






İHMALİ SUÇLARA TEŞEBBÜS

Enver KAŞLI¹ 

Araştırma Makalesi	ÖZET
<p>Makale Süreci:</p> <p>Gönderme: 11/12/2024 Kabul: 23/01/2025 Yayın: 26/03/2025</p> <p><i>Bu makale control edildi</i>  oranı: %5</p> <p>JEL Kodları: K1, K3, K4.</p> 	<p><i>Bir suçtan bahsedilebilmesi için ilk önce icrai veya ihmali bir davranışın varlığı gerekmektedir. Ceza hukuku genel hükümleri, suçların çoğunluğunu oluşturan kasıtlı ve icrai fiilleri dikkate alarak ortaya çıktığından dolayı genel hükümler içinde yer alan teşebbüsün ihmali suçlara uygulanıp uygulanmayacağı hususunda görüş farklılıkları mevcuttur. İhmali suçlarda teşebbüs "görünüşte ihmali suçlar" ve "gerçek ihmali suçlar" için ayrı ayrı ele alınmaktadır. Görünüşte ihmali suçlar kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarının ihmali hareketle işlenmesini kapsadığından teşebbüs hükümlerini bu suçlar bakımından incelemek gerekir. Görünüşte ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağını savunan görüşler olsa da öğretilerde çoğunlukla ve Yargıtay uygulamasında bu suçlara teşebbüs mümkün görülmektedir. Gerçek ihmali suçlarda ise teşebbüs mümkün değildir. Görünüşte ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul eden görüşler arasında teşebbüsün hangi andan itibaren başlatılacağı hususunda görüş farklılıkları mevcuttur. Bu görüşlerden farklı olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüs bakımından iki aşamalı bir değerlendirme yapılması önerilmektedir. İlk aşamada olayda failin kastı belirlenmeye çalışılmalı, kast belirlenebiliyorsa teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Failin kastı belirlenemiyorsa ortaya çıkan neticeye göre ceza sorumluluğu belirlenmelidir. Ayrıca görünüşte ihmali suçlara teşebbüs yönünden Ceza Genel Kurulu E. 2020/382, K. 2022/345, 11.05.2022 tarihli kararındaki olay ve değerlendirmeler incelenmiştir.</i></p> <p>Anahtar Kelimeler: ihmali davranış, ihmali suç, teşebbüs, görünüşte ihmali suç.</p>
Attempt to Omission Crimes	
Research Article	ABSTRACT
<p>Article Process:</p> <p>Submitted: 11/12/2024 Accepted: 23/01/2025 Available: 26/03/2025</p>	<p><i>A crime must be an act or omission. Since the general provisions of criminal law emerged by taking into account the intentional and executive acts that constitute the majority of crimes, there are different opinions as to whether the attempt included in the general provisions will be applied to omission crimes or not. In omission crimes, attempts are handled separately for "commission by omission crimes" and "omission crimes". Commission by omission crimes consist of intentional murder and intentional injury. Although there are opinions arguing that the provisions of attempting to commit omission crimes cannot be applied, in the majority of doctrine and in the practice of the Supreme Court, attempting to commit these crimes is considered possible. Crimes of omission are not suitable for attempt. There are differences of opinion regarding the moment at which the attempt should be initiated among the opinions that apparently accept that the provisions of attempt can be applied to crimes of omission.</i></p>

© Sorumlu Yazar/Corresponding uthor.

¹ Dr., Ankara Emniyet Müdürlüğü, kaslienver@gmail.com, Ankara, Türkiye.

<p>This article checked by  score: 5%</p>	<p>Unlike these views, a two-stage evaluation should be made in terms of attempts to commit seemingly omission crimes. In the first stage, an attempt should be made to determine the intent of the perpetrator in the incident, and if the intent can be determined, the provisions of attempt should be applied. If the intent of the perpetrator cannot be determined, criminal liability should be determined according to the outcome. In addition, the events and evaluations in the decision of the General Criminal Assembly E 2020/382, K 2022/345, dated 11.05.2022 were examined in terms of attempt to commission by omission crimes.</p>
<p>JEL Codes: K1, K3, K4.</p>	<p>Keywords: omission act, omission crime, attempt, commission by omission crime.</p>
<p> Makale/Article Doi: 10.52703/ay.212</p>	<p>EXTENDED ABSTRACT</p> <p>A crime must be an act or omission. Laws regulating criminal behaviors contain prohibitive or commanding provisions. Prohibitive norms prohibit certain behaviors and demand that these behaviors not be performed. When the prohibited behavior is performed, legally protected values are violated. Norms that command certain behaviors to be performed (mandatory) command that these behaviors be performed and demand that these behaviors be performed. When the commanded behavior is not performed, legally protected values are violated. The majority of crimes regulated in criminal laws are committed by violating prohibitive norms. Behaviors that violate prohibitive norms constitute executive crimes. Behaviors that violate imperative norms constitute crimes of omission. Since the general provisions of criminal law emerged by taking into account the intentional and executive acts that constitute the majority of crimes, there are different opinions as to whether the attempt included in the general provisions will be applied to omission crimes or not. In omission crimes, attempts are handled separately for "commission by omission crimes" and "omission crimes". In crimes of commission by omission crimes, there must be a guarantor status and equivalence condition. In crimes of apparent negligence, the perpetrator is under a special obligation to prevent a certain result from occurring, and therefore commits a crime because he did not prevent the result, even if he did not cause the result. Commission by omission crimes consist of intentional murder and intentional injury. Although there are opinions arguing that the provisions of attempting to commit omission crimes cannot be applied, in the majority of doctrine and in the practice of the Supreme Court, attempting to commit these crimes is considered possible. Crimes of omission are not suitable for attempt. There are differences of opinion regarding the moment at which the attempt should be initiated among the opinions that apparently accept that the provisions of attempt can be applied to crimes of omission. Unlike these views, a two-stage evaluation should be made in terms of attempts to commit seemingly omission crimes. In the first stage, an attempt should be made to determine the intent of the perpetrator in the incident, and if the intent can be determined, the provisions of attempt should be applied. If the intent of the perpetrator cannot be determined, criminal liability should be determined according to the outcome. In addition, the events and evaluations in the decision of the General Criminal Assembly E 2020/382, K 2022/345, dated 11.05.2022 were examined in terms of attempt to commission by omission crimes.</p>
<p>License:  This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License</p>	
<p>Atıf Nasıl Yapılır?</p>	<p>Kaşlı E. (2025). "İhmali Suçlara Teşebbüs", <i>Türk Dünyası Akademik Bakış Dergisi</i>, 5(9): 28- 46, DOI: http://dx.doi.org/10.52703/ay.210.</p>
<p>How to Cite?</p>	<p>Kaşlı E. (2025). "Attempt to Omission Crimes", <i>Journal of Turkic World Academic Perspective</i>, 5(9): 28- 46, DOI: http://dx.doi.org/10.52703/ay.210.</p>

GİRİŞ

Ceza hukukunun temel amaçlarından birisi kamu düzenini bozan suç fiillerini belirlemek ve bu fiilleri cezalandırmaktır. Suç, kanundaki tipe uygun haksızlık teşkil eden fiildir. Gerek Türk Ceza Kanununda (TCK) gerekse özel kanunlarda yer alan suç maddelerinde kesinlikle bir fiil unsuru bulunmaktadır. Fiile yer vermeyen bir suç maddesi olmayacağından dolayı suç bir anlamda fiilden ibaret olup suçun özünü fiil oluşturmaktadır (Öntan, 2021). Suç oluşturan

fiillerin büyük çoğunluğu icrai olarak işlense de toplum hayatında ihmale bağlı sorumluluğun kapsamı gün geçtikçe genişlemektedir (Keçelgil, 2023).

Ceza hukukumuzda esas alınan suç teorisine göre suçun unsurları; maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsuru olmak üzere üç kısımda incelenmektedir (Özgenç, 2022). İhmali suçlar konusu Türk hukukunda çoğunlukla suçun maddi unsurları içinde yer alan hareketin şekline göre icrai ve ihmali suçlar olarak ele alınmaktadır (Artuk vd. 2020; Hakeri, 2017; Karakehya, 2023). Ceza hukuku genel hükümleri, suçların çoğunluğunu oluşturan kasıtlı ve icrai fiilleri dikkate alarak ortaya çıktığından dolayı suç teorisinin temel kurumları olan nedensellik, teşebbüs ve iştirak gibi müesseselerin ihmali suçlar açısından özel olarak incelenmesi gerekmektedir (Koca ve Üzülmmez, 2023). İhmali suçlara teşebbüs hükümleri uygulanırken hem öğreti hem uygulamada farklı yaklaşımlar mevcut olduğundan dolayı bu çalışmada, öncelikle ihmali suçlar hakkında temel bilgiler verilecek, ardından ihmali suçlara teşebbüs incelenecektir.

