



ANKARA
HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

İHMALİ SUÇLAR

Fatih YURTLU

Tez Danışmanı

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

DOKTORA TEZİ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BİLİM DALI

EKİM 2020



İHMALİ SUÇLAR

Fatih YURTLU

DOKTORA TEZİ

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

EKİM 2020

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmasında; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmasında yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Fatih Yurtlu

05.10.2020



İHMALİ SUÇLAR (Doktora Tezi)

Fatih YURTLU

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
Ekim 2020

ÖZET

Suçlar hem aktif bir davranışla icrai olarak hem de pasif bir davranışla ihmali olarak işlenebilir. Ancak vurgulamak gerekir ki, icrai ve ihmali davranışla işlenen suçlar arasında önemli farklılıklar vardır. İcra, silahla ateş etme ya da bir eve girme gibi aktif davranışla bir şey yapmaya işaret eder. Buna karşılık ihmali, bir şey yapmaktan kaçınma, hareketsiz kalma anlamına gelmektedir. Örneğin, kasten öldürmede genellikle icrai bir fiil söz konusudur. Çünkü fail mağduru bir silah ya da bıçakla yardımıyla öldürmüştür ve bunlar aktif birer davranıştır. Peki ya bir anne, küçük bebeğini terk ederek açlıktan ölmesine izin vermiş ise ne şekilde hareket edilecektir? Bu örnekte, annenin, silahla ateş ederek mağduru öldüren fail gibi bebeğini katlettiği söylenemezse de, muhtemeldir ki genel kanı yine de bebeğin ölümünden annenin sorumlu olacağı yönündedir. Günümüzde suçların büyük bölümü icraidir. Bununla beraber ihmali davranışla işlenen suçların sayısı da, teknolojik gelişmeler nedeniyle her geçen gün artmaktadır. Örneğin; maden, iş veya trafik kazaları sıklıkla ihmali suçlara sebebiyet vermektedir. Buna rağmen suç genel teorileri, kasten ve icrai davranış üzerine inşa edilmiş görünmektedir. Bu yaklaşım, ihmali suçların yapısının icrai suçlardan farklılaşması nedeniyle mazur görülebilir. Ancak ihmali suçların teorik bakımdan açıklığa kavuşturulması, ceza hukukundaki birçok güncel problemlerin çözümü bakımından bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle doktora tez konusu olarak “*ihmali suçlar*” başlığını tercih etmiş bulunmaktayız. İhmali suçlara ilişkin Türk doktrininde oldukça sınırlı sayıda bilimsel eserin olması da tez konusu olarak bu başlığı tercih etmemizde önemli bir etken olmuştur.

Bilim Kodu	: 50301
Anahtar Kelimeler	: Davranış, Fiil, İhmal, İhmali Suçlar, Garantörlük
Sayfa Adedi	: 391
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
ORCID ID	: 0000-0003-2905-7900

CRIMES OF OMISSION
(Ph. D. Thesis)

Fatih YURLU

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
INSTITUTE OF GRADUATE EDUCATION
October 2020

ABSTRACT

Crimes can be committed both behavior of commission and act of omission. It must be noted there are many key distinctions between crimes of omission and commission. Commission refers to the doing of an active act like firing gun or breaking into a house. Omission is the opposite, it means refraining from doing something, fail to act. For example, when we talking about homicide generally there is a commission. Because the perpetrator kill the victim with a gun or knife and it is an active conduct-act. What if a mother were to abandon her baby, letting the baby starve to death? The mother has not murder the baby in the same way that a shooter has killed his victim but most people would probably say that she is still responsible for death of baby. Today, most types of crime are committed with commission. However number of crimes of omission are increasing day by day because of technological progress. For example; mining, labor or traffic accidents often cause crimes of omission. Although increasing number of crimes of omission, general crime theories are established based on crimes what is committed deliberate and with act of commission. This approach is acceptable because omissions differ from commissions at many points. On the other hand, there is no doubt that clarifying of omissions are very important for solving some theoretical and practical problems of today criminal law. So we select to the this topic for our doctoral thesis. There are limited number of academic studies in Turkey regarding crimes of omission is an important motivation for select to the this topic.

Science Code : 50301
Key Words : Behavior, Act, Omission, Crimes of Omission, Quarantee
Page Number : 391
Supervisor : Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ
ORCID ID : 0000-0003-2905-7900

TEŞEKKÜR

İhmali Suçlar başlıklı bu doktora tezi; Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ danışmanlığında, Prof. Dr. Hakan HAKERİ, Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ, Prof. Dr. Faruk TURHAN ve Prof. Dr. Yener ÜNVER'den oluşan jüri önünde **5.10.2020** tarihinde savunulmuş ve oy birliğiyle kabul edilmiştir.

Gerek akademik hayatım boyunca kendilerinden öğrendiklerim, gerekse bu tez çalışması tamamlanıncaya kadar verdikleri destek nedeniyle hocalarım Prof. Dr. İzzet Özgenç, Prof. Dr. Cumhuri Şahin ve Prof. Dr. İlhan Üzülmöz'e en derin saygılarımı ve şükranlarımı sunuyorum. Tez konusunun belirlenmesinden bugüne kadar geçen uzun süreçte her türlü desteğini gördüğüm Prof. Dr. Hakan Hakeri hocama teşekkür ediyorum. Tez jürimde bulunmanın ötesinde, çalışmaya ilişkin tespit, öneri ve destekleriyle önemli katkılarını gördüğüm çok saygıdeğer hocam Prof. Dr. Faruk Turhan'a teşekkür ediyorum. Tez jürimde bulunan ve çalışmanın bütünlüğü açısından önemli katkılarını gördüğüm Prof. Dr. Yener Ünver hocama da bu katkıları nedeniyle müteşekkirim.

Bu çalışmanın temeli, Max Plank Uluslararası ve Yabancılar Ceza Hukuku Enstitüsü'nde atılmıştır. Almanya'daki bu çalışmalar sırasındaki destekleri nedeniyle, Prof. Dr. Ulrich Sieber, Dr. Dr. h.c Silvia Tellenbach ve Dr. Johanna Rinceanu'ya ve 2214 - A Yurt Dışı Araştırma Burs Programı kapsamında bu çalışmayı finanse eden **TÜBİTAK**'a müteşekkirim. Hem Almanya'daki hem de Türkiye'deki çalışmalarım boyunca inanılmaz bir sabır göstererek her türlü akademik desteği veren Dr. Mehmet Arslan hocama ise özel olarak teşekkür ediyorum. Hakeza akademik yaşantımın başından bugüne kadar hemen her süreçte birlikte olduğumuz kürsü arkadaşım Dr. Gökhan Ölmez'e bu süreçteki tüm katkıları için müteşekkirim. Yetişip kendimi geliştirmemde maddi - manevi hiçbir özveriden kaçınmayan merhum annem Satı Yurtlu'nun aziz hatırasına ve babam Mehmet Yurtlu'ya, uzun ve yıpratıcı tez sürecinde benden çok sabır gösterip desteklerini esirgemeyen hayat arkadaşım Dilara ve oğlum Timur Alp'e en derin sevgi, saygı ve şükranlarımı sunuyorum. Bu tez çalışmasını 2214 - A Yurt Dışı Araştırma Burs Programı kapsamında finanse eden **TÜBİTAK** nezdinde Yüce Türk Milleti ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xii
1. GİRİŞ	1
2. İHMALİ SUÇLARIN TEORİK GELİŞİMİ, FİİL VE İHMAL KAVRAMLARI, TERMİNOLOJİ SORUNU, FİİLİ AÇIKLAYAN TEORİLER VE İHMALİ DAVRANIŞIN NİTELİĞİ	11
2.1. İhmali Suçların Teorik Gelişimi ve Bazı Örnekler	11
2.2. İhmali Suçlar Bakımından Ortaya Çıkan Terminoloji Sorunu: Hareket, Davranış, Fiil ve İhmal Kavramları.....	20
2.2.1. Hareket	22
2.2.2. Davranış.....	23
2.2.3. Fiil	24
2.2.4. İhmal.....	25
2.2.5. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	27
2.3. Fiil ve Fiili Açıklayan Teoriler.....	31
2.3.1. Ontolojik Teoriler	35
2.3.1.1. Doğal (nedensel) hareket teorisi	35
2.3.1.2. Final (gai) hareket teorisi.....	38
2.3.1.3. Sosyal hareket teorisi.....	41
2.3.2. Normativist Teoriler	43
2.3.3. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	44
2.4. İhmali Davranışın Niteliği.....	54
2.4.1. İhmali Davranışın Normatif Olduğunu Kabul Eden Görüşler	55
2.4.1.1. İhmali, “beklenen hareketin yapılmaması” olarak açıklayan görüş	57
2.4.1.2. İhmali, “hukuken yapılması gereken hareketin yapılmaması” olarak açıklayan görüş	58
2.4.1.3. İhmali, “gereken hareketin yapılmaması” olarak açıklayan görüş	58
2.4.1.4. İhmali davranışın normatifliğini kabul eden görüşlerin değerlendirilmesi	59

	Sayfa
2.4.2. İhmali Davranışın Ontik Olduğunu Kabul Eden Görüşler	63
2.4.2.1. Psikolojik yaklaşım.....	64
2.4.2.2. Fizyolojik yaklaşım.....	64
2.4.2.3. İhmali icra ile açıklayan yaklaşımlar	65
2.4.2.4. İhmali bir realite olarak kabul eden yaklaşımlar	67
2.4.2.5. İhmalin ontikliğini kabul eden görüşlerin değerlendirilmesi	68
2.4.3. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	71
3. İCRA - İHMAL AYRIMI, İHMALİ SUÇ TÜRLERİ, GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇLARIN YAPISI VE UNSURLARI.....	85
3.1. İcra - İhmal Ayrımı.....	85
3.1.1. İcra - İhmal Ayrımında Kullanılan Ölçütler	88
3.1.1.1. Vücut hareketi ölçütü.....	89
3.1.1.2. Enerji kullanma ölçütü.....	90
3.1.1.3. Nedensellik ölçütü	91
3.1.1.4. Davranışın sosyal manası ölçütü.....	92
3.1.1.5. Ağırlık noktası (schwerpunkt) görüşü	93
3.1.1.6. İcraya öncelik veren görüş	96
3.1.1.7. Karma yaklaşımlar	97
3.1.2. İcra - İhmal Ayrım Ölçütlerine İlişkin Değerlendirmemiz.....	98
3.1.3. Somut Olaylar Üzerinden İcra - İhmal Ayrımı.....	105
3.1.4. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	115
3.2. İcra - İhmal Ayrımında Bazı Özel Durumlar	124
3.2.1. Kurtarmaya Yönelik Sürecin Üçüncü Bir Kişi Tarafından Sekteye Uğratılması.....	124
3.2.2. Fail Tarafından Başlatılan Kurtarma Sürecinin Bizzat Fail Tarafından Yarıda Bırakılması	128
3.2.3. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	130
3.3. İhmali Suçların Türleri	134
3.3.1. Maddi Kriter	135
3.3.2. Şekli Kriter	136
3.3.3. İhlal Edilen Normun Niteliği Kriteri	136
3.3.4. Garantörlük Kriteri	137
3.3.5. Yükümlülüğün Niteliği Kriteri	137
3.3.6. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	138

	Sayfa
3.5.3.1. Genel hukuka uygunluk nedenleri	271
3.5.3.2. Yükümlülüklerin çatışması	274
4. İHMALİ SUÇLARDA KUSURLULUK, HATA VE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ	287
4.1. İhmali Suçlarda Kusurluluk ve Hata	287
4.1.1. Sebebinde Serbest İhmal - Omissio Libera in Causa	290
4.1.2. Kurtarmaya Yönelik Davranışın Failden Beklenebilirliği.....	296
4.1.3. Hata.....	300
4.2. Teşebbüs	303
4.2.1. Saf İhmali Suçlarda Teşebbüs	305
4.2.2. Görünüşte İhmali Suçlarda Teşebbüs	308
4.2.2.1. Mümkün olan ilk anı başlangıç kabul eden yaklaşım.....	310
4.2.2.2. Mümkün olan son anı başlangıç kabul eden yaklaşım	311
4.2.2.3. Doğrudan tehlikenin oluştuğu anı teşebbüsün başlangıcı kabul eden yaklaşım.....	311
4.2.2.4. Sürecin hâkimiyet altında tutulması ve doğrudan tehlikenin doğması şartlarını birlikte arayan yaklaşım	313
4.2.3. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	314
4.3. İştirak.....	320
4.3.1. Tek Tip Faillik Sistemi	322
4.3.2. Fiil Hâkimiyeti Teorisi	323
4.3.3. Garantörlüğün Maddi Kısıtası Yaklaşımı	324
4.3.4. Özel Yükümlülüğün İhlali Yaklaşımı.....	326
4.3.5. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	328
4.3.5.1. Dolaylı faillik.....	330
4.3.5.1.1. İhmali bir suça icrai davranışla dolaylı faillik.....	331
4.3.5.1.2. İhmali davranışla dolaylı faillik.....	332
4.3.5.2. Müşterek faillik.....	333
4.3.5.2.1. İhmali suça ihmali davranışla müşterek faillik.....	333
4.3.5.2.2. İcrai bir suça ihmali davranışla müşterek faillik.....	336
4.3.5.3. Azmettirme	339
4.3.5.3.1. İhmali suça icrai bir davranışla azmettirme	339

	Sayfa
4.3.5.3.2. İhmali davranışla azmettirme	343
4.3.5.4. Yardım etme	344
4.3.5.4.1. İhmali suça yardım etme	344
4.3.5.4.2. Bir suça ihmali davranışla yardım etme	345
4.4. İçtima.....	351
4.4.1. İhmali Fiilin Tekliği - Çokluğu Meselesi	352
4.4.2. Saf ve Görünüşte İhmali Suçlar Arasında İçtima	355
4.4.3. Bağlantılı İcrai - İhmali Fiiller Bakımından İçtima Tartışmaları	356
4.4.3.1. İcrai fiili kasten gerçekleştiren failin neticeyi engellememesi.....	357
4.4.3.2. Kasten ihmali davranışa başladıktan sonra aynı neticenin icrai davranışla gerçekleştirilmesi	358
4.4.3.3. Farklı manevi unsurla ya da farklı konu üzerinde gerçekleşen fiiller.....	360
4.4.3.4. Taksirli icrai davranış nedeniyle ortaya çıkan tehlikeyi engellemeye yönelik olarak failin harekete geçmemesi.....	361
5. SONUÇ	363
KAYNAKÇA.....	377
ÖZGEÇMİŞ	389

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
AHBVÜ	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Akt.	Aktaran
AÜDTCFD	Ankara Üniversitesi Dil Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	Anayasa Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof (Alman Federal Yüksek Mahkemesi)
bn.	Bölüm Numarası
c.	Cilt
C.D	Ceza Dairesi
CACD	Court of Appeal, Criminal Division (United Kingdom)
CHD	Ceza Hukuku Dergisi
CHKD	Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi
CK	Ceza Kanunu
çev.	Çeviren
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİB	Diyanet İşleri Başkanlığı
dn	Dipnot no
ECHR	European Court of Human Rights
ERÜHFD	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İ.Ö	İsa'dan önce
İKÜHFD	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JZ	JuristenZeitung

Kısaltmalar**Açıklamalar**

kn.	Kenar numarası
KTK	2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m.	Madde
MÜHF	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
PVSK	2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu
QBD	Queen's Bench Division
s.	Sayfa
sa.	Sayı
SDÜ	Süleyman Demirel Üniversitesi
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	Tarih
TAAD	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TDK	Türk Dil Kurumu
y.	Yıl
YCGK	Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi

1. GİRİŞ

İnsanı yaratılmışlar içinde üstün kılan özelliği¹, akıl ve şuur sahibi olmasıdır². Çünkü insan; diğer canlılardan farklı olarak, kendisine bahşedilen akıl sayesinde çevresinde olup biteni gözlemler ve analiz eder³. Yaptığı bu analizler neticesinde de, hangi davranışları gerçekleştirip hangilerini gerçekleştirmemesi “*gerektiğine*” yönelik bir şuur kazanır⁴. Doğru ile yanlış, iyi ile kötüyü kendisine bahşedilen bu akıl ve şuur sayesinde ayırabilen insanın⁵; iyiye ya da kötüye yönelme hususunda - mutlak olmamakla beraber - geniş ölçüde bir irade serbestisi vardır⁶. Ancak, insana bahşedilen bu akıl ve şuurun karşılığında kendisinden daima iyiye ve güzele yönelmesi, kötü ve çirkine ise tevessül etmemesi beklenir. Bu, insanın hem yaratılış gayesine hem de fitratına uygun olandır⁷.

İnsanoğlu; yaratılıştan gelen fitratı gereği yaşamını tek başına değil toplum içerisinde idame ettirme eğilimdedir. Böylece insan, toplum halinde yaşamının getirdiği kolaylıklardan yararlanmak suretiyle hayatını daha kolay ve katlanabilir kılmaktadır. Toplum içerisinde yaşayan insanoğlu; iş bölümü ve dayanışma sayesinde tek başına yapamayacağı işleri yapar, uzun ve zor uğraşlar sonrası yapılması mümkün bazı şeyleri ise daha basit bir şekilde gerçekleştirir. Bunlar, toplum hayatının insana sağladığı kolaylıklardır. Toplum hayatının insana sağladığı bu kolaylıkların yanında, özellikle toplum yaşamının barış ve sükûnet içinde devam etmesine yönelik bazı yükümlülükler

¹ İnsan, diğer varlık kategorileri içerisinde “*akla, hikmete, tabiat ve şehvete*” bir bütün olarak sahip kılınan yegâne varlıktır. Mehmet Kubat, “İslam Düşüncesinde Akıl Vahiy Karşısındaki Konumu”, *Milel ve Hilal Dergisi*, c. 8, sa. 1, y. 2011, s. 72.

² Arthur Kaufmann, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg: 1961, s. 116 v.d.

³ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: 2020, 16. Bası, s. 25.

⁴ “*Andolsun biz insanoğluna şan, şeref ve nimetler verdik; onları karada ve denizde taşıdık, kendilerine güzel güzel rızıklar verdik ve onları yarattıklarımızın çoğundan üstün kıldık*”. İsrâ Suresi 70. Ayet.

“*Tefsirlerde insana seçkinlik kazandıran özellikler akıl, zekâ, temyiz, düşünme, yazma gibi melekelerden başlayarak çeşitli psikolojik ve fizyolojik özelliklere, estetik zevklere, ahlâkî yatkınlıklara, canlı ve cansız varlıklar üzerinde tasarruf yetkisine, ekonomik faaliyetlerde bulunma özelliğine, şehirler ve uygarlıklar kurma kabiliyetine kadar birçok meziyete sahip olmasıyla açıklanmaktadır*”. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'anı Kerim Tefsiri, <https://kuran.diyanet.gov.tr>, siteye erişim tarihi: 28.10.2019.

⁵ “*Fahreddin er-Râzî, dönemindeki felsefe ve psikoloji birikiminden de yararlanarak insanın asıl şerefini ve diğer yaratılmışlar karşısındaki üstünlüğünü, “eşyanın gerçeklerini aslına uygun olarak kavrama yeteneği olan akıl gücü”yle açıklar. Çünkü “Mârifetullahın aydınlığı akla doğar; akıl yeteneği, madde ve mâna (halk ve emir) âleminin sırlarına ulaşan, sahip olduğu bilgi sayesinde Allah'ın ruhlar ve cisimler âleminde yarattığı varlık türlerini kuşatan güçtür... Böyle olunca insan varlığı, bu âlemdeki bütün varlıkların en değerlisidir...*”. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur'anı Kerim Tefsiri, <https://kuran.diyanet.gov.tr>, siteye erişim tarihi: 28.10.2019.

⁶ Hüseyin Atay, *Kuran'a Göre İslâm'ın Temel Kuralları*, İstanbul: 1991, s. 13.

⁷ Kubat, s. 73.

de vardır⁸. Söz konusu bu yükümlülükler, kendisine bahşedilen akıl ve şuurun karşılığı olarak insandan beklenenleri gösteren birtakım kurallarla somutlaşmaktadır. İşte söz konusu bu kurallara uyma zorunluluğu da, toplum halinde yaşamının insana getirdiği vazife olarak telakki edilmektedir.

Yukarıda da vurguladığımız üzere, birey olarak kendisini keşfeden insanın bu davranış kurallarına uygun davranıp davranmaması, çok büyük ölçüde kendi iradesine bağlıdır. İnsanoğlunun yaratılıştan gelen fitratı bu davranış kurallarına uyma eğiliminde olsa da, bu konuda insanın geniş ölçüde irade serbestisi vardır. Örneğin; *“başkasını öldürmemek, başkasına ait olan bir şeyi ondan izinsiz almamak, bir başkasını rencide edici/aşağılayıcı sözler söylememek”* gibi bir takım evrensel kurallar, toplum barışının devam edebilmesi için gerekli ve hatta zorunludur⁹. Ancak bu kurallara uyup uymama noktasındaki nihai kararı her birey, büyük ölçüde kendi hür iradesiyle vermektedir.

Sosyal bir varlık olan insan, yaşamını tek başına değil toplum içinde sürdürme eğilimindedir. Çünkü kendisine bahşedilen akıl ve şuur karşılığında insanın kendisinden beklenenleri tam anlamıyla gerçekleştirebilmesi, ancak toplum içinde yaşamıyla mümkün olacaktır. Yaratılıştan gelen birtakım maddi ve manevi ihtiyaçlar insanoğlunu çeşitli topluluklar oluşturmaya ve hayatını bu topluluklar içerisinde devam ettirmeye yöneltmiştir. Bu şekilde oluşturulan insan toplulukları, dönemden döneme nitelik ve nicelik olarak farklılık göstermektedir. Tarihin hemen her aşamasında karşılaştığımız bu toplulukların adı, organizasyonu ve büyüklüğü değişmekle birlikte hepsinin temel amacı; insanın kendisini ve yaşadığı çevreyi tanıyarak, varoluş amacına uygun bir biçimde kendisini tamamlamasını sağlamaktır.

Toplum halinde yaşamının en modern örgütlenme biçimi ise günümüzde *“devlet”* olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan Devlet aygıtının esas ülküsü; kendisini oluşturan insanların bir arada, barış ve huzur içerisinde yaşamalarını tesis etmek ya da en azından buna uygun ortamı hazırlamaktır. Bu ülkünün bir gereği olarak da Devlet; bireylere, toplum barışını bozucu birtakım şeyleri gerçekleştirmemelerini, toplumsal yaşamın devamı açısından gerekli olan bazı şeyleri ise gerçekleştirmesini emreder.

⁸ Volker Krey ve Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart: 2016, 6. überarbeitete Auflage, kn. 2, s. 1.

⁹ Fatih Yurtlu, “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma”, *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2013, s. 3.

Buna rağmen bireyler, toplum düzenini bozucu fiilleri icra eder ya da toplum düzeni bakımından gerekli olup kendilerinden beklenenleri ihmal ederlerse, bu fiillerine karşılık olarak yine bizzat devlet tarafından uygulanacak yaptırımlara muhatap olur.

Toplum düzeni ve barışını bozucu nitelikteki icrai ya da ihmali davranışların karşılığında ne tür bir yaptırım uygulanacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. Çünkü günümüz hukuk düzenlerinde, haksızlıklar karşısında uygulanacak yaptırımlar farklılık gösterebilmektedir. Örneğin, “*tazminat, yokluk, butlan*” gibi **özel hukuk yaptırımları**; “*iptal, tam yargı, disiplin yaptırımları, para cezaları (kabahatler)*” gibi **idari yaptırımlar** haksızlığın niteliğine göre hukuk düzeni tarafından uygulanabilecek müeyyidelerden bazılarıdır. Belirli yoğunluğun ötesine geçen haksızlıklara karşılık ise, “*cezalar ve güvenlik tedbirleri*” gibi **ceza hukuku** yaptırımlarına başvurulmaktadır.

Toplum düzeni ve barışı bakımından uygun görülmeyen fiillerden hangilerinin ceza hukuku yaptırımlarına, hangilerinin diğer yaptırımlara layık olduğu ise ayrı bir değerlendirme konusudur. Hangi tür haksızlıkların ceza hukukunun ilgi alanına girmesi gerektiği hususunda farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, ceza hukuku yaptırımlarının uygulanacağı haksızlıklar ile diğer müeyyidelerinin uygulanacağı haksızlıklar arasında nasıl bir ilişki olduğu hususunda farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin ayrıntılarına girmeyecek olmakla birlikte, kanaatimizce bu haksızlıklar arasında fark nitel olmaktan ziyade niceldir. Suç siyaseti bakımından daha ağır bir yaptırım uygulanması istenen, toplum barışı bakımından “*daha zararlı - tehlikeli*” görülen haksızlıklara ceza hukuku yaptırımlarıyla müdahale edilmekte; buna karşın toplum barışı bakımından “*daha az zararlı – tehlikeli*” görülen haksızlıklara ise diğer hukuk alanları müdahale edilmektedir. Bu durumun temel nedeni, günümüzdeki müeyyideler içerisinde en ağır olanlarının, ceza hukuku müeyyideleri olmasıdır.

Tüm bu açıklamalar ışığında kısaca bir “*suç ve yaptırım*” tanımı yapacak olursak: Kişilerin davranış kurallarına aykırı olarak, ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren fiillerine “*suç*”; bu suçlar karşısında toplumun(devletin) öngördüğü müeyyidelere ise “*yaptırım*” denir¹⁰.

¹⁰ Burada “*ceza*” kavramını kullanmaktan özellikle imtina ediyoruz. Her ne kadar tarihsel bir miras olarak “*suç ve ceza*” kavramları birbirlerini tamamlayan, ardışık kullanılan terimler gibi görünse de; günümüz ceza hukuku sistemlerinde, suç karşılığında ilgililere uygulanan yegâne yaptırım türü

Hukuk kuralları, genellikle kişilere “*belirli şekilde davranmama*” yükümlülüğü getirmektedir. Bu minvalde hukuk normları kişilere; “*bir başkasını öldürmeme - yaralamama*”, “*başkasının malını onun rızası hilafına almama*” gibi **yasaklar** getirmektedir. Bu tip davranış kurallarına; “**yasaklayıcı norm - yasaklayıcı davranış kuralları**” denilmektedir¹¹. Kişilere belirli şekilde davranmama yükümlülüğü getiren yasaklayıcı normların ihlal edilmesi durumunda “*icrai suçlardan*” bahsedilir¹². Çünkü fail; yapması yasaklanan davranışı yapmakta, onu “*aktif bir hareketle icra etmektedir*”¹³.

Buna karşılık, sayıca yasaklayıcı normlar (icrai suçlar) kadar olmamakla birlikte¹⁴, “*belirli şekilde davranma yükümlülükleri*” de modern hukuk toplumlarında kişilere bir “**görev - yükümlülük**” olarak telakki edilmektedir¹⁵. Bu tip davranış kuralları ise “**emir normu - emredici davranış normları**”¹⁶ olarak adlandırılmaktadır. Kişilere “*belirli şekilde hareket etme yükümlülüğü*” getiren bu tip emredici normların oluşturduğu fiiler ise ceza hukuku teorisinde “**ihmali suçlar**” olarak adlandırılmaktadır¹⁷. İş bu tez çalışmamızın da konusunu oluşturan ihmali suçlarda fiil; bir davranışın gerçekleştirilmemesi, bir davranışta bulunmama şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁸.

Modern suç teorileri; kasten gerçekleştirilen icrai fiiller üzerine inşa edilmekte, taksirli ve ihmali fiiller ise gösterdikleri özellik bakımından bilahare ele alınmaktadır. Tarihsel süreçte ihmali davranışla işlenen suçlar icrai davranışla gerçekleştirilenlere nazaran arka planda kaldığı görülmektedir. Bu durumun temel nedeni; üretim tekniklerinin, sosyal ve ekonomik hayatın daha basit yapıda olmasıdır. Sosyal ve ekonomik hayatın

“*cezalar*” değildir. Cezaların dışında, failerin “*tehlikelilik*” halleri göz önüne alınarak uygulanan “*güvenlik tedbirleri*” de, modern ceza hukuku yaptırımları arasındadır.

¹¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2020, 13. Baskı, s. 390 - 391.

¹² Karl Heinz Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, s. 225. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul: 2008, 5. Bası, s. 245.

¹³ Fatih Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Ankara: 2018, s. 758.

¹⁴ Günümüz ceza kanunlarında icrai suç sayısının ihmali suç sayısından fazla olmasının nedenini açıklayan görüşler için bkz. Hakan Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, Ankara: 2003, s. 29 v.d.

¹⁵ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 758.

¹⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 30. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 391.

¹⁷ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 225.

¹⁸ İzzet Özgenç, Uygulamalı Ceza Hukuku, İstanbul: 1998, 2. Bası, s. 38. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 391.

günümüze göre oldukça basit kaldığı dönemlerde, ihmali davranıştan doğan hukuki sorumluluk üzerinde fazla durulmamış olması makul karşılanabilir. Ancak günümüzde teknolojinin, iletişim ve ulaşım imkânlarının gelişmesi yeni tehditlerin ortaya çıkmasına, var olan tehditlerin şekil değiştirmesine ya da daha etkili hale gelmesine neden olmuştur¹⁹. Özellikle teknolojinin sosyal ve ekonomik hayatın ayrılmaz bir parçası haline gelmesi ve dolayısıyla sosyo-ekonomik hayatın oldukça karmaşık bir hal alması, ihmali davranışla gerçekleştirilen fiillerden doğan sorumluluk alanını da oldukça genişletmiştir. Büyüyen ve karmaşıklaşan organizasyon yapıları nedeniyle ihmali sorumluluk hem özel hukukta hem de ceza hukukunda ön plana çıkmakta ve böylece konu hem teorik hem de pratik açıdan oldukça önem kazanmaktadır.

İhmalin ceza hukukçularının dikkatini çekmesi, icrai suçlara nazaran çok daha geç olmuştur²⁰. Bununla beraber, ihmali davranışın ceza hukukunda tartışılmaya başlanması ile birlikte birçok teorik kabul ciddi manada eleştirilmeye başlanmış ve bu eleştiriler neticesinde icrai suçlar üzerine temellendirilen birçok suç teorisi kendini yenilemek zorunda kalmıştır. Bunun bir sonucu olarak da ceza hukuku doktrinindeki teorik tartışmaların odak noktası, icrai suçlardan ihmali suçlara kaymaya başlamıştır²¹.

Tüm bu nedenlerle ihmali davranışla işlenen suçların tutarlı bir teorik temele dayandırılması, günümüzde oldukça önemli hale gelmiştir. Çünkü ihmali davranıştan doğan sorumluluk; yalnızca ceza hukukuyla sınırlı kalmamakta, çoğu zaman diğer hukuk alanlarını da doğrudan etkilemektedir²². Bu nedenle ihmali davranıştan doğan

¹⁹ Muharrem Aksu ve Faruh Turhan, “Yeni Tehditler, Güvenliğin Genişleme Boyutları ve İnsani Güvenlik”, Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi, c. 4, sa. 2, y: 2012, s. 69.

²⁰ 19. y.y İngiliz Hukukunda, kasıtlı da olsa bir insanın ölümüne veya yaralanmasına neden olan ihmali davranışların suç oluşturmadığı ifade edilmektedir. Diana Roe, Criminal Law, London: Hodder Education, 2005, 3rd Edition, s. 17.

²¹ Lindsay Farmer, Making the Modern Criminal Law: Oxford Press, 2016, s. 106. Nevzat Toroslu ve Haluk Toroslu, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara: 2016, s. 134.

²² 9.11.2011 tarihinde Van ilinde gerçekleşen depremde, il merkezinde bulunan Bayram Otel’in çökmesi nedeniyle 24 kişi hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine Van Cumhuriyet Başsavcılığı olay hakkında re’sen soruşturma başlatmış ve soruşturma kapsamında bilirkişi incelemesi yaptırmıştır. Hazırlanan bilirkişi raporunda özetle: Olayda birden fazla kişinin sorumluluğunun bulunduğu, ilk depremden sonra binada yapılması gereken hasar tespiti yapılmadığını ve dolayısıyla bu denetimleri yapmayan ilgililerin de sorumlu olduğu belirtilmiştir.

Soruşturma sonucunda; otel işletmecisi hakkında “*bilinçli taksirle birden fazla kişinin ölümüne neden olma*” nedeniyle Van Ağır Ceza Mahkemesi’nde kamu davası açılmasına, vefat eden yapı sahibi ve diğer şüpheliler hakkında ise kamu adına kovuşturmayla yer olmadığına, Van Valisi ile Afet ve Acil İşler Daire Başkanlığı (AFAD) görevlileri hakkında ise “2.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un” 3. ve 12. maddeleri gereği “*görevsizlik*” kararı verilerek soruşturma dosyasının Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı’na gönderilmesine karar verilmiştir.

ceza hukuku sorumluluğunun esaslarını, modern ceza hukuku ilke ve kurallarıyla bağdaşır bir şekilde izah etmek, ceza hukuku teori ve uygulaması bakımından bir zaruret olarak karşımıza çıkmaktadır²³.

Doktrinde ihmali suçlar; **“gerçek (saf) ihmali suçlar”** ve **“görünüşte - garantörsel ihmali suçlar”** olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁴. **“Gerçek ihmali suçlarda”**, ihmali davranışın ne olduğu bizzat suç normu tarafından gösterilmekte ve normda emredilen davranış gerçekleştirilmediğinde suç da tamamlanmaktadır. Örneğin; *“yaşlı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım edilmemesi ya da durumun derhal ilgili makamlara bildirilmemesi”* halinde, TCK m. 98/1’de tanımlanan (yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi) **“gerçek ihmali suç tipi”** tamamlanmış olur.

İhmali suçların diğer türünü -belki de teorik olarak daha önemli kısmını- oluşturan **“görünüşte - garantörsel - gerçek olmayan ihmali suçlarda”** ise, aslında icrai davranışla işlenebilen bir suç tipinin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı; 9.10.2012 tarihinde Van Valisi ve AFAD görevlileri hakkındaki görevi kötüye kullanma iddialarının somut bilgi ve belgelere dayanmadığı, ilgililer açısından suç oluşturan ve ön inceleme yapılmasını gerektirecek bir durumun bulunmadığı gerekçeleriyle şikâyetin işleme konulmamasına karar vermiştir. Bu karar, başvurucuların vekiline 23.10.2012 tarihinde tebliğ edilmiştir. Başvurucular, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının *“şikâyetin işleme konulmaması kararının”* tebliğinden itibaren süresi içinde (22.11.2012 tarihinde) Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuruda bulunmuştur.

Bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesi; ihmali davranışları nedeniyle ölüme neden olan ilgililer hakkında gerekli işlemlerin yapılmamasını Anayasa madde 17 hükmüne aykırı bulmuş ve davayı kabul etmiştir. Bu bağlamda mağdur yakınlarına tazminat ödenmesine ve kararın bir örneğinin 6216 sayılı Kanun’un 50. maddesinin (1) ve (2) numaralı fıkraları uyarınca, ihlalin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine hükmetmiştir. Bkz. AYM, **Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri**, Başvuru No: 2012/752, Karar Tarihi: 17.9.2013.

Bu karardan da anlaşılacağı üzere, ihmali davranış nedeniyle ilgililerin ceza hukuku sorumluluğuna gidilmesi, günümüz hukuk düzenlerinde bir gereklilik olmanın ötesinde adeta bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

²³ İhmali davranış nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında, kamu görevlilerinin basit hatasını veya dikkatsizliği aşan nitelikte yani olası sonuçların farkında olmalarına rağmen söz konusu görevlilerin kendilerine verilen yetkileri göz ardı ederek tehlikeli bir faaliyet nedeniyle oluşan riskleri bertaraf etmek için gerekli ve yeterli önlemleri almadığı durumlarda, insan hayatını tehlikeye düşürdükleri gerekçesiyle aleyhlerinde hiçbir suçlamada bulunulmaması ya da bu kimselerin yargılanmaması AİHM tarafından AİHS m. 2’ye (*Yaşam Hakkı*) aykırı bulunmaktadır. İlgili AİHM kararları için bkz. **Budayeva and Others v. Russia** (Chamber Judgment). T. 20.3.2008. <https://hudoc.echr.coe.int/>, siteye erişim tarihi: 10.8.2020. İlgili karar hakkında ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Esin Gürsel, “İdarenin Doğal Afetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu”, *R&S - Research Studies Anatolia Journal*, sa. 2, y. Temmuz-2018, s. 337. Benzer nitelikteki bir diğer karar için bkz. **Öneryıldız v. Turkey (GC)**. T. 30.11.2004. <https://hudoc.echr.coe.int/>, siteye erişim tarihi: 10.8.2020.

²⁴ Zahit Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 24, sa. 1, y. 2018, s. 124.

Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 81. maddesinde düzenlenen kasten öldürme suçu, kural olarak icrai hareketle işlenir. Bununla beraber, bir kimse yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle, yani yapabileceği bir şeyi yapmayarak da bir başkasının ölümüne yol açmış olabilir. Bu durumda ise karşımıza “*ihmali davranışla kasten öldürme*” suçu çıkmaktadır. İhmali davranışla kasten öldürme, TCK’nın 83. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir.

İhmali suçlar, kendilerine has yapıları nedeniyle icrai suçlardan birçok noktada ayrılmaktadır. Gerçek ihmali suçlar bakımından da faillerin hangi şartlar altında sorumlu tutulacağının ihmali suçların temellendirildiği teorik çerçeveye göre farklılık gösterecektir. Örneğin; gerçek ihmali suçlar söz konusu olduğunda da teşebbüs, iştirak ve içtima konularında ne şekilde hareket edileceğinin belirlenmesi, ceza hukukunun güvence fonksiyonu nedeniyle hem teorik hem de pratik açıdan bir zorunluluktur. Dolayısıyla ihmali suçlar bakımından ortaya çıkabilecek problemlerin birçoğu, gerçek ihmali suçlar olarak ifade edilen kategori bakımından da geçerlidir.

İhmali fiilden doğan ceza hukuku sorumluluğu, suç teorisi bakımından önemli tartışmaları ve problemleri beraberinde getirmektedir. İhmali suçların her geçen gün sosyal hayatımızda daha fazla yer almaya başlaması, bu suç türleri bakımından ortaya çıkan problemlere tutarlı ve uygulanabilir çözümler bulmayı da kaçınılmaz kılmaktadır.

Tüm bu gerekçelerle, ceza hukukunda ihmali suçları tutarlı bir teorik temele oturtmak, hem doktrin hem de uygulama açısından bir zarurettir. Kıta Avrupası’nda ihmali suçlara ilişkin görece çok sayıda bilimsel eser ortaya konulmasına rağmen, ülkemizde bu konuda yapılan ayrıntılı çalışma sayısı yok denecek kadar azdır. Hakeza Türk uygulamasında da ihmali suçlara ilişkin oturmuş ve tutarlı bir sistematığın olduğunu söylemek mümkün değildir. 765 sayılı ETCK’da ihmali suçlara ilişkin doğrudan bir düzenleme olmamasına rağmen, uygulamada özellikle ihmali davranışla gerçekleştirilen öldürme fiilleri yorum yoluyla cezalandırılmaktaydı. Bununla beraber 5237 sayılı TCK; 765 sayılı ETCK’dan farklı olarak ihmali suçlara ilişkin açık düzenlemeler yapmıştır. 5237 sayılı TCK’da her ne kadar Alman ve İsviçre Ceza Kanunları’ndaki gibi genel hükümler kısmında bir düzenlemeye yer verilmemiş olsa da kanunun özel hükümler kısmında; “*kasten öldürme (TCK m. 83), kasten yaralama (TCK m. 88) ve işkence (TCK m. 94/5)*” gibi temel suç tiplerinin ihmali davranışla da

işlenebileceğine yönelik açık düzenlemelere yer verilmiştir. Bu düzenlemeler Türk ceza hukukunda ihmali suçlara ilişkin önemli bir dönüm noktası olmuştur.

Bununla beraber 5237 sayılı TCK; Alman ve İsviçre ceza kanunlarında olduğu gibi ihmali suçlara ilişkin olarak kanunun genel hükümler kısmında bir düzenleme yapmamış, yalnızca Kanun'un özel hükümler kısmında sayılan suç tiplerinin ihmali şeklini düzenlemekle yetinmiştir. Böylece 765 sayılı ETCK döneminde ihmali suçlara ilişkin teorik ve pratik yeterli bir temeli olmayan Türk hukukunun kontrollü bir şekilde konuya ilişkin açığını kapatması amaçlanmış görünmektedir. Ancak 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiğinden günümüze kadarki yaklaşık 15 yılda, hem teori hem de uygulamanın beklenen gelişimi gösterevildiğini söylemek oldukça zordur. Hem ihmali suçlara ilişkin güncel teorik ve pratik tartışmaları değerlendirmek hem de 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra ihmali suçlara ilişkin teori ve uygulamanın geldiği son noktayı ortaya koyabilmek adına doktora tez çalışmamızın konusunu “*İhmali Suçlar*” olarak belirledik.

Bununla beraber tez başlığının “*ihmali suçlar*” olarak belirlenmesi, bu çalışmada TCK'daki ihmali suç tiplerinin incelendiği şekilde anlaşılmaya müsaittir. Ancak bu çalışmada, ihmali suç tipleri tek tek ele alınmayacaktır. Bunun yerine “*ihmali suçlar*”; bir bütün olarak değerlendirilecek ve ihmali suçların genel yapısı, türleri, unsurları, özel görünüm biçimleri ele alınacaktır. Bir başka ifadeyle bu doktora tezi; bir ceza özel hükümler çalışması değil, genel hükümler çalışmasıdır.

Özellikle Türk Ceza hukukunda ihmali suçlara ilişkin tartışmalara katkı sunmak amacıyla hazırlanan bu doktora tez çalışması, üç temel bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde; öncelikle ihmali suçlara ilişkin bazı tarihsel örneklerle yer verilmiş ve akabinde özel hukuk bağlamında fiil ve ihmal kavramlarına değinilmiştir. Konu bütünlüğünün sağlanması açısından maddi ceza hukukunda fiili açıklayan teorik yaklaşımlara kısaca yer verdikten sonra, konuya ilişkin terminoloji sorunu ele alınarak çözüm önerileri sunulmuştur. Nihayetinde, ihmali davranışın özünün, yani niteliğinin ne olduğu (ontik bir yapıda mı yoksa normatif bir yapıda mı olduğu) tartışmalarına yer verilerek bölüm tamamlanmıştır.

Çalışmanın direğini oluşturan ikinci bölümde ise, öncelikle icra - ihmal ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin görüşlere yer verilmiş ve akabinde çözüm önerileri sunulmuştur. Bu tartışmalar bağlamında ortaya çıkabilecek bazı özel durumlara ayrıntılı olarak

değinildikten sonra, ihmali suçların türleri ve yapısı üzerine yoğunlaşmıştır. Uygulama ve teoride daha az tartışmalı olduğundan saf ihmali suçların unsurlarına ayrıntılı olarak değinilmemiş, sadece temel konularla yetinilmiştir. Bununla beraber ihmali suçlara ilişkin teorik ve pratik tartışmaların kendini daha çok gösterdiği görünüşte ihmali suçların tüm unsurları ve bu unsurlar bakımından ortaya çıkabilecek sorunlar ele alınarak ayrıntılı bir şekilde değerlendirilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde ise, öncelikle ihmali suçlar bakımından kusurluluk ve hata konularına değinilmiştir. Akabinde ihmali suçlar bakımından önem/farklılık arz eden ve suçun özel görünüş biçimleri olarak da ifade edilen; teşebbüs, iştirak ve içtima konularına yer verilmiştir. Bu bölümde üzerinde durulan suçun özel görünüş biçimlerinin ihmali suçlar özelinde dahi müstakil çalışmaların konusu yapılacak nitelik ve genişlikte olduğunu vurgulamak gerekir. Ancak biz, çalışmamızı sınırlayabilmek adına söz konusu başlıkları temel bir perspektifle ele alarak incelemeyi tercih edeceğiz.



2. İHMALİ SUÇLARIN TEORİK GELİŞİMİ, FİİL VE İHMAL KAVRAMLARI, TERMİNOLOJİ SORUNU, FİİLİ AÇIKLAYAN TEORİLER VE İHMALİ DAVRANIŞIN NİTELİĞİ

2.1. İhmali Suçların Teorik Gelişimi ve Bazı Örnekler

Toplumsal yaşam şartlarının değişmesi, hukuk düzeninin de bu değişime ayak uydurmasını zorunlu kılmaktadır. Bu değişim sürecinin en bariz şekilde hissedildiği yerlerden biri de ihmalden doğan sorumluluk alanıdır. Toplumsal yaşamın gelişmesi ve karmaşıklaşmasıyla birlikte bireyler açısından yeni sorumluluklar ortaya çıkmaktadır. Bu yeni sorumluluk alanları da bireylere yeni yükümlülükler getirmektedir. Nihayetinde bireylerin söz konusu yükümlülüklerle aykırı davranışları da ihmalden doğan sorumluluğu tartışmaya açmaktadır.

Örneğin; vergi toplayan herhangi bir otoritenin olmadığı dönemde, vergi toplamakla yükümlü memurun görevinin gereklerini yerine getirmediğinden (ihmal ettiğinden) bahisle sorumluluğu tartışılmayacaktır. Benzer şekilde, acil hastalara derhal müdahale etme yükümlülüğü olmayan bir hekimin hastalara müdahale etmemesi halinde, bu “*yapmama*” fiili nedeniyle herhangi bir sorumluluğunun bulunup bulunmadığı da tartışılmaz.

Konuya ilişkin bir başka çarpıcı örnek, özel güvenlik görevlileridir. Çünkü çok değil yakın geçmişte hayatımızda “*özel güvenlik görevlisi*” diye bir kavram söz konusu değildi. Ancak günümüzde, çoğu özel veya kamusal kurumun hatta konutların güvenliği dahi özel güvenlik görevlileri tarafından sağlanmaktadır. Özel güvenlik görevlilerinin mevzuatları çerçevesinde, kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmedikleri durumlarda, ihmali davranışları nedeniyle hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir. Konuya ilişkin örnekleri çoğaltmak elbette mümkündür²⁵. Burada ifade etmek istediğimiz temel husus; ihmali suçlara ilişkin sorumluluk alanının, gelişen teknoloji ve karmaşıklaşan sosyal yaşam nedeniyle her geçen gün genişlediği ve daha da genişleyeceği öngörüsüdür. Özellikle teknikte ve

²⁵ Son yıllarda oldukça gündemde olan bir diğer kavram olarak “*mobbing*” fiillerinin de ihmali davranışla gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği hususu tartışılmaktadır. Bkz. İftar Cengiz, Uğur Ersoy ve Alper Küçükay, “Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sa. 36, y. 2016, s. 81.

teknolojide yaşanan gelişmelerin toplumsal yaşama doğrudan sirayeti, daha önceden var olmayan birtakım yükümlülük alanları oluşturmaktadır. Bu yeni yükümlülük alanları da ihmali sorumluluk alanını genişletmekte ve hukuki tartışmaların odağı haline getirmektedir.

“İcrai - ihmali suç”, “saf - görünüşte - garantörsel ihmali suç” ayrımlarının hangi ölçüte göre, ne şekilde yapılacağı hususu, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenecektir. Bununla beraber, hem bu bölümde değindiğimiz tarihsel örneklerin hem de değineceğimiz diğer hususların daha iyi anlaşılabilmesi için şu aşamada ihmali suçlara ilişkin şu kısa ön açıklamaları yapmamız gerekir. Normun aktif bir insan davranışıyla ihlal edildiği suçlarda **icradan**; pasif bir insan davranışıyla ihlal ettiği suçlarda **ihmalden** bahsedilir. Kanuni tipte, yalnızca emredilen davranışın yapılmaması suçun oluşması için yeterli ise “**saf (gerçek) ihmali suç**”; suçun oluşması için tipte emredilen davranışın yapılmamasıyla birlikte neticenin de meydana gelmesi gerekiyorsa “**garantörsel (görünüşte) ihmali suç**” söz konusudur.

Ceza hukukunda ihmali suçlara yönelik teorik tartışmalar, 19. yüzyılın başlarına rastlamaktadır²⁶. Bu teorik tartışmalar yoğunluğunu artırarak günümüze kadar gelmiş görünmektedir. İhmali suçlara ilişkin teorik tartışmalar, her ne kadar son iki asırda ortaya çıkmış ise de çok daha eski tarihlerde, farklı coğrafyalarda, ihmali fiil/suç örneklerine rastlanmaktadır. Tarihsel süreç dikkate alındığında şu husus rahatlıkla söylenebilir: İnsanların birbirleriyle münasebetleri karmaşıklaştıkça hukuk düzeni de buna uyum sağlamış ve bu uyumun ceza hukukuna bir yansıması olarak da kast, ihmal ve teşebbüs gibi teknik kavramlar tespit edilerek birbirlerinden ayrılmıştır²⁷. Dolayısıyla, ihmal ve ihmali fiil kavramı üzerine teorik tartışmalar görece yeni olsa da, ihmali sorumluluk türünün bizatihi kendisi ve uygulaması oldukça eskiye dayanmaktadır.

Çalışmanın teorik esasına girmeden önce; tarihsel süreçte farklı toplumlarda karşımıza çıkan ihmali suçlara ilişkin bazı örneklerle değinmenin konunun bütünlüğü açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz. Söz konusu örnekler; ihmali suçlara ilişkin teorik tartışmaların aksine, uygulamalarının çok daha eskiye dayandığını açıkça

²⁶ Robert v. Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, Berlin: 1932, s. 101, dn. 6.

²⁷ Coşkun Üçok, “Alman Hukukunun Tarihsel Gelişimine Bir Bakış”, *AÜHFD*, c. 7, sa. 1, y. 1950, s. 306.

göstermektedir. Yine bu tarihi örneklerden, gelişen ve değişen toplumsal yaşamın ihmali suçlara ilişkin yeni düzenlemeleri kaçınılmaz kıldığı çıkarımının yapılması da mümkündür.

Bilinen en eski kanunnamelerden biri olan **“Eschnunna Kanunnamelerinde”** ihmali suçlara yönelik düzenlemelere rastlanmaktadır²⁸. Kanunnameye göre; *“resmi olarak kendisine tebliğ edildiği halde süsmesiyle bilinen öküzünün boynuzlarını zararsız bir hale sokmak için kesmeyen hayvan sahibi, öküzün süserek köle olmayan bir vatandaşın ölümüne sebep olması halinde”* 2/3 mine (ölçü birimi) gümüş ödemek mecburiyetindedir²⁹. Söz konusu bu düzenleme; hayvan sahibinin ihmali nedeniyle bir kimsenin ölmesi durumunda faili cezalandırdığı için bir *“görünüşte ihmali suç”* özelliği göstermektedir.

Bilinen en eski ve ayrıntılı kanunnamelerden bir diğeri olan **“Hammurabi Kanunları’nda”** da ihmali suçlara ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin, Kanunnamenin 26. maddesinde: *“Kral tarafından görevlendirilen memur ya da hizmetli bu davate icabet etmez ve bu iş için kendisi yerine uhdesinde tuttuğu bir başkasını görevlendirirse, kendisi veya görevlendirdiği kişi ölüm cezasına çarptırılır*

²⁸ Mezopotamya bölgesinde, Hz. İsa’dan önce (İ.Ö) ikinci binyılın birinci çeyreğinde (dönemin en çok bilinen devleti Babilonya değil, onun kuzey-doğu sınırında bulunan) *“Eschnunna”* olarak adlandırılan bir şehir devletine bağlı olduğu düşünülen küçük bir kasabada, çok eski bir kanunnameye ulaşılmıştır. Eski doğuya ait, yeni ulaşılan bu kanunname; Irak Müzesi’nin, Bağdat’ın yakınında ve güneyinde Tel Abu Harmal höyüğünde yaptırdığı hafriyatta meydana çıkmıştır. Bu şehre atfen *“Eschnunna Kanunları”* adını alan Kanunname, iki kopya olarak kil tabletler üzerinde mevcuttur ve Alman-Ameriken bilim adamı Albrecht Götze tarafından Bağdat’ta çıkan *“Sümer”* dergisinde yayımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ernst Weidner, Çev. Hasan Sevimcan, “Dünyanın En Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)”, *AÜHFD*, c.7, sa. 1, y. 1950, s. 381.

²⁹ Weidner, Çev. Sevimcan, s. 383.

ve hanesinin tüm malvarlığı da onu temsil eden kişiye geçer”³⁰ denilmektedir^{31, 32}. Görüldüğü üzere, her iki kanunname de ilgili dönemin siyasal, sosyal ve ekonomik ilişkileri özelinde ihmali fiilden doğan cezai ve hukuki sorumluluğa hatırı sayılır ölçüde yer verilmiştir.

Orta Doğu medeniyetlerinde olduğu gibi Avrupa medeniyetlerinde de eski dönem hukukçuları, ihmali suçlara ilişkin analitik değerlendirmeler yapmaktan ziyade, muayyen ve münferit vakıalar üzerinden muhakeme yapmakla yetinmişlerdir³³. Avrupa medeniyetlerinde ihmali suçlara ilişkin ilk değerlendirmelerden biri, Antik Yunan filozofu **Platon** tarafından yapılmıştır. Platon; “*Kanunlar*” adlı eserinde; ihmali davranışın da icrai davranış kadar kusurlu bir eylem olabileceğini, dolayısıyla bir cinayeti bilmesine rağmen bunu yetkili makamlara bildirmeyen kimsenin de “*tıpkı katil gibi*” sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur³⁴.

İhmali davranışla gerçekleştirilen fiiller bakımından kişilerin ne şekilde sorumlu tutulacağı hususunda **Roma İmparatorluğu** döneminde de farklı yaklaşımlar söz konusudur. Roma Hukukunda ihmali suçlara ilişkin ilk değerlendirmelere **Paulus**’a ait bir metinde rastlanmaktadır. Paulus’a ait söz konusu eserde: “*Bir suçun işlenmesini önlemeye muktedir olan kimsenin suçu engellememesinin*” sorumluluk gerektirdiği, bu

³⁰ Robert Francis Harper, The Code of Hammurabi King of Bablyon, Chicago and London: 1904, Second Edition, s. 19. L. W. King translated, “The Code of Hammurabi”, in 1915.

Kanunnamedeki 26. maddenin; dönemin toprak sisteminin bir yansıması olarak, toprağın kiraya verilmesiyle bağlantılı olduğu ifade edilmektedir:

“Diğer maddelerden de anladığımıza göre, memleket topraklarının bir kısmı krala aitti. İngilizce yayınlarda “crown lands” tabiri kullanılıyor. Kral bu toprakları, hizmetinde bulunan “redûm” ve “bâ’irum” sınıfından olan kimselere hizmetlerine karşılık veriyordu. Bu şekilde hem toprak işlenmiş oluyor, verim artıyor, hem de hizmetindeki kimseler artmış oluyordu. Başka bir deyimle ordusu büyüyordu. Bu topraklardan faydalanan ve böyle bir nimetin karşılığında göreve çağrılan bu kimseler, yerlerine bir bedel gönderemezlerdi. Aksi takdirde ölüm cezasına çarptırılırlardı”. Mebrure Tosun, “Hammurabinin Toprak Kanunları”, *AÜDTCFD*, c. 21, sa. 3 - 4, y. 1963, s. 132.

³¹ Bu düzenlemenin bir başka gerekçesi de şu şekilde ifade edilmektedir: “Söz konusu dönemde, kralın hizmetine girmek bir imtiyaz sayıldığından; bu hizmet karşılığı kraldan toprak alan kimseler, hizmete çağrıldıkları zaman bizzat gitmek zorunda idiler. Kendileri bizzat gitmek yerine bedel yollayanlar ve bu gönderilen bedeli kabul eden emir subaylarına da ölüm cezası veriliyordu”. Mebrure Tosun, s. 138.

³² Söz konusu duruma ilişkin kanunda daha ayrıntılı hükümler de vardır. Örneğin; evin yıkılmasından dolayı ev sahibinin oğlu ölürse, ustanın oğlu öldürülecektir (m. 230). Eğer evin çökmesinden dolayı ev sahibinin kölesi ölürse; evi yapan, kölenin bedeline eşit bir ücreti ev sahibine öder (m. 231). Usta evi düzgün inşa etmediğinden yapının sadece bir kısmı çöker ise çöken kısmı kendi çabalarıyla daha düzgün bir şekilde tamamlar (m. 231). Harper, s. 83.

³³ Sulhi Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, *İÜHFEM*, c. 9, sa. 3 - 4, y. 1944, s. 475.

³⁴ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 476.

sorumluluğun ise herkese değil sadece bazı kişilere yöneltilmesi gerektiği vurgulanmaktadır³⁵.

Bu genel yaklaşımların ötesinde, Roma Kanunlarında da kişilerin bazı ihmali davranışlarından dolayı cezalandırılacağı açıkça düzenlenmiştir. Örneğin:

- Saldırı altında olan efendisine yardım etmeyen köle,
- Düşman ile temas halinde olan subayının yardımına koşmayan asker,
- Karısının fuhuş yapmasına göz yuman eş,
- Kardeşlerinin babalarına karşı tuzak kurduğunu bildiği halde bunu ihbar etmeyen oğul,
- Yeni doğan bir bebeği ölmesi için yüz üstü bırakan kimse³⁶ bakımından ihmali davranış nedeniyle hukuki sorumluluk gündeme gelecektir.

Ortaçağ Glassatörlerinden **Farinaceous** da; özellikle işleneceği bilinen suçları ihbar etmeyen kimseler üzerinde durmuştur. Buna göre; *“bir cinayetin işleneceğinden haberdar olan kimsenin durumu yetkililere haber vermemesi yahut da suçun işlenmesini engellememesi halinde”* cezalandırılması gerekir³⁷. **Muyart de Vouglans** da; ceza hukukunda suçları farklı tasniflere tabi tutmuş ve bunlardan birinin de, *“önlenebilecek bir suçun önlenmemesi”* olduğunu ifade etmiştir³⁸. **Vouglans**; bahsettiği bu kategorideki kişilerin cezalandırılabilmesi için hükümdara suikast gibi çok ağır bir suçun mevzu bahis olmasını ya da ihmalde bulunan kişinin söz konusu kötü neticeyi engellemeye yönelik bir yükümlülüğünün olması gerektiğini vurgulamıştır³⁹.

İhmali suçlara ilişkin örneklerle, Orta Asya topluluklarında da rastlanmaktadır. *Cengiz Yasaları*’na göre; *“kaçan bir esiri ya da harp tutsağını eline geçirip de sahibine iade etmeyen kimse ölümle cezalandırılacaktır”*⁴⁰. Bu düzenlemeyle; kaçan bir esir ya da tutsağı eline geçirenlere, onları sahibine iade etme yükümlülüğü getirilmektedir. Yine

³⁵ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 477. Bu yaklaşımın, günümüzdeki neticeli ihmali suçlardaki *“garantörlük”* müessesesi ile aynı amaca hizmet ettiği düşünülebilir. Her iki yaklaşımda da temel amaç, engellenmeyen neticeden dolayı sadece belirli konumdaki kişileri cezalandırmaktır. Böylece ihmali davranıştan doğan sorumluluk alanı sınırlandırılmaktadır.

³⁶ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 477.

³⁷ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 476.

³⁸ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 476.

³⁹ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 476 - 477. Vouglans’ın bu ifadelerle dikkat çekmeye çalıştığı şey; günümüz anlamında **“garantörlük”** kavramına çok benzemektedir.

⁴⁰ Sadri Maksudi Arsal, Türk Tarihi ve Hukuk, İstanbul: 1947, s. 170.

savaş ya da çekilme sırasında birinin yükünün ya da yükünden yay gibi herhangi bir şeyin düştüğünü gören atlı, derhal atından inerek o şeyi kaldırmalı ve sahibine teslim etmelidir. Atından inerek o nesneyi sahibine uzatmayan ya da sahibine iade etmeyen kimse ölümle cezalandırılır⁴¹.

Benzer hükümlere **Timur Yasaları**'nda da rastlanmaktadır. Buna göre; maiyeti altındaki askerlerden herhangi birisinin ölmesi veya mallarının çalınması durumunda, sorumlu subay ve görevliler bunları engellememeleri nedeniyle sorumludur⁴². Göçebe bir hayat tarzına sahip olan Moğol kabileleri bakımından en değerli mal varlığı hayvanlar olduğu için, dönemin kanunnamelerinde hırsızlık suçuna özel bir önem verildiği görülmektedir. Öyle ki; bulundukları yörede gördükleri şüpheli şahısları ihbar etmeyenlerin dahi sırf bu ihmalleri nedeniyle cezalandırılması gerekiyordu⁴³. Bu düzenleme, bir nevi “*suçu (suç şüphesini) bildirmeme*” suçu olarak değerlendirilebilir. Yani bu düzenleme, günümüz anlamında bir saf ihmali suç örneği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hakeza ilgili dönemde Orta Asya'da hüküm süren Türk topluluklarında da ihmali suç uygulamaları söz konusudur. Başlangıçta büyük bir çoğunluğu göçebe olup son dönemlerde yerleşik hayata geçmeye başlayan Türklerin, Orta Asya coğrafyasında geçirdiği dönemi kapsayan tarihsel süreç boyunca kendilerine has bir hukuk sistemleri vardır⁴⁴. Ancak İslamiyet öncesi dönemden bugüne ulaşan “*kanunname*”, “*emir*” gibi yazılı kaynakların çok az olması, dönemin Türk hukuku kaidelerine yönelik doğrudan bir tespit yapmayı oldukça zorlaştırmaktadır. Döneme ilişkin bilgiler, ekseriyerle dolaylı kaynaklardan elde edilmektedir. Söz konusu dolaylı kaynaklardan edinilen bilgiler, eski Türk toplumlarında, “*verilen görevi yerine getirmeme*” veya “*görevi ihmal*” gibi davranışların dayak cezasını gerektiren suçlar olarak düzenlendiğini göstermektedir⁴⁵. **Yusuf Has Hacib** tarafından kaleme alınan **Kutadgu Bilig**'te; özellikle hükümdarın maiyeti altında bulunan kimselerin, kendilerine verilen görevleri yerine getirmemeleri veya bu görevleri savsaklamaları halinde, dayak cezasıyla karşılaştıkları ifade edilmektedir⁴⁶.

⁴¹ Aarsal, s. 170.

⁴² Ali Rıza Yağlı, *Timur Tüzükatı Bozkırın Töresi*, İstanbul: 2016, 1. Basım, s. 244.

⁴³ Curt Alinge, “Moğol Kanunları - III. Bölüm - 3. Kısım”, Çev. Coşkun Üçok, *AÜHFD*, c. 13, sa. 1, y. 1956, s. 201.

⁴⁴ Halil Cin ve Gül Akyılmaz, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: 2011, 4. Baskı, s. 7 - 8.

⁴⁵ Feda Şamil Arık, “Eski Türk Hukukuna Dair Notlar I - Suçlar ve Cezalar”, *Tarih Araştırmaları Dergisi*, c. 17, sa. 28, y. 1995, s. 15.

⁴⁶ Arık, s. 19.

Hakeza İslamiyetin ilk dönemlerinde de, ilgili coğrafyada ihmali suçlar ilişkin uygulamalara rastlamak mümkündür. İslamiyet'in ilk dönemlerindeki hukuk uygulamasının temel kaynağı ve ilahi risaletler bütünü olan Kuran'da iki çeşit norm bulunmaktadır. Bunlar; bir şeyin yapılmasını isteyen “*emredici normlar*” ve bir şeyin yapılmamasını emreden “*yasaklayıcı normlar*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir davranışın yapılmasını emreden hükümlere (emredici normlar) uyulmadığında “*ihmali davranıştan*”; bir davranışın yapılmasını yasaklayan hükümlere (yasaklayıcı normlar) uyulmadığında ise “*icrai davranıştan*” bahsedilir. Bununla beraber, yapılması ve yapılmaması gereken şeyler Kuran'da çoğu zaman birlikte zikredilmiştir. Bir başka ifadeyle, çoğu yerde emir ve yasaklar aynı norm içerisinde yer almaktadır. Örneğin Nahl Suresi 90. ayette: “*Muhakkak ki Allah adaleti, ihsanı, akrabaya karşı cömert olmayı emreder; hayâsızlığı, kötülüğü ve zorbalığı yasaklar. İşte Allah, aklınızı başınıza alınız diye size böyle öğüt veriyor*”⁴⁷ denilmektedir. Söz konusu hükümde; “*adil davranmak, karşılık beklemeden iyi işler yapmak, akrabaya yardım etmek*” gibi fiiller emredilirken (emir normu), kötülük ve zorbalığa yönelik fiiller ise yasaklanmaktadır (yasak normu)⁴⁸. Yine Nur suresi 27. ve 28. ayetlerdeki hükümlerin ise; hem bir başkasının konutuna izinsiz olarak girilmesi şeklindeki icrai davranışla hem de konut sahibinin kabul etmemesi üzerine konuttan ayrılmama şeklindeki ihmali davranışla işlenen konut dokunulmazlığını ihlal suçuna yönelik olduğu ifade edilmektedir⁴⁹.

⁴⁷ Hayrettin Karaman, Mustafa Çağrı, İbrahim Kafi Dönmez ve Sadrettin Gümüş, Kur'an Yolu Meali, Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1423, y. 2018, s. 276. Diyanet İşleri Başkanlığı Kuran Meali, <http://kuran.diyanet.gov.tr>, siteye erişim tarihi: 13.10.2019.

⁴⁸ Benzer bir şekilde, Nisa Suresi 2. ayette: “*Yetimlere mallarını verin, temiz piş olanla değişmeyin, onların mallarını kendi mallarınıza katarak yemeyin, zira bu büyük bir günahıdır*”⁴⁸ denilerek; yetimlerin haklarının teslim edilmesine yönelik davranışlar emredilirken onların mallarına el atma şeklindeki davranışlar ise yasaklanmaktadır. Aynı surenin 135. ayetinde ise; kişilere bilgi sahibi oldukları bir olay söz konusu olduğunda, ceza tehdidi altındakiler yakınları dahi olsa “*doğru tanıklık*” yapmaları emredilmektedir. Emre Dorman, Kur'an Kerim'deki Temel Emirler ve Yasaklar, İstanbul: 2011, s. 145.

⁴⁹ Seda Örsen Esirgen, “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”, *AÜHFD*, c. 65, sa. 4, y. 2016, s. 2308.

“*Ey iman edenler! Kendinizi tanıtır izin almadan ve içinde oturanlara selâm vermeden kendi evlerinizden başka evlere girmeyin. Sizin için daha iyi olanı budur; umulur ki düşünüp anlırsınız (Nur 27).*”

Eğer o evlerde bir kimse bulamazsanız -size izin verilmedikçe- oralara girmeyin. Size "kabul edemiyoruz, dönün" denirse hemen dönün; bu sizin için daha nezih bir davranıştır. Allah bütün yaptıklarınızı bilmektedir (Nur 28)”. DİB Kuran Meali, <https://kuran.diyanet.gov.tr> , siteye erişim tarihi: 28.12.2017.

Diğer tüm dinlerde olduğu gibi İslam dininde de kişilerin “bir şeyleri yapmasına” yönelik emirlerin sayısı azımsanmayacak kadar çoktur. Namaz kılmak, oruç tutmak, hacca gitmek, zekât vermek İslam dini tarafından yapılması emredilen temel davranışlardan bazılarıdır. Ancak, söz konusu emirlerin yerine getirilmemesi durumunda uygulanacak yaptırımların birçoğu dünyevi nitelikte olmadığından, bu normları günümüz ceza hukuku anlamında ihmali suç olarak nitelendirmek doğru olmayacaktır. Bununla beraber zekât vermek gibi dünyevi niteliği de olan bazı emirleri yerine getirmeyenler, bir başka ifadeyle, bu emirleri yerine getirmekte ihmal gösterenler birtakım dünyevi yaptırımlarla karşılaşabilir.

İslamiyetin ilk dönemi hukuk uygulamasında Kuran’dan sonraki ikincil (tamamlayıcı) kaynak ise; son Peygamber Hz. Muhammed’in söz ve davranışları bütünü olan “Hadis”lerdir. Bazı hadislerde ihmali davranışlara ilişkin hususlara rastlamak mümkündür. “Buhari ve Müslim”den nakledilen bir hadiste Hz. Muhammed: “Üç sınıf insan vardır ki, Allah onlarla ahiret günü konuşmaz, onlara rahmetle bakmaz, onları temize çıkarmaz, onlara acıklı bir azap verir. Birincisi, kırdan fazla suyu olup da onu ihtiyacı olan yolculara vermeyen...” diyerek ihmali bir günaha (suça) işaret etmektedir⁵⁰.

İslam fıkının önemli isimlerinden “İmam Malik”e göre; öleceğini bilerek çocuğuna süt veya gıda vermeyip çocuğun ölmesine neden olan anneye kısas uygulanması gerekirken; Hanefi fıkına göre, ihmali davranış ile icrai davranış arasında bir nitelik farkı olduğundan, ihmali suçlarda icrai suçlarla aynı yaptırımın uygulanmaması gerekir⁵¹. Bir başka ifadeyle, aynı neticenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi halinde icrai davranışa nazaran daha az bir ceza uygulanmalıdır.

Osmanlı dönemi hukuk sistemi içerisinde de ihmali suçlara ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Osmanlı Ceza Hukuku esasında karma bir yapıya sahiptir. Kuran ve Hadis hükümlerine ek olarak, Türk devlet geleneğinin de etkisiyle, hükümdar tarafından “örfi” kurallar da ihdas edilmiştir. Bu nedenle Osmanlı Ceza

⁵⁰ Mustafa Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Konya: 2014, 2. Baskı, s. 57. Belirtmek gerekir ki söz konusu hadisten, su verilmemesi halinde susuz kalan kişilerin ölmesi veya yaralanması gibi bir neticenin gerçekleşmesinin zorunlu olduğu anlamı çıkarılamamaktadır. Bu nedenle söz konusu hadisin, yazarın belirttiği gibi “ihmal suretiyle icra suçlarına” dalalet etmekten ziyade, “fazla suyu olduğu halde isteyen yolculara vermemek” fiiliyle tamamlanan, bir “saf ihmali suç” örneği olduğu kanaatindeyiz.

⁵¹ Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 57.

Hukuku, toplum ihtiyaçlarına cevap vermeyi amaçlayan karma bir hukuk sistemine dönüşmüştür⁵². Osmanlı döneminde, genel olarak İslamiyetin ilk dönemlerinden o güne kadar süregelen Ceza Hukuku ilke ve kaynaklarına sadık kalınmakla birlikte, klasik fıkıh kitaplarındaki mevcut suç ve yaptırımlara hükümdarlar tarafından da birtakım ilaveler yapılmıştır⁵³.

Osmanlı hükümdarları tarafından çıkarılan umumi ceza kanunnamelerinde çeşitli ihmali suç örneklerine yer verilmiştir. Örneğın, Fatih Sultan Mehmet'in Umumi Kanunnamesi'nde: *“Zinayı bilip de kadiya bildirmeyen cezalandırılmaz ancak hırsızlık suçunu bilmesine rağmen kadiya bildirmeyene on beş akçe ceza verilir”* hükmü yer almaktadır⁵⁴. Söz konusu düzenlemenin zinaya ilişkin kısmı, 2. Bayezid Umumi Kanunnamesi'nde de aynen korunmuş, ancak hırsızlık suçunu bilip de kadiya haber vermeyenlerin cezası bir miktar (on akçeye) düşürölmüştür⁵⁵. Yine Fatih Kanunnamesi'nde; bir kimsenin atı, küçükbaş ya da büyükbaş hayvanının bir başkasının ekinine girmesi fiili de bir ihmali suç örneğı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁶. Yavuz Sultan Selim Kanunnamesi'nde ise; kasten vakit namazlarını ya da cuma namazını terk (ihmal) edenler hakkında tazir cezası öngörölmüştür⁵⁷. **Kanuni Sultan Süleyman** Kanunnamesi'nde de, ihmali suçlara ilişkin bazı hükümlere rastlanmaktadır. *“Kıymetli bir nesne ya da küçükbaş hayvan bulan kişi, bulduğı malların sahibini aramaz ya da aramasına rağmen sahibini bulamadığında malları kadiya teslim etmezse, para cezası ile cezalandırılır”*⁵⁸.

Osmanlı Hukuku'nun Batı Hukuku'na yakınlaştığı Tanzimat Dönemi'nde çıkartılan ceza kanunnamelerinde de ihmali suç örneklerine rastlamak mümkündür. 1840 (Hicri 1256) Ceza Kanunnamesi'nin 5. fasıl, 5. maddesinde; *“memurun cebir veya korkutması neticesinde rüşvet vermek zorunda kalan kişinin cezalandırılmayacağı ancak durumu derhal yetkili makamlara bildirmesi gerektiğı”* düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; cebir veya tehdit etkisi altında rüşvet verme⁵⁹ mecburiyetinde

⁵² Ahmet Gökçen, Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri, İstanbul: 1989, s. 3.

⁵³ Avcı, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 9.

⁵⁴ Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul: 1990, 1. Kitap, s. 348.

⁵⁵ Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul: 1990, 2. Kitap, s. 41.

⁵⁶ Ahmed Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, İstanbul: 1991, 3. Kitap, s. 348.

⁵⁷ Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 3. Kitap, s. 93.

⁵⁸ Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, İstanbul: 1992, 4. Kitap, s. 303.

⁵⁹ Kanunnamedeki bu hüküm ile *“rüşvet”* suçu içerisinde düzenlenen söz konusu fiil; günümüz ceza hukuku bakımından *“rüşvet”* suçundan ziyade *“irtikâp”* suçuna benzemektedir (TCK m. 250). İrtikâp

kalan kimse, rüşvet suçuna ilişkin icrai davranışından dolayı sorumlu tutulmayacaktır. Bununla beraber, rüşvet verme zorunda kalan kişinin söz konusu fiilden yetkili makamları haberdar etmemesi halinde, bu ihmali davranışı ayrıca cezalandırılacaktır. Söz konusu normla; cebir veya tehdidin etkisiyle, kamu görevlisine maddi menfaat sağlamak zorunda kalan kişi bakımından bir saf ihmali suö örneği olarak “suçu bildirmeme suçu” ihdas edildiğini söylemek mümkündür.

2.2. İhmali Suçlar Bakımından Ortaya Çıkan Terminoloji Sorunu: Hareket, Davranış, Fiil ve İhmal Kavramları

Suç teorileri bakımından temel alınan fiil, kasten ve icrai olarak gerçekleştirilendir⁶⁰. Bu nedenle, özellikle taksirli ve ihmali suçlar bakımından yapılacak teorik değerlendirmelerin icrai ve kasten işlenen suçlardan sonra bilahare yapılması, son dönemde sıkça tercih edilen bir yöntemdir. Suç tipleri arasındaki belirgin farklılığa rağmen, icrai suçlar üzerine temellendirilen suç teorileri, ihmali suçları açıklarken de çoğu zaman aynı kavramları kullanmaktadır. Bu yaklaşım; birtakım teorik tartışmalarla birlikte bir terim karmaşasına da neden olmaktadır. Kısacası, çalışmamızın konusunu oluşturan “*ihmali suçlar*” bakımından ciddi bir terminoloji karmaşası göze çarpmaktadır. Konunun esasına girmeden önce, bu terminolojik karışıklığa değinerek çalışmamızda hangi kavramları, hangi gerekçelerle tercih ettiğimizi açıklamaya çalışacağız.

Türk doktrinindeki bu terminolojik karışıklığa, ihmali suçlara ilişkin ayrıntılı ve yetkin bilimsel çalışma sayısının azlığı da çanak tutmaktadır. Türk doktrininde ihmali suçlara ilişkin genel teorik değerlendirmelere, ekseriyetle “*Ceza Hukuku Genel Hükümler*” kitaplarında yer verilmektedir. Genel hükümler kitaplarında ise ihmali suçlar; çoğu zaman “*fiilin (davranışın - hareketin) niteliğine göre suçlar*” alt başlığında kısa açıklamalarla yer almaktadır. Ceza hukuku genel hükümler kitaplarındaki bu kısa bölümlerde, “*icrai fiiller*” için kullanılan terminolojinin büyük oranda muhafaza

suçunun rüşvet suçundan temel farklarından biri, rüşvetin çok failli bir suç olmasına rağmen irtikâp suçunun bu nitelikte olmamasıdır. Bir başka ifadeyle, rüşvet suçunda hem rüşveti alan hem de rüşveti veren kişi fail olmasına rağmen; irtikâp suçunda, mecbur kalarak kamu görevlisine maddi menfaat sağlayan kimse artık fail olarak değil, mağdur ya da suçtan zarar gören olarak değerlendirilir. Bu nedenle de, maddi ya da manevi zorlama nedeniyle kamu görevlisine menfaat sağlama mecburiyetinde kalan kişi cezalandırılmaz. İlhan Üzülmöz, “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu (TCK m. 250)”, *SÜHFD*, c. 14, sa. 2, y. 2006, s. 276 - 277.

⁶⁰ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 390.

edildiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle, ihmali suçlar bakımından tercih edilen terminolojinin, bu suçların kendilerine has yapısı ve teorik temelleri ile uyumlu olup olmadığı pek tartışılmamaktadır.

İcrai suçlar bakımından kullanılan terminolojinin ihmali suçlar için de aynı şekilde muhafaza edilmesi; bazen tüm suç tiplerini kapsayacak genel bir fiil tanımı yapma gayretinden, bazen de geçmişten günümüze uzanan ve terk edilemeyen alışkanlıklardan kaynaklanmaktadır. Ancak şu bir gerçektir ki; kaynağı ne olursa olsun, ihmali suçlar bakımından Türk doktrinde ciddi bir kavram karmaşası söz konusudur. Üstelik konuya ilişkin kavramların gelişigüzel kullanılması, ciddi tartışmaların doğmasına da zemin hazırlamaktadır. Çalışmamızın tamamı boyunca ihmali suçlara ilişkin teorik tartışmalara ayrıntılı olarak değineceğimizden, bu başlık altında sadece mevcut terminoloji sorununa değinmekle yetineceğiz. Bu konuya özel bir başlık açmamızın nedeni ise; ihmali suçlar bakımından tercih edilecek terminolojinin, bu suçların kendilerine has yapısının kavranması ve aktarılması açısından önem arz ettiğine yönelik kanaatimizdir.

İhmali suçlar bakımından hangi kavramların tercih edilmesinin daha isabetli olacağını tartışmadan önce konuya ilişkin olarak doktrinde kullanılan terimlerin dilbilimi (sözlük) anlamlarına bakmak faydalı olacaktır. Şöyle ki; bir bilimsel disiplinde kavramsal bütünlüğün sağlanabilmesi için, seçilen kelimelerin ifade edilmek istenen kavramı en iyi şekilde karşılaması gerekir. Aksi takdirde birbirine çok yakın alanlarda dahi kavramsal bütünlük sağlanamayacaktır. Bağlantılı bilimsel alanlarda ortak bir terminolojinin oluşturulması, hem disiplinlerarası çalışmaları kolaylaştırır hem de milli dilin anlam bütünlüğü ve dilbilgisi kurallarının korunmasına hizmet eder. Bu nedenle, bir bilimsel disiplinde, kavramsal bütünlüğün azami ölçüde sağlanması son derece önemlidir.

Bu noktada şu hususu da belirtmek gerekir: Bir kavrama ilişkin en isabetli ifadeyi bulma çabası, o disiplinde yıllardır kullanılagelen, anlamı oturmuş ve kanıksanmış “*ifadelerin*” değiştirilmesine indirgenmemelidir. İlgili alanda kullanılan bazı terimler, her ne kadar anlam ve dilbilgisi açısından bazı problemler içeriyor olsa da, uzun süredir kullanıldığından artık oturmuş/kalıplaşmış olabilir. Bu şekilde kalıplaşmış terimlerden teknik olarak ne anlaşılması gerektiği hususunda ilgili disiplinde bir konsensüs de sağlanmıştır. İşte böyle durumlarda; o alanda öteden beri kullanılan

terimleri, dilbilgisi açısından isabetli olmadığı gerekçesiyle dışlamak ve değiştirmek çok sağlıklı bir yaklaşım olmayacaktır. Fakat çalışmamızın esasını oluşturan “*ihmali suçlara*” ilişkin kavramlar göz önüne alındığında, bu konuda ortak bir terminolojinin olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu nedenle, Türk Hukuku’nda ihmali suçlar bakımından ortak bir terminoloji oluşturulmasına katkıda bulunmak amacıyla konuya ilişkin kavramların dilbilgisi anlamlarına inerek, bu kavramlardan hangilerinin tercih edilmesinin daha isabetli olacağını tartışmak gerekir.

