil, orada savunmasız bir şekilde kendi başına bırakılmasıdır. Sanık S, çocuğu ve annesini ormanlık alana götürdükten sonra anneyi öldürdüğünden, önceki tehlikeli davranışı nedeniyle çocuk bakımından artık garantör (teminat yükümlüsü) konumuna gelmiştir. S, küçük çocuk O'nun hayatta kalmasına yönelik herhangi bir girişimde bulunmadan onu öylece bırakıp olay yerinden ayrıldığından, kasten öldürme suçu bakımından davranışının icrai değil ihmali olduğunun kabulü gerekir.

Tam bu noktada teorik açıdan tartışılması gereken temel husus, görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığıdır. Görünüşte ihmali suçlara teorik açıdan teşebbüsün mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu kısa çalışmamızda söz konusu teorik tartışmaların ayrıntılarına girmemiz mümkün olmadığından, sadece daha önceki çalışmalarımızda<sup>31</sup> varmış olduğumuz şu kanaatimizi tekrarlamakla yetinelim. Kanaatimiz, doktrindeki baskın görüşe<sup>32</sup> paralel olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik

<sup>30</sup> Somut bir olayda tipik fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti ceza adaleti bakımından oldukça önemli olmakla beraber, bu ayrımın yapılması da bir o kadar zordur. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1988; Karl Engisch, *“Tun und Unterlassen”*, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin - New York 1973, s. 163 - 196; Rahime Erbaş, *“İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”*, *DEÜHFD*, C. 21, S. 1, Y. 2019, s. 404.

<sup>31</sup> Bkz. Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022; Fatih Yurtlu, *“Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”*, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 581 - 638.

<sup>32</sup> Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap, Sebat Yayınevi, İstanbul 1999, s. 356; Doğan Soyaslan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s. 114; Yener Ünver, *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik*, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK'de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), 5. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2019, s. 349; Nevzat Toroslu, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014,

açından mümkün olduğu yönündedir<sup>33</sup>. Görünüşte ihmali suçlarda da neticeyi bir maddi unsur olarak kabul edip, ihmali davranış ve netice arasında ontik anlamda bir nedensellik ilişkisi kurduğumuzdan<sup>34</sup> bu suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekteyiz<sup>35</sup>. Bununla beraber 5237 sayılı TCK'nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesinin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı ise ayrıca tartışılması gereken bir konudur.

Teşebbüsü düzenleyen TCK m. 35 ile gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen TCK m. 36'nın lafızları birlikte değerlendirildiğinde, Türk kanun koyucunun bu hükümlerde bilinçli bir şekilde "*icra hareketlerinden*" bahsettiği görülmektedir. Teşebbüs hükümleri ceza hukukunda sorumluluk alanını genişlettiğinden<sup>36</sup>, bu hükümlerin yorum yoluyla ihmali suçlara teşmil edilmesi

s. 293; Önder Tozman, "*İhmali Suçlarda Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme*", TBB Dergisi, S. 84, Y. 2009, s. 165 - 166; Gözde Kazaker, *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*, Adalet Yayınevi, Ankara 2019, s. 294; Hakeri, s. 265.

<sup>33</sup> Doktrinde baskın yaklaşım görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekle beraber teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anının tespitinde farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tozman, s. 166 v.d; Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 323 - 327.

<sup>34</sup> Türk ve Alman hukukunda ihmali suçların yapısına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1988; Karl Engisch, "*Tun und Unterlassen*", *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin / New York 1973, s. 163 - 196; Dietrich Rolf Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip*, Berlin 1972; Karl Heinz Gössel, "*Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt*", *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München 2014, s. 225 - 246; Gimbernat Enrique Ordeig, *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung*, Berlin 2013; Günter Spindel, "*Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen*", *Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, In Göttingen 1961, s. 183 - 199; Manfred Maiwald, çev. Cumhuriyet Şahin, "*Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen*", "*İcra ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek*", *Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches*, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını, Y. 1998, s. 159 -174 (Almanca metin: Aynı eser, s. 143 - 158); Sulhi Dönmezer, "*İhmal Suretiyle İcra Suçları*", *İÜHFİM*, C. 9, S. 3 - 4, Y. 1944, s. 473 - 494; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003; Hakan Hakeri, "*İhmali Suçlar*", *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, S. 4, Y. 2007 (Ağustos), s. 137 - 169; İzzet Özgenç, "*İhmali Suç Teorisi*", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 4, Y. 2021, s. 303 - 378; Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022; Fatih Yurtlu, "*Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı*", *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 581 - 638; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.