1. İHMALİ SUÇLAR HAKKINDA TEMEL BİLGİLER

Bir suçtan bahsedilebilmesi için ilk önce icrai veya ihmali bir davranışın (fiil unsurunun)² varlığı gerekmektedir. Toplum hayatındaki ve teknolojideki gelişmeler, hukukun gelişimini etkilediği için kişilere yeni sorumluluklar da yüklemektedir. Bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesinden dolayı “ihmali suçlar” işlenmektedir. İhmal, Türkçe sözlükte “savsaklama, savsama, boşlama, önem vermeme” olarak tanımlanmaktadır (Hakeri, 2017)³. İhmali suçun odağındaki ihmali davranışın hangi durumda var olduğu öğretilerde tartışmalıdır. İhmali davranış, hem ontolojik hem normativist teoriler bakımından incelenmektedir. Ontolojik teorilere göre davranış, dış dünyada meydana gelmektedir, davranışın doğal sonuçları vardır ve davranışın gerçekliği, hukuki niteliğinden önce gelmektedir (Koca ve Üzülmmez, 2023). Ontolojik teoriler arasında sayılan doğal hareket teorisi, final hareket teorisi ve sosyal hareket teorisinin ihmali davranışa yönelik açıklamaları eleştirilmiştir. Bu teorilere karşılık olarak normativist teoriler öne sürülmüştür. Normativist teoriler, davranışı dış dünyadaki gerçeklik yerine ceza normundan kaynaklanan bir durum olarak görmektedir (Koca ve Üzülmmez, 2023). Ceza hukukunda kanunilik ilkesi gereğince kasıtlı ihmalden bahsedilebilmesi için ihmalin ontik varlığı yerine normatif değerlendirmeye ihtiyaç olduğu değerlendirilmektedir (Hakeri, 2017; Akbulut, 2020). Normatif teoriler de kendi içinde hangi normun esas alınacağı konusunda farklılaşmaktadır (Yurtlu, 2022). Dolayısıyla suçların icrai ve ihmali olarak ayırımında ceza kanunlarında

² Türk ceza hukukuyla ilgili eserlerde bazı kavramları ifade etmek için birden fazla terim kullanılabildiği görülmektedir. Bu terim çeşitliliği bazen kelimenin kökeninden, bazen tercüme farklılıklarından kaynaklanmakta bazen de kelimelere verilen anlamların kapsamının farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. İhmali suçlarla ilgili olarak fiil, hareket, davranış birbirini yerine veya birbirini kapsayacak şekilde kullanılabilmektedir. Çalışma kapsamında “ihmali davranış” tercih edilmiştir.

³ İhmal ile ilgili terminoloji sorunu hakkında detaylı bilgi için bkz. Erbaş, 2019.

düzenlenen davranışın niteliği dikkate alınması gerekir⁴. Suç oluşturan davranışları düzenleyen kanunlar, yasaklama veya emretme hükümleri içermektedir (Hakeri, 2003). Yasaklama içeren (yasaklayıcı) normlar belirli davranışların yapılmasını yasaklamakta, bu davranışların yapılmaması istenmektedir. Yasaklanan davranış yapıldığında hukuken korunan değerler ihlal edilmektedir. Belirli davranışların yapılmasını emreden (emredici) normlar ise bu davranışların yapılmasını emretmekte, bu davranışların yapılması istenmektedir. Emredilen davranış yapılmadığında hukuken korunan değerler ihlal edilmektedir. Ceza kanunlarında düzenlenen suçların çoğunluğu yasaklayıcı normların ihlaliyle işlenmektedir (Özbek vd., 2021; Sevük, 2020). Yasaklayıcı normları ihlal eden davranışlar, icrai suçları oluşturmaktadır. Emredici normları ihlal eden davranışlar ise ihmali suçları oluşturmaktadır (Dönmezer, 1994). İcrai ve ihmali suç ayrımında icrai ifadesi yerine olumlu, müspet, pozitif kelimeleri, ihmal ifadesi yerine ise olumsuz, menfi, negatif kelimeleri de kullanılabilir (Hakeri, 2006).

İhmali davranış, emredilen davranışın yapılmaması (Sevük, 2020) veya hareket edilmesi gereken yerde hareket etmeme (Demirbaş, 2021) olarak tanımlanabilir. İhmali suçun oluşmasında garantörlük koşulu ve netice aranıyorsa ihmali davranış, önleme yükümlülüğü olmasına rağmen neticenin iradi olarak engellenmemesi olarak da tanımlanabilir (Centel vd., 2017). Dolayısıyla normatif teoriler içinde ihmali, hukuken yapılması gereken hareketin yapılmaması şeklinde kabul etmenin doğru olacağı kanaatindeyim. İhmali suçların ortaya çıkışında normatif belirleme büyük önem taşımaktadır. Kasten işlenen suçlar bakımından davranışın yapılmasına yönelik norma esas olarak ise sadece kanunun, kanunda açıkça izin verilen durumlarda ise kanun dışındaki diğer düzenleyici işlemler veya sözleşmenin yükümlülük kaynağı olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla ihmali hareketin özünde belirli bir şekilde davranma yükümlülüğü olmasına rağmen fail, kanunun istediği doğrultuda davranmadığı için suç oluşmaktadır (Soyaslan, 2018). İhmali suçlar öğretilerde kendi içinde "görünüşte ihmali suçlar" ve "gerçek ihmali suçlar" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

2. İHMALİ SUÇLARA TEŞEBBÜS

Bir suç işlenirken "suç yolu" olarak kavramsallaştırılan bir süreçten geçilmektedir (Aydın, 2006; Sözüer, 1994). Neticeli suçlar bakımından bu süreç; suç düşüncesi, hazırlık hareketleri, icra hareketlerine başlama ve neticenin gerçekleşmesi aşamalarından oluşmaktadır (Özbek vd., 2021). Kişinin zihninde bir suç işlemeyi planlaması veya bağımsız bir suç oluşturmadığı sürece bir suç işlemeye hazırlanması ceza hukuku bakımından sorumluluk doğurmamaktadır. Ceza hukukuna göre kanuni tipteki davranışın icrasına

⁴ Bir fiilin icrai veya ihmali olarak gerçekleştirildiği belirlenirken çok sayıda kriteri uygulamak mümkün olsa bile bu ayrım yapılırken birçok zorluk bulunmaktadır. Bkz. Yurtlu, 2022.

başlandığı andan neticenin ortaya çıktığı ana kadarki süreç teşebbüs olarak kabul edilmektedir. Suçun kanuni tipteki neticesi gerçekleştiği anda suç tamamlanmış olmaktadır. Fail, kanuni tipteki davranışı tamamlayamamış ve davranışını tamamlamış olmasına rağmen elinde olmayan sebeplerle netice gerçekleşmemiş ise suç teşebbüs aşamasında kalmaktadır (Koca ve Üzülmöz, 2023). Sırf hareket suçlarında ise davranış kısımlara ayrılabilirse teşebbüs kabul edilmekte (Yurtlu, 2022), davranış bir anda gerçekleşiyorsa suç o anda tamamlandığı için teşebbüs hükümleri uygulanmamaktadır. Kanunlarda suçların tamamlanmış halinin cezalandırılması düzenlendiği için teşebbüs hükümleri olmasaydı bu fiiller cezalandırılmazdı (Sözüer, 1994). Dolayısıyla suça teşebbüs hükümleri, ceza sorumluluğunu genişletmektedir (Aydın, 2006). Suça teşebbüs durumunda fail kasıtlı suçu tamamlamak için hareket etmesine rağmen elinde olmayan başka nedenlerden dolayı suçu tamamlayamamakta, bu durumda kişiye tamamlanmış suça oranla daha az bir ceza verilmektedir (Yargıtay CGK, 2022).