2.2.1. Hareket

“*Hareket*” Türkçe’de: “*Bir cismin durumunun ve yerinin değişmesi, devinim, aksiyon*”, “*vücudu oynatma, kıpırdatma veya kımıldanma*“, “*davranış, tutum*“, “*devinim*“, “*kas ve eklemlerin, belli doğal şartlar içerisinde işlemleri sonucu vücut bölümlerinde düzenli ve olumlu etkilerle oluşturdukları yer değişimi*”⁶¹ anlamlarına gelmektedir. Bu bakımdan hareket; insan kaynaklı olabileceği gibi, hayvan, eşya veya doğa kaynaklı da olabilir. Örneğin; yabani bir hayvanın insanlara saldırması, yağmur yağması, toprak kayması, deprem olması ya da kuruyan yaprağın yer çekiminin etkisiyle yere düşmesi birer harekettir.

“*Hareket*” kavramı 5237 sayılı TCK’da sıklıkla kullanılmıştır⁶². TCK m. 22/6, 23/1, 30/1, 35/1, 36/1, 66/6, 257/1-2 hükümlerinde “*hareket*” lafzı doğrudan kullanılmıştır. TCK’daki bu düzenlemeler incelendiğinde ise genellikle; “*kasten hareket etmek*”, “*taksirle hareket etmek*” öbekleri karşımıza çıkmaktadır. Yine “*gönüllü vazgeçme*” hükmünü düzenleyen TCK’nın 36. maddesinde; “*fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse...*” denilmektedir.

Ancak dikkat edilmelidir ki hareket kavramı özünde; “*yer değiştirme*”, “*devinim*” anlamına gelmektedir. Bu nedenle “*hareket*” kavramı, yalnızca aktif olarak gerçekleştirilen fiiller bakımından kullanılmalıdır. Dolayısıyla hareket kavramının icrai suçlar için kullanılması mümkün ise de, ihmali suçlar bakımından kullanılması kanaatimizce isabetli değildir. “*İhmali hareket*” ifadesi, Türkçe anlam bilgisi

⁶¹ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> , siteye erişim tarihi: 12.10.2019.

⁶² Çalışmamızda 5237 Türk Ceza Kanunu’na işaret etmek için TCK ibaresi kullanılacaktır. 765 sayılı TCK veya farklı bir kanuna atıf yapılması gerektiği durumlarda ise ilgili kanun numarası ve ismi açıkça belirtilecektir.

bakımından bir tezat oluşturur. Çünkü ihmali suçlarda kişiler, bir şey yapmamakta ve pasif bir tutum takınarak hareketsiz kalmaktadır. Türk Ceza Hukuku doktrinde sıklıkla kullanılan “*icrai hareket - ihmali hareket*” kavramlarının ihmali suçlar açısından isabetli olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu nedenle söz konusu ayırım yapılırken; “*icrai fiil - ihmali fiil*”, “*icrai davranış - ihmali davranış*” ya da “*icrai suç - ihmali suç*” kavramlarının tercih edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.2. Davranış

Konuya ilişkin incelenmesi gereken bir diğer kavram olan “**davranış**” ise Türk Dili’nde: “*Davranma işi, tutum, davranım, muamele, hareket, dıştan gözlemlenebilecek tepkilerin toplamı*”, “*organizmanın uyarılar karşısındaki tepkilerinin bütünü*”; “*bir kimse ya da bir olay karşısında alınan durum*”; “*dıştan gözlemlenebilecek tepkilerin toplamı*”,⁶³ anlamlarına gelmektedir. Bu tanımlar özelinde; “*bir şey yapmama*” şeklinde ortaya çıkan pasif durumun da bir “*tutum*” olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bir başka ifadeyle, gerçekleşen bir olay karşısında “*hareketsiz kalmak*” da bir “*davranış*” biçimidir. Bu nedenle “*ihmali davranış*” ifadesi, dil bilgisi açısından doğru bir kullanım olacaktır.

“*Davranış*”, TCK’da sıkça kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. TCK m. 22/2, 31/2, 32/1, 33, 34, 57, 83, 88, 94/5, 102, 103, 112/1, 113, 157/1 hükümlerinde, “*davranış*” ifadesi kullanılmıştır. Davranış kavramının özellikle kusurluluğu kaldıran ya da azaltan hallerin düzenlendiği hükümlerde, “*davranışlarını yönlendirme yeteneği*” şeklinde kullanıldığı göze çarpmaktadır. Söz konusu bölümlerde davranış kavramı; insana izafe edilebilen, insanın yönlendirici iradesinin ürünü olarak belirli bir neticeye matuf, icrai ya da ihmali fiilleri kapsayacak şekilde kullanılmış görülmektedir.

Yine TCK’daki ihmali suçlara ilişkin düzenlemelerin başlıklarında da davranış ifadesinin kullanıldığı görülmektedir. Örneğin; TCK m. 83; “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*”, TCK m. 88 “*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi*” gibi. Taksiri tanımlayan TCK m. 22/2’de; “*taksir, dikkat ve özen*

⁶³ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> , siteye erişim tarihi: 12.10.2019.

yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir” denilmektedir.

Sonuç olarak “davranış” ifadesinin, hem Türk Dili’indeki anlamı hem de TCK’daki kullanımları dikkate alındığında, hem icraya hem de ihmale işaret edecek şekilde kullanılmasında bir sakınca olmadığı görülmektedir⁶⁴.

2.2.3. Fiil

Konuya ilişkin üzerinde durulması gereken bir diğer kavram ise “*fiil*”dir. Türk dilinde “*fiil*”:

İş, davranış, olumlu veya olumsuz olarak çekimli durumda zaman kavramı taşıyan veya zaman kavramı ile birlikte kişi kavramı veren kelime, eylem, “eylem, oluş veya durum veya bir kelime ile süreç anlatan kelime”, “bir kılışı, bir oluşu veya bir durumu anlatan, olumlu ve olumsuz şekillere girebilen kelime⁶⁵

anlamlarına gelmektedir. Bu tanım göz önüne alındığında fiil; aktif olarak gerçekleştirilen eylemleri kapsadığı gibi hareketsiz kalmak suretiyle (pasif kalınarak) gerçekleştirilen “durumları” da kapsamaktadır. Dolayısıyla fiil kavramının hem icrai hem de ihmali suçları kapsayacak şekilde, bir üst kavram olarak kullanılması mümkündür⁶⁶. Bir sonraki başlıkta değineceğimiz üzere, fiil kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda farklı teorik yaklaşımlar söz konusu olsa da, suçun temel unsuru olarak “*fiil*” kavramının kullanılması noktasında Türk doktrininde bir konsensüs olduğunu söylemek mümkündür.

TCK’da ise “*fiil*” kavramı farklı anlamlara gelecek şekilde kullanılmıştır. Örneğin; kanunilik ilkesinin düzenlendiği 2. maddede: “*Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz*”; adalet ve kanun önünde eşitlik ilkesini düzenleyen 3. maddede ise “*suç işleyen kişi hakkında işlenen fiilin ağırlığıyla orantılı ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunur*” denilmektedir. Bu iki

⁶⁴ Doktrinde bu tartışmalara girilmeksizin TCK m. 83 ve 88’de kullanılması hasebiyle “*ihmali davranış*” teriminin tercih edildiği çalışmalar da mevcuttur. Bkz. Rahime Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, İstanbul: İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, 2019, 1. Baskı, s. 8.

⁶⁵ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> , siteye erişim tarihi: 12.10.2019.

⁶⁶ “*Fiil, icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir*“. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 179.

maddede “fiil” kavramı “suç” anlamına gelecek şekilde daha geniş bir anlamda kullanılmıştır.

TCK’nın yer bakımından uygulama kurallarını düzenleyen 8. maddesinde; *“Türkiye’de işlenen suçlar hakkında Türk kanunları uygulanır. Fiilin kısmen veya tamamen Türkiye’de işlenmesi veya neticenin Türkiye’de gerçekleşmesi halinde suç, Türkiye’de işlenmiş sayılır”* denmektedir. Benzer bir şekilde neticesi sebebiyle ağırlaşan suçları düzenleyen 23. maddede: *“Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir”* denilmektedir⁶⁷. Burada işaret edilen düzenlemelerde ise “fiil” kavramı, suçun temel unsuru olan “davranışa” işaret edecek şekilde daha dar anlamda kullanılmıştır.

Yine fiil kavramının TCK’da daha teknik anlamda kullanıldığı düzenlemeler de göze çarpmaktadır. Örneğin, olası kast tanımının yapıldığı 21. maddenin 2. fıkrasında: *“Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır”* denilmektedir. Benzer şekilde, taksir tanımının yapıldığı 22. maddenin 1. fıkrasında: *“Taksirle işlenen filler, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır”* denilmektedir. Bu iki maddede fiil kavramı; ceza hukuku bakımından önem arz eden icrai ya da ihmali davranış anlamına gelecek şekilde kullanılmıştır. Bununla beraber, özellikle TCK m. 21/2 düzenlemesi dikkate alındığında, “fiil” kavramının suçun müstakil ve temel maddi unsuru anlamında kullanıldığını söylemek mümkündür⁶⁸.

2.2.4. İhmal

Konuya ilişkin olarak üzerinde durulması gereken bir başka kavram da, çalışmamızın da temelini oluşturan “*ihmal*”dır. “*İhmal*”, Arapça kökenli bir kelime olup Türkçe’de: *“Gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme”*, anlamlarına gelmektedir⁶⁹. Doktrinde, üzerinde genel olarak uzlaşılan “*ihmali suç*” kavramı, ihmalin sözlük anlamı göz önüne alındığında isabetli bir tercih gibi

⁶⁷ Bu düzenlemelerden çıkarılması gereken en önemli husus; TCK düzenlemelerinde esas alınan suç teorisinde, neticenin fiilin bir alt unsuru değil suçun müstakil bir maddi unsuru olduğudur.

⁶⁸ Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2019, 6. Baskı, s. 252.

⁶⁹ TDK Büyük Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> , siteye erişim tarihi: 12.10.2019.

görülmektedir. Çünkü “*ihmali suç*” ifadesiyle anlatılmak istenen, kişinin kendisinden beklenen hareketi yapmaması, kendisine terettüp eden yükümlülüğü boşlaması veya savsaklamasıdır.

TCK’da ihmali suçlara ilişkin temel düzenleme olan 83. maddenin başlığı: “*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*”dir. Yine 83. maddenin 2. fıkrasında; “*ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için*” ifadesi göze çarpmaktadır. Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen TCK m. 88/1’de: “*Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilir*” denilmektedir. İşkence suçunun düzenlendiği TCK 95. maddenin 5. fıkrası ise; “*bu suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek cezada bu nedenle indirim yapılmaz*” şeklindedir.

Söz konusu düzenlemelerin hepsinin “*görünüşte ihmali suçlara*” ilişkin olduğu göze çarpmaktadır. TCK’da ihmal kavramı sadece “*görünüşte ihmali suçlar*” için değil, “*gerçek ihmali suçlar*” için de kullanılmıştır. TCK’nın “*akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünün ihlali*” suçunu düzenleyen 175. maddesinde, “*hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması*” suçunu düzenleyen 177. maddesinde, “*denetim görevinin ihmali*” suçunu düzenleyen 251. maddesinde, “*görevi kötüye kullanma*” suçunu düzenleyen 257. maddesinin 2. fıkrasında, “*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi*” suçunu düzenleyen 279. maddesinde, “*seferberlikle ilgili görevin ihmali*” suçunu düzenleyen 324. maddesinde de “*ihmal*” kavramı doğrudan kullanılmıştır. TCK’da tüm bu örneklerden farklı olarak ilgili normda “*ihmal*” ifadesinin geçmediği gerçek ihmali suçlara rastlamak da mümkündür. Örneğin; “*terk suçu (TCK m. 97)*”, “*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98)*”, “*suçu bildirmeme suçları (TCK m. 278, 280)*”⁷⁰ gibi...

Tüm bu düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, TCK’da ihmal kavramının; bir kimsenin “*icrai bir hareketi yapmaması*” anlamına gelecek şekilde, kelimenin dilbilgisi anlamına paralel bir şekilde kullanıldığını söyleyebiliriz. Bununla beraber ihmal kavramının doğrudan suç oluşturan fiile mi işaret etmesi gerektiği, yoksa bir üst kavram olarak mı kullanılması gerektiğini tartışmak gerekir. Bu tartışma, özellikle ihmali davranışın ontik mi yoksa normatif mi olduğu hususunda da yol gösterici

⁷⁰ Yener Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), Ankara: 2019, 5. Baskı, s. 315.

olabilir. Biz; hem teorik kabullerimiz hem de TCK'daki meri düzenlemeler nedeniyle “*ihmal*” kavramının tıpkı “*icra*” gibi yalnızca suçun “*fiil*” unsuruna işaret edecek şekilde kullanılması kanaatindeyiz. Ancak olası bir karışıklığa neden olmamak için çalışmamızda; suçun yalnızca fiil unsuruna işaret etmek için “*ihmali davranış ya da ihmali fiil*” ifadesini, suçun tamamını ifade etmek içinse “*ihmali suç*” ifadesini kullanmaya özen göstereceğiz. Kanaatimizce; bu terminolojik ayrımın yapılması, ihmali suçların anatomisinin doğru anlaşılması ve doğru aktarılabilmesi için önem arz etmektedir.

2.2.5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Esasında doktrindeki terminoloji sorunu, salt ihmali suçlara özgü değildir. Suç teorisindeki birçok konuya ilişkin olarak da benzer terminoloji karmaşıklığına rastlanmaktadır. Doktrinde genel olarak, “*fiil*” kavramıyla eş anlamlı olarak “*hareket*” kavramı kullanılmakta ve fiil maddi unsuruna ilişkin değerlendirme yapılırken ekseriyetle “*hareket*” kavramı tercih edilmektedir⁷¹. Bazen de *fiil*, *davranış* ve *hareket* kavramları birbirleri yerine, gelişigüzel bir şekilde kullanılmaktadır.

Türk hukukunda, suç oluşturan fiilin ihmali ya da icrai olmasını kapsayan bir üst kavram olarak “*hareket*” ifadesi kullanılmakta ve ihmali suretle gerçekleştirilen fiiller için “*olumsuz, menfi, negatif hareket*”; icrai suretle gerçekleştirilen fiiller bakımından ise “*olumlu, müspet, pozitif hareket*” terimleri tercih edilmektedir⁷². Buna ek olarak, Türk Ceza Hukuku doktrininde bu iki türü de kapsamak üzere “*davranış*” teriminin kullanıldığı da görülmektedir⁷³.

Başta da belirttiğimiz üzere, aslında bu kavramsal karmaşanın kaynağını, icrai suçlar esas alınarak temellendirilen suç teorilerinde aramak gerekir. *Fiil*, *davranış* ve *hareket* kavramlarının, icrai suçlar bakımından birbirleri yerine kullanılmaları mümkündür. Çünkü bu üç kavramın icrai suçlar söz konusu olduğunda ifade ettikleri anlam hemen hemen aynıdır. Fakat aynı kavramlar ihmali suçlar bakımından kullanıldığında, ortaya

⁷¹ “*Fiil*, Türk Hukuku’nda “*hareket*”, “*eylem*”, “*davranış*” gibi çeşitli terimlerle ifade edilmektedir. Nitekim örneğin, TCK 2, 20/1, 22/1, 99/4 “*fiil*”; 22/2, 31/2, 32/1, 94/1, 96/1, 102/1, 223/1 “*davranış*”; 22/6, 23, 35/1, 203 “*hareket*” terimlerine yer vermiştir. Biz bunlardan “*fiil*” terimini tercih etmiş olmamıza rağmen, *hareket* kavramının da *fiil* yerine kullanılmasında herhangi bir sakınca görmemekteyiz”. M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2016, 10. Baskı, s. 214, dn. 42.

⁷² Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Ankara 2019, s. 161.

⁷³ Hakan Hakeri, “İhmali Suçlar”, *CHD*, sa. 4, y. Ağustos 2007, s. 137.

bir anlam karışıklığı, eksikliği çıkabilmektedir. Bu bakımdan, ya suç genel teorisine ilişkin açıklamalar yapılırken söz konusu açıklamaların sadece icrai suçlar için geçerli olduğu belirtilip, ihmali suçlara ilişkin teorik görüşlere bilahare, ayrı bir başlık altında yer verilmeli yahut da genel teorik açıklamalar yapılırken kullanılan kavramlar ihmali suçları da kapsayacak şekilde tercih edilmelidir.

Örneğin; fiilin bir üst kavram olarak “*hareket, netice ve nedensellik bağından*” oluştuğunu kabul eden klasik görüşü savunan bazı yazarlar hareketi: “*İnsan bedeninden yapmak veya yapmamak şeklinde ortaya çıkan, dış dünyada bir önemi bulunan, iradi olan, maddi bir iş*” olarak tanımlamaktadır⁷⁴. Bu yaklaşıma göre ceza hukuku bakımından hareket; tipte öngörülen ve yine tipik neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensellik değeri taşıyan, irade ile dizginlenebilen ve sosyal açıdan bir öneme sahip insan davranışıdır⁷⁵. Fiile yüklenen anlamların farklılaşması nedeniyle ceza hukukunda farklı teorilerin ortaya çıktığını daha önce de belirtmiştik. Söz konusu teorik ayrışmayı bir kenara bırakacak olursak, yukarıdaki tanımda hareket kavramını açıklamak için kullanılan “*iş*” ifadesi ile yapılan açıklamalar arasında bir çelişki göze çarpmaktadır. Şöyle ki Türkçe’de iş: “*Bir sonuç elde etmek, herhangi bir şey ortaya koymak için güç harcayarak yapılan etkinlik, çalışma; bir değer yaratan emek; husus, fiil, davranış, çalışma*” anlamlarına gelmektedir. Dolayısıyla da hareket kavramı “*yapma, etme, eyleme*” şeklindeki işleri (eylemleri) kapsarken “*yapmama, hareketsiz kalma*” şeklindeki fiilleri (ihmali davranışları) kapsamayacaktır. Bir başka ifadeyle “*icrai hareket*” doğru bir kullanım olacak ise de “*ihmali hareket*” için aynı şeyi söylemek mümkün değildir.

Türk doktrininde; “*hareket*” ifadesinin suçun maddi unsurları bakımından sıklıkla kullanılması, geçmişten günümüze gelen bir alışkanlık olarak değerlendirilmelidir⁷⁶. İhmali suçlarda “*hareket*” kavramının kullanılmasının doğru olmadığını

⁷⁴ Bahri Öztürk ve Mustafa R. Erdem, Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler, Ankara: 2007, 5. Baskı, s. 79.

⁷⁵ Öztürk ve Erdem, s. 79.

⁷⁶ “*Suç bir harekettir. Hareketsiz suç olmaz. Hareket iradenin bedene yansıması, bedendeki belirtisidir. Bu beliriş ya durgudur (durağan hal, bir şey yapmama, ihmal) ya yapkıdır (yapma, icra). Hareket konuşma dilinde bir şey yapmayı, eski deyişle icrayı, yapkıyı anlatır. Konuşmak, yürümek, el kaldırmak, silahın tetiğine basmak harekettir. Durgu haline, yani yapmamaya hareket demeyiz. Ceza hukuku, hukuk düzenince emredilen şeyi yapmamayı, yani durguyu da (durağan hali) hareket saymıştır. Çünkü durağan hal, hukukça önemli bir sonuç meydana getirebilmektedir. Bu sonucu açısından durağanlık harekettir. Türk hukukunda yerleşmiş terminolojide yapkıya icra, durguya ihmal denilmektedir. Demek ki, suç ya icra (yapkı), ya da ihmal ile işlenebilir*”. Turhan Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara: 1985, s. 21.

vurgulamasına rağmen, süregelen bu alışkanlıktan dolayı yine de “hareket” kavramını tercih eden çalışmalara rastlamak da mümkündür⁷⁷. Bu noktada dikkat çekmek istediğimiz husus; benimsenen suç teorisine göre fiile ne anlam yüklendiğinden ziyade, teorik açıklamalar yapılırken seçilen terminoloji uyumudur. Örneğin, teorik gerekçelerle katılmadığımız ve fiil unsurunun; “davranış, sonuç ve nedensellik bağından” müteşekkil üst bir kavram olduğunu savunan yaklaşımda, “hareket” yerine “davranış” kavramının tercih edilmesi, terminolojik olarak isabetlidir⁷⁸. Bu yaklaşıma göre; davranış yapma ya da yapmama biçiminde olabilir ve “yapma halinde hareket”, “yapmama halinde ise ihmal” söz konusudur⁷⁹.

Doktrinde, yerinde bir yaklaşımla davranışın fiilden farklı bir kavram olduğu, davranışın hayvanlara da izafe edilebilecek bir kavram olmasına rağmen fiilin ise yalnızca insana izafe edilebileceği ifade edilmektedir⁸⁰. Ancak, insandan kaynaklanan her davranış da maddi ceza hukuku bakımından fiil olarak kabul edilemeyecek, sadece insanın yönlendirici iradesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan davranışlar teknik anlamda fiil olarak kabul edilebilecektir⁸¹.

Fiil, hareket ve davranış kavramları arasındaki bu küçük farklar üzerinde durmanın çok anlamlı olmadığı söylenebilir. Ancak biz; bu farklılıkların özellikle ihmali suçlar bakımından ortaya çıkan bazı teorik problemlerin çözümü noktasında yol gösterici olabileceği kanaatindeyiz. Özellikle uygulamada ortaya çıkan “bir fiilin ne zaman icrai, ne zaman ihmali olduğunun tespiti” probleminde, bu kavramların anlamından yola çıkılabilir. Buna ek olarak, ihmalin ontik mi yoksa normatif mi olduğu tartışmaları bakımından da kullanılan terminolojinin önemli olduğunu düşünmekteyiz. TCK’da da “hareket”, “davranış” ve “fiil” kavramlarının değişik yerlerde, farklı şekil ve

⁷⁷ “Hareketin öteki hali durgudur (durağan hal). Durgu, durmak, bir şey yapmamak demektir. İnsan davranışının bir hali de budur. Durağan hal de (durgu) duygu ve düşüncenin bedene yansımasıdır, ama bu yansıma kasları harekete getiren bir etki değil, tersine, durduran bir etkidir, bu niteliği ile davranıştır. Her yapmamak şüphesiz hukuk düzenini ilgilendirmez. “Düzenin yap” dediğini yapmamak, ihmal etmek (boşlamak) suçtur. İhmal suçları, bu anlamda durgu halinden çıkan suçlardır. Durgu hali böylece hukuk düzenini bozduğu için hukuk dilinde “hareket” olarak nitelenmektedir. Gerçekte durgu, insanın içinde (ruhunda) kalan bir psikolojik oluşturm; dışarı vuran bir hareket olarak belirmez. Ama hukuksal sonuç doğurduğu için hareket sayılır“. Yüce, s. 28.

⁷⁸ Toroslu ve Toroslu, s. 129 v.d.

⁷⁹ “İhmal, doğası gereği, hareketin antitezini oluşturur. Ancak ihmal de, insanın dışı yansıyan bir davranışdır; yani bu süjenin kişiliğinin bir açığa çıkış biçimidir“. Toroslu ve Toroslu, s. 131.

⁸⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 182. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 152.

⁸¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 180.

anlamlarda kullanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan TCK'nın da mevcut terminoloji karmaşıklığından nasibini aldığını söylemek mümkündür.

Doktrinde sıklıkla kullanılan *“hareket”* kavramı; aktif bir durumu, devinimi işaret ettiğinden, sadece icrai suçlar bakımından kullanılmalıdır. Ancak, tıpkı davranış gibi hareket de insan dışındaki varlıklara izafe edilebilir. Canlı veya cansız nesne de hareket edebilir. Örneğin, bir taşın veya bir hayvanın hareket ettiğini söylemek pekâlâ mümkündür. Dolayısıyla yalnızca icrai suçlar bakımından kullanılması isabetli olan *“hareketin”* fiil olarak kabul edilebilmesi için, yine insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olarak, belirli bir amaca matuf şekilde dış dünyaya yansımış olması gerekir.

Tüm bu açıklamalar ışığında *“davranış”*; hem ihmali hem de icrai suçlar bakımından bir üst kavram olarak kullanılabilir. Davranış, insan dışındaki varlıklara da izafe edilebilir ancak bir davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi için, insandan kaynaklı, insana izafe edilebilir, insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olması, belirli bir amacı gerçekleştirmeye matuf olarak dış dünyaya yansımış olması gerekir. Bir başka ifadeyle *“fiil”*; yalnızca insan kaynaklı ve insanın yönlendirici iradesinin ürünü olarak karşımıza çıkan, icrai ya da ihmali davranışları kapsayan, ceza hukukunda özel bir anlama sahip, teknik bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak; *“ihmali suç”*, *“ihmali davranış”*, *“ihmali fiil”* kavramlarının kullanılması Türkçe dil ve anlam bilgisi açısından doğru ise de; *“ihmali hareket”* kavramı Türkçe dil ve anlam bilgisi bakımından doğru bir tercih olmayacaktır.

Teorik kabullerimizin yanı sıra, pedagojik açıdan da daha faydalı olduğunu düşündüğümüzden, çalışmamızda suçun unsurlarını: *“Maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru”* olarak inceleyeceğiz⁸². Bu ayrım da; diğer tüm unsurların bağlama noktası olan *“fiil”* kavramını hem icrai hem de ihmali suçları kapsayacak şekilde kullanacağız⁸³.

⁸² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 178.

⁸³ *“Belirtelim ki, fiil kavramını ifade etmek üzere doktrinde ‘hareket’ ve ‘davranış’ kavramları da kullanılmaktadır. Biz fiil kavramını, icrai ve ihmali hareketi kapsayan bir üst kavram olarak kullanılmaktayız. Bu anlamda hareket kavramının da yine fiil yerine kullanılmasında bir mahzur olmadığını düşünmekteyiz”*. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 88.

Fiil kavramının icrai ve ihmali suçları da kapsayan bir üst kavram olarak kullanma tercihi, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, biz de aynen iştirak etmekteyiz. Ancak, yine yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, *“fiil”* yerine *“hareket”* kavramının kullanılmasının özellikle ihmali suçlar bakımından isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

Fiil; birbirleriyle aralarında ciddi farklılıklar mevcut olmasına rağmen kasten veya taksirli, icrai ya da ihmali bütün haksızlıklar bakımından evleviyetle var olması gereken bir bağlama noktasıdır. Her ne kadar günümüz ceza hukuku doktrininde, fiil kavramının muhteviyatına ilişkin ortak bir açıklama getirilmesi mümkün görünmese de, fiilin suç teorisine ilişkin açıklamalarda esas alınmasının bir zaruret olduğu kanaatini taşımaktayız⁸⁴. Ortaya çıkan suç teorilerini birbirlerinden ayıran temel şey, “fiil” unsuruna yükledikleri anlamdır⁸⁵.

Hangi teorik yaklaşım benimsenirse benimsensin, teorik ve sistematik altyapının kendi içerisinde çelişkiye düşmemesi için kullanılacak kavramların özenle seçilmesi gerekir. Aksi takdirde; ihmali suçların kendilerine has yapısı nedeniyle “ihmalin bir hareket olmadığı” tezini savunmak durumuna düşülebilir⁸⁶. Tüm bu gerekçelerle çalışmamızda; doğrudan suç oluşturan fiile işaret etmek için “ihmali davranış” ya da “ihmali fiil” kavramlarını, suç tipini diğer tüm unsurlarıyla birlikte bir bütün olarak ifade etmek istediğimiz zaman ise “ihmali suç” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

2.3. Fiil ve Fiili Açıklayan Teoriler

“Fiil”, günümüz Türkçe’sinde; “iş, davranış, olumlu veya olumsuz olarak çekimli durumda zaman kavramı taşıyan veya zaman kavramı ile birlikte kişi kavramı veren kelime, eylem”⁸⁷; eski Türkçe’de (Osmanlıca) ise (fi’l); “iş, kar, amel; zamanla ilgili olup manaya yol açan kelime, eylem”⁸⁸ anlamlarına gelmektedir. Bununla beraber fiil kavramı, farklı hukuk alanlarında da kullanılan hukuki bir terim olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin özel hukukta borç ilişkisinin (sorumluluğun) üç temel kaynağı vardır. Bunlar: “Sözleşme”, “haksız fiil” ve “sözleşme ya da haksız fiil benzeri fiillerden doğan borçlardır”⁸⁹. Söz konusu borç kaynakları içerisinde konumuzla bağlantılı olarak karşımıza “haksız fiil” kavramı çıkmaktadır⁹⁰. “Mevcut bir hukuki

⁸⁴ Reinhart Maurach ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I, Heidelberg: 1987, 7. Auflage, s. 179 - 180. Neslihan Göktürk, Fikri İctima (Suçların İctimai), Ankara: 2013, s. 29 v.d. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 179. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 90.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 89 v.d.

⁸⁶ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 89.

⁸⁷ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara: 2011, 11. Baskı, s. 873 - 874. Türk Dil Kurumu Online Güncel Sözlük, <https://sozluk.gov.tr/>, siteye erişim tarihi: 10.10.2019.

⁸⁸ Ferit Develioğlu, Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lugat, Ankara: 2017, 33. Baskı, s. 306.

⁸⁹ Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2013, Genişletilmiş 17. Bası, s. 37.

⁹⁰ Eski Borçlar Kanunu’nda, haksız fiillerden doğan borçları düzenleyen bölümün başlığı “Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar” şeklindeydi. Söz konusu bu başlık: “Hukukta muamele, kişinin

*ilişkiyle bağlantısı olmaksızın, hukukun cevaz vermediği bir eylem veya olay neticesinde bir kimsenin uğramış olduğu zararı, bir başkasının karşılamakla yükümlü olmasına” geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu denir*⁹¹.

Haksız fiilin kurucu unsurları; “*fiil, zarar, illiyet (nedensellik) bağı, kusur ve hukuka aykırılık*” olarak ifade edilmektedir⁹². “*Haksız fiil*” kavramındaki fiil sözcüğü, “*insan davranışı*” anlamında kullanılmakta olup; bir üst kavram olarak, hem “*bir şey yapmayı*” ifade eden olumlu davranışı, hem de “*bir şey yapmama*” anlamındaki olumsuz davranışı (ihmal) kapsamaktadır⁹³.

Fiil kavramı, suç teorisinin temeli ve dolayısıyla da en önemli tartışma konusu olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki; suçun diğer tüm unsurlarını birbirine bağlayan ve bu unsurların analiz edilerek, nihai olarak suçun oluşup oluşmadığının belirlenmesini sağlayan temel unsur fiildir⁹⁴. Bununla beraber; maddi ceza hukuku bakımından ortaya çıkan birçok güncel sorunun çözümünde kilit rol oynayan kusur yargısının temelini de yine bizzat fiil oluşturmaktadır⁹⁵. Bir suçtan bahsedilebilmesinin ön şartı, belirli özelliklere sahip insan davranışının mevcudiyetidir. Somut bir olayda bu nitelikte bir fiil yoksa suçun diğer unsurlarının bulunup bulunmadığını araştırmaya gerek yoktur⁹⁶. Kısacası, ceza hukuku bakımından fiil; maddi unsur olmakla beraber diğer maddi unsurların bağlama noktasını oluşturması nedeniyle daha da önemli bir hale gelmektedir⁹⁷. Bununla beraber, fiilin belirgin özelliği “*tipe uygunluk*” şeklinde ortaya çıktığından, doktrinde, ilgili kavramın bu özelliğiyle birlikte ifade edilmesi gerektiğine

iradesine dayanan bir davranışı ifade eder ve hukuksal işlemlerden doğan borçlarda kullanılan bir kavramdır. Haksız fiilin borç doğurması, taraflar arasındaki bir “muamele” dayanmaz. Bu fiilin borç doğurmasının sebebi, kişinin iradesi dışında, kendisine yönelik hukuka aykırı bir eylemdir” gerekçesiyle eleştirilmiştir. Kılıçoğlu, s. 193.

⁹¹ Haluk N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: 2012, Gözden Geçirilmiş 12. Bası, s. 108.

“*Taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkiyle (sözleşmeyle) bağlantılı olmaksızın, kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde, dar anlamda “haksız fiil” söz konusudur”*. Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: 2005, 17. Bası, s. 138.

⁹² Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2014, 16. Bası, s. 516. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 110.

⁹³ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 516.

⁹⁴ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 151. Göktürk, Fikri İctima, s. 21.

⁹⁵ Göktürk, Fikri İctima, s. 21.

⁹⁶ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 214.

⁹⁷ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 151 - 152.

de vurgu yapılmaktadır. Böylece, suç teorisini ilgilendiren fiilin herhangi bir fiil olmayıp yasal tanıma, yani “*kanuni tipe uygun fiil*” olduğu vurgulanmış olacaktır⁹⁸.

Tüm bunlara ek olarak, maddi ceza hukukunun diğer önemli kurumları olan; teşebbüs, iştirak, içtima gibi hususlar açıklanırken de başvurulacak temel unsur yine fiildir. Dolayısıyla ceza hukuku bakımından fiile yüklenecek anlam, suçun bir maddi unsurunun tanımlanmasının çok daha ötesinde bir işlev görmektedir. Bu bakımdan ister icrai ya da ihmali, ister kasıtlı veya taksirli suç söz konusu olsun, maddi ceza hukuku bakımından ortaya konulacak suç teorisinin temelini “*fiil*” kavramı oluşturacaktır⁹⁹.

Fiilin ceza hukuku bakımından bu derecede önemli olması, kavramın içeriğinin nasıl doldurulacağını, bir başka ifadeyle, fiilden ne anlaşılması gerektiği hususunu ceza hukukunun en temel tartışmalarından biri haline getirmiştir. Bu tartışma, geçmişten günümüze kadar gelmiş ve halen güncelliğini korumaktadır. Özellikle, ihmali davranışların da icranın yanında fiil kavramı içerisine dâhil edilip edilemeyeceği tartışması, ceza hukukunda farklı yaklaşımların doğmasına yol açmıştır¹⁰⁰. Çünkü fiil kavramının içinin nasıl doldurulacağı, maddi ceza hukukunun tüm kurumlarını etkileyecektir. Bu nedenle fiili açıklamaya yönelik olarak ortaya çıkan görüşlerde; tüm suç tipleri (kasıtlı - taksirli - icrai - ihmali) bakımından geçerli olacak ortak bir fiil kavramı üretme çabası göze çarpmaktadır¹⁰¹. Belirtmek gerekir ki; bu yöndeki çaba, geçmişteki yoğunluğunu kaybetmekle birlikte günümüzde de belli ölçüde etkisini devam ettirmektedir.

⁹⁸ Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu ve Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, İstanbul: 1999, 2. Kitap, s. 53.

⁹⁹ “*Genel hareket teorisi; (i) ceza hukuku bakımından önemli bütün hareketleri (kasıtlı, taksirli, icrai, ihmali) tanımlayabilmelidir (tasnif edici işlev); (ii) tipiklik, kusurluluk ve hukuka aykırılık (ihlal edicilik) yargılarının konusunu oluşturabilecek, bunlar kendisine atfedilebilecek nitelikte bir hareket kavramına ulaşmalıdır (sistemik işlev); (iii) ceza hukukunu ilgilendirmeyen, ceza hukuku bakımından önemli olmayan hareketleri ta başından beri hareket kavramının dışına çıkarabilmelidir (sınırlayıcı/olumsuz işlev)*”. Bkz. Selahattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, AÜHFD, c. 40, sa. 1, y. 1988, s.136 - 137.

“*Şu halde fiil, ceza hukuku bakımından önemli bütün hareketleri kapsamlı ve aynı zamanda suçun diğer unsurlarına temel teşkil etmelidir. Ancak bu unsurların kendi spesifik işlevlerini ve karakterlerini ortadan kaldırmamalıdır*”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 216.

¹⁰⁰ İçel ve diğerleri, s. 61.

¹⁰¹ “*Fiil teorilerinin amacı, tüm suç tipleri açısından geçerli bir hareket kavramına ulaşarak; icrai - ihmali, taksirli - kasıtlı suçları ortak bir temelde toplayarak, suçun diğer unsurlarıyla bağlama noktası teşkil eden bir fiil kavramı ortaya koymaktır. Çünkü ancak bu özelliklere sahip bir fiil kavramı fiilin ceza hukukundaki fonksiyonlarına tam anlamıyla hizmet edebilir*”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 222.

Soyut düşünceyi cezalandırmaktan kaçınmak isteyen modern ceza hukuku anlayışlarında; düşünce âleminde kalan soyut suç işleme eğilimi ile dış dünyaya yansımış iradeyi birbirinden ayırmak bir zorunluluktur¹⁰². İlgili zorunluluktan doğan bu durum, özellikle ihmalî davranış söz konusu olduğunda daha da karmaşık bir hal almaktadır. Her ne kadar ihmal ile icra arasında ciddi farklılıklar bulunsa da, cezalandırma için gerek icrai gerekse ihmalî davranışı soyut düşünceden ayırabilecek müşterek bir ölçüte ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰³. Bu müştereklik, bir üst kavram olarak “davranış” ile ifade edilmek istenmişse de¹⁰⁴; neyin davranış olup olmadığı sorulduğunda, bu üst kavramın içinin de boş kaldığı görülmektedir¹⁰⁵.

Sonuç olarak, ceza hukuku doktrininde süregelen bu tartışmaların ortak bir fiil kavramına ulaşma noktasında başarılı olduğunu söylemek şu an için mümkün değildir¹⁰⁶. Ancak bu tartışmalar neticesinde, fiil kavramının içeriğini ve anlamını kendi perspektifinden açıklayan birçok bilimsel yaklaşım ortaya çıkmıştır. Kaynağını büyük ölçüde Kıta Avrupası’ndan alan bu teoriler; Türk Ceza Hukuku doktrinini de etkilemiştir. Bu nedenle, çalışmamızın esasını oluşturmamakla birlikte, ilerleyen bölümlerde ortaya koyacağımız tespit ve görüşlerin daha iyi anlaşılabilmesi ve çalışmanın bütünlüğünün sağlanabilmesi açısından, fiili açıklayan bilimsel teorilere kısaca değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Ceza hukukunda fiili açıklayan teorileri; genel olarak ontolojik ve normativist teoriler olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür¹⁰⁷. “*Ontolojik Teoriler*” özetle; fiilin hukuktan önce de var olan, dolayısıyla da normatif bir değerlendirmeye gerek olmadan

¹⁰² Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258.

¹⁰³ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258.

¹⁰⁴ Davranış; insanın bir şey yapmaya veya yapmamaya ilişkin “*bilinçli ve irade ürünü*” hareket tarzı olup, iki temel unsurdan oluşur: Müspet veya menfi olarak dış dünyaya yansıyan vücut hareketi (maddi unsur) ve bu hareketin dışa yansımalarının irade ürünü olması (manevi unsur). İrade ürünü olmayan bir vücut hareketinin, insan davranışı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Örneğin; refleks hareketleri, maddi cebir veya uyku halinde ya da herhangi bir nedenle bilinç kaybı sırasında yapılan hareketler doğal anlamda vücut hareketi olmakla birlikte, insan iradesinin ürünü olmadığından fiil olarak kabul edilmezler ve haksız fiil sorumluluğuna da temel teşkil etmezler. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 516 - 517.

¹⁰⁵ Manfred Maiwald, “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmalî Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, çev. Cumhur Şahin, *Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler*, Selçuk Üniversitesi Yayını, Konya: 1998, s. 160.

¹⁰⁶ Gelinen noktada bazı yazarlar; tüm suçlar bakımından geçerli olabilecek bir fiil tanımı yapmanın mümkün olmadığını ifade etmektedirler. Bkz. Maiwald, çev. Şahin, s. 160.

¹⁰⁷ Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 143. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 223.

tespit edilebilecek yani “ontik” bir vasıfta olduğunu savunur. Buna karşılık “Normativist Teoriler” ise; ceza hukukunda ontik bir fiil kavramından bahsetmenin doğru olmayacağını, bu nedenle de fiili açıklamanın ancak var olan normlardan yola çıkılmak suretiyle mümkün olduğunu savunur.

2.3.1. Ontolojik Teoriler

Ontolojik teoriler, fiil kavramını; “*dış dünyaya yansıyan, doğal ve toplumsal sonuçları olan insan davranışı*” olarak ele alır ve inceler¹⁰⁸. Bu teoriler, fiili ontolojik dünyadaki bir gerçeklik olarak kabul eder. Bunun bir sonucu olarak da, normatif bir değerlendirme yapmadan tüm suçları kapsayacak bir fiil anlayışının mümkün olduğunu savunurlar. Bu yaklaşım, ceza hukukunun temelini oluşturan fiili doğal ve toplumsal bir gerçeklik olarak ele alır. Fiilin daima gerçeklik dünyasında yer aldığını ve ontik vasfı haiz olduğunu savunur¹⁰⁹. Fiil; hukuktan önce de var olduğundan, fiili açıklarken olması gerekene (norma) değil olana bakmak yeterlidir¹¹⁰.

Fiili ontolojik olarak açıklayan yaklaşımlardan başlıcaları: Doğal (Nedensel) Hareket Teorisi, Final (Gai) Hareket Teorisi ve Sosyal Hareket Teorisi’dir¹¹¹.

2.3.1.1. Doğal (nedensel) hareket teorisi

19. yüzyıl Kıta Avrupası’na hâkim olan ceza hukuku anlayışı¹¹², nedensellik bağı üzerine kurulu klasik suç teorisi üzerine inşa edilmişti¹¹³. Pozitivist öğretilerden ilham alan bu teoriye göre fiil; dış dünyada bir değişikliğe neden olan veya bir değişikliği önlemeyen iradi insan davranışdır¹¹⁴. Olgular dünyasının verilerinden yola çıkan bu teoriye göre fiil; fizik (bedenin davranışı) ve psişik (iradilik) unsurların sentezinden oluşan, diğer doğa güçleri arasında yer alan ve bir nedeni yaratan veya böyle bir nedeni

¹⁰⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 223.

¹⁰⁹ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 90.

¹¹⁰ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 90.

¹¹¹ Bu üç teoriden önce, 16. yüzyıldan 18. yüzyıla kadarki ceza hukuku öğretisi “*İtham Öğretisi (Imputationlehre)*” olarak ifade edilmektedir. Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, München: 2004, 9. Auflage, s. 15 - 16.

¹¹² Haft, s. 17.

¹¹³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 159.

¹¹⁴ Haft, s. 18. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 223.

önleyen güçtür¹¹⁵. Kısaca fiil, “dış dünyada bir değişikliğe neden olan veya böyle bir değişikliği önleyen iradi güç” olarak tanımlanabilir¹¹⁶.

Doğal Hareket Teorisi’ne göre, sadece insandan kaynaklı ve iradi olarak gerçekleştirilen davranışlar fiil vasfını haizdir¹¹⁷. Bu nedenle suç işlenirken “bir hayvanın insan tarafından araç olarak kullanılması” durumunda, ceza hukuku bakımından önem arz eden hareket hayvanınki değil onu kullanan insanınkidir¹¹⁸. İnsan davranışı; bir şey yapma, yani “olumlu bir davranış (positives Verhalten)”, aktif bir eylem şeklinde olabileceği gibi; bir şey yapmama, yani “olumsuz bir davranış (Unterlassung, negatives Verhalten, passives Tun)” şeklinde de tezahür edebilir¹¹⁹. Teoriye göre esas önemli olan husus; gerek icrai gerek ihmali olsun, davranışın “iradi” olmasıdır¹²⁰.

Bu yaklaşıma göre fiil; davranış, netice ve nedensellik bağından oluşan bir üst kavram olarak kabul edilmektedir¹²¹. Dolayısıyla fiil; kanuni tipe uygun neticenin gerçekleşmesini sağlayan bir illi etkileşimdir ve ontik, hukuktan (normdan) önce gelen ve her türlü değerden yoksun bir kavramdır¹²². Ceza hukuku bakımından fiilin en önemli vasfı, dış dünyada bir değişikliğe neden olmasıdır¹²³.

Doğal Hareket Teorisi, her türlü değerden yoksun bir fiil kavramını esas almaktadır¹²⁴. Fiil; tipe uygun neticenin gerçekleşmesini sağlayan illi bir etkileşimden ibaret olup, her türlü değerden yoksun bir kavramdır¹²⁵. Halbuki değerden yoksun bir fiil

¹¹⁵ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 144. İçel ve diğerleri, s. 62.

¹¹⁶ Haft, s. 18.

“Nedensel Hareket Teorisinin” “Doğal Hareket Teorisinden” farklı olarak nedenselliğe daha çok odaklandığı ve bu nedenle söz konusu iki yaklaşımın ayrı başlıklar altında incelendiği eserler de mevcuttur. Bkz. Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 22.

¹¹⁷ Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul: 1989, c. II, s. 24. Krey ve Esser, kn. 288, s. 122. İçel ve diğerleri, s. 62.

¹¹⁸ İçel ve diğerleri, s. 62.

¹¹⁹ Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2019, 9. Baskı, s. 165. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 517 - 518. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 110.

¹²⁰ Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul: 1998, s. 164. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 257.

¹²¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 159. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 90 - 91. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 257.

¹²² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 161.

¹²³ Yüce, s. 27.

¹²⁴ “Doğal Hareket Teorisi”ne en yoğun eleştiriler “Gai Hareket Teorisi” tarafından getirilmiştir. Teoriye yöneltilen en temel eleştiri, davranışın yegâne psikolojik unsurunun iradilik olmadığı noktasındadır. Gai Teori’ye göre insan davranışı her zaman bir amaca yöneliktir. İnsan, davranışının illi seride yaratacağı değişiklikleri önceden öngerek davranışlarını bu öngörüye göre şekillendirir. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 144.

¹²⁵ Göktürk, Fikri İhtima, s. 32.

kavramının kabulü; normatif değerlendirme yapılmasını gerektiren durumlarda (örneğin taksirli ve ihmali suçlarda) çözülmesi gereken birçok problemin çözümsüz kalmasına neden olabilmektedir¹²⁶. Teori, fiilin illi etkisine mekanik açıdan yaklaştığından, bir başka ifadeyle, fiilin illi etkilerini toplumsal değerler dünyasında doğduğunu unuttuğundan renksiz, kansız ve sosyal içerikten yoksun bir fiil kavramına ulaşmıştır¹²⁷.

Doğa olayları temelinde açıklanan illiyet kavramının ihmali suçları açıklamada yetersiz kalacağı, teoriye yöneltlen eleştirilerin başında gelmektedir¹²⁸. Nitekim bu görüş taraftarı **v. Liszt** de; ihmali hareketin maddi bir varlığından bahsedilemeyeceğini, ancak hukukun kişiden belli bir şekilde davranmasını istediği durumlarda ihmalden bahsedilebileceğini kabul etmek durumunda kalmıştır¹²⁹.

Nedensel hareket teorisinin benimsenmesi halinde, ceza hukukunda objektif sorumluluk anlayışına gidileceği ve fiilin sınırlama fonksiyonunu icra edemeyeceği de ifade edilmektedir¹³⁰. Halbuki fiilin ceza hukukundaki en temel işlevlerinden biri; hangi insan davranışlarının ceza hukukunu ilgilendireceğini belirlemektir (fiilin sınırlama fonksiyonu - Abgrenzungsfunktion)¹³¹.

Teori; hukuki meseleleri nesnel kavramlarla izah etmeye çalıştığı ve bu izahlarda felsefi, psikolojik ve sosyolojik gerçeklere yer vermediği gerekçesiyle yoğun bir şekilde eleştirilmiştir¹³². Teorinin bazı taraftarları, ihmal şeklindeki davranışın icra ile birlikte “*hareket*” üst kavramı altında toplanmasını olanaklı görmemişlerdir. Çoğunluk ise, hukuk düzeninin bireyden beklediği hareketin iradi olarak yapılmamasını, yani ihmali davranışı da hareket kavramı içerisine dâhil etmiştir¹³³. Çünkü ihmal de icra gibi nedensel niteliğe sahiptir¹³⁴.

Doğal hareket teorisine yöneltlen en önemli eleştiri, çalışmamızın da konusunu oluşturan ihmale ilişkindir. Teori; ihmali suçlarda fiilin kendine has yapısını

¹²⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 161.

¹²⁷ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 150.

¹²⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 161.

¹²⁹ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 92.

¹³⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 225.

¹³¹ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 23.

¹³² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 163.

¹³³ İçel ve diğerleri, s. 62.

¹³⁴ İçel ve diğerleri, s. 62.

açıklamakta yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³⁵. Pozitivist bir yaklaşımla¹³⁶, fiilin doğa olaylarındaki neden - sonuç ilişkisi çerçevesinde açıklanmaya çalışılması, ihmali suçlar bakımından yetersiz kalmıştır¹³⁷. Çünkü ihmali suçlar, kendine özgü yapısı nedeniyle çoğu yerde normatif bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır¹³⁸. Bu teori; ihmali davranışın genel bir hareket kavramı içine sokulamayacağı, ihmalin fiili bir durum yaratamayacağı ancak normatif sahada var olabileceği gerekçeleriyle de eleştirilmiştir¹³⁹.

2.3.1.2. Final (gai) hareket teorisi

“*Final (Gai - Finalist) Hareket Teorisi*”ne göre fiili doğal nedensellik bağı ile açıklamak, 19. asıra hâkim olan mekanik anlayışın bir tezahürüdür ve kabul edilemez¹⁴⁰. Çünkü insan, davranışlarını yapmadan önce muhtemel neticelerini öngörüp davranışlarını yönlendirebilecek kapasitede bir varlıktır¹⁴¹. Bu sebeple ceza hukuku bakımından önem arz eden fiil; herhangi bir neticenin oluşumuna sebep olan yalın bir iradi faaliyetin ötesinde, ***belli bir neticenin gerçekleşmesine yönelik iradi bir insan davranışdır***¹⁴². Bir başka ifadeyle fiil; ister kasıtlı ister taksirli olsun amaçsal bir faaliyetin gerçekleştirilmesidir¹⁴³. Hareketin amaçsal olarak yönlendirilmesi üç temel aşamadan oluşur: Hedefin zihinsel olarak belirlenmesi, hedefe yönelik aracın belirlenmesi ve hareket iradesinin gerçek dünyada gerçekleştirilmesi¹⁴⁴.

Birey; insan olmanın verdiği akıl ve şuur sayesinde gerçekleştireceği fiilin sonuçlarını önceden kestirebilir ve hangi fiilleri yapıp hangilerini yapmayacağına karar verebilir¹⁴⁵. Gai Hareket Teorisi, Doğal Hareket Teorisi’ni fiili “*kör*” kabul etmesi

¹³⁵ Haft, s. 20.

¹³⁶ Teorinin kurucuları olarak kabul edilen Ernst von Beling ve Franz von Liszt, hukuki pozitivisttir. Hatta bu teori için “*Beling-Lisztchen System*” ibaresi de kullanılmaktadır. Haft, s. 17.

¹³⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 225.

¹³⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 225.

¹³⁹ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 27. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 257.

¹⁴⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 225.

¹⁴¹ Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Berlin: 1967, 10. Aufgabe, s. 30. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 226. İçel ve diğerleri, s. 63.

¹⁴² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 179.

¹⁴³ Haft, s. 23. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 29. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 226.

Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 180. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 257. Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 165.

¹⁴⁴ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258.

¹⁴⁵ İçel ve diğerleri, s. 63. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 29. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 226.

nedeniyle eleştirmiş ve fiilin “*kör*” değil “*gören*”¹⁴⁶, yani bir amaca matuf olduğunu savunmuştur¹⁴⁷. Bu yaklaşıma göre Doğal Hareket Teorisi’nin hatası; illiyete önem vermesinden ziyade bunu amaçtan ayrı tutması, iradenin içeriğini illiyetten bağımsız olarak ele almasıdır¹⁴⁸.

Gai Teori’ye göre de fiilin mutlaka iradi bir insan davranışı olması gerekir. Ancak fiilin iradi olması tek başına yeterli değildir. Fiil, iradi olmanın yanında bir amaca matuf da olmalıdır¹⁴⁹. Bunun doğal bir sonucu olarak kast, kusurluluk kapsamında değil suçun bir manevi unsuru olarak tipiklik içerisinde mütalaa edilmelidir¹⁵⁰. Zira insan davranışı mutlaka bir amaca matuftur. İnsan, hedeflediği amaca ulaşmak için uygun vasıtaları tespit eder ve bunları kullanır¹⁵¹. Burada bahsedilen amaç da Doğal Hareket Teorisi’nin kusurluluk içinde incelediği kasttan başka bir şey olmadığından¹⁵², kast kusurluluğun değil suçun bir unsurudur¹⁵³. Sonuç olarak Gai Teori, suçun manevi unsuru ile kusurluluğu birbirinden ayırmıştır¹⁵⁴.

Taksirli suçlarda da davranış kasıtlı suçlarda olduğu gibi iradidir. Ancak taksirli suçların kasti suçlardan önemli bir farkı vardır: Taksirli suçlarda iradi olarak gerçekleştirilen davranış belli bir amaca matuf olmaktan ziyade, failin yasaklanan neticenin meydana gelebileceğini öngörememesi ya da öngörmesine rağmen gerçekleşmeyeceğine yönelik inancıyla ortaya çıkmaktadır¹⁵⁵. Taksirli suçlarda fail; kendisinden beklenen kontrolleri yaparak hareket etseydi, bir başka ifadeyle, “*kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun hareket etmiş olsaydı sonuç meydana gelmezdi*” gerekçesiyle sorumlu tutulmaktadır. Taksirli suçlarda failin yaptığı hareketin amaçlarını yanlış belirlemesi, özenli bir şekilde belirlememesi,

¹⁴⁶ Haft, s. 24. Krey ve Esser, kn. 289, s. 122.

¹⁴⁷ İçel ve diğerleri, s. 63. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 226. Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 165.

¹⁴⁸ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 145. İçel ve diğerleri, s. 63.

¹⁴⁹ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 243. Haft, s. 24. Krey ve Esser, kn. 289, s. 122.

¹⁵⁰ Krey ve Esser, kn. 289, s. 122. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 144. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 227.

¹⁵¹ Haft, s. 25.

¹⁵² Doğal hareket teorisine göre kusurluluk kast ya da taksirden ibarettir ve suçun subjektif bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Haft, s. 19. Krey ve Esser, kn. 288, s. 122.

¹⁵³ Haft, s. 24. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 148.

¹⁵⁴ Hans Welzel, Um Die Finale Handlungslehre, Tübingen: 1949, s. 22.

¹⁵⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 227.

sorumluluğunun kaynağını oluşturmaktadır¹⁵⁶. Bu nedenle Gai Teori'ye göre, taksirli suçlarda doğal anlamda bir nedensellik bağından bahsetmek mümkün değildir¹⁵⁷.

Gai Hareket Teorisi'ni kabul edenlerin ekseriyetine göre ihmal; bizzatihi davranışın kendisi değil, beklenen bu davranışın yapılmaması, ihmal edilmesidir¹⁵⁸. Hem icrai hem de ihmali davranış, insanın belirli bir amaca matuf iradesi ile hâkim olabileceği fiil türleridir¹⁵⁹. Ancak ihmali davranışta icrai hareketteki gibi “*aktüel bir gailikten*” değil “*potansiyel bir gailikten*” söz edilebileceğinden, ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi doğal bir nedensellik bağı aranmaz¹⁶⁰. Bununla beraber aktüel bir gailik içermemesi, normatif bir değerlendirme yapmadan önce ihmali davranışın da bizzat ontik bir gerçekliğinin bulunduğunu söylemeye engel teşkil etmez. Bu bakımdan ihmali yaratan şey aslında norm değildir. Norm sadece, ontolojik bir vakıa olan ve yapma imkânı olduğu halde yapmama şeklinde ortaya çıkan insan davranışının, ceza hukuku bakımından önem arz ettiğini ve dolayısıyla cezaya layık bir haksızlık olduğunu gösterir¹⁶¹.

Tüm bu açıklamalara rağmen teori; özellikle taksirli¹⁶² ve ihmali suçlar bakımından yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir¹⁶³. Teoriye yönelik eleştirilerin odak noktasının ihmali ve taksirli suçlar olması ise son derece normaldir. Çünkü teorinin temelini oluşturan ve insan davranışına fiil niteliği kazandıran “*gailik*” unsuru; icrai - kasıtlı suçlarda aktüel olarak rahatlıkla tespit edilebilmesine rağmen ihmali ve taksirli suçlarda bu rahatlık yerini tam tersi bir zorluğa bırakmaktadır¹⁶⁴. Teoriye getirilen temel eleştirilerden bir diğeri de; özellikle hareketin amaççı niteliğinin mutlak olarak kabul edilmesi durumunda, ihmali davranışın açıklanmasının mümkün olmadığı şeklindedir¹⁶⁵.

¹⁵⁶ İçel ve diğerleri, s. 63.

¹⁵⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 227.

Bazı yazarlar ise bu görüşün aksine, taksirli suçlar bakımından da fiil ile netice arasında bir nedensellik ilişkisi kurulması gerektiğini ifade etmektedir. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 30.

¹⁵⁸ Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tübingen: 1975, 2. Auflage, kn. 1, s. 652. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 228. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258.

¹⁵⁹ Schmidhäuser, s. 649.

¹⁶⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 228.

¹⁶¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 228.

¹⁶² Taksirli suçlar bakımından teoriye getirilen temel eleştiriler için bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 170 - 171.

¹⁶³ Haft, s. 25. Krey ve Esser, kn. 289, s. 123.

¹⁶⁴ Welzel, Um Die Finale Handlungslehre, s. 17 v.d.

¹⁶⁵ Haft, s. 25. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 32.

2.3.1.3. Sosyal hareket teorisi¹⁶⁶

20. yüzyılın başlarına doğru “*Yeni Kantçılık*” akımının sonucu olarak hukuk alanında pozitivist anlayıştan “*değerler felsefesi*” anlayışına bir geçiş söz konusudur¹⁶⁷. **Gustav Radbruch** tarafından temelleri atılan¹⁶⁸ ve **Eberhard Schmidt** tarafından sistematikleştirilen bu yaklaşımda **Schmidt**; Liszt’in harekete ilişkin görüşlerinden farklılaşarak, hareketin doğa bilimlerine özgü bir fenomen olarak değil, sosyal bir fenomen olarak sosyal açıdan taşıdığı değerle bağlantılı olarak önem arz ettiğini vurgulanmıştır¹⁶⁹. Bu yaklaşıma göre ceza hukukunun esası; sebep - sonuç ilişkisine dayalı yalın doğa olaylarının gerçekleşmesinde değil, bu vakıaların ifade ettiği belli değerlerin araştırılıp ortaya konulmasında aranmalıdır¹⁷⁰. İşte bu anlayışın ışığında “*Sosyal Hareket Teorisi*”; davranışın sosyal yönden önemini vurgulayarak suçun unsurlarını ve özellikle fiil unsurunu açıklamaya çalışmıştır¹⁷¹. Bu yaklaşıma göre pozitivist anlayışın fiil anlayışı; “*kansız bir hortlaktan (blutleeres Gespenst)*” ibarettir¹⁷².

Esasında “*Sosyal Hareket Teorisi*” de; icrai ve ihmali suçları tek bir başlık altında toplama gayretinin bir sonucudur¹⁷³. Bu teoriye göre fiil; insan tarafından icrai ya da ihmali olarak ortaya konulan, bir neticeye sebebiyet veren ve de en önemlisi sosyal (toplumsal) bakımdan önem arz eden davranışlardır^{174, 175}. Bu tanıma göre; sosyal bakımdan önemsiz olan davranışlar fiil olarak kabul edilemeyeceğinden¹⁷⁶, davranış sosyal yaşama aykırı değilse hukuka da aykırı kabul edilemez¹⁷⁷. Sosyal yönden

¹⁶⁶Teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Werner Maihofer, “Der soziale Handlungsbegriff”, *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, Göttingen: 1961, s. 156 - 182.

¹⁶⁷ Haft, s. 19. İçel ve diğerleri, s. 63. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 164.

¹⁶⁸ Haft, s. 19.

¹⁶⁹ Bkz. Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, Leipzig: 1939. Maihofer, s. 157 - 158. Haft, s. 20.

¹⁷⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 164.

¹⁷¹ Maihofer, s. 158.

¹⁷² Haft, s. 20. Krey ve Esser, kn. 288, s. 122.

¹⁷³ Krey ve Esser, kn. 290, s. 123. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 35.

¹⁷⁴ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 35. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 228.

¹⁷⁵ Teori içerisinde değerlendirilebilecek farklı yaklaşımların fiil tanımları için bkz. Hakan Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, *TBB Dergisi*, sa. 69, y. 2007, s. 71.

¹⁷⁶ Ceza hukuku bakımından önem arz eden fiil: Yönlendirici iradenin hâkim olduğu ve sosyal açıdan önem arz eder nitelikteki icrai ya da ihmali insan davranışdır. İhmali suçlara özgü, bu üç unsura ek olarak “*davranışın genel anlamda yapılabilir olması*” da gerekir. Haft, s. 29.

¹⁷⁷ İçel ve diğerleri, s. 65. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 35. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 95.

önemli bir hareketin icrai ya da ihmali olması olanaklıdır, her iki davranış da bir suçun objektif unsurunu oluşturabilir¹⁷⁸.

Teoriye göre; insan iradesinin eseri olmayan, insanın hükmedemediği, önceden öngörülebilme imkânı olmayan neticelere yönelik davranışlar fiil olarak nitelendirilemez¹⁷⁹. Bu yaklaşım, davranışı toplumsal bir olgu olarak açıklayabilmek amacıyla, Doğal Hareket Teorisi'nin yaklaşımına ek olarak harici ve objektif bir unsur olarak *“hukuka aykırılığı”* da suçun yapısına dâhil etmiştir¹⁸⁰.

Sosyal Hareket Teorisi fiili; dış dünyaya yansıyan ontik davranışlar şeklinde tanımlayıp aynı zamanda davranışın sosyal bakımdan önemli olmasını da aradığından, fiilin hem ontolojik hem de normatif bir yönü olduğunu savunur¹⁸¹. Bu yaklaşım da; toplumsal bir olgu olan fiili açıklayabilmek için ayrı bir unsur olarak *“hukuka aykırılık”* kavramına başvurmayı zorunlu kılmaktadır¹⁸². Çünkü sosyal bir olgu olan fiilin izahı, onun sosyal bakımdan zararlı olup olmadığının tespitini, bu tespit de (Gai Hareket Teorisinin aksine) hukuka aykırılığın objektif olarak değerlendirilmesini gerektirir¹⁸³. Başka bir ifadeyle, Sosyal Hareket Teorisi'ne göre fiil; *“bir dış gözlemci tarafından öngörülüp ölçülebilen, toplumsal açıdan bazı sonuçlar doğurmaya elverişli olan insan faaliyetidir”*¹⁸⁴.

Bu teoriye getirilen belki de en önemli eleştiri; teorinin ceza hukuku bakımından fiil kavramının sınırlarını net bir şekilde ortaya koyamaması ve kavramın içeriğini tam olarak belirleyememesidir¹⁸⁵. Bu da her somut olayda hâkimin tamamen sübjektif bir değerlendirme yapmasını zorunlu kılacağından, hukuki güvenlik sağlanamamış olacaktır¹⁸⁶. *“Doğal Hareket Teorisi”*ne getirilen *“fiilin sınırlandırma fonksiyonunu tam anlamıyla icra edemeyeceği eleştirisi”*, *“Sosyal Hareket Teorisi”* bakımından daha bariz bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, birlikte kayak yapan iki kişiden biri arkadaşına şaka yapmak için hafifçe vurmuştur. Bu hafif vurmanın etkisiyle dengesini kaybeden arkadaşı yuvarlanmış ve bacağını kırmıştır. Bu örnek olayda,

¹⁷⁸ Krey ve Esser, kn. 290, s. 123. İçel ve diğerleri, s. 64.

¹⁷⁹ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 35. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 229.

¹⁸⁰ Haft, s. 22. Keyman, *“Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”*, s. 145.

¹⁸¹ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 229.

¹⁸² Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 95.

¹⁸³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 229.

¹⁸⁴ Krey ve Esser, kn. 290, s. 123. Keyman, *“Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”*, s. 145.

¹⁸⁵ Krey ve Esser, kn. 290, s. 123. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 36. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 165 - 166, dn. 41.

¹⁸⁶ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 36. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 229.

Sosyal Hareket Teorisi'ne göre bir davranıştan (fiilden) bahsedilemeyecektir. Çünkü söz konusu hareket (şaka amacıyla hafifçe vurma), sosyal bakımdan değersiz niteliktedir¹⁸⁷.

Teoriye getirilen bir başka önemli eleştiri ise, prensip olarak tüm insan davranışları sosyal bakımdan önemli olduğundan, teorinin kabul ettiği anlayışın fiilin uygulama alanını öngörülemez bir biçimde genişletmesidir¹⁸⁸. Bir başka ifadeyle, bu teori de fiilin sınırlama fonksiyonunu tam anlamıyla yerine getirememektedir¹⁸⁹.

2.3.2. Normativist Teoriler

Ontolojik teorilere tepki olarak ortaya çıkan normativist teoriler; fiilin, hukuka öngelen ontik bir vakıa olarak değil, bilakis normlardan kaynaklandığını savunur¹⁹⁰. Bu yaklaşıma göre; doğa kurallarından yola çıkılarak bir fiil tanımı yapmak ceza hukuku bakımından mümkün değildir¹⁹¹. Zira ceza hukuku bakımından fiil; dış dünyada var olan bir gerçeklik değil, hukuki normlardan kaynaklanan bir durumdur ve aslında “*norma aykırı insan davranışına*” karşılık gelmektedir¹⁹². Bu nedenle ceza hukukunda fiil kavramının anlaşılabilmesi için, her şeyden önce “*hukuka aykırılık*” vasfı dikkate alınmalıdır. Hukuka aykırılık vasfı dikkate alınmadan ontik bir vakıa olarak kabul edilecek fiil kavramının ceza hukuku bakımından hiçbir önemi yoktur¹⁹³. Çünkü meseleye ontolojik bir perspektifle bakıldığında, icrai davranışla ihmalî davranış arasında bir ortaklık bulmak mümkün değildir. Her iki davranış türü bakımından geçerli olacak bir fiil kavramının izahı, ancak normatif bir değerlendirme yapılarak mümkün olacaktır¹⁹⁴.

Normativist Teori; normdan önce gelen fiil kavramını kabul etmemesi ve fiili her türlü maddi içerikten yoksun, tamamen biçimsel bir kalıba sokması nedeniyle eleştirilmiştir¹⁹⁵. Gerçekten de bu şekilde bir yaklaşım, ceza hukukunda ortaya çıkan

¹⁸⁷ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 36.

¹⁸⁸ İçel ve diğerleri, s. 65, dn. 41. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 95.

¹⁸⁹ Hakeri, “Ceza Hukukunda Önemli Hareketler”, s. 72.

¹⁹⁰ Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 149. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 230. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 95.

¹⁹¹ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 95.

¹⁹² Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 149. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 230.

¹⁹³ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 230.

¹⁹⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 172.

¹⁹⁵ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 230.

birçok problemin çözümü bakımından yetersiz kalacaktır. Hakeza, günümüzde eksreiyetle tüzel kişiliklerin fiil yeteneklerinin varlığı kabul edilmediğinden, teorisin kabul ettiğı fiil anlayışının ceza hukuku açısından isabetli olmadığı vurgulanmaktadır¹⁹⁶.

Normatif yaklaşımlar içinde değerlendirilebilecek bir diğer fiil teorisi ise **Roxin** tarafından ileri sürülen görüştür. “*Kişisel Davranış Teorisi (personaler Handlungsbegriff)*” olarak adlandırılan bu yaklaşıma göre; her davranış kişiliğın bir dışa vurumudur¹⁹⁷. Roxin’ e göre fiil kavramının fonksiyonuna uygun bir şekilde anlamlandırılabilmesi, onun ancak “*kışiliğın dışa vurumu*” olarak anlaşılması ile mümkün olabilir¹⁹⁸. Burada savunulan kavramın diğer teorilerden farkı; bir yandan bütün suç oluşturan davranışların görünüş şekillerine (icra ve ihmal) ilişkin bir üst kavram olması, diğer yandan ise kavramsal müşterekliğı objektif esas birliğinde (örneğin: iradi olması, amaca yönelik olması gibi) aramaktan vazgeçmesidir¹⁹⁹.

Bu yaklaşımın en önemli başarısı, basit taksirli ihmali davranış da dâhil tüm cezalandırılabilir fiil türlerini kapsamasıdır. Toeri özellikle bu başarısı nedeniyle taraftar bulmuştur. Bununla beraber yaklaşımın temelini oluşturan “*kışisellik kriterinin*” sistematik bir suç teorisine dayanmadığı sürece içi boş bir kavram olduğı²⁰⁰ ve dolayısıyla “*kışisel hareket kavramının*” ceza hukukunun doğasına uygun olmadığı teoriye getirilen temel eleştirilerdir²⁰¹.

2.3.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Günümüzde, ihmali davranışla da suç işlenebileceğı hususunda ceza hukuku doktrininde görüş birliğı vardır^{202, 203}. Ancak ihmali suçların kendilerine has yapısı nedeniyle icrai suçlardan farklılaştığı da yadsınamaz bir gerçektir. Bu bakımdan, icrai suçlarda fiilin ve nedensellik bağının ontik vasfını kabul eden birçok yaklaşım, ihmali

¹⁹⁶ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 96.

¹⁹⁷ Krey ve Esser, kn. 292, s. 124.

¹⁹⁸ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 262.

¹⁹⁹ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 263.

²⁰⁰ Krey ve Esser, kn. 292, s. 124.

²⁰¹ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 263.

²⁰² Schmidhäuser, kn. 7, s. 143. Haft, s. 192. Krey ve Esser, kn. 292, s. 124. İçel Suç Teorisi, s. 66. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 390.

²⁰³ New York Ceza Yasası’nda suç tanımı şu şekilde yapılmıştır: “*Suç; hukuk tarafından yasaklanmış ve karşılığında ölüm ya da hapis cezası gerektiren eylem ya da ihmallerdir*”. Bkz. Albin Eser, “The Principle of ‘Harm’ in the Concept of Crime”, *Originalbeitrag erschienen in: Duquesne University Law Review* 4 (1966), s. 348.

suçlar söz konusu olduğunda bu unsurların normatif yönünü ön plana çıkarmak zorunda kalmaktadır²⁰⁴. Bu nedenle ontolojik teoriler, hem icrai hem de ihmali suçları kapsayacak bir fiil tanımı yapmakta başarılı olamamış görünmektedir²⁰⁵. Tüm suç tipleri bakımından geçerli ortak bir fiil tanımı yapılamamasının gerekçesi, icrai ve ihmali davranışı yalnızca ontolojik bir perspektifle açıklamanın mümkün olmaması şeklinde izah edilmektedir.

Esasında yukarıda kısaca değindiğimiz fiil teorilerinin hemen hepsi; icrai ve kasten işlenen suçlar bakımından kendi içerisinde tutarlı ve mantıklı açıklamalar getirmektedir²⁰⁶. Ancak kasten ve icrai olarak işlenen suçlar bakımından getirilen bu tutarlı açıklamalar, taksirli ve/veya ihmali suçlar söz konusu olduğunda önemli açmazlara gebe görünmektedir²⁰⁷. Hatta bazı yazarlar, tüm suçları kapsayacak ortak bir fiil tanımı yapmanın mümkün olmadığı gerekçesiyle suç analizlerinde üçlü ya da dörtlü ayrımlara gitmektedir²⁰⁸. Üçlü ayrım; kasten işlenen icrai suçlar, taksirli suçlar ve ihmali suçlar ayrı ayrı ele alınmaktadır. Dörtlü ayrımı tercih eden yazarlar ise suçları; kasten işlenen icrai suçlar, kasten işlenen ihmali suçlar, taksirle işlenen icrai suçlar ve taksirle işlenen ihmali suçlar olarak incelemektedir. Özellikle son dönemdeki bazı çalışmalarda ise bu ayrımlardan farklı olarak, taksirli ve ihmali suçların suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında ayrıca incelendiği de görülmektedir²⁰⁹.

Ceza hukukunda fiilinden ne anlaşılması gerektiği sorusuna cevap arayan tüm yaklaşımlar, aslında içinde bulundukları dönemin felsefi ve sosyolojik akımlarının

²⁰⁴ “İnsanın dış dünyada iradi olarak beliren davranışı olarak tanımlanan fiil; iki şekilde ortaya çıkabilir: Bir şeyi yapmak veya yapmamak. Birinci halde icrai, diğerinde ise ihmali bir fiilden bahsedilir. Ancak gerek icrai olsun gerek ihmali olsun fiil, bir düşüncenin dış dünyaya yansımasıdır. İcrai suçlarda bu, doğal bir olgu olarak fen bilimlerine göre tespit ve tayin edilebilirken ihmali suçlarda normatiftir. İhmali suçlarda fail; emredici hukuk kurallarına riayet etmemiş, kendisinden bekleneni yapmamıştır”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 216. Benzer görüş için bkz. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 390.

²⁰⁵ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 137, 149. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 98.

²⁰⁶ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 390.

²⁰⁷ “Bunun gibi, kasıtlı ve taksirli hareketleri de genel ve soyut tasnif edici bir kavram içinde birleştirmeye imkân yoktur. Kasıtlı hareket, daha icrai safhadan itibaren taksirli hareketten ayrılır. Kasıtlı hareketlerde, failin tasavvur ettiği bir amaç olmasına karşılık, taksirli hareketlerde, zararlı netice bazan tasavvur dahi edilememekte, esas itibarıyla illi serinin etkisi sonucu meydana çıkmaktadır. Yani ikisi arasında derin bir yapısal farklılık vardır. Zira kasıtlı hareketler, ceza hukuku açısından tam ve mükemmel bir hareket, buna karşılık taksirli hareket ise tam olmayan, eksik, şibih bir harekettir”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 137.

²⁰⁸ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 98.

²⁰⁹ Bkz. Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, München: 2009, 4. Auflage, s. 256 v.d.

birer yansımasıdır²¹⁰. Bu bakımdan söz konusu fiil teorilerini, ilgili dönemlerin toplumsal yaşamını derinden etkileyen felsefi ve sosyolojik yaklaşımları göz ardı ederek değerlendirmek isabetli olmayacaktır.

Yukarıda özetlemeye çalıştığımız tüm teorilerin günümüz ceza hukukuna farklı konularda önemli katkılar sağladığı yadsınamaz bir gerçektir²¹¹. Bununla beraber, günümüz ceza hukukunda ortaya çıkan problemlerin çözümünde, hangi teorinin ortaya koyduğu çözümlerin daha isabetli olduğunu tespit etmek ve ona göre hareket etmek iyi bir çıkış noktası olabilir. Ancak bir teorinin ceza hukuku alanında ortaya çıkan tüm problemlere en mantıklı ve en makul çözümleri getirdiğini/getireceğini savunmak, nihai amaca hizmet etmeyecektir. Dolayısıyla fiili açıklayan bu teorilerden birine taraftar olmak, o teorinin ceza hukukunda ortaya çıkan/çıkabilecek her sorunun çözümünde en doğru yolu benimsediği anlamına gelmemelidir. Bunun bir yansıması olarak, ilgili fiil teorilerini birbiri ile kaynaştırmaya çalışan birçok yeni yaklaşım ceza hukuku doktrininde kendine yer bulmuştur. Örneğin, bu karma yaklaşımlardan bir tanesi; hareketin özünde doğal bir kavram olduğunu, ancak ceza hukuku bakımından önem arz eden hareketin yasal normu ihlal eden yani hukuki nitelikte olduğunu ifade etmektedir²¹². Bir başka ifadeyle bu yaklaşım; ceza hukuku bağlamındaki davranışın hem ontik hem de normatif, yani karma nitelikte olduğunu vurgulamaktadır.

İcrai ve kasten gerçekleştirilen fiiller bakımından ortaya çıkan problemlere makul ve mantıklı açıklamalar getiren bu teoriler; özellikle çalışmamızın da konusunu oluşturan ihmalî suçlar söz konusu olduğunda aynı başarıyı göstermekte güçlük çekmektedir²¹³. Bu nedenle, icrai suçlar bakımından benimsenen fiil kavramının ihmalî suçlar bakımından ne kadar isabetli olduğunu ayrıca ve ayrıntılı olarak tartışmak gerekir. Çünkü önemli olan, olaylara hangi teorinin gözüyle bakıldığından ziyade, ceza hukuku bakımından ortaya çıkan güncel problemlere mantıklı ve tutarlı çözüm önerileri getirebilmektir. Elbette ki ortaya çıkan tüm problemlere makul çözüm önerileri getirebilmek çok da kolay değildir. Çünkü bir taraftan felsefi ve ontolojik temelleri

²¹⁰ Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 149.

²¹¹ Örneğin günümüz ceza hukukunun temel amaçlarından biri olan “önlemeye” yönelik “güvenlik tedbirleri” pozitivist okulun etkisiyle Klasik Suç Teori’si tarafından ceza hukukuna kazandırılmıştır. Haft, s. 17.

²¹² İçel ve diğerleri, s. 65.

²¹³ “Daha doğrusu müspet hareket bakımından ihtilafa düşülmemekte, bütün fikir ayrılıkları faaliyetsizlik, atalet, vücut sükûneti veya yapmamak diye tarif edilen menfi hareket bakımından ortaya çıkmaktadır”. Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul: 1955, s. 21.

olan fiil kavramına bağlı kalınırken, diğer taraftan özellikle taksirli ve ihmali suçlar bakımından tutarlı bir zeminde kalabilmek oldukça zordur.

Tüm bu açıklamalar ışığında, bize göre ceza hukuku bakımından önem arz eden **fiil**: “İnsanın yönlendirici iradesi ile hâkim olduğu, belirli bir amaca matuf olarak dış dünyaya yansımış icrai veya ihmali davranış” olarak tanımlanabilir²¹⁴. Bu bakımdan, biz de yukarıdaki teorilerden “Gai (Final) Hareket Teorisi”nin tanımını esas almış bulunmaktayız. Ancak ceza hukukunda; fiil kavramının genel-geçer ve soyut bir tanımının yapılmasından ziyade, hangi davranışların fiil sayılıp hangilerinin fiil sayılmayacağının tespit edilmesi daha önemlidir. Bu nedenle, ceza hukuku bakımından “**fiil**” olarak kabul edilebilecek davranışların taşınması gereken asgari temel unsurları tespit etmek gerekir. Bize göre; bir davranışın ceza hukuku bakımından fiil olarak nitelendirilebilmesi için taşınması gereken temel unsurlar şunlardır:

- **Yalnızca insan kaynaklı davranışlar (insana izafe edilebilen) fiil olarak kabul edilebilir.**

Bir hayvandan yahut da doğa olayından kaynaklanan hareketler fiil olarak değerlendirilemezler²¹⁵. Bununla beraber, hayvan üzerinde gözetim yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğü ihlal etmesi ve hayvanın bir başkasına zarar vermesi durumunda, insana izafe edilebilecek bir fiilin söz konusu olduğundan kuşku yoktur²¹⁶. Benzer şekilde, bir hayvanın suç işlenmesinde araç olarak kullanılması

²¹⁴ “Genel olarak fiili şu şekilde tarif edebiliriz: Fiil, kişinin iradesiyle hâkim olduğu, belli bir neticeyi gerçekleştirmeye matuf ve harici dünyada cereyan eden bir davranıştır”. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 179.