<sup>35</sup> Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 327.

<sup>36</sup> Zafer, s. 294.

maddi ceza hukukundaki genişletici yorum yasağıyla bağdaşmayacaktır<sup>37</sup>. Bu gerekçelerle doktrindeki baskın görüşe paralel olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekle beraber 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceği, buna karşın ihmali suçlar bakımından ise uygulanamayacağı kanaatindeyiz<sup>38</sup>.

Yukarıda da değindiğimiz üzere, doktrindeki baskın yaklaşım görünüşte ihmali suçlara teşebbüsü kabul etmekle birlikte<sup>39</sup> teşebbüs sorumluluğunun ne zaman başlayacağı hususunda ayrılmaktadır<sup>40</sup>. İhmali suçlarda teşebbüs sorumluluğunun ne zaman başlayacağı hususunda, dört temel yaklaşım ön plana çıkmaktadır. Bunlar; *“mümkün olan ilk anı başlangıç kabul eden yaklaşım”*, *“mümkün olan son anı başlangıç kabul eden yaklaşım”*, *“doğrudan tehlikenin olduğu anı başlangıç kabul eden yaklaşım (etki teorisi)”* ve *“sürecin hâkimiyet altında tutulması ve doğrudan tehlikenin doğması şartlarını birlikte arayan yaklaşım”* olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>41</sup>.

Teşebbüs anının ne zaman başladığına ilişkin teorik tartışmaların ayrıntılarına girmeyecek olmakla beraber, söz konusu bu yaklaşımlardan sonuncusunu daha isabetli bulmaktayız. Alman öğretisinde Roxin tarafından ortaya atılan ve sonradan taraftar bulan bu yaklaşıma göre; failin ihmali süreci hâkimiyet altında tuttuğu durumlar ile hâkimiyet alanı dışına çıkardığı durumları birbirinden ayırmak gerekir<sup>42</sup>. Eğer ihmali davranışa ilişkin süreç hala failerin kontrolü altında ise, failin teşebbüs sorumluluğu ancak suçun konusu bakımından yakın ve doğrudan bir tehlikenin ortaya çıkmasıyla mümkündür. Örneğin küçük bebeğini savunmasız ve aç bir şekilde bırakan anne, her an bebeğe müdahale edebilecek konumda bulunduğu süre boyunca teşebbüs sorumluluğu ancak bebeğin hayati fonksiyonlarının etkilenmesiyle başlayacaktır. Buna karşılık, somut olayımızda olduğu gibi, fail ihmali süreci kendi hâkimiyet alanından kasten çıkarmış ise, bir başka ifadeyle, fail istenmeyen neticenin gerçekleşip gerçekleşmemesini tamamen tesadüflere

<sup>37</sup> Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 332.

<sup>38</sup> Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 332.

<sup>39</sup> Özbek / Doğan / Bacaksız, s. 177.

<sup>40</sup> Tozman, s. 166 vd.

<sup>41</sup> Christian Jäger, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, Nürnberg, 2017, 8. Neu bearbeitete Auflage, kn. 303, s. 271.

<sup>42</sup> Akt. Tozman, s. 172.

bırakarak süreç üzerindeki hâkimiyetini bilerek sonlandırmış ise teşebbüs sorumluluğu bu andan itibaren başlayacaktır<sup>43</sup>. İhmali suçlarda teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anının belirlenmesinde bu ölçütün kullanılmasının en önemli iki sonucu, ihmali suçlar bakımından da gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesini sağlaması ve teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anı bakımından dengeli bir yaklaşımı benimsemiş olmasıdır.

Bu teorik kabulümüzü inceleme konusu Yargıtay kararındaki somut olaya uyguladığımızda şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır: Sanık S, küçük çocuk O'ya yönelik kasten öldürmeye yönelik nedensel süreci başlattıktan sonra bu nedensel süreci kendi hâkimiyet alanından çıkarmıştır<sup>44</sup>. Yani sanık S bakımından teşebbüs sorumluluğu mağdur çocuk O'yu ormanlık alanda kendi başına bırakarak olay yerinden ayrıldığı an itibariyle başlamıştır. Somut olayda da görüldüğü gibi, ölüm neticesine yönelik nedensel süreç tesadüf eseri oradan geçmekte olan avcıların çocuğu fark etmeleri nedeniyle tamamlan(a) madığından tamamlanmamış ve nihayetinde çocuk hayatta kalmıştır. Sonuç olarak bu olayda kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi teşebbüs aşamasında kalmıştır.