TCK m.35'deki "kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur" hükmünde "...doğrudan doğruya icraya başlayıp..." ifadesi, teşebbüsü icrai suçları esas olarak tanımladığından dolayı bu hükmün ihmali suçlarda uygulanıp uygulanmayacağını tartışmalı hale getirmektedir (Akyürek, 2014; Akbulut, 2020). Teşebbüs dahil olmak üzere ceza hukuku genel hükümleri, suçların çoğunluğunu oluşturan kasıtlı ve icrai fiilleri dikkate alarak ortaya çıktığından dolayı ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, teşebbüs hükümleri uygulanacaksa teşebbüsün hangi andan itibaren başlayacağı konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır.

İhmali suçlara teşebbüs konusu değerlendirilirken ilk önce suç oluşturan davranışın ihmali veya icrai niteliğinin belirlenmesi gerekir.⁵ Görünüşte ihmali suçlar açısından davranışın icrai veya ihmali olarak nitelendirilmesi ceza hukuku sorumluluğu bakımından büyük önem taşımaktadır. Davranışın ihmali olduğu belirlendikten sonra ihmali suçun görünüşte veya gerçek ihmali suç olup olmadığına bakılması gerekir. Gerçek ihmali suçlarda suç oluşturan ihmali davranış kanunda tanımlandığı için suç davranışın icrai veya ihmali olarak nitelendirilmesi görünüşte ihmali suçlarda karşılaşılan önemli bir sorundur (Koca ve Üzülmöz, 2023).

⁵ Suç oluşturan fiilin icrai veya ihmali nitelikte olmasıyla ilgili olarak değerlendirilmesi gereken birçok husus vardır. Suç oluşturan fiilin önce icrai hareketle işlenmeye başlaması, devamında ihmali hareketle devam edilmesi durumunda, örneğin yeni doğmuş bir bebeğin beze sarılarak boş bir arsaya bırakılması olayında failin sorumluluğunda, icrai hareket mi ihmali hareket mi esas alınacağı belirlenmesi gerekir. Cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketle ile failin kendisinin neden olduğu tehlikeden kaynaklanan garantörlük yükümlüğünün de ayırt edilmesi gerekir. Başka bir ihtimal ise icrai olarak işlenen taksirli bir suç ile kasten işlenen görünüşte ihmali suçun ayırt edilmesi gerekir. Son olarak icrai terk suçuyla ihmali davranışla öldürme ve yaralama arasında bir ayırım yapılması gerekir. Detaylı bilgi için bkz. Erbaş, 2019.

2.1. Görünüşte İhmali Suçlara Teşebbüs

Görünüşte ihmali suç kavramı yerine nitelikli ihmali suç, ihmal suretiyle icra suçları, gerçek olmayan ihmali suç, garantörsel ihmali suç ifadeleri de kullanılabilir (Gündoğdu, 2022)⁶. Görünüşte ihmali suçların kaynağı, icrai davranışla işlenen suçların ihmali davranışla da işlenebileceğinin kabul edilmesidir (Özgenç, 2022; Sevük, 2020). İcrai suçlarla mukayese edildiğinde görünüşte ihmali suçlarda, faillik ve nedensellik unsuru incelenirken normatif değerlendirme yapılması zorunludur. Görünüşte ihmali suçlarda garantörlük durumu ve eşdeğerlik koşulunun bulunması gerekir. Görünüşte ihmali suçlarda fail, belirli bir neticenin gerçekleşmesini önleme hususunda özel bir yükümlülük altında olduğu için neticeye kendisi neden olmasa bile neticeyi önlemediği için suç işlemektedir (garantörlük durumu). Görünüşte ihmali suçlarda davranış, ihmali olarak işlenmesine rağmen ortaya çıkan netice icrai hareketle işlenen suç neticesiyle aynıdır (eşdeğerlik koşulu) (Koca ve Üzülmüş, 2023). TCK'daki düzenlemeye göre eşdeğerlik koşulu, garantörlükle açıklanmaktadır. Bu iki koşulun bulunmadığı ihmali suçlar, görünüşte ihmali suç olarak kabul edilmemesi gerekir.

Görünüşte ihmali suçların unsurları; maddi unsurlar, manevi unsurlar, hukuka aykırılık unsuru olarak incelenmektedir. Maddi unsurlar; yükümlü olduğu halde neticeyi engellememe, ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer sayılması, nedensellik, fail açısından garantörlükten oluşmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda (ilerleyen kısımlarda açıklanacağı üzere TCK m. 83 ve m. 88'deki suçları kabul ettiğimiz için) manevi unsur kasttan oluşmaktadır. Hukuka aykırılık unsuru bakımından tüm nedenler hukuka uygunluk sebebi geçerli olmakla birlikte "yükümlülüklerin çatışması"⁷ da hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmektedir. Kusurluluk bakımından ise yükümlülüğe uygun hareketin şahsi olarak "beklenebilirliği" önem taşımaktadır. Failin sorumlu tutulabilmesi için yükümlülüğe uygun hareket failden beklenebilir (davranış kabiliyeti) olmalıdır. Beklenebilirlik ise objektif ve sübjektif olarak incelenmektedir (Erbaş, 2019). Objektif hareket kabiliyeti, suçun maddi unsurları içinde değerlendirilirken, sübjektif hareket kabiliyeti kusurluluk kapsamındadır. Olayda imkânsız bir garantörsel yükümlülük varsa, garantörden olaya müdahale etmesi beklenemiyorsa yükümlülüğün kalktığı kabul edilmektedir (Öztürk ve Erdem, 2014). Dolayısıyla ceza muhakemesinde de ihmali davranışla işlenen suçlarda failin neyi yapmadığı belirlenmeli ve ispatlanmalıdır (Hakeri, 2003).

Görünüşte ihmali suçlarda fail, neticenin gerçekleşmesini önlemek için hukuken yükümlülük altında olmasına rağmen bu yükümlülüğe aykırı hareket etmekte ve ortaya maddi

⁶ Görünüşte ihmali suçlar failin belirli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında olduğu ve bu ihmalinin, kanunen ihmale bağlı ortaya çıkan neticenin icrai hareketle işlenen suç neticesiyle eşdeğer görüldüğü suçları ifade etmektedir. Ayrıca görünüşte ihmali suç ile ilgili terminoloji sorunu hakkında detaylı bilgi için bkz. Erbaş, 2019.

⁷ Failin aynı anda (en az) iki yükümlülüğü bulunuyorsa failden bu yükümlülükleri aynı anda yerine getirmesi beklenemez.

bir netice de çıkmaktadır. Görünüşte ihmali suçların sayısı konusunda öğretide farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre görünüşte ihmali suçlara ilişkin genel hüküm bulunmaması nedeniyle görünüşte ihmali suçların sayısı sınırlıdır (Artuk vd. 2020; Özbek vd., 2021). Diğer bir görüşe göre ise görünüşte ihmali suçların sayısı sınırlı değildir⁸. Kanaatime göre sadece kasten öldürme (TCK m. 81) ve kasten yaralama (TCK m. 86) suçlarında garantörlük ve eşdeğerlik koşulu düzenlendiğinden ihmali davranışla işlenen kasten öldürme (TCK m. 83) ve yaralama (TCK m. 88) suçları görünüşte ihmali suçlardır(Yargıtay CGK, 2022; Demirbaş, 2021)⁹. Görünüşte ihmali suçları oluşturan ihmali davranışla işlenen kasten öldürme ve yaralama suçları, bu suçların temel haline etki eden bir sebep veya cezada artırım ya da indirim sebebi olarak değil öldürme ve yaralama suçlarının özel bir işleniş şekli olarak cezalandırılmaktadır. İşkence suçuyla ilgili TCK m. 94/5'teki düzenlemede yer alan "ihmal" kavramı ise kanun gerekçesinden anlaşılacağı üzere aslında görevini ihmal eden kolluk amirlerinin, astları tarafından işlenen işkence suçundan cezalandırılması için konulmuş özel bir düzenlemedir. Zira bu düzenleme TCK m. 83 ve m. 88'deki gibi ne eşdeğerlik koşulu ne garantörlükle ilgili bir koşul içermemektedir. İşkence suçunu tanımlayan ilk fıkraya göre işkence suçunu oluşturan fiiller icrai nitelikte sayılmaktadır, ihmali davranışla ilgili olarak "Bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, ..." ifadesi ise işkence suçuyla ilgili olarak görevini ihmal edenlerin cezalandırmasını hedefleyen özel bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerekir (örneğin TCK m. 251 gibi düzenlenseydi daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir), aksi halde bu fıkra failin yerine getirmesi gereken yükümlülüğü açıklamadığı için kanunilik ilkesine aykırı olarak değerlendirmek gerekir. Dolayısıyla işkence suçunun ihmali hareketle işlenmesi, görünüşte ihmali suç değildir. Ancak kanundaki düzenlemenin yetersiz ve belirsiz olduğunu ifade etmek gerekir. Aynı şekilde gerçek ihmali suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinde belirli neticelerin aranması da (TCK m. 98/2 gibi) bu suçları görünüşte ihmali suç haline getirmediği kanaatindeyim. TCK m. 98/2'de tanımlanan suçlarda, garantörlük ve eşdeğerlik koşulu aranmadığından dolayı gerçek ihmali suçlardan farklı olarak netice koşulunun aranması bu suçları görünüşte ihmali suç haline getirmemektedir.