“Bu anlamda fiil; “kişinin iradesi tarafından hükmedilen veya hükmedilebilecek, belirli bir amaca yönelen, dış dünyada cereyan eden icrai yahut ihmali bir insan davranışdır”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 231.

“Tipik fiil, iradi olması nedeniyle bir insana atfedilebilen, münferit kanuni bir soyut tipin içine yerleştirilebilen, yani bunun özelliklerini bünyesinde taşıyan, objektif unsurların bütünüdür”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 121.

“Bunların ışığında, liberal-bireyci felsefenin devamı olan çağdaş demokrasilerin bağlandığı özgürlükçü ceza hukuku açısından hareketi, insanı dış dünya ile temasa getiren ve doğacı anlamda sosyolojik ve psikolojik gerçekliği olan hukuki varlık veya menfaatler üzerinde, bunları ihlal edici etkiler icra eden hertürlü harici insan davranışı olarak tanımlayabiliriz”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 153.

²¹⁵ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 243.

²¹⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 182. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 154. Örneğin; bir kimse sahibi olduğu hayvan üzerindeki gözetim yükümlülüğünü ihlal eder ve bu hayvan da bir başkasını yaralar veya öldürür ise, gözetim yükümlülüğünü ihlal eden kişi bakımından ihmali bir davranış söz konusudur. Yine yırtıcı bir hayvanın yönlendirilerek bir başkasını yaralaması veya öldürmesi durumlarında da insana izafe edilebilecek icrai bir davranış söz konusudur.

durumunda da insandan kaynaklanan bir davranış söz konusu olduğundan, fiilden bahsedilecektir²¹⁷.

Doğa olayları, kural olarak ceza hukuku bakımından fiil olarak kabul edilemezler²¹⁸. Bununla beraber doğa olaylarından mütevellit bazı olaylarda, insana izafe edilebilecek bir davranış (ihmal) söz konusu olabilir. Bu tip durumlarda da fiilin varlığını kabul etmek gerekir²¹⁹.

- Bir davranışın fiil olarak nitelendirilebilmesi için insanın yönlendirici iradesinin ürünü olması gerekir²²⁰.

Bir davranışın ceza hukuku bakımından esas alınıp fiil olarak kabul edilebilmesi için, insan kaynaklı olması tek başına yeterli değildir. İnsan kaynaklı bir davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi için, aynı zamanda insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olması da gerekir^{221, 222}.

²¹⁷ Örneğin; özel olarak eğitilmiş bir maymun aracılığıyla hırsızlık suçunun işlenmesi durumunda, insana izafe edilebilecek bir davranış söz konusudur. Dolayısıyla burada ceza hukuku bakımından fiil, maymunu suçta kullanan/yönlendiren kişinin gerçekleştirdiği davranıştır.

²¹⁸ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 243.

²¹⁹ Deprem, yanardağ patlaması, yıldırım düşmesi gibi doğa olaylarında insana izafe edilebilecek bir davranış söz konusu olmadığından, ceza hukuku bakımından fiilden bahsetmek kural olarak mümkün değildir. Bu nedenle, açık arazide üzerine yıldırım düşmesi sonucu bir kimsenin ölmesi durumunda bir fiilden bahsedilemez. Bununla beraber yüksek bir bina yapan müteahhit M, binanın tepesine yerleştirmesi gereken paratoneri yerleştirmemiş ve yıldırım binaya isabet ederek kişilerin ölmesine ya da yaralanmasına neden olmuştur. Böyle bir durumda, her ne kadar ortada bir doğa olayı söz konusu olsa da insana izafe edilebilecek bir davranış vardır ve fiil olarak kabul edilir.

Benzer şekilde, şiddetli bir depremin olması insana izafe edilebilecek bir davranış değildir. Bununla beraber müteahhit M, binaları inşa ederken ilgili mevzuata ve tekniğe aykırı davranmıştır. Akabinde, bölgede meydana gelen depremde bu binalar yıkılmış, birçok kişi yaralanmış ve/veya ölmüştür. Bu somut olayda da insana izafe edilebilecek bir davranış söz konusu olduğundan, ceza hukuku bakımından fiilden bahsetmek mümkündür. Ancak bu olayda ceza sorumluluğuna esas teşkil edecek fiil deprem olması değil, ilgili müteahhitin söz konusu binaları eksik ve çürük yapmasıdır.

²²⁰ İnsan davranışına fiil özelliğini kazandıran, bunun irade ürünü olması ve belli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilmesidir. Maurach ve Zipf, 7. Auflage, s. 175.

²²¹ Alexander Graf Zu Donha, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn: 1950, s.15. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 139.

²²² “Diğer taraftan, klasik suç teorisinde (dar anlamda) hareketin “iradi” olması aranmakla beraber, neyin irade edildiği “hareket” kavramının belirlenmesi bakımından önem taşımamaktadır. Bunun temel nedeni ise, kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından ortak bir “hareket” kavramını oluşturma çabasıdır. Çünkü taksirli suçlarda, gerçekleşen neticeye icra edilen hareket sebebiyet vermekte; fakat hareket için kurucu unsur olan “irade” bu neticeyi kapsamamaktadır. Kasten ve taksirle işlenen suçlar bakımından ortak bir hareket kavramı oluşturmak adına, hareket için kurucu unsur olan iradenin neye yönelik olduğunun araştırılmasından vazgeçilmekte, soyut irade ile yetinilmektedir. Klasik suç teorisinin bir taraftan soyut irade ile yetinerek, iradenin neye yönelik olduğunu araştırmaması; diğer taraftan gerçekleşen neticeye fiil kapsamında yer vermesi çelişki arz etmektedir. Bu teoriye göre, esas olan, tipik neticenin gerçekleşmesi olup; tipik netice, objektif haksızlık kıstasını oluşturmaktadır”. Göktürk, Fikri İctima, s. 31 - 32.

Yukarıda açıkladığımız tüm hareket teorileri de sadece iradi olan insan davranışlarının ceza hukuku bakımından fiil olarak kabul edileceği hususunda hemfikirdir²²³. Bir davranışın fiil niteliği taşıması için zorunlu olan ve “*iradilik*” denilen bu psişik durum, hem icrai hem ihmali suçlarda bulunması gereken ortak bir unsurdur²²⁴. Bu nedenle, her ne kadar insan kaynaklı olsa da mutlak cebirin etkisi altında gerçekleştirilen davranışlar²²⁵, tam refleks hareketleri²²⁶, otomatik ve bilinçsiz hareketler²²⁷ gibi iradenin tam anlamıyla devre dışı kaldığı durumlarda²²⁸ gerçekleştirilen davranışlar fiil olarak nitelendirilemezler²²⁹.

Buna karşılık araç kullanma, bisiklete binme, koşma, yürüme gibi “*yarı otomatik davranışlar*” fiil niteliğini haizdir²³⁰. Çünkü bu tip “*yarı otomatik davranışlarda*” kişi yaptığı veya yapmadığının şuurunda olduğu gibi, her zaman bu davranışını yönlendirebilecek/yönetebilecek konumdadır²³¹.

²²³ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 153. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 101.

²²⁴ Ceza hukukunda hareket (Tätigkeit) de hareketsizlik (Untätigkeit) de iradi değilse fiil vasfına haiz değildir. İradi olan harekete icra (Tun), iradi olan hareketsizliğe ise ihmali (Unterlassen) denir ve her ikisi de fiil (davranış) vasfını haizdir. Bkz. Zu Donha, s.15.

²²⁵ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 142. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 155. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 101.

²²⁶ “Keza, refleks hareketleri, fiil vasfını haiz değildir. Refleks, iradi etkileşim olmaksızın vücudun gösterdiği reaksiyondur. Bu halde, irade tamamen devre dışıdır”. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 181. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 157.

²²⁷ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 243.

“Otomatik ve bilinçsiz hareketler (dalgınlık, unutkanlık) bu açıdan şöyle bir ayrıma tabi tutulur: (i) iradenin önleyebileceği hareketler; (ii) iradenin her türlü kontrolü dışında kalan, yani irade tarafından önlenmesi mümkün bulunmayan hareketler. İkinci grubun iradeye atfedilmemesine karşılık, birinciler iradi sayılır. Zira bunlar, iradenin durdurucu, engelleyici gücü ile önlenilecek hareketlerdir”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 142.

²²⁸ Örneğin; iradesini tamamen bertaraf eden hipnozun etkisiyle veya bir ilaç marifetiyle iradesi tamamen ortadan kaldırılan kişiye suç işletilmesi hallerinde, iradesi devre dışı bırakılan kişi bakımından ceza hukuku anlamında bir fiilden bahsetmek mümkün değildir. Bununla beraber, fiil unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken irade yeteneği ile kusur yeteneği bakımından değerlendirilecek olan “algılama ve irade yeteneği” birbirine karıştırılmamalıdır. Fiil bağlamında bahsedilen iradilik unsuru, kişinin gerçekleştirdiği fiilin şuurunda olması anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, failin zorlanmış da olsa bir iradesinin söz konusu olduğu durumlarda gerçekleştirdiği davranışlar fiil vasfını haizdir. Bu tip olaylarda, failin cebir veya tehditle zorlanmış olması, kusur bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Çünkü burada zorlanmış da olsa kişiye izafe edilebilecek bir iradede bahsedilebilir. Bir başka ifadeyle, cebir veya tehdide maruz kalan kişinin iradesi mutlak suretle devre dışı kalmadığından, gerçekleştirdiği hareketler fiil vasfını taşımaktadır. Bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 180 - 181.

²²⁹ Diethelm Kienapfel ve Frank Höpfel, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil, Wien: 2009, 13. Überarbeitete und erweiterte Auflage, bn. z7, kn. 5 v.d. s. 28. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 180. Göktürk, Fikri İctima, s. 23, dn. 91.

²³⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 181. Göktürk, Fikri İctima, s. 23, dn. 91.

²³¹ “Buna karşılık bir seri taksirli suçta, ne hareket ne de ihmali herhangi psikolojik bir faktöre bağlanabilir. İradenin etkili olmadığı bu gibi taksirli suçların birinci grubu, icrai veya ihmali otomatik hareketlerle işlenmektedir. Zihnin berrak bölgelerinden kaynaklanmayan, özgür bir itinin ürünü

Tam bir şuur yokluğunda gerçekleştirilen davranışlar fiil vasfına sahip değildir²³². Buna karşılık, şuur bulanıklığı ya da şuur bozukluğu altında gerçekleştirilen davranışlar ise fiil vasfını haizdir²³³. Şuur bulanıklığı veya şuur bozukluğu hallerinde, failin ilgili suç yönünden kusur yeteneği tamamen ortadan kalkmış ya da azalmış olabilir. Bu durum, gerçekleştirilen davranışın ceza hukuku bakımından fiil olarak kabul edilmesine mâni değildir. Ancak failin kusur yeteneğini kaldıran ya da azaltan durumlar, bilahare kusurluluk değerlendirilmesi sırasında göz önüne alınarak kişiye ya hiç ceza verilmeyecek ya da cezasında indirimle gidilecektir.

Korku veya panik hallerinde gerçekleştirilen davranışlar da iradilik vasfına sahip olduklarından fiil olarak kabul edilmelidir²³⁴. Ani bir karar neticesinde gerçekleştirilen davranışlar da iradi olmaları nedeniyle fiil olarak kabul edilir²³⁵. Bu tip durumlarda, kişinin ani bir karar vermesini sağlayan hususun niteliğine göre kusurluluğu kaldıran ya da azaltan haller bağlamında ayrıca bir değerlendirme yapılabilir. Ancak, ani bir kararla da alınmış olsa iradi nitelik gösteren tüm davranışlar ceza hukuku bakımından fiil olarak kabul edilecektir.

olmayan otomatik hareketler; refleksler (öksürme, hapsirme, kesilen damarın büzüşmesi v.b.), içgüdüler (düşmeyi engellemek veya etkisini azaltmak için kolunu uzatma), alışkanlıklar (yürümek, konuşmak, bir aleti kullanmak vb.) olmak üzere üçe ayrılırlar. Bunun yanında dalgınlık (farkına varmadan kırmızı ışıktaki geçen sürücü) veya unutkanlıkla (işaret vermeyi unutan sürücü) yapılan icrai ve ihmali hareketler de taksirli sorumluluğa neden olabilir. Verilen örneklerde, dar anlamda iradi bir unsur bulunmadığı gibi, zihni ya da duygusal bir etkene de rastlanmaz.

Bütün bu örneklerde süje, bilinçli ve iradi davranmak imkânına ve yeteneğine sahip bulunduğu için sorumlu tutulmaktadır. Yani süje, farklı hareket etme imkânına sahipse, hareketi iradidir.” Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 141.

²³² Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 155.

²³³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 181.

²³⁴ Korku halinde; kişilerin istemsizce vermiş olduğu ilk tepkiler tamamen refleks hareketi olarak tezahür ediyor ise bu davranışları da fiil olarak kabul etmemek gerekir. Örneğin, kişi yolda yürürken yakın mesafede çok şiddetli bir patlama meydana gelir. Bu patlamanın etkisiyle ilgili kişi kendisini can havliyle bir başkasının üzerine atar. Söz konusu bu davranış; tam bir refleks hareketi olarak gerçekleşmiş ise iradi bir nitelik taşımadığından fiil olarak nitelendirilemez. Bununla birlikte; ilk anda meydana gelen ve tamamen refleksif nitelikteki tepkiden sonra gerçekleştirilecek diğer davranışlar, her ne kadar mevcut korkunun etkisiyle gerçekleşmiş olsa da, iradi nitelik taşıdığı için fiil vasfını haizdir. Korku ve panik hali söz konusu olmakla birlikte, kişinin irade yeteneğinin tamamen ortadan kalkmadığı durumlarda gerçekleştirilen davranışlar ise fiil olarak kabul edilir. Örneğin; bulunduğu binada yangın çıkan kişi, korkup paniklediği için başkalarını ezme, yaralama pahasına kaçmaya çalışmaktadır. Böyle bir durumda fail; her ne kadar davranışlarını korkunun ve paniğin etkisiyle gerçekleştiriyor olsa da davranışları iradi nitelikte olduğundan fiilden bahsedilir. Bununla beraber söz konusu olayda, kişinin içinde bulunduğu korku ve panik hali kusurluluk bağlamında (zorunluluk hali) bilahare değerlendirilmelidir.

²³⁵ Göktürk, Fikri İctima, s. 23, dn. 91.

Belirtmek gerekir ki, bir davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi için failin kusur yeteneğinin bulunması şart değildir²³⁶. Bir başka ifadeyle, kusur yeteneğine sahip olmayan bir küçük, akıl hastası, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olan bir kimsenin gerçekleştirdiği davranışlar da iradi oldukları sürece fiil niteliğindedir. Ancak kişilerin bu özel durumları, kusurluluk bahsinde ayrıca değerlendirilecektir.

- Yalnızca dış dünyaya yansıyan davranışlar fiil olarak değerlendirilebilir.

Dış dünyaya yansımayan, salt düşünce âleminde kalan hususlar - kesin olarak tespit edilmiş olsa dahi - fiil olarak telakki edilemezler²³⁷. Hukuk, insanın iç dünyasında kalan “kötülüklerle” ilgilenmez. Ancak bu “kötülükler” herhangi bir şekilde dış dünyaya yansıyarak maddi bir vafsa bürünürse ceza hukuku devreye girer²³⁸. Örneğin; bir kişiyi öldürme düşüncesi, düşünce safhasında kaldığı sürece ceza hukukunu ilgilendirmez. Salt öldürme düşüncesinin söz konusu olduğu durumlarda, ceza hukuku bağlamında fiilden bahsetmek mümkün değildir. Benzer şekilde, bir başkası hakkındaki kötü düşünceler, yargılar, kişinin iç âleminde kaldığı sürece fiil olarak değerlendirilemez²³⁹. Ancak bu düşünceler; söz, yazı, resim gibi vasıtalarla dış dünyaya yansıdığına fiil olarak kabul edilir ve artık ceza hukukunun konusu haline gelir²⁴⁰.

Bir suçtan bahsedebilmek için icrai ya da ihmali, dış dünyaya yansıyan bir davranış olmak zorundadır²⁴¹. Bu bakımdan doktrinde savunulan “*fiil unsuru olmayan suçlar da olabilir*” görüşüne iştirak etmek mümkün değildir²⁴². Çünkü fiil unsuru olmayan suçlara örnek olarak gösterilen tüm olaylarda, yönlendirici insan iradesinin ürünü olan

²³⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 182.

²³⁷ Toroslu ve Toroslu, s. 131.

“Suç, bir insan davranışdır. Fakat, hukuk düzeni, hareket haline gelip dışarı vurmamış düşüncelerden dolayı sorumluluk kabul etmediğinden, ancak haricileşmiş, dışarı vurmuş davranışlar yasaktır, suçtur”. Öztekin Tosun, Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri, İstanbul: 1967, s. 158.

“Gerçekten de insan bir fiil aracılığı ile dış dünyada hiçbir şeyi etkilemiyorsa suç da yoktur”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 122.

²³⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 182.

²³⁹ “Esasen, bütün diğerleri gibi, ceza normunun da konusu, dış dünyaya hareket veya ihmal olarak yansıyan insan davranışlarıdır. Bu itibarla, duyma, irade etme, isteme gibi, bireyin psişisinde kalan, hareket veya ihmal şeklinde dış dünyaya yansımayan davranışlar ceza hukukunu ilgilendirmezler; yani bir suçun objektif unsurunu oluşturmazlar.” Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 122.

²⁴⁰ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 103.

²⁴¹ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 154.

²⁴² “Menfi hareketin mevcudiyetini inkâr edenler menfi hareketle işlenen suçları hareketsiz suç diye kabul ederler. Onlara göre bazı suçlar hareket ile bazıları hareketsiz işlenir. Hareket bütün suçlar için zaruri bir şart değildir”. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 21.

ve dış dünyaya yansımış bir insan davranışı söz konusudur²⁴³. Sonuç olarak, doktrinin üzerinde büyük oranda hem fikir olduğu üzere, fiil unsuru olmayan suç olmaz²⁴⁴. Bir başka ifadeyle, her suçta mutlaka bir fiil vardır²⁴⁵.

- Netice; fiilin bir alt unsuru değil ayrıca değerlendirilmesi gereken bir (maddi) unsurdur.

Netice ile fiilin ne şekilde ilişkilendirileceği hususu da doktrindeki bir diğer önemli tartışma konusunu oluşturmaktadır. Özellikle klasik suç teorisi, ceza hukuku bağlamında fiilin bir üst kavram olarak; davranış, netice ve bunları birbirine bağlayan nedensellik bağından oluştuğunu kabul etmektedir. Türk ceza hukuku doktrininde de ekseriyetle bu görüşün benimsendiği söylenebilir²⁴⁶. Bu görüşün benimsenmesinin temel nedenleri: Tarihsel süreçteki teorilerin fiil kavramını neticeye atıf yaparak açıklaması, 19. yüzyıl ceza hukuku anlayışına hâkim olan katı “*determinist*” anlayış, ceza sorumluluğunun belirlenmesinde nedensellik bağı ile neticenin kilit konumda olması olarak ifade edilebilir²⁴⁷.

Buna karşılık bizim de katıldığımız yaklaşıma göre netice; yönlendirici insan iradesinin bir ürünü olan ve belirli bir gayeye matuf olarak gerçekleştirilen davranışın (fiilin) dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerden ibarettir²⁴⁸. Ancak fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, yalnızca ilgili suç normunda atıf yapılan değişiklikler ceza hukuku bakımından önemlidir. Bu nedenle, sadece suç tipinde gösterilen değişiklikler netice unsuru bakımından dikkate alınacaktır²⁴⁹.

²⁴³ Hareketsiz suçlara örnek olarak; 765 sayılı TCK’nın 578. maddesinde düzenlenen, “*Bir kimsenin üzerinde kendi haliyle mütenasip olmayan para ve eşya bulundurma suçu*” ile 5237 sayılı TCK’nın 339. maddesinde düzenlenen “*Devlet güvenliği ile ilgili belgeleri elinde bulundurma*” suçları gösterilmiştir. Ancak örnek olarak gösterilen söz konusu suçlarda fiil unsurunun bulunmadığını söylemek mümkün değildir. Bu her iki suç tipinde de fiil unsuru mevcuttur. Bkz. Toroslu ve Toroslu, s. 132. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 152.

²⁴⁴ Vehbi Bey, Hukuku Ceza (Ders Notları), İstanbul: 1931 -1932, s. 255 - 245. Önder Tozman, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, *TBB Dergisi*, sa. 84, y. 2009, s. 161. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 152.

²⁴⁵ “*Hareket suç için zaruri bir şart olduğuna göre suçun bir unsuru olduğunda tereddüt edilemez. Hareket, her suçta bulunması icap eden bir unsurdur*”. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 12.

“*Fiil kavramı görünüş şekilleri nasıl olursa olsun, tüm suçların ortak noktasını teşkil etmektedir. Ceza hukukunda hareketsiz suç olmaz. Her suçta mutlaka bir hareket vardır*”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 231 - 232.

²⁴⁶ İçel ve diğerleri, s. 54, 66, 76. Toroslu ve Toroslu, s. 130. Öztürk ve Erdem, s. 79. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 151.

²⁴⁷ Göktürk, Fikri İhtima, s. 32.

²⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 127. Göktürk, Fikri İhtima, s. 33.

²⁴⁹ İçel ve diğerleri, s. 77. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191.

Netice; Klasik Suç Teorisi'nin ifade ettiği üzere fiilin bir alt unsuru olarak değil, suçun ayrıca değerlendirilmesi gereken maddi bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵⁰. Bu kabul, ceza hukuku bakımından ortaya çıkabilecek birçok problemin çözümünde daha fonksiyonel görünmektedir. Çünkü aksi görüşün, yani neticenin fiilin bir alt unsuru olduğunun kabulü halinde, ceza hukuku bakımından ortaya çıkabilecek birçok problemi nedensellik bağı çerçevesinde çözme mecburiyeti doğacaktır. Bu durum da günümüz ceza hukuku problemlerinin çözümü noktasında eksik kalmaktadır. Örneğin; neticenin fiilin bir alt unsuru olarak kabul edilmesi halinde, “*fiilsiz suç olmayacağına göre, neticesiz suç da olmaz*” hipotezini savunmak gerekir²⁵¹. Buna karşılık, çalışmanın ilerleyen bölümlerindeki saf (gerçek) ihmali suçlar konusunda ayrıntılı olarak vurgulayacağımız üzere, sırf fiilin gerçekleşmesiyle tamamlanan, bir başka ifadeyle, neticesiz suçların da olabileceği günümüz doktrinde genel kabul görmektedir²⁵². Neticeyi fiilin bir unsuru olarak kabul etmenin neden olacağı sorunlara yönelik örnekleri çoğaltmak mümkündür. Ancak bu husus çalışmamızın kapsamına girmediğinden daha fazla üzerinde durulmayacaktır.

Sonuç olarak, doğal hareket teorisinin aksine biz; neticenin fiilin bir alt unsuru değil, fiilden ayrı olarak değerlendirilmesi gereken müstakil bir unsur olduğu fikrindeyiz. Netice unsuru; “*görünüşte - garantörsel - gerçek olmayan ihmali suçlar*” bakımından ayrıca tartışılması gereken önemli bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu önemli tartışma, çalışmamızın ilerleyen bölümünde (görünüşte ihmali suçlar başlığı altında) ayrıntılı olarak yapılacaktır.

²⁵⁰ Krey ve Esser, kn. 281, s. 120. Koca ve Üzümez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 126 - 127. Göktürk, Fikri İçtima, s. 33.

²⁵¹ Keyman; suçun ilk kurucu unsuru ve modern ceza hukukunun çıkış noktasını oluşturan fiilin üç alt unsurdan, yani:

- (i) Geniş anlamda hareket (hem icrai hem ihmali davranışı kapsar)
- (ii) Netice (hareketin dış dünyada meydana getirdiği ve normlarca önemli sayılan etkiler)
- (iii) Hareket ile neticeyi birbirine bağlayan illiyet bağından, oluştuğunu ifade etmektedir.

Ancak sırf hareket suçlarının, yani neticesiz suçların da bulunduğunu dolayısıyla netice ve illiyet bağının zorunlu kurucu unsur olmadığını da vurgulamaktadır. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 122. Aynı yönde görüş için bkz. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 151.

²⁵² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191.

Neticeli suçlarda, neticenin geniş anlamda fiilin bir alt unsuru olduğunu kabul eden yazarlardan bazıları da neticesiz suçların olabileceğini ifade etmektedirler.

“Sonucun doğalcı anlayışı esas alındığında, bunun her suçta mutlaka bulunması gerekli bir unsur olmadığını kabul etmek gerekecektir. Çünkü bazı suç tiplerinin gerçekleşmesi için kanun sadece belirli bir davranışı yeterli görmekte, ayrıca bundan dolayı dış dünyada bir değişiklik meydana gelmesini aramamaktadır. Örneğin ceza infaz kurumundan kaçma suçunda (TCK m. 292) durum böyledir. Bu suç için, bunu öngören normda tarif edilen hareketin yapılması yeterlidir. Şu halde sonucu olmayan suçlar da vardır”. Toroslu ve Toroslu, s. 139.

Sonuç olarak bir davranışın ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilmesi yani fiil olarak telakki edilebilmesi için:

- İnsan kaynaklı,
- İnsanın yönlendirici iradesinin ürünü,
- Dış dünyaya yansımış olması gerekir. Hakeza fiilin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik yani netice; fiilin bir alt unsuru değil suçun ayrı bir maddi unsurudur.

2.4. İhmali Davranışın Niteliği

İhmali suçlara ilişkin teorik tartışmaların başında, “*ihmali davranışın niteliğinin ne olduğu*” gelmektedir. İhmali davranışın “*ontik*” bir niteliğe sahip olup olmadığı, bir başka ifadeyle, normatif bir değerlendirme yapmadan da tespit edilebilecek bir nitelikte bulunup bulunmadığı hususu, ihmali suçlara yönelik temel tartışma konularından birisini oluşturmaktadır. Esasında bu tartışma, varlık felsefesinin ceza hukukuna bir yansıması olarak tezahür etmiştir. Yukarıda değindiğimiz suç teorileri bakımından da önemli bir tartışma konusu bu husus, ihmali suçların teorik ve felsefik temeli bakımından da oldukça önemlidir.

Benimsenen suç teorisinin fiil yaklaşımı, “*ihmali davranışın niteliğinin ne olduğu*” sorusuna verilecek cevabı doğrudan etkilemektedir²⁵³. Örneğin, ihmali davranışın fiil olarak kabul edilemeyeceğini savunan görüşlerden bazıları, bu kabulün bir sonucu olarak, ihmali suçları da icrai hareketle açıklamak durumunda kalmıştır²⁵⁴. Hatta ceza hukuku bakımından fiilin yalnızca icrai olabileceğini savunanlardan bir kısmı; ihmali suçlarda fiil unsurunun bulunmadığını²⁵⁵, dolayısıyla “*fiil unsuru bulunmayan suçların da olabileceğini*” dahi iddia etmişlerdir²⁵⁶. Bununla birlikte icrai davranış

²⁵³ “Hareketin ne olduğu ve bu kavramın içeriğinin tesbitine yönelik zaman içinde çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Değindiğimiz gibi, tek bir hareket teorisinin kabul edilmemesinin sebebi, ihmali hareketin icrai hareket yanında gerçek anlamda hareket niteliği taşıyıp taşımadığı, yine hareketin doğal olarak bir amaca yönelik bulunup bulunmadığı konusunda yapılan tartışmalardır”. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 23.

²⁵⁴ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 56.

²⁵⁵ Haft, s. 20.

²⁵⁶ Radbruch, icrai harekette var olan “*isteme*” ve “*hareket ile netice arasında bulunan nedensellik bağının*” ihmali davranışta var olamayacağı; Vanini ise, ihmali davranışta “*iradilik*” unsurunun bulunamayacağı gerekçesiyle ihmalin bir “*hareket*” olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Ancak Vanini, sonradan görüşünü değiştirerek, ihmalin de aslında bir hareket olduğunu, ancak bu durumda sorumluluğun “*yapılmayan hareket yerine yapılan icrai hareketten*” kaynaklandığını savunmuştur. Akt. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 21.

ontik olarak kabul eden birçok yaklaşım, zaman zaman kendisiyle çelişerek ihmali davranışı normatif olarak açıklamak zorunda kalmıştır.

Bu şekilde iki farklı yaklaşımın ortaya çıkmasını temelinde ise ihmali davranışın da icrai davranış gibi maddi bir gerçekliğe sahip bulunup bulunmadığı, yani ihmali davranışın gerçekliğinin bir norma başvurmadan tespit edilip edilemeyeceği, gerçekler dünyasında gözlemlenip gözlemlenemeyeceği soruları yatmaktadır²⁵⁷. Bu sorulara verilen cevaplar farklılaştıkça, varılan sonuçlar da değişmekte ve konuya ilişkin çeşitli yaklaşımlar ortaya çıkmaktadır.

Bu yaklaşımlardan ilki ve baskın olanı, ihmalin ontik bir vasfa sahip olmadığı dolayısıyla ancak normatif bir değerlendirme sonucunda tespit edilebileceği yönündedir²⁵⁸. Görece azınlıkta kalan ikinci görüş ise; ihmali davranışın da tıpkı icrai davranış gibi ontik bir vasfa sahip olduğunu, dolayısıyla normatif bir değerlendirme yapmadan da (varlıksal alanda olduğundan) tespit edilebileceğini savunmaktadır. Doktrinde ciddi tartışmalara neden olan meselenin özü şuradan kaynaklanmaktadır: Tabiatıta, varlıklar âleminde ihmali davranış diye bir şey var mıdır? Yoksa ihmali davranış sadece tasavvur dünyasında tespit edilebilen bir şey midir²⁵⁹? Bu farklı iki yaklaşımdan hangisine, hangi gerekçelerle katıldığımızı açıklamadan önce, söz konusu iki temel yaklaşıma genel hatları ile kısaca değinmenin konunun bütünlüğü açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

2.4.1. İhmali Davranışın Normatif Olduğunu Kabul Eden Görüşler

Türk doktrinde genel kabul gören bu yaklaşım, icrai davranışın ontik bir vasıfta olmasına rağmen ihmali davranışın bu vasıfta olmadığı yönündedir²⁶⁰. Bu kabule göre; ihmali davranışın söz konusu olduğu her durumda, normatif bir değerlendirme

²⁵⁷ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 157.

²⁵⁸ Tozman, “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”, s. 161 - 162. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 162. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 270.

²⁵⁹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 56.

²⁶⁰ “İcrai suçlarda fiil, tabii olarak belirlenmektedir. Buna göre, icrai fiil, mesela el kol hareketi, kafa sallamak, tekme vurmak, söz sarfetmek şekillerinde tezahür edebilir. Buna karşılık, ihmali suçlarda söz konusu olan fiil ise, belli bir davranışta bulunmama olarak telakki edilecektir”. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231.

“İhmal; davranış normları ile kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği hallerde kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesidir”. Ahmet Gökcen ve Murat Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, CHD, sa. 18, Nisan 2012, s. 14.

yapılması gerekir^{261, 262}. Çünkü ihmal; “herhangi bir şeyin yapılmaması değil, kanunda yapılması emredilen davranışın yapılmamasıdır”²⁶³. Bir başka ifadeyle ihmal, emir normunun içeriğine yönelik fiilin gerçekleştirilmemesidir²⁶⁴. Dolayısıyla da ihmali davranış ancak var olan bir emir normuyla tespit edilebilir, icrai davranış gibi doğal anlamda tespit edilemez²⁶⁵.

Bu yaklaşıma göre; icrai suçlarda “yapma” şeklinde ortaya çıkan davranışın ontik olarak tespitinde herhangi bir problemle karşılaşılmazken, ihmali suçlarda “yapmama” şeklinde ortaya çıkan davranışın belirlenmesinde, salt ontik bir değerlendirme yaparak bir neticeye varmak mümkün değildir²⁶⁶. Yalnızca, belirli bir davranışın yapılmasının hukuk tarafından emredildiği durumlarda, failin emredilen hareketi yapmaması “ihmal” olarak değerlendirilebilir²⁶⁷. Bu da doğal olarak, ihmali suçlar bakımından normatif bir değerlendirme yapılmasını zorunlu kılmaktadır²⁶⁸. Bu nedenle fiilin ontikliği itibarıyla, icrai davranış ile ihmali davranış arasında bir

²⁶¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 65.

²⁶² Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi’nin “İstatistiksel Amaçlar İçin Uluslararası Suç Sınıflandırması (ICCS)” katoloğunda ihmalkârlık (negligence) şu şekilde tanımlanmaktadır: “Makul ya da tedbirli bir insanın, belirli şartlar altında başkalarına karşı göstereceği alakayı göstermemek veya makul birinin gerçekleştirmeyeceği bir eylemi gerçekleştirmek”. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC), International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS), Version 1.0, March 2015, s. 14 - 15.

²⁶³ Maiwald, Çev. Şahin, s. 160. Öztekin Tosun, s. 159, dn. 1. Yüce, s. 21, dn. 6. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 238. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231.

²⁶⁴ Andrew Ashworth, Positive Obligations in Criminal Law, Oxford: 2013, s. 31.

²⁶⁵ E. Daniel Hall, Criminal Law and Procedure: 2012, 6th Edition, s. 75.

²⁶⁶ “Nitekim her şeyden evvel, icrai hareketle ihmali hareketi genel ve soyut bir üst kavramda birleştiremeyiz. Bunun nedeni, ihmalin bedeni bir davranış olmayışı, illi değerinin ve amacının bulunmaması değildir. Nitekim ihmalin doğal gerçekliği olduğunu kabul eden pek çok düşünce vardır. Asıl neden, icrai hareketin diğer herhangi bir ölçüye başvurulmaksızın algılanmasına karşılık, ihmalin varlığından söz edebilmek için bir başka unsura başvurma zorunlu olmasıdır. Gerçekten de ihmal herhangi bir hareketin yapılmaması veya bu hareketin eksikliği değil de, belli özellikleri bulunan bir hareketin yapılmamasıdır. Öyle ise, genel olarak, bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğini söyleyemeyiz. Biz ancak, düşünülebilen ve belli özelliklere sahip başka bir hareket varsa, bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğini söyleyebiliriz”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 137.

Bir diğer yaklaşım ise, aslında “ihmalin” yani “yapmamanın” bir hareket olmadığını, ancak ceza hukuku bakımından bazı önemli neticelere sebep verebildiğinden hukuki açıdan (normatif) hareket kabul edildiğini ifade etmektedir. Yüce, s. 21 - 28.

²⁶⁷ “İhmal; bir dış gözlemcinin yargısına göre, süjenin, herhangi türden bir norm dolayısıyla kendinden beklenenden farklı olumlu veya olumsuz iradi davranışdır”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 157.

Buradaki yaklaşıma göre ihmal, olumlu ya da olumsuz bir davranış olabilir. Kanaatimizce buradaki ihmal kavramı, suç tipinin fiil unsuruna işaret eden davranışa, fiile değil; daha geniş anlamda bir hukuki sorumluluk türüne işaret etmektedir. Bu mantığa göre “öldürme!” emrine aykırı davranarak bir başkasını öldüren kişi de kasten öldürme normu bakımından ihmal göstermiş kabul edilmelidir. Açıklayacağımız gerekçelerle biz ihmale bu şekilde geniş bir anlam yüklenmesinin ceza hukukunun temel işlev ve amaçlarıyla bağdaşmayacağını düşünmekteyiz.

²⁶⁸ Reinhart Maurach ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, Heidelberg: 1992, 8. Auflage, kn. 6, s. 191.

müştereklik söz konusu değildir²⁶⁹. Söz konusu iki davranış arasındaki müştereklik varlıksal alanda değil, yalnızca normatif alanda tezahür etmektedir²⁷⁰. Bir başka ifadeyle, icrai ve ihmali davranışın müşterekliği, ancak davranış normlarından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla bir haksızlık oluşturma noktasında tespit edilebilir²⁷¹. Bu yaklaşıma göre; “*yapmama*” yani “*hareketsiz kalmanın*” ihmal sayılabilmesi, ancak olumlu bir hareket emri ihtiva eden norm ile çatışması halinde mümkündür²⁷².

İhmalin normatif olduğunu kabul eden görüşler; ihmali açıklarken hangi norma itibar edileceği hususunda ise kendi arasında ayrışmaktadır. Bu farklı yaklaşımlardan ön plana çıkanlar şunlardır: İhmali, “*beklenen hareketin yapılmaması*” olarak açıklayan görüş; ihmali, “*hukuken yapılması gereken hareketin yapılmaması*” olarak açıklayan görüş ve ihmali, “*gereken hareketin yapılmaması*” olarak açıklayan görüş.

2.4.1.1. İhmali, “beklenen hareketin yapılmaması” olarak açıklayan görüş

Mezger tarafından temellendirilen bu yaklaşıma göre ihmal, ancak normatif bir değerlendirme yapılmak suretiyle tespit edilebilir²⁷³. Failden “*beklenen hareket*” ile “*normun emrettiği hareket*” birbirinden farklı kavramlardır. Emredilen hareket her zaman beklenen harekettir ancak her beklenen hareket emredilmemiştir. Ceza hukuku da, beklenen fakat emredilmeyen hareketle ilgilenmez²⁷⁴. Bu yaklaşımı benimseyenlere göre²⁷⁵, ihmal mutlaka normatif bir değerlendirmeyi gerekli kılmaktadır ve zorunlu iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlar; hareketin beklenebilir ve mümkün olmasıdır²⁷⁶. Ancak bu yaklaşım, kullandığı kavramlar nedeniyle meseleyi daha da karmaşıktırmakla eleştirilmektedir²⁷⁷.

²⁶⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231.

²⁷⁰ Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, Berlin: 1941, 2. Erweiterte Auflage, s. 47.

²⁷¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231 - 232.

²⁷² Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 158.

²⁷³ Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 35.

²⁷⁴ Mezger, beklenen hareketin üç durumda emredildiğini ifade etmektedir. Bunlar: “*Kanun ya da kanuna eşdeğer hukuk kuralı*”, “*özel yükümlülük taahhüdü (sözleşme)*” ve “*önceki tehlikeli hareket*”tir. Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, Berlin: 1943, 3. Auflage, s. 58.

²⁷⁵ “*İhmal insandan beklenen hareketi yapmamaktır. Hukuk normunun yapılmasını istediği fakat fail tarafından yapılmayan harekettir*”. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 1998, s. 207.

²⁷⁶ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 35.

²⁷⁷ Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 25.

2.4.1.2. İhmali, “hukuken yapılması gereken hareketin yapılmaması” olarak açıklayan görüş

Bu görüşün esası da ihmalin ancak normatif bir değerlendirme neticesinde belirlenebileceğine dayanmaktadır. Bu görüşün yukarıdaki yaklaşımdan farkı ise, ihmali davranışın beklenebilirliğinin hukuk dışı normlar tarafından değil mutlaka hukuki bir norm tarafından emredilmesi gerektiğidir²⁷⁸.

Bu görüş taraftarlarına göre ihmalin iki temel unsuru vardır: “*Yapılmayan hareketin mümkün olması*” ve “*hareketin yapılmasına ilişkin hukuki bir yükümlülüğün bulunması*”²⁷⁹. Bu yaklaşımı savunanlara göre; hareketin yapılmasına yönelik hukuki yükümlülük, ceza veya amme hukuku ya da özel hukuk normundan kaynaklanabileceği gibi hâkim kararı, yetkili bir makamın emri²⁸⁰ ya da sözleşmeden de kaynaklanabilir²⁸¹.

2.4.1.3. İhmali, “gerekten hareketin yapılmaması” olarak açıklayan görüş

İtalyan doktrinde **Grispigni**, **La Porta** ve **Bettiol** gibi yazarlar tarafından savunulan bu görüşe göre; mahiyeti itibariyle objektif olarak tespit edilebilecek ihmal diye bir davranış tarzı söz konusu olmadığından, ihmal ancak normatif bir değerlendirmeyle tespit edilebilir²⁸². Dolayısıyla ihmal, ancak üçüncü bir kişi tarafından normatif bir değerlendirme yapmak suretiyle tespit edilebilecek niteliktedir. Bununla beraber, ihmal tespit edilirken kullanılacak norm hukuki olabileceği gibi, ahlaki, dini, etik veya sosyal yaşamdan kaynaklı da olabilir²⁸³.

Bu görüş taraftarlarından **Bettiol**, söz konusu yaklaşımı şu örnekle açıklamaktadır: Bir parkta bankın üzerinde oturarak güneşlenen bir kimsenin davranışlarını tabiatçı manada ihmal olarak nitelendirmek mümkün değildir. Fakat bu kişi bir öğrenci ise dersine gitmemesi veya başka bir yükümlülüğü varsa o yükümlülüğünü yerine

²⁷⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 66.

²⁷⁹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 37.

²⁸⁰ Kendisine bir mahkûmun salıverilmesine yönelik olarak resmi emir verilen cezaevi memuru da hukuki bir yükümlülük altındadır. Dolayısıyla hukuki yükümlülük doğrudan kanundan kaynaklanabileceği gibi, diğer kamusal karar ve emirlerden de kaynaklanabilir. Örnek için bkz. v. Hippel, s. 101, dn. 6.

²⁸¹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 37.

²⁸² Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 38.

²⁸³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 66 - 67.

getirmemesi hallerinde ihmal söz konusudur²⁸⁴. O halde ihmal, davranışla belli bir hareketi emreden norm arasındaki ilişki, daha doğrusu o davranışla ilgili normun aykırılık ilişkisidir. Bir başka ifadeyle ihmal; normla davranış arasında bir çatışma, bir zıtlık olduğu noktasında varılan yargıdan ibarettir²⁸⁵. Sonuç olarak ihmal normatiftir ve normların belirli bir amaca yönelmesi bakımından da gayecidir (finalisttir)²⁸⁶.

2.4.1.4. İhmali davranışın normatifliğini kabul eden görüşlerin değerlendirilmesi

İhmalin ancak normatif bir değerlendirme neticesinde belirleneceğini savunan görüşler incelendiğinde, ilk olarak dikkat çeken husus şudur: “İhmal” suçun bir maddi unsuru olarak yapmama, hareketsizlik anlamının ötesinde genel bir “suç konseptini” ifade edecek şekilde tanımlanmaktadır²⁸⁷. Bu durumun doğal bir sonucu olarak da, ihmalin ontik bir varlığının olmadığı ve ancak normatif bir değerlendirme neticesinde tespit edilebileceği kabul edilmektedir. Bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğinden bahsedebilmek için olması gereken zorunlu unsurlar: “Bir şey yapmaya yönelik hukuki yükümlülük” ve “failin olay sırasında bu yükümlülüğü yerine getirmeye yönelik maddi anlamda fırsat ve kabiliyetinin olmasıdır”²⁸⁸.

Tam bu noktada çekince koymak istediğimiz husus şudur: İcrai suçlar söz konusu olduğunda, icrai davranışa ilişkin ontiklik tartışması suçun unsurları bakımından ayrı ayrı yapılırken, ihmali suçlar söz konusu olduğunda ise toptancı bir yaklaşım sergilenmektedir. Bu şekilde toptancı bir yaklaşımda da ihmalin ontik vasfını kabul etmek elbette mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte ontiklik - normatiflik tartışması; ihmali suçun tüm unsurları göz önüne alınarak değil, sadece “fiil” üzerinde yapıldığında sonuç farklılık gösterebilir.

Kanaatimizce icrai suçlar bakımından tercih edilen metot ihmali suçlar bakımından değiştirildiğinden, varılan sonuç da otomatikman değişmektedir. Çünkü icrai suçlar da

²⁸⁴ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 39.

²⁸⁵ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 158.

²⁸⁶ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 39.

²⁸⁷ “Demek ki ihmali, yapmamak veya hareketsiz kalmak biçiminde doğacı bir gerçeklikten ibaret saymak mümkün değildir. Bunun nedeni, insanın dış dünya karşısındaki davranışının iki türünü oluşturan ve doğacı gerçekliğe sahip hareket (yapma) ve hareketsizliğin (yapmama), icrai ve ihmali suç ayırımına tekabül etmemesidir. Diğer bir deyişle hareket (yapma) icrai suçla, hareketsizlik de (yapmama) ihmali suçla eş anlamlıdır diyemeyiz”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 158.

²⁸⁸ Ashwort, s. 31.

bir bütün olarak değerlendirildiğinde, hem ontik hem de normatif unsurlara rastlamak mümkündür. Özellikle manevi unsurlar ile hukuka aykırılık unsuru söz konusu olduğunda, icrai suçlar bakımından da normatif bir değerlendirme yapmak kaçınılmazdır. Bu gerekçelerle, ontiklik - normatiflik tartışması suç kalıbının tamamı göz önüne alınarak değil, yalnızca fiil unsuru dikkate alınmak suretiyle yapılmalıdır.

İhmalin özüne ilişkin değerlendirmenin icrai suçlarda olduğu gibi salt davranış göz önüne alınarak yapılmaması; bazı teorik zorunluluklardan kaynaklanmakla birlikte, ihmal kavramının günlük dildeki anlamından da kaynaklanmaktadır²⁸⁹. İhmalin kelime anlamından kaynaklanan algıya dikkat çekmek için çalışmamızın ilk bölümünde; “*icra, ihmal, fiil, hareket ve davranış*” kavramlarını semantik açıdan özellikle inceledik. Günlük dilde “*bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiği*” söylendiğinde, ihmal bakımından normatif bir değerlendirme yapmak kaçınılmazdır. Buna karşılık ceza hukukunda “*ihmal*” dendiği zaman, tıpkı “*icrada*” olduğu gibi doğrudan suçun fiil unsuruna mı, yoksa özel hukuk alanında olduğu gibi “*genel bir sorumluluk türüne*” mi işaret edildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Kanaatimizce; bu soruya verilecek cevap, ihmali davranışın ontik mi yoksa normatif mi olduğu sorusuna verilecek cevabı doğrudan etkileyecek niteliktedir. Eğer “*ihmal*” ile murad edilen, doğrudan suçun fiil unsuru ise ihmalin normatifliği tartışılabilirken; “*ihmal*” ile murad edilen ilgili suç - sorumluluk türünün bütünü ise ihmalin normatif olduğunun kabulü kaçınılmazdır. Bir başka ifadeyle, öncelikle “*ihmal*” ile ifade edilmek istenenin, “*ihmali suç*” mu yoksa “*ihmali davranış*” mı olduğuna açıklık getirilmesi gerekir.

İhmalin normatif olduğunu savunan görüşler, aralarında birtakım farklılıklar bulunsa da, genel olarak ihmali; “*herhangi bir şeyin değil, yapılması gerekenin yapılmaması*” olarak tanımlamaktadır. Bize göre bu tanım, “*ihmali davranışın*” değil “*ihmali suçun*” tanımıdır. Aynı mantıkla hareket edildiğinde, icrai suç da “*herhangi bir şeyin icra edilmesi değil, tipik hareketin hukuka aykırı olarak icra edilmesidir*”^{290, 291}. Salt

²⁸⁹ “Terminoloji açısından değerlendirildiğinde, günlük konuşmada ihmalden ancak bir beklentinin gereğinin yerine getirilmemesi halinde konuşulduğunu görürüz”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 209.

²⁹⁰ P. George Fletcher, Rethinking Criminal Law, Oxford: 2000, s. 591.

²⁹¹ “Yapmanın, ancak, olumlu bir hareket emri gerektiren normla çatışma içinde bulunduğu takdirde hukuken önemli bir ihmal sayılacağı doğrudur. Ancak herhangi bir hareket de, tek başına, suç sayılmaz. Bir hareketin suçun objektif unsurunu oluşturması da; hareketi yasaklayan bir normun varlığına bağlıdır. Norm, icrai ve ihmali suçlar açısından ortak bir unsurdur ve objektif unsurun gerçekliğini

olarak “*icra*”, bir başka ifadeyle “*icrai davranış*” ise; tipikliğe ve hukuka aykırılığa esas teşkil eden “*fiilin*” bizatihi kendisidir. Doktrinde bu farklılığa dikkat çeken bazı yazarlar; “*geniş anlamda ihmâl*” ve “*dar anlamda ihmâl*” kavramlarını kullanmayı tercih etmektedir. Buna göre “*dar anlamda ihmâl*”; bir “*yapmamadan, hareketsiz kalmadan*” ibarettir. “*Geniş anlamda ihmâl*” ise; “*bir yükümlülük altında bulunmasına ve hareket etme olanağına sahip olmasına rağmen fail tarafından ‘beklenen hareketin’ yapılmamasıdır*”. Biz ise, anlam karmaşasını önlemek açısından ilgili suç türünü bir bütün olarak ifade etmek için “*ihmali suç(lar)*”; suç türünün yalnızca fiil unsurunu ifade etmek içinse “*ihmali davranış*” ya da “*ihmali fiil*” kavramını kullanmayı tercih edeceğiz.

İhmali davranışın normatifliğini kabul eden yaklaşımlara yönelik bir diğer teorik eleştiri de bu kabulün; suçun “*hukuka aykırılık*” unsurunu, suçun maddi bir unsuru olan fiil içerisine dâhil etmesidir²⁹². Özellikle, ihmali “*hukuken beklenen hareketin yapılmaması*” olarak açıklayan yaklaşımda bu eleştirinin haklılığı çok daha net bir biçimde görülmektedir. Her ne kadar bu görüşü savunan bazı yazarlar; beklenen hareket ile emredilen hareketin birbirinden farklı kavramlar olduğunu ifade etseler de, beklenen ve emredilen hareket kavramlarının aslında çok da farklı şeyler olmadığı görülmektedir. İhmalin normatifliğini kabul eden teoriler normu; bir taraftan ihmalin hukuka aykırılığını gösteren bir husus olarak kabul ederken, diğer taraftan da ihmalin yapısal bir unsuru olarak görmektedir²⁹³. Dolayısıyla bu yaklaşımda norm, çifte fonksiyon taşımaktadır. Üstelik “*hareketin beklenebilirliği teorisi*”ni savunanlar; beklenebilirliği açıklamakta başvurdukları normun ne olduğu hususunu açıklayamamakta, sadece (gelebilecek eleştirileri göğüslemek için) “*beklenen hareket - emredilen hareket*” ayırımına vurgu yapmakla yetinmektedirler. Ancak bu görüşü savunan pek çok yazar; “*beklenen hareket - emredilen hareket*” ayırımının suni olduğunu ve aslında pratik nedenlerle, suçun hukuka aykırılık unsurunu fiil unsuru içerisinde değerlendirdiklerini kabul etmek durumunda kalmıştır²⁹⁴.

değil de, hukuka aykırılığı ilgilendirir. Bu yönden icrai-ihmali suçlar arasında bir fark yoktur. Esasen her iki tür suç bakımından sorun, normatif hukuka aykırılık yargısına konu oluşturabilecek ontolojik gerçekliğin tespitidir”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 159.

²⁹² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 67.

²⁹³ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 159.

²⁹⁴ Söz konusu ayırımı yapan Mezger ve Von Lizst de, bu durumu kabul etmek durumunda kalmıştır. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 42.

İhmalin normatif olduğunu kabul eden yaklaşımlara getirilen bir diğer eleştiri ise, netice ve nedensellik bağına ilişkin problemleri fiil unsuru içerisinde mütalaa etmesidir. Özellikle icrai suçlar bakımından nedensellik bağının hukuki değil doğal bir fenomen olduğunu kabul eden finalist (gai) teoriyi savunan bazı yazarlar; ihmali suçlar bakımından ortaya çıkabilecek nedensellik bağı problemiyle karşılaşmamak için, ihmalin normatif olduğunu kabul etmiş görünmektedirler. Gai suç teorisini savunan pek çok yazar, gerçek anlamda gai olmaması nedeniyle ihmali davranışı icrai hareketten farklı kabul eder. Çünkü gai teoriye göre fiilin ontik karakterini oluşturan amaç ve doğal bir fenomen olarak kabul edilen nedensellik bağı ihmali suçlarda aynı yöntemle tespit edilemez²⁹⁵. Bu nedenle, neticeli ihmali suçlar söz konusu olduğunda, davranış ile meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisi kurulmadan faili sorumlu tutabilmek adına ihmalin bizzat kendisine normatiflik addedilerek problem çözülmeye çalışılmaktadır.

İhmalin normatif olduğunu savunan teoriler, ihmali gerçeklikten çıkararak üçüncü bir kişi tarafından varılan yargıya indirgemektedir. Ancak “*üzerinde yargıya varılacak şeyin ne olduğu*” sorusuna tatmin edici bir cevap verilememektedir. Bu soruya verilen; “*ihmal yargısının konusu, norma karşı olduğu için, normla çatıştığı için ihmale dönen olumlu ya da olumsuz davranıştır*” cevabı da, ihmal yargısı ile bunun konusunu birbirinden ayırmak adına tatmin edici değildir²⁹⁶. Bu nedenle, esasında ihmalin normatif olduğunu kabul eden yaklaşımlar da ihmali davranışın ontik bir vasfının, gerçekliğinin olduğunu kabul etmek durumunda kalmıştır. Bu gerçeklik, “*yapma*” ya da “*yapmama*” biçiminde tezahür eden insan davranışından ibarettir. Bu gerçeklik, yalnızca davranışın kendisi bakımından değil, zaman ve yer bakımından da mevcuttur²⁹⁷.

Sonuç olarak, ihmali davranışın niteliğinin sağlıklı bir şekilde tespit edilebilmesi için, öncelikle, “*ihmal*” ile ifade edilmek istenenin ne olduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Suç türü diğer tüm unsurlarıyla birlikte bir bütün olarak ifade edilmek istendiğinde “*ihmali suç*”, suç türünün yalnızca fiil unsuruna işaret edilmek istendiğinde ise “*ihmali davranış*” ya da “*ihmali fiil*” kavramlarını kullanmak daha

²⁹⁵ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 163.

²⁹⁶ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 159.

²⁹⁷ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 159.

isabetli görünmektedir. Böylece, “*ihmal*” sözcüğünün kelime anlamından kaynaklanan bazı yanlış anlaşımaların da önüne geçilmiş olacaktır.

Kanaatimizce de, ihmali suçlarda birtakım normatif değerlendirmeler yapmak kaçınılmazdır. Normatif değerlendirme yapma zorunluluğu; yalnızca suçun manevi ve hukuka aykırılık unsurları bakımından değil, suçun bazı maddi unsurları bakımından da geçerlidir. Ancak bu durum bizi, ihmali davranışın bizatihi kendisinin normatif nitelikte olduğu sonucuna götürmez.

İhmalin normatifliğine dair görüşler; suçun diğer (maddi, manevi ve hukuka aykırılık) unsurları bakımından değerlendirilmesi gereken hususları fiil unsuru içerisinde değerlendirerek tekrara düşmektedir. Örneğin; suçun fiil unsuru dışında değerlendirilmesi gereken nedensellik bağı, objektif isnadiyet, garantörlük gibi bazı maddi unsurları, taksir manevi unsurunu ve hukuka aykırılığı fiil (ihmal) içerisinde mütalaa ederek tekrara düşmektedir. Bu durum da; ceza hukukunda genel kabul gören, suçu unsurlarına ayırarak inceleme metoduyla bağdaşmadığı gibi, ceza sorumluluğuna esas teşkil eden fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun belirlenmesi noktasında da ciddi sorunlar yaratmaktadır. İhmali davranışın mutlaka normatif bir değerlendirme neticesinde tespit edilebileceğinin kabulü, başka teorik tartışmalara da kapı aralamaktadır. En basitinden böyle bir kabulde, özellikle taksirli ihmali suçlarda suçun maddi unsurları ile manevi unsurlarını ayırt edebilmek neredeyse imkânsız hale gelmektedir. İhmali davranışın normatif olduğunu savunan yaklaşımlar, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ihmalin hem hukuka aykırılık unsurunu, hem de suçun diğer tüm unsurlarına bir bağlama noktası teşkil etmesi gereken fiili aynı argümanlarla açıklamaya çalışmakta ve böylece tekrara düşmüş görünmektedir²⁹⁸.

2.4.2. İhmali Davranışın Ontik Olduğunu Kabul Eden Görüşler

İhmalin ontik olduğunu kabul edenler, ihmali davranışın da tıpkı icrai davranış gibi varlıksal âlemde tespit edilebilen bir niteliğe sahip olduğunu vurgulamaktadır. Bu yaklaşımlara göre, ihmali davranış da tıpkı icrai davranış gibi hukuk öncesi bir kavram olduğundan, herhangi bir normatif değerlendirme yapılmadan da tespit edilebilir. Bununla beraber bu yaklaşımı kabul edenlerin ihmalin ne olduğu sorusuna verdikleri cevaplar birbirinden farklıdır. İhmali ontik vasıfta kabul eden yaklaşımlardan

²⁹⁸ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 159.

başlıcaları şunlardır: “*Psikolojik Yaklaşım*”, “*Fizyolojik Yaklaşım*”, “*İhmali İcra İle Açıklayan Yaklaşım*”, “*İhmali Realite Olarak Kabul Eden Yaklaşım*”.

2.4.2.1. Psikolojik yaklaşım

Bu görüşün başlıca savunucuları, **Von Buri**, **Binding**, **Sigwart** ve **Haupt**’tur²⁹⁹. Bu görüş, ihmali davranışı özetle şu şekilde izah etmektedir: İnsanda, kötü şeyleri engellemeye yönelik ruhi bir enerji vardır ve kötü bir durumla karşılaşıldığında bu enerji harekete geçer. Bununla birlikte bu enerjiye mukabil diğer yöndeki enerji ise, harekete geçmeye yönelik enerjiyi engellemeye çalışır³⁰⁰. Dolayısıyla, insanın içerisinde bulunan zıt iki enerji daima bir çatışma halindedir. Bu nedenle söz konusu teori “*çatışma teorisi (interference theory)*” olarak da adlandırılmaktadır³⁰¹.

Bu yaklaşım taraftarlarından **Von Buri**, psikolojik çatışmanın sübjektif olduğunu ifade ederken; **Binding** ise bu çatışmanın objektif nitelikte olduğunu savunmaktadır³⁰². Bazı farklı tespitleri olmasına rağmen yine bu akım içerisinde mütalaa edebilecek “*spritüalistik yaklaşım*” olan **Sigwart** ise, ihmali sorumluluğu şu şekilde açıklamaktadır: “*İnsan yapmaya muktedir olduğu bir şeyi yapmadığı durumlarda meydana gelen neticeden sorumludur*”³⁰³. İnsan davranışı, daima bir gayeye yöneliktir; bu gaye, icrai harekette olduğu gibi nedensel süreci başlatmak şeklinde tezahür edebileceği gibi, başlamış bir nedensellik sürecine müdahale etmeme (ihmali) şeklinde de tezahür edebilir³⁰⁴.

2.4.2.2. Fizyolojik yaklaşım

Bu yaklaşımın en önemli savunucularının başında **Belting** ve **Mayer** gelmektedir. **Belting**’in ortaya attığı “*uyarım teorisi*”ne göre; insan vücudunda icrai hareketi yapmaya yönelik sinirleri harekete geçiren bir uyarım olduğu gibi, ihmali davranışta da sinirlerin harekete geçmesini engelleyen bir uyarım söz konusudur³⁰⁵. Sadece dış görünümüne önem verilen davranış; toplumsal ilişkilerde değişikliklere neden olan

²⁹⁹ Bkz. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 23.

³⁰⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 62.

³⁰¹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 23.

³⁰² Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 23.

³⁰³ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 24.

³⁰⁴ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 234.

³⁰⁵ Haft, s. 20.

veya bunları etkileyen bir enerji olduğundan, ihmal de içinde illi güç taşıyan harici bir davranıştır³⁰⁶. Dış dünyaya yansması bakımından ihmal, kişinin iradi bir biçimde sınırlarına ve bunlar aracılığıyla kaslarına egemen olarak belli bir hareketi önlemesidir³⁰⁷. Bu bakımdan hem icrai hem de ihmali davranışın fizyolojik bir gerçekliği, realitesi söz konusudur³⁰⁸. Yine fizyolojik yaklaşım içerisinde mütalaa edilebilecek bir diğer isim **Mayer** ise, “*dar anlamda ve geniş anlamda ihmal*” olmak üzere ikili bir ayrım yapmakta ve dar anlamdaki ihmalin ontik mahiyette olduğunu ifade etmektedir³⁰⁹.

Bu görüş; kişinin iç dünyasındaki bir faaliyetin varlıksal âlemde de olsa ihmal olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle haklı eleştirilere muhatap olmuştur³¹⁰.

2.4.2.3. İhmali icra ile açıklayan yaklaşımlar

İhmali davranışın ontik bir niteliği olduğunu ileri süren görüşlerden bir kısmı, ihmalin de tıpkı icra gibi maddi bir varlığı olduğunu ve esasında bir vücut hareketinden müteşekkil olduğunu ifade etmektedir³¹¹. Bununla beraber ihmali tanımlarken hangi vücut hareketinin esas alınacağı hususunda görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır.

İhmali davranışı icrai hareket ile açıklayan **Luden**’e göre; ihmali davranışta kendisine yüklenen şeyi yapmayan fail, her zaman bunun yerine başka bir hareket yapmaktadır³¹². Tipik neticeye sebep olan şey de, “*failin yapmadığı şey yerine yaptığı icrai hareket*” olduğundan, fail bu icrai hareketinden sorumlu olur³¹³. Kısacası, ihmalin gerçekliği kendisinden değil, failden beklenenin yerine yapılan hareketten kaynaklanmaktadır³¹⁴. **Bonucci** de görüşünü şu şekilde özetlemektedir: İhmali davranışın bizi kendisinde bir gerçeklik olmamasına rağmen, ihmali davranış sırasında gerçekleştirilen icrai harekette bir gerçeklik söz konusudur³¹⁵. “*İhmali davranışın gerçekliği, yeri ve zamanı ihmal yerine yapılan icrai hareketle aynıdır*”³¹⁶.

³⁰⁶ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 161.

³⁰⁷ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 161.

³⁰⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 62.

³⁰⁹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 25.

³¹⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 62.

³¹¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 62.

³¹² Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 25.

³¹³ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, Ankara: AÜHF Yayınları, 1975, s. 43.

³¹⁴ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 161.

³¹⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 63.

³¹⁶ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 26.

İtalyan doktrininde **Massari** ve **Delitala** tarafından savunulan ve bu kategoride değerlendirilebilecek bir diğer görüş ise: İhmalin gerçekleştiği anda her zaman bir icrai davranışın bulunduğunu kabul eder; fakat sorumluluğa esas teşkil eden icrai hareketin herhangi bir hareket değil, “*yapılması istenen davranışa zıt olan davranış olduğunun*” altını çizer³¹⁷. Bu yaklaşıma göre; aslında her emredici normla, söz konusu emirle bağdaşmayan bütün hareketler yasaklanmıştır. İhmal ile icra arasındaki fark ise, kanun yapma tekniğinden kaynaklanmaktadır. Aslında ihmali suçları formüle etmek için yasaklanan bütün hareketleri saymak, bir başka ifadeyle, aslında ihmali suç normuyla amaçlanan şeyi icrai suç olarak düzenlemek teorik olarak mümkündür. Ancak bunu yapmak pratik gerekçelerle mantıklı olmadığından, kanun koyucu, yasaklı olan sayısız hareketleri saymak yerine sadece yapılması istenen hareketi ifade etmekte ve bu davranışı yapmamayı suç olarak düzenlemektedir³¹⁸.

İhmali davranışı icrai davranışla izah edenlerin bir kısmı ise, bu yaklaşımlardan farklı olarak, ihmal ile icra arasında bir zaman farkı olduğunu kabul eder³¹⁹. Bu görüşü ortaya atan **Krug**’a göre özetle: İhmali suçun faili her zaman daha önceden icrai bir harekette bulunarak, beklenen davranışı gerçekleştiremeyecek duruma kendisini bizzat sokmaktadır³²⁰. Örneğin bir yüzme hocası öğrencisine: “*Haydi suya atla! Bir şey olursa ben seni kurtarıyorum*” demekte, ancak akabinde öğrencisini kurtarmamakta veyahut bir at arabacısı; önceden kamçılıdığı atları, yol üzerinde yatan biri olduğunu görmesine rağmen durdurmamakta ve onu ezmektedir³²¹.

İhmali davranışı hareket şeklindeki davranışla birleştirecek fiziki - tabiatçı bir temele dayandırmak amacıyla, ihmalin “*hiçbir şey yapmamak*” değil, “*yapılması gereken şey yerine yapılan hareket*” olduğunu savunan görüşlere ciddi eleştiriler yöneltmiştir³²². Çoğunluğuna bizim de katıldığımız bu eleştirilerin yerindeliği, günümüz doktrininde ihmali suçların normatif bir yapıda olduğu kabul edenlerin artmasına yol açmış

³¹⁷ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 26. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 63.

³¹⁸ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 26.

³¹⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 63.

³²⁰ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 27.

³²¹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 27. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 63.

³²² “İhmali hareketin özü, belli bir şekilde hareket etmeme, belli bir fiili yapmamadır. İhmali hareket yerine icrai hareket yapmanın ihmali hareketle ilgisi yoktur. İhmale özelliğini veren negatif tavidir”. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 207.

görülmektedir³²³. En basitinden, kendisinden beklenen hareketi yapmayan kişi o an için hiçbir şey yapmıyor olabilir³²⁴. Böyle bir durumda ihmali davranışı cezalandırmanın esasının failin uyuması olarak kabul etmek gerekecektir ki bu da mantıkla bağdaşmaz.

2.4.2.4. İhmali bir realite olarak kabul eden yaklaşımlar

İhmalin bir realite olduğunu kabul eden yazarlardan bir kısmı, ihmalin aynı zamanda somut bir varlığı olmadığını kabul ederken³²⁵; diğer bir kısmı ise, ihmalin hem realitesinin hem de somut bir varlığının olduğunu kabul ederler³²⁶.

Petrocelli'ye göre; ihmalin somut bir varlığı yoktur ancak bir gerçekliğinin olduğunu inkâr etmek de mantıken mümkün değildir³²⁷. Yine bu görüş içerisinde telakki edilebilecek diğer bir yaklaşım; realitenin sadece tabii - maddi bir durum olmadığını mantıkla da tespit edilebileceğinden yola çıkar. Dolayısıyla, her ne kadar maddi bir realitesi olmasa da ihmalin mantıksal - fikri bir realitesinin olduğunu kabul etmek gerekir³²⁸.

İhmalin hem realitesinin hem de somut bir varlığının olduğunu savunan yazarlar da vardır. Örneğin **Antolisei**'ye göre: Ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden geniş anlamda hareket, dar anlamda icrai ya da ihmali olarak tezahür edebilir ve ihmali hareket de tıpkı icrai hareket gibi failin şahsiyetinin dış dünyaya yansımalarının bir vasıtası olduğundan, ihmali ve icrai hareket arasında varlıksal âlemde bir fark bulunmamaktadır³²⁹. Bu görüşe göre; her ne kadar ihmali davranışın tespiti icrai davranışa nazaran çok daha zor olsa da, ihmali davranış da icrai davranış gibi dış dünyaya yansıyan, ontik bir mahiyettedir³³⁰.

³²³ İçel ve diğerleri, s. 70. Toroslu ve Toroslu, s. 135. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 162 v.d. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 393.

³²⁴ Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 43.

³²⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 63 - 64.

³²⁶ İhmalin de mutlaka bir gerçekliğinin olduğu ve dolayısıyla ontik bir yönü bulunduğunu kabul edenler, ihmali bir "hiç" olarak kabul eden ve "hiçten hiç çıkar" diyen normatif anlayışa şu eleştiriyi yöneltir: "Eğer ihmal bir hiç ise hiçin cezalandırılabilceğini kim idda edebilir?". Gössel, "Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt", s. 240.

³²⁷ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 28.

³²⁸ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 28. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 64.

³²⁹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 29.

³³⁰ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 29 - 30.

2.4.2.5. İhmalin ontikliğini kabul eden görüşlerin değerlendirilmesi

İhmalin ontik olduğunu savunan yaklaşımlardan “*psikolojik yaklaşıma*” göre; insan ruhu içerisindeki iyilik ve kötülük daima mücadele içerisinde. Bu görüş ihmali, insanın içindeki ruhsal çatışma ile açıklar. Ancak belirtmek gerekir ki; bu yaklaşımın ihmali açıklarken kullandığı içsel çatışma paradigması, suçun fiil unsuru bakımından değerlendirilebilecek bir husus olmadığı gibi, fiilin ontik vasfına ilişkin de değildir³³¹. Yine bu yaklaşımın savunduğu, “*ihmalin de tıpkı icra gibi ceza hukuku bakımından önem arz eden birtakım neticelere sebep olabileceği*” tespiti doğru olmakla birlikte, söz konusu tespitin ihmalin ontiklik vasfı ile doğrudan bir ilişkisi yoktur. Sonuç olarak; bu yaklaşımın günümüz ceza hukuku bakımından hem teorik hem de pratik bakımdan tutarlı olmadığı, salt felsefik olduğu ve bu nedenle çok soyut kaldığı kanaatindeyiz.

“*Fizyolojik yaklaşım*” ise; insan vücudunda icrai hareketi yapmaya yönelik sinirleri harekete geçiren bir uyarım olduğu gibi, ihmali davranışta da sinirlerin harekete geçmesini engelleyen bir uyarım olduğunu ifade etmektedir. Bu bakımdan hem icrai hem de ihmali davranışın fizyolojik bir gerçekliği olduğunu kabul etmek gerekir. Belirtmek gerekir ki; ihmali davranış söz konusu olduğunda sinirlerin harekete geçmesini engelleyici bir uyarımın insan anatomisinde olup olmadığı hususu tıp biliminin konusunu oluşturmakla beraber bu durum bilimsel olarak ispatlansa dahi, insanın iç dünyasında gerçekleşen maddi vakıalar fiile ontiklik vasfı kazandırmaz. Çünkü çalışmamızın ilk bölümünde de ifade ettiğimiz üzere; hukukta bir davranışın fiil olarak kabul edilebilmesi için “*dış dünyaya yansımış olması*” gerekir. Dolayısıyla, insanın iç dünyasında gerçekleşen hormonsal, sinirsel (uyarımsal) ya da anatomik devinimler, her ne kadar maddi vasıfta olsalar dahi, dış dünyaya yansımadıkları sürece ceza hukukunda fiil unsuru içerisinde değerlendirilemezler. Bu hususlar ancak suçun manevi unsurları ya da kusurluluk bağlamında dikkate alınabilecek niteliktedir.

Yine “*fizyolojik yaklaşım*” içerisinde mütaala edilen, “*dar anlamda ihmal*” ve “*geniş anlamda ihmal*” olmak üzere ikili ayrım yapan görüş; dar anlamdaki ihmalin ontik olduğunu kabul etmektedir. Bu bakış açısı, genel olarak isabetli görünmekle beraber, dar anlamda ihmalin neden ontik olduğu noktasındaki argümanların ikna edici olduğunu söylemek güçtür. Bununla beraber, icrai suçlar bakımından yapılmayan “*dar*

³³¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 64 - 65.

anlamda - geniş anlamda” ayrımının neden ihmali suçlar açısından yapıldığına da cevap verilmesi gerekir.

“İhmali davranışı icrai hareket ile açıklayan görüşler” de, haklı eleştirilere muhatap olmaktadır. Örneğin; “ihmali davranışta, kendisine yüklenen şeyi yapmayan failin bunun yerine başka bir hareket yaptığı iddiası”, iki temel eleştiri ile karşılaşmaktadır: Birincisi, yükümlü olduğu şeyi yapmayan fail her zaman başka bir hareket yapmak zorunda değildir³³². Kişi kendisinden beklenen hareketi yapmadığı esnada hareketsizce duruyor, oturuyor veya uyuyor olabilir³³³. İkincisi, fail kendisinden beklenen şeyi yapmadığı sırada başka bir hareket yapıyor olsa dahi, ihmal ettiği şey yerine yaptığı bu hareket ceza hukuku bakımından önem taşıyor olabilir³³⁴. Örneğin, acil servise gelen hastasına bakmayan hekim; o sırada yemek yiyor, çay içiyor veya arkadaşlarıyla konuşuyor olabilir. Böyle bir olayda hekimin ceza hukuku sorumluluğu; yemek yediği, çay içtiği veya arkadaşıyla sohbet ettiğinden değil, “hastaya müdahale etmediğinden” kaynaklanmaktadır.

Benzer şekilde, aç bırakarak bebeğinin ölümüne neden olan anne, söz gelimi o sırada televizyon seyrediyor olabilir. Bu olayda da, anneyi televizyon izlediğinden dolayı sorumlu tutmayız. Aksi halde, “*çocuğun ölüm nedeni, annesinin televizyon izlemesidir*” gibi bir sebep sonuç ilişkisi kurmuş oluruz ki böyle bir kabulün de mantıkla bağdaşmadığı izahtan varestedir. Bu olayda annenin ceza hukuku sorumluluğu televizyon izlemesinden değil, çocuğunu beslememesinden kaynaklanmaktadır.

“İhmali davranışı icrai hareket ile açıklayan” bir başka yaklaşım ise, her emredici normla aslında söz konusu emirle bağdaşmayan bütün hareketlerin yasaklandığını iddia etmektedir. Bu yaklaşıma göre ihmal ile icra arasındaki fark, kanun yapma tekniğinden kaynaklanmaktadır. Aslında ihmali suç normuyla amaçlanan şeyi, icrai suç düzenlemeleriyle yapmak da teorik olarak mümkündür. Ancak pratik gerekçelerle bunu yapmak makul değildir. Bu nedenle kanun koyucu, yasaklı olan sayısız hareketi

³³² Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 162 - 163. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 64.

³³³ “Çünkü, yapması gerekeni yapmayan kimsenin hareketsizliği seçmiş olması da mümkündür”. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 43.

³³⁴ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 163. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 43.

saymak yerine sadece yapılması istenen hareketi ifade ederek suç tipi haline getirir³³⁵. Bu yaklaşım ilk bakışta makul görünmekte ise de, etraflıca düşünüldüğünde içerisinde birtakım çıkmazları barındırdığı anlaşılmaktadır. Örneğin, hastaya müdahale etmeyen acil servis hekimi o sırada telefonla konuşmaktadır. Bu yaklaşıma göre; hekimin telefonla konuşması emir normu ile yasaklanmıştır ve ihmali davranışın temelini oluşturan icrai davranıştır. Bununla beraber hekim, bir taraftan telefonla konuşurken diğer taraftan da gereken müdahaleyi yaparak hastayı sağlığına kavuşturmuş olabilir. Yani telefonla konuşmak, hukuken yasaklanmış bir fiil olarak telakki edilemez. Böyle bir durumda, hukuk düzeni hekime telefonla konuşmamasını değil, hastaya gereken müdahaleyi yapmasını emretmektedir. Sadece saf ihmali suçlarda değil neticeli (görünüşte) ihmali suçlarda da sorumluluğun esasını, “*yapılmayan davranış*” oluşturmaktadır. Bu davranış yerine yapılan hareketin ne olduğu kural olarak önemsizdir. Beklenen davranış yerine yapılan hareket hukuka uygun olabileceği gibi, hukuka aykırı da olabilir. Ancak yapılan hukuka aykırı ya da hukuka uygun hareketin tipik netice ile bir bağlantısı yoksa ihmali suç tipi bakımından bir ehemmiyeti de yoktur.

“*İhmali davranışı icrai hareket ile açıklayanlardan*” bir kısmı ise, bu yaklaşımlardan farklı olarak “*ihmal ile icra arasında bir zaman farkı olduğunu*” vurgulamaktadır. Bu görüşü savunanlara göre özetle: “*İhmali suçun faili, her zaman daha önceden gerçekleştirdiği icrai bir hareketle kendisini beklenen davranışı gerçekleştiremeyecek duruma sokmaktadır*”³³⁶. Kanaatimizce bu görüşe iştirak etmek de mümkün değildir. Çünkü bu görüş; ihmali davranışın failini tipik neticeden sorumlu tutmaya yarayan “*garantörlüğün - teminat yükümlülüğünün*” kaynaklarından yalnızca biri olan “*öngelen tehlikeli hareketi (davranışı)*” tanımlamaktan başka bir şey yapmamaktadır. “*Öngelen tehlikeli davranış*” da; ihmali suçun fiil unsuruyla doğrudan ilgili olmadığı gibi, modern ceza hukuku anlayışlarında failin ihmali davranışından sorumlu olmasını sağlayan tek garantörlük kaynağı da öngelen tehlikeli davranış değildir. Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere “*garantörlüğün tespiti*” normatif bir değerlendirme yapmayı zorunlu kılmakla birlikte, suçun fiil unsuru içerisinde değerlendirilecek bir husus değildir.

³³⁵ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 26.

³³⁶ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 27.

“İhmali bir realite olarak kabul eden görüşler” ise, ihmalin somut bir varlığı olmasa da bir gerçekliğinin olduğu kanaatinde³³⁷. Bu yaklaşıma göre, realite sadece tabii olarak değil mantıki - fikri olarak da tezahür edebilir. Dolayısıyla ihmalin her ne kadar maddi bir realitesi olmasa da, mantıki - fikri realitesinin olduğu da inkâr edilemez³³⁸. Bu yaklaşım da kendi içerisinde bazı çelişkiler barındırmaktadır. Şöyle ki, eğer ihmalin realitesini açıklamakta kullanılan mantık - fikir değerlendirmesi salt bir yargıdan ibaretse, *“normatif”* bir değerlendirme yapılmış olmaktadır. Bu durumda da *“ihmali normatif kabul eden görüşlere”* yönelen tüm eleştiriler bu yaklaşım için de geçerli olacaktır. Bir başka ifadeyle böyle bir yaklaşım aslında ihmali davranışın ontik vasfını değil normatif vasfını ön plana çıkarmaktadır. Yok eğer ihmalin realitesinin mantıki - fikri olarak tespit edilmesi; varlık âleminde gerçekleştirilen somut bir tespit ise, ihmalin bizzat kendi realitesinin de varlığı gerekir. Kanaatimizce bu görüşün çıkış noktası; *“ihmali suçlarda meydana gelen netice ontik kabul edilmesine rağmen, fiilin ontik olmadığı”* yönündeki yaklaşımdır. Dolayısıyla bu yaklaşım, aslında ihmali davranışın bizzat kendisinin ontik bir vasfının olmadığını kabul etmekte beraber meydana gelen neticenin dış dünyada tezahür etmesinden dolayı ontik vasfını kabul ederek *“orta yolu”* bulmaya çalışmaktadır.

2.4.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Ceza sorumluluğuna esas teşkil eden fiil; insanın yönlendirici iradesinin bir ürünüdür ve ya *“aktif olarak bir şey yapma”* ya da *“pasif olarak bir şey yapmama”* şeklinde dış dünyaya yansımaktadır. Açlıktan ölmek üzere olan bir kimseye *“yemek veren”* kişinin davranışının herhangi bir normatif değerlendirmeye gerek duyulmadan, dışarıdan gözlemlenebilen *“ontik”* bir vasıfta olduğu tartışmadan varestedir. Buna karşılık, aç olan bir kimseye *“yemek vermeyen”* kişinin davranışı, bir başka ifadeyle, *“yemek vermemesi”* de dışarıdan gözlemlenip tespit edilebilecek nitelikte bir gerçeklik olduğundan, ihmali davranışın da ontik vasıfta olduğunun kabulü gerekir³³⁹.

Kanaatimizce örnek olaydaki ihmali davranış, *“yemek vermeme”*dir. Bunun haricinde, yemek verilmeyen kişinin kim olduğu, hangi durumda olduğu, failin neticeyi

³³⁷ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 28.

³³⁸ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 28.