Buraya kadar yapılan açıklamalar tamamen suç teorisi göz önünde tutularak yapılmıştır. Yukarıda da açıkça vurguladığımız üzere, görünüşte ihmali suçlara teorik açıdan teşebbüsün mümkün olup olmadığı ayrı, TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ise ayrı bir hukuki tartışmanın konusudur. Her ne kadar teorik açıdan görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul ediyor olsak da, 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin (TCK m. 35 ve 36) ihmali suçlar bakımından uygulanmasının mümkün olmadığını düşünmekteyiz. Dolayısıyla bu tip durumlarda faillerin ancak o ana kadar tamamlanmış suç tiplerinden sorumlu tutulması mümkündür. Somut olaya geri döndüğümüzde; mağdur çocuk O donmak üzereyken avcılar tarafından bulunduğu göre sanık S'nin TCK m. 88 yollamasıyla TCK m. 86, f. 3, bent b (beden veya ruh bakımından kendini savunamayacak kişiye karşı) ve m. 87, f. 1, bent d (yaşamını tehlikeye sokan bir duruma neden olması) kapsamında cezalandırılması gerektiğine yönelik Yargıtay 1. C.D.'nin vermiş olduğu bozma kararı gerekçesi açısından hatalı ve eksik olmasına rağmen sonuç

<sup>43</sup> Yaklaşımına ilişkin ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Yurtlu, İhmali Suçlar, s. 325 vd.

<sup>44</sup> Tozman, s. 172.

olarak isabetli görünmektedir<sup>45</sup>.

İnceleme konusu olay ve konuya ilişkin olarak dikkat çekmek istediğimiz ikinci husus ise içtimaya ilişkindir. Yargıtay kararına konu olayda tam olarak gerçekleşmemiş olsa da, görünüşte ihmali suçlar bakımından tartışılması gereken bir diğer önemli konu, öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanan garantörlük hallerinde karşılaşılmaması muhtemel içtima problemidir. Özellikle taksirle yaralama suçunu oluşturan trafik kazalarında, mağduru yaralayan kişilerin olay yerinden ayrılması ve mağdurun olaydan belirli bir süre sonrasında kan kaybı nedeniyle öldüğü durumlarda, failerin hangi içtima kurallarına göre cezalandırılacağı önemli bir içtima problemi oluşturmaktadır.

Doktrinde bir görüş; bu tip durumlarda failerin taksirle yaralama ve kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirmesi fiillerinden, gerçek içtima hükümlerince yani ayrı ayrı cezalandırılması gerektiği yönündedir<sup>46</sup>. Ancak bu yaklaşıma birazdan açıklayacağımız gerekçelerle iştirak etmiyoruz. Bu tip durumlarda, failin tipik bir görünüşte ihmali suç örneği olan kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83) nedeniyle sorumlu tutulmasını sağlayan ve görünüşte ihmali suçların bir maddi unsuru olan “*garantörlük*”, failin gerçekleştirdiği taksirli yaralama fiilinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, failin gerçekleştirmiş olduğu taksirle yaralama fiili, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinin (TCK m. 83) içinde bir maddi unsur olarak zaten değerlendirilmektedir. Bu nedenle, bu tip olaylarda failin kasten öldürmenin ihmali davranışından sorumlu tutulmasına ek olarak taksirli yaralamadan ayrıca sorumlu tutulması ceza hukukundaki “*çifte değerlendirme yasağının*” açık bir ihlalini oluşturacaktır<sup>47</sup>. Sonuç olarak, bu tip olaylarda failerin yalnızca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu tutulması gerektiğini, garantörlüğün maddi kaynağını oluşturan (öngelen tehlikeli hareketi) taksirli fiillerden ayrıca cezalandırma yoluna gidilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

## VI. SONUÇ

Bu kısa çalışmamızda, Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin 2019/2477 Esas, 2020/258 Karar sayılı ve 03.02.2020 Tarihli kararı üzerinden, TCK m. 83

<sup>45</sup> Somut olayda sanık S’nin mağdur çocuk O bakımından gerçekleştirdiği fiilin ihmali suretle kasten öldürme suçuna değil, terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan haline (TCK m. 97, f. 2) sebebiyet vereceği de ifade edilmektedir. Özgenç, “*İhmali Suç Teorisi*”, s. 340, dipnot 63.