Görünüşte ihmali suçlarda, ihmali davranışın suç olarak cezalandırılması için failin garantörlükten kaynaklanan yükümlülüğünün bulunması gerekir. Garantörlüğün kanunda yapılması emredilen fiilden kimlerin sorumlu tutulacağı hususunda sınırlayıcı bir işlevi vardır (Hakeri, 2017). Garantörlükten dolayı aynı olay karşısında garantör olan ile olmayan arasında ceza hukuku sorumluluğu değişmektedir. İhmali suçlarda garantörlük durumu, istenmeyen

⁸ Bu görüşlerle alakalı detaylı bilgi için bkz. Akbulut,2020:282; Türay, 2020.

⁹ Görünüşte ihmali suçların sınırlı sayıda olup olmadığına ilişkin görüşler için bkz. Erbaş, 2019; İşkence suçuna ilişkin değerlendirmelere bir önceki başlıkta yer verilmiş olduğundan tekrar edilmemiştir. Benzer değerlendirme için bkz. Özbek vd., 2021.

neticeyi önleme imkânına sahip olan herkes yerine sadece garantörlerin sorumlu olmasını sağlamaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda sadece garantör olan bir kimse fail olabileceğinden dolayı bu suçlar aynı zamanda gerçek özgü suçlardır (Erbaş, 2019: 98). Görünüşte ihmali suçlarda failin yükümlülüğü; kanundan, sözleşmeden veya failin kendisinin neden olduğu tehlikeli durumdan kaynaklanmaktadır. Hukukumuzda örf, âdet veya ahlak kurallarından kaynaklanan yükümlülükler kişiye garantörlük yükümlülüğü getirmemektedir (Artuk vd. 2020; Özgenç, 2022). Kanundan kaynaklanan garantörlük yükümlülüğüne; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 335'deki koruma ve gözetim yükümlülüğü, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu m. 1-2'deki kamu düzenini koruma, suçu önleme ve suça el koyma görevi, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 4'deki işverenin yükümlülükleri örnektir. Sözleşme ilişkisi de garantörlük yükümlülüğü doğurabilir. Sözleşme ilişkisi yerine daha geniş bir anlama sahip olan gönüllü üstlenme de kullanılabilir¹⁰. Sözleşme ilişkisinden kaynaklanan garantörlükte önemli olan kişilerin normalde yapmayacakları tehlikeli faaliyetleri garantöre duyduğu güven nedeniyle yapmasıdır (Koca ve Üzülmöz, 2023; Türay, 2020). Failin kendisinin neden olduğu tehlikeli durumdan kaynaklanan garantörlük¹¹ durumunda fail, davranışından kaynaklanan tehlikeleri önlemekle yükümlüdür. Öngelen tehlikeli davranış taksirli veya kusursuz da olabilir (Koca ve Üzülmöz, 2023; Öztürk ve Erdem, 2014; Akbulut, 2020).

Görünüşte ihmali suçlarda fail, yükümlü olduğu halde neticeyi engellemediği için sorumludur (Erbaş, 2019). Görünüşte ihmali suçlarda icrai bir davranışa bağlı olarak ortaya çıkabilecek kanuni tipteki netice, ihmali bir davranıştan dolayı gerçekleştiğinden dolayı failin gerçekleşen neticeden ceza hukuku bakımından sorumlu tutulabilmesi için ihmali davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulması şarttır. İcrai suçlarda davranışın gerçekleşmesiyle birlikte netice açısından nedensellik ilişkisi başlamaktadır. Nedensellik bağı, icrai suçlarda doğal (Özgenç, 2022; Koca ve Üzülmöz, 2023) olarak tespit edilebilirken görünüşte ihmali suçlara ilişkin tartışmalarda “nedensellik bağı” kurulup kurulamayacağı, kurulacaksa hangi görüşün benimseneceği önemli bir yer tutmaktadır. Çünkü görünüşte ihmali suçlarda fail, neticeyi doğuran süreci bizzat başlatmamaktadır. Fail, bu sürece müdahale etmediği için sorumlu tutulmaktadır (Hakeri, 2003). İhmali suçlarda gerçek anlamda bir nedensellik olmadığı kabul edilmektedir (Özgenç, 2022; Hakeri, 2003). Her ne kadar ihmal

¹⁰ Alman ve İngiliz hukukunda “yakın yaşamsal ilişkiler” ve “gönüllü üstlenme” açıkça kabul edilmesi rağmen TCK'da yer almamaktadır. Ayrıca gönüllü üstlenme, sözleşmeden farklı olarak karşılıksız yapıldığı için gönüllü üstlenmenin sözleşme kapsamında olup olmadığı tartışmalıdır.

¹¹ Failin kendisinin neden olduğu tehlikeli durumdan kaynaklanan garantörlük durumu için birçok eserde ve Yargıtay kararında trafik kazaları örnek verilmektedir. Ancak trafik kazalarında failin garantörlüğü, failin kendisinin neden olduğu tehlikeli durumdan kaynaklanmamakta aksine kanundan kaynaklanmaktadır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 82'ye göre “Karayollarında meydana gelecek trafik kazalarına hemen el konmasını, ölü ve yaralıların taşınmasını veya yaralıların tedavisini veya sanıkların yakalanmasını sağlamak için, kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücülerini kaza mahallinde ilk yardım önlemlerini almaya ve en yakın zabıtaya veya sağlık kuruluşuna haber vermeye ve yetkililerin talebi üzerine yaralıları en yakın sağlık kuruluşuna götürmeye ... zorunludurlar” denilmektedir.

suçlarda doğal nedensellik olmasa da normatif olarak nedensellik değerlendirmesinde rizikonun azaltılması teorisine göre nedensellik ilişkisinin incelenmesi mümkündür. Rizikonun azaltılması teorisine göre fail, yükümlülüğe uygun hareket etseydi neticenin ortaya çıkma ihtimali azalıyorsa ihmali davranış netice bakımından nedenseldir (Yurtlu, 2022), fail kasıtlı ihmalden dolayı sorumludur. Görünüşte ihmali suçlarda kanunun amacı, garantörü yükümlülüğe uygun hareket etmesini sağlamak şeklinde kabul edildiğinde mağdurun korunması için rizikonun azaltılması teorisine göre nedensellik bağı kurulmasının uygun olacağı kanaatindeyim. Hukuk normları tarafından emredilen davranış yapılmış olsaydı bile kanuni tipe uygun neticenin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği de objektif isnadiyet kapsamında değerlendirilmesi gerekir. İcrai davranış yapılmış olsaydı bile netice gerçekleşeceği “kesine yakına bir şekilde” değerlendirilebiliyorsa ihmal nedeniyle oluşan sorumluluğun faile objektif isnadiyet mümkün değildir (Koca ve Üzülmöz, 2023). Örneğin bir trafik kazasına neden olan fail, olay yerinden kaçması durumunda yaralanan kişi kısa bir süre içinde ölmüşse ve failin bu süre içinde mağduru zaten hastaneye götürmesi mümkün değilse, bu netice TCK m. 83 bağlamında faile objektif olarak isnat edilemez. Neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi için “netice failin eseri olmalıdır” denilebilmelidir (Yargıtay 16 CD, 2019; Yargıtay 16 CD, 2020).