³³⁹ İhmali davranışın da bir realitesinin olduğunu kabul etmekle beraber, davranışı emreden bir normun olmaması durumunda ihmali davranıştan bahsedilemeyeceğini savunanlar da vardır. Alacakaptan, Suçun Unsurları, s. 44.

engelleme noktasında herhangi bir yükümlülük altında olup olmadığı ise fiil unsuru dışında mütalaa edilmesi gereken hususlardır. “*Failin yemek verme yükümlülüğü altında olup olmaması*” veya “*yemek verilmeyen kişinin açlıktan ölmek üzere olması*” gibi hususlar, fiil unsuru dışında ayrıca değerlendirilecektir. Aksinin kabulü; ihmali suçlar bakımından çözümü oldukça zor, hatta imkânsız birtakım teorik problemlere neden olmakla beraber, icra - ihmal ayrımı yapabilmeyi de oldukça güçleştirecektir.

Örnek üzerinden devam etmek gerekirse, olaydaki ihmali davranış; “*açlıktan ölmek üzere olan bir kişiye yemek verilmemesi*” veya “*açlıktan ölmekte olan bir kişiye, yemek vermekle yükümlü olan kişi tarafından yemek verilmemesi*” değil, sadece “*yemek vermeme (beslememe)*”dır. Yemek vermeme fiilinin dışında kalan “*açlıktan ölmek üzere olan bir kişi*”, “*failin yardım etme yükümlülüğü altında bulunması*” gibi hususlar, suçun fiil unsuru dışında mütalaa edilmelidir. İşaret etmeye çalıştığımız bu yaklaşım, suçun unsurlarına ayrılarak incelenmesi metodunun ihmali suçlar bakımından da uygulanması da mümkün kılmaktadır. Böylece ortaya çıkması kuvvetle muhtemel bazı teorik tartışmaların da önüne geçilmiş olacaktır.

Kanaatimizce ihmal, “*bir şeyi yapmamak*”tır. Failin “*yapmadığı şeyi (fili) yapmakla yükümlü olması*” ise ayrıca irdelenmesi gereken bir husustur (teminat yükümlülüğü – garantörlük). Nasıl ki icrai suçlarda fiilin tipik olup olmadığı, bilahare ilgili suç normuna bakılmak suretiyle tespit ediliyorsa; ihmali suçlarda da benzer şekilde hareket edilmesi gerekir. Kaldı ki, bir kimsenin “*bir şey yapmakla yükümlü olması*” ihmali suçlarda “*garantörlük*” başlığı altında zaten ayrıca incelenmektedir. İhmali davranış; “*bir şey yapmama değil, yapılması gerekeni yapmama*” şeklinde normatif olarak açıklayan görüşlerin de hemen hepsi “*garantörlüğü*” (“*bir şey yapma yükümlülüğü altında bulunmayı*”) ihmali suçun ayrı bir maddi unsuru olarak ele almaktadır. Bir başka ifadeyle, en başta ihmali davranışın bir vasfı olarak kabul edilen bu normatif husus; daha sonra, suçun bir başka maddi unsuru olarak yeniden ele alınarak tekrara düşülmektedir.

Kabul etmek gerekir ki, ihmali suçlar birçok yönü itibariyle icrai suçlardan ayrılmaktadır. Bu nedenle, ihmali suçlar söz konusu olduğunda, icrai suçlara nazaran birtakım farklı değerlendirmelerin yapılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle icrai suçlar bakımından çoğu zaman yapılması gerekmeyen birtakım normatif değerlendirmeler, ihmali suçlar söz konusu olduğunda yapılmak

zorundadır. Örneğin, neticeli icrai suçlar bakımından doğal bir fenomen olarak ortaya çıkan nedensellik bağının ihmali suçlar bakımından tespiti başlı başına bir problem oluşturmaktadır³⁴⁰. Benzer şekilde, icrai suçlarda suçun “fail” unsurunu belirlemek için kural olarak normatif bir değerlendirme yapmak gerekli değilse de; özellikle neticeli ihmali suçlarda davranışı gerçekleştiren kişinin fail olup olamayacağını belirleyebilmek için normatif bir değerlendirme yapılacaktır (garantörlük müessesesi). Ancak ihmali suçların bazı maddi unsurları bakımından yapılması gereken bu tip normatif değerlendirmeler, en azından ihmali suçun temelini teşkil eden “yapmama” şeklindeki davranışın tespiti noktasında zorunlu değildir.

İhmalin normatif olduğunu savunan görüşlerin bu sonuca varması, bazı teorik ve pratik nedenlere dayanmaktadır. Bu nedenlerden birincisi: “İhmal” sözcüğünün günlük dildeki kullanımından yola çıkılmak suretiyle sadece suçun fiil unsuruna karşılık gelecek şekilde değil, tıpkı özel hukukta olduğu gibi, sorumluluk türünün bütününe ifade edecek şekilde kullanılmasıdır. İhmalin normatif olduğunu savunanlara göre, hiçbir şey yapmayan kimsenin bir şeyi ihmal ettiğinden bahsedemeyiz. Bir kimsenin bir şeyi ihmal ettiğini söyleyebilmek için, mutlaka bir norma ihtiyaç vardır. Herhangi bir norma başvurmada, hiçbir şey yapmayan kimsenin bir şeyi ihmal ettiğini söylemek mümkün değildir³⁴¹. Örneğin, parkta öylece oturan kimsenin bir şeyi ihmal ettiğinden bahsedemeyiz. Kanaatimizce burada ortaya çıkan problem, “ihmal” kelimesinin günlük dildeki anlamından kaynaklanmaktadır. Bu noktada şu sorunun cevabının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir: Ceza hukuku bakımından ihmal, günlük dilde kullanılan “bir şeyin ihmal edilmesi” ile aynı anlama mı gelmektedir? Günlük dilde, “bir şeyin ihmal edilmesi” ifadesinden murad; çoğu zaman, beklenen bir davranışın gerçekleştirilmemesidir. Bu farklılığa işaret eden doktrindeki bazı görüşler; ihmalin bir üst kavram olarak kullanılmasını, suçun fiil unsuru ifade edilmek istendiğinde ise “durgu”, “yapmama” kavramlarının tercih edilmesini

³⁴⁰ Özellikle “Görünüşte - Neticeli İhmali Suçlar” bakımından ortaya çıkan nedensellik bağı problemi, görünüşte ihmali suçlar başlığı altında, ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

³⁴¹ “...Gerçekten de ihmal hiçbir şey yapmamak değil de, belli bir hususu yapmamak olduğuna göre, yapılması gereken hareketi göz önünde bulundurarak ihmali açıklamak gerekir. Yoksa sigara kullanmayan bir kimsenin sigara içmeyi ihmal ettiğini söylemek mümkün olur ki, o zaman sosyal yaşamda yapılmayan her şeyin ihmal edildiğini söylemek durumuyla karşı karşıya kalırız. Halbuki hukuksal açıdan bizi ilgilendiren husus, hukuk normlarının talep etmiş olduğu hareketin yapılmamasıdır”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 67.

önermektedir³⁴². Biz, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemek adına, suçun fiil unsurunu ifade etmek için “*ihmali davranış*”, suçun tamamını ifade etmek içinse “*ihmali suç*” kavramlarını kullanmayı tercih etmekteyiz.

İhmalin normatifliğine götüren ikinci sebep ise, aslında suçun diğer maddi unsurları içerisinde değerlendirilmesi gereken “*garantörlük – teminat yükümlülüğü*”³⁴³ müessesesinin, suçun fiil unsuru içerisinde değerlendirilmesidir³⁴⁴. Hâlbuki garantörlük, yani kişinin “*tipik neticeyi engellemeye yönelik yükümlülük altında bulunması – teminat yükümlülüğü*”, suçun fiil unsuru içerisinde mütalaa edilebilecek bir husus değildir. Örneğin, boğulmakta olan çocuğu Ç’ye yardım etmeyen baba B’nin davranışı ile olay mahallinden öylesine geçmekte olan ve Ç’ye yardım etmeyen yabancı Y’nin davranışı, varlık âleminde birbirinden farklı değildir. Her iki fail de boğulmakta olan Ç’ye müdahale etmemiş ve dış dünyaya yansıyan aynı (ihmali) davranışı gerçekleştirmiştir. Elbette iki failin ceza hukuku sorumluluğu birbirinden farklı olacaktır. Baba B, ihmali davranışla “*kasten öldürmeden*” sorumlu tutulacakken; yabancı Y ise sadece “*yardım etmemeden*” sorumlu olacaktır. Olaydaki

³⁴² Antolisei’ye göre; ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden geniş anlamda hareket; dar anlamda icrai ya da ihmali olarak tezahür edebilir. Ve ihmali hareket de tıpkı icrai hareket gibi failin şahsiyetinin dış dünyaya yansımalarının bir vasıtası olduğundan, ihmali davranışla icrai hareket arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu görüşe göre; her ne kadar ihmali davranışın tespiti icrai davranışa nazaran çok daha zor olsa da, ihmali davranış da icrai davranış gibi dış dünyaya yansıyan, ontik bir vafsa sahiptir. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 29 - 30.

İcrai suçlar gibi ihmalde de harici bir tezahür tespit edilmeden cezalandırma yoluna gidilemez. Vehbi Bey, s. 274.

Bu yaklaşım bizim görüşümüzle aynı sonuca ulaşmasına rağmen, gerekçelerimiz farklılık arz etmektedir. Şöyle ki, bu görüşü savunanlara göre ceza sorumluluğuna esas teşkil eden fiil; davranış, netice ve nedensellik bağından meydana gelmektedir. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre “*neticesiz suç olmaz*”. Görünüşte ihmali suçlar bakımından dış dünyaya yansıyan gerçek bir netice olduğuna göre, bu neticeyi meydana getiren davranışın realitesinin olduğunun da kabulü gerekir. Biz ise her suçta mutlaka bir fiil bulunduğunu bir başka ifadeyle fiil unsuru olmayan suçtan bahsedilemeyeceğini düşünmekteyiz. Ancak netice ve nedensellik bağı, suçun fiil unsuru dışında değerlendirilmesi gereken ayrı maddi unsurlardır ve her suçta bulunmak zorunda değildir. “*Sırf hareket suçları*” olarak ifade edilen ve tipik fiilin yapılmasıyla birlikte tamamlanan suçların varlığı günümüz ceza hukuku doktrininde ekseriyetle kabul edilmektedir. Yine çalışmamızın konusunu oluşturan “*saf - neticesiz ihmali suçlarda*” da, tipik fiilin yapılmamasıyla birlikte suç tamamlanır. Örnek suç türlerinde, fiil dışında ayrıca gerçekleşmesi gereken bir netice aranmadığından nedensellik tartışması da yapılmayacaktır.

³⁴³ “*Garantörlük - teminat yükümlülüğü*” müessesine çalışmamızın ilerleyen kısmında ayrıntılı olarak yer vereceğimiz için, bu kurumun hangi unsur altında incelenmesi gerektiğine ve teknik ayrıntılarına şu aşamada girmiyoruz. Garantörlük müessesesi doktrinde; ayrı bir maddi unsur olarak ya da fail unsuru altında incelendiği gibi, fiil veya hukuka aykırılık içerisinde de mütalaa edilmektedir.

³⁴⁴ İhmali davranışın; garantörlük, hareket imkânı ve nedensellik bağından oluştuğunu ifade edilmektedir. Bu kabulde birbirinden farklı maddi unsurlar fiil içerisinde değerlendirilmiş ve nihayetinde ihmalin normatif olduğu sonucuna varılmış olacaktır. Bkz. Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 40.

ihtimallerin haksızlık içeriklerinin farklı olması ve faillerin farklı ceza normları uyarınca cezalandırılacak olmaları, iki fiilin öz itibarıyla farklı olmasından değil, faillerin bulundukları hukuki statüden kaynaklanmaktadır³⁴⁵. Maddi âlemde baba B ve yabancı Y'nin yapmadıkları şey, yani ihmali davranışları aynıdır ve her ikisinin de davranışı dışarıdan gözlemlenebilen, duyularla tespit edilebilen niteliktedir. Bu nedenle ihmali davranışın özünün ontik olduğunun kabulü gerekir.

İhmalin normatifliğine yönelik tespitlerin bir diğer nedeni de, manevi unsur içerisinde değerlendirilmesi gereken bazı meselelerin fiil unsuru içerisinde mütalaa edilmesidir. Her ne kadar bazı yazarlar; suçun diğer unsurları içerisinde incelenmesi gereken bu hususları pratik nedenlerle öne çekerek fiil unsuru içine dâhil ettiklerini ifade etseler de, kanaatimizce bu yaklaşım salt pratik gerekçelerle açıklanamaz. Bu yaklaşım aynı zamanda, sonradan ortaya çıkabilecek bazı teorik problemlere set çekmeye de yöneliktir. Ancak bu ön kabul, çözümü daha güç olan başka problemleri beraberinde getirmektedir. Bu yaklaşımın kabul edilmesi halinde, özellikle taksirli - ihmali suçlar bakımından ciddi problemler ortaya çıkmaktadır. Çünkü bu durumda, ihmali davranışın bizzat kendisini tespit etmeye yarayan normla, suçun manevi unsuru olan taksiri belirlemek için kullanılan norm çoğu zaman çakışmaktadır. Dolayısıyla taksirli - ihmali suçlarda, suçun maddi unsuru olan fiil ile manevi unsuru olan taksir iç içe geçmektedir. Bu iç içe geçme durumu da, çözümü zor bazı teorik tartışmalara kapı aralamakla beraber suçun unsurlarına ayrılarak incelenmesini de zorlaştırmaktadır.

³⁴⁵ “Ancak, herkesi davranış normlarının muhatabı olarak kabul etmekle beraber, bazı davranış normlarında, belli vasıfları haiz kişiler (=intraneus) asli muhatab olarak belirlenmişlerdir. Buna göre, gerçeği, doğruyu söyleme yükümlülüğü, ancak bir vakıa hakkında beş duyusuyla bilgi sahibi olan ve bir hukuki ihtilaflın hali dolayısıyla şahitlik yapan kişinin asli muhtap olduğu bir yükümlülüktür. Keza, velayet görevi veya kamu görevi gibi bir görevin gereklerine göre hareket edilmesi gerektiği hususundaki yükümlülük, ancak bu görevlerin kendilerine tahmil edildiği kişilerin asli muhatab olduğu yükümlülüktür. Aynı şekilde, mesala vergi vermek gibi mali yükümlülükler, ancak belli bir miktar malvarlığına sahip kişinin asli muhatab olduğu yükümlülüklerdir.

Her ne kadar bu özel yükümlülüklerin kaynağını teşkil eden davranış normlarının asli muhatabı belli vasıfları haiz kişiler iseler de; bu normların ihtiva ettiği emir veya yasaklara riayet edilmesi, toplumdaki hukuk güvenliğinin temini açısından, herkesi alakadar eden bir husustur. Dolayısıyla, toplumdaki hukuk güvenliğinin temini açısından, herkesi alakadar eden bir husustur. Dolayısıyla, bu özel yükümlülüklerin yerine getirilmesi açısından harici kişilerin (=extarneus) tamamen ilgisiz oldukları söylenemez. Harici kişiler özel faillik vasfını haiz olmasalar bile, yine de ilgili davranış normunun tali muhatabıdır. Yani, harici kişiler, en azından özel faillik vasfını haiz kişinin bu özel yükümlülüğüne aykırı davranışına katkıda bulunmama yükümlülüğü altındadır”. İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan, c. 5, sa. 1 - 2, y. 1996, s. 447, dn. 25.

Hâlbuki ihmalî suçlar söz konusu olduğunda da, suçun unsurlara ayrılarak incelenmesi metodundan ayrılmayı gerektirecek esaslı bir gerekçe söz konusu değildir.

Kabul etmek gerekir ki, çoğu somut olayda taksir ve ihmal birbirine oldukça benzemektedir. Hatta doktrinde, taksirli - ihmalî suçlarda ihmal ile taksirin hemen hemen aynı şeye tekabül ettiği ve bunları birbirinden ayırmanın mümkün olmadığı dahi ifade edilmiştir³⁴⁶. Bu yaklaşım özel hukukta da karşılık bulmuş görünmektedir. Özel hukuktaki ihmal kavramı, genellikle davranışın bir gerçekleştirilme şeklinden ziyade haksızlığın bir işleniş biçimi olan ceza hukukundaki “*taksir*” karşılık gelecek biçimde kullanılmaktadır³⁴⁷. Bu yaklaşımın temelinde; özel hukuk bağlamında gerçekleştirilen haksız fiilin manevî unsuru olarak “*kast*” ve “*ihmalin*” kabul edilmesi yatmaktadır. Bir başka ifadeyle ceza hukuku bağlamında istisnai bir sorumluluk türü olan “*taksir*”, özel hukuk bağlamında “*ihmal*” olarak ifade edilmektedir³⁴⁸. Bu durumun karışıklığa neden olacağı, dolayısıyla menfî davranışı ifade etmek için “*ihmal*” yerine “*olumsuz davranış*” veya “*yapmama*” kavramlarının kullanılması önerilmiştir³⁴⁹. İhmal ile ceza hukukundaki taksir kavramını aynı gören ve özel hukukçuların kahir ekseriyetle kabul ettiği bu yaklaşımı, ceza hukuku bakımından kabul etmek ise mümkün değildir. Çünkü modern ceza hukuku teorilerinde; suçun manevî unsuru denildiğinde kural olarak “*kast*”, istisnai durumlarda ise “*taksir*” anlaşılmaktadır. İcra ve ihmal ise, ceza hukuku sorumluluğuna temel teşkil eden “*fiilin*” bir gerçekleştirilme biçimi, dış dünyaya yansıma şeklidir. Dolayısıyla ihmalî davranış kasten gerçekleştirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir. Sonuç olarak, ceza hukuku bakımından “*ihmal*” yalnızca bir “*yapmamaya*” karşılık gelmektedir. Bu bakımdan ihmal kavramı ceza hukukunda genellikle suçun manevî unsurları altında değil, maddî unsurları kısmında, fiilin bir görünüş biçimi olarak incelenmektedir. Bununla beraber Yargıtay Ceza Dairelerinin bazı kararlarında da

³⁴⁶ Sınırlandırma sorunu özellikle taksirli suçlar bağlamında öne çıkmaktadır. Bu durum da çok şaşırtıcı değildir. Çünkü her taksirli suç bir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık içermektedir ve bu durum da çoğu zaman zaten ihmalî karakterize etmektedir. Rudolf Rengier, Grundrisse des Rechts - Strafrecht Allgemeiner Teil, München: 2013, 5. neu bearbeitete Auflage, kn. 13, s. 459.

³⁴⁷ Bu yaklaşıma göre ihmal: “*Hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı özenin gösterilmemesi; başka bir deyişle ihmal; zararlı sonucun doğmasını önlemek için hukuk düzeninin yüklemiş olduğu ödevi aykırı hareket etmek, gerekli önlemleri almamaktır*”. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 576. Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 172.

³⁴⁸ Reisoğlu, s. 147.

³⁴⁹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 518.

ihmal kavramı taksire karşılık gelecek şekilde kullanılmaktadır³⁵⁰. Bu bakımdan ceza hukuku uygulamasının da özel hukuktaki bu kabulden etkilendiği görülmektedir.

Şahsen katılmadığımız bu görüş, ihmali davranışı normatif olarak tespit eden yaklaşımlar tarafından varılan bir sonuçtur. Çünkü suçun manevi unsuru olan taksir tespit edilirken, zaten normatif bir değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla ihmali davranışın bizatihi kendisini belirlerken normatif bir değerlendirme yapmak, daha sonra benzer bir değerlendirmenin taksir konusunda da yapılmasını gerektirdiğinden bu iki kavramın birbiriyle çakışmasıyla sonuçlanmaktadır.

İhmalin normatifliğinin kabulüne yol açan bir başka neden ise, özellikle görünüşte - neticeli ihmali suçlarda fiil ile netice arasında kurulacak nedensellik bağına açıklama çabalarıdır. Görünüşte ihmali suçları saf ihmali suçlardan ayıran en önemli husus; görünüşte ihmali suçlarda da tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ceza hukuku bakımından önem arz eden bir neticenin gerçekleşmesidir. Ancak, neticeli icrai suçlar bakımından doğal bir fenomen olarak ortaya çıkan nedensellik bağı, görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda aynı şekilde tespit edilememektedir. Hatta bu nedenle Gai (Finalist) Hareket Teorisi; görünüşte ihmali suçlar bakımından ortaya çıkan nedensellik bağı problemine çözüm bulmak amacıyla, “*varsayımsal nedensellik teorisi*” adıyla konuya ilişkin görüşünü revize etmek zorunda kalmıştır.

Normatif bir ihmal tanımı yapılmasına yol açan diğer bir husus da, suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken bazı konuların fiil unsuru içerisinde değerlendirilmesidir. İhmali; “*herhangi bir şeyin yapılmaması*” olarak değil, “*yapılması emredilen ya da hukuken yapılması gereken şeyin yapılmaması*” olarak kabul eden yaklaşımlarda³⁵¹ bu durum daha net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Suçun hukuka aykırılık unsurunun tespiti, normatif bir değerlendirmeyi zorunlu kılar. Bu nedenle de, suçun hukuka aykırılık unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken “*normatif hususların*” fiil içerisine aktarılması suçun fiil unsurunu da normatif bir yapıya dönüştürmektedir.

³⁵⁰ “...Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa yargılamanın yenilenmesinin istenebileceği belirtilmesi karşısında...”, **Yargıtay 3. C.D. E. 2015/1755, K. 2015/23831, T. 06.07.2015.**

³⁵¹ Kienapfel ve Höpfel, bn. z9, kn. 3, s. 32; bn. z29, kn.1, s. 182.

İhmali davranışın normatif nitelikte olduğunun kabulüne neden olabilecek başka bir gerekçe de, Gai Hareket Teorisi bakımından bir davranışın fiil olarak nitelendirilebilmesi için mutlaka bir “*amaca matuf olması*” gerekliliğidir³⁵². Çalışmanın ilk bölümünde değindiğimiz ve bizimde esas aldığımız “*Gai Hareket Teorisi*”ne göre; bir davranışın fiil niteliği kazanabilmesi için, mutlaka bir amaca matuf olması gerekir. Çünkü insan fiili, her türlü değerden arındırılmış bir şekilde değil, belirli bir amaca yönelik tezahür eder. Bu yaklaşım, Gai Suç Teorisinin temelini oluşturmaktadır. Doktrinde “*Gai (Finalist) Teoriyi*” benimseyenlerin çok büyük bir kısmının ihmali normatif olarak nitelendirmesinin en önemli gerekçelerinden biri de budur. Çünkü Finalist Teoriye göre; davranışı fiil yapan en önemli vasıf, belirli bir amaca matuf olmasıdır. Buna karşılık, ihmali davranışta icrada olduğu gibi “*aktüel gailiği*” tespit etmek kolay değildir³⁵³. Kasıtlı - ihmali fiillerin belirli amaca matuf olduğu hususunda ciddi bir problemle karşılaşılmaz³⁵⁴. Fiilin belirli bir amaca yönelmesi bakımından, kasten işlenen suçlarda icrai ve ihmali davranış arasında esaslı bir fark yoktur. Davranışın gailiği noktasındaki esas tartışma, taksirli ve ihmali suçlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, taksirli fiillere ilişkin bu tartışma yalnızca ihmali davranışa özgü değildir. Gai teoriye getirilen en ciddi eleştirilerden birini oluşturan bu sorun, benzer şekilde, taksirli - icrai suçlar bakımından da geçerlidir. Buradaki esas problem, ihmali davranışın vasfından ziyade bizatihi taksirin yapısından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu problem, ihmali davranışın vasfına ilişkin olmaktan ziyade bizatihi fiilin bir gerçekleştirilme biçimi olan taksire ilişkin görülmektedir.

Açıkladığımız tüm bu gerekçeler nedeniyle biz, ihmali suçun fiil unsuru (ihmali davranış) belirlenirken herhangi bir normatif değerlendirme yapmanın gerekli olmadığı kanaatindeyiz³⁵⁵. Kanaatimizce, çocuğunu aç bırakarak öldüren annenin fiili,

³⁵² Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 243.

³⁵³ “İhmalde sadece potansiyel illi güç vardır. Diğer bir deyişle, ihmal söz konusu olduğunda kendimize, ihmal edilen hareket neticenin nedeni olabilir miydi veya yine aynı hareket, eğer icra edilse idi, sonucu önleyebilir miydi sorusunu sorarız. Bu nedenlerle, ihmal amaçlı bir kavram değildir. Fakat bu, ihmalin ontolojik yani hukuki değerlendirmeden önce mevcut bir gerçekliği bulunmadığı anlamına gelmez. İhmal yargısının temelini oluşturan gerçek veri, amaca yönelik olarak, ihmal edilen harekete egemen olabilme yeteneğidir. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 163 - 164.

³⁵⁴ “Genel olarak fiil hem icrai hem ihmali davranışı kapsamaktadır. Bunların her ikisi de amaçlı ve bilinçli davranışlardır”. Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 50.

³⁵⁵ Bu kabulümüz; Hans Welzel’in gai teori ile ortaya koyduğu, varlık âleminden soyut değer anlayışının ceza hukuku problemlerine çözüm üretemeyeceği tespitiyle de uyumludur. Bu yaklaşıma göre, varlıktan mücerret bir değerden bahsedilemez. Bir değer ancak mevcutlar ve olgularla bağlantılı olarak ortaya

yani “*beslememe*” davranışı, hiçbir normatif değerlendirme yapılmaksızın, salt duyu organlarıyla dış dünyadan algılanabilir niteliktedir. Çocuğu aç bırakan fail çocuğun annesi değil, çocukla herhangi yakınlığı olmayan bir kimse de olabilir. Bu durum, duyularla algılanan gerçeği, yani davranışın özünü değiştirmeyecektir.

Konuya ilişkin yaklaşımımızı biraz daha açıklamaya çalışalım: Örneğin yalan söylemek icrai bir fiildir. Salt “*yalan söylemek*”, davranış normlarına dolayısıyla da ahlaka aykırılık teşkil etmekteyse de, hukukun müdahale alanı dışında kalmaktadır. Buna karşılık yalan söylemek başkasının hukukunu etkileyici bir sonuç doğuracak nitelikte, örneğin bir ceza yargılaması sırasında tanık olarak dinlenen kişinin yalan söylemesi söz konusu ise artık hukukun müdahale alanına girmektedir³⁵⁶. Dikkat etmek gerekir ki, arkadaş sohbeti sırasında “*yalan söyleme*” ile bir ceza yargılaması sırasında tanık olarak ifade verirken “*yalan söylemenin*” varlıksal âlemde farkı yoktur. Benzer şekilde, yanmakta olan bir evin içerisindekileri kurtarmaya yönelik olarak harekete geçmeyen komşu K ile itfaiye görevlisi İ’nin “*yapmama*” fiilleri arasında da varlık âleminde herhangi bir fark yoktur. Her iki kişinin de “*yardım etmeme*” fiili vardır ve her iki fiil de dış dünyada tezahür eden, duyularla algılanabilir niteliktedir. Yani ontik vasıftadır. Buna karşı komşu K’nın bu olaya müdahale etmesi noktasında ahlaken bir yükümlülüğü söz konusu olsa da hukuki bir yükümlülüğü yoktur. Ancak itfaiyeci İ bu olaya müdahale etme noktasında hukuki bir yükümlülük altındadır. Dolayısıyla bu olay bakımından her iki ihmali davranışın ontiklik vasfı noktasında herhangi bir fark yoktur. İki durum arasındaki fark; fiilin vafından değil, failin vafından kaynaklanmaktadır.

Görüşümüzü bir başka örnekle açıklamaya çalışalım: Yürüdüğü yolda büyük bir taş gören kişi, taşı alıp kenara koymaz ve öylece geçip gider. Bu kişiye “*taşı kenara koyması*” hususunda yükümlülük getiren herhangi bir norm olmadığı takdirde de, kişinin bu “*taşı alıp kenara koymaması*” duyularımızla tespit edebilecek nitelikte bir

çıkabilir. Hukuki kavramlar deneyüstü kavramlar olmayıp, belli bir düzeni bünyesinde taşıyan, reel dünyada mevcut kavramlardır. Bu kavramlar ancak bir mevcudu, vakıayı, olguyu izah ve tarif etmektedirler. Hukukun temel görevi, hangi ontolojik vakıaları değerlendirdiğinin ve bunlara bağladığı sonuçların tespit ve tayininden ibarettir. Suç tipleri, ontolojik materyallerin kavramlarla izah edilmiş bir yansımasıdır. Bkz. Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim/Berlin/Leipzig: 1935; Hans Welzel, “*Naturrecht und Rechtspositivismus*”, *Festschrift für H. Niedermeyer*, 1953, s. 274 v.d. Hans Welzel, *Abhalungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, akt. İzzet Özgenç, *Suç İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik*, İstanbul: 1996, s. 85 v.d, dn. 263 - 264.

³⁵⁶ Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, s. 450.

gerçekliktir. Çünkü yoldan geçen kişinin gördüğü taşı alıp kenara atmaması dışarıdan rahatlıkla gözlemlenebilir. Bu nedenle ihmali davranışın özü, belirli bir amaca matuf olarak salt bir “*yapmama, etmemedir*”. Norm ise, yalnızca bu yapmamanın ifade ettiği değersizliği belirlemekte, tespit etmektedir. Hukuk normu ihmali davranışın hukuk bakımından, ahlak normu ahlak bakımından, din normu ise din bakımından değersizliğini tespit eder. Kısacası ihmali davranış, öz itibariyle gerçeklik dünyasında var olan ve herhangi bir norma başvurmadan da tespit edilebilecek niteliktedir. İhmali fiile yönelik norm (emir normu) ise bu ontik davranışın ifade ettiği değersizliği tespit edici bir fonksiyon üstlenmektedir.

İhmali davranışın ontik nitelikte olduğunu kabul eden bu yaklaşımımıza yöneltilebilecek en önemli eleştiri; icrai davranışın herhangi bir normatif değerlendirme yapılmadan tanımlanabilmesine - tespit edilebilmesine rağmen ihmali davranışın böyle bir değerlendirme yapılmaksızın tanımlanamayacağıdır. Örneğin; yan yana oturan iki kişiden fail F, mağdur M’ye bir tokat atar. Bu tokat atma olayını tanık T görür. Tanık T’ye “*ne oldu*” diye sorduğumuzda, “*F, M’ye tokat attı*” cevabını alırız. Çünkü icrai davranış ontik bir vasıfta olduğundan, normatif bir değerlendirme yapılmaksızın kolayca tanımlanı, tespit edilebilmektedir. Buna karşılık, F ve M’nin hiçbir şey yapmadan öylece oturmakta olduğu ve T’nin de onları izlediği olayla ilgili olarak T’ye “*orada ne oluyor?*” diye sorulduğunda, muhtemelen “*olan bir şey yok, iki kişi (F ve M) öylece oturuyor*” cevabını alırız. Bir başka ifadeyle, bir şey yapıyorken bunun bir dış gözlemci tarafından tespiti çok kolay olduğu halde; bir şey yapılmıyorken, “*yapılmayan şeyin ne olduğunun*” tespiti önemli bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce; bu tip durumlarda ortaya çıkan problem, ihmali davranışı tespit etmek için yöneltile sorudan kaynaklanmaktadır. Bu sorunun çözümü için icrai davranış tespit edilirken sorulan “*ne oldu*” sorusu, ihmali davranışın özüne uyarlanmalıdır. Çünkü “*ne oldu*” sorusu özü itibariyle icrai davranışı tespit etmeye uygundur. Buna karşılık ihmali davranışı tespit etmek için “*Ne olmadı? Ne yapmadı? Ne yapılmadı?*” sorularının tercih edilmesi, ihmalin özüne daha uygundur. Ancak “*ne yapmadı*” sorusu sorulsa dahi, haksızlık oluşturan ihmali davranışın tespiti yine de çok kolay görünmemektedir. Çünkü F ile M öylece otururken; F, M’ye tokat atmadığı gibi ona hakaret de etmemiş, onun cüzdanını da almamıştır. Hatta bu sırada F, kalp krizi geçiren

M'ye yardım etmemiş dahi olabilir. Dolayısıyla hiçbir şey yapmayan kimsenin yapmadığı şeyin, yani “*ihmali davranışının*” ne olduğu sorusuna cevap bulmak, çözülmesi gereken ciddi bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kabul etmek gerekir ki, icrai davranışın tespitindeki kolaylık, ihmali davranışın tespitinde aynı şekilde tezahür etmemektedir. Ancak bu durum bizi, ihmali davranışın ontik bir vasfının olmadığı sonucuna götürmez. Bununla beraber, bizim gibi ihmali davranışın maddi bir varlığı olduğunu kabul edenlerin, normatif bir değerlendirme yapmadan ihmali davranışın nasıl tespit edeceklerini de açıklaması gerekir.

Hiçbir şey yapmayan kişinin ihmali davranışının ne olduğu sorusunun cevabı, şu şekilde verilebilir: Hiçbir şey yapmayan kişi aslında sayısız şeyi yapmamakta, bir başka ifadeyle sayısız şeyi ihmal etmektedir³⁵⁷. Bununla beraber önemli olan husus, kişinin yapmadığı bu sayısız şey (ihmali) arasından ceza hukuku bakımından önem arz edebilecek olanı bulup çıkartmaktır. Bunu yaparken, sayısız olan “*yapmamayı*” yani “*ihmali davranışı*” tek tek, deneme - yanılma yöntemiyle bulup çıkarmak, pratik olarak mümkün olmadığı gibi mantıklı da değildir. Bunun yerine, suç tipine esas teşkil edebilecek “*yapmama (ihmal)*” tespit edilerek, tespit edilen bu ihmali davranışın suçun diğer unsurları bakımından değerlendirilmesi daha pratik bir çözüm olarak görünmektedir. Söz konusu bu yaklaşım ütöpik görünse de, aslında icrai suçlar bakımından benimsenen yöntemden nitelik olarak çok da farklı olmadığı anlaşılabacaktır. Çünkü icrai bir suç söz konusu olduğunda da, ontik anlamda birçok hareket söz konusu olabilir. Ancak biz, bu hareketler içerisinde tipik olan davranışı çeker ve ceza hukuku bakımından inceleriz.

Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak: Fail F, aralarında husumet bulunan mağdur M'yi öldürmeye karar verir ve uygun zamanı beklemeye koyulur. Bir gün tarladan evine doğru traktörüyle gitmekte olan F, traktör kullanırken radyo dinlemekte, sigara içmekte ve hatta cep telefonuyla konuşmaktadır. Tam bu sırada, yolun kenarında hasmı M'nin tek başına yürümekte olduğunu farkeder. Bulundukları mevkinin ıssız olmasının verdiği cesaretle F, “*fırsat bu fırsattır*” diyerek traktör hareket halindeyken tüfeğiyle M'ye ateş eder ve onu öldürür. Bu olayda işlenen kasten öldürme suçunun fiil unsurunun özünü, “*tüfekle ateş etmek*” oluşturmaktadır. Ancak F'nin olay sırasında ontik âlemdeki tek icrai hareketi tüfekle ateş etmek değildir. F,

³⁵⁷ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 168.

M'ye ateş ederken; traktörü idare etmekte, gaz pedalına basmakta, radyo dinlemekte, belki de bir eliyle vites değiştirmekte ya da telefonla konuşmaktadır. Saydığımız bu davranışların her biri, doğal anlamda dış dünyaya yansıyan icrai birer davranış niteliğindedir. Ancak biz, hiçbir zaman, bu olay (kasten öldürme suçu) bakımından tüfekte ateş etme dışındaki icrai davranışlar üzerine bir inceleme yapma gereği duymayız. Dolayısıyla aynı yöntemi, ihmalî suçlar bakımından da uygulamak gerekir. Örneğin; acil servisteki hastasına müdahale etmeyip odasında radyo dinleyen hekim, aslında birçok şeyi ihmal etmekte, yapmamaktadır. Ancak biz bu sayısız “*yapmama - ihmalî davranış*” arasından yalnızca tipik suça temel teşkil edebilecek olan “*ihmalî davranış*” çekip bir değerlendirmeye tabi tutarız. Ceza normunun fonksiyonu da işte tam bu noktada karşımıza çıkmaktadır. İhmalî suça ilişkin ceza normunun amacı, gözlemlenebilen bu yapmamalar arasında bir seçim yapmak ve seçtiği ihmalî davranışa sorumluluk yüklemektir. Bir başka ifadeyle normun amacı; söz konusu bu sınırsız yapmamalardan seçtiklerine, maddi ve manevi unsur ile hukuka aykırılığı eklemektir³⁵⁸. İhmalî suçlarda norm; suçun fiil veya başka bir maddi unsuru olmaktan ziyade, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, suçun tüm unsurlarını bizzat hukuk alanına taşımaya yönelik bir işlev görmektedir³⁵⁹. Bir başka ifadeyle norm, belli yapmamaları ihmalî suç olarak düzenleyerek, tipiklik ve hukuka aykırılık yargılarını hukuki bir zemine oturtmaktadır³⁶⁰.

Düşüncemizi bir başka örnekle biraz daha açıklayalım. Örneğin; acil servisteki temizlik görevlisi ile acil servis hekiminin, servise yeni getirilen yaralıya “*müdahale etmeme*” fiilleri bakımından olgular dünyasında bir fark yoktur. Acil servis alanını dışarıdan gözlemleyen üçüncü bir kişi, hem temizlik görevlisinin hem de hekimin yaralıya müdahale etmediğini duyuları aracılığıyla rahatlıkla algılayabilir. Bu olayda; ihmalî davranışla kasten öldürme suçu bakımından hekimin sorumluluğuna gidilebilmesine karşılık, temizlik görevlisinin sorumluluğuna gidil(e)memesi, ancak ihmalî suçun diğer unsurlarıyla açıklanabilir. Bu iki durum arasındaki temel fark; fiillerin niteliğinden değil faillerin vasfından kaynaklanmaktadır. Çünkü acil servis hekimi hastanın ölümünü engellemeye yönelik müdahaleleri yapma hususunda hukuki

³⁵⁸ Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 168 - 169.

³⁵⁹ Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 169.

³⁶⁰ Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 169.

bir yükümlölük altında yani garantör konumundayken, temizlik görevlisinin böyle bir hukuki yükümlölüğü yoktur.

Esasında aynı şey icrai suçlar bakımından da geçerlidir. Söz gelimi bir başkasının camına taş atan kimse ile denize taş atan kişinin davranışları doğal anlamda aynıdır, yani “*taş atma*”dır”. Her iki durumda da; belirli bir amaca matuf olarak, insanın yönlendirici iradesiyle, dış dünyaya yansımış bir fiil mevcuttur. Ancak hiçbir zaman denize taş atan kişinin fiilini ceza hukuku bakımından ele alıp değerlendirmeyiz. Buna karşılık bir evin camına veya bir başkasına taş atan kişinin fiili ceza hukuku bakımından önem arz eder. Bu iki olay arasındaki farklılık; fiil unsuru bakımından değil, suçun diğer bir maddi unsuru olan “*konu*” bakımından tezahür etmektedir.

Sonuç olarak biz; icrai suçlar ile ihmali suçların diğer yapısal unsurlar bakımından ciddi farklılıklara sahip olduklarını kabul etmekle birlikte, ihmali davranışın da tıpkı icrai davranış gibi ontik bir özünün olduğunu düşünmekteyiz³⁶¹. İcrai ve ihmali suçlar birbirlerinden farklı yapıda olmasına rağmen bu farklılık, en azından, suç fiillerinin ontik vasıfta olmaları noktasında tezahür etmemektedir. İhmali davranış, yani “*yapmama*” da, tıpkı icrai davranış gibi dışarıdan gözlemlenebilir, somut bir nitelik taşımaktadır. Üstelik ihmali davranış da belirli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilir. Örneğin, kanamalı olarak acil servise getirilen hastaya müdahale etmeyen hekimin davranışı da belirli bir amaca matuftur. Kısaca ihmali davranış, doğal gerçeklik açısından “*bir şeyi yapmamaktır*” ve ihmali belirleyen şey de bu olumsuzluk yani yapılmayan hareketten ibarettir³⁶².

İcrai ve ihmali davranışın tespiti noktasındaki fark ise teorik olmaktan ziyade pratiktir. Çünkü icrai davranışın belirlenmesinde mümkün olan deneme-yanılma yöntemi, ihmali davranışın belirlenmesi açısından teorik olarak mümkün olsa bile, pratik açıdan mümkün değildir. Bu bakımdan, somut bir olayda ihmali davranış tespit edilirken, ilgili suç normundan doğrudan faydalanmak bir zorunluluktur. İhmali davranışın tespiti için ilgili suç normundan faydalanılması, ihmali davranışın normatif olduğu

³⁶¹ Kunter; ihmali davranışın da icrai davranış gibi ontik bir vasfı olduğunu kabul etmekle beraber, farklı kavramlar kullanmayı önermektedir. Buna göre; “*yapma*” şeklinde tezahür eden hareketler “*müspet hareket*”, “*yapmama*” şeklinde tezahür edenler ise “*menfi hareket*” olarak ifade edilmelidir. İcra ve ihmal kavramları ise müspet ve menfi hareket kavramları ile aynı anlama gelmemektedir. Müspet ve menfi hareket tabiatçı mefhumlar olmakla beraber icra ve ihmal ise normcu mefhumlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 50 - 51.

³⁶² Keyman, “Cürmî Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 169.

anlamına gelmez. Bu durum, sadece pratik bir zorunluluktan kaynaklanmaktadır. Kaldı ki, suç oluşturan fiili tespit ederken suç tipinden/normdan faydalanma, aslında icrai suçlar bakımından da başvurulacak bir yöntemdir. Sonuç olarak; “*yapmama*” biçiminde ortaya çıkan ihmali davranış da, yapma şeklinde ortaya çıkan icrai davranış kadar dış dünyadan gözlemlenebilen ve dış dünyaya yansıyan niteliktedir³⁶³. İhmali davranış da tıpkı icrai davranış gibi süje ile somut durum arasında bir ilişki kurar ve ceza sorumluluğu bakımından bir bağlama noktası teşkil eder³⁶⁴. Tüm bu gerekçelerle biz; suçun diğer tüm unsurları bakımından bir bağlama noktası oluşturacak ihmali davranışın bizatihi kendisinin ontik bir özünün olduğu kanaatindeyiz.

Bu kabul, fiilin sınırlandırma fonksiyonunu yerine getirmesi bakımından da kolaylık sağlayacaktır. Şöyle ki; bir kişi hakkında kötü düşünceler beslemek, bir kişiye yönelik suç işlemeye niyet etmek, dış dünyaya yansıyan bir fiile dönüşmediği sürece (icrai suçlar bakımından) fiil olarak telakki edilemezler³⁶⁵. Çünkü fiilin ontik vasfı, bu tip davranışlar için sınırlandırma işlevi görür. İhmali davranışlar bakımından da benzer bir sınırlama işlevinin sağlanabilmesinin en basit yolu ise, ihmali davranışın da icrai davranış gibi dış dünyaya yansıyan bir yapısının yani ontik vasıfta olduğunun kabulünden başka bir şey değildir³⁶⁶.

³⁶³ Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 72.

³⁶⁴ Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 169.

³⁶⁵ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 242.

³⁶⁶ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 242.

3. İCRA - İHMAL AYRIMI, İHMALİ SUÇ TÜRLERİ, GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇLARIN YAPISI VE UNSURLARI

3.1. İcra - İhmal Ayrımı

Çalışmamızın ilk bölümde fiili; “*insanın yönlendirici iradesi ile hâkim olduğu, belirli bir amaca matuf olarak dış dünyaya yansımış icrai veya ihmali davranış*” olarak tanımlamıştık³⁶⁷. Görüldüğü üzere bu tanım, hem icrai hem de ihmali davranışları kapsamaktadır. Ancak bir fiilin ne zaman icrai, ne zaman ihmali olduğunun tespiti, çoğu zaman oldukça zordur. Bununla beraber, somut olaydaki fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti, ceza hukuku sorumluluğunun belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Çünkü ceza sorumluluğuna esas teşkil edecek suç tipinin yapısal unsurlarına yönelik doğru bir değerlendirme yapabilmenin ön şartı, suç oluşturan fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespitidir. Israrla vurguladığımız üzere ihmali suçlar, yapısal özellikleri bakımından icrai suçlardan farklılaşmaktadır. İhmali suçların kendilerine özgü bu yapısı nedeniyle suçun unsurları bakımından bazı farklı değerlendirmelerin yapılması kaçınılmazdır. Örneğin; bir hekimin hiç tedaviye başlamaması ile başlamış olduğu tedaviyi yarıda kesmesi arasındaki temel fark, fiilin icrai veya ihmali olmasıyla doğrudan bağlantılıdır³⁶⁸.

Dolayısıyla somut ceza hukuku uyumsuzluğunun çözümü için, her şeyden önce, suç fiilinin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Aksi halde, her ne kadar suç teorisi bakımından kusursuz bir sistem kurulmuş olsa dahi varılacak nihai değerlendirme problemlili olacaktır. İcrai olarak tezahür eden ve suç oluşturan fiil, yanlış bir değerlendirmeyle ihmali kabul edilirse, somut olayın çözümlenmesinde ihmali suçlara ilişkin kıstaslar kullanılacağından, varılacak netice hem teorik hem de pratik açıdan hatalı olacaktır³⁶⁹.

³⁶⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 231. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 179.

Keyman’a göre tipik fiil: “*İrâdi olması nedeniyle insana atfedilebilen, münferit kanuni bir soyut tipin içine yerleştirilebilen, yani bunun özelliklerini bünyesinde taşıyan, objektif unsurların bütünüdür*”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 121.

³⁶⁸ Mehmet Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXIV, sa. 3, y. 2020, s. 368.

³⁶⁹ Bir olaydaki davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti, somut olay adaleti bakımından da oldukça önemlidir. Örneğin ötanazi durumunda, failin davranışının icrai olduğu tespit edilirse Alman CK m. 216 bakımından sorumluluk gündeme geleceği ancak failin davranışının pasif olduğu kabul edilirse, bu fiilin Alman CK kapsamında cezalandırılmama ihtimalinin gündeme gelebileceği ifade edilmektedir. Frister, kn. 8, s. 259.

Esasında aynı yaklaşım TCK bağlamında da geçerlidir. Türk hukukunda “*aktif ötanazi*”, yani ilgilinin geçerli rızasına dayansa bile icrai bir davranışla onun yaşamına son verilmesi yasal değildir.

Bir başka ifadeyle, icra - ihmal ayrımının isabetli bir şekilde yapılamaması durumunda, “*eksiksiz ve kusursuz bir teori*” dahi bir anlam ihtiva etmeyecektir. Çünkü ortaya konulan bu “*kusursuz teorinin*” hangi olaylarda uygulanacağı ancak icra - ihmal ayrımının isabetli bir şekilde yapılmasıyla mümkündür. Sonuç olarak, icrai ve ihmali suçlara ilişkin ortaya konulacak teorik altyapının bir anlam ifade edilebilmesi için, icra - ihmal ayrımının tutarlı ve isabetli bir şekilde yapılması gerekir.

İcra - ihmal ayrımının isabetli bir şekilde yapılmasının önemi, özellikle iki noktada kendini daha çok hissettirmektedir. Bunlar, ihmali suçlar bakımından farklılık gösteren nedensellik ve garantörlük müesseseleridir. Ceza hukuku teorisinde, ihmali suçlara ilişkin tartışmaların odağında “*nedensellik bağının*” olduğu söylemek yanlış olmayacaktır³⁷⁰. Özellikle görünüşte ihmali suçlarda meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulması, nedensellik bağı oldukça önemli bir hale getirmektedir. İhmali suçlara ilişkin nedensellik bağı değerlendirmesini çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak yapacağımızdan, şu aşamada bu tartışmaların ayrıntılarına girmiyoruz. Bununla beraber şu kadarını söylemekle yetinelim ki, ihmali suçlar bakımından ortaya çıkan temel teorik tartışmaların başında, nedensellik bağının var olup olmadığı ve varsa nasıl tespit edileceği gelmektedir. Dahası, çoğu zaman suçun başka unsurlarını ilgilendiren hususlar bile nedensellik bağı içerisine dahil edilmekte, bir başka ifadeyle, ihmali suçlara ilişkin ortaya çıkan birçok problem nedensellik ilişkisi üzerinden çözülmeye çalışılmaktadır. İhmali suçlardaki teorik tartışmalarda, “*nedensellik bağının*” odak haline gelmesinin temel nedeni ise, icrai suçlarda olgusal (doğal) olarak tespit edilebilen nedensellik ilişkisinin, ihmali suçlar bakımından aynı yöntemle tespit edilemeyeceğine yönelik genel kabuldür.

İhmali suçlar bakımından önem arz eden diğer bir husus da “*garantörlük - teminat yükümlülüğü*” kavramıdır. Bazı suç tiplerinde fail garantör konumunda ise, suç oluşturan fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun belirlenmesi, pratik bakımdan çok

Bu tip durumlarda fail, icrai davranışla işlenmiş kasten öldürme suçu bakımından cezalandırılacaktır (TCK m. 81 ya da 82). Bununla beraber hastanın tedaviyi reddetme hakkı kapsamında, ilgili prosedüre uygun ve geçerli bir rızası söz konusuysa artık hekimin hastayı tedaviye zorlaması mümkün değildir. Bu bakımdan “*pasif ötanazi*” durumunda kural olarak ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Emin Artuk ve A. Caner Yenidünya, “Ötenazi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, 2001, s. 301 v.d. Muharrem Özen ve Meral Ekici Şahin, “Ötanazi”, Ankara Barosu Dergisi (ABD), sa. 2010/4, y. 68, s. 19 v.d.

³⁷⁰ Günter Spindel, “Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen”, *Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, in Göttingen, 1961, s. 183.

da önemli olmayabilir. Örneğin; bir babanın çocuğunun ölümüne neden olması durumunda, fiilin icrai ya da ihmali olması, babaya verilecek sonuç ceza bakımından önemli bir fark yaratmayabilir. Böyle bir olayda babaya (icrai ya da ihmali davranışla) kasten öldürme suçundan ceza verilecektir. Birçok ülke ceza kanununda, kasten öldürme suçunun icrai ya da ihmali davranışla gerçekleştirilmesinin ceza miktarı arasında önemli bir fark yoktur. Örneğin; hem Alman Ceza Kanunu m. 13/2 hem de Türk Ceza Kanunu m. 83/3 hükümleri, kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapıp yapmama konusunda hakime takdir yetkisi vermektedir³⁷¹. Bu itibarla, teminat yükümlülüğüne kasıtlı olarak aykırılık sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanmalar bağlamında fiilin icrai veya ihmali davranış şeklinde mi gerçekleştirilmiş olduğunun tayini, bu somut olayda ceza adaletinin tesisi bakımından çok da önemli olmayabilir. Keza terk suçu gibi bazı suçların icrai veya ihmali davranışla işlenmesi arasında ceza sorumluluğu bakımından bir fark gözetilmemiştir.

Bununla beraber icra - ihmal ayrımı, özellikle TCK gibi genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin düzenleme bulunmayan kanunlar bakımından önemli bir hal almaktadır. Çünkü ceza kanununun özel hükümler kısmında, ilgili suç tipinin ihmali davranışla da işlenebileceğine yönelik açık bir düzenleme bulunmadığı durumlarda, somut olay bakımından icra - ihmal ayrımının yapılması “*kanunilik ilkesinin*” bir gereğidir³⁷². Çünkü ilgili fiilin ihmali olduğu tespit edildiği halde, kanunda o suç tipinin ihmali davranışla işlenmesini cezalandıran bir hüküm bulunmuyorsa failin cezalandırılması mümkün olmayacaktır³⁷³.

³⁷¹ İsviçre Ceza Kanunu (İsviçre CK) m. 11 f. 4 hükmü de, bir suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapılabileceğine yöneliktir. Bir başka ifadeyle, İsviçre CK da bir suçun ihmali davranışla gerçekleştirilmesi halinde failin cezasında herhangi bir indirim yapılmamasına cevaz vermektedir.

³⁷² Alman Ceza Kanunu genel hükümler kısmında 1975 yılında ihmali fiillere ilişkin açık bir düzenleme yapılmadan önce (Alman CK m. 13) Alman doktrinindeki genel görüş, özel hükümler kısmında açıkça düzenlenmeyen ihmali bir davranışın cezalandırılmasının kanunilik ilkesinin bir ihlali olduğu yönündeydi. Schmidhäuser, kn. 12, s. 656.

Benzer şekilde İsviçre’de de, ihmali suçlara ilişkin kanunun genel hükümler kısmında açık bir düzenlemenin olmadığı dönemde ihmali fiillerin cezalandırılması doktrin ve uygulama tarafından tartışılmıştır. Bu problem; İsviçre CK’ya m. 11 (Begehen durch Unterlassen) hükmünün eklenmesiyle büyük ölçüde aşılmış görünmektedir. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, Bern: 2011, 4. neubearbeitete Auflage, kn. 15. s. 91.

³⁷³ Genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin düzenleme olmaması nedeniyle TCK’daki her suç tipinin ihmali davranışla işlenemeyeceği, yalnızca kanunun özel hükümler kısmında açıkça düzenlenen kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçlarının ihmali davranışla işlenmesi halinde cezalandırılabilirliği ifade edilmektedir. Uğur Ersoy, “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, sa. 41, y. Ocak 2020, s. 44, dn. 76.

İcra - ihmal ayrımı, garantör olmayan kişilerin gerçekleştirdikleri fiiller bakımından da oldukça önemlidir. Örneğin; garantör olmayan, teminat yükümlülüğü altında bulunmayan kişinin boğulmakta olan bir başkasını kurtarma yönünde çaba göstermemesi, kasten öldürme suçunu ihmalî davranışla işlemekten dolayı sorumlu tutulmasını gerektirmezse de, “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçundan dolayı sorumluluğunu gündeme getirecektir. Buna karşılık, söz konusu olay bağlamında teminat yükümlülüğü altında bulunmayan kişinin boğulmakta olan bir başkasını kurtarma yönünde çaba göstermemesi icrai bir davranış olarak kabul edilecek olursa, “kasten öldürme suçundan” sorumluluk gündeme gelecektir. “Yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu” ile “kasten öldürme suçunun” ceza miktarları arasındaki makas göz önüne alındığında, icra - ihmal ayrımının ceza adaleti bakımından yalnızca teoride değil, uygulamada da ne derece önemli olduğu görülmektedir. İşte tüm bu gerekçelerle, somut olaydaki fiilin icrai mi yoksa ihmalî mi olduğunun tespiti, çoğu zaman teorik gerekliliğin ötesinde, ceza adaletinin sağlanması açısından pratik bir zorunluluktur³⁷⁴.

İcra - ihmal ayrımının isabetli bir şekilde yapılması bu derece önemli iken, bu ayrımın ne şekilde ve hangi kriterlere göre yapılacağı ise bir o kadar tartışmalıdır. Dolayısıyla çalışmamızın bu kısmında icra - ihmal ayrımına ilişkin temel görüşlere yer vererek bu problemin çözümüne yönelik kendi yaklaşımımızı ortaya koymaya çalışacağız.

3.1.1. İcra - İhmal Ayrımında Kullanılan Ölçütler

İcra - ihmal ayrımının neye göre yapılacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Aslında konuya ilişkin bu görüşler; “ihmalî davranışın ontik mi yoksa normatif mi olduğu” sorusuna verilen cevapla da doğrudan ilintilidir³⁷⁵. İhmalî davranışın ontik bir yönü olduğunu kabul eden yaklaşımlar, icra - ihmal ayrımını da ontik kıstaslara dayandırarak yaparken; ihmalin normatif bir kavram olduğunu kabul edenler, bu ayrımı normatif kıstaslara dayandırmaktadır. Bununla beraber üçüncü bir kategori olarak kabul edilebilecek yaklaşımlar ise, bu ayrımı yaparken hem ontik hem de

³⁷⁴ Spindel, s. 183.

³⁷⁵ Bu bağlamda “vücut hareketi ölçütü”, “enerji kullanma ölçütü”, “nedensellik ölçütü” ontik yaklaşımlar olarak kabul edilirken; “davranışın sosyal manası ölçütü”, “ağırlık noktası ölçütü”, “icraya öncelik veren görüş” ise normatif yaklaşımlar olarak kabul edilmektedir. Rahime Erbaş, “İcrai ve İhmalî Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, *DEÜHFD*, c. 21, sa. 1, y. 2019, s. 404.

normatif kıstaslar kullanmakta, bir başka ifadeyle, icra - ihmal ayrımını karma bir şekilde yapmaktadır.

İcra - ihmal ayrımına yönelik görüşlerden; “*vücut hareketi ölçütü*”, “*enerji ölçütü*”, “*nedensellik ölçütü*”, “*davranışın sosyal manası ölçütü*”, “*ağırlık noktası ölçütü*”, “*icraya öncelik veren görüş*” ve “*karma yaklaşımlar*” ön plana çıkmaktadır.

3.1.1.1. Vücut hareketi ölçütü

Beling’e atfedilen ve ihmali davranışın ontik niteliğiyle uyumlu olan bu yaklaşıma göre; icra - ihmal ayrımı da normatif bir değerlendirme yapılmaksızın, dış dünyada belirlenebilir³⁷⁶. İcra, insanın bedeni bir faaliyetiyle aktif olarak gerçekleştirdiği, “*yapma - etme*” şeklindeki fiilleri ifade ederken; ihmal ise insanın bedeni bir faaliyet yapmadığı, pasif olarak “*yapmama - etmeme*” şeklindeki davranışlarından ibarettir³⁷⁷. Bir başka ifadeyle, vücudun yapma şeklinde bir aktif davranışta bulunması halinde icra söz konusuysa, herhangi bir davranışın yapılmaması durumunda ise ihmal söz konusu olmaktadır³⁷⁸. İcra ve ihmal kavramları; genel olarak, fiilin ceza hukukunda birer görünüş şeklidir ve her iki davranış türü de dış dünyada gözlemlenebilir niteliktedir. **Von Liszt**, icrayı “*iradi vücut hareketi*” olarak tanımlarken, ihmali ise “*iradi yapmama*” olarak tanımlamaktadır³⁷⁹.

Örneğin; anne A, gayrimeşru ilişkisinden doğan bebeği B’yi biran önce ortadan kaldırmak istemektedir. Bu nedenle yeni doğum yapmanın da getirdiği travmayla B’yi elleriyle boğarak öldürür. Burada anne A, B’ye karşı aktif bir hareketle, yani “*yapma*” şeklindeki bir hareketle ölüm sonucuna ulaştığından, icrai davranışla işlenmiş kasten öldürme suçu söz konusudur. Bununla beraber anne A, yeni doğan B’yi ölmesi için böylece evde bırakıp bir arkadaşının yanına gider ve bir hafta orada kalır. Bebek B, açlık ve susuzluktan hayatını kaybeder. Böyle bir durumda ise A, B’ye karşı pasif bir

³⁷⁶ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 241.

³⁷⁷ Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen: 1906, s. 12. Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart: 1953, s. 108. Karl Engisch, “Tun und Unterlassen”, *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin - New York: 1973, s. 169. Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, Stuttgart: 2014, Überarbeitete 4. Auflage, § 8, kn. 168.

³⁷⁸ Fletcher, s. 591. Mustafa Avcı ve Erdal Yerdelen, “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, *GÜHFD*, c. XIX, sa. 1, y. 2015, s. 173.

³⁷⁹ Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, Heidelberg: 1984, 6. Auflage, kn. 3, s. 134. Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 241.

tutumla, yani “yapmama” şeklindeki bir davranışla ölüm neticesine sebep olduğundan, olayda “ihmali davranış” söz konusudur³⁸⁰.

Bu yaklaşıma özellikle **Radbruch** ciddi eleştiriler yöneltmiştir. **Radbruch**’a göre: “Nasıl ki A ile A olmayanı aynı başlık altında birleştirmek mümkün değilse, icra ve ihmali de aynı başlık altında, bir başka ifadeyle “fiil” başlığı altında birleştirmek mümkün değildir”³⁸¹. Çünkü ihmali suçlarda, icrai suçlarda olduğu gibi fiil ile netice arasında doğal bir nedensellik ilişkisi kurulamayacağı gibi, icrai davranıştaki isteme unsuru ihmalde aynı şekilde tezahür etmemektedir³⁸². Bununla beraber Radbruch’un yaklaşıma yönelik bu eleştirisinin, ihmali davranışın ontik bir vasıfta kabul edilmesine yönelik olmadığı, sadece ihmal ile icranın aynı başlık altında birleştirilmesi çabalarına yönelik olduğu da ifade edilmektedir³⁸³.

3.1.1.2. Enerji kullanma ölçütü

“Enerji kriteri” ya da başka bir ifadeyle “enerji kullanma ölçütü” de vücut hareketi ölçütüne bir hayli benzemektedir³⁸⁴. **Karl Engisch** tarafından geliştirilen bu görüşe göre³⁸⁵; icrai davranışta fail, belirli bir yönde enerji kullanarak nedensel bir süreç başlatırken; ihmali davranışta ise, daha önce başlamış olan nedensel bir süreci engellemeye yönelik enerji kullanmaktan kaçınmaktadır³⁸⁶. Şüphesiz ki buradaki “enerji kullanmadan” kasıt, “enerjinin beklenen yönde kullanılmamasıdır”³⁸⁷. Çünkü

³⁸⁰ Konuya ilişkin başka bir örnek olay ise şu şekildedir: Hastanın eşi hekime yanlış bilgi vermiştir. Bu yanlış bilgi nedeniyle hekim de tedavi yöntemini hatalı belirlemiştir. Bunun üzerine hastada kanama başlamış, ancak hekim kanamaya müdahale etmemiş ve hasta hayatını kaybetmiştir. Örnek için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 72.

Bu olayda, hekimin icrai davranışla öldürme suçundan sorumlu olacağı görüşüne katılmamaktayız. Söz konusu olayda hekim; ilk etapta hastanın eşinin yanlış bilgi vermesi nedeniyle yanlış tedavi uygulamıştır. Yanlış tedavi bakımından hekimin (büyük olasılıkla) taksirle (icrai) yaralamadan sorumluluğu doğabilir. Bununla beraber, yanlış tedavinin ardından kanaması başlayan hastaya müdahale etmeyen hekimin; aynı zamanda garantör konumunda olduğunu düşündüğümüzde, “ihmali suretle kasten öldürme” suçundan sorumluluğu cihetine gidilmelidir. Söz konusu olayda, hekime yanlış bilgi veren hastanın eşinin ceza hukuku sorumluluğu ise ayrıca tartışılmalıdır.

³⁸¹ Gustav Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik, Berlin 1904, s. 140. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, s. 9; Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, kn. 5, s. 653.

³⁸² Radbruch, s. 132 v.d.

³⁸³ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 240.

³⁸⁴ Maiwald, icra - ihmali ayrımında bu kriterde ısrarcı olduğunu belirtmektedir. Maiwald, Çev. Şahin, “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, s. 171.

³⁸⁵ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 241.

³⁸⁶ Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen: 1930, s. 29 v.d. Christian Jäger, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, Nurnberg, 2017, 8. Neu bearbeitete Auflage, kn. 333, s. 314. Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 3, s. 134.

³⁸⁷ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

ihmali davranışından dolayı sorumlu tutulan fail, o an başka bir iş yapıyor ve dolayısıyla da enerji harcıyor olabilir. Başka bir amaç için failin harcadığı enerjinin bir önemi yoktur. Bu ölçüt bakımından önem arz eden şey, “*failin beklenen hareketi yapma noktasında sarf etmekten imtina ettiği enerjidir*”³⁸⁸. Dolayısıyla enerji kullanma ölçütüne göre “*beklenen hareket*” ihmali suçun bir unsuru olarak kabul edilmelidir³⁸⁹.

Enerji ölçütünün, vücut hareketi ölçütüne ek olarak fazla bir yenilik getirmediği, bu nedenle vücut hareketi ölçütüne getirilen tüm eleştirilerin enerji ölçütü bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir. Dahası, enerji ölçütü; enerjinin “*beklenen davranışı gerçekleştirme amacıyla kullanılıp kullanılmamasını*” işin içine sokarak vücut hareketi ölçütünden farklılaşmaktadır. Kanaatimizce, “*beklenen davranış*” ifadesi, ihmali davranışı ontik alandan normatif alana sürüklemektedir³⁹⁰. Tüm bu eleştiriler üzerine, enerji ölçütünü ortaya atan **Engisch** de; söz konusu teoride farklı kavramlar kullanmasına rağmen, aslında var olan ve herkesçe bilinen bir sonuca ulaşmaktan başka bir şey yapmadığını kabul etmek durumunda kalmıştır³⁹¹.

3.1.1.3. Nedensellik ölçütü

Welzel ve **Kaufmann** tarafından temellendirilen ve Alman öğretisinde çokça taraftar bulan bu görüşe göre bir fiil; meydana gelen netice bakımından nedensel ise icra, meydana gelen netice bakımından nedensel değilse ihmal söz konusu olmaktadır³⁹². Bir başka ifadeyle, icrai davranış nedensel bir süreç başlatmakta ve bu süreç sonucunda tipik netice meydana gelmektedir³⁹³. İhmali davranışta ise, başka bir şekilde başlayan nedensellik sürecine müdahale edilmemekte, yani, başlayan nedensel süreç engellenmemektedir³⁹⁴. İhmalde icrai davranıştaki gibi aktüel bir nedensellikten

³⁸⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 73.

³⁸⁹ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

³⁹⁰ Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 415.

³⁹¹ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 174 - 175. Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 3, s. 135.

³⁹² Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, Berlin: 1969, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage, s. 203.

³⁹³ Jäger, kn. 333, s. 314.

³⁹⁴ Gimbernat Enrique Ordeig, Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung, Berlin: 2013, s. 149 v.d. Gimbernat Enrique Ordeig, Handlung, Unterlassung und Verhalten, in Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, s. 166 v.d.

değil ancak potansiyel bir nedensellikten bahsedilebilir³⁹⁵. Nedensellik ölçütü, icra ihmal ayrımını normatif bir temele dayandırmaktadır³⁹⁶.

Türk doktrininde **Kunter** de bu ölçüte yakın görünmektedir. **Kunter**'e göre; “*eğer hareket mevcut olmayınca netice meydana gelmiyorsa icrai, davranış mevcut olursa netice meydana gelmiyorsa ihmali davranış söz konusudur*”³⁹⁷. Yine Türk doktrininde **Hakeri** de konuya ilişkin temel eserinde; icra - ihmal ayrımında “*nedensellik sürecini başlatmak*” ya da “*başlayan nedensellik sürecine müdahale etmemek*” ifadelerini kullanarak bu ölçüte işaret ediyor görünmektedir³⁹⁸.

Nedensellik ölçütü; bazı olaylarda bu ayrımın yapılmasının oldukça zor olduğu, ihmali suçlarda da icrai suçlardakine benzer bir nedensellik ilişkisi olduğu, icrai davranışa ihmale nazaran çok fazla ağırlık verdiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir.

3.1.1.4. Davranışın sosyal manası ölçütü

İhmali normatif kabul eden bu yaklaşım; icra - ihmal ayrımının davranışın dış dünyaya yansıyan şekline bakarak değil, ancak normatif sahada yapılabileceğini savunmaktadır. Bu yaklaşıma göre önem arz eden husus; davranışın sosyal bakımdan taşıdığı değer, yani manadır. Örneğin; temizlik yapmakta olan anne, ağzı açık olan bebek ilacını zemine bırakmıştır. Bu sırada, annenin iki yaşındaki çocuğu bu zehiri içmiş ve ağır şekilde yaralanmıştır³⁹⁹. Böyle bir olayda; her ne kadar annenin bebek ilacını yere bırakması icrai bir davranış olsa da, somut olayda tipik bir görünüşte ihmali

³⁹⁵ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen: 1988, s. 61.

³⁹⁶ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 234.

³⁹⁷ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 50.

³⁹⁸ “Bir nedensel süreci başlatan kimse icrai hareket yaparken, başlamış olan nedensel sürece müdahale etmeyen kimse ise ihmali hareket yapıyordur. Bu ikincide nedensel süreç zaten devam etmekte olup, failin konumu sadece seyirci niteliğindedir”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmali Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 89.

Aynı eserde, “vücut hareketi ölçütüne” de zaman zaman başvurulduğu görülmektedir: “Aktif bir faaliyetin olduğu her yerde icrai hareket söz konusudur”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmali Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 89.

Kanaatimizce bu durum bir çelişki değildir. Aşağıda da ifade edeceğimiz üzere, “vücut hareketi ölçütü” ile “nedensellik ölçütü” birbirine çok benzemekte, birbirini tamamlamakta ve çoğu zaman aynı noktaya varmaktadır. Aradaki temel fark ise, vücut hareketi ölçütünün davranıştan, nedensellik ölçütünün ise neticeden yola çıkmasıdır. Sonuç olarak biz; her iki yöntemin de aynı sonuca vardığını, ancak çıkış noktalarının farklı olduğunu düşünmekteyiz. Bu bakımdan her iki ölçüte yönelik ifadelerin, aynı anlama gelecek şekilde kullanılmasının bir çelişki teşkil etmeyeceğini düşünmekteyiz. Bununla beraber “nedensellik ölçütü” bakımından yapılacak değerlendirmenin, ihmali suçlardaki nedensellik sürecine yüklenen anlama göre değişebileceğini gözden kaçırmamak gerekir.

³⁹⁹ Spindel, s. 188.

suç söz konusudur⁴⁰⁰. Bu nedenle, bir olaydaki davranışın niteliğini onun “sosyal manasında” aramak gerekir. Bu olaydaki davranışın sosyal manası ise, “annenin çocuğuna gelecek zararı engellemediği” anda ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu olayda icrai değil ihmali sorumluluk gündeme gelecektir.

Bu yaklaşım; aşırı sübjektif olduğu, çoğu somut olayda başvurulması mümkün olmayan veya başvurulduğu takdirde hangi kriterlere göre sosyal mananın belirleneceğinin muğlak olması gibi gerekçelerle eleştirilmektedir⁴⁰¹. Dahası bu görüş; hukuk güvenliğini ihlal ettiği, dolayısıyla da Anayasa’ya aykırı olduğu konusunda da ciddi eleştirilere maruz kalmıştır⁴⁰².

3.1.1.5. Ağırlık noktası (schwerpunkt) görüşü

Alman teori ve uygulamasında baskın görüş olarak karşımıza çıkan⁴⁰³ “ağırlık noktası (Schwerpunkt) yaklaşımı”; “ithamın ağırlık noktası”⁴⁰⁴, “haksızlığın ağırlık noktası” gibi farklı kavramlarla da ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre; icra - ihmal ayrımı ontik dünyada yapılabilecek nitelikte, yani varlıksal bir yapıda değildir. Dolayısıyla bu ayrım, ancak normatif sahada yapılabilir⁴⁰⁵. Bu bakımdan, somut bir olayda faile yüklenen/itham edilen hukuki ihlalin neye yöneldiğine bakılmalı ve buna göre bir ayrım yapılmalıdır⁴⁰⁶.

Örnek olayda, hastanın eşi hekime yanlış bilgi verir. Bu nedenle de hekim hatalı bir tedavi yöntemi belirler ve uygular. Hekimin uyguladığı yanlış tedavi üzerine hastada kanama başlar ve hastanın eşi durumu derhal hekime bildirir. Kendisine haber verilmesi üzerine hastada kanama başladığını öğrenen hekim, kanamaya müdahale etmek için hastanın evine gitmez ve nihayetinde hasta hayatını kaybeder⁴⁰⁷. Örnek olayda hukuki ithamın ağırlık noktası, hekimin “yanlış tedavi uygulaması” olarak

⁴⁰⁰ Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, s. 79.

⁴⁰¹ Ulrich Sieber, “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme - Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH 3 StR 398/81 vom 10.2.1982”, JZ, c. 38, y. 1983, s. 436. Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 407.

⁴⁰² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 80.

⁴⁰³ Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 408.

⁴⁰⁴ Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 407.

⁴⁰⁵ Claus Roxin, Strafrecht AT Band II, München: 2003, kn. 75, s. 653. Jäger, kn. 333, s. 314.

⁴⁰⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 81.

⁴⁰⁷ Örnek için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 72.

kabul edilirse icrai davranış; hukuki ithamın ağırlık noktası “*kanaması başlayan hastaya müdahale etmeme*” olarak kabul edilirse ihmali davranış söz konusu olacaktır⁴⁰⁸.

1999 yılında BGH kararına konu olan bir başka olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Anne, 3 yaşındaki çocuğunu evde yalnız bırakarak, birkaç saatliğine dışarıya çıkmıştır. Evde yalnız kalan çocuk yangın çıkarmış ve bu yangın neticesinde hayatını kaybetmiştir. Mercilerin somut olayda zorlandığı temel husus; annenin davranışının icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur. Annenin olaydaki davranışını icrai kabul eden yerel mahkemenin aksine BGH; davranışın ağırlık noktasının, “*annenin çocuğu bırakarak dışarı çıkmasında*” değil, “*gereken tedbirleri almamasında*” olduğunu ifade etmiş ve somut olayda annenin sorumluluğunun ihmali davranışa dayandırmıştır⁴⁰⁹.

Günümüz Alman doktrinde baskın konumda olan bu yaklaşım, Alman uygulaması tarafından da benimsenmiş görünmektedir⁴¹⁰. Kanaatimizce; Alman uygulamasının bu teoriyi benimsemesinin nedeni, somut olay adaletini sağlamak için kendisine hareket alanı açma çabasıdır. Çünkü “*ağırlık noktası görüşü*”, teknik açıdan izaha muhtaçtır. Bu yaklaşımın, icra - ihmal ayrımı noktasında bir çözüm yöntemi olamayacağı kanaatindeyiz. Ağırlık noktası yaklaşımının nihai olarak ortaya koyduğu sonuç şudur: “*İcrai yönü ağır basan davranış icrai, ihmali yönü ağır basan davranış ise ihmali*dir”. Dolayısıyla bu ölçüt; tanımlamayı amaçladığı kavramları yine aynı kavramlarla açıklayarak metodolojik ve mantıksal bir çelişkiye düşmektedir. Tabiri caiz ise bu yaklaşım, “*Elma ile Armut’u nasıl ayırırız?*” sorusuna; “*Elmaya benzeyene Elma, Armut’a benzeyene Armut deriz*” şeklinde bir cevap vermektedir. Alman uygulamasının icra - ihmal ayrımında bu görüşü benimsemesinin nedenini, somut olay adaletini sağlamak adına kendisine hareket alanı yaratma çabasında aramak gerekir.

Bu ölçüt bakımından sorunlu gördüğümüz bir diğer husus ise şudur: “*Ağırlık noktası görüşü*”, aslında davranışın bizatihi kendisinden ziyade somut olayın tamamı göz önüne alınmak suretiyle icra ve ihmal ayrımı yapmakta, tıpkı özel hukuk

⁴⁰⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 81.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere söz konusu olayda; hekimin yanlış tedavi uygulamasının “*taksirli-icrai yaralama*”, hastaya müdahale etmemesinin ise “*ihmali davranışla kasten öldürme*” suçunu oluşturduğunu düşünmekteyiz. Bu iki suç bakımından hangi içtima kurallarının uygulanacağına yönelik görüşümüzü ise, çalışmanın son bölümünde, “*suçun özel görünüm biçimleri*” başlığı altında belirteceğiz.

⁴⁰⁹ Frister, kn. 14, s. 261.

⁴¹⁰ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 75, s. 653.

uygulamasındaki gibi toptancı bir yöntem benimsemektedir⁴¹¹. Bu yaklaşım taraftarları, somut olayın tüm şartlarını bir arada değerlendirmek suretiyle sorumluluğun icrai mi yoksa ihmali mi olduğu belirlemektedir. Bu bütüncül yaklaşım ise ihmali davranışı fiilin bir gerçekleştiriliş biçimi olmaktan çıkararak, özel hukuk yaklaşımında olduğu gibi, genel bir sorumluluk türü haline getirmektedir⁴¹². Hâlbuki icra - ihmal ayrımı noktasında kaçınılması gereken temel yaklaşım, olayın bir bütün olarak değerlendirilerek sonuca varılmasıdır⁴¹³.

Yine ağırlık noktası görüşü; hukuka duygularla yaklaştığı ve dolayısıyla kontrol edilemez bir yere varabileceği⁴¹⁴; icra - ihmal ayrımını mümkün kılmayıp, daha önceden varılan bir sonuca sadece kılıf uydurmaktan ibaret olduğu; ihmali davranışın uygulama alanını haddinden fazla genişlettiği⁴¹⁵ gerekçeleriyle de eleştirilmektedir⁴¹⁶. Bu yaklaşımın esasının kusura ilişkin olduğu ve kusura ilişkin bir hususun da icra - ihmal ayrımında değerlendirilemeyeceği de yaklaşıma yöneltlen eleştirilerden bir diğeridir⁴¹⁷. Kaldı ki; bir olayda ithamın ağırlık noktasını belirleyebilmenin ön şartı da zaten suç oluşturan fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespit edilebilmesidir⁴¹⁸. Tüm bu gerekçelerle biz de, bu ölçütün icra - ihmal ayrımında kullanılmasının isabetli olmayacağı kanaatindeyiz.

⁴¹¹ Hukukta sadece yapma şeklinde değil, “*yapılması gerekeni yapmama*” şeklinde de haksız fiil işlenebileceğinden; “*kişinin yapması gerekeni yapmaması*” da bir fiildir. Ancak “*yapmama*” şeklindeki bir eylemin haksız fiil olarak nitelendirilmesi için, o kimsenin bir “*yapma yükümlülüğü*” altında bulunması gerekir. Bir başka ifadeyle, kişi hakkında “*bir şey yapmaya yönelik bir kural*” söz konusu değilse, bu kişinin başkasının yararına olarak hareket etme yükümlülüğü mevcut değildir. Kişinin belirli bir şekilde davranmasına yönelik yükümlülük, değişik şekillerde karşımıza çıkabilir: Bilgi verme yükümlülüğü, ihbar yükümlülüğü, hesap tutma yükümlülüğü, sigorta ettirme yükümlülüğü, yardım etme yükümlülüğü gibi... Heinrich Honsell, Nedin Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529, Zürich: 2003. Kılıçoğlu, s. 275. Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 165.

⁴¹² Kılıçoğlu, s. 276. Bu kabule göre; yapmama (ihmal) ancak normatif bir değerlendirme yapmak suretiyle tespit edilebilecek niteliktedir. Doktrindeki konuya ilişkin tartışmaları ve kendi görüşümüzü çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz için bu aşamada ihmali davranışın ontik mi yoksa normatif mi olduğu tartışmalarına girmiyoruz.

⁴¹³ Rengier, kn.12, s. 459.

⁴¹⁴ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 80, s. 654.

⁴¹⁵ Hans Heinrich Jescheck ve Thomas Weigand, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin: 1996. 5. Auflage, s. 604 - 605.

⁴¹⁶ Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 82 - 83.

⁴¹⁷ Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 410.

⁴¹⁸ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 79, s. 654.

3.1.1.6. İcraya öncelik veren görüş

Bu görüşe göre; somut olayda çoğu zaman icra ve ihmal bir arada bulunur. Böyle bir durumda ise ceza hukuku bakımından esas olan icrai davranış olduğundan, ihmal geri plana atılır ve failin sorumluluğu icrai davranışa göre belirlenir⁴¹⁹.

Bu görüş de; icra ile ihmalin her zaman bir arada bulunmayacağı ve işin özünde icra - ihmal ayrımı yapmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Bununla beraber, icra - ihmal ayrımının pratik olarak mümkün olmadığı durumlarda, son çare olarak bu yaklaşıma başvurulmasında bir sakınca olmadığı ifade edilmektedir.

Kanaatimizce; icra - ihmal ayrımının mümkün olmadığı ya da tereddütte kalınan durumlarda, failin lehine olacak şekilde bir değerlendirme yapmak ceza hukukunun genel ilkeleriyle daha uyumlu olacaktır. Bu nedenle, gerçekleştirilen fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğu noktasında tereddütte kalınması halinde, icraya değil ihmale öncelik vermek ceza hukuku genel ilkeleriyle daha uyumludur⁴²⁰. Çünkü ihmali davranış bakımından failin sorumluluğuna gidilebilmesi için, icrai suçlarda aranmayan başkaca unsurların da gerçekleşmesi gerekir. Örneğin; icrai suçlarda failin neticeden sorumlu tutulabilmesi için özel bir yükümlülük altında olmasına gerek yokken, ihmali suçlarda meydana gelen neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için mutlaka “*neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında bulunması*”, bir başka ifadeyle, “*garantör*” olması gerekir. Dolayısıyla, davranışın ihmali kabul edilmesi durumunda failin ceza hukuku sorumluluğuna gidilebilmesi daha zor olduğundan failin lehine bir durum oluşturmaktadır.