<sup>46</sup> Neslihan Göktürk, *Fikri İçtima (Suçların İçtiması)*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 222.

<sup>47</sup> Yurtlu, *İhmali Suçlar*, s. 372.



bağlamında görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs ve içtima hükümlerinin uygulanmasına ilişkin sorun teşkil edebileceğini düşündüğümüz teşebbüs ve içtima hususlarını inceledik. Bu kapsamda, doktrindeki baskın görüşe paralel olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin ihmali suçlar bakımından uygulanamayacağı sonucuna varmış bulunmaktayız. TCK'nın teşebbüse ilişkin 35. maddesi ile gönüllü vazgeçmeye ilişkin 36. maddesi birlikte değerlendirildiğinde, teşebbüs hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceğinin kabulü gerekir. Bu durum, Türk Kanun Koyucu'nun bilinçli bir tercihi gibi görünmektedir. Teşebbüse ilişkin 35. ve 36. maddelerinin lafızlarında açıkça "icra" ve "icra hareketlerinden" bahsedilmesine rağmen yorum yoluyla bu hükümlerin ihmali suçlar bakımından da uygulanacağı çıkarımını yapmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü teşebbüs hükümleri esas itibarıyla sorumluluk alanını genişletici niteliktedir. Dolayısıyla ceza sorumluluk alanını genişleten teşebbüs hükümlerinin yorum yoluyla ihmali suçlara da uygulanmasının her şeyden önce maddi ceza hukukundaki genişletici yorum yasağıyla çelişeceği kanaatindeyiz.

5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin görünüşte ihmali suçlar bakımından uygulanamayacak olması, bu tip durumlarda faillerin cezasız kalması sonucunu da doğurmayacaktır. Failler her ne kadar ihmali suça teşebbüsten sorumlu olmayacak ise de o ana kadar tamamlanmış diğer sonuçlardan sorumlulukları devam edecektir. Bu bakımdan, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna (TCK m. 83) teşebbüs hükümlerince sorumlu tutulamayacak failler, söz konusu ihmali davranışlarının mağdurların acı çekmesine neden olması nedeniyle ihmali suretle kasten yaralama hükümlerince (TCK m. 88) sorumlu tutulacaktır.

Bu genel tespitler ışığında, görünüşte ihmali suçlarda teşebbüse ilişkin incelediğimiz Yargıtay kararına konu somut olayda; ilk derece mahkemesi ve karara katılmayan Yargıtay üyelerin yaklaşımları teorik açıdan isabetli görünmektedir. Doktrindeki baskın görüş de görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık TCK m. 35'teki teşebbüs hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceğini kabul ettiğimizden, Yargıtay 1. Ceza Dairesi'nin varmış olduğu nihai hükmün yeterli / isabetli gerekçe içermemesine rağmen "sonuç olarak yerinde olduğunu" düşünmekteyiz. Kısacası, görünüşte ihmali suçlara teşebbüse ilişkin ilk derece mahkemesi ve bozma kararında karşı oy kullanan Yargıtay üyelerinin yaklaşımı teorik açıdan isabetli iken, çoğunluk yaklaşımı ise yeterli

ve doyurucu gerekçe içermemesine rağmen netice itibariyle isabetlidir.

Görünüşte ihmali suçlara yönelik teori ve uygulamada sorun oluşturan bir diğer husus, garantörlüğün öngelen tehlikeli davranıştan doğduğu durumlarda karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, özellikle taksirli yaralama fiilleri sonrasında mağdurun kendi haline bırakılması nedeniyle ölüm neticesinin meydana geldiği (TCK m. 83) durumlarda hangi içtima kuralının uygulanacağı konusunda ön plana çıkmaktadır. Bu tip durumlarda faillerin yalnızca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK m. 83) sorumlu olması gerekir. Bu ihtimalde faillere ilk fiillerinin oluşturduğu taksirle yaralama nedeniyle ayrıca ceza verilmesi “*çifte değerlendirme yasağının*” açık bir ihlalini oluşturacaktır. Dikkat edilmelidir ki bu tip örneklerde faillerin görünüşte ihmali suçtan cezalandırılmasını sağlayan garantörlük, suçun temel bir maddi unsurudur ve başta işlenen taksirle yaralama suçunun bizatihi kendisinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, taksirle yaralama fiili kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinde maddi bir unsur olarak (garantörlükte) değerlendirildikten sonra ayrıca müstakil bir suç olarak kabul edilerek failin ayrıca bu suç tipinden de cezalandırılmasını isabetli bulmuyoruz.