Teşebbüs, failin kanuni tipteki neticeyi ortaya çıkarmak için elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle suçu tamamlayamaması halidir. İcrai suçlarda failin hareketlerinin suç işlemeye elverişli olup olmadığı veya failin hareketlerinin hazırlık hareketi mi icra hareketi mi olduğu, ortada bir hareket olduğu için ihmali harekete kıyasla daha kolay değerlendirilebilmektedir. İhmali suçlarda ise suç yolunun başından sonuna kadar sadece ihmali davranış bulunmaktadır. Dolayısıyla ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı, teşebbüs hükümleri uygulanacaksa teşebbüsün hangi andan itibaren başlayacağı konusundaki tartışmalara değinmek gerekir.

İlk olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki görüşlere değinmek gerekir. Öğretideki baskın görüş, görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Bu suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını savunan görüşlerin bazılarına değinmek gerekir. İlk görüşe göre TCK'da düzenlenen teşebbüse ilişkin hükümler, sadece icrai suçlarda uygulanabilir. Görünüşte ihmali suçlar bakımından ihmale bağlı olarak suç oluşturan bir netice çıkmadığı sürece teşebbüsün cezalandırılması mümkün değildir. Örneğin bir hastaya kasten müdahale etmeyen doktorun yerine başka bir doktor müdahale ederse, görevini ihmal eden doktor bakımından kasten öldürmeye suçuna teşebbüs oluşmaz, ancak hasta sakatlanmışsa, organ kaybı yaşamışsa ortaya çıkan neticeden dolayı hastaya müdahale etmeyen doktor kasten yaralama suçunu ihmali davranışla işlemekten sorumlu olur (Özgenç, 2022). Görünüşte ihmali suçlara

teşebbüsün mümkün olmadığını savunan diğer bir görüşe göre ise failin neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradi davranışı olmadığı, ihmali suçlarda neticeyi meydana getiren nedensellik sürecine hakim olmadığı, fail çoğu zaman başkaları tarafından başlatılan nedensellik sürecine müdahale etmemekten sorumlu tutulacağı için bu suçlarda failin ihmali nedeniyle ortaya bir netice çıkmadığı sürece teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir (Koca ve Üzülmöz, 2017; Akbulut, 2020). Bununla birlikte ihmali davranışlarda failin amacı net olarak tespit edilemediğinden dolayı görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsü cezalandırmak, bir tür failin niyetini okumak anlamına gelmektedir (Palut, 2019).

Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olduğunu kabul eden görüşler ise bu suçlarda suçun oluşması için ihmalin yanı sıra netice de arandığı için bu suçlarda ihmali davranışa rağmen neticenin tesadüfen veya başka birinin müdahalesi nedeniyle ortaya çıkmaması durumunda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmektedir (Özbek vd., 2017; Sevük, 2020; Hakeri, 2017). Başka bir görüşe göre ise ihmali davranış icrai davranışa eşdeğer olduğu için görünüşte ihmali suçlara teşebbüs mümkündür (Akyürek, 2014). Yine ihmali suçlar açısından sadece gerçek ihmali suçların teşebbüse elverişli olmadığı (Özbek vd., 2021; Demirbaş, 2021), görünüşte ihmali suçlarda netice ortaya çıkması beklendiği için teşebbüsün mümkün olduğu (Soyaslan, 2016) ifade edilmektedir.

Görünüşte ihmali suçlarda bir netice ortaya çıkması gerektiğinden dolayı failin ihmalinin başlangıcı ile neticenin ortaya çıkmasının engellendiği ana kadar teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Bu yaklaşıma göre görünüşte ihmali suçlarda ihmali davranış icrai davranış yerine değerlendirilerek teşebbüs hükümleri uygulanmaya çalışılmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olduğunu kabul edildiğinde ortaya teşebbüsün başlangıcıyla ilgili sorun çıkmaktadır (Hakeri, 2017; Koca ve Üzülmöz, 2023).

İkinci olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini kabul eden görüşlere göre ihmali davranışın hangi andan itibaren teşebbüs sayılacağına ilişkin teorilere değinmek gerekir. İhmali suçlarda teşebbüs anının ne zaman başladığının belirlenmesi önemli bir tartışmadır. Hem teşebbüs kabul edilebilecek zaman dilimi hem de suçun tamamlanma anı aynı ihmal ile geçmektedir.

• **Mümkün olan ilk anı kabul eden görüş:** bu görüşe göre garantör, neticenin önlenmesi için gerekli müdahaleyi ihmal ettiği ilk anda suça teşebbüs etmektedir (Hakeri, 2006). Neticenin önlenmesi için müdahalenin mümkün olduğu ilk an, aynı zamanda son an da olabilir (Tozman, 2009; Artuk vd. 2020) denilmekteyse de fail, ihmali davranışından sonraki bir zaman diliminde yükümlülüğünü yerine getirerek tehlikeyi veya zararı önleme imkanına sahip olabilir. Bu teori ihmali davranışın başlangıcını çok erken başlattığı, herhangi bir tehlike koşulu

da gözetmediği için ihmalden kaynaklanan sorumluluğu belirsiz bir şekilde genişlettiği için eleştirilmektedir (Hakeri, 2003).

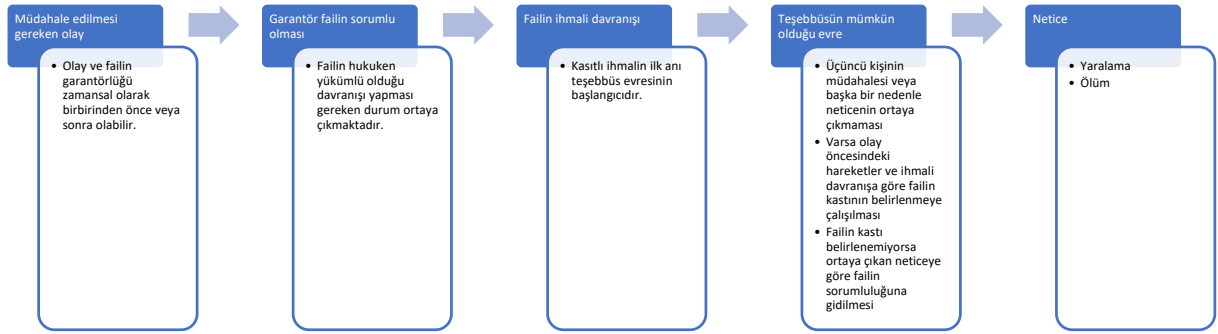
- **Mümkün olan son anı kabul eden görüş:** bu görüşe göre garantör, neticenin önlenmesi için gerekli müdahaleyi ihmal ettiği son anda suça teşebbüs etmektedir (Hakeri, 2003; Artuk vd. 2020). Bu görüş kabul edildiğinde gönüllü vazgeçme mümkün olmayacağı için ceza hukuku dogmatığı yönünden yeni bir sorun çıkmaktadır (Tozman, 2009). Ayrıca garantörlük görevi son ana kadar beklemeyi değil yakın tehlikeye de müdahale etmeyi kapsadığı için eğer kişinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi son ana kadar cezalandırılmayacaksa suç ile korunan değer açısından büyük bir risk alınmaktadır.

- **Tehlikenin doğduğu anı kabul eden görüş:** bu görüşe göre ihmali davranış, suçun konusunu doğrudan doğruya tehlike düşürdüğünde veya mevcut tehlike arttığında teşebbüs anının başlayacağı kabul edilmektedir (Hakeri, 2003; Artuk vd. 2020). Bu teorinin dayanak noktası garantörün imkanı varsa tehlikenin ortaya çıkmasına kadar ki evrede olaya müdahale etmesini beklemesi olsa da tehlikenin doğduğu anı belirlemek zor olduğu için bu kriterin uygulanmasında da bir çok belirsizlik mevcuttur (Hakeri, 2003). Başka bir görüş de Alman hukukçu Roxin'e aittir. Roxin tarafından öne sürülen görüşe göre ise teşebbüs açısından olayı iki aşamalı olarak değerlendirmek gerekir. İlk aşama failin olayı hakimiyeti altında tuttuğu durumlardır, bu durumlar suça hazırlık hareketi olarak değerlendirilmektedir. İkinci aşama ise failin olay sürecini hakimiyetinden çıkardığı andır ve teşebbüs bu anda başlamaktadır (Hakeri, 2003; Sevük, 2020). Bu suçun neticesinin daha sonra ortaya çıkacak olması veya failin sonradan yapacağı müdahaleler teşebbüs halini değiştirmeyecektir (Tozman, 2009). Bu görüşte hakimiyet alanında bulundurma ve çıkarma kavramlarının belirsizliği nedeniyle, ihmali suç olayında hakimiyet alanından çıkarma halinin mevcut olmadığı durumlarda ne olacağı ve hakimiyet alanından çıkarmanın ilk anının teşebbüs olarak kabul edilmesi de doğrudan doğruya tehlike ile eşdeğer görüldüğü için eleştirilmektedir.

Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs hükmünün uygulanabileceği kanaatindeyim. Garantör failin, müdahale etmesi gereken olayla ilgili olarak kasıtlı ihmali davranışının başladığı anı, teşebbüs anının başlangıcı kabul etmek gerekir. İhmali davranışın başladığı an ile teşebbüs anı kabul edilen zaman arasındaki zaman dilimi de rizikonun artırılması teorisine göre değerlendirildiğinde kanundaki tipik neticeye yönelik riskin artmadığı anlaşılıyorsa fiil ve netice arasında nedensellik bağı kurulamayacağına dolayı herhangi bir ceza verilmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla failin kasıtlı olarak ihmali davranışı gerçekleştirdiği belirlenebiliyorsa teşebbüs anının ihmalin gerçekleştirildiği ilk andan başlatılması, failin cezai sorumluluğunu genişletmemektedir. Bu durumda da failin kastının tespiti gerekmektedir.

Dolayısıyla öğretideki görüşlerden farklı olarak görünüşte ihmali suçlara teşebbüs bakımından iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerekir. İlk aşamada olayda failin kastı belirlenmeye çalışılmalı, kast belirlenebiliyorsa teşebbüs hükümleri uygulanmalıdır. Failin kastı belirlenemiyorsa ortaya çıkan neticeye göre ceza sorumluluğu belirlenmelidir. Öldürme ve yaralama suçlarında failin kastının belirlenmesindeki zorluk da sadece ihmali suçlar için geçerli olmayıp icrai davranışla işlenmesi halinde de geçerlidir. Failin ihmalinin başladığı an ile neticenin ortaya çıkmasını engellendiği ana kadar geçen zamanda failin kastı tespit edilebiliyorsa (kasten öldürme veya kasten yaralama) bu kasta göre teşebbüsten sorumluluk kabul edilmelidir. Failin kastının belirlenemediği durumlarda ise olayın koşullarına göre ortaya çıkan neticeye göre cezai sorumluluğun belirlenmesi gerekir. Ayrıca ihmali suçlarda failin kastının belirlenmesi, görünüşte ihmali suçlar ile gerçek ihmali suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri arasındaki ayırım için de önemlidir.

Tablo 1: İhmali Suça Teşebbüs Değerlendirmesi



Kaynak: Yazar tarafından oluşturulmuştur.

Yargıtay uygulamasında da görünüşte ihmali suçlara teşebbüs mümkün görülmektedir. Görünüşte ihmali suçlara teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi için şu şartların bir arada bulunması gerekir:

- Fail garantör olmalıdır (failin eylemi gerçekleştirdiği esnada garantör konumunda bulunduğu tartışmaya yer vermeyecek derecede kesin ve net bir şekilde belirlenmesi gerekir),
- Garantör konumundaki failin kastettiği neticeye ulaşma saikiyle ihmal suretiyle icra hareketlerine bilinçli olarak başlamış olması gerekir,
- Failin ihmaline rağmen istediği neticenin elinde olmayan bir nedenle gerçekleşmemesi gerekmektedir (Yargıtay CGK, 2015; Yargıtay CGK, 2022).

Ceza Genel Kurulu'nun E 2020/382, K 2022/345, 11.05.2022 tarihli kararına konu olayda; sanık bir TV kanalındaki ilanlar aracılığı ile tanıştığı maktul ile telefonla görüşmeye ve

mesajlaşmaya başlamıştır, sanık maktul ve oğlunu 08/02/2009 tarihinde arabasına bindirip bir ya da iki gün belirlenemeyen bir yerde rızaları ile kaldıktan sonra köy sınırları içerisinde kalan ormanlık alana maktul ve mağduru götürerek burada mağdurun gözü önünde maktul ile cinsel ilişkiye girmiştir, daha sonra maktulü darp ederek ve belirlenemeyen bir zorlamalı ölüm yöntemi uygulayarak maktulü öldürmüştür, daha sonra maktulün üzerinde bulunan yaklaşık 6.000TL para ile 5 adet altın bileziği de gasp etmiştir. Sanık, yaşı küçük mağduru; ormanlık alanın yerleşim yerlerinden uzak olmasına ve mevsimin kış olmasına, mağdurun bırakıldığı yer ve iklim koşulları dikkate alındığında tamamen savunmasız durumda kalacak olmasına rağmen olay yerinde bırakarak ayrılmış, mağdur bırakıldığı ormanda tek başına kaldıktan sonra donmak üzere iken tesadüfen olay yerine gelen avcılar tarafından görülerek hemen hastaneye götürülüp tedavisi yaptırılmıştır. Oluşa göre maktulün ormana giderken baygın olduğu, ancak ölüm anının ormanlık alanda mı yoksa ormana bırakılmadan önce mi gerçekleştiğinin dosya kapsamından tam olarak tespit edilemediği, henüz 6 yaşında olan ve beden bakımından kendisini koruyamayacak durumdaki çocuğun mevsim şartlarına göre soğuk hava koşullarında, ormanlık ve kırsal bir alanda yanında baygın vaziyette bulunan annesi ile birlikte terk edildiği, ancak mağdur çocuğun ölmediği, donmaya yakın derecede üşümüş vaziyette ormanda bulunduğu, dosyada mevcut adli muayene raporuna göre mağdur çocuğun hayati tehlike geçirmeyecek derecede fakat bedensel ve ruhsal olarak yaralandığı tespit edilmiştir. Dosyada merciler arasında, karşı oylar dahil, olayın hukuki niteliğinin ihmali davranışla kasten yaralama suçu mu yoksa ihmali davranışla öldürmeye teşebbüs mü kabul edileceği hususunda farklı değerlendirmeler yapılmıştır. Yapılan değerlendirmelerde öne sürülen nedenler şöyledir:

- Olayı ihmali davranışla kasten yaralama suçu olarak değerlendiren çoğunluk görüşüne göre; mağdur çocuk ölmemiş, donmaya yakın derecede üşümüş vaziyette ormanda bulunmuş, dosyada mevcut adli muayene raporuna göre mağdur çocuğun hayati tehlike geçirmeyecek derecede fakat bedensel ve ruhsal olarak yaralandığı tespit edilmiştir. Sanığın maktul ve mağduru ormanda terk edip gittiği sırada maktulün ölü olduğunu bilip bilmediği, yanındaki çocuğun annesi veya çevredekiler tarafından kurtarılıp kurtarılamayacağını öngörüp öngörmediğine dair kesin bir delil de ortaya konulamadığı için sanığın lehine yapılacak yorumla mağdur çocuğun ölüme terk edilmek suretiyle değil de annesi veya bir başkası tarafından kurtarılabileceği ümidiyle terk edildiğinin kabulü gerektiği değerlendirilmiştir. Sanığın mağdur çocukla arasında kanundan veya sözleşmeden kaynaklı bir garantörlük yükümlülüğünün bulunmadığı, sanığın maktul ...'ı baygın bir şekilde ormana bırakması eyleminin, mağdur ...'a karşı önceden gerçekleştirdiği hayati tehlike arz eden ve bu nedenle sanığın üzerine annesini yitirmiş olması nedeniyle velayet bağı kalmamış çocuğun gözetimi ve korunması yönünde garantörlük yükleyen bir davranış olarak yorumlanması için ise mağdur çocuğun annesinin

ölümünün bu terk edip gitme eylemi öncesinde gerçekleştiğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde ispatlanması gerektiği, sanığın mağdura karşı ihmal suretiyle (pasif olarak) başlattığı ancak elinde olmayan nedenle sonuçlandıramadığı bir eylemden bahsedebilmek için garantörlüğün bu terk eylemi öncesinde başladığının ispatının yanı sıra sanığın kastının mağdur çocuğu ölüme terk etmek olduğunun ve bu kastla ihmal suretiyle icra hareketlerine başladığının da açıkça ispatlanması gerektiği, fakat anneyi baygın hâlde bırakan ve ölüp ölmediği hususunda o anda bilgi sahibi olduğu tam olarak ispatlanamayan sanığın bu kastla hareket ettiğinin de ispatlanamadığı ifade edilmiştir.