Bu görüşe getirilen en temel eleştiri ise, ne teorik ne de kanuni bir dayanağının olmamasıdır⁴²¹. Gerçekten de bu görüş, icra - ihmal ayrımını herhangi bir teorik ya da kanuni temele dayandırarak çözmektedir. Bununla beraber, icrai davranışa neden öncelik verilmesi gerektiği hususunda da tatmin edici bir gerekçe ortaya koyamamaktadır. Kaldı ki, bu yaklaşım aslında icra - ihmal ayrımı yapmaktan ziyade, birden fazla fiilin bulunduğu olaylarda içtima tartışması ile çözülecek bir problemi çözmeye çalışmaktadır. Daha doğrusu, içtima tartışması ile fiilin niteliğinin tespitini

⁴¹⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 83. Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 411.

⁴²⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 90.

⁴²¹ Rolf Dietrich Herzberg, “Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt”, Teil 2: Juristische Arbeitsblätter, s. 182, akt. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 84.

birbirine karıştırmaktadır. Tüm bu nedenlerle bu yaklaşımın tam tersi olarak; icra - ihmal ayrımının yapılmasının mümkün olmadığı durumlarda, failin daha lehine olması nedeniyle ihmalin ön plana çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz.

3.1.1.7. Karma yaklaşımlar

Karma yaklaşımlar ifadesiyle, yukarıda kısaca açıkladığımız ölçütlerden birden fazlasını birleştirerek icra - ihmal ayrımı yapan görüşlere işaret etmekteyiz. Bu nedenle, matematiksel olarak onlarca karma yaklaşımın ortaya çıkması teorik olarak mümkündür. İcra - ihmal ayrımında ontolojik veya normatif yaklaşımların kendi içerisinde kombinasyonu mümkün olduğu gibi, ontolojik ve normatif yaklaşımların birbirleriyle kombinasyonları da mümkündür. Tüm bu kombinasyonların içerisinde, “nedensellik ölçütü ile enerji ölçütünü” birlikte kullanan görüş ön plana çıkmaktadır. Dolayısıyla bu başlık altında “nedensellik ölçütü” ile “enerji ölçütünü” bir araya getiren “nedensel enerji kullanma” karma ölçütünü incelemekle yetineceğiz.

“Nedensel enerji kullanma” yaklaşımı; icra - ihmal ayrımını esasen nedensellik ölçütüne göre yapmakta, fakat buna ek olarak enerji ölçütünden de yararlanmaktadır. **Roxin**; icra - ihmal ayrımı yapmanın zor olduğu durumlarda, failin icrai kabul edilmesine daha yakın durmakla birlikte bunun için failin aktif bir tutum takınmak için “harcadığı enerjinin” meydana gelen netice bakımından “nedensel olması” ve “failin kastının bu netice bakımından tespit edilmesini” aramaktadır⁴²². Özetle **Roxin**; icra - ihmal ayrımı noktasında nedensellik bağı ölçütünü esas almakla birlikte, bunu enerji ölçütü ile desteklemektedir⁴²³. Sonuç olarak, bu yaklaşıma göre, icra - ihmal ayrımı için öncelikle nedensellik ölçütü kullanılmalıdır. Bu ölçütün yeterli olmadığı veya eksik kaldığı durumlarda ise, enerji kullanımı ölçütü ve failin kastı da göz önünde tutulmak suretiyle davranışın niteliği belirlenmelidir.

Doktrinde ciddi taraftar bulan bu yaklaşım özetle; “ilgili suç tipindeki neticenin koruduğu hukuki menfaati ihlal etmeye yönelik nedensellik sürecini başlatmak için failin enerji harcamasından” bahsetmektedir⁴²⁴. Buna göre; icrai davranışta enerji

⁴²² Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 77 - 78, s. 653 - 654.

⁴²³ BGH da verdiği bir kararda bu karma teoriyi anımsatan tespitler yapmıştır: Sürücünün aracını kullanırken gaz pedalına “enerji harcayarak” basması, aracın direksiyonunu farklı taraflara yönlendirmesinin dış dünyadan algılanabilir nitelikte olması ve bir hukuki değeri ihlal etmesi nedeniyle “icrai davranıştan” bahsetmek gerekir. BGH, DAR, 1981, 226, Sieber, s. 433.

⁴²⁴ Roxin, Strafrecht AT Band II, s. 653 - 654.

kullanımı söz konusu olmalı, bu enerji suç tipi ile korunan hukuki menfaati ihlal etmeye yönelik olmalı ve nihayetinde harcanan bu enerjiyle suç tipindeki neticeye sebebiyet veren nedensellik süreci başlatılmalı, devam ettirilmeli ya da kuvvetlendirilmelidir⁴²⁵.

Bu ölçütün icra - ihmal ayrımına yönelik çözümü, şu örnek olay üzerinden açıklanmaktadır. Bir terör örgütü, öldürmek amacıyla bir hâkimin aracının altına bomba düzeneği yerleştirir. Babasının aracına bomba yerleştirildiğini gören hâkimin oğlu ise, terör örgütü üyesi olduğu ve babasından nefret ettiği için duruma sessiz kalır, herhangi müdahalede bulunmaz. Bu ihtimalde oğul, “*ihmali davranışla*” öldürmeden sorumlu olacaktır. Çünkü enerji kullanmak suretiyle nedensel bir süreci başlatmamış, sadece daha önceden başlayan bir nedensel sürece müdahale etmemiştir. Diğer taraftan babasının aracına bomba yerleştirildiğini gören hâkimin oğlu, düzeneğin yanlış yerleştirildiğini farketmiş ve bombanın patlaması için düzeneğe müdahale etmiştir. Bu ihtimalde ise oğul; “*enerji kullanmak*” suretiyle ölüm neticesine “*nedensel bir katkı sağladığı*” için artık “*icrai davranışından*” sorumlu olacaktır⁴²⁶.

Yukarıda değindiğimiz görüşlere ek olarak, icra - ihmal ayrımını suçun koruduğu hukuki değerle bağlantılı olarak yapılmasının da mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bu yaklaşıma göre; hukuksal değer ihlali istenilerek yapılan hareketle gerçekleştirildiğinde icrai fiilden, iradi hareket belirli durumlarda yapılmak istenmeyip, gerçekleştirilmediğinde ise ihmali fiilden bahsedilir⁴²⁷.

3.1.2. İcra - İhmal Ayrım Ölçütlerine İlişkin Değerlendirmemiz

Görüldüğü üzere, icra - ihmal ayrımının ne şekilde, hangi ölçüte göre yapılacağı hususunda doktrin ve uygulamada görüş birliği yoktur. İcra - ihmal ayrımının nasıl yapılacağına yönelik üzerinde uzlaşılabilen belki de tek husus, “*bu ayrımı yapmanın hiç de kolay olmadığıdır*”⁴²⁸. Hatta bu ayrımın zorluğu nedeniyle, icra - ihmal

⁴²⁵ İcra - ihmal ayrımında baskın nitelikte olan “*Ağırlık Noktası Ölçütünü*” savunan bazı yazarlar: “*Bu görüş her zaman doğruyu göstermez. Çünkü somut olayda bir enerji sarfıyatı söz konusu olmasına rağmen olayın ağırlık noktası hala ihmali hareket olabilir*” diyerek bu yaklaşımı eleştirmektedir. Rengier, kn. 10, s. 458.

⁴²⁶ Örnek için bkz. Erbaş, “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 420 - 421.

⁴²⁷ Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara: 2003, s. 903.

⁴²⁸ Spendel, s. 183. Rengier, kn. 9, s. 458. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 88. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 392. Avcı ve Yerdelen, s.173.

ayrımının gereksiz olduğu dahi savunulmuştur. Söz konusu ayrımın “*gereksiz olduğunu*” savunanlar; bu ayrımın suni olduğunu, bir başka ifadeyle, icra - ihmal ayrımı yapmanın ceza hukuku bakımından herhangi teorik ya da pratik bir faydasının olmadığını ileri sürmektedir. Bu yaklaşıma göre; nedensellik bağı, teşebbüs, iştirak, içtima gibi konularda ihmali davranışla icrai davranış arasında herhangi bir farklılık söz konusu olmadığından böyle bir ayrımı tartışmak gereksizdir⁴²⁹.

Doktrindeki bir diğ er yaklaşım ise, icra - ihmal ayrımının “*mümkün olmadığını*” savunmaktadır. Çünkü icra ile ihmal, birbirinden ayırt edilemeyecek kadar sıkı bir ilişki içerisindedir. Dolayısıyla birbiriyle bu kadar yakın ilişki içerisinde bulunan, adeta birbiri içerisine geçmiş olan bu davranış türlerini her durumda birbirinden ayıracak bir ölçüt bulmak da mümkün değildir. Kanaatimizce de; icra - ihmal ayrımı yapabilmek çoğu zaman oldukça meşakkatlidir. Elbette ki bu durum, ihmali davranışın özünün ne olarak kabul edildiğiyle de doğrudan alakalıdır. Bu ayrımı yaparken karşılaşılan zorluk, ihmali yapısını ontik kabul edenler kadar normatif kabul edenler bakımından da geçerlidir. İcra - ihmal ayrımındaki bu zorluk nedeniyle doktrin, konuyu daha çok somut olaylar üzerinden çözmeye çalışmıştır. Özellikle Alman doktrininde, icra - ihmal ayrımına ilişkin tartışmalar, artık neredeyse klasikleşmiş belli başlı örnekler üzerinden yürütölmektedir. Biz de çalışmamızın bu bölümünde, klasik olay kalıpları üzerinden konuya ilişkin görüşümüzü açıklamaya gayret edeceğiz. Bununla beraber söz konusu örnekleri tartışmadan önce, icra - ihmal ayrımı için ileri sürölen ve yukarıda ifade ettiğimiz yaklaşımlara ilişkin kısa bir değerlendirme yapmak gerekir.

İcra - ihmal ayrımına ilişkin temel yaklaşımlardan, “*vücut hareketi ölçütünün*” daha kullanılabilir olduğu kanaatindeyiz⁴³⁰. İhmali suçlarda, icrai suçlardaki gibi bir nedensellik ilişkisinin kurulup kurulamayacağı, kurulacak ise bunun ne şekilde yapılacağı ayrı bir tartışma konusu olduğundan, bu tartışmanın ayrıntılarına şu aşamada girmeyeceğiz. Bununla birlikte, icra - ihmal ayrımı konusunda doktrinde ciddi manada kabul gören nedensellik ölçütünün, vücut hareketi ölçütü ile oldukça

⁴²⁹ Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 85.

⁴³⁰ Rengier; “*davranışın ağırlık noktası*” görüşüne taraftar gibi görünmekle beraber, bazı açıklamalarıyla “*nedensellik ölçütüne*” de yaklaşmaktadır. Yazar, “*davranışın ağırlık noktası*” görüşüne taraftar olduğunu belirtmekle birlikte yine aynı eserinde, enerji kriterinin icra - ihmal ayrımı noktasında önemli bir destekleyici kriter olduğunu da ifade etmektedir. Dolayısıyla icra - ihmal ayrımı noktasında var olan karışıklıktan yazarın da nasibini aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Rengier, kn. 16, s. 459.

benzeştiğini düşünmekteyiz. Bizce her iki yaklaşım arasındaki en belirgin fark şudur: Vücut hareketi ölçütü suçun fiil unsurundan yola çıkararken, nedensellik ölçütü ise neticeden yola çıkmaktadır.

Vücut hareketi ölçütünün çıkış noktasını oluşturan “*aktif bir davranışta bulunma*”, tipik neticenin meydana gelmesini sağlayan nedensellik sürecini bizzat başlatmaktadır. Bununla birlikte pasif bir davranış, yani bir şeyin yapılmaması ise daha önceden başlamış olan ve neticeyi gerçekleştirmeye yönelik nedensellik sürecine müdahale etmekten kaçınmakta, tabiri caizse, olayı kendi akışına bırakmaktadır. Sonuç olarak, “*vücut hareketi ölçütü*” ile “*nedensellik ölçütü*” birbiriyle oldukça benzeşmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken temel husus; ihmali suçlar bakımından nedensellik bağı değerlendirmesinin yapılıp yapılamayacağı, yapılacaksa ne şekilde yapılacağıdır. Doktrinde, icrai suçlar bakımından doğal bir fenomen olarak ortaya çıkan nedensellik bağının ihmali suçlar bakımından aynı şekilde tespit edilemeyeceğine yönelik görüşler de mevcuttur⁴³¹. Biz, nedensellik bağı tartışmasını çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yapacağımız için, bu aşamada ayrıntıya girmiyoruz. Ancak nedensellik bağı tartışmalarının icra - ihmal ayrımı noktasında bir problem yaratma ihtimali ve ihmali davranışın ontik vasfıyla daha uyumlu olması nedenleriyle, icra - ihmal ayrımı için “*vücut hareketi ölçütünü*” tercih ettiğimizi belirtmek istiyoruz.

Enerji ölçütü ise, aslında vücut hareketi ölçütünün farklı bir ifade ediliş şeklidir. Bununla beraber “*enerji*” kavramından ne anlaşılması gerektiği izaha muhtaçtır. Çünkü hiçbir şey yapmadan, hareketsiz bir şekilde öylece duran veya uyuyan bir insan dahi, metabolizmasının çalışması nedeniyle belirli bir miktar enerji harcamaktadır. Tıp biliminin günümüzde geldiği nokta itibarıyla bu tespit kanıtlanmıştır. Dolayısıyla, pozitif bilimler bakımından kabul edilen “*enerji*” kavramının, icra - ihmal ayrımı noktasında bu şekilde kullanılması doğru değildir. Aksi takdirde, her bir somut olay bakımından hakim, ilgili failin olay sırasında enerji kullanıp kullanmadığını tespit etmek için Adli Tıp yardımına başvurması gibi absürd bir durum ortaya çıkacaktır ki, bu durumun da ne teorik ne de pratik açıdan kabul edilmesi mümkündür.

Enerji kullanma ölçütüne getirilen bir başka haklı eleştiri ise şu şekildedir: Beklenen hareketi yapmayan kişi, başka bir şey yapıyor olabilir. Dolayısıyla enerji ölçütü, icra -

⁴³¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 239 - 240.

ihmal ayrımı yapma noktasında bir fonksiyon ihtiva etmemelidir. Enerji ölçütünü savunanlar ise bu eleştirilere şu şekilde cevap vermektedir: Enerji harcanmasından kasıt, “*enerjinin beklenen yönde kullanılmasıdır*”. İhmali davranışından dolayı sorumlu tutulan kimse, elbette ki o sırada başka bir şey yapıyor ve enerji harcıyor olabilir. Başka bir amaç için failin harcadığı enerji, bu ölçüt bakımından önem arz etmez. Bu yaklaşıma göre önem arz eden; “*failin kendisinden beklenen hareketi yapması noktasında sarf etmediği / kullanmadığı enerjidir*”⁴³². Bu nedenle, aslında bu yaklaşıma göre, “*beklenen hareket kavramı*” ihmali davranışın bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır⁴³³. Biz bu ölçüte; vücut hareketi ölçütü ile ortaya konulmak istenen çözümden farklı bir çözüm üretmediği, bununla beraber enerji gibi hukuk açısından ne olduğu net olmayan muğlak bir kavram kullandığı, “*beklenen hareket*” gibi normatif bir değerlendirmeyi fiil unsuru içerisine dâhil ettiği gerekçeleriyle iştirak etmiyoruz. Kaldı ki, bu görüşün en önemli temsilcisi olarak kabul edilen **Engisch** de, bu teori ile farklı kavramlar kullanmalarına rağmen aslında var olan ve herkesçe bilinen bir sonuca ulaşmaktan başka bir şey yapmadıklarını ikrar etmiştir⁴³⁴.

“*Davranışın sosyal manası ölçütü*” ise oldukça normatif ve muğlak bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Her şeyden önce, sosyal manadan kastın ne olduğu belli değildir. Sosyal mananın hangi ölçüte göre, ne şekilde verileceği izaha muhtaçtır. Somut bir olayda, ihmal ve icra sınırlarının ne şekilde belirleneceği hususu oldukça sübjektiftir. Dolayısıyla, “*sosyal mana ölçütünün, öncelikle kendisine bir mana vermesi gerekir*”. Bir başka ifadeyle bu ölçüt; hukuk güvenliğini sağlayacak asgari koşulları dahi ortaya koyamamakta, tabiri caizse, icra - ihmal ayrımını tamamen değerlendirmeyi yapanın duygularına bırakmaktadır. Tüm bu gerekçelerle biz, “*davranışın sosyal manası ölçütüne*” de iştirak etmemekteyiz.

Alman uygulamasının sıklıkla kullandığı “*ağırlık noktası ölçütü (Schwerpunkt)*” de, tıpkı sosyal mana ölçütü gibi aşırı sübjektif niteliktedir. Alman uygulamasının, somut olay adaletini sağlamak bakımından bu ölçüte bir “*can simidi*” gibi sarıldığını söylemek abartı olmayacaktır. Bu yaklaşım, herhangi bir ölçüte dayanarak icra - ihmal ayrımı yapmamaktadır. Burada yapılan şey; “*mahkeme tarafından hangi ölçüte göre yapıldığı belli olmayan ayırım neticesinde varılan sonuca isim vermekten*” ibarettir. Bu

⁴³² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 73.

⁴³³ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 174 - 175.

⁴³⁴ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

bakımdan, “*ağırlık noktası ölçütü*” icra - ihmal ayrımında kullanılan bir kriterden ziyade, varılan sonucun bizatihi kendisidir. Gerçekten de bu yaklaşım; davranışın ağırlık noktasının hangi durumlarda icrai, hangi durumlarda ihmali olduğuna ilişkin herhangi bir objektif ya da sübjektif ölçüt ortaya koymamaktadır. Dolayısıyla bu ölçütün de icra - ihmal ayrımında kullanılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

“*İcraya öncelik veren yaklaşım*” ise; icra - ihmal ayrımı yapmaktan ziyade, bu ayrımın yapılmasının zor olduğu ya da mümkün görünmediği durumlarda, son çare olarak başvurulacak bir “*tamamlayıcı ölçüt*” gibi düşünülmektedir. Bir başka ifadeyle, bu yaklaşım, temel değil ancak tamamlayıcı bir ölçüt olarak kabul edilebilir. Bununla beraber, suçun maddi bir unsuru olan fiilin niteliği konusunda kesin bir neticeye varılamaması ihtimalinin, ceza muhakemesi hukuku bakımından mümkün olup olmadığını da ayrıca tartışmak gerekir. Bu tartışmayı bir kenara bırakacak olursak, icraya ihmale nazaran neden öncelik verildiği konusunda ikna edici teorik ya da kanuni bir açıklama yapılması gerekir. Kanaatimizce; icra ile ihmal arasında bir ayrım yapılamaması gibi bir durum söz konusu ise, failin daha lehine olduğu için ihmali davranışın öne çıkarılması daha mantıklı olacaktır. Fiil, suçun maddi bir unsurudur ve hem icra hem de ihmal davranışın iki temel görünüş biçimi olarak tezahür eder. Bu nedenle de icra - ihmal ayrımının zor olduğu kabul edilebilirse de, bu ayrımın imkânsız olduğu söylenemez. Sonuç olarak; bu yaklaşımın da icra - ihmal ayrımında doyurucu çözümler ürettiğini söylemek mümkün değildir.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, icra - ihmal ayrımına ilişkin görüşümüzü bir örnek olay üzerinden açıklamaya çalışalım: Yanmakta olan bir binanın üst katında yaşayan ve yangının ortasında kala A, binanın balkonuna çıkarak çevreden yardım ister. Karşı binada oturan ve yangını fark eden B ve C, olay yerine intikal eder ve A’nın yardım talebini işitirler. Bu örnek olay bakımından çeşitli ihtimaller söz konusu edilebilir.

İhtimal 1: Yangından kurtulmak için balkona çıkan A’nın atlamak veya başka bir binaya geçmek şeklinde yangından kurtulma imkânı yoktur. B ve C, A’ya yardım için merdiven temin ederler. Ancak, bu arada gelişen başka bir saikle, merdiveni balkona dayayarak A’nın aşağı inmesini sağlamak yönündeki girişimlerinden vazgeçerler. Çaresiz kalan A, balkonda ölür.

Kanaatimizce bu ihtimalde, B ve C’nin A’yı öldürmeye yönelik icrai bir davranışı söz konusu değildir. Bu durumda B ve C’nin ceza hukuku sorumluluklarının hukuki

dayanağını, teminat yükümlülüğü altında (garantör) olup olmamalarına göre belirlemek gerekmektedir. Şayet B ve C, A'nın maruz kaldığı bu tehlike karşısında teminat yükümlülüğü altında (garantör) iseler, ihmali davranışla işledikleri kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulmaları gerekir. B ve C'nin, sonrasında vazgeçmelerine rağmen, öncesinde karşı karşıya olduğu tehlikeden A'yı kurtarma yönünde girişimde bulunmalarının, kendilerini teminat yükümlülüğü altına sokup sokmadığını, kendilerine garantörlük sıfatını kazandırıp kazandırmadığını da değerlendirmek gerekir. Başlangıçtaki girişimleri dolayısıyla B ve C'nin A'yı kurtarmaya yönelik olarak “gönüllü üstlenme” nedeniyle teminat yükümlüsü (garantör) olduğu kabul edilirse, ihmali davranışla işledikleri kasten öldürme suçundan sorumlulukları gündeme gelecektir. Buna karşılık, B ve C'nin başlangıçtaki yardım girişimlerine rağmen teminat yükümlüsü (garantör) olarak kabul edilmedikleri takdirde, *yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” suçundan sorumlulukları yoluna gidilecektir.

İhtimal 2: B ve C, A'nın aşağı inmesini sağlamak için merdiveni balkona dayarlar. Ancak A'nın aşağı inmeye başladığı sırada merdiveni kontrol etmekten vazgeçerler. Aşağı düşen A, sert zemine çarparak ölür. Bu ihtimalde B ve C, icrai davranışla işledikleri kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulur. Çünkü B ve C'nin kontrol etmekte oldukları merdiveni A'nın aşağıya inmeye çalıştığı sırada kontrol etmekten vazgeçmeleri, icrai nitelikte bir davranıştır ve ölüm neticesini gerçekleştiren sürecin doğrudan bir parçasıdır.

Türk uygulamasında ise, icra - ihmal ayrımına ilişkin tutarlı bir yaklaşım olduğunu söylemek mümkün değildir. YCGK kararına konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir⁴³⁵: Sanık Anne, suç tarihinden 5 gün önce doğan bebeğini orman içerisindeki moloz yığınının yanına bırakarak oradan ayrılmıştır. Ertesi gün bebek ölü olarak bulunmuştur. Yapılan otopsi raporuna göre, bebeğin ölümünün soğukta kalma sonucu meydana gelmiş olduğunun belirtilmiştir. Olaya ilişkin olarak ilk derece mahkemesi; ihmal suretiyle nitelikli kasten öldürme suçundan hüküm kurmuştur. Temyiz üzerine inceleme yapan Yargıtay 1. Ceza Dairesi ise, olayda icrai davranışla ancak olası kastla öldürme olduğundan bahisle hükmü bozmuştur. Bozma kararı üzerine ilk derece mahkemesi:

⁴³⁵ YCGK. E. 2020/164, K. 2020/239, T. 28.05.2020.

Sanığın, bebeğini ormanlık alana götürüp bırakma şeklindeki icrai eylemi ölüm sonucunu doğrudan meydana getirmediğinden, bebeğin ölümünün soğuktan donma sebebine dayandığının Adli Tıp Raporu ile tespit edilmiş olması karşısında burada garantör konumunda bulunan sanığın, bir anne olarak çocuğunun yaşamsal ihtiyaçlarını karşılamaması, bu kapsamda çocuğunu soğuktan koruması ve beslemesi gerekirken yapmaması biçiminde ihmali davranışının ölüme sebebiyet verdiği anlaşıldığından sanığın cezai sorumluluğunun TCK'nın 83. maddesi kapsamında belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, sanığın bebeği ormanlık alana bırakma şeklindeki icrai davranışının ölüm neticesini doğrudan meydana getirmediği, örneğin bebeği boğmak veya bir cisimle vurarak doğrudan öldürmek biçiminde olmadığı ortadadır. Ölüm sonucu dış etkenler (havanın soğukluğu) ile meydana gelmiş olup bu sonucu doğrudan etkileyen hareket ise annenin, kanunla kendisine yüklenen “Yapma biçimindeki emredici hükümleri”, yani bebeğin ısınma ihtiyacını, onu koruma yükümlülüğünü, “Yapmama” biçiminde yerine getirmemesidir. Burada ise ölüm sonucuna doğrudan etki eden hareket ihmali bir harekettir

gerekçesiyle direnme kararı vermiştir.

Bunun üzerine dosyayı inceleyen YCGK ise, konuya ilişkin değerlendirmelerinde, icra -ihmal ayrımı noktasında “*aktif davranış - pasif davranış*” ifadelerini vurgulamasına, yani vücut hareketi ölçütüne atıf yapmasına rağmen farklı bir sonuca ulaşmıştır. YCGK’ya göre:

İkinci uyuşmazlık konusunda anlatıldığı şekilde gerçekleşen olayda; doğurduğu bebeği beslemek, bakımını yapmak ve korumak gibi hukuki yükümlülük altında bulunan ve bu bakımdan garantör konumunda olduğu hususunda tereddüt bulunmayan sanığın, bu hukuki yükümlülüklerini de yerine getirmemekle birlikte, yeni doğmuş, savunmasız hâlde bulunan ve hiçbir ihtiyacını kendisi karşılayamayan 5 günlük bebeği, güvende olduğu evden alarak başkaları tarafından bulunması mümkün olmayan ıssız bir yere götürüp ölüme terk etme eyleminin, bebeğin karnını doyurmamak gibi ihmali bir hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bebekten kurtulmak amacını taşıyan sanık, öleceğini bildiği hâlde bebeğini ıssız bir yere götürerek kendi hâlinde bırakmış ve kaçınılmaz netice olan ölüm meydana gelmiştir. Sanığın bu eyleminin bebeği boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıştan farkı bulunmamaktadır. Bu nedenle sanığın öldürme eylemini, doğrudan kasıtlı ve icrai bir davranışla gerçekleştirdiği kabul edilmelidir.

Çoğunluk görüşüne katılmayan iki Ceza Genel Kurulu Üyesi; sanığın eylemini ihmal suretiyle gerçekleştirdiği düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır.

Biz de somut olayda tıpkı ilk derece mahkemesi gibi, “ihmali davranışla kasten öldürme suçunun” oluştuğunu düşünmekteyiz. YCGK’nın “*sanığın bu eyleminin bebeği boğma veya darp etme gibi aktif bir davranıştan farkı bulunmamaktadır*”

tespitine katılmakla beraber, bu tespitin ihmali fiilin cezalandırılmasını sağlayan “eşdeğerlik kaydına” işaret ettiği gözden kaçırılmamalıdır. Dikkat edilirse, somut olaydaki ölüm neticesi “annenin bebeği ormanlık alana götürüp bırakmasının” bir sonucu değildir. Dolayısıyla bu fiilin yaralama veya boğma fiilleriyle aynı nitelikte olduğunun kabul edilmesi mümkün değildir. Somut olayda meydana gelen ölüm, soğukta donma nedeniyle gerçekleştiğinden, annenin ceza sorumluluğuna esas teşkil eden fiili icrai değil ihmalidir. Bununla beraber ihmali fiilin haksızlık içeriği, icrai davranışla öldürme ile eşdeğer olduğundan fail cezalandırılacaktır. Annein doğrudan kastının mı yoksa olası kastının mı olduğu hususu ise, bebeğin bırakıldığı yerin niteliğine göre belirlenmelidir. Eğer bebek kimsenin bulmasının mümkün olmadığı, ormanın derinliklerinde bir yerde bırakılmış ise doğrudan kastın, bebek görece insanların geçip gittiği bir yere yakın bırakılmış ise olası kastın varlığından bahsetmek gerekir.

3.1.3. Somut Olaylar Üzerinden İcra - İhmal Ayrımı

Alman doktrinde konuya ilişkin hemen her çalışmada, icra - ihmal ayrımı tartışmaları örnek olaylar üzerinden yürütülmektedir. Hatta bu örnek olaylar zamanla klasikleşerek hemen her eserde belirli isimlerle aynı şekilde yer almaya başlamıştır. İhmali suçlara ilişkin teorik yaklaşımların büyük bir kısmı ve özellikle de icra - ihmal ayrımı, bu örnek olaylar üzerinden yürütülmektedir. Hem doktrindeki tartışmaların odak noktası olması, hem de icra - ihmal ayrımını somutlaştırması bakımından önemli olduğunu düşündüğümüz bu temel olaylar üzerinden konuya ilişkin değerlendirme yapmanın, meselenin daha iyi anlaşılabilmesi açısından faydalı olacağını düşünmekteyiz.

Söz konusu olay kurgularını incelemeden önce şu hususun altını tekrar çizmek gerekir: Özellikle icra - ihmal ayrımı noktasında doktrin ve uygulamada en çok yapılan hata; manevi unsurlardan, özellikle taksire ilişkin değerlendirmelerin suçun fiil unsuru içinde yapılmasıdır. İhmali suçlarda taksir konusuna, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak yer vereceğimizden, bu aşamada konuya ilişkin ayrıntılı bir değerlendirme yapmaktan kaçınıyoruz. Sadece şunu belirtmekle yetinelim ki; “bir şeyi yapmamak” ihmal, “bir şeyi gereklerine uymadan yapmak” ise taksirli icradır. “Bir şeyi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan dolayı yap(a)mamak” ise taksirli ihmaldir. İcra - ihmal ayrımında dikkat edilmesi gereken husus, suç oluşturan fiilin,

insan davranışının aktif ya da pasif olmasıdır. Fiilin gerçekleştirilmesinden önce ya da gerçekleştirilmesi sırasında; *“dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulup uyulmaması”*, *“davranışın beklenen şekilde yapılması ya da yapılmaması”* ise fiilin niteliğine değil, suçun manevi unsuruna ilişkindir. Örneğin bir görevlinin *“emekli maaşları için fazla ödeme yapması”*⁴³⁶, her ne kadar fail bakımından *“görevinin gereklerini yerine getirmeme”* unsurunu ihtiva etmekteyse de, ihmali değil icrai bir fiildir. Burada *“görevinin gereklerine aykırılık”*, davranışın icrai veya ihmali olmasına bakılmaksızın, fiilin işlenişi ile ilgili bir değerlendirmeyi ifade etmektedir.

Davranışla ilgili olarak icra - ihmal ayrımı yapılırken dikkat edilmesi gereken bir başka husus, bu değerlendirmenin somut bir olay bağlamında, belirli bir davranışa özgü olarak yapılmasıdır. Davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğu tespit edilirken, uyuşmazlık konusu olaydaki birçok davranış bir araya getirilerek genel bir değerlendirme yapmaktan mutlak suretle kaçınılmalıdır⁴³⁷. Hukuki anlamda birden fazla fiilin gerçekleştiği olaylarda ise; her fiil kendi içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalı ve sorun içtima tartışması çerçevesinde çözülmelidir. Somut olayın tamamı göz önüne alınmak suretiyle toptancı bir değerlendirme yapılması, icra - ihmal ayrımında isabetli bir sonuç doğurmayacaktır.

Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak: Sürücü S, gece vakti aracıyla seyir halindeyken önüne bir şey çıktığını farkeder ve aniden frene basar ancak aracını durduramaz. Aracından inip yolu kontrol ettiğinde, bir insana çarptığını ve onu yaraladığını görür. Vaktin gece ve olay yerinin ıssız olmasından dolayı yakalanmayacağını düşünen S, yaralıyı öylece bırakır ve yoluna devam eder. Saatlerce olay yerinde yardım bekleyen yaralı, kan kaybından hayatını kaybeder. Böyle bir olayda; S'nin aracıyla bir insana çarpması hukuki açıdan ayrı bir fiil, daha sonra yaralıyı öylece bırakması ve yardımı etmemesi ise ayrı bir fiildir. Bu bakımdan icra - ihmal ayrımı, her iki fiil için de ayrı ayrı yapılmalıdır. Olay bir bütün halinde değerlendirilip, fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunu tespit etmeye yönelik toptancı bir yaklaşım doğru sonuç doğurmaz. Somut olayda, mağdura araçla çarpma fiili taksirli - icrai davranışa, yaralıya yardım etmeme fiili ise kasıtlı - ihmali davranışa

⁴³⁶ **Yargıtay 4. C.D.** 2151/5083, T. 12.06.2000, YKD, Mart 2001, s. 440, naklen Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 89.

⁴³⁷ Rengier, kn.12, s. 459.

işaret etmektedir. Bu bakımdan fail, taksirle işlenmiş icrai yaralama ve kasten işlenmiş ihmali öldürme suçlarından belirlenecek içtima kurallarına göre sorumlu olacaktır⁴³⁸.

Doktrinde icra - ihmal ayrımının yapıldığı örnek olaylar üzerinden konuya ilişkin yaklaşımımızı detaylandırabiliriz:

Keçi Kılı Olayı⁴³⁹: Fabrikatör (F), kullanılmadan önce dezenfekte edilmesi gereken keçi kılından yapılmış materyali, dezenfekte etmeden işçilerine verir. İşçilerin bu materyali kullanması neticesinde birçok işçi hastalanır veya ölür⁴⁴⁰. Bu olayda; fabrikatör F'nin ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden fiil, keçi kılını dezenfekte etmemek (ihmali davranış) mı yoksa dezenfekte edilmeyen keçi kılını işçilere vermek (icrai davranış) midir?

Olayda icrai bir davranış mı yoksa ihmali bir davranış mı olduğu hususu doktrinde tartışmalı olmakla beraber bizim de katıldığımız baskın görüş⁴⁴¹, olayda ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden davranışın “icrai” olduğu yönündedir. Çünkü F'nin ceza sorumluluğuna esas teşkil eden fiili, “*dezenfekte edilmeyen keçi kılını işçilere vermektir*”⁴⁴². Bu olayda fail, aktif bir davranışta bulunarak dış dünyada değişiklik meydana getiren süreci başlatmıştır. Bu nedenle, olayda ihmali değil icrai davranış söz konusudur⁴⁴³. Diğer taraftan azınlıkta kalan karşıt görüş ise; somut olayda ceza sorumluluğuna esas teşkil eden davranışın, keçi kılının işçilere verilmesi değil, “*keçi kılınının dezenfekte edilmemesi olduğunu*”, dolayısıyla da ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden davranışın “ihmali” olduğunu savunmaktadır.

Örnek olayda dikkat edilmesi gereken en önemli husus şudur ki, işçilerin sağlıklarının bozulmasını sağlayan şey keçi kılı ile temas etmeleridir. Fabrikatörün, işçilerin keçi kılıyla temas etmesini sağlayan fiili ise; kullanmaları için bu materyalleri onlara vermesi, teslim etmesidir. Dolayısıyla F, aktif bir davranış sergilemek suretiyle tipik neticeyi meydana getirmiştir. Bununla beraber fabrikatör F; insan sağlığı açısından

⁴³⁸ Doktrindeki baskın görüş; böyle bir durumda failin her iki suçtan da gerçek içtima hükümlerince sorumlu olması gerektiği yönündedir. Ancak biz, çalışmamızın üçüncü bölümünde, “*içtima*” başlığı altında ayrıntılı olarak açıklayacağımız gerekçelerle baskın görüşe katılmamaktayız. Örnek olayda failin yalnızca kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu olacağını düşünmekteyiz.

⁴³⁹ **Ziegenhaar Fall.**

⁴⁴⁰ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin / New York: 1991, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, bn. 28, kn. 6, s. 777 - 778. Spindel, s. 183 - 184. Rengier, kn. 14, s. 459, Fall 1. Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 74, s. 652. Jäger, kn. 333, s. 315, Beispiel 1. Frister, kn. 9, s. 259.

⁴⁴¹ Rengier, kn.16, s. 459.

⁴⁴² Rengier, kn.16, s. 459.

⁴⁴³ Jäger, kn. 333, s. 315, Beispiel 1. Frister, kn. 9, s. 259.

zararlı olduğu gerekçesiyle işçilerden uzakta, güvenli bir yerde tutulması ve imha edilmesi gereken hastalıklı derileri, herhangi bir önlem almadan öylece ortada bırakmış olsaydı varacağımız sonuç değışirdi. Çünkü bu ihtimalde, ilgili materyallere yönelik failin aktif bir davranışı yoktur. Bu ihtimalde işçiler, deriler başka bir yere nakledilmediğı / muhafaza altına alınmadığı için zarar görmüştür. Böyle bir durumda fabrikatör F, pasif bir davranışla, kanunen yasaklanan neticenin meydana gelmesini engellemediğı için, yani “bir şeyi yapmadığı” için ihmali davranışından sorumlu olacaktır.

Somut olayın gelişim şekli de fabrikatör F’nin ceza sorumluluğuna esas teşkil edecek davranışının niteliğı bakımından önemlidir. Örneğın; çok fazla kişinin çalıştığı bir fabrikada kullanılan malzemeleri işçilere bizzat fabrika sahibinin teslim etmesi çok beklenen bir durum değildir. İlgili organizasyon içinde bu işi yapmakla, yani malzeme temin etmekle başka kişi ya da kişiler görevlendirilmiştir. Dolayısıyla böyle bir durumda, zehirli malzemeleri işçilere bizzat teslim eden görevlilerin icrai fiili söz konusu olsa da fabrikatör F’nin icrai bir fiilinin olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak fabrikatör F, olaydan haberdar olmasına rağmen olayı engellememiş ise garantör sıfatıyla ihmali davranışından sorumluluğı gündeme gelecektir. Eğer fabrikatör F; durumu bilmesine rağmen müdahale etmemişse kasti ihmali davranışı, gerekli dikkat ve özeni göstermediğinden fark edememişse taksirli ihmali davranışı söz konusu olur.

Dolayısıyla, somut olayda fabrikatörün keçi kıllarının hastalıklı olduğunu bilip bilmemesi veya davranışının muhtemel neticeleri hakkında herhangi bir öngörü sahibi olup olmaması, suçun fiil unsuru bakımından değil, manevi unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken hususlardır.

Eczacı Olayı⁴⁴⁴: Eczacı E, hastaya tekrar temin edilebilmesi için hekim onaylı yeni bir reçete gerektiren fosfor içerikli bir ilacı, hastanın talebi üzerine, eski reçeteye istinaden ikinci kez verir. Bu şekilde temin edilen ilacı kullanan hasta, ilacın oluşturduğu olumsuz etkiler nedeniyle hayatını kaybeder⁴⁴⁵.

Kanaatimizce, bu olayda da ihmali değil icrai bir davranış söz konusudur. Hastanın hayatını kaybetmesine neden olan ve eczacıya isnad edilebilecek fiil, ilacın hastaya

⁴⁴⁴ **Apotheker Fall.**

⁴⁴⁵ Spindel, s. 183. Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 74, s. 652.

temin edilmesi, verilmesidir. Ölüm neticesine giden nedensel süreç “aktif” bir davranışla başlatıldığı için olayda icrai davranış söz konusudur. Eczacının, ilacın tekrar verilmesi için yeni bir reçete gerektiğini bilmesine rağmen ilacı bilerek ya da bu durumu gözden kaçırarak vermiş olması suçun fiil unsuru bakımından değil, manevi unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken bir konudur. Sonuç olarak, bu olayda eczacının bu özel durumu bilip bilmemesine göre, kasıtlı ya da taksirli, ama her halükarda icrai bir davranış söz konusudur. Elbette ki eczacının ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, söz konusu ilacın failin ölümüne neden olacağını da en azından öngörmesi yani en azından taksirinin bulunması gerekir.

Bisiklet Sürücüsü Olayı⁴⁴⁶: Bisiklet sürücüsü B, bisikletinin farlarını düzgün bir şekilde ayarlamadığı halde gece vakti yola çıkar. Farların düzgün çalışmaması nedeniyle karanlıkta bir çocuğa çarparak onu yaralar⁴⁴⁷.

Örnek olayda B’nin ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden fiil; bisikletin farlarını düzgün bir şekilde ayarlamaması (ihmali) mı, yoksa bisikletle çocuğa çarpması (icrai) mıdır? Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş; somut olayda, bisiklet sürücüsünün icrai davranıştan sorumlu olacağı yönündedir⁴⁴⁸. Çünkü söz konusu olayda, çocuğun yaralanmasına neden olan fiil, bisikletle çarpmadır. Dolayısıyla da yaralanmaya neden olan fiil “aktif” bir davranışla gerçekleştirildiği için icrai davranış söz konusudur. Bisiklet sürücüsünün farları gerektiği gibi ayarlamaması veya bisikletin bakımını yapmaması, fiilin icrai veya ihmali davranış suretiyle mi gerçekleştirildiğinin belirlenmesi bakımından değil, suçun manevi unsuru bakımından değerlendirilmesi gereken hususlardır. Aksinin kabulü halinde, görünüşte ihmali suçlar ile gerçek ihmali suçlar arasında herhangi bir fark kalmayacak, bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçlar da gerçek ihmali suçlar gibi “sırf hareket suçu” konumuna indirgenmiş olacaktır.

Bu olayda failin ceza sorumluluğuna esas teşkil eden fiili, bisikletin farlarını ayarlamaması değil, çocuğa çarpmasıdır. Çünkü bisiklet sürücüsü farlarını ayarlamamış olsa da herhangi bir kazaya karışmadan evine gitmiş olabilirdi. Aksinin kabulü, her somut olay bakımından binlerce ihmali neden bulunmasına ve icrai fiil

⁴⁴⁶ **Fahrrad ohne Licht Fall oder Radfahrer Fall.**

⁴⁴⁷ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 74, s. 652. Rengier, kn.14, s. 459, Fall 2. Spendel, s. 184.

⁴⁴⁸ Jescheck ve Weigend, s. 604. Rengier, kn.16, s. 459.

sorumluluğunun uygulanmayacak kadar daralmasına yol açar. Bu mantığın kabulü halinde, silahla bir kimseyi öldüren faile, “*silahı daha önceden neden zararsız hale getirmediği*” gerekçesiyle ihmali sorumluluk yüklenebilecektir. Keza uykusuz olduğu için trafik kazasına karışan sürücü bakımından, “*yola çıkmadan önce uyumayı ihmal ettiği*” gerekçesiyle ihmali sorumluluk yüklenebilir. Dolayısıyla, icra - ihmal ayrımını tipik neticeyi meydana getiren son nedensel vakıyyla bağlantılı bir şekilde yapılması gerekir. Nihayetinde, somut olayda failin ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden fiil, “*bisikletin farları için gereken ayarların ve kontrollerin yapılmaması*” değil; mağdura bisikletle çarpmasıdır. Bu davranış da gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla gerçekleşmiştir. Yani olayda, taksirli ancak icrai bir davranış söz konusudur.

Varyete Olayı⁴⁴⁹: Müzikli gösteri yapan bir eğlence mekânının işletmecisi (İ) tarafından, göstericinin güvenliğini sağlamak için yapılması gereken mekanizmasının düzgün bir şekilde yapılması sağlanmaz. Buna rağmen, eğlence mekânındaki teçhizatın uygunluğunu takip etmekle görevli zabıtalara kontrole geldiğinde, işletme sahibi gerçeğe aykırı olarak, bu gösteri için kurulan mekanizmanın tekniğe uygun yapıldığına yönelik bilgi verir. İlgili mekanizmanın düzgün çalışmaması nedeniyle gösteri sırasında kaza meydana gelir ve gösterici hayatını kaybeder⁴⁵⁰.

Bu olaydaki fiilin icrai veya ihmali davranış özelliği mi gösterdiğinin doğru bir şekilde belirlenebilmesi için, şu noktanın tespit edilmesi gerekir: İlgili mekanizma, hiç mi yapılmamıştır yoksa yapılmış ancak mevzuata ve tekniğe aykırı mı yapılmıştır? Bununla birlikte işletmecinin denetim yapan kişilere yanlış bilgi vermesi, kanunda düzenlenmiş olması kaydıyla müstakil bir suç oluşturabilir. Bu nedenle, kontrole gelen görevlilere yanlış ya da eksik bilgi verilmesi, kanaatimizce ölüm sonucunu doğuran fiilin icrai veya ihmali davranışla mı gerçekleştiğinin tespiti bakımından değerlendirilebilecek bir husus değildir. Somut olayda; göstericinin kullanacağı güvenlik mekanizması hiç yapılmamış ise işletmecinin ihmali davranışından sorumluluğu gündeme gelecektir. Bununla beraber, mekanizma eksik veya hatalı yapılmış ise işletmecinin icrai davranışından sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁴⁴⁹ **Variete Fall.**

⁴⁵⁰ Spindel, s. 184.

Somut olayda, mekanizmayı denetlemekle görevli zabıtalardan ceza hukuku sorumluluğunu gerektiren davranışlarının icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun da tartışılması gerekir. Kanaatimizce burada da şu şekilde hareket etmek gerekir: Eğer zabıta yapmaları gereken incelemeyi hiç yapmamışlarsa ihmali davranışları, ilgili incelemeyi yapmışlar ancak eksik ve hatalı yapmışlar ise icrai davranışları söz konusudur.

Bu örnek olay özelinde şunu da ifade etmek gerekir ki; özellikle teknik materyallerin ve teknolojinin işin içine girdiği bu tip olaylarda, icra - ihmal ayrımı yapmak daha da zorlaşmaktadır. Örneğin; bu olayda işletme sahibinin işletme içi organizasyon nedeniyle bu mekanizmanın yapılmasını bir çalışana tevdi etmesi ya da mekanizmayı yapması için üçüncü bir kişi ya da şirketten doğrudan hizmet alması ihtimallerinde, ceza sorumluluğunun tespiti daha da karmaşık bir hal alacaktır⁴⁵¹. Sonuç olarak; değişen organizasyon yapısı ve gelişen teknoloji nedeniyle icra - ihmal ayrımı yapabilmek ve nihayetinde kim ya da kimlerin ceza hukuku bakımından sorumlu olacağını belirlemek daha çetrefilli bir hal almaktadır.

Kalp Cerrahisi Olayı⁴⁵²: Ünlü bir kalp cerrahisi olan C, önceden yapması gereken tahlilleri yapmadığı ve kullandığı aletleri sterilize etmediği için birçok hastasına ameliyat sırasında Hepatit B virüsü bulaştırır⁴⁵³.

Cerrah C'nin ceza hukuku sorumluluğunun temeli, gereken tahlilleri yapmayıp kullandığı aletleri sterilize etmemesi midir (ihmali davranış), yoksa sterilize etmediği aletleri kullanarak ameliyat yapması (icrai davranış) mıdır? Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş; C'nin olaydaki davranışının icrai olduğu yönündedir⁴⁵⁴. Çünkü hastaların Hepatit B virüsü kapmalarına neden olan temel davranış, yapılan ameliyattır. Ameliyat yapmak da “aktif” bir davranış ile gerçekleştirildiğinden, icrai bir davranış söz konusudur. Hekimin gereken araştırmaları yapmaması ya da kullandığı aletleri sterilize etmemesi, ayrıca değerlendirilmesi gereken hususlar olup,

⁴⁵¹ Sağlık alanında, özellikle hastanelerin yönetim organizasyonundan kaynaklanan eksiklikler nedeniyle ilgililerin ceza hukuku sorumluluğuna yönelik ayrıntılı değerlendirme için bkz. Yener Ünver, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, *II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi (Antalya: 21 - 23 Eylül 2017) Bidiriler Kitabı*, Ankara: 2018, s. 955 - 971.

⁴⁵² **Herzchirurg Fall.**

⁴⁵³ Rengier, s. 459, Fall 3.

⁴⁵⁴ Rengier, kn.16, s. 459.

davranışın icrai ya da ihmali olduğuyla doğrudan ilişkili olmayıp suçun manevi unsuruna ilişkindir.

Evde Yalnız Bırakılan Çocuk Olayı: Anne A, daha önceki tecrübelerinden yalnız kaldığında elektrikli ocağı açtığını bildiği üç yaşındaki çocuğunu, herhangi bir önlem almadan birkaç saatliğine evde yalnız bırakır ve komşusuna gider. Yalnız kalan çocuğun elektrikli ocakla oynaması sonrasında çıkan yangında çocuk ölür⁴⁵⁵.

Bu örnek olayda Anne A'nın ceza sorumluluğuna temel teşkil eden fiil; “*çocuğu üzerindeki bakım ve gözetim faaliyetini gerçekleştirmemesi*” (ihmal) mi, yoksa “*çocuğu evde bırakarak dışarıya çıkması*” (icra) mıdır? Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş; bu olayda annenin ihmali davranışından dolayı sorumlu tutulması gerektiği yönündedir.

Alman yargısı önüne gelen bu olayda ilk derece mahkemesi; gerekli tedbirleri almadan evden ayrıldığı gerekçesiyle, anne hakkında taksirli - icrai davranışla öldürmeden hüküm kurmuştur. Buna karşılık Alman Yargıtayı BGH, “*ağırlık noktası formülünü (Schwerpunkt Formel)*” olaya uygulamış ve şu sonuca varmıştır: Her ne kadar annenin evden ayrılması aktif bir davranış olsa da, somut olayda meydana gelen ölüm neticesi ile annenin evden ayrılması arasında doğrudan bir ilişki kurulamaz. BGH'ya göre annenin evi terk etmesi icrai bir davranış olsa da, eğer gereken tedbirler alınmış olsaydı evden çıkma olayı özünde zararsız bir eylem olarak kalacaktı⁴⁵⁶. Dolayısıyla somut olayın ağırlık noktası; “*annenin birkaç saatliğine evden ayrılması*” değil, “*ocağın çalışmasını engelleyecek bir şey yapmamasıdır, örneğin teknik olarak ocağın çalışmasını engelleyici bir düzeneği yapmaması ya da elektriği kapatmamasıdır*”⁴⁵⁷. Bu nedenle BGH, somut olayda anneyi taksirli - ihmali davranıştan sorumlu tutmuştur⁴⁵⁸. Üstelik BGH bu kararını “*ağırlık noktası görüşü (Schwerpunkt Formel)*”

⁴⁵⁵ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 88, s. 657. Rengier, kn.15, s. 459, Fall 4.

⁴⁵⁶ BGH 17.8.1999-I, StR 390/99, naklen Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 82, dn. 405.

⁴⁵⁷ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 88, s. 657.

⁴⁵⁸ Rengier'e göre, somut olayda ihmali davranış ağır basmaktadır. Anne A, çocuğunu geçici olarak, kısa sayılabilecek bir süre için evde yalnız bıraktığı için suçlanamaz. Çünkü bu hareket, hayatın olağan akışı içerisinde genel olarak kabul edilebilir niteliktedir. Bu olayda anne A, ancak çocuğunun elektrikle oynamasını engellemeye yönelik herhangi bir tedbir almadığı için sorumlu tutulabilir. Rengier, kn.17, s. 459.

Yazarın burada vardığı sonuç nihai olarak isabetli olmasına rağmen, bunu açıklarken kullandığı ifadeler ihmalden çok taksiri hatırlatmaktadır. Dolayısıyla yukarıda vurguladığımız, ihmali davranışın özünü normatif olarak açıklayan yaklaşımların en büyük handikapı olan suçun manevi unsuru taksirle maddi unsuru ihmal birbirine girmiş görünmektedir.

ile temellendirmekle yetinmemiş, “annenin kendisine düşen hukuki yükümlülüğe uygun davranabilmesinin tek yolunun, gereken önlemleri almaktan geçtiğini” de vurgulamıştır. Buna göre; anne evi terk etmemekle birlikte evin içinde uyuyor ya da başka bir şeyle uğraşıyor olsaydı da, istenmeyen netice çok büyük ihtimalle yine meydana gelecekti⁴⁵⁹. Bu nedenle, annenin somut olay bakımından yapması gereken şey, evi terk etmemek değil, çocuğun ocağa ulaşmasını engellemeye yönelik önlemleri almaktan ibarettir. Dolayısıyla somut olayda suç oluşturan fiil; annenin bu önlemleri almaması, yani ihmali bir davranış olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bizim bu olaya ilişkin yaklaşımımız ise şu şekildedir: Annenin somut olaydaki subjektif durumuna göre, olası kast, bilinçli ya da basit taksirle, fakat her halükarda “ihmali davranışla gerçekleştirilen öldürme” suçunu işlediğinin kabulü gerekir. BGH’nın icra - ihmal ayrımı bakımından sıklıkla kullandığı “ağırlık noktası” görüşüne katılmadığımızı yukarıda da ifade etmiştik. Somut olayda çocuğun ölümüne ya da yaralanmasına neden olan vakıa - nedensel süreç, yangının çıkmasıdır. Her ne kadar annenin evden ayrılması aktif bir davranış olsa da, bu davranışın ölüm neticesini sağlayan sürecin nedeni olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü çocuğun ölmesine veya yaralanmasına neden olan yangın, annenin evden ayrılması nedeniyle değil, çocuğun ocakla oynaması nedeniyle çıkmıştır. Dolayısıyla, çocuğun ölümüyle sonuçlanan nedensel süreci anne aktif bir davranışıyla başlatmamış bizzat çocuğun kendisi aktif davranışıyla başlatmıştır. Bununla beraber annenin böyle bir nedensel sürecin başlamasını engellemeye yönelik bir şey yapmadığı da aşikârdır. Bu bakımdan, çocuğun ölümü nedeniyle annenin sorumluluğunun esasını teşkil eden fiil, çocuk üzerindeki “koruma ve gözetim yükümlülüğüne” aykırı olarak “almadığı tedbirler”, yani “yapmadığı” davranıştır. BGH’nın da açıkça ifade ettiği üzere anne, “elektrikli ocağın fişini çekebilir, sigortayı indirebilir ya da çocuğun elektrikli ocağa ulaşmasını engelleyecek başkaca tedbirler alabilirdi”⁴⁶⁰. Bu nedenle, somut olayda annenin ceza sorumluluğuna esas teşkil eden davranışı; “birkaç saatliğine evden ayrılması” değil, “çocuğun ocağa ulaşmasını veya ocağın çalışmasını engelleyici

⁴⁵⁹ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 89, s. 657.

⁴⁶⁰ Ocağın çalışmasını engelleyici bir düzenek kurmak, sigortayı kapatmak ya da en azından mutfağın kapısını kilitlememek gibi tedbirler alınabilirdi.

tedbirleri almamasıdır”. Sonuç olarak bu olay özelinde anne; icrai davranışından değil, ihmali davranışından sorumlu tutulmalıdır⁴⁶¹.

Kamyon Sürücüsü Olayı: Altı metre genişliğindeki yolda seyretmekte olan kamyon sürücüsü S, aynı yolda alkollü bir şekilde seyreden bisiklet sürücüsünü sollar. Trafik kurallarına göre bu sollamayı yaparken bisikletle arasına bir ila bir buçuk metre mesafe koyması gereken kamyon sürücüsü S, sollama sırasında yalnızca yetmiş beş cm mesafe bırakır. Sollama esnasında kamyonun geçişinden etkilenen bisikletli dengesini kaybeder ve kamyonun arka tekeri altında kalarak hayatını kaybeder. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporunda, özetle; *“kamyon sürücüsü sollama için gerekli olan mesafe olan 1 - 1,5 metreyi bıraksaydı dahi, çok büyük bir olasılıkla, aşırı derecede alkollü olan bisiklet sürücüsünün yine heyecanlanıp dengesini kaybedeceği ve nihayetinde ölüm neticesinin kesinliğe yakın bir ihtimalde yine gerçekleşeceği”* değerlendirilmesinde bulunulmuştur⁴⁶².

Bu olayda, kamyon sürücüsü S’nin sorumluluğunun sebebinin *“bırakması gereken aralığı bırakmadan sollama yapmanın (icrai)”* mı, yoksa *“sollama yaparken gereken aralığı bırakmamanın (ihmal)”* mı oluşturduğu ortaya konulmalıdır⁴⁶³. Kanaatimizce, bu olayda bisiklet sürücüsünün ölümüne neden olan fiil, kamyon sürücüsünün aracıyla üzerinden geçmesi, yani onu ezmesidir. Dolayısıyla kamyon sürücüsü, *“aktif”* bir şekilde davranarak aracı idare etmekte ve ölüm neticesine de bu aktif davranışıyla neden olmaktadır. Bu nedenle somut olayda *“aktif”* bir davranış söz konusudur ve failin ölüm neticesi bakımından sorumluluğunun temelini *“icrai”* bir davranış oluşturmaktadır⁴⁶⁴.

Mahkemeye sunulan *“gerekli mesafe bırakılsaydı dahi istenmeyen netice kesinliğe yakın derecede bir olasılıkla yine meydana gelirdi”* şeklinde değerlendirmenin yapıldığı bilirkişi raporu ise, hukuki açıdan ayrıca değerlendirilmesi gereken bir

⁴⁶¹ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 89, s. 657.

⁴⁶² Spengel, s. 184 v.d.

⁴⁶³ Söz konusu olaydaki bilirkişi raporunun önemi, özellikle şart teorisinin ihmali suçlar için getirdiği nedensellik bağı yaklaşımı açısından (varsayımsal nedensellik) önem arz etmektedir. Bu örneğe çalışmanın ilerleyen bölümünde, nedensellik bağı konusunda tekrar değinilecektir.

⁴⁶⁴ **BGH**; bu olayda ihmali davranış olduğunu kabul etmiş ve ileride ayrıntılı olarak açıklayacağımız *“conditio sine qua non”* prensibini olaya uygulayarak - kamyon sürücüsü gerekli mesafeyi bırakmış olsaydı dahi neticenin yine de kesinliğe yakın bir olasılıkla meydana geleceğine yönelik bilirkişi raporuna istinaden - failin fiili ile netice arasında nedensellik bağının olmadığına hükmetmiştir. Bunun bir sonucu olarak da, failin ceza hukuku sorumluluğuna gidilemeyeceğine kanaat getirmiştir. Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 87, dn. 442.

konudur. Bilirkişi tarafından böyle bir öngöründe bulunulup bulunulamayacağı, böyle bir bilirkişi raporuna mahkeme tarafından itibar edilip edilemeyeceği hususları tartışmaya açıktır. Ancak somut olaydaki bu problemin temelinde, görünüşte - neticeli ihmali suçlara ilişkin nedensellik bağı tartışmalarının bulunduğunu belirtmek gerekir. Garantösel ihmali suçlarda nedensellik bağına ilişkin tartışmaları ve şahsi görüşümüzü, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alacağımız için, şimdilik bu konunun ayrıntılarına girmiyoruz. Bununla beraber biz, söz konusu olayda icrai bir davranış olduğunu düşünmekteyiz. Kamyon sürücüsünün sollama yapmak için gereken mesafeyi bırakmaması, meydana gelen ölüm neticesi bakımından olası kastla mı ya da bilinçli veya bilinçsiz taksirle mi hareket ettiğinin tespiti bağlamında dikkate alınmalıdır. Bir başka ifadeyle, bu durum failin suçu işlerken hangi manevi unsurla hareket ettiğinin tespit edilmesi bakımından tartışılacak bir husustur. Ancak her halükarda somut olayda suç oluşturan fiil icraidir. Dolayısıyla bu olay bakımından ihmali suçlara ilişkin nedensellik tartışmasına girmek gereksizdir.

3.1.4. Değerlendirme ve Görüşümüz

Yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere, suçlar yalnızca icrai hareketle değil; bir şey yapmayarak, yani ihmali davranışla da işlenebilir. Söz gelimi bir anne; çocuğuna zehirli bir şey yedirmek suretiyle onu icrai bir davranışla öldürebileceği gibi, çocuğunu beslemeyerek yani ihmali bir davranışla da öldürebilir⁴⁶⁵. Yine yüzme bilmeyen bir kimse suya itilerek öldürülebileceği gibi; cankurtaran olarak görevli kimse de, görev mahallinde boğulmakta olan birini görmesine rağmen kurtarmaya yönelik fiili gerçekleştirilerek ölüme neden olabilir.

Kabul etmek gerekir ki, somut bir olayda icra - ihmal ayrımının nasıl yapılacağı hususunda kesin bir sonuca varmak çok kolay değildir. Bununla beraber, söz konusu ayrımın isabetli bir şekilde yapılması, ceza hukuku bakımından hem teorik hem de pratik bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatta bu ayrımın zorluğu, ayrımın gereksiz ya da imkânsız olduğuna yönelik görüşlerin ortaya çıkmasına dahi neden olmuştur. Ancak biz, icra - ihmal ayrımının gereksiz ya da imkânsız olduğu görüşlerine

⁴⁶⁵ Rengier, kn. 1, s. 456. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara: 2005, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, s. 72. Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku: 2007, 5. Baskı, s. 122. Fatma Umay Genç, Fatih Yurtlu, Elif Kurt ve Burak Kılıç, Ceza Genel Hukuku, Editörler: İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmüş, 3. Baskı, Ankara: 2020, s. 54. Dönmez, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 473.

iştirak etmiyoruz. İcra - ihmal ayrımı, gereksiz olmadığı gibi imkânsız da değildir. Somut bir vakıada maddi ceza hukuku bakımından değerlendirme yapabilmenin ön şartı, suç oluşturan fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespitidir.

Sıkça vurguladığımız üzere ihmali suçlar, birçok noktada icrai suçlardan ayrılmaktadır. İhmali suçlar söz konusu olduğunda, icrai suçlar bakımından geçerli olmayan bazı özel unsurlar karşımıza çıkmaktadır. Söz gelimi, icrai suçlar bakımından gündeme gelmeyen “*garantörlük*” kavramı görünüşte ihmali suçlar bakımından önemli unsurlardan biridir. Benzer biçimde, icrai suçlar bakımından fiil ile netice arasında doğal bir olgu olarak karşımıza çıkan illiyet bağı, ihmali suçlar bakımından ayrıca değerlendirilmesi gereken bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Üstelik icrai ve ihmali suçlar arasındaki bu temel farklar, yalnızca suçun maddi unsurlarıyla da sınırlı değildir. İhmali suçlar söz konusu olduğunda, suçun manevi unsurları bakımından da ayrı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir. Özellikle, ihmali fiilin ne olduğu sorusuna verilen cevap, suçun manevi unsuru olan “*taksir*” konusunda karışıklıklara neden olabilmektedir⁴⁶⁶. Hatta sırf bu karışıklıktan dolayı doktrinde; ihmali suçların yalnızca kasten işlenebileceği, taksirli - ihmali suç diye bir kategorinin olamayacağı dahi ifade edilmektedir^{467, 468}.

İhmali suçların icrai suçlardan farklılaştığı bir diğer husus da, hukuka aykırılık konusudur. Doktrinde, yalnızca ihmali suçlar bakımından geçerli olan özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*yükümlülüklerin çatışmasından (Pflichtenkollision)*” bahsedilmektedir⁴⁶⁹. Sonuç olarak; yukarıda belirttiğimiz temel tartışmaların doğru bir zeminde şekillendirilmesi ve ceza adaletinin sağlanabilmesi için, icra - ihmal ayrımının tutarlı bir şekilde yapılması gerekir. Buna karşılık, hem doktrin hem de uygulamada bu ayrım için önerilen ölçütlerin başarılı olduğu söylenemez. Aksine, bu ayrıma yönelik ölçütlerin birçoğu, özellikle bazı çetrefilli olaylarda ortaya tutarsız sonuçlar çıkarabilmektedir.

⁴⁶⁶ Özellikle taksirin bir görünüş biçimi olan “*tedbirsizliğin*” zaten ihmale işaret ettiği savunulmaktadır. Hakan Kızıllarslan, “Hekim ve Özel Hastanelerin Cezai Sorumlulukları”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, sa. 41, y. Ocak 2020, s. 201.

⁴⁶⁷ Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 242.

⁴⁶⁸ Bu yaklaşımın temelinde ise, taksirin içerisinde ihmalin zaten mündemiç olması yatmaktadır. Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 187 - 188.

⁴⁶⁹ “*Yükümlülüklerin Çatışması*” hukuka uygunluk nedeni, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Tüm bu değerlendirme ve tespitler ışığında şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, icra - ihmal ayrımı yapmak çoğu zaman zor olsa da imkânsız değildir. Hatta bu ayrımın ceza hukuku bakımından “*gerekli*” olmanın ötesinde “*zorunlu*” olduğunu da vurgulamak gerekir. Bu zorunluluğun temel gerekçelerinden birincisi, ihmali suçların yapısının icrai suçlara nazaran ciddi manada farklılaşmasıdır. Maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurları bakımından ihmali suçların yapısı icrai suçlardan ayrılmaktadır. Suçun unsurlarına ilişkin bu farklılıklar, teorik olmanın ötesinde pratiğe de doğrudan yansımaktadır ve somut olayda ceza adaletinin sağlanabilmesi için çok önemlidir.

İcra - ihmal ayrımı yapma mecburiyetinin ikinci gerekçesi ise; bir neticeyi ihmali davranışla gerçekleştirmenin, icrai davranışla gerçekleştirmeye nazaran daha az haksızlık içeriğine ve dolayısıyla daha az cezaya layık olduğu veya olabileceği noktasındaki genel yaklaşımdır. Aynı neticenin icrai fiille gerçekleştirildiğinde ihmali fiile nazaran daha ağır bir yaptırım ile karşılık bulması, birçok modern ceza kanununda kabul edilmiş görünmektedir. Çağdaş ceza kanunlarında, ihmali suçlara ilişkin düzenlemeler, genelde, icrai suçun cezasında indirim yapılması noktasında hâkime takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin Alman Ceza Kanunu m. 13/2’de; bir suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde kanunun m. 49/1 hükmü uyarınca failin cezasında indirim yapılabileceği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini düzenleyen ve Türk ceza mevzuatında ihmali suçlara ilişkin temel düzenleme olan TCK m. 83, f. 3’te de mevcuttur. TCK m. 83, f. 3’e göre; suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapılabileceği gibi indirim yapılmaktan imtina da edilebilir. Sonuç olarak; söz konusu her iki düzenleme de, bir suçun ihmali davranışla işlenmesi durumunda cezada indirim yapılabilmesine imkân sağlamaktadır.

İcrai - ihmali davranış ayrımı yapma zorunluluğuna rağmen, bu ayrımı zorlaştıran şeyler de vardır. Bu ayrımı zorlaştıran temel hususun, teknik gelişmeler ve buna bağlı olarak karmaşılaşan sosyal yaşam olduğunu söylemek yanlış olmaz. Gerçekten de teknik / teknolojik alanda meydana gelen gelişmeler, sosyal hayatı da doğrudan etkilemekte ve ihmali suçlar bakımından yeni problemleri beraberinde getirmektedir. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte, zaten oldukça problemlili olan icra - ihmal ayrımı daha da zorlaşmaktadır⁴⁷⁰. Suç teorisi bakımından çok fazla tartışılmayan ihmali

⁴⁷⁰ Maiwald, çev. Şahin, s. 171.

suçların teorik ve pratik açıdan bu kadar önemli hale gelmesinin dönüm noktası ise “*Sanayi Devrimi*” olarak gösterilmektedir. Sanayi Devrimi öncesi, iş güvenliği veya sağlığına yönelik herhangi bir tartışma söz konusu değilken⁴⁷¹, Devrim’le birlikte ihmalî suçlar önemli bir tartışma konusu haline gelmeye başlamıştır.

Teknolojide yaşanan hızlı gelişmeler de ihmalî suçlar bakımından yeni tartışmaların gündeme gelmesine neden olmuştur. Örneğin; nükleer enerji santrallerinin olmadığı bir dönemde, bir şeyin yapılmaması nedeniyle meydana gelen sızıntının binlerce insana zarar vermesi durumunda, kimlerin ne şekilde sorumluluğuna gidileceğine ilişkin bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Ancak nükleer enerji santrallerinin kurulmasıyla birlikte böyle bir ihtimal gündeme gelmiştir. İşte teknik/teknolojideki bu tip yeni gelişmeler, özellikle icra - ihmal ayrımı noktasında getirilen çözüm önerilerinin yetersiz kalmasına ve gözden geçirilmesine zemin hazırlamıştır.

Yine tarihsel süreçteki farklı gelişmeler de ceza sorumluluğunun icrai davranıştan mı yoksa ihmalî davranıştan mı doğacağı konusundaki tartışmaların seyrini değiştirebilmektedir. Aslında varlıksal olarak aynı davranışın, içinde bulunulan zaman dilimine göre farklı yorumlanması, ceza hukukundaki anlayışın değişmesiyle açıklanabilir. Örneğin, bir hekimin hastasına ilaç vermemesi aslında “*ihmalî*” bir davranıştır. Bununla birlikte bu davranış, bazı dönemlerde icrai kabul edilmiş ve faillerin icrai davranışı nedeniyle sorumluluğuna gidilmiştir. Söz gelimi 200 yıl önce böyle bir olayda icrai davranışın olduğunun kabul edilmesi, “*ilaç vermeme*” davranışının niteliğinin yıllar içinde değiştiği şeklinde yorumlanamaz. Bu süreçte değişen davranışın kendisi değil, davranışa yönelik teori, benimsenen yaklaşımdır. Daha somut bir örnek olarak motorlu taşıt sürücülerinin trafikteki fiillerini gösterebiliriz. Motorlu taşıt kullanan kişilerin, bu esnada başkalarına verdikleri zararlar önceki dönemlerde “*ihmalî davranış*” olarak kabul edilirken, günümüzde bu davranışların büyük oranda icrai oldukları kabul edilmektedir. Bu farklılaşmanın nedeni, ceza hukuku teorisinin geçirdiği gelişim ve değişimdir⁴⁷². Ancak ihmalî davranışın “*ontik*” vasfı kabul edildiği takdirde, bir davranışın niteliği zamana göre değişmeyecek, sadece ilgili dönemin hukuk anlayışı nedeniyle yanlış nitelendirilmeden bahsedilecektir.

⁴⁷¹ Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 22.

⁴⁷² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s. 88.

Bununla beraber ortaya çıkan yeni gelişmeler ve teknolojiler, yeni ihmali suç tiplerinin ortaya çıkmasına neden olabilir. Örneğin; motorlu araç sürücülerinin sürüş esnasında başkalarına verdiği zararlar bakımından, icrai davranışlarından sorumlu tutulacağı hususunda genel bir kabul vardır. Ancak günümüzde sürücüsüz otomobiller de trafiğe çıkmaya başlamıştır⁴⁷³. Söz gelimi, otomatik pilotlu bir araçla yola çıkan araç sahibinin, aracın bir başkasına çarparak ölümüne neden olması durumunda, icradan mı yoksa ihmalden mi sorumluluk gündeme gelecektir? Çünkü bu durumda otomatik pilotlu araçlar hareket halindedir ve belirli bir merkezden komuta edilebilmekle beraber, araçlara yüklenen program sayesinde kendiliğinden de hareket edebilmektedir. Dolayısıyla bu durumda aracın yanlış hareket ettirilmesi nedeniyle bir icradan mı bahsedilecektir? Yoksa eksik programlama nedeniyle bir ihmalden mi? Yine böyle bir olayda; ilgili aracın sahibi mi, aracı yapan şirket yetkilileri mi yoksa aracın otomatik programını denetlemekle görevli kişiler mi ceza hukuku bakımından sorumlu olacaktır? Sonuç olarak yeni teknolojiler, ihmali suçlar bakımından yeni tartışma alanları açmakta ve özellikle icra - ihmal ayrımını daha da güçleştirmektedir. Sosyal ve ekonomik organizasyon biçimlerinin değişmesi de, ihmali davranışla gerçekleştirilecek suçların sayısında artışa neden olmakta ve icra - ihmal ayrımında yeni tartışmaları gündeme getirmektedir. Teknik gelişmelerle ortaya çıkan organizasyon değişiklikleri; bazı normların ihmali davranışla da ihlal edilmesini mümkün hale getirmektedir. Örneğin; bir barajdaki suyun bendi aşmayacak seviyede kalmasını sağlanmayı ele alalım. Su seviyesini gerekli seviyede tutmak için insani bir güçten ya da bir makineden yararlanılması, bu normun amacı ile doğrudan bağlantı içerisinde değildir⁴⁷⁴. Bununla beraber bu norm, hem icrai hem de ihmali davranışla ihlal edilebilecek niteliktedir.

İlk ihtimalde, barajın kapaklarını açması için bir kimse görevlendirilir. Görevliye, kapağın açılacağı zaman diliminde suyun yöneleceği bölgede birilerinin olup olmadığını kontrol etmesi ve bölgede insan varsa kapağı açmaması söylenir. Buna

⁴⁷³ <https://www.bloomberg.com> , “Tesla Driver Died Using Autopilot, With Hands Off Steering Wheel”, Bloomberg İnternet Sitesi, haber tarihi: 31.03.2018, erişim tarihi: 15.05.2020. Sürücüsüz araçların ceza hukukuna olası etkileri için bkz. Koray Doğan, “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”, *DEÜHFD*, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, c.21, y. 2019, s. 3219 - 3251.

⁴⁷⁴ Lothar Philipps, *Der Handlungsspielraum - Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*, Frankfurt am Main: 1974, s. 133.

rağmen bölgede insanlar varken görevlinin baraj kapaklarını açması halinde, icrai bir davranıştan bahsedilecektir.

İkinci ihtimalde ise, gelişen teknolojiye faydalanarak baraj kapağının açılıp kapanması otomatik bir makina yardımıyla yapılmaktadır. Bu ihtimalde görevliye; kapağın açılacağı sırada bölgede insan varsa makineyi devre dışı bırakması için valfi indirmesi tembihlenir. Görevli ise ilgili bölgede insan olmasına rağmen makineyi devre dışı bırakmaz, valfi indirmez ve baraj kapağı açılarak bölgedeki insanların ölümüne neden olur. Böyle bir durumda artık icrai değil ihmalî davranıştan bahsedilecektir⁴⁷⁵. Çünkü görevlinin ilgili normu ihmal eden fiili; “*ilgili valfi indirmemektir*” yani pasif davranıştır.

17 Ağustos 1999 tarihinde gerçekleşen ve çok sayıda insanın ölümüne ve yaralanmasına neden olan “*Marmara Depremi*” sonrasında, ülke gündemine oturan fen ve tekniğe aykırı olarak bina inşa edenlerin ceza sorumluluğunun ne olacağı hususu da, icra - ihmal tartışmaları bakımından bir diğer önemli örnektir. Fen ve tekniğe aykırı olarak inşa edilen yapıların insanların ölümüne ya da yaralanmasına neden olması durumunda; binayı inşa edenlerin ceza hukuku sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği, gidilecekse sorumluluğa esas teşkil edecek fiilin icrai mi yoksa ihmalî mi olacağı sorusu önem arz etmektedir. Dolayısıyla bu olay bakımından isabetli bir çözüm üretmenin ön şartı, faillerin davranışlarının icrai mi yoksa ihmalî mi olduğunun tespitidir. Bir başka ifadeyle, yapıldığı dönemin teknik gereklerine aykırı olarak inşa edilen yapıların (halk arasındaki tabirle “*çürük bina*”) insanların ölümüne ya da yaralanmasına neden olması durumunda, icrai davranış mı yoksa ihmalî davranış mı söz konusudur? Aşağıda açıklayacağımız gerekçelerle biz, bu tip olaylarda icrai davranışın söz konusu olduğunu düşünmekteyiz. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki; özellikle bu yargılamalar sırasında, bilerek ya da hatalı olarak ilgili faillerin ceza hukuku sorumlulukları ihmalî davranış üzerinden tartışılmış ve yanlış bir hukuki zemine çekilmiştir⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ Philipps, s. 133.

⁴⁷⁶ Söz konusu davaların birçoğunda, suçun manevi unsuru üzerine odaklanılmış görünmektedir. Problemi biraz daha somutlaştıracak olursak, kamuoyuna da yansıyan bu davalarda esas tartışma; faillerin kasten mi yoksa taksirle mi sorumlu olacağı üzerine yoğunlaşmıştır. Kanaatimizce, bu tip olaylarda suçun manevi unsuru tespit edilmeden önce, davranışın niteliğinin, yani icrai mi yoksa ihmalî mi olduğunun tespit edilmesi gerekir. Özetle; bu tip durumlarda doğru bir sonuca varabilmek için öncelikle ilgili fiilin icrai mi yoksa ihmalî mi olduğu tespit edilmeli, bilahare suçun manevi unsura ilişkin tartışmalar yapılmalıdır.

Bilim ve tekniğe aykırı olarak bir yapı “*inşa etmek*”; aktif bir tutum ve davranış içerdiğinden, failerin davranışının “*icrai*” olduğunu kabul etmek gerekir. Bununla beraber, ilgili eksikliklerin niteliği ve muhtemel sonuçları, bu sonuçların failer tarafından öngörülüp üngörülmemesi gibi hususlar ise suçun manevi unsuru bakımından değerlendirilmelidir. Daha önce de vurguladığımız üzere, bir şeyi “*eksik veya hatalı yapmak*” icrai davranış; bir şeyi “*yapmamak*” ise ihmali davranışa vücut vermektedir. Bu nedenle, eksik veya hatalı yapılan bir işin başkasına zarar vermesi durumlarında, failin ceza hukuku sorumluluğunun esasını ihmalde değil “*icrada*” aramak gerekir. Yapıldığı dönemin bilim ve teknik kurallarına (mevzuata) aykırı olarak bina inşa edilmesi icrai bir davranış olduğundan, bu binanın yıkılması nedeniyle meydana gelen zararlar bakımından doğacak sorumluluk da icrai davranışa göre belirlenecektir. Bununla beraber; bu yapıların bilim ve teknik kurallarına uygun olarak inşa edildiğini denetlemesi gereken görevlilerin, bu kontrolü “*yapmaması*” ise “*ihmali davranış*” olarak nitelendirilebilir. Görevlilerin, denetim işlemini yapmamaları nedeniyle meydana gelen ölüm ya da yaralamalar bakımından sorumlu tutulup tutulamayacakları veya hangi suçtan ne şekilde sorumlu olacakları ise ayrı bir tartışma konusudur⁴⁷⁷.

Son olarak, icra - ihmal ayrımı noktasında, özellikle Alman doktrin ve uygulamasında oldukça popüler olan bir başka konuya kısaca değinmek gerekir⁴⁷⁸: “*Sağlığa zararlı olan veya olabilen ürünlerin piyasaya sürülmesi*”⁴⁷⁹. Özellikle ilaç ya da kozmetik piyasası bakımından ortaya çıkan bu tartışmalar, ihmali suçlara ilişkin en güncel tartışma konularından birini oluşturmaktadır⁴⁸⁰. Başlı başına üzerinde durulması ve

⁴⁷⁷ Kamu görevlilerinin ihmali davranışları nedeniyle meydana gelen ölüm olaylarında AİHM, AİHS m. 2’ye (*Yaşam Hakkı*) aykırılık olduğuna hükmetmiştir. İlgili AİHM kararları için bkz. **Budayeva and Others v. Russia** (Chamber Judgment). T. 20.3.2008. <https://hudoc.echr.coe.int/>, siteye erişim tarihi: 10.8.2020.

⁴⁷⁸ Mehmet Arslan, “Grundfragen der Strafrechtlichen Produkthaftung (insbesondere Kausalität und Garantenstellung)”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. I, sa. I, y. 2010, s. 131 v.d.

⁴⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Michael Mayer, *Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*, Berlin / Heidelberg, 2008. Joerg Brammsen, “Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?”, GA 1993. Klaus Tiedemann, “Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung”, NJW 1990. Eric Hilgendorf, “Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray - Urteils”, NStZ 1994.