## KAYNAKÇA

- CENTEL**, Nur / **ZAFER**, Hamide / **ÇAKMUT**, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 5. Bası, Beta Yayınevi, 2008.
- DÖNMEZER**, Sulhi : **“İhmal Suretiyle İcra Suçları”**, *İÜHFİM*, C. 9, S. 3 - 4, Y. 1944, s. 473 - 494.
- ENGİSCH**, Karl : **“Tun und Unterlassen”**, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin / New York 1973, s. 163 - 196.
- ERBAŞ**, Rahime : **“İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”**, *DEÜHFD*, C. 21, S. 1, Y. 2019, s. 397 - 449.
- ERBAŞ**, Rahime : **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019.
- GÖKTÜRK**, Neslihan : **Fikri İctima (Suçların İctimai)**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2013.
- GÖSSEL**, K. H. : **“Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”**, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, München 2014, s. 225 - 246.
- HAKERİ**, Hakan : **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri**, Seçkin Yayınevi, 2003.
- HAKERİ**, Hakan : **“İhmali Suçlar”**, *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, S. 4, Y. Ağustos 2007, s. 137 - 169.
- HERZBERG**, Rolf Dietrich : **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**, Berlin 1972.
- İÇEL**, Kayıhan, **ÖZGENÇ**, İzzet, **SÖZÜER**, Adem, **MAHMUTOĞLU**, Fatih S. ve **ÜNVER**, Yener : **İçel Suç Teorisi**, 2. Kitap, Sebat Yayınları, İstanbul 1999.
- JÄGER**, Christian : **Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Neu bearbeitete Auflage, 2017.
- KAUFMANN**, Armin : **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen 1988.
- KAZAKER**, Gözde : **Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs**, Adalet

Yayınevi, Ankara 2019.

**KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

**KOCA, Mahmut ve ÜZÜLMEZ, İlhan : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.

**MAIWALD, Manfred : “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrâi ve İhmalî Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Diskussionsbeiträge zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, çev. Cumhur ŞAHİN, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını, Y. 1998, s. 159 -174 (Almanca metin: Aynı eser, s. 143 - 158).**

**ORAL, Mehmet : “Teşebbüs”, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler**, İstanbul 1997 (26 - 27 Mart), s. 197 - 207.

**ORDEİG, Gimbernat Enrique : Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung**, Berlin 2013.

**ÖZBEK, Veli Özer, DOĞAN Koray ve BACAŞIZ, Pınar : Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

**ÖZGENÇ, İzzet : “İhmalî Suç Teorisi”. AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 4, Y. 2021, s. 303 - 378.**

**ÖZGENÇ, İzzet : Suç Örgütleri**, 13. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

**ÖZGENÇ, İzzet : Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2020.

**ÖZGENÇ, İzzet : Uygulamalı Ceza Hukuku**, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 1998.

**REUTERS : “Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency”** , <https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>, siteye erişim tarihi: 22.05.2022.

**SOYASLAN, Doğan : Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

**SÖZÜER, Adem : Suça Teşebbüs**, İstanbul 1994.

**SPENDEL, Günter : “Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen”**,

*Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, In Göttingen 1961, s. 183 - 199.

**TEZCAN**, Durmuş, **ERDEM**, Mustafa Ruhan ve **ÖNOK**, R. Murat : **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 20. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

**TOROSLU**, Nevzat : **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.

**TOZMAN**, Önder : **“İhmali Suçlarda Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”**, TBB Dergisi, S. 84, Y. 2009, s. 160 - 187.

**ÜNVER**, Yener : **İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)**, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2019.

**YILMAZ**, Zahit : **“Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”**, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 24, Y. 2018, s. 122 - 131.

**YURTLU**, Fatih : **“Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası”**, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), C. 8, S. 16, Y. Aralık (2020), s. 1343 - 1364.

**YURTLU**, Fatih : **“İhmali Suçlar”**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2022.

**YURTLU**, Fatih : **“Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansımaları”**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XX, S. 3, Y. 2016 (Temmuz), s. 411 - 435.

**YURTLU**, Fatih : **“Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı”**, AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXV, S. 3, Y. 2021, s. 581 - 638.

**YURTLU**, Fatih : **“Suçu Bildirmeme Suçu”**, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2018, s. 757 - 784.

**ZAFER**, Hamide : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