- Olayı ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüs suçu olarak değerlendiren azınlık görüşe göre; sanık, maktul ile birlikte mağduru da suçun işlendiği yere götürmüştür, suç yerinin yerleşim yerlerinden uzak olduğu, mevsimin kış olduğu, mağdurun yaşı itibarıyla böyle bir yerde kendisini koruyacak durumda olmadığı veya hayatını idame ettiremeyeceği sanık tarafından bilinmektedir. 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 ifade edilmiştir.

Bahse konu karar ışığında bir değerlendirme yapıldığında görünüşte ihmali suçlarda teşebbüs aşamasında kalan suçlar bakımından ihmalin TCK m.83 mü yoksa m.88 kapsamında kaldığı hususu önemli bir dönüm noktasıdır. İhmal neticesinde eğer mağdur ölürse suç, TCK m.83 kapsamında olacaktır. Ancak ölüm meydana gelmediği durumlarda ihmalin TCK m.83 mü yoksa m.88 kapsamında kalacağı değerlendirilirken olayın koşullarına göre failin kastının belirlenmesi gerekir. Fail, öldürmek kastıyla ihmali davranışta bulunmasına rağmen failin elinde olmayan etkenlerden ötürü netice gerçekleşmezse ihmal suretiyle kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Görünüşte ihmali suçlar bakımından tipiklik çerçevesinde kanunda öngörülen netice ortaya çıkmadığında failin sorumluluğu, somut olayın özelliğine göre takdir edilmesi gerekir. Yukarıda bahsedilen olayda sanığın kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşılmasına rağmen kurul tarafından yaralama olarak kabul edilmiştir. Kanaatimce azınlık görüşündeki gerekçelere göre failin kastı öldürmeye yönelik olduğu için bu olayda sanığın öldürmeye teşebbüsten cezalandırılması gerekirdi.

Ayrıca kararda bulunan bir çelişkiye de değinmek gerekir. Kararda kovuşturma konusu olayın ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturmadığına yönelik değerlendirmelerde "mağdur ...'a karşı önceden gerçekleştirdiği hayati tehlike arz eden ve bu

nedenle sanığın üzerine annesini yitirmiş olması nedeniyle velayet bağı kalmamış çocuğun gözetimi ve korunması yönünde garantörlük yükleyen bir davranış olarak yorumlanması için ise mağdur çocuğun annesinin ölümünün bu terk edip gitme eylemi öncesinde gerçekleştiğinin tereddüde yer vermeyecek şekilde ispatlanması gerektiği, sanığın mağdur ...'e karşı ihmal suretiyle (pasif olarak) başlattığı ancak elinde olmayan nedenle sonuçlandıramadığı bir eylemden bahsedebilmek için garantörlüğün bu terk eylemi öncesinde başladığının ispatının” gerektiği ifade edilmektedir. Bu ifadelerle ihmali davranışla kasten öldürme suçu bakımından failin öngelen tehlikeli davranış nedeniyle garantörlüğünün tereddüde yer vermeyecek şekilde ispatlanamadığı belirtilmekte, ancak aynı hukuki sebep ihmali davranışla kasten yaralama suçu bakımından kabul edilerek ceza sorumluluğuna gidilmesi kararda önemli bir çelişki oluşturmaktadır.

2.2. Gerçek İhmali Suçlara Teşebbüs

İhmali suçların ikinci grubunu oluşturan gerçek ihmali suçlarda, kanuni tipte yapılması emredilen davranışın yapılmaması suçu oluşturmaktadır(Yurtlu, 2021). Gerçek ihmali suçlara basit, tam, sırf, saf ihmali suçlar da denilmektedir(Gündoğdu, 2022). Gerçek ihmali suçlarda kanunen zorunlu olan bir yükümlülük fail tarafından kasten yerine getirilmediği için suç oluşmaktadır(Koca ve Üzülmmez, 2023).

İhmali davranış; kanuni yükümlülüğün hiç yerine getirilmemesi, geç yerine getirilmesi, kanunda öngörüldüğü şekilde yerine getirilmemesi, yükümlülük kapsamında kanunda öngörülen makamlara başvurulmaması gibi farklı şekillerde gerçekleşebilirse de gerçek ihmali suçlarda “yükümlülüğü yerine getirmeme” durumu suçun oluşması için yeterlidir(Demirbaş, 2021). TCK m.98’de yer alan yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, m.175’te yer alan “akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali”, m.176’da “yer alan inşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirlerin alınmaması”, m.177’de yer alan “gözetimi altında bulunan hayvanın kontrol altına alınmasında ihmal gösterilmesi”, m. 178’de yer alan “herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engellerin konulmaması”, m.278’de yer alan “işlenmekte olan bir suçun yetkili makamlara bildirmemesi”, m.279’de yer alan “kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunulmasının ihmali edilmesi veya bu hususta gecikme gösterilmesi”, m.280’de yer alan “sağlık mesleği mensubunun görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmemesi veya bu hususta gecikme göstermesi” gerçek ihmali suçlardandır.

Gerçek ihmali suçlar, sırf hareket suçlarıdır. Bu suçlarda faillik açısından da garantörlük koşulu aranmamaktadır. Gerçek ihmali suçlarda fail kanuni tipte yapılması emredilen icrai davranışı, yine kanunda öngörüldüğü şekilde yerine getirmediği anda suç tamamlanmaktadır, ayrıca ölme, yaralanma gibi bir neticenin gerçekleşmesi beklenmemektedir (Koca ve Üzülmöz, 2023; Artuk vd. 2020). Sırf hareket suçlarında ise davranış kısımlara ayrılabilirliği teşebbüs kabul edilmekte (Yurtlu, 2022: 306), davranış bir anda gerçekleşiyorsa suç o anda tamamlandığı için teşebbüs hükümleri uygulanmamaktadır. Öğretide ve uygulamada kabul edilen baskın görüşe göre gerçek ihmali suçlarda teşebbüs mümkün değildir (Hakeri, 2017; Akbulut, 2020; Demirbaş, 2021; Artuk vd. 2020; Koca ve Üzülmöz, 2023; Tozman, 2009). Gerçek ihmali suçlarda teşebbüs hükmünün uygulanamayacağı kanaatindeyim. Gerçek ihmali suçların temel halinde netice olmadığından dolayı nedensellik bağı tartışmalı bir konu değildir. Kanunda emredilen davranış gerçekleştirilmediğinde suç da tamamlanmaktadır ve ihmali davranışa bağlı olarak ayrı bir neticenin meydana gelmesi zorunlu değildir. TCK m. 98/2'deki düzenlemede netice koşuluna yer verilmiş olsa da gerçek ihmali suçlara teşebbüs mümkün olmadığından, neticesi sebebiyle ağırlaşmış haller için de kanunda belirli neticeler açısından teşebbüs mümkün olmadığı değerlendirilmektedir. Bu noktada terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış haline ilişkin düzenlemeyi (TCK m. 97/2) de incelemek gerekir. Terk suçu, kanun gerekçesine göre yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi kendi haline terk etmek olup bu suç, hem icrai hem ihmali davranışla işlenebilir. TCK m. 97/2 düzenleme ise ayrıca bazı neticeler ortaya çıkması durumunda (mağdurun bir hastalığa yakalanması, yaralanması veya ölmesi) neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerine cezalandırılmasını öngörmektedir. Bu fıkraya göre fail, garantör konumundadır ve terk etme davranışıyla birlikte neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmediği için ortaya çıkan neticeye göre, TCK m. 44'teki fikri içtima kuralına göre TCK m. 83 veya m.88'den sorumlu olması gerektiğinden bu fıkra, sadece kafa karışıklığına neden olmaktadır. Ayrıca fıkroda geçen "hastalığa yakalanma" neticesi de yaralama suçu kapsamında kaldığından düzenlemedeki bu ifade de ayrıca eleştirilmesi gerekir.