⁴⁸⁰ Bu tip durumlarda failer bakımından TCK m. 187’de düzenlenen “*Kişilerin Hayatını ve Sağlığını Tehlikeye Sokacak Biçimde İlaç Yapma veya Satma*” suçu da tartışılmalıdır. Ancak TCK m. 187’de düzenlenen suç, bir “*soyut tehlike suçudur*”. Dolayısıyla bu suçun oluşması için ilacın ölüm veya yaralanmaya sebebiyet vermesi gerekmez. İlacın kişilerin vücut bütünlüğüne zarar verdiği durumlarda artık tehlike suçundan değil, zarar suçundan sorumluluk gündeme gelecektir. Fatih Selami Mahmutoglu, “İlaçların Tıbbi Müdahalede Kullanılmasından, Üretilmesinden, Satılmasından Kaynaklanan Suçlar

irdelenmesi gereken bir konu olmakla beraber, icra - ihmâl ayırımına ilişkin genel yaklaşımı bu konu üzerinden kısaca açıklamak isteriz. Kanaatimizce, “sağlığa zararlı olan veya olabilen ürünlerin piyasaya sürülmesi” olaylarında, icra - ihmâl ayırımı bakımından farklı ihtimallere göre bir değerlendirme yapmak gerekir.

İhtimal 1: Üretici, daha önceki tecrübelerinden ürününün insan sağlığı açısından zararlı olmadığını düşünerek, yapılması gereken test ve kontrolleri yapmadan ürünü piyasaya sürer. Ürünün insan sağlığına zararlı olduğu, ürün piyasaya sürülüp tüketiciler tarafından kullanıldıktan sonra gelen şikâyetlerden anlaşılır.

Böyle bir durumda; üretici ürünü piyasaya sürerken ürünün insan sağlığı açısından zararlı olduğunu bilmemekte, ancak bunun için yapması gereken testleri de yapmamaktadır. Ürünün piyasaya sürülmesi, “icrai” bir davranıştır. Gerekli test ve kontrollerin yapılmaması ise, bu icrai davranışın manevi unsuru bakımından değerlendirilebilecek, yani fiilin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığı bağlamında ele alınması gereken bir husustur. Bu nedenle böyle bir durumda, üretici (duruma göre basit ya da bilinçli taksirle) icrai davranışla öldürme veya yaralamadan sorumlu olacaktır. Bununla beraber piyasaya sürdükleri ürünün insan sağlığı açısından zararlı olduğunu öğrendikleri andan itibaren üreticiler, bu ürünü piyasadan çekmek ve insanların ürünü kullanmaması için her türlü tedbiri almakla mükelleftirler. Herhangi ticari veya başka bir kaygıyla, ürünleri geri çağırıp tedbir almamaları durumunda, artık meydana gelen sonuçlara göre “ihmali davranışla kasten öldürme veya yaralama” suçlarından sorumlulukları gündeme gelecektir. Kanaatimizce bu ihtimalde, ürünlerin piyasaya sürülmesi ayrı bir fiil, piyasadan toplanmaması ise ayrı bir fiili oluşturmaktadır. Böyle bir durumda gerçek içtima kurallarının mı yoksa başka bir içtima kuralının mı uygulanacağı hususu ise ayrıca tartışılmalıdır. Ürünün piyasaya sürülmesi ve piyasadan çekilmemesi nedeniyle zarar gören kişilerin sayısı, içtima kuralları bakımından dikkat edilmesi gereken bir husustur. İçtimaya ilişkin bu tartışmaların ayrıntılarına çalışmanın son bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

İhtimal 2: Üretici, ürünü, insan sağlığı açısından zararlı olduğunu ya da olabileceğini bilmesine rağmen, piyasaya sürer.

Çerçevesinde Hekim, İlaç Üreticisi ve Eczacının Ceza Sorumluluğu”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara: 2018, s. 399, 410.

Bu ihtimalde; meydana gelen ölüm ve yaralama neticeleri yönünden failler “*icrai davranışla doğrudan ya da olası kastla*” sorumlu olacaktır. Bu tip olaylarda üreticinin ceza hukuku sorumluluğu; ürünü piyasadan çekmediği için (ihmalî davranıştan) değil, ürünü piyasaya sürdüğü içindir. Dolayısıyla tipik neticeye bilerek ve icrai davranışıyla neden olan kişinin, ayrıca ihmalî davranışından dolayı sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Aksi takdirde öldürme kastıyla ateş eden faili, daha sonra mağdura yardım etmediği gerekçesiyle de sorumlu tutmak gerekir ki, bu da mantıkla bağdaşmaz.

İhtimal 3: Üretici, ilgili ürün bakımından mevzuat gereği yapması gereken her türlü test ve kontrolü yapar ve ürünün insan sağlığı bakımından herhangi bir olumsuz etkisinin olmadığını tespit eder. Ancak ürün piyasaya sürüldükten sonra ortaya çıkan yeni gelişmeler neticesinde, ürünün daha önceden farkedilemeyen ve sağlığa zararlı bir etkisinin olduğu tespit edilir. Böyle bir durumda üretici, derhal ilgili ürünün tüketici tarafından kullanılmasını engellemeye yönelik tedbirleri almakla ve ürünü piyasadan toplamakla yükümlüdür. Bu ihtimalde, üretici ürünün piyasaya sürüldüğü tarih itibarıyla geçerli olan kurallar çerçevesinde gerekli olan bütün testleri yapmış ve bu test sonuçlarına göre ürünün insan sağlığı bakımından zararlı olduğu veya olabileceği yönünde bir tespitte bulunulmamıştır. Bu nedenle üretici, ürün piyasaya sürüldükten sonra anlaşılan veya ortaya çıkan bir sebeple kişilerin ölümüne veya yaralanmasına sebebiyet vermiş ise, bu neticelerden dolayı ceza hukuku sorumluluğu cihetine gidilemez. Çünkü malın üretimi (icrai fiil) sırasında üretici; kendisinden beklenen bütün yükümlülükleri yerine getirmiştir, dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmıştır. Bu nedenle olayda taksirden dahi bahsedilemez. Bununla beraber, ürünün insan sağlığına zararlı olduğunun ortaya çıkması üzerine üretici behemehal gereken tedbirleri almakla ve ürünü piyasadan çekmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmeyen üretici⁴⁸¹, kasten fakat ihmalî davranışla yaralama

⁴⁸¹ Tüm bu ihtimallerde, suçun faillerinin kim ya da kimler olduğu da ayrıca değerlendirilmesi gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tip olaylarda, icra - ihmal ayrımı haricinde uygulayıcıların karşılaştığı en büyük problem “*faillerin kim olduğunun tespiti*”dir. Özellikle günümüz ticari hayatına hâkim büyük organizasyonlarda (şirket, birlik, kooperatif gibi...), bu tip fiillerden kimlerin sorumlu olacağının tespiti oldukça karmaşık bir hal almaktadır. Ancak ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, faillerin tespit edilmesi bir zorunluluktur.

Sağlığa zararlı materyali üreten organizasyonlarda, sayısı binlerle ifade edilecek kişi çalışmaktadır ve dahası bu materyaller üretilip tüketiciye ulaşana kadar sürekli el ve mekân değiştirmektedir. Bu dolaşım aralıksız devam ederken, organizasyonlarda görevli kimseler de çoğu zaman değişebilmektedir. Tüm bu zorluklara rağmen, ceza sorumluluğunun şahsiliği ve kusur ilkeleri çerçevesinde, bu tip olaylarda da kimlerin ne şekilde sorumlu olacağını tespit etmek hukuki bir zorunluluktur. Bu tespitin nasıl yapılacağı

veya öldürme suçlarından sorumlu olacaktır. Bununla beraber ürünün insan sağlığı açısından zararlı olduğu tespit edilmesine rağmen ürünün seri üretimine devam edilip piyasaya yeni ürün sürülmesi halinde, sorumluların icrai ve kasten işlenmiş fiillerinden sorumluluğu da gündeme gelecektir.

Altını çizmek gerekir ki; tüm bu ihtimallerde ölüm ya da yaralamanın ilgili ürün nedeniyle gerçekleştiğinin ispatı başlı başına bir problem oluşturacaktır. Eğer söz konusu ölüm veya yaralamaların ilgili üründen kaynaklandığı kesin olarak ispatlanamıyorsa, failler ancak şartları oluşmuşsa TCK, m. 186 ve 187’de tanımlanan suçlardan dolayı sorumlu tutulabilirler.

3.2. İcra - İhmal Ayrımında Bazı Özel Durumlar

İcra - ihmal ayrımına ilişkin bazı özel durumlarda, sorumluluğa esas teşkil eden fiilin belirlenmesi de ayrı bir tartışma konusudur. Bu tartışma salt teorik olmanın ötesinde, somut olay adaletinin sağlanması, yani uygulama açısından da oldukça önemlidir. Söz konusu tartışmanın merkezinde ise iki temel sorun yatmaktadır: Birincisi, *“kurtarmaya yönelik olarak başlatılan sürecin üçüncü kişi tarafından sekteye uğratılması”* hali; ikincisi ise, *“mağduru kurtarmaya yönelik olarak fail tarafından başlatılan nedensel sürecin, yine fail tarafından bizzat sonlandırılmasıdır”*⁴⁸².

3.2.1. Kurtarmaya Yönelik Sürecin Üçüncü Bir Kişi Tarafından Sekteye

Uğratılması

Kurtarmaya yönelik süreç başlatıldıktan sonra üçüncü bir kişinin müdahalesiyle sürecin sonlandırılması ya da bu müdahale nedeniyle kurtarma sürecinin başarılı olamaması hallerinde, süreci sekteye uğratan üçüncü kişinin ceza sorumluluğunun ne olacağı, icra - ihmal ayrımına ilişkin özel bir durum olarak kabul edilmektedir. Kurtarmaya yönelik davranış başladıktan sonra üçüncü kişinin araya girip, özellikle

hususlu çalışmamızın konusunu oluşturmadığından ayrıntılarına girilmeyecektir. Ancak şunu ifade etmekle yetinelim ki; bu tip durumlarda sorumlu ya da sorumluların tespitinde ceza ve ceza muhakemesi hukukunun genel ilke ve kurallarından ayrılmayı gerektirecek bir durum söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tip durumlarda, her olayın özelliği göz önünde alınarak kim ya da kimlerin ceza hukuku bakımından hangi sıfatla sorumlu olacağı delillerle doğrudan temas eden yargılama makamı tarafından belirlenecektir.

⁴⁸² “Gebotserfüllungsversuch”, bu terimi ilk olarak 1959 yılında Armin Kaufmann kullanmıştır. ROXIN, Strafrecht AT Band II, s. 662, dn. 150. Ayrıntı için bkz. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 133 v.d.

de “hile veya cebir kullanarak”, “çok büyük olasılıkla kurtarmayla sonuçlanacak süreci” akamete uğratması halinde artık ihmali değil icrai davranışın sorumluluğa esas alınacağı ifade edilmektedir⁴⁸³.

Olay: Boğulmakta olan M’yi fark eden F, telefonla yardım çağırma, can yeleği atma ya da botla M’nin yanına gitme imkânlarına sahiptir. Ancak F, M’yi kurtarmak için harekete geçtiğinde üçüncü bir kişi (Ü);

a) Birinci ihtimal olarak, kurtarmaya yarayacak aletleri ortadan kaldırır ya da kullanılamaz hale getirir.

b) İkinci ihtimal olarak, cebir veya hile ile F’yi engeller.

c) Üçüncü ihtimal olarak, kurtarma işleminin zaten tamamlandığını söyleyerek F’yi yardım etmekten vazgeçirir.

Birbirinden bağımsız her üç ihtimalde de doktrindeki baskın görüş, eğer Ü’nün M’yi öldürmeye yönelik bir kastı söz konusu ise, icrai hareketle öldürmede dolayı sorumluluğuna gidileceği yönündedir⁴⁸⁴.

Bu ve benzeri durumlara ilişkin ortaya çıkabilecek ve doktrinde pek değinilmeyen başka ihtimaller de söz konusu olabilir. Örnek olay bakımından; F’nin M’yi kurtarmak için birden fazla seçeneği söz konusudur. Üçüncü kişi Ü ise bu seçeneklerden yalnızca birinin kullanılmasını engellemiştir. Bu örnek olayda F’nin, telefonla yardım çağırma, botla M’nin yanına gitme ve M’ye can yeleği atma gibi üç farklı kurtarma seçeneği vardır. Üçüncü kişi Ü, söz gelimi M’nin kurtulmaması için yalnızca botu kullanılamaz hale getirmişse, F’nin diğer imkânlarla yönelerek kurtarmaya sürecini başlatması, bir başka ifadeyle, mümkün olan diğer seçenekleri kullanmaya yönelik çaba göstermesi gerekir. Diğer ihtimalleri kullanma imkânına sahip olmasına rağmen bu olasılıkları denemeyen F, ihmali davranışı nedeniyle meydana gelen sorumluluktan kurtulamaz. Elbetteki üçüncü kişi Ü’nün gerçekleştirdiği fiil nedeniyle sorumluluğu, istenmeyen neticenin gerçekleşip gerçekleşmediğine göre belirlenecektir. Bu bağlamda M ölmüş ise Ü icrai davranışla kasten öldürmeden, M bir şekilde kurtarılmışsa Ü kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulacaktır.

⁴⁸³ Rengier, kn. 18, s. 460. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 89.

⁴⁸⁴ Rengier, kn. 19, s. 460.

Örnek olay bağlamında ortaya çıkabilecek bazı ihtimaller üzerinden kişilerin ceza hukuku sorumluluklarına ilişkin bir değerlendirme yapacak olursak:

İhtimal 1: F, M'yi kurtarmak için öncelikle botu kullanmak ister. Ancak M'nin ölmesini isteyen Ü, F'nin botu kullanmasını fiziki güç kullanarak engeller ya da botu kullanılamaz hale getirir⁴⁸⁵. Bunun üzerine F, kenarda bulunan can simidini fırlatarak M'yi kurtarır.

Böyle bir durumda, F'nin herhangi bir cezai sorumluluğu olmayacaktır. Hatta botu kullanamayan F, hemen sahile dönerek can simidini fırlatmış ancak buna rağmen M'yi kurtaramamış olsa dahi, ölüm neticesinden sorumlu tutulmamalıdır. Çünkü F kurtarmaya yönelik olarak harekete geçmiş ancak bu hareket başkası tarafından sekteye uğratılmıştır. Kurtarmaya yönelik yapabileceği her şeyi yapan fail F, tüm çabasına rağmen netice yine de gerçekleşmiş ise artık hukuken sorumlu tutulmaması gerekir⁴⁸⁶.

Bununla beraber, somut olayda Ü'nün icrai bir davranışı söz konusudur. Çünkü Ü, bedeni güç kullanarak F'nin botu kullanmasını engellemiş ya da botu kullanılamaz hale getirmiştir. Bu nedenle botu kullanılamaz hale getiren Ü, M'nin bir şekilde hayatta kalması halinde icrai davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten, ölmesi halinde ise tamamlanmış (icrai) kasten öldürmeden sorumlu olacaktır. Çünkü Ü, öldürme kastıyla, başkası tarafından başlatılan kurtarmaya yönelik süreci aktif bir davranışla engellemiş ya da engellemeye çalışmıştır. Dolayısıyla da artık ceza hukuku sorumluluğu ihmali değil icrai davranıştan mütevellittir. Böyle bir durumda, Ü'nün ceza hukuku sorumluluğu bakımından F'nin garantör olup olmamasının da

⁴⁸⁵ Alman Medeni Kanunu (BGB) 904. madde düzenlemesi uyarınca, kurtarma için kullanılacak aletlerin sahibi olan kimse (telefon, araba, bot gibi) bu aleti kullanmaya çalışan kişiyi engellerse, artık ihmali değil icrai hareketten sorumlu tutulacaktır. Rengier, kn. 20, s. 460.

Alman Medeni Kanunu (BGB) m. 904: *“Bir şeyin (eşyanın) sahibi, o eşyanın mevcut bir tehlikeyi önlemek için zorunlu olması ve mevcut tehlikenin yaratacağı zararın mal sahibinin uğrayacağı zarardan orantısız bir biçimde büyük olması durumunda, o eşyayı kullanmak isteyen kişiyi engelleme hakkına sahip değildir. Eşya sahibi yalnızca oluşan zararlarının tazminini isteme hakkına sahiptir”*.

Alman Medeni Kanunu (BGB) 904. maddede; örnek olay tiplerinde uygulanması mümkün bir *“özel zorunluluk hali”* düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemeye göre; tehlikede olan kişiyi kurtarmak için kullanılan aletlerin sahibi, rızası hilafına kullanılan mallar bakımından yalnızca maddi zararını talep edebilir. Ancak kurtarmaya yönelik faaliyeti mülkiyet ya da zilyedlik sıfatını kullanarak engelleyemez. Kanaatimizce bu husus ilgili aletlerin sahibinin fiilinin hukuka aykırılığı bağlamında tartışılması gereken bir durumdur. Çünkü BGB’de böyle bir düzenleme olmasaydı, garantör konumunda olmayan malik ya da zilyet, ilgili aletlerin kullanılmasını engellemek bakımından *“hakkın kullanılması”* hukuka uygunluk nedeni kapsamında kurtarıcıya müdahale edebilirdi.

⁴⁸⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240.

kanaatimizce hiçbir önemi yoktur. F garantör konumunda olmasa dahi kurtarmaya yönelik davranışı engelleyen Ü, icrai davranışla öldürme suçundan sorumlu olacaktır. Çünkü teminat yükümlülüğü (garantörlük) yalnızca ihmali suçlar bakımından dikkate alınması gereken bir husustur. Davranış icrai kabul edildiği takdirde, kişinin teminat yükümlülüğü altında (garantör) olup olmamasının, ceza hukuku bakımından önemi yoktur.

İhtimal 2: F, M'yi kurtarmak için öncelikle botu kullanmak ister; ancak M'nin ölmesini isteyen Ü, F'nin botu kullanmasını engeller. Bunun üzerine F, kenarda bulunan can simidini fırlatarak M'yi kurtarma imkânı mevcut olmasına rağmen, can simidini M'ye atmaz. Sonuç olarak yardım alamayan M, boğularak hayatını kaybeder.

Bu ihtimalde F, eğer teminat yükümlüsü (garantör) ise *“ihmali davranışla kasten öldürme suçundan”*; değilse, *“yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme suçundan”* sorumlu tutulmalıdır. Çünkü her ne kadar kurtarmaya yönelik ilk çabası Ü tarafından engellenmiş ise de F, başka bir yöntemle M'yi kurtarma imkânına hala sahiptir. Dolayısıyla F'nin ceza hukuku sorumluluğundan kurtulabilmesi için bu seçeneği de denemesi gerekir. Bu ihtimalde Ü'nün ceza hukuku sorumluluğu ise, icrai davranışla işlenmiş kasten öldürmeye teşebbüs hükümlerince olmalıdır. Çünkü kanaatimizce F'nin diğer seçeneği kullanması halinde M'nin kurtulması imkân dâhilinde olduğundan, ölüm neticesi Ü'ye doğrudan isnad edilemez. Bu bakımdan Ü suçun tamamlanmış halinden değil ancak teşebbüs aşamasında kalmasından sorumluluğu cihetine gidilebilir.

İhtimal 3: M'nin kurtulmasını istemeyen Ü, F'nin kurtarmaya yönelik tüm çabalarını engellemiştir. Yardım alamayan M, hayatını kaybeder.

Bu durumda, kurtarmaya elverişli tüm seçenekleri kullanmaya gayret eden F, Ü tarafından engellendiğinden, ceza hukuku bakımından sorumlu tutulamaz. Ü ise, icrai davranışla kasten öldürme suçundan dolayı sorumlu tutulur.

Ü'nün F'yi engellemesi mala zarar verme, kasten yaralama, cebir ya da tehdit gibi başka bir suçun oluşumuna sebebiyet verdiği takdirde, bu suçlar bakımından da ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kurtarmaya yönelik sürecin üçüncü bir kimse tarafından kasten sekteye uğratılması ihtimali doktrinde ayrıntılı olarak tartışıldığı halde; aynı tartışma, bu sürecin üçüncü

bir kimse tarafından “*taksirli bir davranışla*” sekteye uğratılmasına ilişkin olarak yapılmamıştır. Kanaatimizce, böyle bir durumda da, eğer taksirli suçun diğer unsurları mevcutsa, üçüncü kişinin taksirli - icrai davranışından sorumluluğu gündeme gelebilir.

Örneğin sahilde sigara içen Ü, sigara izmaritini gelişigüzel bir biçimde fırlatır ve fırlattığı izmarit orada bulunan kurtarma botunun içine düşerek botun delinmesine neden olur. Bunun hemen akabinde cankurtaran C, boğulma tehlikesi geçiren M’yi kurtarmak için botu kullanmak ister. Ancak bot daha önceden delindiği için C, M’ye yardım edemez ve M boğularak hayatını kaybeder.

Böyle bir durumda; bota izmarit atarak botu kullanılamaz hale getiren Ü’nün, meydana gelen ölüm neticesinen sorumlu tutulup tutulmayacağını tartışmak gerekir. İlk etapta, Ü’nün böyle bir durumda meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulması ceza sorumluluğu alanını çok genişletiyor görünmektedir. Bu ihtimalin, doktrinde üzerinde büyük bir konsensüs sağlanan “*kurtarmaya yönelik davranışın üçüncü bir kimse tarafından kasten sekteye uğratılmasıyla*” arasındaki tek fark, Ü’nün fiilinin kasıtlı değil taksirli olmasıdır. Dolayısıyla böyle bir durumda, kurtarma sürecini taksirli davranışıyla sekteye uğratan kişinin meydana gelen neticeden sorumlu tutulup tutulamayacağı, icra - ihmal ayrımından ziyade, taksirli suçların konusunu oluşturmaktadır. Burada Ü’nün gerçekleştirdiği davranışın icrai ve taksirli olduğu hususunda herhangi bir şüphe bulunmamakla beraber, meydana gelen ölüm neticesinin Ü’ye isnad edilebilip edilemeyeceği ya da böyle bir neticenin öngörülebilir nitelikte olup olmadığı tartışmaya açıktır. Kanaatimizce, bu ihtimalde Ü’yü taksirli - icrai davranışı nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinde sorumlu tutmak ancak neticenin Ü’ye objektif olarak isnad edilebilmesi halinde mümkün olacaktır.

3.2.2. Fail Tarafından Başlatılan Kurtarma Sürecinin Bizzat Fail Tarafından Yarıda Bırakılması

Fail tarafından başlatılan ve istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik sürecin yine bizzat fail tarafından, kasıtlı olarak sonlandırılması durumunda ne şekilde hareket edileceği de, icra - ihmal ayrımında, fiilin sınırlandırılması bakımından tartışılan özel bir durumdur. Bu özel durum, bilhassa kurtarmaya yönelik süreci başlatan kişinin teminat yükümlüsü (garantör) sıfatına sahip olmadığı durumlarda daha da önem kazanmaktadır. Elbette ki bu ifadeden, teminat yükümlüsü - garantör konumunda

bulunan kimselerin, kurtarma fiili için harekete geçtikten sonra süreci bizzat akamete uğratmaları durumunun önemsiz olduğu anlamı çıkarılmamalıdır. Ancak söz konusu ihtimalde, teminat yükümlüsü konumunda olan ile olmayan failer bakımından ortaya çıkan sonuçlar oldukça farklılaşmaktadır.

Olay: Garantör konumunda olmayan R, göl kenarında yürürken boğulmakta olan E'yi görür. R'nin durduğu iskelede, ucunda can simidi bulunan bir halat vardır. Başlangıçta herhangi tehlikeli hareketi olmamasına (ihmali hareket olduğu noktasında hiçbir şüphe yok) ve E'yi kurtarma ihtimali olmasına rağmen R:

İhtimal 1: Baştan itibaren hareketsiz kalarak yoluna devam etmiştir.

İhtimal 2: E'yi kurtarmak amacıyla halatı eline almış, ancak birkaç adım attıktan sonra, E'nin aslında sevmediği bir kişi olduğunu farketmiş ve ucunda can simidi bulunan halatı atmaktan vazgeçmiştir.

İhtimal 3: Can simidini, kurtulması için E'nin yakalayabileceği bir yere fırlatmış ancak E'nin aslında sevmediği birisi olduğunu anladığı için can simidini hemen geri çekmiştir.

İhtimal 4: E yorgun ve bitkin bir şekilde can simidini yakaladıktan sonra, E'nin aslında sevmediği biri olduğunu farkedene R, halatı sert bir biçimde geri çekmiştir.

İhtimal 5: E yorgun ve bitkin bir şekilde simidi yakalamış ancak E'nin aslında sevmediği bir kişi olduğunu anlayan R, ipin ucunu iskeleye bırakarak yoluna devam etmiştir. Bu beş ihtimalde de E boğularak hayatını kaybetmiştir⁴⁸⁷.

Bu ve benzeri olayların analizinin isabetli bir biçimde yapılabilmesinin ön şartı, failin davranışının hangi aşamadan itibaren icrai kabul edileceğine karar verilmesidir. Doktrinde ise, bu problemin çözümüne ilişkin iki temel yaklaşım söz konusudur:

Baskın yaklaşıma göre; kurtarmaya yönelik çabalar devam ettiği sürece ihmalden doğan sorumluluk da devam eder, “*mağdurun kurtulma imkânına kesin olarak ulaştığı andan*” itibaren ise artık ihmali davranış sona erer ve icrai davranış başlar⁴⁸⁸. Mağdurun kurtulma imkânına kesin olarak ulaştığı aşamada, kurtarmaya yönelik başlatılan süreç bizzat fail tarafından yarıda bırakılmakta, yani akamete uğratılmaktadır. Bu nedenle ceza hukukunun nedensellik bağı ve objektif isnadiyete

⁴⁸⁷ Örnek olay ve ihtimaller için bkz. Rengier, kn. 21, s. 460.

⁴⁸⁸ Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, München: 2005, 5. Auflage, kn. 21, s. 528.

ilişkin genel prensiplerinden ayrılmaya gerek yoktur⁴⁸⁹. Kurtarmaya yönelen nedensel sürecin kesilmesi söz konusu olduğundan fail, artık ihmali değil icrai davranıştan sorumlu tutulmalıdır⁴⁹⁰.

Bu yaklaşım kabul edildiği takdirde, kurtarmaya yönelik sürecin ne zaman başladığı hususu ayrı bir tartışma konusudur. Baskın görüş, bu tartışmaya şu şekilde cevap verir: Kurtarmaya yönelik sürecin başladığı zaman dilimi, kurtarmaya yönelik nedensel sürecin mağdura kesin olarak “ulaşması” anıdır. Bu an örnek olayda, “E’nin can simidini yakalamasından az önceki ana” denk gelmektedir⁴⁹¹.

Azınlıkta kalan karşıt görüş ise; kurtarmaya yönelik nedensel sürecin mağdura kesin olarak “ulaşmasına” gerek olmadığı yönündedir. Buna göre; kurtarıcının “varsayımsal nedensellik” sürecini sonlandırmasıyla birlikte ihmali hareket yerini icraya bırakmıştır. Bir başka ifadeyle, mağdurun kesinliğe yakın bir derecede kurtulma imkânına ulaştığı anda ihmali davranış artık icrai davranışa dönüşür⁴⁹². Görece azınlıkta kalan bu görüş; başlatılan nedensellik sürecinin üçüncü bir kişi tarafından kesilmesiyle, bizzat kurtarmaya yönelik nedensel süreci başlatan kişi tarafından kesilmesi durumunda aynı çözüm yolunu benimsediği için olumlanmaktadır⁴⁹³. Gerçekten de, kurtarmaya yönelik sürecin üçüncü bir kişi tarafından kesildiği durumlarda, üçüncü kişinin icrai davranışından sorumlu tutulması gerektiği savunulurken; bu sürecin aynı zaman dilimi içerisinde bizzat fail tarafından kesildiği durumlarda failin neden ihmali davranıştan sorumlu tutulduğunun baskın görüş tarafından izah edilmesi gerekir. Yine baskın görüşün; ihmalin nedenselliğini açıklarken kullandığı “kesinliğe yakın” dereceden vazgeçerek bu ihtimalde neden tam olarak “kesinlik” aradığı da izaha muhtaç görünmektedir.

3.2.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

İhmali davranıştan doğan sorumluluğun ne zaman ve hangi koşullarda icrai davranışa dönüşeceğinin tespiti, teorik bir problem olmanın çok ötesindedir. Bu tespitin isabetli bir şekilde yapılması, somut olayda ceza adaletinin sağlanması açısından yani pratikte

⁴⁸⁹ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 109, s. 662.

⁴⁹⁰ Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 109, s. 662.

⁴⁹¹ Rengier, kn. 22, s. 460 - 461.

⁴⁹² Rengier, kn. 22, s. 461.

⁴⁹³ Rengier, kn. 23, s. 461.

de son derece önemlidir. Yukarıdaki örnek olayda; garantör olmayan R, boğulmakta olan E'yi görmüş olmasına rağmen harekete geçmez ve bu nedenle E ölürse, (garantör konumunda olmadığından) R yalnızca “*yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme (TCK m. 98 – Alman CK m. 323c)*” suçundan sorumlu olacaktır. Buna rağmen R, kurtarmaya yönelik davranışa başladıktan sonra bu fiili tamamlamaktan vazgeçmiştir. Dolayısıyla bu ihtimalde R'nin fiilinin hala ihmali olduğu kabul edilirse ceza hukuku sorumluluğu değişmeyecektir. Bununla birlikte R'nin davranışının artık icrai olduğu kabul edilirse, garantör olmamasına rağmen R'nin sorumluluğu “*kasten öldürme (TCK m. 81 - Alman CK m. 212)*” suçundan olacaktır. Her iki suç tipi arasındaki ceza farkı göz önüne alındığında, bu tip durumlarda davranışın ne zaman icrai ne zaman ihmali olduğunun isabetli bir şekilde tespit edilmesinin ne kadar önemli olduğu daha net anlaşılmaktadır.

Yukarıdaki ihtimalleri kendi perspektifimizden değerlendirecek olursak: 1. ve 2. İhtimallerde, fail R'nin yalnızca “*yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme*” suçundan sorumlu olacağına yönelik baskın görüşe katılmaktayız. Çünkü bu iki ihtimalde de, kurtarmaya yönelik süreç daha başlamadığından, fail R'nin davranışı hala ihmali niteliktedir. Bu ihtimallerde E'nin ölüm neticesi faile ancak yapmadığı yardım, yani ihmali davranışı nedeniyle yüklenebilir. Bu iki ihtimalde eğer R garantör olsaydı, “*ihmali davranışla öldürme*” suçundan sorumlu olurdu. Ancak örnek olayda R garantör konumunda olmadığı için, yalnızca “*yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme*” suçundan sorumluluğu gündeme gelir.

4. ve 5. ihtimallerde ise; hem baskın hem de karşıt görüş, R'nin “*icrai davranışla kasten öldürme*” suçundan sorumlu olacağı hususunda hemfikirdir. Çünkü bu iki ihtimalde de, “*çok büyük bir olasılıkla başarıya ulaşacak nitelikteki kurtarma süreci*” başlamış iken, R tarafından icrai bir davranışla sona erdirilmiştir. Bu nedenle; R artık ihmali değil icrai davranışından sorumlu tutulmalıdır.

Biz ise; 4. ihtimalde icrai davranış olduğunu kabul etmekle beraber, 5. ihtimalde icrai davranış olmadığını düşünmekteyiz. 4. İhtimalde; E halatı yakaladıktan sonra R'nin, E'nin kurtulmasını önlemek amacıyla halatı “*sert bir biçimde geriye çekmesi*” tipik bir “*yapmadır*”. Dolayısıyla da icrai davranıştır. Bununla beraber 5. ihtimalde ise R, E simidi yakaladıktan sonra halatın ucunu yere bırakıp yoluna devam etmektedir. Dolayısıyla burada bir “*yapmama*” yani ihmali davranış söz konusudur. Böyle bir

durumda E'nin ölümü bakımından R'ye isnad edilebilecek davranış; *“halatı bırakıp gitmesi değil”*, *“halatı çekerek E'yi kurtarmaması”* yani *“ihmalî”* davranışdır. Ancak bu ihtimalde de şuna dikkat etmek gerekir: Olayın başında R garantör sıfatına haiz olmamasına rağmen fırlattığı kurtarma simidi E tarafından yakalandıktan sonra artık garantör konumuna gelmiştir. Çünkü E'yi kurtarma yönünde gönüllü bir üstlenme söz konusudur. Bu ihtimalde R'nin garantörlük sıfatı *“gönüllü üstlenmeye”* dayandırılabilir⁴⁹⁴. Bu nedenle, R'nin can simidini E'ye ulaştırdıktan sonra ipin ucunu öylece bırakarak yola devam etmesi *“yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme”* suçunu değil, *“kasten öldürmenin ihmalî davranışla işlenmesini”* oluşturacaktır. Çünkü R artık teminat yükümlüsü yani garantör konumuna gelmiştir.

Baskın ve azınlık yaklaşımı esas olarak olaydaki 3. ihtimal bakımından ayrılmaktadır. *“Kurtarmaya yönelik nedensel sürecin mağdura kesin olarak ulaşmasına”* gerek olmadığını kabul eden azınlık görüşü, bu ihtimalde failin icrai davranışla kasten öldürmeden cezalandırılması gerektiğini savunurken; *“mağdurun kurtulma imkânına kesinliğe yakın derecede ulaştığı andan itibaren”* ihmalî davranışın sona erip icrai davranışın başladığını kabul eden baskın görüş ise atılan can simidini E daha yakalamadığı için, failin sadece ihmalî davranışından yani *“yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçundan (Alman CK m. 323c)”* sorumlu tutulacağını savunmaktadır⁴⁹⁵. Yine baskın yaklaşıma göre R; daha önceki hareketinden (simidi fırlatmasından) dolayı garantör olarak kabul edildiği takdirde Alman CK m. 13 yollamasıyla, m. 212'den (ihmalî davranışla kasten öldürme) sorumluluğu gündeme gelebilir⁴⁹⁶. Sonuç olarak; R'nin garantör olarak kabul edilip edilmemesi bir kenara bırakıldığında, baskın görüş bu ihtimalde sorumluluğuna esas teşkil eden fiilin icrai değil ihmalî olduğunu savunmaktadır.

Biz de, bu ihtimale ilişkin olarak baskın görüşün çözümünü, farklı bir gerekçeyle daha isabetli bulmaktayız. Kanaatimizce bu ihtimalde, icra - ihmal ayrımına ilişkin genel prensiplerden ayrılmaya gerek yoktur. Boğulmakta olan kişi daha simidi yakalamadan, fail simidi geri çekmişse, ölüm neticesini sağlayan fiil hala *“kurtarmaya yönelik*

⁴⁹⁴ Garantörlük kavramı ve kaynaklarını, çalışmanın ilerleyen bölümlerde ayrıntılı olarak ele alacağımız için bu olayda garantörlüğün hangi kaynaktan mütevellik olduğu konusunda kesin bir tespit yapmaktan özellikle kaçınıyoruz. *“Garantörlük”* başlığı altında, konuya ilişkin genel değerlendirmeyi yaptıktan sonra bu tip olaylarda garantörlüğün kaynağının ne olduğunu ayrıntılı olarak açıklayacağız.

⁴⁹⁵ Rengier, kn. 24, s. 461.

⁴⁹⁶ Rengier, kn. 24, s. 461.

davranışın” gerçekleştirilmemesidir. Bir başka ifadeyle, boğulmakta olan mağduru görmesine rağmen hiçbir davranışta bulunmayan kişi ile can simidini fırlatıp, mağdur daha simidi yakalamadan geri çeken kişinin davranışı arasında esaslı bir fark yoktur. Ancak failin can simidini suya fırlatması, boğulmakta olan kişinin bu simide güven duyarak kurtulmaya yönelik diğer seçeneklerden vazgeçmesine (örneğin boğulmakta olan kişi, tutunduğu kütüğü bırakarak simide doğru hamle yapmış ya da yakınındaki kayalığa doğru hamle yapmaktan vazgeçmiş olabilir) ya da failin boğulmakta olan kişiye yardım ettiğini gören üçüncü kişilerin yardımdan vazgeçmelerine neden olmuşsa sonuç değişecektir. Bu durumlarda; failin artık garantör konumuna geleceğini, dolayısıyla her ne kadar davranışı hala ihmali nitelikte de olsa “yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme” suçundan değil, “kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi” suçundan sorumlu tutulması gerekir.

Azınlıkta kalan görüş, görüşümüzün aksine; failin can simidini suya fırlatması nedeniyle mağdurun diğer (potansiyel) kurtulma imkânları etkisiz hale geldiği veya kurtulma şansı ciddi anlamda sekteye uğradığı durumlarda failin artık ihmali davranışından değil, icrai davranışından sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Azınlık görüşü; böyle bir ihtimalde, her halükarda failin icrai davranışından sorumlu olacağı yönündedir. Dolayısıyla bu görüş, failin attığı can simidi nedeniyle diğer potansiyel kurtulma imkânlarının devre dışı kalıp kalmamasına herhangi bir önem atfetmemektedir.

Bu tip durumlarda hem baskın hem de azınlıkta kalan görüş, ihmalin ne zaman icraya dönüştüğünü aslında normatif kıstaslara dayanarak açıklamaya çalışmaktadır. Biz ise, daha önceden açıkladığımız gerekçelerle, bu ayrımın normatif sahadan ziyade ontik alanda yapılması gerektiğini ve bu nedenle icra - ihmali ayrımı noktasında “vücut hareketi” ölçütünü benimsiyoruz. Dolayısıyla ihmali davranışın ne zaman icrai davranışa dönüştüğü noktasında da tipik neticeyle sonuçlanan fiilin aktif mi yoksa pasif mi olduğuna bakılmasının yeterli olacağı kanaatindeyiz. Bununla birlikte bazı özel durumlarda, davranış hala ihmali nitelikte olmasına rağmen daha önceden başlattığı kurtarma süreci faili garantör konumuna getirmiş olabilir. Bu tip durumlarda failin ceza sorumluluğuna esas teşkil eden davranışı hala ihmali nitelikte olsa da fail artık saf ihmali suçtan değil görünüşte ihmali suçtan sorumlu olacaktır.

3.3. İhmali Suçların Türleri

Doktrinde ihmali suçlara ilişkin farklı sınıflandırmalar yapıldığı görülmektedir. İlk etapta icrai ve ihmali suç ayrımı yapıp, akabinde ihmali suçları kendi içerisinde sınıflandıran yaklaşımlar olduğu gibi; icrai - ihmali suç ayrımı yapmadan, tüm suç tiplerini genel olarak sınıflandıran yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. İcrai - ihmali suç ayrımında, normun niteliğine göre hareket edilmesini savunan bazı yazarlar; icrai ve ihmali suçların dışında üçüncü bir suç kategorisi olarak “*ihmal suretiyle icra suçlarından*” bahsetmektedirler⁴⁹⁷. Bu yaklaşıma göre suçlar; “*icrai suçlar*”, “*ihmali suçlar*” ve “*ihmal suretiyle icra suçları*” olmak üzere üç temel kategoriye ayrılmaktadır⁴⁹⁸.

Doktrinde; “*icra suretiyle icra*”, “*icra suretiyle ihmal*”, “*ihmal suretiyle ihmal*”, “*ihmal suretiyle icra*” şeklinde dörtlü bir ayrım da yapılmaktadır⁴⁹⁹. Bu dörtlü ayrıma göre; “*icra suretiyle icra suçları*”, müspet bir davranışla müspet bir netice meydana getirmektedir⁵⁰⁰. Örneğin; ateş ederek ya da bıçaklayarak bir kimsenin öldürülmesi, “*icra suretiyle icra*” suçudur. “*İcra suretiyle ihmal*” suçları ise, müspet bir davranışla menfî bir neticenin meydana gelmesi durumlarında söz konusudur⁵⁰¹. Bu tip suçlara örnek olarak; İtalyan Ceza Kanunu’nun 57. maddesindeki, “*ikameti terk etmek suretiyle ailevi sorumluluklarını yerine getirmeme suçu*” verilmektedir⁵⁰². “*İhmal suretiyle ihmal*” suçlarında ise; fail yapmaya mecbur olduğu bir davranışı yapmayarak, meydana getirmesi gereken bir neticeyi meydana getirmemektedir⁵⁰³. “*Suçu bildirmeme*” ve “*yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme*” suçları bu kategoriye girmektedir. “*İhmal suretiyle icra*” suçlarında ise fail; yapması gereken bir şeyi yapmayarak, meydana getirmemesi gereken bir neticeyi meydana

⁴⁹⁷ Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 473.

⁴⁹⁸ “*Suçlar maddiyetleri itibarıyla ikiye ayrılır: İcrai suçlar ve ihmali suçlar. İcrai suçlar kanunun işlenmesini yasak ettiği bir takım fiillerin icrası suretiyle teşekkül eder; buna mukabil ihmali suçlar kanunun icrasını emrettiği muayyen fiilleri işlemekten ibarettir.*

Fakat suçların maddiyetleri bakımından yapılan bu klasik tasnif heyeti umumiyeyi kaplamamakta, muayyen bir zümre suçlar dışarıda kalmaktadır. Bu cümle ile doktrinde “ihmal suretiyle icra suçları”, yahut “harekete geçmemek suretiyle icra” adı verilen fiiller kategorisine işaret etmek istiyoruz. Dönmezer, “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, s. 473.

⁴⁹⁹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 111.

⁵⁰⁰ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 112.

⁵⁰¹ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 112.

⁵⁰² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 99.

⁵⁰³ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 112.

getirmektedir⁵⁰⁴. Bir annenin çocuğunu aç bırakarak öldürmesi ya da hekimin hastaya müdahale etmeyerek hastanın ölmesine neden olması gibi...

Doktrinde suçları; fiilin niteliğine göre öncelikle icrai - ihmali olarak ayırdıktan sonra, ihmali suçları kendi içerisinde tasnife tutan yaklaşımlar da mevcuttur. İhmali suçların kendi içerisindeki türleri bakımından; “*Gerçek İhmali Suçlar (Echte Unterlassungsdelikte)*” - “*Gerçek Olmayan İhmali Suçlar (Unechte Unterlassungsdelikte)*” şeklinde yapılan ikili ayırım genel kabul görmektedir⁵⁰⁵. Ancak bu ayırmada kullanılan kavramlar arasında bazı farklılıklar da söz konusu olabilmektedir⁵⁰⁶.

İhmali suçların kendi içerisinde yapılan ayırmada hangi kriterlerin kullanılacağı noktasında, doktrinde farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Bu kriterlerden başlıcaları; “*maddi kriter*”, “*şekli kriter*”, “*ihlal edilen normun niteliği kriteri*”, “*garantörlüğün mevcut olup olmaması kriteri*” ve “*hukuki yükümlülüğün niteliği kriteridir*”⁵⁰⁷.

3.3.1. Maddi Kriter

“**Maddi Kriter**” göre ayırım yapanlar; salt ihmali davranıştan meydana gelen suçları “*saf ihmali suçlar*”, ihmali davranışın akabinde ayrıca bir neticenin de gerekli olduğu suçları ise “*nitelikli ihmali suçlar*” olarak ifade etmektedir⁵⁰⁸. Bu yaklaşıma göre; saf ihmali suçlarda her ne kadar yapılması istenen / emredilen hareket ile hukuk düzeni tarafından olumsuz görülen bir netice engellenmek isteniyor ise de, ilgili norm, muhatabına meydana gelen neticeyi engelleme hususunda herhangi bir yükümlülük getirmemiştir⁵⁰⁹. Dolayısıyla da bu tip suçlarda neticenin meydana gelmesi tipikliğin bir unsuru değildir⁵¹⁰. Buna karşılık, görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda, norm muhatabına neticeyi engellemeye yönelik bir yükümlülük getirdiğinden, artık

⁵⁰⁴ Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 113.

⁵⁰⁵ v. Hippel, s. 100. Roxin, Strafrecht AT Band II, kn. 16, s. 652 v.d. Rengier, kn. 1, s. 456.

⁵⁰⁶ Doktrinde “*gerçek ihmali suç - görünüşte ihmali suç*” ayrımının pratik bir sonucunun olmadığı dolayısıyla böyle bir ayırma gerek olmadığı da ifade edilmektedir. Bkz. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 164 - 165.

⁵⁰⁷ Bu ayrımlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 101 - 107.

⁵⁰⁸ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage, s. 202.

⁵⁰⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 101.

⁵¹⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 101.

netice tipikliğin içinde mütalaa edilmelidir. Sonuç olarak bu ayrım, ihmali suç tipinin bir netice ihtiva edip etmemesine odaklanmaktadır.

3.3.2. Şekli Kriter

Bu yaklaşıma göre; ihmali suç tipinin kanununun özel hükümler kısmında doğrudan düzenlenip düzenlenmediğiyle bağlantılı bir ayrım yapmak gerekir. “**Şekli kriter**”⁵¹¹ denilen bu yaklaşıma göre; eğer kanunun özel hükümler kısmında düzenlenen bir suçun lafzından, açıkça ihmali davranışla işlenebileceği anlaşılıyorsa “*safihmali suç*” söz konusudur. Buna karşılık; özel hükümler kısmında düzenlenen suç tipi, icrai olmasına rağmen, genel hükümlerdeki ihmale ilişkin düzenleme vasıtasıyla (örneğin Alman CK m.13) neticenin faile yüklenmesinden ibaret ise, “*görünüşte ihmali suçtan*” bahsetmek gerekir.

Bu yaklaşım, genel hükümler kısmında ihmali suçlara yönelik genel bir düzenleme olan kanunlar bakımından (Alman CK m. 13, İsviçre CK m. 11 gibi...) uygulanabilir. Bir başka ifadeyle; TCK gibi ihmali suçlara ilişkin genel hükümler kısmında bir düzenleme olmayan kanunlar bakımından bu kriterin uygulanabilmesi mümkün değildir.

3.3.3. İhlal Edilen Normun Niteliği Kriteri

“*İhlal edilen normun niteliği kriterine*” göre; ihmali suçlara ilişkin yapılan klasik ayrımın (gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar) temelinde, ilgili suç tipinin ihlal ettiği norm türü yatmaktadır. İnsanı muhatap alan normlar, “*yasak normları (Verbotsnormen)*” ve “*emir normları (Gebotsnormen)*” olmak üzere ikiye ayrılır⁵¹². Yasak normları; yapılmaması gereken şeyleri ifade ederek kişileri bunları yapmaktan men ederler: “*Öldürmeyeceksin! Çalmayacaksın! Yaralamayacaksın!*” gibi... Bu normların oluşturduğu suç tipleri, “*icrai suçlar*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Emir normları ise; bazı şartlar oluştuğunda, kişilere bazı fiilleri yapmalarını emreder. Bu normların oluşturduğu suç tipleri ise “*ihmali suçlar*” olarak ifade edilmektedir.

⁵¹¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 103.

⁵¹² Jescheck ve Weigend, s. 601. Krey ve Esser, kn. 261, s. 112.

“*Belli hareketleri yasaklayan, bunlardan kaçınılmasını isteyen normlar yanında; toplumsal açıdan arzu edilmeyen bazı sonuçların ve etkilerin doğmasını engellemeye ya da bireyleri toplumun nihai amaçları için gerekli bazı davranışlarda bulunmaya zorlayan normlar vardır*”. Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, s. 156.

İlk etapta kulağa hoş gelen bu yaklaşımın gerçeği ne kadar yansıttığını sorgulamak gerekir. Çünkü bir şeyi yapmaktan men eden “*yasak normları*”; yalnızca icrai davranışlarla değil, bazı durumlarda ihmali davranışlarla da ihlal edilebilir. Örneğin “*öldürmeyeceksin!*” normu, birini bıçaklamak ya da ona silahla ateş etmek suretiyle, yani “*icrai*” bir davranışla ihlal edilebileceği gibi; bir hekimin hastasına müdahale etmemesi, bir anne ya da babanın küçük çocuğunu aç bırakması gibi “*ihmali*” bir davranışla da ihlal edilebilir. Dolayısıyla, çoğu zaman icra - ihmali ayrımını ifade etmek için kullanılan “*yasak normu - emir normu*” kavramları; icrai - ihmali suç ayrımı yapmaktan ziyade, ihmali suçların kendi içerisinde sınıflandırılmasında kullanılmalıdır. Çünkü ihmali suçların bir türü olan “*görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar*” da, tıpkı icrai suçlar gibi nihayetinde bir “*yasak normunun*” ihlal edilmesinden mütevellittir⁵¹³. Hatta doktrinde bu suçların “*ihmal suretiyle icra suçları*” olarak nitelendirilmesinin de temel sebebi budur.

3.3.4. Garantörlük Kriteri

Bu kriter gere; bir ihmali suçun hangi nitelikte olduğunun tespiti ancak “*garantörlüğün var olup olmamasına*” göre yapılabilir. Saf ihmali suçlar bakımından aranmayan özel ilişkiler, olaylar, özel yaşam dairesi, sıkı yaşam bağı gibi hususlar yani garantörlük; saf olmayan ihmali suçlara ilişkin temel ayırım noktasını oluşturmaktadır⁵¹⁴. Dolayısıyla, failin cezalandırılabilmesi için garantörlük (hukuki yükümlülük) altında olması gereken suçlara “*garantörsel (görünüşte) ihmali suçlar*”; böyle bir yükümlülüğün aranmadığı suçlara ise “*garantörsel olmayan (saf) ihmali suçlar*” denir.

3.3.5. Yükümlülüğün Niteliği Kriteri

Bu kriter; saf ihmali suçlarla görünüşte ihmali suçlar arasındaki ayrımın, ilgili suç tipinin faile yüklediği “*hukuki yükümlülüğe*” bakarak yapılması gerektiğini savunmaktadır. Saf ihmali suçlarda harekete geçme yükümlülüğü sosyal yaşamın evrensel alanından kaynaklanan, tesadüfi, sıradan bir yükümlülük olarak tezahür

⁵¹³ Rolf Schmidt, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2018: Hamburg, 19. Auflage, kn. 114, s. 47.

⁵¹⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 105.

ederken; görünüşte ihmali suçlarda daha dar bir sosyal bağlılıktan kaynaklanan ve dolayısıyla daha yüksek bir sorumluluk söz konusudur⁵¹⁵.

Bu yaklaşım; sonuç olarak “*garantörlük kriterinden*” çok farklı bir şey söylememesine rağmen, bu ilişkiyi sağlayan sosyal ilişki ve bağların niteliğini vurgulamaktadır. Yani bu yaklaşımda yapılacak ayırım; doğrudan garantörlüğe değil de garantörlüğü doğuran olgu ve hususlarla yönelmiş görünmektedir.

3.3.6. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kanaatimizce; suç tiplerine yönelik olarak yapılan üçlü ve dörtlü genel ayrımlar, davranışın niteliğinden ziyade suçun neticesi dikkate alınarak yapılmıştır. Bu da, “*her suçta mutlaka bir netice vardır*” anlayışının bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Biz, “*her suçta mutlaka bir netice vardır*” anlayışını benimsemediğimiz için, üçlü ve dörtlü ayrımları tercih etmiyoruz. Kanaatimizce, icrai - ihmali suç ayırımı, suçun netice unsuru bakımından değil, fiil unsuru bakımından yapılabilir. Bir fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğundan bahsedilebilir. Fakat suçun neticesinin icrai mi yoksa ihmali mi olduğu gibi bir değerlendirme yapmak mümkün değildir. Bazı suçlar bakımından maddi bir unsur olarak karşımıza çıkan netice, suç oluşturan fiilin dış dünyada meydana getirdiği maddi değişiklikleri ifade eder⁵¹⁶. Elbetteki suç oluşturan fiilin dış dünyada meydana getirdiği her türlü değişiklik değil, yalnızca kanuni tarifte bir unsur olarak yer verilen değişiklikler maddi ceza hukuku bakımından dikkate alınır ve netice olarak kabul edilir⁵¹⁷. Sonuç olarak, ilgili suç tipinde maddi bir unsur olarak netice ya vardır ya da yoktur. Netice unsuru olmayan suçlara doktrinde, “*sırf hareket suçları*” ya da “*neticesiz suçlar*”; neticenin ayrıca bir unsur olarak arandığı suç tiplerine ise, “*neticeli suçlar*” denilmektedir.

Tüm bu kısa teorik açıklamalar ışığında, neticenin ihmali ya da icrai olduğu anlamına gelebilecek ifadeler kullanmak suretiyle yapılan sınıflandırmaları isabetli bulmamaktayız. “*Neticeli ihmali suç - neticesiz ihmali suç*” ifadeleri makul ise de; “*neticesi ihmali olan suç - neticesi icrai olan suç*” yaklaşımı isabetli değildir. Çünkü

⁵¹⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 106.

⁵¹⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191.

⁵¹⁷ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 127.

“icrai” ya da “ihmali” olan şey netice değil, fiilin bizatihi kendisidir. Tüm bu gerekçelerle, suçların üçlü ve dörtlü ayrımlarını isabetli bulmamaktayız.

Bununla birlikte, öncelikle fiilin niteliğine göre “icrai - ihmali suç” ayrımı yaptıktan sonra, ihmali suçları kendi içerisinde “gerçek, saf, garantörsel olmayan ihmali suçlar” - “gerçek olmayan, görünüşte - garantörsel ihmali suçlar” şeklinde ayıran yaklaşım, daha fonksiyonel görünmektedir. Bu yaklaşım, günümüz ceza hukuku doktrinde de genel olarak kabul görmektedir⁵¹⁸. İhmali suçları kendi içerisinde bu şekilde gruplandırırken, hangi terimlerin tercih edilmesi gerektiği ise tartışılabilir. Kullanılan terimler konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Alman doktrinde genel olarak, “gerçek ihmali suçlar (echte Unterlassungsdelikte)” ve “gerçek olmayan ihmali suçlar (unechte Unterlassungsdelikte)” kavramları tercih edilmekteyse de⁵¹⁹, bu kavramların anlam ve dilbilgisi açısından ne kadar isabetli olduğunu irdelemek gerekir.

Aslında ihmali suçların iki türü bakımından tercih edilecek ifadeler, bu ayırmada hangi kriterin kullanıldığı ile doğrudan ilişkilidir⁵²⁰. Bununla beraber bu ayırmada, “gerçek ihmali suç” ile “gerçek olmayan ihmali suç” terimlerinin kullanılmasının semantik (dil ve anlam bilgisi) açıdan çok da isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü “gerçek olmayan ihmali suç” tabiri, bu tip suçlarda gerçek bir “ihmali fiil” yokmuş izlenimi uyandırmaktadır⁵²¹. Halbuki bu tip ihmali suçlar bakımından da, tıpkı saf ihmali suçlarda olduğu gibi, gerçek manada bir ihmali davranış söz konusudur. Bu nedenle, ihmali suçların türlerini ifade ederken “gerçek ihmali suç - gerçek olmayan ihmali suç” kavramlarının kullanılmasını isabetli bulmuyoruz. “Gerçek ihmali suç” yerine “saf ihmali suç”, “garantörsel olmayan ihmali suç” ya da “neticesiz ihmali suç” kavramlarının; “gerçek olmayan ihmali suç” yerine de “saf olmayan ihmali suç”,

⁵¹⁸ Bununla birlikte ihmali suçlar arasında böyle bir ayırım yapmanın gereksiz ve hukuki dayanaktan yoksun olduğu yönünde yaklaşımlar da vardır. İzzet Özgenç ve Cumhur Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, *GÜHFD*, c. 6, sa. 2, y. 2002, s. 38.

⁵¹⁹ Roxin, *Strafrecht AT Band II*, kn. 16, s. 652 v.d. Jakobs, bn. 29, s. 783 v.d. Jescheck ve Weigend, s. 605 v.d. Rengier, kn. 1, s. 456.

⁵²⁰ Doktrinde ihmali suçların kendi içerisindeki ayırma ilişkin kriterlerin birlikte uygulanması gerektiği yönünde görüş de vardır. Buna göre; “ihmali suçlar arasındaki ayırım, bunların kanunun özel kısmında yer alıp almamalarına göre yapılabileceği gibi, ayrıca bunların bir neticeyi gerektirip gerektirmemesine göre de yapılabilir. Öte yandan saf ihmali suçlar bir emre aykırılık teşkil ederken, nitelikli (garantörsel) ihmali suçların bir yasağa aykırılık teşkil ettiği de gözlemlenebilir. Garantörlüğün bulunup bulunmadığı da bu konuda yardımcı olabilir. Bütün bu farklılığın arkasında yatan neden ise hukuksal yükümlülüğün farklı olmasıdır”. Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 106 - 107.

⁵²¹ Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, s. 25 - 26.

“garantörsel ihmali suç”, “neticeli ihmali suç” ya da “görünüşte ihmali suç” kavramlarının tercih edilmesinin daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz⁵²².

“Gerçek ihmali suç” yerine “saf ihmali suç kavramı” kullanılabilir; çünkü bu tip suçlarda normda ifade edilen davranışla birlikte suç da tamamlanır⁵²³. Saf ihmali suçlarda; yapılması gereken hareketin yapılmamasıyla birlikte suç tamamlanacağı için, tipik fiil dışında gerçekleşmesi gereken bir netice ve bu neticeyi suç oluşturan fiil ile birbirine bağlayacak nedensellik bağı aranmayacaktır. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlarda, yapılmayan davranışla birlikte tipik neticenin de gerçekleşmesi ve bu iki unsur arasında bir bağıntının kurulması da gerekir. Bir başka ifadeyle bu tip suçlar; sadece ihmali davranışın gerçekleşmesiyle birlikte tamamlanmamakta, tipik neticenin de gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu kategoriyi oluşturan suçlara “saf olmayan ihmali suçlar” demek mümkündür.

Ancak bu yaklaşıma, saf ihmali suçlara ilişkin “netice sebebiyle ağırlaşan suç” düzenlemeleri üzerinden eleştiri getirilebilir. Örneğin TCK m. 98/1’de düzenlenen “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu” tipik bir saf ihmali suç olmasına rağmen; aynı maddenin ikinci fıkrasında, bu ihmal neticesinde ölümün meydana gelmesi ayrıca düzenlenmiştir. Bu bakımdan TCK m. 98/2’deki gibi düzenlemelerin, ihmali suçlar bağlamında yapılan bu ayrıma nasıl dâhil edileceği bir problem oluşturmaktadır.

Benzer şekilde, “gerçek ihmali suç” kavramı yerine “garantörsel olmayan ihmali suç” kavramı da tercih edilebilir⁵²⁴. Çünkü ihmali suçların diğer kategorisini oluşturan “gerçek olmayan ihmali suçlarda” garantörlük yani teminat yükümlülüğü suçun kurucu bir unsurudur. Diğer taraftan, yalnızca emir normunun ihlal edildiği “gerçek ihmali suçlarda” garantörlük şartı aranmamaktadır⁵²⁵. Bu bakımdan garantörlüğün

⁵²² Bu ifadelerden hangisinin tercih edileceği hususunda, söz konusu ayırım yapılırken dayanan kısıtlara göre tercih yapılabilir. Örneğin; maddi kritere göre ayırım yapmayı tercih edenler “saf - saf olmayan ihmali suç” kavramlarını; garantörlük temelinde ayırım yapanlar ise “garantörsel olmayan ihmali suç - garantörsel ihmali suç” kavramlarını tercih edebilir.

⁵²³ Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 51.

⁵²⁴ Kienapfel ve Höpfel, bn. z28, kn. 12, s. 183.

⁵²⁵ Doktrinde; bazı saf ihmali suçlar bakımından da garantörlük şartının aranabileceği, dolayısıyla böyle bir ayırımın isabetli olmadığı da ifade edilmektedir. Bu duruma örnek olarak, Alman CK 225. maddede düzenlenen, “koruma altında bulunan kimselerin kötüye kullanılması veya onlara kötü muamele yapılması” suçu gösterilmektedir. Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri, s. 105.

Kanaatimizce; Alman CK 225. ve TCK 97. madde düzenlemelerinde; ilgili suç tipleri bakımından faillerin belirli bir konumda olması, teknik anlamda “garantörlük” olarak nitelendirilemez.

maddi bir unsur olarak aranmadığı ihmali suçlara “*garantörsel olmayan ihmali suçlar*”; garantörlüğün maddi bir unsur olarak arandığı ihmali suçlara ise “*garantörsel ihmali suçlar*” denilebilir. Bu yaklaşıma getirilen eleştiri ise, kanuni düzenlemelerde bazı saf ihmali suçlar bakımından da (garantörlük benzeri) bir yükümlülüğün aranmasının mümkün olmasıdır. Örneğin; TCK m. 97’de düzenlenen “*terk*” suçu, hem ihmali hem de icrai davranışla işlenebilir. Ancak bu suç failinin; yaşı ve hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek kişi bakımından “*bir koruma ve gözetim yükümlülüğü altında*” olması gerekir. Dolayısıyla bu kritere göre yapılacak ayırmda, terk suçunun hangi kategoriye gireceği bir sorun oluşturabileceğinden bu konunun açıklığa kavuşturulması gerekir.

TCK m. 97’deki “*terk*” suçunun oluşabilmesi için, failin ölüm kastıyla hareket etmiyor olması gerekir. Çünkü garantör konumunda bulunan failin, öldürme kastıyla mağduru terk etmesi durumunda, artık TCK m. 97 kapsamında değil m. 83 kapsamında sorumluluğu gündeme gelecektir⁵²⁶. Bu bakımdan TCK m. 97/2’de, “*gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşan suç*”⁵²⁷ söz konusudur. Dolayısıyla terk fiilini gerçekleştiren kişinin, ölüm neticesi bakımından taksiri söz konusu olduğunda TCK m. 97/2 bağlamında sorumluluk gündeme gelir⁵²⁸.

Gerçek ihmali suçlarda, ilgili hareketin yapılmamasıyla birlikte suç da tamamlandığından, bu tip ihmali suçlarda netice aranmaz⁵²⁹. Bu sebeple, ihmali suçların bu türüne “*neticesiz ihmali suçlar*”; ihmali davranışla birlikte normda yasaklanan neticenin de gerçekleşmesinin bir unsur olarak arandığı suçlara ise “*neticeli ihmali suçlar*”⁵³⁰ denilmesi de düşünülebilir. Bununla beraber böyle bir yaklaşımda “*netice*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği izaha muhtaçtır. Özellikle

Çalışmamızın ilerleyen kısmında ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere “*garantörlük*”; salt bir konumda bulunmak değil, “*ilgili suç tipindeki neticenin engellenmesine yönelik bir yükümlülük altında bulunmaktır*”. Dolayısıyla saf ihmali suçar bakımından harekete geçme yükümlülüğü ile garantörlük yani teminat yükümlülüğü kavramları birbirine karıştırılmamalıdır.

⁵²⁶ Özlem Yenerer Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)” *İÜHFM*, c. LXV, sa. 2, y. 2007, s. 69.

⁵²⁷ Koca ve Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 246.

⁵²⁸ Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)” s. 68.

⁵²⁹ “Bu itibarla, “*gerçek ihmali suçlarla*” “*görünüşte ihmali suçlar*” arasındaki ayrımın ölçütü neticedir. Başka bir deyişle, yükümlülük salt ihmali suç oluşturuyorsa, yani suçun oluşması için ayrıca bir neticenin meydana gelmesine gerek yok ise; bu suç “*gerçek ihmali suç*”tur. Buna karşılık, suçun oluşabilmesi için, bir yükümlülüğün ihmalinin yanı sıra ayrıca bir neticenin meydana gelmesi gerekiyor ise; bu suç; “*görünüşte ihmali suç*”tur”. Özgenç ve Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, s. 38.

⁵³⁰ Mezger, *Deutsches Strafrecht Ein Grundriss*, 3. Auflage, s. 51.

Alman doktrinde, bazı saf ihmali suçların da (örneğin Alman CK m. 323c düzenlemesi) geniş anlamda bir netice barındırdığı ifade edilmektedir.

Tam bu noktada, saf ihmali suçlardaki harekete geçme yükümlülüğü ile görünüşte ihmali suçlardaki teminat yükümlülüğü yani garantörlük arasındaki nitelik farkına işaret etmek gerekir. Saf ihmali suçlarda norm, ilgiliye, yalnızca davranışa geçme noktasında bir yükümlülük getirmektedir. Dolayısıyla saf ihmali suçlardaki yükümlülük, neticeden bağımsız ve basit bir davranış yükümlülüğünden ibarettir. Bu tip sularda, normun kendisinden beklediği davranışı gerçekleştiren fail, neticeden bağımsız olarak sorumluluktan kurtulur. Örneğin; yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getiren fail, yardıma muhtaç kişinin hayatını kaybetmesi ya da yaralanması gibi ihtimallerden bağımsız olarak ceza sorumluluğundan kurtulacaktır. Bu tip suçlardaki norm, salt bir “*emir normu*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla her bir saf ihmali suç, bir emir normunun ihlalinde ibarettir.

Bununla beraber görünüşte ihmali suçlarda, norm, failden bir davranış gerçekleştirmenin daha ötesinde, istenmeyen neticeyi önlemeye yönelik olarak harekete geçmesini yüklemektedir. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlardaki yükümlülük, nitelik itibarıyla saf ihmali suçlardan ayrılmaktadır. Görünüşte ihmali suçlardaki yükümlülük, saf ihmali suçlara nazaran daha yoğun bir özellik arz etmektedir⁵³¹. Bu tip suçlarda esas olan, failin istenmeyen neticeyi engellemesi ya da engellemek adına elinden gelen her şeyi yapmış olmasıdır. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçların haksızlık muhtevasının temelinde saf ihmali suçlardaki gibi bir emir normu değil, bir yasak normu söz konusudur. Bu bakımdan fail, aslında harekete geçmeyerek hukuken yasaklanmış bir neticeyi engellemediği için sorumlu tutulmaktadır. Dolayısıyla bu tip suçlarda, tipik neticenin gerçekleşip gerçekleşmediği, failin ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından önem kazanmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, ihmali suçların türlerine ilişkin kriterlerin birbirlerine oldukça benzemelerine rağmen aralarında bazı farklılıklar olduğunu söylemek gerekir. İlk bakışta, akla ve mantığa gayet yakın gelen bir kriter, somut olay bazında ciddi eleştirilere maruz kalabilir. Kanaatimizce, icrai - ihmali suç ayrımı fiilin niteliğine göre yapılırken; ihmali suçların türlerine ilişkin ayrım, suçun ihlal ettiği norm türüne (emir

⁵³¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 106.

- yasak normu) göre yapılmalıdır⁵³². Bu kabule göre; kanunda bir emir normuyla açıkça tanımlanan fiillerin oluşturduğu ihmali suçlara “*saf ihmali suç*”; aslında bir yasak normunun ihlalini oluşturan istenmeyen neticenin, fail tarafından önlenmediği suçlara ise “*görünüşte (garantörsel) ihmali suç*” denilmelidir⁵³³. Aslında şekli kriteri benimseyenler hariç olmak üzere, diğer tüm kriterlerin de aynı sonuca vardığını söylemek mümkündür.

Sonuç olarak, çalışmamızda terim birliğinin sağlanması açısından biz; “*gerçek ihmali suç*” yerine “*saf ihmali suç*”, “*gerçek olmayan ihmali suç*” yerine ise “*görünüşte (garantörsel) ihmali suç*” kavramlarını kullanmaya özen göstereceğiz. Bununla beraber, doktrinde ekseriyetle kullanılan ve yerleşik bir terim haline gelen, “*gerçek ihmali suç - gerçek olmayan ihmali suç*” kavramlarının kullanılmasının da (yukarıda ifade etmeye çalıştığımız yanlış anlaşılmalara mahal vermemek kaydıyla) mümkün olduğunu düşünmekteyiz.

3.4. İhmali Suçların Yapısı

İhmali suçlar, birçok yönü itibarıyla icrai suçlardan ayrılmaktadır. Bu ayrışmanın suçun hangi unsurları yönünden geçerli olduğu başlı başına bir tartışma olmakla beraber, farklılık arz ettiği düşünülen hususların hangi unsur altında inceleneceği de bir başka tartışmayı oluşturmaktadır⁵³⁴. Bir diğer ifadeyle, ihmali suçların yapısının ne olduğu sorununa ek olarak, benimsenen yapının ne şekilde analiz edileceği de ayrı bir problemi oluşturmaktadır. İcrai suçların yapısı incelenirken, tercih edilen inceleme yöntemleri arasında bazı farklılıklar söz konusu olsa da, genel olarak doktrinde benzer

⁵³² Burada “*emir normu - yasak normu*” kavramlarıyla murad edilen elbette ki davranış normlarıdır. “*Davranış Normları*” hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi Hukuk ve Ahlak İlişkisi (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.7.2018 tarihli ve K. 2018/7 sayılı Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirmeler)”, TÜBA Akademi Konferansı Bildirisi, Şubat 2019, Beşevler / Ankara.

⁵³³ Schmidhäuser, kn. 21, s. 659.

Bu bakımdan doktrinde ihmali suçların türleri için kullanılan “*maddi kriter*” ile “*ihlal edilen normun niteliği kriterinin*” büyük ölçüde birbiriyle örtüştüğünü düşünmekteyiz. Bununla beraber görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda, norm tarafından emredilenin bir neticeyi engellemek mi, yoksa neticeyi engellemeye yönelik uygun davranışı gerçekleştirmek mi olduğu hususu tartışmaya açıktır.

⁵³⁴ “*İhmali suçların yapısı hakkında dile getirilen ve icrai suçlara nazaran dikkat edilmesi gereken temel hususlar şunlardır: İlk olarak, ne zaman ihmali hareket vardır ve hangi koşullarda icrai hareketle sınırlandırılır? Eğer ihmali hareket noktasında bir sorun yoksa sınırlandırma sorunu özel bir anlam ifade etmeyecektir. Sonrasında ise, “eşdeğerlik kriteri” yapısal unsurlar şemasına eklenmelidir. İhmal bakımından tartışılacak sonraki husus ise; failin fiziki - maddi olarak neticeyi önlemeye yönelik hareketi yapma imkânının olmasıdır. Nedensellik sorunu ise ihmali ve neticeli suçların kendi özellikleri dikkate alınmak suretiyle ayrıca değerlendirilmelidir. Kusurluluk bahsinde ise “hareketin şahsi olarak beklenebilirliği” hususuna dikkat etmek gerekir”.* Rengier, kn. 4, s. 462.

bir sistem tercih edilmektedir. Ancak ihmali suçlar söz konusu olduğunda, suçun yapısının ve unsurlarının ne şekilde incelenmesi gerektiği hususunda çok farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır.

İhmali suçlara ilişkin yapılan değerlendirmeler bakımından en büyük problemlerden biri, izlenecek metottur. İcrai suçlardan farklı olarak ihmali suçlarda bulunan unsurların hukuki niteliğinin ne olduğu, hangi başlık altında incelenmesi gerektiği konusunda bir konsensus sağlanamamaktadır. Sonuç olarak, ihmali suçların ayrıntılarına girmeden önce bir metodolojinin belirlenmesi, hem konu bütünlüğünün sağlanması hem de birçok kavramın farklı yerlerde tekrar edilmesini önlemek bakımından önem arz etmektedir. Bu bakımdan biz; birtakım zorluklar barındırsa da, ihmali suçlara ilişkin analizimizi icrai suçlar bakımından tercih edilen genel yaklaşıma bağlı kalarak yapmaya çalışacağız. Bununla beraber, ihmali suçların ayrıntılarına girmeden önce, hem saf hem de görünüşte ihmali suçların yapısına ilişkin genel bir çerçeve çizmek faydalı olacaktır.

3.4.1. Saf İhmali Suçlar

Saf ihmali suç; doktrinde kısaca, emredilen davranışın normda bizzat ifade edildiği suçlar olarak tanımlanmaktadır⁵³⁵. Saf ihmali suçlarda, emredilen davranış (emir normu) kanunda açıkça düzenlenmiştir. Failin emredilen bu davranışı yapmamasıyla birlikte norm da ihlal edilmiş olur ve suç tamamlanır⁵³⁶. Bir başka ifadeyle, “*davranış normlarından kaynaklanan yapma yükümlülüğünün salt olarak yerine getirilmemesi kanunda suç olarak düzenlenmişse*”, “*saf ihmali suç*” söz konusudur⁵³⁷.

Saf ihmali suçlarda norm, belirli bir durumda belirli bir davranışın yapılmasını emreder. Bir başka ifadeyle norm, kişiye bir şeyi yapmasını “*buyruk verir*”. Normdaki diğer maddi unsurların somut olayda var olması ve emredilen davranışın yapılmamasıyla birlikte suç da tamamlanır. Bu bakımdan saf ihmali suçlarda, görünüşte ihmali suçlardan farklı olarak, ilgili davranışın dış dünyada herhangi bir değişiklik yaratıp yaratmaması kural olarak önem arz etmez. Bir başka ifadeyle, saf

⁵³⁵ Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 51. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 107.

⁵³⁶ Rengier, kn. 3, s. 456. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 14.

⁵³⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 235.

ihmali suçlarda fiilin dış dünyada meydana getirdiği netice, kural olarak tipiklik içerisinde değildir. Bu nedenle saf ihmali suçlar; “*sırf davranış (hareket) suçları*”⁵³⁸ olarak karşımıza çıkmaktadır⁵³⁹.

Elbette saf ihmali suçlarda da korunan bir hukuki değer olduğundan şüphe yoktur. Bu suçlarda suçun konusunda fiziki nedensel bir değişim olmamasına rağmen korunan bir hukuki değer vardır⁵⁴⁰. Örneğin; bir kazada yaralanan kimseye yardım etmeyen failin cezalandırılmasının nedeni, kazaya maruz kalan kişinin yaşam ve sağlık hukuksal değerinin ihlal edilmesidir⁵⁴¹.

Saf ihmali suçların tipik örnekleri; TCK 98. maddede düzenlenen “*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu*”, TCK 278. maddede düzenlenen “*suçu bildirmeme suçu*” ve Alman CK 323c maddesinde düzenlenen “*yardım etmeme*” suçlarıdır⁵⁴². Bu düzenlemeler incelendiğinde, suçun diğer unsurlarıyla birlikte emredilen fiilin doğrudan tanımlandığı görülür ve emredilen hareketin yapılmamasıyla birlikte suç da tamamlanır. Bu nedenle söz konusu suçlar birer “*saf ihmali suç*” tipidir.

Çalışmamızın esas konusu olmadığı ve kapsamı dışında kaldığı için, burada tüm saf ihmali suçların unsurlarını ayrıntılı olarak incelemeyeceğiz. Bununla beraber, “*sırf hareket suçu*” şeklindeki icrai suçların unsurları, saf ihmali suçlar bakımından da büyük ölçüde geçerlidir⁵⁴³. Bu tip suçlar arasındaki benzeşmenin nedeni ise, saf ihmali suçlar bakımından da kural olarak “*netice*”, “*nedensellik bağı*” ve “*garantörlük*” tartışmaları yapmanın gereksiz olmasıdır. Saf ihmali suçlar, *sırf hareket suçu*⁵⁴⁴

⁵³⁸ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 239.

⁵³⁹ Hasan Hüseyin Bayraklı ve Ahmet Bozdağ, “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”, *Maliye Dergisi*, sa. 158, Ocak - Haziran 2010, s. 23. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 101.

⁵⁴⁰ Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 790.

⁵⁴¹ Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 790.

⁵⁴² TCK’da yer alan belli başlı saf ihmali suçlar şunlardır: “*Bilgi Vermeme (m. 166); Akıl Hastası Üzerindeki Bakım ve Gözetim Yükümlülüğünün İhlali (m. 175); İnşaat veya Yıkımla İlgili Emniyet Kurallarına Uymama (m. 176); Hayvanın Tehlike Yaratabilecek Şekilde Serbest Bırakılması (m. 177); İşaret ve Engel Koymama (m. 178); Denetim Görevinin İhmali (m. 251); Suçu Bildirmeme (m. 278); Kamu Görevlisinin Suçu Bildirmemesi (m. 279); Tutuklu, Hükümlü veya Suç Delillerini bildirmeme (m. 284); Seferberlikle İlgili Görevin İhmali (m. 324)*”.

⁵⁴³ Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 219.

⁵⁴⁴ Yalnızca tipik fiilin icra edilmesiyle birlikte tamamlanan, dış dünyada herhangi bir değişikliğin (neticenin) meydana gelmediği suçlara doktrinde; “*sırf hareket suçları*” denilmektedir. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191.

Çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, “*hareket*” ifadesinin yalnızca icrai suçlar bakımından kullanılmasının doğru olacağını, ihmali suçlardaki fiil unsurunu ifade etmek içinse “*davranış*” kavramının tercih edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bu bakımdan, icrai suçlar için

niteliğindeki icrai suçlardan önemli bir farklılık taşımaz. Bu bakımdan saf ihmali suçlara ilişkin değerlendirmelerin, ceza kanunlarının özel hükümler kısmındaki her bir suç tipi için ayrı ayrı yapılmasının daha faydalı olacağı kanaatindeyiz. Dolayısıyla saf ihmali suç tiplerinin gösterdikleri özellik, ceza hukuku özel hükümlere ilişkin çalışmalarda ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Bu gerekçeyle çalışmamızda, saf ihmali suçlara ilişkin genel bir değerlendirme yapmakla yetineceğiz. İlgili suç tiplerinin her birinin ayrıntısına girmeyeceğiz.

3.4.1.1. Maddi unsurlar

Saf ihmali suçlar da tıpkı “*sırf hareket suçlarındaki*” gibi; fiil, konu, fail ve mağdur maddi unsurlarından oluşmaktadır. Saf ihmali suçlar, sırf davranış (hareket) suçu özelliği gösterdiğinden, bu tip suçlarda kural olarak netice maddi unsuru aranmayacaktır⁵⁴⁵. Bununla beraber bazı saf ihmali suç düzenlemelerinin, neticesi sebebiyle ağırlaşan halleri de kanunda düzenlenmiş olabilir. Örneğin TCK m. 98/2’de; “*yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi dolayısıyla kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur*” denilerek, saf ihmali suç niteliği gösteren “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali düzenlenmiştir. Bu tip suçlarda elbette ki meydana gelen (ağır) netice ile ihmali fiil arasında bir neden sonuç ilişkisinin kurulması gerekir. Aynı husus ihmali davranışla gerçekleştirilen “*terk*” suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşan hali (TCK m. 97/2) bakımından da geçerlidir.

Bu bakımdan, saf ihmali suçların temel şekli bakımından netice unsuru aranmadığı için nedensellik bağı tartışmasına girmeye de gerek yoktur⁵⁴⁶. İhmali suçların bu

kullanılan “*sırf hareket suçu*” ifadesinin, ihmali suçlara tevdi edilmiş hali için “*sırf davranış suçu*” ibaresini kasıtlı olarak kullanıyoruz. Bununla beraber, ceza hukukunda oturmuş bir terim olması bakımından “*sırf hareket suçu*” kavramının da saf ihmali suçların bu özelliğini vurgulamak amacıyla kullanılmasında da bir beis görmemekteyiz.

⁵⁴⁵ Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 14.

⁵⁴⁶ Bununla beraber doktrindeki bazı yazarlar, saf ihmali suçlarda da nedensellik bağının olduğunu ancak bu suçların neticesi harekete bitişik suçlar olduğundan bu bağın aranmasının pratik bir öneminin olmadığı görüşündedirler. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 225. Bu yaklaşım; netice kavramını “*dar anlamda netice*” ve “*geniş anlamda netice*” olarak kabul eden ve “*her suçta mutlaka (geniş anlamda) bir netice vardır*” kabulünden yola çıkmaktadır. Biz “*netice*” unsurunu fiilin dış dünyada getirdiği her değişiklik değil, yalnızca suç tipinde tarif edilen değişiklik olarak kabul ettiğimiz için, “*dar anlamda netice - geniş anlamda netice*” ayrımını isabetli bulmuyoruz. Bu nedenle, saf ihmali suçların temel şeklinde netice ve dolayısıyla nedensellik bağının aranmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz.

türünde netice unsuru aranmadığından ve ancak neticenin suç tipinde bir unsur olarak yer aldığı suçlar zarar suçu olarak nitelendirildiğinden⁵⁴⁷, saf ihmali suçlar temel şekli itibarıyla aynı zamanda birer “*tehlike suçu*” olarak da telakki edilmektedir.

3.4.1.1.1. Fiil

Saf ihmali suçların fiil unsurunu, tipiklikte belirtilen ve yapılması istenen davranışın gerçekleştirilmemesi oluşturur⁵⁴⁸. Örneğin, TCK m. 98’de düzenlenen “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” suçunun fiil unsurunu⁵⁴⁹; “*yardım etmeme veya derhal ilgili makamlara bildirmeme*” davranışları oluşturmaktadır⁵⁵⁰. Bu bakımdan TCK 98. maddede düzenlenen suç, “*seçimlik davranışlı suçtur*”⁵⁵¹. Ancak her iki seçimlik davranış da (yardım etmeme ve ilgili makamlara bildirmeme) ihmali nitelikte olduğundan, bu suç tipi yalnızca ihmali davranışla işlenebilir⁵⁵². Bu anlamda, “*yardım etme ya da derhal ilgili makamlara bildirme*” fiillerinden herhangi birinin gerçekleştirilmemesiyle suç da tamamlanacaktır. Saf ihmali suçlarda kural olarak, suçun tamamlanması için ayrıca bir neticenin gerçekleşmesi gerekmez⁵⁵³. Bu nedenle, “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” suçunda olduğu gibi, saf ihmali suçların temel şekli söz konusu olduğunda, netice ve nedensellik bağı tartışmasına gerek yoktur.

Bununla beraber, özellikle bazı kanuni düzenlemelerde saf ihmali suçlar bakımından da “*neticesi sebebiyle ağırlaşan haller*” yer verilmiştir (TCK m. 97/2 ve m. 98/2). Bu tip düzenlemeler söz konusu olduğunda, her bir suç tipi bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekir. TCK m. 97/2’de düzenlenen “*terk*” suçunun neticesi

⁵⁴⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 221.

⁵⁴⁸ Kienapfel ve Höpfel, bn. z29, kn. 3, s. 188.

⁵⁴⁹ **TCK m. 98:** “*Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır*”.

⁵⁵⁰ TCK madde 97 gerekçesi.

⁵⁵¹ “*Seçimlik davranışlı suç*” ifadesini, “*seçimlik hareketli suç*” kavramının karşılığı olarak ihmali suçlar bakımından kullanılmaktayız.

⁵⁵² Bununla birlikte TCK’daki bazı suç tiplerinin hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebileceğini gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin kanunun 97. maddesinde düzenlenen “*Terk Suçu*”, hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebilir. Çakmut, “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)” s. 63.

⁵⁵³ TCK m. 234/3’te düzenlenen “*evi terk eden çocuğu, ailesini veya yetkilileri haberdar etmeksizin tutma suçu*” da, yükümlülüğün doğmasına rağmen yerine getirilmediği anda işlenmiş olacağından bir saf ihmali suç örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Gökhan Ölmez, “Evi Terk Eden Çocuğu, Ailesini veya Yetkilileri Haberdar Etmeksizin Tutma Suçu (TCK m. 234/3)”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Ankara, 2018, s. 468 ve 477.

sebebiyle ağırlaşan hali, bir “*gerçek neticesi sebebiyle ağırlaşan suç*” özelliği göstermektedir. Dolayısıyla ölüm neticesi bakımından ancak taksirinin olduğu durumlarda failin TCK m. 97/2 bağlamında sorumluluğuna gidilebilir. TCK m. 97’deki “*terk*” suçunda, fail aynı zamanda garantör konumunda olduğundan, ölüm neticesi bakımından kastının olması halinde artık TCK m. 97/2 bağlamında değil TCK m. 83 kapsamında sorumlu olacaktır.

Buna karşılık TCK m. 98’de düzenlenen “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi*” suçunda fail, garantör yani teminat yükümlüsü konumunda değildir. Bu nedenle, TCK m. 98/2’de düzenlenen “*neticesi sebebiyle ağırlaşan hal*” bakımından fail taksirle hareket edebileceği gibi kasten de hareket edebilir. Yani TCK m. 98/2’de yer alan düzenleme, bir “*görünüşte neticesi sebebiyle ağırlaşan suç*” özelliği göstermektedir. Bu farklılığa dikkat çekmekle beraber, söz konusu her iki ağırlaşan hal bakımından da, ihmali davranışla meydana gelen ağır netice arasında bir bağının kurulması gerektiği muhakkaktır⁵⁵⁴.

Bununla beraber saf ihmali suçlara ilişkin bu tip düzenlemelerde yer verilen ağırlaşan neticenin, bir unsur olarak değil, bir “*objektif cezalandırılabilirlik şartı*” olarak telakki edilmesi de düşünülebilir. Bu yaklaşım, failin meydana gelen netice bakımından en azından taksirinin aranıp aranmayacağı noktasında önem arz edecektir. Çünkü “*objektif cezalandırılabilirlik şartları*”, suçun maddi bir unsuru neticeden farklı olarak kast kapsamında mütalaa edilmemektedir⁵⁵⁵. Ancak hem TCK m. 97 hem de TCK m. 98 gerekçelerinde, kanunda yer alan bu hükümlerin “*neticesi sebebiyle ağırlaşan hal*” olduğu açıkça vurgulanmıştır. Kaldı ki, bir hususun netice mi yoksa objektif cezalandırılabilirlik şartı mı olduğu hususunda tereddüte düşüldüğü durumlarda, failin daha lehine olması nedeniyle “*neticeye*” öncelik verilmesi gerektiği doktrinde genel kabul görmektedir⁵⁵⁶. Çünkü ilgili sonuç bir unsur olarak kabul edildiği takdirde, bu

⁵⁵⁴ Bu durumda, ihmali suçlara ilişkin benimsenen genel yaklaşım çerçevesinde, nedensellik bağı ve objektif isnadiyet ilişkisi birlikte aranabileceği gibi, yalnızca objektif isnadiyetin aranmasıyla da yetinilebilir. İhmali suçlardaki nedensellik tartışmasını çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak yapacağımızdan şimdilik ayrıntısına girmiyoruz.

⁵⁵⁵ Uğur Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilirlik Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, *TBB Dergisi*, sa. 109, y.2013, s. 244. Muhammed Emre Tulay, “Kast Unsuru ve Cezalandırılabilirlik Şartı Ekseninde Hakaret Suçu”, *SÜHFD*, sa. 27, y. 2019, s. 582.

⁵⁵⁶ Zeynel Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, *İÜHFM*, c. LXVIII, sa. 1-2, y. 2010, s. 152.

netice bakımından failin kastının ya da en azından taksirinin olması gerekir⁵⁵⁷. Dolayısıyla hem TCK m. 97/2 hem de 98/2’de yer alan düzenlemelerin, birer “*neticesi sebebiyle ağırlaşan hal*” olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle de, faillerin gerçekleşen ağır neticelerden sorumlu tutulabilmeleri için ihmali davranışları ile meydana gelen netice arasında bir ilişkinin kurulması zorunludur.

3.4.1.1.2. Konu

Suçun konusu; “*tipik fiilin üzerinde gerçekleştiği eşya veya şahsın maddi (fiziki) yapısıdır*”⁵⁵⁸. Dolayısıyla saf ihmali suçlarda, ihmali fiilin üzerinde gerçekleştiği şey ya da kişi, suçun konusunu oluşturmaktadır. Örneğin, TCK 98. maddede düzenlenen “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu*”nun konusunu, “*yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimsenin vücudu*” oluşturur⁵⁵⁹. Yine tipik bir saf ihmali suç örneği olan “*suçu bildirmeme (TCK m. 278)*” suçunun konusu ise; “*işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması bildirilmeyen suç vakıası, olgusudur*”⁵⁶⁰. Sonuç olarak, saf ihmali suçlar bakımından suçun konusu, icrai suçlarla paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla bu tip ihmali suçlarda, suçun konusu bakımından özel bir değerlendirme yapma ihtiyacı yoktur.

3.4.1.1.3. Fail

Fail unsuru, saf ihmali suçun tipte düzenlenişine göre farklılık gösterebilir. İlgili suç tipine göre; suçun faili herkes olabileceği gibi, sadece bazı statüye sahip kimseler de olabilir. Örneğin, “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98)*” ve “*suçu bildirmeme (TCK m. 278)*” suçlarında, failinin niteliği konusunda bir özel şart yoktur. Dolayısıyla bu gerçek ihmali suç herkes tarafından işlenebileceğinden “*özgü suç*” niteliği göstermezler. Bununla beraber, bazı saf ihmali suçlarının faili olabilmek, belirli bir hukuki statüde olmayı gerektirir. Örneğin; “*denetim görevinin ihmali (TCK m. 251)*”, “*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279)*” ve “*sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi (TCK m. 280)*” suçları, yalnızca

⁵⁵⁷ Kangal, “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”, s. 152.

⁵⁵⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 219. Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 142.

⁵⁵⁹ TCK m. 97 gerekçesi.

⁵⁶⁰ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 765.

belirli statüdeki kimseler tarafından işlenebilir. Keza, hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebilecek bir suç tipi olan “*terk suçunun (TCK m. 97)*”⁵⁶¹ faili, yalnızca “*koruma ve gözetim yükümlülüğü*”⁵⁶² altında bulunan kişiler olabilir. Bu nedenle, ilgili maddelerde tanımlanan bazı saf ihmali suçlar “*özgü suç niteliği*” taşımaktadır.

Sonuç olarak; saf ihmali suçların fail unsuru bakımından bir genelleme yapmak mümkün görünmemektedir. Bazı saf ihmali suçların faili herkes olabileceği gibi, bazı ihmali suçlarda ise yalnızca belirli statüdeki kimseler fail olabilir⁵⁶³. Bu bakımdan saf ihmali suçların fail unsuru da, icrai suçlarla örtüşmektedir. Hangi saf ihmali suçun “*özgü suç*”, hangisinin “*özgü olmayan suç*” olduğu, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ilgili suç tipine bakılarak ayrı ayrı belirlenmelidir.

3.4.1.1.4. Mağdur

Mağdur Türkçe’de; “*haksızlığa uğramış (kimse), kıygın*” anlamlarına gelmektedir⁵⁶⁴. Ceza hukukunda ise suçun maddi bir unsuru olarak mağdur⁵⁶⁵; “*suçun konusunun sahibi olan kişi ya da kişileri*” ifade etmektedir⁵⁶⁶. Bu anlamda mağdur; dar anlamda suçtan zarar gören, suçun maddi unsurlarıyla doğrudan ilişkili olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki menfaati ihlal edilen kişiyi ifade etmektedir⁵⁶⁷. Mağduru olmayan suç olmayacağı gibi, suçun mağdurunun da yalnız gerçek kişiler olabileceği kabul edilmektedir⁵⁶⁸. Bu yaklaşıma göre, bir tüzel kişi olması nedeniyle “*devlet*” de suçun

⁵⁶¹ “Söz konusu suç, yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimseyi kendi haline terk etmekle oluşur. Bu terk olgusu, bir bebeğin cami avlusu gibi belli bir mahale götürülüp bırakılması gibi icrai davranışla gerçekleştirilebilir. Keza, bu suç, ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin ileri yaştaki bulunan veya hasta bir kişi ya da bir bebek evde kendi hâline terk edilerek tatile çıkılması hâlinde, koruma ve gözetimden yoksun bırakılabilirler”, (TCK m. 97 gerekçesi).

⁵⁶² Buradaki “*koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunmak*”, bir garantörlük olarak kabul edilirse, “*terk suçu*” bakımından bir görünüşte ihmali suç tartışması söz konusu olacaktır.

⁵⁶³ Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht allgemeiner Teil, Wien: 1994, 2. neubearbeitete Auflage, s. 328.

⁵⁶⁴ TDK Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr, erişim tarihi: 18.10.2019.

⁵⁶⁵ “*Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre mağdur; kasten işlenen bir suç aracılığıyla cebir veya tehlikeli tehdide maruz kalan, cinsel bütünlüğü ve kendi tercihlerini kendisinin yapma hakkı ihlal edilen veya kişisel bağımlılığı kullanabilecek olan kişidir. Bir suç nedeniyle ölümüne yol açılan kişinin eşi, sicile işlenen partneri, birlikte yaşadığı arkadaşı, birinci derecede akrabaları, kardeşi veya kız kardeşi ve diğer birlikte ikamet ettiği kişiler veya diğer yakınları ile fiile tanık olan diğer yakınları, bir suç vasıtasıyla zarara uğrayan ya da ceza hukuku ile korunan hukuksal değeri ihlal edilmiş olan kişiler de bu kanun anlamında mağdur sayılır*”. Yener Ünver ve Hakan Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara: 2019, c. I, 15. Baskı, s. 661.

⁵⁶⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 223.

⁵⁶⁷ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Ankara: 2019, 10. Bası, s. 124.

⁵⁶⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225.

mağduru olamaz⁵⁶⁹. Buna karşılık tüzel kişiler ve dolayısıyla devlet, muhakeme hukuku bakımından “suçtan zarar gören” olarak kabul edilebilir⁵⁷⁰.

Bazı suçlarda mağdur ya da mağdurlar, muayyen kişilerdir. Bu tip suçlarda mağdurun belirlenmesinde herhangi bir problemle karşılaşılmaz. Bununla beraber bazı suç tiplerinde ise; mağdur muayyen kimseler değil, o toplumu oluşturan tüm bireylerdir. Bu tip suçların işlenmesiyle, barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan (toplumu oluşturan) herkes mağdur edilmektedir⁵⁷¹.

Bu açıklamalar ışığında, saf ihmali suçların mağdur unsuru, ilgili suç tipinde tanımlanan konunun sahibi ya da sahipleridir. Örneğin, “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98)” suçunun mağduru; yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimsedir⁵⁷². Benzer şekilde “terk (TCK m. 97)” suçunun mağduru; yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan kimsedir⁵⁷³.

Bununla beraber bazı saf ihmali suçlarda, toplumu oluşturan tüm bireyler mağdur konumunda olabilir. Söz gelimi, “denetim görevinin ihmali (m. 251), suçu bildirmeme (m. 278), kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (m. 279)” suçlarının mağduru, kural olarak toplumu oluşturan herkeştir⁵⁷⁴.

3.4.1.2. Manevi unsurlar

Suç genel teorisi bakımından manevi unsur dendiğinde, kural olarak “kast ve taksir” anlaşılmaktadır. “Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır” (TCK m. 21/1-ilk cümle). Dolayısıyla suçlar, kural olarak kasten işlenir. **Kast**; “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir” (TCK m. 21/1-son cümle). Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine

⁵⁶⁹ “Devletin suçun mağduru olabileceği görüşü, devleti bir hak süjesi olarak kabul eden eski anlayışın bir ürünüdür. Halbuki hak süjesi, ancak bireylerdir. Devlete haklar ve yararlar izafe eden anlayış, Batıdaki faşizm ve nazizm düşüncelerinin hukuka yansımış tezahürleridir”. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225 - 226.

⁵⁷⁰ Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 124.

⁵⁷¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 226.

⁵⁷² Mehmet Emin Artuk ve Mehmet Emin Alşahin, “Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)”, *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 16, sa. 1, s. 12.

⁵⁷³ Çakmut, s. 59.

⁵⁷⁴ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 771.

rağmen, fiili işlemesi halinde “*olası kast*” vardır (TCK m. 21/2-ilk cümle). Kastın suçun tüm maddi unsurlarını kapsaması gerekir. Bu nedenle saf ihmali suçlarda failin; fiil, konu, mağdur unsurlarına ilişkin maddi vakıaları, olguları bilmesi gerekir. Bu maddi unsurlardan herhangi birine ilişkin “*bilmeme*” ya da “*hata*” kast üzerinde etkili olacak ve kastı kaldıracaktır.

“*Taksirle işlenen fiiller ise ancak kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” (TCK m. 22/1). Bu bakımdan ceza hukukunda taksirli sorumluluk, bir istisna teşkil etmektedir. Saf ihmali suçlar söz konusu olduğunda da, bu genel yaklaşımdan ayrılmayı gerektirecek bir durum yoktur. Saf ihmali suçların taksirli hallerine ilişkin kanuni düzenleme yapılmasında teorik bir engel bulunmamakla beraber; modern hukuk sistemlerinde temel ceza kanunlarında taksirli - saf ihmali suçlara pek rastlanmamaktadır. Bununla beraber, günümüz sanayi toplumlarında, özellikle ticaret hayatını düzenleyen “*yan ceza hukuku (Nebenstrafrecht)*” normlarında, taksirli gerçek ihmali suç örneklerine rastlanmaktadır. Bu bakımdan özellikle gelecek yıllarda, salt ekonomik - ticari faaliyetlere ilişkin haksızlıkların birer taksirli saf ihmali suç olarak düzenlenmesi kuvvetle muhtemel görünmektedir.

Taksir; “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir*” (TCK m. 22/2). “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde*” “*bilinçli taksir*” vardır (TCK m. 22/3). Bu bakımdan, saf ihmali suçlar söz konusu olduğunda fail; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından dolayı tipik ihmali fiili gerçekleştirmiş, bir başka ifadeyle, yapması gereken davranışı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla yap(a)mamış ise, taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir.

Taksir; sadece ihmali suçlar bakımından değil, icrai suçlar bakımından da üzerinde tartışılması gereken önemli bir unsur olmakla birlikte, ihmali davranışın bizatihi kendisi ile manevi unsur olan taksirin birbiriyle karıştırılması daha olasıdır. Suçun maddi unsuru olan “*davranış*” ile manevi unsuru olan “*taksirin*” birbirine karıştırılması, yalnızca teorik bir problem olmanın ötesinde, ciddi bir uygulama problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Hem teoride hem de pratikte karşılaşılan bu problem, özellikle görünüşte ihmali suçlar bakımından daha da önem arz etmektedir. Suçun manevi unsurlarına ilişkin genel tartışmalarımızı görünüşte ihmali suçlar başlığı

altında ayrıntılı olarak yapacağımızdan, şu aşamada bu tartışmanın ayrıntılarına daha fazla girmiyoruz.

3.4.1.3. Hukuka aykırılık

Tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmiş olması, bir fiilin suç olarak nitelendirilmesi için yeterli değildir. Maddi ve manevi unsurları gerçekleştiren fiilin suç olarak nitelendirilebilmesi için, aynı zamanda hukuka aykırı da olması gerekir. Bir vakıada, ilgili suç tipinin objektif ve sübjektif tüm unsurların gerçekleşmesi, söz konusu fiilin hukuka aykırılığına karine teşkil eder. Ancak somut olay bakımından bir hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi, bu karineyi geçersiz kılar ve haksızlıktan bahsedilemez. Hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak tüm suçlar için geçerlidir. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri açısından bir suçun icrai ya da ihmali olmasının kural olarak bir önemi bulunmamaktadır⁵⁷⁵.

Saf ihmali suçlarda hukuka aykırılık, öz olarak icrai suçlardan farklı değildir⁵⁷⁶. İcrai bir davranışta, maddi ve manevi unsurları gerçekleştiren haksızlığa ilişkin bir “*hukuka uygunluk nedeni*” söz konusu ise haksızlık oluşmayacağı gibi⁵⁷⁷, ihmali davranış bakımından da somut olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde haksızlık oluşmayacaktır. İhmali suçlarda da, emir normunda belirlenen hareketin yapılmaması, hukuka aykırılığa bir karine teşkil eder ve suç oluşur; velev ki olayda uygulanacak bir hukuka uygunluk nedeni bulunmasın⁵⁷⁸.

Hukuka uygunluk nedenleri, kural olarak sınırlı sayıda değildir⁵⁷⁹. Bununla beraber, Türk Ceza Kanunu’ndaki hukuka uygunluk nedenleri, dört ana başlık altında toplanmıştır. Bunlar: “*Kanunun hükmü ve amirin emri (TCK m. 24)*”, “*meşru savunma (TCK m. 25/1)*”, “*hakkın kullanılması (TCK m. 26/1)*” ve “*ilgilinin rızasıdır (TCK m. 26/2)*”⁵⁸⁰. Dolayısıyla saf ihmali suçlar söz konusu olduğunda, TCK’da dört

⁵⁷⁵ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 274.

⁵⁷⁶ Zu Donha, s. 37.

⁵⁷⁷ Bu bakımdan olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasını suçun bir negatif unsuru olarak nitelendirenler de vardır. *Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen - Suçun olumsuz unsurları teorisi*. Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, Gießen: 2015, 4. Ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, kn. 11 ve 13, s. 175. Hans Joachim Hirsch, “Die Lehre von Negativen Tatbestandsmerkmalen: der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund”, Bonn/Röhrscheid: 1960. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, München: 2006, 4. Auflage, § 13. Jescheck ve Weigend, s. 248 v.d.

⁵⁷⁸ Zu Donha, s. 37.

⁵⁷⁹ İçel ve diğerleri, s. 126. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 273.

⁵⁸⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 324.

ana başlık altında ifade edilen hukuka uygunluk nedenlerinden herhangi biri söz konusuysa, suç oluşmayacaktır.

Örneğin; kendisine başvuran müvekkilinin suç işlediğini öğrenen avukat, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesi uyarınca “*bu bilgiyi açığa vurmamakla*” yükümlü olduğu için, “*suçu bildirmeme (TCK m. 278)*” ya da “*kamu görevlisinin suçu bildirmemesi (TCK m. 279)*” suçlarından sorumlu tutulamaz⁵⁸¹. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 36. maddesindeki düzenlemeye atfedilecek hukuki niteliğe göre⁵⁸², böyle bir olayda; “*kanunun hükmünü yerine getirme*” ya da “*hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk nedenlerinden birinin gerçekleştiği savunulabilir. Ama her halükarda, söz konusu fiil bakımından bir hukuka uygunluk nedeni bulunduğundan, böyle bir olayda ceza hukuku bağlamında haksızlıktan bahsedilemez. Bununla birlikte, özellikle bazı saf ihmali suç tiplerinde, “*meşru savunma*” ve “*hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk nedenlerinin pratikte mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Ancak, bu tartışmanın her bir suç tipi açısından ayrı ayrı yapılması gerekir. Dolayısıyla bu tartışma esasında ceza hukuku özel hükümler konusunu oluşturmaktadır.

İfade ettiğimiz bu genel hukuka uygunluk nedenlerinin dışında, sadece ihmali suçlara özgü olmak üzere “*yükümlülüklerin çatışması (Pflichtenkollision)*” hukuka uygunluk nedeninden bahsedilmektedir⁵⁸³. Görünüşte ihmali suçlar bakımından oldukça önemli bir konu olan bu hukuka uygunluk nedenine, ilgili başlık altında ayrıntılı olarak yer vereceğimizden bu aşamada çok fazla ayrıntısına girmiyoruz. Şu kadarını ifade etmekle yetinelim ki; “*yükümlülüklerin çatışması (Pflichtenkollision)*” hukuka uygunluk nedeninin temelinde, “*hukuk düzeninin bir kişiye aynı anda birbiriyle çatışan iki farklı yükümlülük getiremeyeceği*” esası yatmaktadır. Dolayısıyla, birbiriyle çatışan iki yükümlülükten yalnızca birini yapabilecek olan kişi, yerine getiremediği yükümlülük dolayısıyla artık sorumlu tutulamayacaktır.

⁵⁸¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 353.

⁵⁸² 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 36: “*Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır*”.

Kanaatimizce, bu düzenlemedeki “*sır saklama*” hususu bir “*hak*” değil “*yükümlülüktür*”. Söz konusu düzenlemeye göre; bir suçla ilgili olarak göreviyle bağlantılı bir şekilde bilgi edinen avukatın bu bilgileri saklaması gerekir. Dolayısıyla böyle bir durumda öğrendiği suçu bildirmeyen avukat; “*kanunun emrini yerine getirdiğinden*” fiili hukuka uygun addedilmelidir.

⁵⁸³ Karl Heinz Gössel, Strafrecht: 1997, 7. völlig neubearbeitete Auflage, s. 9, dn. 47.

Saf ihmali suçlar bakımından yükümlülüklerin çatışması, şu şekilde karşımıza çıkabilir: Garantör konumunda olmayan yüzücü F, aynı anda boğulmakta olan iki kişiden yalnızca birini kurtarabilecek konumdadır. Bu nedenle yüzücü F, boğulmakta olanlardan birini seçerek kurtarmış, diğeri ise hayatını kaybetmiştir. Böyle bir durumda F’yi ölen kişi bakımından “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçundan sorumlu tutmak mümkün değildir (TCK m. 98, Alman CK m. 323c). Çünkü bu örnek olayda, eşit değerde iki hukuksal değer (yaşam hakkı) vardır ve kişi bunlardan birini tercih etmiştir⁵⁸⁴. Dolayısıyla çatışan ve eşit hukuki değerleri koruyan iki yükümlülüğün yalnızca birini yerine getirebilecek olan kişi, getir(e)mediği yükümlülük nedeniyle sorumlu tutulamaz.

İki farklı saf ihmali suç tipinin birbiriyle çatışması durumunda da, failin yerine getiremediği yükümlülük bakımından “yükümlülüklerin çatışması” hukuka uygunluk nedeninin gündeme gelebilir. Örneğin; avukat A, müvekkili M’nin hali hazırda mütemadi bir suç işlediğini bilmektedir. Bu bağlamda A, Avukatlık Kanunu uyarınca bir taraftan sır saklama yükümlülüğü altındayken, diğer taraftan suçu bildirme yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle somut olayda A “suçu bildirmeme (TCK m. 278)” suçu kapsamında sorumlu tutulamaz. Kanaatimizce, böyle bir olayda “yükümlülüklerin çatışması” söz konusu değildir. Çünkü hukuk düzeni, bu tip durumlarda ilgili yükümlülük bakımından bir istisna getirmiştir⁵⁸⁵.

3.4.2. Görünüşte İhmali Suçlar

İhmali suçların daha tartışmalı kategorisini oluşturan garantösel ihmali suçlar, doktrinde birçok yazar tarafından icrai suçların bir yansıması olarak görülmektedir⁵⁸⁶. Görünüşte ihmali suçların icrai suçların bir yansıması olarak kabul edilmesi; bu suçların da tıpkı icrai suçlar gibi “yasak normlarının” ihlal edilmesiyle oluşmasına atfedilmektedir. Gerçekten de “öldürmeyeceksin!” şeklindeki yasak normu, icrai bir davranışla ihlal edilebileceği gibi; pasif kalınıp daha önce başlayan bir nedensel süreç müdahale edilmeyerek de ihlal edilebilir. İşte bu ikinci durum yani “pasif kalınması”,

⁵⁸⁴ “*Schicksal spielen*”. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 137.

⁵⁸⁵ Aynı yaklaşım sağlık mesleği mensuplarının görevleriyle bağlantılı olarak öğrendikleri suçlar bakımından tanıklıktan çekinme hakkı/yükümlülüğü kapsamında da söz konusu olabilir. Hamide Zafer, “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”, *İÜHFM*, c. LXXI, sa. 1, y. 2013: s. 1340.

⁵⁸⁶ Rengier, kn. 5, s. 457.

“bir şey yapılmaması” suretiyle yasak normunun ihlal edilmesi halleri “görünüşte ihmali suçlar” olarak ifade edilmektedir.

Görünüşte ihmali suçların icrai suçlardaki gibi yasak normlarını ihlal etmesi nedeniyle, ceza kanunlarının özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçlar, kural olarak ihmali davranışla da işlenebilir⁵⁸⁷. Örneğin, Alman CK 212. maddede düzenlenen kasten öldürme suçu; bir anne tarafından çocuğu boğarak icrai davranışla işlenebileceği gibi, çocuğu aç bırakarak yani ihmali bir davranışla da işlenebilir⁵⁸⁸.

İhmali suçlara ilişkin teorik ve pratik tartışmaların büyük bölümü, saf ihmali suçlardan ziyade “görünüşte ihmali suçlar” üzerine yoğunlaşmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda fail; aslında icrai bir davranışla gerçekleştirilebilecek bir neticeden, “*bu neticeyi engellemeye yönelik davranışı gerçekleştirmediği*” için sorumlu tutulmaktadır⁵⁸⁹. Bu bakımdan görünüşte ihmali suçlara ilişkin en büyük problemlerin başında, yapılmayan davranış ile meydana gelen neticenin birbiriyle nasıl ilişkilendirileceği hususu (nedensellik tartışmaları) gelmektedir. Çünkü icrai suçlar bakımından doğal bir olgu olarak ortaya çıkan fiil ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi, yani nedensellik bağı, görünüşte ihmali suçlar bakımından aynı şekilde tespit edilememektedir. Dolayısıyla, görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik probleminin nasıl çözüleceği, temel bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan tartışmalar; nedensellik bağına açıklayan teorilerin gözden geçirilmesine ve icrai suçlar bakımından geliştirilen teorilerinin tevil edilerek, yeni yaklaşımların ortaya çıkmasına neden olmuş görünmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde de değindiğimiz ve maddi ceza hukukunun temelini oluşturan fiil teorilerinin hemen hepsine yöneltilen en ciddi eleştiriler, görünüşte ihmali suçlar bağlamında ve özellikle nedensellik üzerine yoğunlaşmış görünmektedir.

İcrai suçlarda, davranışın meydana getirdiği neticeyi faile yükleme noktasında bir problemle karşılaşılmaz. Failin davranışı ile meydana gelen netice arasında doğal bir fenomen / olgu şeklinde ortaya çıkan nedensellik bağının⁵⁹⁰ ve meydana gelen neticenin failin fiilinin doğrudan bir sonucu olduğunu gösteren “*objektif*

⁵⁸⁷ Teorik açıdan doğru olan bu ifadenin, genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin düzenleme olmayan ceza kanunları açısından “*kanunilik ilkesi*” bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

⁵⁸⁸ Rengier, kn. 5, s. 457.

⁵⁸⁹ Kienapfel ve Höpfel, bn. z28, s. 183, kn. 9.

⁵⁹⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191 - 192. Koca ve Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 130.

isnadiyetin”⁵⁹¹ tespiti, icrai suçlarda neticenin faile yüklenmesi için yeterlidir. Buna karşılık, ihmali suçlarda fail; tipik neticeyi meydana getiren süreci bizzat kendisi başlatmamakta, daha önceden başlayan ve istenmeyen neticeyi meydana getiren sürece müdahale etmemektedir. Dolayısıyla, görünüşte ihmali suçlarda, meydana gelen tipik neticenin failin (ihmali) davranışıyla ilişkilendirilmesi başlı başına bir problem oluşturmaktadır.

Elbette ki görünüşte ihmali suçlara ilişkin teorik tartışmalar, sadece nedensellik bağıyla sınırlı değildir. İhmali suçların bu türü için kullandığımız “*garantörlük*” kavramı da, bir başka önemli tartışmayı oluşturmaktadır. Gerçekten de istenmeyen neticeyi meydana getirmeye yönelik sürece imkânı olmasına rağmen müdahale etmekten kaçınan herkesin sırf bu “*pasif*” davranışından dolayı sorumlu tutulması, ceza hukuku sorumluluğunu katlanamaz bir şekilde genişletebilir. Günümüz ceza hukuku anlayışarında ise bu şekilde geniş bir sorumluluk alanı kabul edilmemektedir. Çünkü böyle bir sorumluluğun kabul edilmesi halinde, toplumdaki her birey, kendi iradesi dışında harekete geçen herkesten ve her şeyden sorumlu olacaktır. Böyle bir sorumluluk anlayışının pratikte uygulanması mümkün olmamakla birlikte, bu anlayışın sosyal yaşamı katlanılamaz kılacağı da bir gerçektir.

İşte bu gerekçelerle, daha önceden başlamış / başlayacak olan ve istenmeyen neticeye sebebiyet vermesi muhtemel sürece müdahale etmeyen kişilerin sorumlu tutulabilmesi için, “*hukuki bir yükümlülük altında bulunması da (garantör)*” aranmaktadır. Doktrinde; neticeyi engellemeye yönelik hukuki yükümlülük altında bulunan kişilere “*garantör - teminat yükümlüsü*”, bu hukuki müesseseye ise “*garantörlük – teminat yükümlülüğü*” denilmektedir. “*Garantörlük*”; meydana gelen neticeyi engelleme imkânı olmasına rağmen bu yönde çaba göstermeyen kişinin, bu ihmali davranışından dolayı hangi şartlarda sorumlu olacağını düzenlediğinden, sorumluluk alanını daraltan bir işlev görmektedir. Bu nedenle de “*garantörlüğün – teminat yükümlülüğünün*” alanını kıyas ya da yorum yoluyla genişletmek, ceza hukukundaki “*kıyas ve genişletici yorum yasağına*” aykırı olacaktır. Bunun aksine, garantörlüğün kapsamını daraltıcı nitelikte yorum yapmak ise ceza hukuku temel ilkelerine daha uyumlu görünmektedir. Sonuç olarak, garantörlük (teminat yükümlülüğü) kavramının değerlendirilmesine

⁵⁹¹ Objektif isnadiyet teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koca ve Üzülmmez, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 137 v.d.

yönelik yorumlarda, bu müessesenin alanını genişletici değil daraltıcı şekilde hareket edilmesi gerekir.

Görünüşte ihmali suçlarda, failin sorumluluk alanını daraltan tek kurum “garantörlük” değildir. İhmali davranıştan ceza hukuku sorumluluğunun doğması için, aynı zamanda failin gerçekleştirdiği ihmali davranışın “icrai davranışa eşdeğer” olması da gerekir⁵⁹². İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olmasına doktrinde, “*eşdeğerlik ya da denklik kaydı (Entsprechungsklausel)*” denilmektedir. Doktrin tarafından ortaya atılan ve akabinde birçok modern ceza kanununa giren bu yaklaşıma göre; bir kimsenin ihmali davranışından dolayı meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, “*söz konusu ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer - denk*” olması da gerekir.

Suçun maddi unsurlarına ilişkin bu farklılıkların ötesinde, suçun manevi unsuru (kast ve taksir) bakımından da, görünüşte ihmali suçlar icrai suçlardan farklılaşmaktadır. Ancak manevi unsurlara ilişkin bu farklılığın nitelendirilmesi oldukça tartışmalıdır. Söz konusu tartışmaların ayrıntılarına daha sonra değinecek olmakla birlikte burada şunu ifade etmekle yetinelim: Özellikle taksir manevi unsuru söz konusu olduğunda, ihmali davranışın bizatihi kendisi ile manevi unsur oldukça benzeşmektedir. Bu benzeşme de, hem bazı teorik tartışmaların ortaya çıkmasına hem de söz konusu iki unsurun özellikle uygulamada birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. İhmalin normatif olduğunu savunan görüşler, taksirli - ihmali suçlarda manevi unsur ile fiil unsuru birbirinden ayırmakta oldukça zorlanmaktadır. Çünkü bu yaklaşıma göre, her taksirli davranış zaten bünyesinde bir ihmali barındırmaktadır⁵⁹³.

Görünüşte ihmali suçlarda, hukuka aykırılık bakımından da dikkat edilmesi gereken bazı özel durumlar mevcuttur. Hukuka aykırılık konusunda, görünüşte ihmali suçlar da kural olarak icrai suçlarla benzerlik gösterir. Bununla birlikte doktrinde, sadece ihmali suçlarda uygulanabilecek özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak, “*yükümlülüklerin çatışmasından (Pflichtenkollision)*” bahsedilmektedir⁵⁹⁴.

⁵⁹² Sven Gutknecht, “Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (13 StGB) im Lichte des Bestimmtheitsgebotes”, *Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, c. 3, Ankara 2014, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität, Herausgeber: Gunnar Duttge ve Yener Ünver.

⁵⁹³ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 187 - 188.

⁵⁹⁴ Otto Harro ve Nikolaus Bosch, *Übungen im Strafrecht*, Berlin / New York: 2010, 7. Auflage, s. 43.

Yine görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda, suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin yapılacak teorik değerlendirmeler de bazı önemli farklılıklar göstermektedir. Özellikle iştirak ve teşebbüs gibi konularda; icrai suçlara ilişkin teorik kabullerin görünüşte ihmali suçlar bakımından aynı şekilde uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalıdır. Hakeza görünüşte ihmali suçlar bakımından, içtima ve kusurluluk konularında ne şekilde hareket edileceği de, bir diğer tartışmalı konuyu oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere, görünüşte ihmali suçların yapısında icrai suçlarda olmayan bazı özel durumlar söz konusudur. Bu özel durumların hukuki niteliğinin ne olduğu ve hangi başlık altında incelenmesi gerektiği de başlı başına bir problem oluşturmaktadır. Bu bakımdan çalışmamızda öncelikle görünüşte ihmali suçların genel yapısına değinip, akabinde her bir unsuru tek tek ve ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

Bazı farklılıklar olmasına rağmen, Alman doktrinde, görünüşte ihmali suçların yapısı genel hatlarıyla şu şekilde tablolastırılmaktadır⁵⁹⁵:

- **Yapısal unsurlar (tipiklik)**

Yapısal Unsurların (Tipiklik) Durumu: Neticeli bir suçun objektif unsurlarıyla aynıdır.

- **Objektif(maddi) unsurlar**

- Fiziki - maddi olarak yapılabilecek, neticeyi engellemeye uygun olan hareketten kaçınılması (Fiil Unsuru)
- Varsayımsal - kuramsal - hipotetik nedensellik ve objektif isnadiyet
- Garantörlük (Alman CK 13. madde uyarınca garantör pozisyonu ve olay özelinde harekete geçme ödevi)
- İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması (Eşdeğerlik - Denklik Kaydı)

- **Subjektif(Manevi) Unsurlar**

- Tüm maddi unsurlar bakımından kast
- Diğer manevi unsurlar (taksir)

- **Hukuka aykırılık**

- Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler
- Özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak “yükümlülüklerin çatışması”

- **Kusurluluk**

⁵⁹⁵ Tablo için bkz. Rengier, kn. 5, s. 463.

- Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler
- Norma uygun hareketin şahsi olarak “beklenebilirliği”
- Yasak hatasının karşılığı olarak “*emir hatası*” (Alman CK 17. madde)⁵⁹⁶

Görünüşte ihmali suçlar incelenirken izlenecek metoda ve bu tip suçların yapısına ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. Bunlardan en yaygın olanı; nasıl ki A ile A olmayanı aynı başlık altında birleştirmek mümkün değilse, icra ve ihmali de aynı başlık altında, bir başka ifadeyle “*fiil*” başlığı altında birleştirmenin mümkün olmadığıdır⁵⁹⁷. Bu görüş taraftarlarına göre; genel hükümler kısmındaki kurallar icrai suçlar için geçerli olduğundan, icrai suçlara ilişkin kavramların ihmali suçlar bakımından uygulanması mümkün değildir. Zira ihmal bir hareket değildir ve ihmalde gerçek manada bir nedensellik yoktur⁵⁹⁸. Bu nedenle, icrai suçlar için geliştirilen kurallar ihmali suçlar bakımından ancak tersten uygulanabilir (Umkehrprinzip)⁵⁹⁹.

Bununla birlikte biz, ihmalin de tıpkı icra gibi dış dünyaya yansımış bir insan davranışı olduğunu yani ontik vasfını kabul ettiğimizden, ihmali suçları incelerken icrai suçlara benzer bir metodu kullanmaya çalışacağız⁶⁰⁰. Elbette bunu yaparken, ihmali suçların kendilerine has özelliğinden kaynaklanan bazı zorluklarla karşılaşacağımızın da farkındayız. Bu muhtemel zorluğa rağmen, değerlendirmelerimizi yaparken, ilgili kurumların hukuki niteliklerini tespit ederek, bu kurumu neden ilgili başlık altında incelediğimizi de gerekçelendirmeye çalışacağız. Saf ihmali suçlara ilişkin genel değerlendirmeyi yukarıda yapmış olduğumuzdan, çalışmamızın bundan sonraki kısmında esas olarak “*görünüşte ihmali suçları*” ele alacağız. Bununla beraber, saf ihmali suçlar bakımından da önem arz eden ve yukarıda değinmediğimiz hususlar söz konusu olduğunda gereken açıklamaları yapmaya devam edeceğiz.

⁵⁹⁶ Benzer bir şema için bkz. Harro ve Bosch, s.42 - 43.

⁵⁹⁷ Beling, s. 9.

⁵⁹⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 205.

⁵⁹⁹ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 203. İhmali suçlara ilişkin “*Tersinelik Prensibi (Umkehrprinzip)*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 87 - 90.

⁶⁰⁰ İcra ve ihmal fiilin birer görünüş biçimi olduğundan, ihmali suçlar bakımından, suçun yapısı için benimsenen genel şemada esaslı bir değişiklik yapmaya gerek yoktur. Bkz. Maurach, Gössel ve Zipf, s. 146 v.d.

3.5. Görünüşte İhmali Suçların Unsurları

İhmali suçlar bakımından yapılan teorik tartışmalar, saf ihmali suçlardan ziyade görünüşte ihmali suçlar üzerine yoğunlaşmıştır. Görünüşte ihmali suçlara ilişkin tartışmalar; sadece suçun unsurlarının nelerden ibaret olduğuna yönelik değildir. Aynı zamanda ilgili unsurun hukuki niteliğinin ne olduğu da önemli bir tartışma konusunu oluşturmaktadır.

İhmali suçların kendine has yapısı nedeniyle doktrinde, icrai suçları incelerken benimsenen yöntemlerin ihmali suçlar bakımından uygulanamayacağı savunulmaktadır⁶⁰¹. Bu yaklaşıma göre; ihmali suçlar incelenirken ya ayrı bir sistematik benimsenmeli, ya da ihmali suçlar “*suçun özel görünüş biçimleri*” başlığı altında bilahare incelenmelidir⁶⁰².

Tüm bu eleştirilere ve karşılaşılabileceğimiz zorluklara rağmen, bu çalışmada görünüşte ihmali suçların unsurlarını, tıpkı saf ihmali suçlarda yaptığımız gibi icrai suçlar için tercih edilen metoda uygun biçimde inceleyeceğiz⁶⁰³. Bunu yaparken, söz konusu unsur neden ilgili başlık altında incelediğimizi de gerekçelendirmeye özen göstereceğiz. Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ihmali suçlardaki özel hususların hukuki niteliğinin ne olduğu da önemli bir tartışma konusunu oluşturmaktadır.

3.5.1. Maddi Unsurlar

Görünüşte ihmali suçlarda, icrai suçlarda rastlanmayan unsurlar söz konusudur. Örneğin; kişinin emredilen davranışı yapma noktasında “*maddi - fiziki imkânının olup olmaması*” ihmali sorumluluk bakımından önem arz etmektedir. Benzer şekilde, failin tipik neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olması yani “*garantörlük - teminat yükümlülüğü*” de ihmali suçlarda bir maddi unsur olarak telekki edilmektedir. Hakeza, “*gerçekleştirilen ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*”, “*meydana gelen netice ile ihmali davranış arasındaki ilişkinin ne şekilde kurulacağı (nedensellik bağı ve objektif isnadiyet)*” da ihmali suçlara özgü tartışmalar

⁶⁰¹ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 87. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 203.

⁶⁰² Bkz. Heinrich, s. 360 v.d. Roxin AT II, s. 625 v.d. Schmidhäuser, s. 650 v.d. Jakobs, s. 775 v.d. Kühl, s. 658 v.d. Jescheck ve Weigend, s. 598 v.d.

⁶⁰³ Maurach, Gössel ve Zipf, s. 146 v.d.

olarak karşımıza çıkmaktadır. İhmali suçlara özgü bu unsurların içinin doldurulması başlı başına bir sorun oluşturmakla beraber, bu kavramların hukuki niteliklerinin ne olduğu, bir başka ifadeyle, bunların suçun hangi unsuru altında inceleneceği de ayrı bir problem oluşturmaktadır.

Görünüşte ihmali suçların unsurlarını da sırasıyla, maddi unsurlar, manevi unsurlar ve hukuka aykırılık unsuru olarak inceleyeceğiz. Bu kapsamda bazılarını ifade ettiğimiz ve ihmali suçlar bakımından özellik arz eden kurumları da ilgili unsurun alt başlığı olarak ayrıntılı olarak değerlendireceğiz.

3.5.1.1. Fiil

Fiil, diğer maddi ve manevi unsurlar bakımından bir bağlama noktası oluşturması nedeniyle suçun temelini oluşturmaktadır⁶⁰⁴. İster icrai ister ihmali nitelikte olsun, her suçta mutlaka bir fiil vardır. Bir başka ifadeyle, fiil unsuru olmayan bir suçtan bahsetmek mümkün değildir⁶⁰⁵. Çünkü fiil; insan iradesinin dış dünyaya yansıması, tezahürüdür. Dış dünyaya yansımamış insan iradesi, ceza hukukunun ilgi alanına girmez⁶⁰⁶. Hatta salt ceza hukuku değil diğer dünyevi hukuk disiplinlerinin müdahalesi için de mutlaka dış dünyaya yansımış ve insanın yönlendirici iradesinin ürünü olan bir “*fiilin*” mevcut olması gerekir⁶⁰⁷. Bu fiil, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir⁶⁰⁸.

İnsan iradesinin herhangi bir şekilde dışa yansıması, hukukunun müdahalesi için gerekli ancak yeterli değildir. Bir davranışın ceza hukukunu ilgilendirmesi, bir başka ifadeyle, bir davranışın ceza hukuku bakımından “*fiil*” olarak telakki edilebilmesi için bazı özellikleri de taşıması gerekir. Çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak ifade

⁶⁰⁴ Alman doktrininde görünüşte ihmali suçlar bakımından bağlama noktası olarak, fiili değil meydana gelen neticeyi kabul eden yaklaşımlara da rastlamak mümkündür: “*Her şeyden önce; gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından cezalandırılabilirliğin bağlama noktası belirlenmelidir. Bu da neticeli bir suçun objektif unsurlarıdır: Bir insanın ölmesi (Alman CK m. 212) ya da yaralanması (Alman CK m. 223/1), bir mala zarar verilmesi (Alman CK m. 303/1), ya da bir kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılması gibi...*”. Rengier, kn. 6, s. 464. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 256.

⁶⁰⁵ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 179. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 88.

⁶⁰⁶ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 154.

⁶⁰⁷ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 516 - 517. Kılıçoğlu, s. 274.

⁶⁰⁸ Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 50.

Özel hukuk alanında da, haksız fiil sorumluluğuna temel teşkil eden fiilin icrai ya da ihmali olabileceği kabul edilmektedir. Buna göre, fiil denilen insan davranışı; el - kol hareketi ya da bir söz şeklinde bedensel bir davranış olarak tezahür edebileceği gibi bir yazının gönderilmesi, bir köşe yazısının yayımlanması, internet ya da telekomünikasyon yoluyla bir iletinin gönderilmesi şeklinde de olabilir. Yani fiil, “*yapma (hareket)*” ya da “*yapmama (hareketsizlik)*” şeklinde ortaya çıkabilir. Kılıçoğlu, s. 275. Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 165.

ettiğimiz üzere, bir davranışın ceza hukuku bakımından fiil olarak nitelendirilebilmesi için; “*insan kaynaklı olması*”, “*insana izafe edilebilmesi*”, “*insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olarak dış dünyaya yansımaları*” da gerekir.

İhmali suçlar söz konusu olduğunda, bu genel yaklaşıma ek olarak fiil unsuru içerisinde mütalaa edilmesi gereken başka hususlar da vardır. Örneğin; ihmali davranışından sorumlu tutulacak kişinin, o davranışı yapma hususunda “*maddi - fiziki imkânının olması*” gerekir. İhmali suçlara özgü bu tip özel unsurların, suçun maddi unsuru olduğu hususunda doktrinde geniş bir konsensüs var ise de, bunların hangi maddi unsur altında inceleneceği noktasında aynı konsensüsün olduğu söylenemez. İhmali suçlara ilişkin bilimsel çalışmalarda, bu tartışmalı unsurların ya “*suçun maddi unsurları*” genel başlığı altında ya da genel olarak “*tipiklik*” altında incelendiği görülmektedir.

Kanaatimizce ihmali suçların fiil unsuru altında, icrai suçlardan farklı olarak, üzerinde durulması gereken iki temel husus vardır: Bunlardan ilki, “*suçun bir bağlama noktası olarak ontik bir ihmali davranış yani yapmama*”; ikincisi ise, failin aktif olarak yapması gereken davranışı gerçekleştirme noktasında “*maddi - fiziki imkânının olması*”dır.

3.5.1.1.1. Haksızlığa temel teşkil edecek tipik fiilin (ontik anlamda bir yapmamanın - pasif davranışın - ihmalin) varlığı

Görünüşte ihmali suçlar bakımından da tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, tüm maddi ve manevi unsurlar bakımından bağlama noktası oluşturacak bir fiilin, “*yapmamanın*” olması gerekir⁶⁰⁹. Yukarıda ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere biz; doktrine hâkim olan “*ihmal herhangi bir şey yapmamak değil, belli bir şeyi yapmamaktır*”⁶¹⁰ genel yaklaşımın aksine, ihmali davranışın özünün “*bir şey yapmamak*” olduğu

⁶⁰⁹ Udo Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, Heidelberg: 2001, 3. Auflage, s. 172.

⁶¹⁰ “*İhmal bir gerçeklik değil, aksine bir yargıdır. Gerçekten de dış dünyada ihmalin varlığıyla yokluğu fark edilmez. İhmali, ceza hukuku bakımından önemli kılan husus, hukuken beklenen hareketin yapılmamasıdır*”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 208.

“*Buna karşılık, ihmali suçlarda söz konusu olan eylem ise, sadece normatif olarak, yani belli bir davranışın gerçekleştirilmemesi, belli bir davranışta bulunmama olarak kabul edilmektedir*”, İçel Suç Teorisi, s. 70. Benzer yöndeki görüşler için bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 231. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 393.

Biz, doktrinde genel kabul gören bu yaklaşıma; “*icrayı ceza hukuku bakımından önemli kılan husus da yasaklanan hareketin yapılmasıdır, dolayısıyla ihmali davranışın temeline “beklenen” kavramını sokmak anlamsızdır*” gerekçesiyle katılmadığımızı daha önce belirtmiştik. Kanaatimizce, ihmali davranış norm oluşturmaz. Norm, sadece var olan sayısız ihmal arasından ceza hukuku bakımından önem arz edeni tespit eder.

kanaatindeyiz. Bu nedenle, ihmali suçlar bakımından da, her şeyden önce “yapmama” şeklinde, dış dünyaya yansımış “*pasif bir insan davranışının*” var olması gerekir.

Baskın görüşün ifade ettiği, ceza hukuku bakımından önem arz edenin “*herhangi bir yapmama değil ilgili normda belirtilen yapmama*” olduğu vurgusu, kanaatimizce icrai davranışlar bakımından da geçerlidir. Çünkü ontik sahada tespit edilebilen her icrai davranış değil, yalnızca suç tipiyle yasaklanmış icrai davranışlar ceza hukukunun ilgi alanına girer. Dolayısıyla, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da, ilgili davranışın norm tarafından yasaklanmış veya emredilmiş olması, fiilin ontiklik vasfıyla değil, tipikliğin geneliyle alakalı bir durumdur.

İcrai olsun ihmali olsun bir davranışın fiil niteliği taşıyabilmesi için bazı şartlar taşınması gerektiğini vurgulamıştık. İhmali davranış da fail iradesinin dış dünyaya bir yansıma biçimi olduğuna göre, tıpkı icrai davranış gibi insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olmalı ve dış dünyaya yansıyarak hukuki bir değer ihlal etmelidir. Bu bakımdan mutlak irade yokluğu hallerinde, bir kimseyi ihmali davranışından dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir. Örneğin; ani bir şekilde bayılarak bilincini yitiren annenin, bilinci kapalı olduğu süre içerisinde çocuğu üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir⁶¹¹. Çünkü burada iradi bir fiilden, iradi bir yapmamamadan bahsedilemez.

Benzer bir şekilde, mutlak cebrin etkisi altında olduğu için, tipik davranışı gerçekleştiremeyen failin de iradi davranışından bahsedilemeyeceğinden, ceza hukuku sorumluluğuna gidilemez. Aslında burada saydığımız hususlar, birazdan ifade edecek olduğumuz, “*ilgili davranışın maddi - fiziki olarak mümkün olması*” içerisinde de değerlendirilebilir. Çünkü bu örneklerde, failin kurtarmaya yönelik davranışı yapma noktasında maddi - fiziki imkânı yoktur. Bununla beraber, bu tip durumlarda şu şekilde hareket edilmesinin hem teorik hem de pratik açıdan daha faydalı olduğu kanaatindeyiz: Ceza hukuku bakımından fiil niteliği taşımayan davranışların suç analizinin en başında elenmesi gerekir. “*Tipik davranışın maddi - fiziki olarak mümkün olması*” ise, bu durumun dışında kalan ve ortada “*iradi nitelikte bir yapmama*” olmasına rağmen kurtarmaya yönelik davranışın diğer maddi

⁶¹¹ Bununla beraber eğer anne, kendisinde var olduğunu bildiği rahatsızlıktan dolayı sık sık bayıldığını tecrübe etmesine rağmen, çocuğuna yönelik gerekli tedbirleri almıyorsa ihmali davranış dolayısıyla sorumluluğu gündeme gelebilir.

imkânsızlıklar nedeniyle yapılamaması hallerinde devreye girmelidir. Böylece tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da ceza hukuku bakımından önem arz etmeyen ihmali davranışlar en başta ayıklanmış olacaktır.

Saf ihmali suçlarda emredilen davranış, norm tarafından doğrudan belirlenmesine rağmen görünüşte ihmali suçlardaki davranış, normda doğrudan belirlenmiş değildir. Görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda davranış, yani yapmama, çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Çünkü görünüşte ihmali suçlarda esas olan, istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik davranışlardan herhangi birinin yapılmamış olmasıdır. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlar çoğu zaman, “*serbest davranışlı (hareketli) suçlar*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nasıl ki “*kasten öldürme veya yaralama*” suçlarında davranış, ontik anlamda çok farklı formlarla (silahla ateş etme, bıçaklama, zehirlenme, elleriyle boğma vs.) gerçekleştirilebilir ise; görünüşte ihmali suçlarda da tipik neticeyi engellemeyen “*yapmama*” farklı formlarla gerçekleştirilebilir⁶¹². Çünkü görünüşte ihmali suçlar da tıpkı icrai suçlar gibi, yasak normlarının ihlalinin oluşturmaktadır.

Görünüşte ihmali suçların bağlama noktasını oluşturan fiil, istenmeyen neticeyi önlemeye yeterli olduğu halde yapılmayan (herhangi bir) davranıştır. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseye yönelik olarak garantörün yani teminat yükümlüsünün yapması gereken şey, “*kurtarmaya elverişli herhangi bir davranıştır*”. Bu olayda fail; “*yüzerek boğulan kişiyi kurtarma*”, “*yakınlarda bulunan cankurtarana haber verme*”, “*botla mağduru kurtarma*” ya da “*mağdura doğru can simidi atma*” gibi çok farklı seçeneklere sahip olabilir. Failin, mevcut seçeneklerden herhangi birini gerçekleştirilmesi halinde sorumluluk gündeme gelmez. Daha açık bir ifadeyle, görünüşte ihmali suçlar bakımından birçok davranış neticeyi önleyebilecek nitelikte olabilir⁶¹³. Bu bakımdan, tipik durumda istenmeyen neticeyi engellemeye elverişli olduğu halde failin yapmaktan kaçındığı bu davranışlar, yani “*yapmamalar*” ihmali suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.

Elbetteki görünüşte ihmali suçun fiil unsurunu oluşturan davranış, istenmeyen neticeyi önlemeye uygun ve elverişli olan davranıştır⁶¹⁴. Bu bakımdan fail, istenmeyen neticeyi

⁶¹² Rengier, kn. 8, s. 464.

⁶¹³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 209.

⁶¹⁴ “İhmali suçlarda failin sadece hareketsiz kalması yeterli değildir, önemli olan suç tipinde belirlenmiş olan hareketin yapılmamış bulunmasıdır”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 238.

önlemeye yönelik “*herhangi bir şey*” yaptığından bahisle sorumluluktan kurtulamaz. Yapması gereken, “*tipik neticeyi engellemeye yeterli ve elverişli davranışlardan*” biridir. Örneğin; iyi bir yüzücü olan fail, yanı başında boğulmakta olan çocuğunu kurtarmak için denize atlamak yerine, metrelerce uzakta bulunan cankurtarana haber vermekle yetinmiştir. Böyle bir durumda fail, ceza sorumluluğundan kurtulamaz. Bu olayda failin ihmali davranışının özünü “*yüzerek yardıma gitmeme*” oluşturacaktır. Çünkü bu olayda failin teminat yükümlüsü olduğu çocuğunu kurtarmaya yönelik elverişli davranış, “*yüzerek yardıma gitmedir*”.

Görünüşte ihmali suçların fiil unsurunun tespitinde, ceza muhakemesi bakımından da özellik arz eden bir durum söz konusudur. İcrai suçlara ilişkin ceza muhakemesinde, failin hangi tipik davranışı yaptığı ispatlanırken; görünüşte ihmali suçlara ilişkin muhakemede ise, “*tipik neticenin önlenmesi bakımından failin neyi yapmadığı*” tespit edilecek ve ispatlanacaktır⁶¹⁵. Bu nedenle, salt olarak sanığın hareket etmediğinin yani “*pasif*” kaldığının tespiti, onu istenmeyen neticeden sorumlu tutmak için yeterli değildir. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçlarda sorumluluk için yalnızca, “*bu somut olay bakımından fail bir şeyler yapmalıydı*” demek yeterli olmayacaktır⁶¹⁶. Failin, kurtarmaya yönelik elverişli olan hangi davranışı yapmadığının da tespit edilmesi gerekir. Hakeza somut olaydaki davranışın ihmali olması, ceza muhakemesi bakımından ispat yükümlülüğünü sanık tarafına geçirmez. İhmali bir suça ilişkin ceza muhakemesinde sanık, “*neticeyi engellemek için elinden gelen her şeyi yaptığını veya elinden hiçbir şey gelmediğini*” ispatlamakla yükümlü değildir. Tıpkı icrai suçlardaki gibi, iddia makamı makamı, yapması mümkün olup istenmeyen neticeyi engellemeye muktedir hangi davranışı yapmadığını sanığa isnad etmeli ve bu nitelikteki davranışın yapılmadığı yargılama makamı tarafından sübuta erdirilmelidir. Örneğin; “*yüzerek yardım etmedin*”, “*cankurtarana haber vermedin*”, “*gereken tıbbi müdahaleyi yapmadın*” gibi, somut olayla doğrudan bağlantılı bir ihmali davranış şüpheliye/sanığa isnad edilmeli ve kanıtlanmalıdır.

Bununla beraber, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, görünüşte ihmali suçlarda failin kurtarmaya yönelik davranışlar bakımından birden fazla seçeneği olabileceğinden, yargılama makamının, failin somut olay bakımından yapabileceği her davranışı tek tek

⁶¹⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 210.

⁶¹⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 210.

sayması gerekmez. Görünüşte ihmali suçlar, çok büyük oranda “*serbest davranışlı suç*” özelliği göstermektedir. Bu nedenle yapılması gereken davranışlardan herhangi birinin yapılmaması, failin cezalandırılması için yeterli olacaktır. Görünüşte ihmali suçlarda, kanuni tipin tek tek sayması mümkün olmayan, ancak istenmeyen neticeyi engellemeye elverişli birçok davranış söz konusu olabileceğinden, bu davranışlardan herhangi birinin yapılmamasıyla birlikte suçun fiil unsuru da tamam olur. Dolayısıyla, yargılama mercii somut uyuşmazlık sırasında, yapılmayan tüm davranışları tek tek saymak zorunda değildir. Ki bu durum pratik açıdan da zaten mümkün değildir. Bununla beraber, yargılama makamının, “*failin yapması mümkün olduğu halde yapmadığı bir davranış*” yönünden suçun diğer unsurlarını tartışarak sübuta varması yeterli olacaktır. Söz gelimi, yukarıdaki örnek olaydaki yüzücü babaya, “*neden yüzerek çocuğunu kurtarmayı denemediği*” isnad edilecek ve bu somut ihmali davranış üzerinden suçun diğer unsurları tartışılacaktır.

Bununla beraber somut olayda fail, kurtarmaya yönelik bir şeyler yapmış ise, öncelikle failin yaptığı bu davranışın somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olup olmadığının yargılama makamınca tartışılması gerekir. Yargılama makamı, failin gerçekleştirdiği davranışın somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olduğuna kanaat getirirse, suçun fiil unsuru oluşmayacağından failin beraatine hükmetmek gerekir. Bununla beraber failin gerçekleştirdiği davranış, somut olay bakımından kurtarmaya elverişli değilse; failin kurtarmaya elverişli ve yapması mümkün olup yapmadığı herhangi bir davranış tespit edilmeli ve bu davranış üzerinden suçun diğer unsurları incelenmelidir. Örneğin; yanı başında boğulmakta olan çocuğunu gören ve iyi yüzme bilen baba, doğrudan suya atlayarak çocuğunu kurtarmak yerine yüzlerce metre uzaktaki cankurtarana telsizle haber vermekle yetinmiştir. Böyle bir durumda yargılama makamı, öncelikle “*telsizle cankurtarana haber verme*” fiilinin somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olup olmadığını değerlendirmelidir. Söz konusu fiilin, somut olay bakımından neticeyi önlemeye elverişli bir davranış olmadığına kanaat getirildiği takdirde, kurtarmaya elverişli ve failin yapması mümkün olan diğer bir davranış, örneğin “*yüzerek kurtarma*” üzerinden suçun diğer unsurları incelenmeli ve hüküm kurulmalıdır.

İhmali davranışın tespiti bakımından bir başka ceza muhakemesi problemi, görev ve yetki konusunda ortaya çıkabilir. Doktrinde, ihmali suçların “*failin icrai hareketi*

yapması gerektiği halde yapmadığı yerde” işlendiği kabul edilerek, ilgili suç bakımından o yer mahkemesinin yetkili olacağı ifade edilmektedir⁶¹⁷. Bu nedenle, somut bir olayda ihmali davranışın tam olarak ne olduğunun tespit edilmesi salt bir maddi ceza hukuku problemi değildir. Çünkü bu durum aynı zamanda uluslararası ceza hukuku bağlamında ve yine ulusal sınırlarda yetki bağlamında tartışmaları beraberinde getirecektir.

3.5.1.1.2. Neticeyi engellemeye yönelik davranışın maddi - fiziki anlamda mümkün olması (hareket olanağı)

Hiçbir hukuk düzeni, bir kimseden yapması mümkün olmayan bir şeyi yapmasını bekleyemez⁶¹⁸. Böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi, hem insanın yaratılış gayesine, hem de ceza hukukuna öngelen davranış normlarına⁶¹⁹ aykırılık teşkil eder. Yasaklanan neticeyi engellemeye yönelik davranışın yapılmasının mümkün olması,

⁶¹⁷ Faruk Turhan ve Murat Aksan, “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Ankara: 2020, s. 781.

⁶¹⁸ Bu durum, Roma Hukuku’nda; “*ultra posse nema obligatur*” (Unmögliches zu leisten, kann niemand verpflichtet werden - Kimse imkânsızı yapmakla yükümlü olamaz) ilkesiyle ifade edilmiştir.

⁶¹⁹ “Allah hiçbir kimseyi, gücünün yetmediği bir şeyle yükümlü kılmaz, lehinde olanı da kendi kazandığıdır, aleyhinde olanı da kendi kazandığıdır”. Bakara Suresi 286. ayet.

“Allah’ın, kullarını güçlerini aşan fiillerle ve davranışlarla yükümlü kılmayacağını ifade eden bu âyet, İslâm düşüncesinde ortaya çıkmış bulunan önemli bir tartışmanın çözümüne ışık tutmaktadır. “Allah’ın kullarına, güçlerini aşan bir görevi yüklemesi (teklîf-i mâlâ yutâk) câiz midir?” sorusu etrafında gelişen bu tartışmada, Allah’ın kudret ve iradesini sınırlar korkusuyla “câizdir” diyenlere karşı, O’nun hikmetine, adaletine, imtihan iradesine, dinî, ahlâkî, hukukî değerlerin, mükâfat ve cezaların mâkul bir temele oturması gereğine ağırlık verenlerin savunduğu “Câiz değildir, hakîm olan Allah böyle bir yükümlülük getirmez” diyenleri bu âyet teyit etmektedir.

İnsanların kader ve fiillerinde kendi rollerinin de bulunduğunu ifade eden “lehinde olanı da kendi kazandığıdır, aleyhinde olanı da kendi kazandığıdır” cümlesi, “kaza, kader, irade, kudret, kesb” konularında asırlar boyu süren ve mezheplerin (ekol) oluşmasına temel teşkil eden bir tartışmaya açıklık getirmektedir. “İnsanların ortaya koydukları fiillerde ve davranışlarda kendilerine mahsus irade ve kudretleri yoktur” diyen **Cebriyye** ekolü; “bu fiiller ve davranışlar, bağımsız olarak insanın irade ve kudretinin eseridir, fiilini yoktan var eden (icâd) kuldur” diyen **Mu’tezile** mezhebi; “kulun fiili meydana gelirken Allah’ın irade ve kudreti yanında -etkisi bulunmaksızın- kulunki de vardır” diyen **İmam Eş’arî**, bütün bu ekollerin karşısında yer alan **Mâtürîdî Mezhebi**, diğer deliller yanında bu âyetten ışık ve güç almaktadır.

Bu son mezhebe göre Allah Teâlâ kullarına irade ve kudret (güç) vermiştir. Bu irade ve kudret yaratılmıştır, hem hayır hem de şer için işler ve bu mânada “külli” niteliklidir. Külli irade ve kudretin, hayır ve şerden birine sarfedilmesi ise cüz’î niteliklidir; yani cüz’î kudret, cüz’î iradedir. Buna kesinleşmiş ve fiile yönelmiş azim (azmi musammem) ve “kesb” de denir. Kesb fiilin aslını (yok iken var olmasını, yaratılmasını) değil, vasfını (hayır veya şer olmasını) etkiler. İşte beşerî sorumluluk da bu kesbe dayanır (genişbilgi için bk. Kemâleddin el-Beyâzî, *İşârâtü’l-merâm*, s. 54 vd. 248 - 263). Açıkladığımız âyette kulun fiiline etkisini açıkça ifade eden kelime, Türkçesi “elde etmek, kazanmak, hak etmek” demek olan “kesb”dir. Eskiden sıkça tekrarlanan “Kul kâsibdir, Allah da hâliktır” veya “Kul kesbeder, Allah da halkeder” cümlesi bu gerçeğin vecizeleşmiş şeklidir (ayrıca bk. Bakara 2/7)”. Diyanet İşleri Başkanlığı Kur’anı Kerim Tefsiri, <https://kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/292/285-286-ayet-tefsiri>, siteye erişim tarihi: 14.02.2019.

“kimse yapamayacağı şeyden sorumlu tutulamaz” şeklindeki genel hukuk prensibinin doğal bir sonucudur⁶²⁰. Bu nedenle bir kimse, her ne kadar somut olay bakımından neticeyi önleme yükümlülüğü altında, yani teminat yükümlüsü konumunda da olsa, kurtarmaya elverişli davranış maddi - fiziki olarak mümkün değilse ihmali davranışından sorumlu tutulamayacaktır⁶²¹. Söz gelimi, ancak tekerlekli sandalye ile hareket edebilen bir baba, boğulmakta olan çocuğunu yüzerek kurtar(a)madığı için sorumlu tutulamaz.

Aslında bu tespit, hukukun kaynağının ne olduğu sorusuna verilen cevapla da doğrudan ilişkilidir. Tartışmanın ayrıntılarına girmeyecek olmakla beraber insanın yaratılışından gelen fitratına uygun olmayan şeylerin, kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenemeyeceği fikrindeyiz⁶²². Dolayısıyla kanun koyucu; insanın fitratına aykırı olan bir şeyi icrai bir suç olarak düzenleyemiyorsa (örneğin kanun koyucu; konuşma, uyuma, düşündüğünü açıklama, sosyal ilişki kurma gibi insan fitratının doğal bir yansıması olan fiilleri suç olarak düzenleyememelidir), bir kimsenin fiziki olarak yapması mümkün olmayan bir şeyi “*yapmamasını*” da bir ihmali suç tipi olarak düzenleyemez⁶²³. Hemen belirtmek gerekir ki, tipik davranışı yapma bakımından failin “*maddi - fiziki imkânının*” bulunması, yalnızca görünüşte ihmali suçlar bakımından değil, gerçek ihmali suçlar bakımından da aranması gereken bir unsurdur⁶²⁴.

Bununla birlikte, kurtarmaya yönelik bazı seçenekler maddi – fiziki anlamda mümkün olmamasına rağmen, başka bir seçenek mümkün olabilir. Örneğin; ancak tekerlekli sandalye ile hareket edebildiği için boğulmakta olan çocuğunu yüzerek kurtarma imkânı olmayan bir babanın, kurtarmaya yönelik başka fiilleri gerçekleştirme imkânı olabilir. Böyle bir ihtimalde, mümkün olan kurtarma seçeneklerini denemeyen babanın ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelir. Örneğin baba; bağırarak bir başkasından

⁶²⁰ Kienapfel ve Höpfel, bn. z29, s. 189, kn. 7.

⁶²¹ Frister, kn. 16, s. 262.

⁶²² Ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”, s. 443 - 454.

⁶²³ İhmali suçların fiil unsuruna ilişkin bu husus, bazı gerçek ihmali suçlarda, suç tipinde de açıkça ifade edilmiştir. Örneğin TCK m. 98’de; “*yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi*” ifadesi, fiil unsurunun bu niteliğine işaret etmektedir.

Hakeza Alman CK m. 323c hükmü de, failin yardım etmeme suçu bakımından failin kendisinin ağır bir tehlikeye maruz kalmamasını ya da daha önemli bir yükümlülüğünü ihlal etmemesini şart koşmaktadır. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bonn: 2008, 3. Auflage, kn. 10, s. 313.

⁶²⁴ Kienapfel ve Höpfel, bn. z28, kn. 5, s. 182. Kindhäuser, kn. 4, s. 312. Rengier, kn. 10, s. 464. Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 765.

yardım isteme ya da hemen dibinde bulunan can simidini çocuğuna fırlatma imkânlarına sahipse, fiziki olarak yapması mümkün olmasına rağmen yapmadığı bu “yapmama” nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu örnek olayda babaya isnad edilecek ihmali fiil; “bir başkasına seslenerek yardım talep etmemesi” ya da “can simidini çocuğuna doğru fırlatmaması” olacaktır.

Kurtarmaya yönelik davranışın “maddi - fiziki anlamda mümkün olması” ibaresinden tam olarak neyin anlaşılması gerektiği ise izaha muhtaçtır. Azınlıkta kalan bir görüş; “davranışın mümkün olmasından”, failin hem objektif hem de sübjektif anlamda hareket yeteneğine sahip olmasının anlaşılacağını ifade edilmektedir⁶²⁵. Bununla birlikte doktrindeki baskın görüş; maddi - fiziki anlamda mümkünlük ifadesinde, failin ilgili davranış bakımından objektif hareket yeteneğini anlamaktadır⁶²⁶. Baskın yaklaşıma göre; failin objektif anlamda hareket kabiliyetinin olmaması maddi unsurlar bakımından, sübjektif anlamda hareket kabiliyetinin olmaması ise kusurluluk bağlamında değerlendirilmelidir⁶²⁷.

Örneğin; Ankara’da oturan baba B, Antalya’da bulunan ve iyi yüzme bilmeyen kızıyla görüntülü olarak konuşmaktadır. Sahilde yürümekte olan kızının, konuşma sırasında bir anda dengesini kaybederek denize düştüğünü cep telefonundan fark eden babanın; maddi - fiziki olarak kızına yardım etme imkânı yoktur. Böyle bir durumda, failin objektif anlamda hareket kabiliyeti olmadığından, kural olarak ihmali sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Bununla birlikte, babanın yetkilileri telefonla durumdan haber ederek istenmeyen neticeyi engellemesi mümkünse, bunu neden yapmadığı için ihmali sorumluluğu tartışılabilir.

Yüzme bilmeyen bir babanın, hemen yanı başında boğulan kızına yardım edemediği durumlarda ise, tipikliğin mi oluşmadığı yoksa failin kusurunun mu bulunmadığı hususu tartışılmalıdır. Çünkü bu ihtimalde, yukarıdaki örnekte olduğu gibi mekânsal ve maddi bir imkânsızlık değil, kişinin beceri eksikliğinden kaynaklı bir imkânsızlık söz konusudur. Doktrindeki baskın görüş, bu örnekte de failin maddi - fiziki anlamda hareket yeteneğinin olmadığını kabul etmektedir⁶²⁸. Benzer şekilde, boğulmakta olan

⁶²⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 217.

⁶²⁶ Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 163.

⁶²⁷ Kindhäuser, kn. 9, s. 313.

⁶²⁸ “Bundan başka “ihmal” bakımından hareketin, şahsen fiziksel - maddi mümkün olması da bir şart olarak kabul edilmelidir. Bu nedenle her olay fiili tipik değildir, çünkü fail kendisine yüklenen kurtarmaya yönelik hareketi, konumunun uzak olması ya da bu hareketin failin şahsi yeteneği

bir kimseye yardım çağırmak isteyen kişinin, orada bulunan yardım telsizini kullanmayı bilmemesi durumunda hareket olanağının bulunmadığı kabul edilmektedir⁶²⁹. Elbette ki böyle bir olayda ceza sorumluluğunun doğmaması için, failin kurtarmaya yönelik tek seçeneğinin “*telsizle haber vermek*” olması gerekir. Telsizle haber vermek dışında kurtarmaya yönelik başka seçenekleri de olmasına rağmen bunları denemekten imtina eden fail, somut olay bakımından hareket yeteneğinin olmadığından bahisle ceza sorumluluğundan kurtulamayacaktır.

Kanaatimizce, failin kurtarmaya yönelik davranış bakımından maddi - fiziki anlamda imkânı olması ile kurtarmaya yönelik hareketin failden (sübjektif olarak) beklenebilirliği birbirinden farklı kavramlardır⁶³⁰. Davranışın failden sübjektif olarak beklenebilirliği; failin somut olay bakımından hareket kabiliyeti ve yeteneğine sahip olmasına rağmen, kusurluluğu ilgilendiren gerekçelerle harekete geç(e)memesidir. İyi yüzme bilmesine rağmen çok dalgalı akarsuya düşen çocuğunu kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmeyen anne/babanın “*ihmali bir fiili*” yoktur diyemeyiz. Çünkü bu olayda failler, fiziki - maddi anlamda kurtarmaya elverişli davranışı yapma imkânına sahip olmalarına rağmen, harekete geç(e)memiştir. Bununla beraber somut olay bakımından harekete geçmeyen failler, bu ihmali davranışlarından dolayı “*kınanamayacaktır*”. Bu durum da suçun unsurları bakımından değil, kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gereken bir husustur⁶³¹. Dolayısıyla biz, davranışın garantörden sübjektif olarak beklenebilirliğini, “*beklenebilirlik*” başlığı altında, çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde kusurluluk bağlamında ayrıca inceleyeceğiz. Sonuç olarak, biz de doktrindeki baskın görüşe paralel olarak, hareketin maddi - fiziki (objektif) anlamda mümkün olması ile sübjektif olarak failden beklenebilirliğini birbirinden ayırıyoruz. Davranışın maddi - fiziki (objektif) anlamda mümkün olması ihmali suçun maddi (fiil) unsuruna ilişkin iken⁶³², davranışın failden sübjektif olarak beklenebilirliği kusurluluğa ilişkindir.

bakımından mümkün olmaması nedeniyle icra edemeyebilir. Yüzme bilmeyen bir kimse suya atlayarak boğulmakta olan kişiyi kurtaramaz, ama (örneğin) acil yardım merkezini arayabilir”. Rengier, kn. 9, s. 464.

⁶²⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 217.

⁶³⁰ Haft, s. 29. Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 163.

⁶³¹ Bununla birlikte hem kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi - fiziki anlamda mümkün olmasını*” hem de “*beklenebilirliği*” ihmali suçun bir unsuru olarak kabul eden görüşler de vardır. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 15.

⁶³² Ünver, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, s. 968. Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 270.

Bazı kurumlarda ortaya çıkan, “iş yükü - yoğunluğu nedeniyle bazı iş ve işlemlerin yapılamaması” hallerinde ne şekilde hareket edileceği de ihmali suçların bu yönüyle alakalıdır. Örneğin, verilen tahliye kararına istinaden tutuklu bulunan bir kişinin salıverilmesi gerekirken, “iş yoğunluğu” nedeniyle dosya yetkililerce incelenememiş ve tutuklu kişi birkaç gün daha cezaevinde özgürlüğünden yoksun kalmıştır. Benzer şekilde, acil serviste görevli hekim H; Covid salgını nedeniyle serviste oluşan yoğunluktan dolayı bazı hastalara hemen müdahale edememiş ve müdahale edilemeyen hastaların durumu ağırlaşmış ve bazıları da hayatını kaybetmiştir⁶³³. Kanaatimizce, bu tip durumlarda, ilgili görevlinin meydana gelen sonuç bakımından “maddi - fiziki” açıdan hareket yeteneğinin olmadığı söylenemez⁶³⁴. Bununla birlikte, bu tip durumlarda sorun, ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan “yükümlülüklerin çatışması” ya da kusurluluk bağlamında çözümlenmelidir⁶³⁵. Salıverilmesi gereken tutuklunun salınmaması olayında, görevlilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir. Bu sorumluluk, somut olayın özelliklerine göre taksir ya da olası kast bağlamında tartışılabilir. Acil servisteki yoğunluktan dolayı bazı hastalara müdahale edemeyen hekim H’nin ceza hukuku sorumluluğunun olup olmayacağı ise, her somut olayın şartları bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir⁶³⁶. Kanaatimizce bu ikinci durumda şartları oluşmuşsa ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan “yükümlülüklerin çatışması” uygulanabilir.

3.5.1.2. Konu ve mağdur

Görünüşte ihmali suçlar bakımından konu ve mağdur unsuru esaslı bir özellik göstermez. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçların konu ya da maddi unsuru icrai

⁶³³ Covid-19 pandemisi nedeniyle sağlık kuruluşlarında ortaya çıkabilecek problemlerin ceza hukuku bakımından değerlendirilmesi için bkz. Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, s. 361 v.d.

⁶³⁴ Örneğin, çocuğu boğuluyorken olay yerine 20 km uzaklıktaki bürosunda çalışmakta olan bir babanın, kurtarmaya yönelik davranış bakımından maddi - fiziki imkânının olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Frister, kn. 16, s. 262.

⁶³⁵ O an için çok daha acil durumdaki hastalara bakması nedeniyle acil servisteki diğer hastaya müdahale edemeyen hekimin sorumluluğunun “hareket olanağı veya beklenebilirlik” bağlamında tartışılabileceğine yönelik görüş için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 159.

⁶³⁶ Böyle bir durumda, idarenin “hizmet kusuru” kapsamında hukuki sorumluluğu olduğu, ancak somut olay sırasında hastanenin acil servisinde görevli sağlık personelinin ceza hukuku sorumluluğunun olmadığı ifade edilmektedir. Ünver, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, s. 970.

suçlardan esaslı bir fark göstermez. Genel olarak suçun konusu; “*tipik fiilin üzerinde gerçekleştiği eşya veya şahsın maddi (fiziki) yapısıdır*”⁶³⁷. Bu bakımdan ihmali suçlarda, ihmali fiilin üzerinde gerçekleştiği şey ya da kişi, suçun konusunu oluşturmaktadır.

Mağdur ise Türkçe’de; “*haksızlığa uğramış (kimse), kıygın*” anlamlarına gelmektedir⁶³⁸. Ceza hukukunda ise suçun maddi bir unsuru olarak mağdurun; “*suçun konusunun sahibi olan kişi ya da kişileri*” ifade etmektedir⁶³⁹. Bu anlamda mağdur; dar anlamda suçtan zarar gören, suçun maddi unsurlarıyla doğrudan ilişkili olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki menfaati ihlal edilen kişiyi ifade etmektedir⁶⁴⁰. Hakeza mağduru olmayan suç olmaz^{641, 642}.