SONUÇ

Emredici normlara aykırılık oluşturan ihmali davranış, yerine getirilmediğinde kanunun korumayı hedeflediği hukuki değeri ihlal ederek bir haksızlık oluşturmaktadır. İhmali suçlar, sosyal hayatta birçok kişiyi ceza sorumluluğuyla karşı karşıya getirebileceği için ihmali davranışlar cezalandırılırken kanunilik ilkesine uyulması gerekir. TCK'daki düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde ihmali suçlarla ilgili birçok düzenlemede farklı yaklaşımlar benimsendiği görülmekte, ihmali suçları düzenleyen genel bir yaklaşımın olmadığı görülmektedir. Gerçek ihmali suçların neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinde netice

koşulunun aranması, gerçek ihmali suçlarla görünüşte ihmali suçların ayrımını zorlaştırmaktadır.

İhmali suçların unsurları incelenirken nedensellik bağının rizikonun artırılması teorisine göre yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir. Bu yaklaşım ihmali davranış ile ortaya çıkan tehlike arasında bir değerlendirmeye imkân sağladığı için teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını kolaylaştırmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda garantör failin, müdahale etmesi gereken olayla ilgili olarak kasıtlı ihmali davranışına başladığı anı, teşebbüs anının başlangıcı kabul etmek gerekir. Öğretide ihmali suçlarda teşebbüsün başlatılma anı tartışmalı bir konu olarak görülmemeli, bu tartışmanın failin kastının tespitine yönelik olması gerektiği, teşebbüs bakımından iki aşamalı bir değerlendirme yapılması gerektiği, ilk aşamada olayda failin kastı belirlenmeye çalışılmalı, kast belirlenebiliyorsa teşebbüs hükümleri uygulanması, failin kastı belirlenemiyorsa ortaya çıkan neticeye göre ceza sorumluluğu belirlenmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Gerçek ihmali suçlara ise, netice koşulu aransa bile teşebbüsün mümkün olmadığı düşünülmektedir.

İhmali suçlarla ilgili olarak ise TCK m.94/5'teki hükmün kanunilik ilkesine aykırı olduğu için yeniden düzenlenmesi ve TCK m. 97/2'deki hükmün ise kaldırılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, B. (2020). *Ceza hukuku genel hükümler* (7. Baskı). Adalet Yayınevi.
- Akyürek, G. (2014). İhmali suçlar, *Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan Cilt I*. Beta Yayıncılık.
- Artuk, M. E., Gökcen A., Alşahin M. E. ve Çakır, K. (2020). *Ceza hukuku genel hükümler* (14.baskı). Adalet Yayınevi.
- Aydın, D. (2006). Suça teşebbüs, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 55(1), 85-113.
- Centel, N., Zafer, H. ve Çakmut, Ö. (2017). *Türk ceza hukukuna giriş* (10. Baskı), Beta Basım.
- Demirbaş T. (2021). *Ceza hukuku genel hükümler* (16. Baskı). Seçkin Yayıncılık.
- Dönmezer, S. (1994). İhmal suretiyle icra suçları. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 9(3-4), 473-494.
- Erbaş, R. (2019). İcrai veya ihmali olarak somut olayda davranışın gerçekleştiriliş biçiminin tespiti meselesi, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(1), 397-449.
<https://doi.org/10.33717/deuhfd.567632>
- Erbaş, R. (2019). *Türk Ceza Kanunu'nda görünüşte ihmali suçlarda garantörlük*, Oniki Levha Yayıncılık.

- Gündoğdu, Y. (2022). *Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu* [Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi]. Hasan Kalyoncu Üniversitesi.
- Hafizoğulları, Z. ve Özen, M. (2012). *Türk ceza genel hükümler* (5. Baskı). US-A Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2017). *Ceza hukuku genel hükümler* (21. Baskı). Adalet Yayınevi.
- Hakeri, H. (2003). *Ceza hukukunda ihmal kavramı ve ihmali suçların çeşitleri*. Seçkin Yayıncılık.
- Hakeri, H. (2006). *Kasten öldürme suçları*, Seçkin Yayıncılık.
- Karakehya, H. (2023). *Ceza hukuku genel hükümler* (2.baskı), Adalet Yayınevi.
- Keçeligil, H. T. (2023). *İhmali suçlar bağlamında hekimin cezai sorumluluğu*, [Yayınlanmamış Doktora Tezi]. Çankaya Üniversitesi.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2023). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (16. Baskı). Adalet Yayınevi.
- Koca, M. ve Üzülmöz, İ. (2017). *Türk ceza hukuku özel hükümler* (4. Baskı), Adalet Yayınevi.
- Önder, A. (1992). *Ceza hukuku dersleri*. Filiz Kitabevi.
- Öntan, Y. (2021). *Ceza hukukunda davranış ve netice*. Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız P. (2021). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (12. Baskı). Seçkin Yayıncılık.
- Özbek, V. Ö., Doğan, K. ve Bacaksız P. (2017). *Türk ceza hukuku özel hükümler* (12. Baskı). Seçkin Yayıncılık.
- Özgenç, İ. (2022). *Türk ceza hukuku genel hükümler* (18. Baskı), Seçkin Yayıncılık.
- Öztürk, B. ve Erdem, M. R. (2014). *Uygulamalı ceza hukuku ve güvenlik tedbirleri hukuku* (18. Baskı), Seçkin Yayıncılık.
- Palut, A. (2019). *Kasten adam öldürme suçu*, Adalet Yayınevi.
- Soyaslan, D. (2018). *Ceza hukuku genel hükümler* (8. Baskı). Yetkin Yayınları.
- Soyaslan, D. (2016). *Ceza hukuku özel hükümler* (11. Baskı). Yetkin Yayınları.
- Sözüer, A. (1994). *Suçta teşebbüs*, Kazancı Hukuk Yayınları.
- Tozman, Ö. (2009). İhmal suçlarında teşebbüs ve gönüllü vazgeçme, *TBB Dergisi*, 84, 160-187.
- Türay, A. (2020). İhmal suretiyle icrai hareketin sınırlı sayıda olup olmadığı sorunsalı, *YÜHFD*, XVII(Özel Sayı), 115-154.

Yargıtay 1 CD. (14.03.2018). E 2016/3056, K 2018/1201.

Yargıtay 1 CD. (20.04.2021). E 2018/2984, K 2021/7258.

Yargıtay 16 CD. (09.07.2019). E 2019/5035, K 2019/4915.

Yargıtay 16 CD. (18.02.2020). E 2019/8779, K 2020/2077.

Yargıtay CGK. (11.05.2022). E 2020/382, K 2022/345.

Yargıtay CGK. (08.12.2015). E 2014/161, K 2015/493.

Yokuş Sevük, H. (2020). *Türk ceza hukuku özel hükümler* (3. Baskı), Adalet Yayınevi.

Yurtlu, F. (2021). Suç teorisi bakımından ihmali suçların yapısı, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XXV(3), 579-636.
<https://doi.org/10.34246/ahbvuhfd.979191>

Yurtlu, F. (2022). *İhmali suçlar*, Seçkin Yayıncılık.

KATKI ORANLARI VE ÇIKAR ÇATIŞMASI/ CONTRIBUTION RATES AND CONFLICTS OF INTEREST

Etik Beyan	Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur.	Ethical Statement	It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited.
Yazar Katkıları	<i>Çalışmanın Tasarlanması:</i> EK (%100) <i>Veri Toplanması:</i> EK (%100) <i>Veri Analizi:</i> EK (%100) <i>Makalenin Yazımı:</i> EK (%100) <i>Makale Gönderimi ve Revizyonu:</i> EK (%100) <i>Sorumlu Yazar:</i> Yazar ad-soyad baş harfleri ile belirtilmelidir ve iki kişilik çalışmalarda katkı oranları %50-%50 olarak belirtilmemelidir.	Author Contributions	<i>Research Design:</i> EK (%100) <i>Data Collection:</i> EK (%100) <i>Data Analysis:</i> EK (%100) <i>Writing the Article:</i> EK (%100) <i>Article Submission and Revision:</i> EK (%100)
Etik Bildirim	info@akademikyorum.com	Complaints	info@akademikyorum.com
Çıkar Çatışması	Çıkar çatışması beyan edilmemiştir.	Conflicts of Interest	The author(s) has no conflict of interest to declare.
Finansman	Bu araştırmayı desteklemek için dış fon kullanılmamıştır.	Grant Support	The author(s) acknowledge that they received no external funding in support of this research.
Telif Hakkı & Lisans	Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmalarını CC BY-NC 4.0 lisansı altında yayımlanmaktadır.	Copyright & License	Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0 .