Görünüşte ihmali suçların maddi unsurları birbirleriyle daha yakın ilişki içerisinde. Bu bağlamda özellikle fail, mağdur ve konu unsurları birbiriyle doğrudan ilişkilidir. Garantör yani teminat yükümlüsü konumunda bulunan kişinin korumak zorunda olduğu kişi ya da şey “*suçun konusu*”, bu konunun ait olduğu kişi ise “*suçun mağduru*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.5.1.3. Fail - garantörlük (teminat yükümlülüğü)

Suçun kanuni tarifindeki fiil üzerinde hâkimiyet kuran, tipik haksızlığı gerçekleştiren kişiye “*fail*” denir⁶⁴³. “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37)*”⁶⁴⁴. Saf ihmali suçlarda, kural olarak faillerin özel bir hukuki statüde olması gerekmez. Bu nedenle, saf ihmali

⁶³⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 219. Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 142.

⁶³⁸ TDK Güncel Türkçe Sözlük, www.sozluk.gov.tr, erişim tarihi: 18.10.2019.

⁶³⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 223.

⁶⁴⁰ Şahin ve Göktürk, s. 124.

⁶⁴¹ Suçun mağdurunun yalnızca gerçek kişiler olabileceği, bir başka ifadeyle, tüzel kişilerin suçun mağduru olamayacağına yönelik görüş için bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 115.

Tüzel kişiler ve dolayısıyla devlet, yalnızca usul hukuku bakımından “*suçtan zarar gören*” olarak kabul edilebilir. Şahin ve Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, s. 124. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 115.

⁶⁴² “*Devletin suçun mağduru olabileceği görüşü, devleti bir hak süjesi olarak kabul eden eski anlayışın bir ürünüdür. Halbuki hak süjesi, ancak bireylerdir. Devlete haklar ve yararlar izafe eden anlayış, Batıdaki faşizm ve nazizm düşüncelerinin hukuka yansımış tezahürleridir*”. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 225 - 226.

⁶⁴³ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 113.

⁶⁴⁴ Dar ve geniş anlamda fail kavramı ve kavramın teorik gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s. 50 v.d.

suçlarda fail unsuru bakımından, ilgili suç tipi özelinde bir değerlendirme yapmak gerekir. Bununla beraber, “*görünüşte, saf olmayan, garantörsel ihmali suçlarda*”, bir kimsenin fail olabilmesi için özel bir nitelik taşıması yani “*garantör*” olması gerekir⁶⁴⁵. Alman CK m. 13/1 hükmü de, temel olarak saf olmayan ihmali suçlarda cezalandırma alanını failin niteliği itibarıyla sınırlandırmaktadır⁶⁴⁶. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlar, sadece belirli konumdaki kimseler (garantör) tarafından işlenebileceğinden⁶⁴⁷, “*özgü suç*” niteliği taşımaktadır⁶⁴⁸. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçlarda, özel yükümlülük taşımayanlar (teminat yükümlülüğü), yani garantör olmayanlar fail olarak sorumlu tutulamazlar⁶⁴⁹.

İhmali davranış nedeniyle meydana gelen neticenin herkese değil, sadece belirli kişilere yüklenmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır: Bir hukuki değeri ihlal etmemeye yönelik davranışlar (yasak normları) herkese yönelmişken; bir hukuki değeri korumaya yönelik davranış (emir) normları herkesi değil, sadece belirli kimseleri muhatap alır⁶⁵⁰. Aksinin kabulü halinde, yani bir şey yapma yükümlülüğünün olaya muhatap olan herkese yöneltilmesi durumunda, sosyal hayat çekilmez bir hal alır. Dolayısıyla doktrinin “*garantörlük*”⁶⁵¹ olarak ifade ettiği bu

⁶⁴⁵ Hall, s. 76.

⁶⁴⁶ Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch in Deutsch und Englisch Teil I: Grundlagen 2002, kn. 182, s. 150.

⁶⁴⁷ Eser Olgun, “Kasten Öldürme Suçunun Türk - Alman Karşılaştırmalı Ceza HukukuBakımından İncelenmesi”, *Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan*, y. 2013, s. 1641.

⁶⁴⁸ Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, *GÜHFD*, c. XIV, sa.1, y. 2010, s.186. Jakobs, bn. 28, kn. 13, s. 781. Rengier, s. 456.

⁶⁴⁹ Kienapfel ve Höpfel, bn. z29, kn. 19, s. 184. Jakobs, bn. 29, kn. 26, s. 799. Akbulut, s.187.

⁶⁵⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 111.

⁶⁵¹ Alman doktrininde önceleri garantörlük kavramını karşılayacak şekilde “*Rechtspflicht zum Tun*” ifadesi kullanılmaktaydı. Binding ve Nagler’in “*Garanten*” kavramına vurgu yapması ile birlikte “*Garantenstellung*”, “*Garantenpflicht*”, “*Garantieverhältnis*” kavramları doktrin ve uygulamaya girmiş ve kısa sürede kabul görmüştür. Schmidhäuser, kn. 10, s. 655.

Günümüz Alman doktrininde ise garantörlük kavramına karşılık gelecek şekilde “*Garantenpflicht (Görantör Yükümlülüğü)*”, “*Garantenstellung (Garantör Konumu)*”, “*Handlungspflicht (Eylem Yükümlülüğü)*” gibi kavramlar kullanılmaktadır. Söz konusu kavramlar, çoğu zaman birbirine karşılık gelecek şekilde kullanılmaktaysa da bazı yazarlar, bu kavramlar arasında farklılıkların olduğunu savunmaktadır.

Türkçe anlam ve dilbilgisi bakımından ise “*garantör*”, “*garantörlük*” ve “*garantörsel*” ifadelerinin kullanılmasının doğru olmadığı, bunların yerine; “*yükümlü*”, “*yükümlülük*”, “*yükümlülük durumu*” kavramlarının kullanılması gerektiği öne sürülmüştür. Bkz. Ekrem Beyaz, “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, *Türk Dili Dergisi*, Haziran 2019, s. 77.

Bu görüşün, Türk dilindeki kirlenmeye dikkat çekmek üzerine ele alınmış iyiniyetli bir yaklaşım olduğunu düşünmekle beraber; ihmali suçlar bakımından kullanılan “*garantör*” kavramının “*yükümlü*”, “*garantörlük*” kavramının da “*yükümlülük*” kavramı ile karşılanamayacağını düşünmekteyiz. Çünkü garantör; salt bir yükümlülük altında olan kişiyi değil, “*tipik neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olan kimseyi*”; garantörlük de “*tipik neticenin önlenmesine yönelik hukuki yükümlülüğü*” ifade etmektedir. Dolayısıyla “*garantör*” ve “*garantörlük*” tamamen teknik kavramlar olup, salt olarak “*yükümlülük*” ya da “*hukuki yükümlülük*” kavramları ile

konum, emir normunun muhataplarını sınırlamaya yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Sonuç olarak, ihmali suçlar bakımından şunu ifade edebiliriz: Ontik öz bakımından aynı nitelikte olan davranışları yapan failin “*garantör - teminat yükümlüsü*” konumunda olup olmaması, ceza hukuku sorumluluğunu tamamen değiştirmektedir.

Olay: Baba B ve arkadaşı F; boğulmakta olan oğlunun yardım çağrısına, onu kurtarma imkânlarının olmasına rağmen, kulak asmazlar. Kendisine yardım edilmeyen çocuk boğularak ölür⁶⁵².

Söz konusu olayda Baba B, Alman Ceza Kanunu m. 13, 211 ve 212 uyarınca, ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçunun nitelikli halinden ömür boyu hapis cezası alacakken; babanın arkadaşı F, Alman Ceza Kanunu 323c hükmü⁶⁵³ uyarınca “*yardım yükümlülüğünün ihmali suçundan*” en fazla 1 yıl hapis cezası ya da adli para cezası alacaktır⁶⁵⁴.

Bu örnekte de görüldüğü üzere, icrai suçlardaki fail unsurundan farklı olarak görünüşte ihmali suçlarda incelenmesi gereken temel husus, “*garantörlüktür*”. Bununla birlikte garantörlüğün ihmali suçların yapısında nerede incelenmesi gerektiği ise tartışmalıdır. Garantörlük kavramı günümüz doktrinde ekseriyetle “*suçun maddi unsurları*” başlığı altında incelenmektedir. Buna karşılık geçmiş dönemde, özellikle Alman

örtüşmez. Bununla beraber, bizim de zaman zaman tercih ettiğimiz “*teminat yükümlülüğü / yükümlüsü*” kavramının tercih edilmesi mümkündür. Çünkü salt olarak “*yükümlü*” ifadesi, saf ihmali suçlar bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, bir saf ihmali suç tipinde de ilgililer belirli şekilde davranmakla “*yükümlüdür*”. Bununla birlikte görünüşte ihmali suçlarda ilgili fail, istenmeyen neticenin gerçekleşmesini engelleme noktasında bir yükümlülükle karşı karşıyadır. Bu bakımdan, garantörlük kavramını karşılaması bakımından “*teminat yükümlüsü*” ifadesi kullanılabilir.

Bu noktada bazı dilbilimcilerin iddia ettiği “*-sel / sal*” ekinin Türkçe’de olmadığı ve “*uydurma*” bir ek olduğu görüşüne de değinmek gerekir. “*Sel / sal*” ekinin Türkçe’nin çok eski dönemlerinde kullanılan bir ek olduğu, ancak Türk Dili’nin Arap ve Fars dillerinin etkisine girmesiyle birlikte unutulduğu, bununla beraber Cumhuriyet’in ilanı ile birlikte “*Öz Türçeleştirme*” çalışmaları çerçevesinde tekrar gündem geldiği ve bu andan itibaren temel anlamını aşacak şekilde Türkçe’ye yeniden girdiği ifade edilmektedir. Bkz. Ahmet Temir, “Türkiye Türkçe’sindeki -sel/-sal Sıfat Eki Nereden Geliyor?”, *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sa. 8, y. 1999, s. 3 - 5.

Sonuç olarak, biz de çalışmamızın ilk bölümünde ifade ettiğimiz üzere bilimsel çalışmalarda kullanılan dilin, millî dilimiz Türkçe’nin anlam ve dilbilgisi kurallarına azami derecede uygun olması gerektiğini düşünmekteyiz. Ancak, sırf bu işi yapmak adına da ilgili disiplinde kalıplaşmış ve belirli teknik anlamı olan terimlerin değiştirilmesini de doğru bulmamaktayız. Dolayısıyla, “*garantör*” kelimesi yerine önerilen “*yükümlü*” ifadesinin bu kavramın ihmali suçlar bakımından arz ettiği özelliği tam olarak yansıtmadığını düşündüğümüzden, bu çalışmada “*garantör*” ya da “*teminat yükümlüsü*” kavramlarını kullanmayı tercih edeceğiz.

⁶⁵² Rengier, kn. 6, s. 457.

⁶⁵³ Alman CK 323c maddesinde düzenlenen, yardım yükümlülüğünün ihmali suçunun cezası “*bir yıla kadar hapis ya da adli para cezasıdır*”.

⁶⁵⁴ Krey, kn. 180, s. 148. Rengier, kn. 6, s. 457.

doktrinde bu müessesenin, “*hukuka aykırılık*” başlığı altında da incelendiği görülmektedir⁶⁵⁵. Geçmişte garantörlüğün çoğunlukla “*hukuka aykırılık*” başlığı altında incelenmesinin temel nedeni ise, garantörlüğün bizatihi kendisine ilişkin hatanın “*yasak hatası (Verbotsirrtum)*” kapsamında incelenmesine yönelik eğilimdir⁶⁵⁶. Günümüzde de bu yaklaşıma benzer bir şekilde, garantörlüğün bir “*yazısız mazeret nedeni*” olarak hukuka aykırılık altında incelendiğine de rastlanmaktadır⁶⁵⁷.

Garantörlüğün ihmali suçlar bakımından çok önemli bir kurum olduğu herkes tarafından kabul görmesine rağmen⁶⁵⁸ bunun suçun hangi unsuru altında inceleneceği hususunda görüş birliği yoktur. Konuya ilişkin çalışmalarda, garantörlüğün yani teminat yükümlülüğünün maddi bir unsur olduğu belirtilmekle beraber, hangi maddi unsur altında incelenmesi gerektiğine yönelik tartışmalara pek rastlanmamaktadır. Bu bakımdan garantörlük - teminat yükümlülüğü, görünüşte ihmali suçların özel bir maddi unsuru olarak ele alınmakta ve incelenmektedir.

Garantörlüğün hukuki niteliğine ilişkin farklı bir yaklaşım, konuyu nedensellik bağı çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu yaklaşımı savunanlar, bu tercihlerinin gerekçesini özetle şu şekilde açıklamaktadır: Bir suçta meydana gelen neticeden faili sorumlu tutabilmek için fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisini tespit etmek gerekir. Ancak ihmali suçlarda meydana gelen netice ile fiil arasında bu şekilde bir nedensellik tespit edilemeyeceğinden, garantörlük müessesesi bu ilişkinin yerini doldurur.

Belirtmek gerekir ki; saf olmayan ihmali suçlar bakımından garantörlüğün hukuki niteliğinin ne olduğunun tespiti, salt teorik bir çabanın ötesindedir. Çünkü kavramın hukuki nitelendirmesi, uygulama açısından da oldukça önemli bazı sonuçları da beraberinde getirecektir. Garantörlüğün hukuki nitelendirmesinin en önemli yansıması kendini “*hata hallerinde*” göstermektedir. Garantörlük, suçun maddi bir unsuru olarak kabul edildiği takdirde yapılan hata kastı kaldıracakken; hukuka aykırılık unsuruyla bağlantılı bir değerlendirme yapıldığında, bu konudaki hata “*yasak hatası*” kapsamında değerlendirilecek ve failin kusurluluğu üzerinde etki doğuracaktır. Bu

⁶⁵⁵ Harro ve Bosch, s. 43.

⁶⁵⁶ Harro ve Bosch, s. 43.

⁶⁵⁷ Gössel, Strafrecht, s. 8 - 9, dn. 47.

⁶⁵⁸ Garantörlük ilişkisi bu tip ihmali suçların hukuki temelini oluşturmaktadır. Gutknecht, s. 284.

hukuki tespit aynı zamanda “tersine unsur yanılıgısı” hallerinde failin teşebbüs sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunda önem arz etmektedir⁶⁵⁹.

Görünüşte ihmali suçlara özgü olan ve bu tür ihmali suçların belkemiğini oluşturan “garantörlük - teminat yükümlülüğü”, gösterdiği özellik bakımından suçun farklı unsurları altında değerlendirilmeye müsaittir. Bununla beraber, garantörlüğün suçun faili ile doğrudan bir bağlantı içerisinde olduğunu düşündüğümüzden, bu başlığı “fail” unsuru altında incelemeyi tercih ediyoruz. Bununla beraber, garantörlüğün teknik ayrıntılarına girmeden önce üzerinde durulması gereken iki temel husus olan “garantörlük kavramının sınırlandırılması” ve “eşdeğerlik kaydı”⁶⁶⁰ konularına değinmekte fayda görüyoruz.

3.5.1.3.1. Garantörlüğün sınırlandırılması

Garantörlük - teminat yükümlülüğü, ihmali davranış dolayısıyla meydana gelen neticeden doğan sorumluluk alanını daraltıcı bir işlev görmektedir. Tarihsel gelişimine bakıldığında, kavramın içeriğinin doldurulmasında çok farklı yaklaşımlar görülmektedir. Özellikle içinde bulunulan dönemin / kültürün etkisiyle garantörlük kavramı daha geniş ya da daha kısıtlı yorumlanmaktadır. Örneğin, Anglo-Sakson uygulamasında garantörlüğü daha dar yorumlama eğilimi söz konusuysen⁶⁶¹; Alman Hukuku’nda ise tam tersi bir yaklaşım yani garantörlük alanını genişletme eğilimi göze çarpmaktadır. Garantörlük müessesine yönelik bu iki zıt yaklaşımın gerekçesini, ilgili topluma hâkim sosyo-ekonomik yapı ve kültürde aramak gerekir. Liberalizmin ekonomik ve sosyal hayata yön verdiği Anglo-Sakson toplumlarında, başkalarına yönelik hukuki menfaatleri korumaya yönelik davranışlarda bulunma yükümlülüğü olabildiğince dar yorumlanmaktadır⁶⁶². Bununla beraber “Alman İdealizmi”nin hâkim olduğu bir toplumda, ideal toplum düzenini bozucu davranışlar kimden gelirse gelsin hoş karşılanmaz ve istenmeyen bu davranışların engellenmesine yönelik hukuki yükümlülükler öngörülür. Böyle bir yaklaşımda, elbette ki garantörlük konumu daha

⁶⁵⁹ Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, *TBB Dergisi*, y. 2014 (110), s. 157.

⁶⁶⁰ Alman CK 13. madde düzenlemesi ışığında, icrai suçlar ile ihmali suçların ilişkilendirilmesine iki temel kriterden ulaşılabilir: Birinci kriter, “garantörlük” (hukuki bir yükümlülük altında olma – teminat yükümlülüğü) hususudur. İkincisi ise; “ihmalin icrai bir harekete eşdeğer olması” ibaresidir. Ancak bu ikinci kriter ilk kriter kadar önemli değildir. Rengier, kn. 3, s. 462.

⁶⁶¹ Roe, s. 17.

⁶⁶² Liberal ceza hukuku yaklaşımlarının ihmali sorumluluğu reddettiği dahi ifade edilmektedir. Ashwort, s. 35.

geniş yorumlanacaktır. Alman İdealizmi'nin bu yaklaşımı ilk etapta göze hoş gelse de, bu noktada makul bir dengenin sağlanması önemlidir. Aksi durum çok daha vahim sonuçlara yol açabilir. Örneğin; bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilen “*yaşam birliği*”, Nazi uygulamasının ceza hukukuna dâhil ettiği bir kavram olarak kabul edilmektedir⁶⁶³. Bu tarihsel tecrübe de bize göstermektedir ki, ceza hukukunda ucu bucağı belli olmayan kavramlara yer yoktur. Dolayısıyla ihmali davranıştan doğan ceza hukuku sorumluluğu için kişilerin garantör yani teminat yükümlüsü olması, ceza adaletinin sağlanması açısından tek başına yeterli değildir⁶⁶⁴. Garantörlüğün bizatihi kendisinin de makul ölçütlerle sınırlandırılması gerekir. Bu sınırlandırma zorunluluğu, aynı zamanda ceza hukukundaki kanunilik ve belirlilik ilkelerinin de bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Garantörlüğün ihmali suçlar bakımından öyle önemli bir anlamı vardır ki; garantörlük kişiyi işleyebileceği her kasıtlı ya da taksirli suç bakımından potansiyel ihmali suç faili haline getirir⁶⁶⁵. Keza, ayrıntılarına birazdan değinecek olmakla beraber, ihmali davranışın icraya eşdeğer olmasını sağlayan temel ölçütün de yine “*garantörlük*” olduğu da savunulmaktadır. Bu nedenle garantörlüğün sınırlandırılması, ceza adaletinin sağlanması açısından son derece önemlidir.

Konuya ilişkin teorik tartışmaların ötesinde, cevaplanması gereken temel soru şudur: Somut olayda bir kimsenin “*garantör - teminat yükümlüsü*” olduğunu söylemek için, o kimsenin belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü altında olduğunun tespit edilmesi mi gerekir? Yoksa genel olarak belirli sıfatı taşıyan kimseler zaten “*garantör*” konumundadır ancak ihmali davranışlarından dolayı sorumlu tutulabilmeleri için başka birtakım şartların da gerçekleşmesi mi gerekir? Kısaca, bir kimsenin garantör olmasını sağlayan husus; somut olayda kendisine düşen bir davranış yükümlülüğü altında olması mıdır, yoksa yalnızca bazı sıfatları taşıyor olması mıdır?

Alman CK 13. madde düzenlemesini esas alan baskın görüş, bu soruya ilk cevapla karşılık vermektedir. Yani garantörlüğü sağlayan şey; failin somut olayda neticeyi engellemeye yönelik olarak hareket etme yükümlülüğü altında olmasıdır. Biz de, birazdan açıklayacağımız gerekçelerle bu görüşe iştirak etmekteyiz. Garantörlük,

⁶⁶³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 115.

⁶⁶⁴ Ünver, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, s. 969 - 970.

⁶⁶⁵ Rengier, kn. 26, s. 469.

failin mevcut olay bakımından belirli biçimde davranma, yani “*istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik harekete geçme yükümlülüğü*” altında olmasıdır. Bir kimsenin somut olay bakımından belirli yönde davranma yükümlülüğü altında bulunması da, otomatikman o kişinin belirli bir konumda olmasını gerektirmektedir. Bu durum, her görünüşte ihmali suçu bir “*özgü suç*” haline getirir⁶⁶⁶. Çünkü meydana gelen netice bakımından herkes değil, yalnızca “*garantör - teminat yükümlüsü*” konumunda olan kişiler sorumlu olacaktır.

Sonuç olarak, bir kimsenin salt olarak belirli bir konumda olması garantör olması için yeterli değildir. Bu konumda bulunan kişinin garantör kabul edilebilmesi için, aynı zamanda o olay bakımından tipik neticeyi önleme noktasında hukuki bir yükümlülük altında olması da gerekir⁶⁶⁷. Bu nedenle garantörlük kavramını kısaca; “*bir olayda, istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik davranışta bulunma konusundaki hukuki yükümlülük*” olarak tanımlayabiliriz.

Esasında ne Alman CK m. 13’te, ne İsviçre CK m. 11’de ne de TCK m. 83’te doğrudan “*garantör*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla “*garantörlük*”, kanuni bir ifade olmaktan ziyade doktrin tarafından türetilen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrin tarafından türetilen bu kavram, uygulama tarafından da benimsenmiş ve kanıksanmıştır. Alman CK m. 13, “*neticeyi önlemek hususunda hukuki bir yükümlülük altında olmaktan*” bahsederken; TCK m. 83 ise “*belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmasından*” bahsetmektedir. İşte kanunlarda vurgu yapılan bu husus, doktrin ve uygulamada kısaca “*garantörlük*” olarak ifade edilmektedir. Bu bakımdan garantörlük; “*meydana gelen tipik neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olunması*”; garantör ise, “*istenmeyen neticeyi önleme hususunda hukuki yükümlülük altında bulunan kişi*” olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla bu noktada Alman CK’nın yapmış olduğu tanım daha kapsamlı görünmektedir⁶⁶⁸. Tüm bu kanuni

⁶⁶⁶ Jakobs, bn. 28, kn. 13, s. 781. Haft, s. 192.

⁶⁶⁷ Özgenç ve Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, s. 37.

⁶⁶⁸ 5236 sayılı Kabahatler Kanunu’nun “*Kabahatin İhmali Davranışla İşlenmesi*” başlıklı 7. maddesi: “*Kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukuki yükümlülüğün varlığı gereklidir*” şeklindedir. Dolayısıyla burada bahsedilen hukuki yükümlülük aslında garantörlüğe yani teminat yükümlülüğüne işaret etmektedir.

düzenlemeler de dikkate alındığında, garantörlük kavramını kapsayacak şekilde “*teminat yükümlüsü*” kavramının da kullanılması düşünülebilir.

Boğulmakta olan bir kimseye yardım etmeyen kişinin cezası garantör konumunda olup olmamasına göre farklılık gösterecektir. Garantör olması halinde faile uygulanacak ceza, kural olarak icrai hareketle öldürme suçuyla aynı olacak iken; garantör olmaması durumunda ise, failin alacağı ceza birkaç yılı geçmeyecektir. Ceza miktarı bakımından bu derece büyük farka neden olması nedeniyle garantörlük, alelade bir yükümlülük olarak kabul edilemez. Garantörlük mutlaka özel bir hukuki düzenlemeyle getirilmiş bir yükümlülük olmalıdır⁶⁶⁹. Bir başka ifadeyle, salt ahlaki - etik bir yükümlülük, o kişinin garantör olması için yeterli değildir⁶⁷⁰. Suçun konusuna yönelen istenmeyen neticeyi önlemeye yönelik hareket etme yükümlülüğü, mutlaka “*hukuki*” bir yükümlülük olarak tezahür etmelidir. Bu bakımdan garantörlük, teminat yükümlülüğü konumu kendi içerisinde önemli bir sınırlandırmaya gitmiş olacaktır.

Hakeza, bir kişiye terettüp eden her hukuki yükümlülük de o kişiyi garantör konumuna getirmez. Bu hukuki yükümlülüğün, belirli kaynaklardan sadır olması, neticeyi engellemeye yönelik doğrudan ve yoğun bir nitelik göstermesi de gerekir. Aksi takdirde saf ihmali suçlardaki harekete geçme yükümlülüğü ile görünüşte ihmali suçlardaki teminat yükümlülüğü arasındaki nitelik ve nicelik farkını açıklamak mümkün olmayacaktır. Bu hususa ilişkin görüşlerimizi, birazdan ayrıntılı olarak ifade edeceğiz.

3.5.1.3.2. Eşdeğerlik kaydı (entsprechungsklausel)

Garantörlüğün kaynaklarına geçmeden önce değinilmesi gereken bir diğer kavram da, “*eşdeğerlik -denklik kaydıdır (Entsprechungsklausel)*”⁶⁷¹. Kanuni düzenlemelerde bu kavrama yönelik olarak genellikle, “*ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*” ifadesi kullanılmaktadır. Buna doktrinde “*eşdeğerlik kaydı*” ya da “*denklik kaydı*” denilmektedir. Bu noktada tartışılması gereken temel nokta, garantörlük ile eşdeğerlik kaydı arasındaki ilişkinin ne olduğudur.

⁶⁶⁹ Rengier, kn. 26, s. 469.

⁶⁷⁰ Haft, s. 184.

⁶⁷¹ Bu kavram Türk doktrininde “*denklik kaydı*” olarak da ifade etmektedir. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 192, 193, dn. 630.

Bir yaklaşıma göre; “*ihmalin icra ile eşdeğer olması*” için aranacak en önemli şart, failin tipik neticeyi önleme hususunda hukuki bir yükümlülük altında olması, yani “*garantör*” olmasıdır. Dolayısıyla bu yaklaşıma göre, ihmalin icraya eşdeğer olabilmesi için aranması gereken temel şart garantörlüktür⁶⁷². Bununla beraber, ihmalin icraya eşdeğer olabilmesi için garantörlük haricinde başka şartların da gerçekleşmesi gerekir. Ancak bu yaklaşım, eşdeğerlik kaydının gerçekleşmesi için garantörlük haricinde aranacak diğer hususların neler olduğu sorusuna net bir cevap verememektedir.

İhmali suçlarda garantörlüğü; “*failin belirli bir konumda bulunması*” olarak tanımlayan görüş ise, eşdeğerlik kaydını şu şekilde açıklamaktadır: İhmalin icraya eşdeğer olabilmesi için, kişinin hem garantör pozisyonunda hem de belirli bir davranışı gerçekleştirme konusunda yükümlülük altında olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir⁶⁷³.

Kavramın ne anlama geldiğini ayrıntılı olarak incelemeden önce, eşdeğerlik kaydının yalnızca “*görünüşte ihmali suçlar*” bakımından mı aranacağı yoksa “*saf ihmali suçlar*” bakımından da aranacağı sorusuna da kısaca cevap vermek gerekir. Alman doktrininde; “*eşdeğerlik kaydı*” ibaresinin Alman CK 13. madde düzenlemesinden çıkarıldığı ve bu maddenin de kural olarak saf ihmali suçlara yönelik olmadığı gerekçesiyle, eşdeğerlik kaydının yalnızca görünüşte ihmali suçlar bakımından önem arz ettiği vurgulanmaktadır⁶⁷⁴. Alman CK m. 13/2 yollaması nedeniyle, saf ve görünüşte ihmali suçlar arasındaki sınıra ilişkin şöyle bir çıkarım yapılması mümkündür: Görünüşte ihmali suçların tipiklik unsuru garantörlükle düzenlenmiştir. Buna temel örnek olarak, Alman CK m. 221/1-2 ve Alman CK m. 266 gösterilebilir. Gerçek ihmali suçların unsurları ise düzenlenme tekniğinin bakış açısına göre değerlendirilmelidir. Sonuç olarak Alman CK m. 13/2 düzenlemesi saf ihmali suçlar bakımından bir önem ihtiva etmemektedir⁶⁷⁵. Dolayısıyla eşdeğerlik kaydının yalnızca “*görünüşte ihmali suçlar*” bakımından önem arz ettiğinin kabulü gerekir.

⁶⁷² İsviçre Ceza Kanunu’nda, ihmali suçlara ilişkin açık düzenleme (İsviçre CK m. 11) yapılmadan önceki uzun süre boyunca uygulama ve doktrin, ihmalin cezalandırılmasını icrai davranışa “*eşdeğer olmasıyla*” açıklamaya çalışmıştır. Stratenwerth, kn. 15. s. 91.

⁶⁷³ Rengier, kn. 28, s. 470.

⁶⁷⁴ Rengier, kn. 7, s. 457.

⁶⁷⁵ Rengier, kn. 7, s. 457.

Maddi ceza hukuku bakımından görünüşte ihmali suçlara ilişkin çözülmesi gerken problemlerden bir diğeri de, ihmali davranışın ne zaman icrai harekete eşdeğer olacağıdır. Çünkü bir yasak normunun ihmali davranışla ihlal edildiğinde cezalandırılması ancak bu şart dâhilinde mümkün olmaktadır⁶⁷⁶. Kasten işlenen ihmali suçlarda garantörün ihmali davranışı çoğu zaman kasten işlenen icrai harekete denktir. Alman CK 13. maddedeki düzenlemenin de yardımıyla; prensip olarak kanunun özel hükümler kısmındaki her kasıtlı suçun yansıması olarak cezalandırılabilir bir ihmali davranış ortaya çıkmaktadır^{677, 678}. İşte tam bu noktada, “eşdeğerlik kaydı” devreye girmektedir. Alman CK m. 13’deki düzenlemenin garantör konumunda olan kişileri kanunun özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçların potansiyel faili haline getirmesi karşısında, ihmali suçlarda sorumluluk alanını bir kez daha daraltmak gerekir. Çünkü bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesi, icrai davranışla işlenmesi gibi ciddi bir haksızlığa yol açmayabilir. Bu bakımdan “eşdeğerlik kaydının”, kanunun özel hükümler kısmındaki bazı icrai suçların ihmali davranışla işlenemeyeceğine yönelik bir fonksiyon ihtiva ettiği savunulmaktadır⁶⁷⁹.

Doktrindeki bir diğer yaklaşım; “eşdeğerlik kaydının” kanunun özel hükümler kısmındaki bazı suçların ihmali davranışla işlenmesini tamamen imkânsız kılmadığı, bununla beraber bu suçlar bakımından sorumluluğun doğması için, garantörlüğe ek olarak bazı şartların da aranması gerektiği yönündedir⁶⁸⁰. Bu görüşe getirilen en büyük eleştiri ise, garantörlüğe ek olarak aranacak bu şartların ne olduğunun net bir biçimde ortaya koyamamasıdır.

Eşdeğerlik kaydının ne olduğu sorusuna doktrinde verilen bir başka cevap ise şu şekildedir: Salt olarak bir neticenin engellenmesinin arandığı görünüşte ihmali suçlarda (kasten öldürme, kasten yaralama gibi), eşdeğerlik kriterinin herhangi bir fonksiyonu yoktur. Çünkü bu tip suçlarda failin garantörlüğü zaten tek başına ihmal ile icrayı eşdeğer konuma getirmektedir. Mükemmeliyetçiliğe önem veren bu yaklaşım, durumu şu kısa cümleyle ifade eder: Görünüşte ihmali suçlarda, tipik

⁶⁷⁶ Ashwort, s. 31. Rengier, kn. 6, s. 457.

⁶⁷⁷ Rengier, kn. 1, s. 462.

⁶⁷⁸ Kanaatimizce, bu yansımayı kasıtlı suçlarla sınırlamak mümkün değildir. Alman CK 13. madde, özel hükümlerdeki taksirli suçlar bakımından da bir dönüştürücü işlevi görmektedir.

⁶⁷⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 192 - 193.

⁶⁸⁰ Maiwald, çev. Şahin, s. 169. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 193 - 194.

neticeyi engelleyemeyen garantörün durumu, bu neticeye aktif olarak sebep olmakla eşdeğerdir⁶⁸¹.

Bununla beraber “bağlı davranışlı suçlar” söz konusu olduğunda, faili ihmali davranış nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutabilmek için garantörlük tek başına yeterli değildir⁶⁸². Baskın nitelikteki görüşe göre; bu şartın uygulama alanını belirleyebilmek için gerçek neticeli suçlarla bağlı hareketli neticeli suçların ayrılması zorunludur. Bu suretle bağlı hareketli neticeli suçlarda, neticeye salt olarak sebep olmak yeterli değildir. Bu neticenin özel bir davranışla ya da saikle gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin; “eziyet çektirerek ya da canavarca hisle (Alman CK m. 211)”, “pusu kurmak suretiyle (Alman CK m. 224/1-3)”, “kötü muameleyle (Alman CK m. 225/1-4)”, “cebir veya tehditle (Alman CK m. 240)”, “hileyle (Alman CK m. 263)” işlenen suçlar gibi⁶⁸³... Bu yaklaşıma göre eşdeğerlik kaydı: “Gerçek manada bir nedenselliğin bulunmaması ve haksızlık alanında icrai fiile nazaran farklılığın bulunmasına rağmen ihmali hareketin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu, fakat bunun için de ihmali davranışın tipikliğinin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesine denk olması gerektiği anlamına gelmektedir”⁶⁸⁴.

Bazı fiil modelleri bakımından eşdeğerlik koşulu, modelin eşdeğerliğini tespit etme noktasında bir fonksiyona sahip olabilir. Bu bakımdan şu farklı durumların da birbirinden ayrılması gerekir: Bir ihmali suç faili için fiilin haksızlığı, (örneğin bir annenin küçük çocuğunu merhametsiz bir şekilde aç bıraktığındaki ceza sorumluluğu) kural olarak ihmal ile icranın aynı değersizlikte olmasından kaynaklanmaktadır⁶⁸⁵. Bununla beraber bir başka failin gerçekleştirdiği fiilin haksızlığını engellemeyen garantörün durumu ise farklıdır. Böyle bir olayda garantöre şu soru yöneltilmelidir: Gerçekleştirdiği fiilde canavarca his ya da eziyet çektirerek öldürme var mı veya hareketi pusu kurma ile eşdeğer mi? Ya da davranışının sosyal değeri, söz konusu unsurlar bakımından icrai fiilin failinkine eşdeğer mi? Bu durumda ihmali davranış failinin fiilindeki söz konusu özel hususlar yani pusu kurma ya da canavarca his yoksa

⁶⁸¹ Rengier, kn. 31, s. 470.

⁶⁸² Maiwald, çev. Şahin, s. 169.

⁶⁸³ Rengier, kn. 32, s. 470.

⁶⁸⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 195.

⁶⁸⁵ Ashwort, s. 31.

eşdeğerlikten bahsedilemez. Fiilin muhatabının canavarca hissi değişebilir ama tehlikenin değerlendirilme şekli değişmez⁶⁸⁶.

Sonuç olarak; bir başkasının icrai fiiline müdahale etmeyen garantörün, icrai fiilin taşıdığı özel unsura göre cezalandırılması ancak kendisinin de bizzat bu özel unsuru taşıması kaydıyla mümkündür. Örneğin; eşinin ortak çocuklarını canavarca hisle öldürmesine göz yuman failin, kasten öldürmenin bu nitelikli halinden ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, ihmali davranışı sırasında bizzat “canavarca hisle” hareket ettiğinin tespit edilmesi de gerekir. İşte “eşdeğerlik kaydı” da tam burada devreye girecek ve ihmali davranış failinin bu tip özel haller bakımından sorumlu olup olmayacağını belirleyecektir. Bununla birlikte eşine müdahale etmeyen failin, kasten öldürmenin altsoya karşı işlenmesi nitelikli hali bakımından sorumlu tutulabilmesinde eşdeğerlik kaydının hiçbirbir fonksiyonu yoktur. Çünkü bu nitelikli hal bakımından ihmali davranış failinin haksızlık içeriğinin icrai davranışla eşdeğer olmasını garantörlük müessesesi tek başına sağlamaktadır.

Eşdeğerlik kaydına ilişkin bir diğer yaklaşım ise; kural olarak ihmalin haksızlık içeriğinin icradan daha az olduğu kabul edildiğinden^{687,688}, ihmalin cezalandırmaya layık olduğunun ancak eşdeğerlik kaydıyla sağlanabileceği yönündedir⁶⁸⁹. Bu bakımdan eşdeğerlik kaydı, yalnızca fiil ya da netice unsuru bakımından değil, suçun tüm unsurları bakımından genel bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu kabul halinde eşdeğerlik kaydı; ihmali suçun bir unsuru olmaktan

⁶⁸⁶ Rengier, kn. 33, s. 470.

Burada ifade edilmek istenen husus şudur: Bir garantör; örneğin bir polis memuru, garantörlüğü altında bulunan bir kimsenin üçüncü bir şahıs tarafından canavarca hisle öldürülmesine göz yumuyor ise, kural olarak “nitelikli (canavarca hisle) kasten öldürmeden” değil temel kasten öldürmeden sorumlu tutulur. Bununla birlikte, garantörün ihmali davranışında da bir canavarca his söz konusu ise, artık nitelikli öldürmeden sorumlu olacaktır. Buna karşılık, icrai hareketle işlenen nitelikli hal objektif bir nitelikte, örneğin mağdurun çocuk veya kendini savunamayacak kişi olması gibiyse, garantörün nitelikli öldürmeden sorumlu olabilmesi için eşdeğerlik kaydına gerek yoktur. Çünkü bu ihtimalde garantörlük, tek başına ihmali davranış icrai davranışa eşdeğer kılmaktadır. Çünkü fail hem mağdurun niteliğini hem de kendisinin garantör olduğunu bilmekte buna rağmen tipik neticenin gerçekleşmesi kastıyla hareketsiz kalmaktadır.

⁶⁸⁷ Ashwort, s. 31.

⁶⁸⁸ Doktrinde, garantör konumunda olan bir kimsenin ihmali davranışıyla sebep olduğu neticenin haksızlık içeriğinin bazı durumlarda icrai davranıştan daha fazla olabileceği de ifade edilmektedir. Frister, kn. 5, s. 257.

Çocuğuna bakmakla yükümlü ebeveylelerin ona yemek vermeyip açlıktan ölmesine neden olduğu bir olayda, gerçekleştirilen ihmali davranışın icrai davranıştan daha az haksızlık içeriğine sahip olmadığı rahatlıkla söylenebilir. Ashwort, s. 31.

⁶⁸⁹ Ashwort, s. 31.

ziyade, genel bir kusurluluk değerlendirmesi yapılarak ilgili fiilin haksızlık içeriğinin cezalandırmaya yeterli olup olmadığı hususundaki tespite işaret etmektedir.

Eşdeğerlik kaydı, Alman doktrinde ekseriyetle garantörlüğün kaynaklarına atıf yapılarak açıklanmaktadır. Bu yaklaşıma göre; “*koruma yükümlülüğü*” altındaki garantöre asıl failin hareketindeki haksızlık yoğunluğu yüklenemezken, “*gözetim yükümlülüğü*” altındaki garantöre gözetmekle yükümlü olduğu tehlike kaynağının fiili bakımından bu yoğunluk yüklenebilir⁶⁹⁰. Dolayısıyla eşdeğerlik kaydı, garantörlüğün kaynağına göre failin sorumluluğuna gidilip gidilemeyeceği noktasında bir fonksiyon ihtiva etmektedir. Ancak bu görüş, mevcut kanuni düzenlemeler ve doktrin karşısında uygulanabilir değildir. Bu yaklaşım her şeyden önce kanunilik ilkesiyle de çelişecektir.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz ki; kanuni bir tabir olmasına ve doktrinde de sıklıkla kullanılmasına rağmen “*eşdeğerlik kaydının*” ne anlama geldiği noktasında görüş birliği yoktur. Günümüzde, bu kavramın içeriğinin çok büyük ölçüde “*garantörlük*” ile doldurulduğu, dolayısıyla da bu kavramın gereksiz olduğuna yönelik yaklaşımların güçlendiğini söylemek mümkündür⁶⁹¹. Alman doktrinde eşdeğerlik kaydının ne olduğuna yönelik tartışmaların Alman CK m. 13 düzenlemesine odaklandığı görülmektedir. Dolayısıyla TCK gibi genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin bir düzenleme olmayan kanunlar bakımından böyle bir unsurun aranmasına gerek olup olmadığı, gerekli ise bunun ne şekilde tespit edileceği ayrı bir tartışma konusudur⁶⁹². Bununla birlikte, TCK m. 83’ün lafzından, eşdeğerlik kaydının çok büyük ölçüde garantörlüğe işaret ettiği anlaşılmaktadır. Çünkü TCK m. 83/2; “*ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için*” ibaresinden hemen sonra garantörlük kaynaklarına atıf yapmaktadır.

Kanaatimizce de, “*eşdeğerlik kaydının*” içeriği çoğu zaman garantörlük ile doldurulmaktadır. Bununla birlikte, yukarıda da değindiğimiz gibi, özellikle “*bağlı hareketli suçlar*” ile bazı “*nitelikli haller*” bakımından eşdeğerlik kaydına

⁶⁹⁰ Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 195.

⁶⁹¹ “İhmalin icraya eşdeğer olmasının anlamı, aslında çok bir şey değildir. Bunun genel değerlendirme üzerinde bir şart olmadığı hususunda da büyük oranda fikir birliği söz konusudur. Buna ek olarak, gerçek neticeli suçlarda; kasten öldürme, kasten yaralama, mala zarar verme gibi, bir garantör aracılığıyla neticenin engellenememesi daima aktif olarak bu neticeye sebep olmayla eşdeğerdir. Bu nedenle, neticeli suçlar için eşdeğerlik şartının herhangi bir anlamının olmadığına yönelik görüşler doğrudur”. Rengier, kn. 30, s. 470.

⁶⁹² Günümüz ceza hukuku doktrinde ihmali davranışın cezalandırılabilmesi için kanunda açık düzenleme olmasının, kanunilik ilkesi bakımından faydalı olacağı vurgulanmaktadır. Maiwald, çev. Şahin, s. 163.

başvurulması somut olay adaleti bakımından önem arz edebilir. Eşdeğerlik kaydı, özellikle bu tip suçlar bakımından ihmali fiilden doğan netice sorumluluğu alanını daraltıcı bir işlev göreceğinden, hem teoride hem de kanuni düzenlemelerde muhafaza edilmesi gerekir.

Eşdeğerlik kaydının, ihmali fiilin bir niteliği yani suçun maddi unsuru olarak incelenmesi mümkün olmakla beraber, bu kavrama yüklenen anlama göre farklı başlıklar altında incelenmesi de mümkündür. Dolayısıyla yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız yaklaşımlardan hangisinin benimsendiğine bağlı olarak eş değerlik kaydı; fiil, garantörlük (fail), netice maddi unsurları altında incelenebileceği gibi hukuka aykırılık ve nihayetinde kusurluluk kapsamında da incelenebilir. Yine eşdeğerlik kaydı, bu sayılan unsurların haricinde ihmali suçlara özgü bir maddi unsur olarak da incelenebilir. Biz, eş değerlik kaydının garantörlükle de doğrudan bağlantılı olduğunu düşündüğümüzden ve birçok kaynakta bu kavramın öncelikli olarak ele alındığını gördüğümüzden, kavramı bu başlık altında incelemeyi tercih ettik.

Ancak kanaatimizce eşdeğerlik kaydı, ihmali davranışın taşıdığı haksızlık muhtevasının cezalandırmaya yeterli olduğunun tespiti noktasında bir fonksiyon ihtiva etmektedir⁶⁹³. Dolayısıyla eşdeğerlik kaydı, ilgili suç tipinin cezalandırma eşiğini geçip geçmediği noktasında yapılan normatif bir değerlendirmeden ibarettir. Bu değerlendirmeyi yapılırken de; suçun fiil unsuru, garantörlük, konu, netice veya tehlikenin ağırlığı, failin kast veya taksirine dayanan kusurunun yoğunluğu gibi tüm unsurlar kolektif bir şekilde değerlendirilmeli ve nihayetinde bu haksızlığın cezalandırmaya layık olup olmadığı noktasında karara varılmalıdır. Dolayısıyla eşdeğerlik kaydının tespiti, bir başka ifadeyle ihmali davranışın icraya eşdeğer olup olmadığı, her somut olayda yargılama makamı tarafından yapılması gereken bir değerlendirmedir. Yapılan bu değerlendirme neticesinde, görünüşte ihmali suçun tüm unsurlarının oluşmasına rağmen eşdeğerlik kaydının oluşmadığına kanaat getirildiği takdirde, 5271 sayılı CMK m. 223, f. 4, bent d hükmü uyarınca, *“işlenen fiilin haksızlık içeriğinin azlığı”* nedeniyle fail hakkında *“ceza verilmesine yer olmadığına”* hükmetmek gerekir.

⁶⁹³ Ashwort, s. 31.

3.5.1.3.3. Garantörlük (teminat yükümlülüğü) kaynakları

Garantörlüğü kısaca; “*istenmeyen (tipik) neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olunması*”⁶⁹⁴ şeklinde tanımlamıştık. Bununla beraber, garantörlüğün genel bir tanımını yapmaktan ziyade bu kavramın içeriğinin ne şekilde doldurulacağı daha önemlidir. Dolayısıyla “*neticeyi engellemeye yönelik hukuki yükümlülüğün*”, yani “*garantörlüğün - teminat yükümlülüğünün*” kaynaklarının neler olduğunu ortaya koymak gerekir⁶⁹⁵.

Garantörlük kaynaklarının belirlenmesi, ihmalî suçlar bakımından sorumluluğunun sınırlandırılmasında önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Salt “*ahlaki/etik değer ve yükümlülükler*” garantörlük kaynağı olamaz⁶⁹⁶. Gerek doktrin gerekse kanuni düzenlemeler, garantörlüğün mutlaka “*hukuki*” bir yükümlülüğün doğabileceği noktasında hemfikirlerdir. Elbette ki bir hukuki yükümlülüğün kaynağı da ahlaki/etik değerlerdir. Ancak hukuk alanına iktibas edilmemiş ahlaki/etik bir yükümlülük, kişileri garantör konumuna getirmek için yeterli değildir. Aksinin kabulü, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle açıkça çelişecektir.

Garantörlük bakımından tartışılan bir diğer temel husus, hukuk düzeni tarafından kişilere “*genel bir (kurtarma) yükümlülüğünün*” yüklenip yüklenemeyeceğidir. Bu konuya ilişkin genel yaklaşım, böyle bir genel yükümlülüğün ancak bir başkasını ölüm ya da ciddi yaralamalardan koruma bakımından öngörülebileceği yönündedir⁶⁹⁷. Bir başka ifadeyle, bir başkasını korumaya yönelik genel bir hukuki yükümlülük kişilere ancak üçüncü kişiler bakımından ortaya çıkan tehlikelerin ciddi boyutlarda olması durumunda öngörülebilebilir⁶⁹⁸. Dolayısıyla alalede tehlikeler bakımından böyle bir yükümlülük öngörülmesi mümkün değildir.

⁶⁹⁴ Alman CK m. 13 “...wenn er rechtlich dafür einzustehen hat, daß der Erfolg nicht eintritt...”.

“Garantörlük” kavramının Türkçe karşılığı olarak önerilen “yükümlülük” ya da “hukukî yükümlülük” ifadeleri bu anlamı tam olarak karşılamamaktadır. Çünkü garantörlük salt bir hukuki yükümlülük değil, neticeyi engellemeye yönelik bir hukuki yükümlülüktür. Dolayısıyla biz çalışmamızda; her ne kadar yabancı kökenli bir sözcük olsa da, kavramın içeriğini daha iyi karşıladığından “garantörlük” ifadesini kullanıyoruz. Bununla birlikte bu ifadenin karşılığı olarak “teminat yükümlüsü” kavramının kullanılmasının da mümkün olduğu kanaatindeyiz.

⁶⁹⁵ Klasik yaklaşımda garantörlük: “Kanun ya da kanuna eşdeğer hukuk kuralı”, “özel yükümlülük taahhüdü (sözleşme)” ve “önceki tehlikeli hareket” kaynaklı olabilir. Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 58.

⁶⁹⁶ Hall, s. 76.

⁶⁹⁷ David Ormerod ve Karl Raid, Smith, Hogan, and Ormerod’s Text, Cases, And Materials On Criminal Law: Oxford University Press, 2017, 12th Edition, s. 72.

⁶⁹⁸ Hall, s. 76.

Garantörlük kaynaklarının nasıl belirleneceğine yönelik doktrinde iki temel yaklaşım göze çarpmaktadır: **“Hukuki Kaynak Teorisi (Rechtsquellenlehre)”** ve **“Fonksiyon Teorisi (Funktionellenlehre)”**⁶⁹⁹. Türk öğretisinde bu teorilere karşılık gelecek şekilde **“klasik yaklaşım”** ve **“modern yaklaşım”** kavramları tercih edilmektedir⁷⁰⁰. Alman CK m. 13’te, garantörlüğün kaynaklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Bu bağlamda Alman Kanun Koyucusu’nun, garantörlük kavramının içinin uygulama tarafından doldurulmasına yönelik bir tercihinin olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık TCK m. 83, garantörlüğün kaynaklarına ilişkin doğrudan bir düzenleme yaparak teminat yükümlülüğünün; **“kanundan, sözleşmeden ya da failin tehlikeli davranışından”** kaynaklanabileceğini açıkça belirtmiştir. Bu bağlamda TCK, **“hukuki kaynak teorisini (Rechtsquellenlehre)”** yani **“klasik yaklaşımı”** benimsemiş görünmektedir.

Hukuki kaynak teorisini benimseyen TCK’nın, garantörlük alanını, fonksiyon teorisini benimseyen Alman CK’ya nazaran daraltılmış bir şekilde düzenlediğini söylemek mümkündür. Çünkü Alman CK m. 13’ün lafzında genel bir **“hukuki yükümlülüğün”** bahsedilirken, TCK m. 83’te bu hukuki yükümlülüğün ancak kanun, sözleşme veya önceki tehlikeli davranıştan mütevellit olabileceği düzenlenmiştir⁷⁰¹. İsviçre Ceza Kanunu ise karma bir yaklaşımı benimsemiş görünmektedir. İsviçre CK m. 11/2; ihmali sorumluluğun, hukuki olarak yükümlü olan kişinin hareketsiz kalması halinde gündeme geleceğini ifade ettikten sonra, bu hukuki yükümlülüğün **“özellikle”** şu dört durumdan kaynaklanabileceğini vurgulamıştır: Kanunlar, sözleşmeler, belirli risklerin gönüllü olarak üstlenilmesi ve bir tehlike yaratılması.

“Fonksiyon Teorisi (Funktionellenlehre)”⁷⁰² taraftarları; garantörlük kaynaklarının çok çeşitli olabileceği, dolayısıyla, kanun koyucunun bu noktada doğrudan bir düzenlemeye gitmesinin doğru olmayacağı, üstelik garantörlük kaynaklarına yönelik doğrudan bir düzenleme yapmanın zaten yeni gelişmekte olan ihmali suç doktrini kısırlaştıracağını ifade etmektedirler. Bu nedenle fonksiyon teorisi, garantörlüğe ilişkin genel bir tanım yapmakla yetinerek, bu yükümlülüğün kaynaklarına ilişkin doğrudan bir düzenleme yapmaz. Alman doktrin ve uygulamasının da, garantörlüğün

⁶⁹⁹ Rengier, kn. 2, 3, s. 480.

⁷⁰⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 116.

⁷⁰¹ Olgun, s. 1683.

⁷⁰² Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 283. Jäger, kn. 337, s. 334. Rengier, kn. 2 ve 3, s. 480 v.d.

kaynaklarına ilişkin olarak “*Fonksiyon Teorisi’nin (Funktionenlehre)*” yani “*modern yaklaşımın*” esas aldığı görülmektedir. Esasında hem Alman CK 13. madde düzenlemesi hem de Alman uygulama ve doktrininin kabul ettiği “*modern yaklaşım*”, garantörlük alanının daha geniş yorumlanmasına yönelik “*Alman İdealizmi*” ile de uyumlu görülmektedir.

“*Modern yaklaşım*” olarak da ifade edilen “*Fonksiyon Teorisi (Funktionenlehre)*”, ilk olarak **Kaufmann** tarafından ortaya atılmıştır. Bu yaklaşıma göre; “*esas olan, yükümlülüklerin kaynağı değil, icra ettiği fonksiyondur*”⁷⁰³. Görünüşte ihmali suçların esası, hukuki değerin ihlalini engellemeye yönelik olarak harekete geçmemektir. Bu bakımdan garantörlük iki şekilde ortaya çıkar: Birincisi, bir hukuki değerin dışarıdan gelecek saldırılara karşı korunması (***Koruma Garantörlüğü - Beschützergarantenstellung - Obhutspflichten***); ikincisi ise, belirli tehlike kaynaklarının üçüncü kişilere verecekleri zararların engellemesi (***Gözetim Garantörlüğü - Überwachungsgarantenstellung - Sicherungspflichten***). Aile bağları, yakın yaşamsal ilişki, sözleşme ya da gönüllü üstlenme “*koruma garantörlüğüne*” örnek olarak verilebilir. Araç sahibi, bina sahibi, tehlikeli madde üreticileri veya insanlar için tehlike kaynağı oluşturan yapıların sahiplerinin garantörlüğü ise “*gözetim garantörlüğüne*” örnek olarak gösterilebilir⁷⁰⁴.

Bununla beraber “*Hukuki Kaynak Teorisi (Rechtsquellenlehre)*” ise; garantörlüğün ihmali suçlar bakımından bir maddi unsur olduğunu ve dolayısıyla da kanunilik ve belirlilik ilkeleri nedeniyle bu unsurun da en azından genel bir sınırının çizilmesini savunmaktadır⁷⁰⁵. Bu gerekçeyle, garantörlüğün kaynaklarını açıkça zikretmek, ihmali suçlar bakımından daha isabetli olacaktır. Bu yaklaşım, garantörlük konumunun daha dar yorumlanması ve böylece ihmali suçlardan doğacak sorumluluk alanını daraltma amacıyla daha uyumlu görülmektedir.

TCK’nın 83. maddesinde “*klasik yaklaşımın*” benimsenmesinin gerekçesi ise şurada aramak gerekir: Mülga 765 sayılı TCK’da ihmali suçlara ilişkin ne genel ne de özel

⁷⁰³ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 283.

⁷⁰⁴ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 283. Jakobs, bn. 29, kn. 27, s. 799. Schmidhäuser, kn. 41, s. 667 v.d.

⁷⁰⁵ Jakobs, bn. 29, kn. 26, s. 799.

kısımda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen⁷⁰⁶, bu dönemde, özellikle kasten öldürme ya da kasten yaralama gibi suçların ihmali davranışla işlenmesi uygulamada cezalandırılmaktaydı⁷⁰⁷. Bununla birlikte 765 sayılı TCK döneminde, ne mahkeme kararlarında ne de doktrinde, ihmali suçlara ilişkin makul ve uygulanabilir bir alt yapı oluşturulabilmiştir. Bu bakımdan, ihmali suçlara ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemesi, oturmuş bir uygulaması ve teorisi olmayan Türk hukukunda 5237 sayılı TCK ile yeni bir başlangıç yapılmıştır. Hatta ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmında yapılmayıp, yalnızca bazı suç tipleri bakımından özel hükümler kısmında ihmale ilişkin düzenlemelere yer verilmesinin de temel gerekçesini burada aramak gerekir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak da 5237 sayılı TCK, ihmali suçların uygulama alanını ilk etapta olabildiğince daraltıp, uygulama ve teoriye yön vermek amacıyla “*klasik yaklaşımı*” benimsemiş görünmektedir. Böylece, uygulama ve teoride ihmali suçlara ilişkin tartışmaların önünün açılması, bununla beraber ihmali sorumluluk alanının en azından şimdilik kontrol altında tutulması amaçlanmış görünmektedir⁷⁰⁸.

Biz ise, “*klasik yaklaşım*” ve “*modern yaklaşımın*” birbirine alternatif değil, birbirini tamamladığı kanaatindeyiz. Şöyle ki; klasik yaklaşım, garantörlüğü ceza hukukuna yansıtan hukuki kaynakların neler olduğunu doğrudan belirlerken; modern yaklaşım ise garantörlüğün gerekçesine, temeline, bir başka ifadeyle “*özüne*” işaret etmektedir. Dolayısıyla biz; garantörlüğe ilişkin kanuni düzenlemelerde öncelikle “*klasik yaklaşımın*” tercih edilmesi, klasik yaklaşım çerçevesinde belirlenen garantörlük kaynaklarının somut olay bakımından değerlendirilmesinde ise “*modern yaklaşımın*” devreye girmesini öneriyoruz. Bu karma formül ile hem kanunilik / belirlilik ilkeleri bertaraf edilmemiş olacak, hem de ihmali suçlara ilişkin teorik gelişmenin önu

⁷⁰⁶ 765 sayılı TCK’da ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin yer almamasına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 311 v.d.

⁷⁰⁷ 765 sayılı TCK döneminde, öldürme ve yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesine ilişkin herhangi bir düzenleme olmamasına rağmen cezalandırılma yoluna gidilmesi, kanunilik ilkesi bakımından önemli bir sorun oluşturmaktaydı. Bu bakımdan, 5237 sayılı TCK’da ilgili suç tiplerinin açıkça düzenlemesi kanunilik ilkesi bakımından isabetli olmuş görünmektedir. Bkz. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 7.

⁷⁰⁸ TCK’nın ihmali suçlara ilişkin genel yaklaşımının bu olduğunu düşünmemize rağmen, Kanun’un uygulandığı 15 yıllık süre boyunca, istenen seviyeye gelindiğini söylemek mümkün değildir. Geride bıraktığımız bu süreçte, ihmali suçlara ilişkin olarak Türk hukukunda ne uygulamada ne de doktrinde tatmin edici bir tartışma ortamının sağlanmadığını; makul ve tutarlı bir sistematığın oluşturulamadığını söylemek gerekir.

kesilmemiş olacaktır⁷⁰⁹. Salt olarak modern yaklaşımı benimseyen Alman CK m. 13 düzenlemesinin, kanunilik ilkesine ve dolayısıyla anayasaya aykırı olduğuna yönelik ciddi tartışmaların günümüzde de devam ettiği düşünüldüğünde, önerdiğimiz karma yaklaşımın daha isabetli olduğu görülecektir⁷¹⁰.

Çalışmamızın bütünlüğünü ve sistematliğini bozmaması amacıyla, somut olaylar bakımından garantörlüğün kaynağı olabilecek her bir hukuki yükümlülüğe ayrı ayrı değinmeyeceğiz⁷¹¹. Bununla beraber, garantörlüğün kaynaklarını ilişkin genel yaklaşımları değerlendirerek, uygulama ve teoride ortaya çıkabilecek problemlere değinmekle yetineceğiz. Yine çalışmamızın bu kısmında, garantörlük kaynaklarını incelerken, hem TCK m 83'te benimsenmiş olduğundan hem de teorik olarak daha isabetli bulduğumuzdan “*klasik yaklaşım*” üzerinden gitmeyi tercih edeceğiz. Bununla beraber klasik yaklaşım çerçevesinde ele aldığımız garantörlük kaynaklarının hukuki değerlendirmesini yaparken “*modern yaklaşıma*” atıf yapmaktan geri durmayacağız. Böylece, konuya ilişkin olarak uygulanmasını önerdiğimiz “*karma yaklaşıma*” uygun bir metodu tercih etmiş olacağız.

“*Klasik Yaklaşım*”; önceleri garantörlüğün kaynaklarını üç grupta⁷¹² sınırlandırılmaktayken, daha sonraları kaynak sayısını önce dörde⁷¹³, sonra beşe⁷¹⁴ çıkarmış görünmektedir. İlk başlarda garantörlüğün üç temel kaynağı olarak, tıpkı TCK m. 83'teki gibi, “*kanun*”, “*sözleşme*” ve “*önceki tehlikeli hareket*” kabul edilmekteydi⁷¹⁵. Anglo - Sakson uygulamasının da garantörlük kaynağı olarak kabul ettiği “*yakın yaşamsal ilişkiler*” de⁷¹⁶ Nazi döneminde Alman uygulamasına dördüncü

⁷⁰⁹ Anglo - Sakson doktrininde de, tıpkı Alman doktrininde olduğu gibi, ihmalî suçlardaki “*kanunilik ilkesine aykırılık*” iddialarının temelinde garantörlük kavramının içeriğinin doldurulması yatmaktadır. Bkz. Glanville Williams, “What Should the Code Do about Omissions”, 7 *Legal Studies* 92 (1987), s. 94 v.d. printed from HeinOnline.

⁷¹⁰ Alman CK m. 13 düzenlemesinin Anayasaya aykırılığına ilişkin tartışma ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Gutknecht, s. 284

⁷¹¹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, s. 303 v.d.

⁷¹² Bunlar; kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli davranıştan ibarettir. Jakobs, bn. 29, kn. 26, s. 799. Haft, s. 185.

⁷¹³ Rengier, kn. 2, s. 480.

⁷¹⁴ Garantörlük kaynakları; kanun, sözleşme, fiili üstlenme, şahsi yaşam ilişkisi ve tehlikeli müdahale olarak karşımıza çıkmaktadır. Jürgen Baumann, Wolfgang Mitsch ve Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch: 2003, 11. Auflage, bn. 15, kn. 51.

⁷¹⁵ Mezger, Edmund, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 58.

⁷¹⁶ R. v Gibbins and Proctor, 1918, 13 Cr App R 134, Court of Criminal Appeal, (Darling, McCardie, Salte JJ); Roe, s. 17.

bir garantörlük kaynağı olarak girmiş görünmektedir⁷¹⁷. Günümüzde ise hem Birleşik Krallık hem de Alman uygulama ve teorisinde “*yakın yaşamsal ilişkilerin*” de bir garantörlük kaynağı olabileceği hususunda fikir birliği vardır⁷¹⁸.

Biz ise çalışmamızda garantörlük kaynaklarını;

- **Kanun**
- **Sözleşme**
- **Gönüllü üstlenme**
- **Öngelen haksız (tehlikeli) davranış**
- **Kişiler arasında yakın (sıkı) ilişki**, başlıkları altında ele alacağız⁷¹⁹.

Türk teori ve uygulaması bakımından, garantörlüğün kaynaklarına ilişkin TCK m. 83’te açık bir düzenleme söz konusudur. Dolayısıyla çalışmamızda bu düzenlemeye sadık kalmaya özen göstereceğiz. Bununla birlikte şu an için TCK’nın genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen gelecekte yapılacak olası bir düzenlemeye katkı sağlaması açısından, TCK 83. maddede düzenlenmeyen “*gönüllü üstlenme*” ve “*kişiler arasındaki yakın ilişkiyi*” de ayrı başlıklar altında inceleyeceğiz. Ancak bu incelemeler sırasında, bu iki başlığın TCK m. 83 bağlamında ne şekilde değerlendirilip, değerlendirilemeyeceği hususlarına da dikkat çekmeye çalışacağız.

Ayrıntılarına girmeden önce şunu da ifade etmek gerekir ki, failin meydana gelen netice nedeniyle ihmali davranışından sorumlu tutabilmesi için, garantörlüğün herhangi bir kaynaktan doğması yeterlidir. Bununla beraber, somut olayda failin garantörlüğü birden farklı kaynaktan da mütevellit olabilir⁷²⁰. Örneğin; eşlerin birbirlerine karşı garantörlüğünün temel kaynağı “*kanun*” olmakla birlikte, evlilik akdi aynı zamanda bir “*sözleşme*” olduğundan, sözleşmeden kaynaklanan bir garantörlük de söz konusudur. Hatta eşlerden birinin diğeri bakımından tehlikeli bir durum yarattığı somut bir olay bakımından garantörlük; hem “*kanun*” hem “*sözleşme*” hem de “*öngelen tehlikeli davranışa*” dayanacaktır. Eşlerin doğal olarak “*sıkı yaşam ilişkisi*” olduğu düşünüldüğünde, çoğu zaman “*gönüllü üstlenme*” de söz

⁷¹⁷ Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 59.

⁷¹⁸ Hall, s. 76 v.d. Ormerod ve Raid, s. 64. Rengier, kn. 2, s. 480.

⁷¹⁹ Bazı kaynaklarda ise garantörlük kaynakları: “*Ailesel yükümlülükler*”, “*sözleşme*”, “*gönüllü üstlenme*” ve “*tehlikeli davranış*” olarak ele alınmaktadır. Ashwort, s. 33.

⁷²⁰ Haft, s. 184.

konusu olacaktır. Dolayısıyla bu örnekten anlaşılacağı üzere, somut bir olayda garantörlük yani teminat yükümlülüğü birden fazla ve farklı kaynaktan bağımsız bir şekilde ortaya çıkabilir.

Kanun

Klasik yaklaşımı benimseyen TCK ve karma bir yaklaşım benimseyen İsviçre Ceza Kanunu; garantörlük kaynaklarından ilkinin “*kanun*” olarak düzenlemiştir. Gerçekten de garantörlüğün akla ilk gelen kaynağı kanundur. Kanun tarafından bir kimseye, belirli olaylar bakımından istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik olarak harekete geçme yükümlülüğü getirilmişse, bu kişi artık garantördür. Esasında, gerek Anayasa’nın gerekse genel kanunların bazı hükümlerinden “*genel bir garantörlük*”, yani her olay bakımından istenmeyen neticeyi önleme yükümlülüğüne yönelik bir çıkarım yapılması mümkündür. Özellikle anayasalarda yer alan bazı hükümler, toplumu oluşturan her ferdin birbirine karşı yükümlülükleri olduğunu ifade etmektedir. Ancak, mevzuatta yer alan ve genel yükümlülük içeren bu düzenlemeler, ceza hukuku bağlamında “*garantörlük*” için yeterli değildir. Bu şekilde genel bir garantörlüğün kabulü; sosyal yaşamı çekilmez hale getireceği gibi, hem teorik hem de pratik açıdan başka sorunları beraberinde getirecektir. Sonuç olarak, bir kimsenin kanundan kaynaklı teminat yükümlülüğünün olduğunu kabul etmek için genel kanuni düzenlemeler yeterli değildir. Garantörlük için “*istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik somut kanuni düzenlemelerin*” varlığı gerekir.

Konuya ilişkin tartışılması gereken bir diğer husus ise, suç ve ceza içeren normların kişileri garantör konumuna sokup sokmayacağıdır. Bu konu, özellikle saf ihmali suçlar bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, TCK m. 98 ve Alman CK m. 323c hükümleri, yardıma muhtaç kişilere yönelik yardım veya bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Bu bağlamda bahsi geçen ceza normları muhataplarının, bu normlardaki yükümlülükler uymamaları nedeniyle meydana gelen ölüm ya da yaralama neticelerinden sorumlu tutulup tutulamayacağını tartışmak gerekir. Az sayıdaki muhalif görüşün aksine⁷²¹ bizim de katıldığımız baskın görüş, ceza normlarının bizatihi kendilerinden bir garantörlük çıkarılamayacağı yönündedir. Bu bakımdan

⁷²¹ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2020, s. 142, s. 149 v.d. Göktürk, Fikri İhtima, s. 225.

garantörlük, ancak “ceza kanunları dışında kalan ve bizatihi ceza normu olmayan kanuni düzenlemelerden” kaynaklanabilir. Aksinin kabulü, saf ihmali suçlarla görünüşte ihmali suçlar arasındaki sınırı ortadan kaldırır ve ihmali davranıştan doğacak ceza hukuku sorumluluğunu katlanamayacak ölçüde genişletir. Kaldı ki; bir ceza normu kişilere yönelik doğrudan bir yükümlülük getirmek istiyorsa bunu zaten saf ihmali suç düzenlemesiyle yapacaktır. Örneğin, TCK m. 97’de düzenlenen ve bir saf ihmali suç özelliği gösteren *“terk”* suçunda, failin koruma ve gözetim yükümlülüğü altında olması açıkça belirtilmiştir.

Yine ceza normu niteliği olmayan her emredici normdan garantörlük çıkarılıp çıkarılamayacağını da tartışmak gerekir. Kanaatimizce garantörlük; alelade bir davranış yükümlülüğü değil, tipik neticeyi engellemeye yönelik bir davranış yükümlülüğüdür. Bu nedenle, her emredici normdan garantörsel ihmali suçlar bağlamında bir garantörlük çıkarmak mümkün değildir. Bu durum özellikle, kabahat olarak düzenlenen yükümlülükler bakımından oldukça önem arz etmektedir.

Olay: Özel aracıyla hareket halindeki sürücü S, arkasındaki ambulansın mevzuata uygun bir şekilde ve ısrarla yol istemesine rağmen ambulansa yol vermemiştir. Kendisine yol verilmeyen ambulans, hastaneye zamanında yetişememiş ve bu nedenle ambulans içerisindeki hasta hayatını kaybetmiştir⁷²².

Belirtmek isteriz ki, bu örnek olayda sürücü S’nin davranışı ihmali değil icrai niteliktedir. Bu bakımdan sorumluluğunun da icrai davranışa göre belirlenmesi gerekir. Bununla beraber, olayda S’nin davranışının biran için ihmali olduğu kabul edecek olursak; *“S’yi garantör kabul edip meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutabilir miyiz?”* sorusunun cevabını aramak gerekir.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda yer alan ve ambulanslara geçiş üstünlüğü veren düzenlemenin temel amacı, her ne kadar hastaların can güvenliğini sağlamak olsa da, söz konusu düzenlemeyle trafiğe çıkan her sürücüye, ambulanstaki hastaların yaşamını korumaya yönelik bir hukuki yükümlülük getirilmiş değildir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, garantörlük; kişilere getirilen alelade bir yükümlülük değil, *“tipik neticenin gerçekleşmesini engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülüktür”*.

⁷²² Karayolları trafik mevzuatında sırasıyla; ambulans, itfaiye ya da polis araçlarına geçiş üstünlüğü tanınmış ve bu kurallara uymayanlar bakımından idari para cezası öngörülmüştür (2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu m. 71).

Dolayısıyla böyle bir olayda, sürücü S'nin ambulansa yol vermemesi (geçmesini engellemesi) bir an için ihmali davranış olarak kabul edilse, fail S'nin kanundan kaynaklı garantör olarak telakki edilemeyeceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, örnek olayda failin önceki davranışının, yani ambulansı engellemesinin, başkalarının yaşamı bakımından bir tehlike yarattığı kabul edilirse sürücü S önceki tehlikeli davranışı nedeniyle garantör kabul edilecektir.

Sonuç olarak böyle bir olayda, fail garantör konumunda olmadığından yalnızca gerçek ihmali suç olan TCK m. 98, f. 1/2 ya da Alman CK m. 323c hükümlerince cezalandırılabilir. Aksinin kabulü halinde, Kabahatler Kanunu kapsamına giren her hukuka aykırılık dolayısıyla faillerin “*garantör*” olduğunu kabul etmek durumunda kalmış oluruz ki, bu kabul de ihmali suçlarda sorumluluk alanını katlanılamayacak ölçüde genişletmiş olur. Bu şekilde uçsuz bucaksız bir garantörlüğün kabulü, hem bu kavramın içeriğini boşaltacak hem de garantörlük müessesesinin ihmali suçlar bakımından üstlendiği sorumluluk alanını daraltıcı işlevle bağdaşmayacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, kanundan kaynaklanan bir garantörlükten bahsedebilmek için, kişinin belirli bir şeyi yapma noktasında emir normuna muhatap olması yeterli değildir. Kişinin muhatap olduğu yükümlülüğün, ihmali suç bakımından aranan ve gerçekleşmesi istenmeyen tipik neticeyi engellemeye yönelik olması gerekir. Bir başka ifadeyle, aslında buradaki yükümlülük yasak normuyla yapılması men edilen bir neticeyi engellemeye yöneliktir.

Tabii ki buradan, herhangi bir kanunun tek bir hükmünde bu netlikte bir düzenlemenin olması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Söz gelimi; “*A kanununun 2. maddesinin c bendine göre fail garantördür*” demek şart değildir. Bir kanunun içerisindeki farklı hükümler ya da farklı kanunlardaki aynı konuya ilişkin farklı hükümler bir arada değerlendirilmek suretiyle, kişinin ilgili konu bakımından “*garantör*” konumunda olduğunu söylemek de pekâlâ mümkündür⁷²³. Bu yaklaşımımızı daha da somutlaştıracak olursak, polis memurlarının⁷²⁴ garantörlüğü bakımından 2559 sayılı

⁷²³ Bu tespitimiz aslında “*modern yaklaşımın*” işlevine de işaret etmektedir.

⁷²⁴ Common Law’da da polis memurlarının, görevleriyle bağlantılı olarak karşılaştıkları olaylar bakımından ihmal göstermeleri durumunda sorumlu oldukları kabul edilmektedir. Bu bağlamda, konuya ilişkin ünlü örneklerden biri, 1979 yılında gerçekleşen ve yargı önüne taşınan **Dytham Olayı**’dır (**Regina & Dytham Case**). Bu olayda Polis memuru P, görevi sırasında bir müşterinin korumalar tarafından gece kulübünden yaka paça dışarıya atıldığını ve feci bir şekilde dövüldüğünü görmesine rağmen olaya seyirci kalmış ve müdahale etmemiştir. Olay neticesinde dövülen kişi hayatını kaybetmiştir. Yargılama konusu olayda; görevin kötüye kullanılması suçunun ihmali davranışla işlenip

PVSK'nın 1. maddesi doğrudan bir düzenleme niteliğindedir ve polislerin somut olay bakımından garantör olarak kabul edilmesini sağlar⁷²⁵. Bununla beraber aile üyelerinin birbirleri bakımından garantörlüğüne ilişkin olarak Türk Medeni Kanunu'nda bu şekilde (PVSK'dakine benzer) doğrudan bir hüküm bulmak kolay değildir. Ancak Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, özellikle çekirdek aile üyelerinin birbirleri bakımından garantör, teminat yükümlüsü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Örneğin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 322. maddesi şu şekildedir: “*Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler*”. Kanaatimizce, tartışmaya açık olmakla birlikte bu hüküm, tek başına “*aile üyelerinin birbirlerine yönelecek her türlü tehlike bakımından garantör oldukları*” şeklinde yorumlanamaz. Bununla beraber, aynı kanunun ve konuya ilişkin sair kanunların aileye yönelik benzer hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, özellikle aynı çatı altında yaşayan aile üyelerinin birbirleri bakımından garantör olduğunun kabulü gerekir.

Garantörlük müessesesinin her somut olayda meydana gelen netice bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Çünkü bir anne veya baba, 4 yaşındaki çocuğuna karşı hem “*koruma (Beschützergarantenstellung)*” hem de “*gözetim (Überwachungsgarantenstellung)*” garantörüdür. Bu nedenle ebeveynler; hem çocuğa karşı yönelecek tehlikeler hem de bizzat çocuktan üçüncü kişilere yönelecek tehlikeler bakımından garantör konumundadır. Buna karşılık, evlilik birliği

işlenemeyeceği hususu üzerinde durulmuştur. Yargılama sonucunda mahkeme, polis memurunu görevi kötüye kullanma suçundan mahkûm etmiştir. Mahkûmiyetin gerekçesinde Hâkim **Widgery CJ** şu ifadeleri kullanarak ihmali davranıştan dolayı kişilerin cezalandırılmasının ceza hukuku bakımından gerekli olabileceğine işaret etmiştir: “*Sanığa isnad olunan fîl, sadece bir yasal sorumluluğu yerine getirmekten ibaret olmayıp, kasti olarak bir şeyi yapmamak ve ihmal etmektir. Kamu barışını bozan şeyler sadece rüşvet (yolsuzluk) ve irtikâp (hile, düzenbazlık) ile sınırlı değildir, görevin bu şekilde ihmal edilmesi de kamu barışına zarar verdiği için cezalandırılması gereken bir davranış olarak kabul edilmelidir. Olayın gerçekten bu şekilde vuku bulup bulmadığı hususundaki delilleri değerlendirme yetkisi jüridedir. Ancak olayın bu şekilde vuku bulduğunun kabulü halinde kişilerin cezalandırılması; tehlikeli bir şekilde araç sürme, müstehcen yayın yapma, ya da kamuya açık bir (uygunsuz) yerde genelev işletmek olaylarından daha hafif bir sorumluluk yüklemeyecektir. R. (Regina or Rex) v Dytham, CACD (1979) 1 QBD 722, (1979) 69 Crim App R 722. Bkz. Roe, s. 17.*

Bu olay bakımından Polis memuru P'nin garantör konumunda olduğu ve bu nedenle ihmali davranışı nedeniyle sorumlu olacağı yönündeki tespite katılmakayız. Ancak olayda, Polis memurunun sorumluluğun “*görevi ihmal suçu*” bakımından değil, öldürme suçu bakımından tartışılması gerektiğini düşünüyoruz. Bununla beraber Polis memuru P'nin ölüm neticesinden ihmali davranışıyla kasten mi yoksa taksirle mi sorumlu olacağı hususu, olay sırasında P'nin ölüm neticesini bilip/bilmemesi, öngörüp/öngörmemesine göre belirlenecek bir husustur.

⁷²⁵ “*Polis, asayışı amme, şahıs, tasarruf emniyetini ve mesken masuniyetini korur. Halkın ırz, can ve malını muhafaza ve ammenin istirahatini temin eder*” (PVSK m. 1).

içerisindeki eşler, her ne kadar aynı çatı altında yaşıyor olsalar dahi birbirlerine karşı ancak “koruma” garantörü olabilirler. Eşlerin birbirlerine karşı ya da anne - babanın yetişkin çocuklarına karşı “gözetim yükümlülüğü” olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Türk Medeni Kanunu hükümlerinden, eşlerin birbirlerine karşı “koruma” yükümlülüğü olduğu çıkarılabilirse de “gözetim” yükümlülüğü olduklarına yönelik bir çıkarım yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla bir eş, diğer eşin rahatsızlanması veya yaralanması durumunda, neticeyi engellemeye yönelik harekete geçme yani ona yardım etme yükümlülüğü altındayken; eşin üçüncü bir kişiye karşı suç işlemesini engellemekle yükümlü değildir⁷²⁶. Bununla beraber eşlerden birinin çocuklarına karşı gerçekleştirdiği fiiller (suçlar) söz konusu olduğunda müdahalede bulunmayan eş; suç işleyen eşine müdahale etmediği için değil (gözetim yükümlülüğünü yerine getirmediği için değil), çocuğuna karşı “koruma yükümlülüğünü” yerine getirmediği için sorumlu olacaktır. Eş tarafından üçüncü bir kimseye karşı işlenen suçlarda, eşin üçüncü kişi bakımından böyle bir “koruma yükümlülüğü” olmadığından, suça müdahale etmeyen eş garantör olarak kabul edilerek ihmali suçun faili olarak sorumlu tutulamaz. Bu tip durumlarda, müdahalede bulunmayan eşin ilgili suça iştirak iradesi de yoksa ancak gerçek ihmali suç olan “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98 ve Alman CK m. 323c)” hükümlerince sorumluluğuna gidilebilir. Bununla beraber eşinin işlediği suça müdahalede bulunmayan kimsenin, genel iştirak kuralları çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu konunun ayrıntılarına çalışmamızın son bölümünde, iştirak başlığı altında değineceğimizden şu aşamada daha fazla açıklama yapmaktan imtina ediyoruz.

Salt olarak tazminat yükümlülüğü getiren özel hukuk düzenlemelerinin de, tek başına garantörlük kaynağı olamayacağı kanaatindeyiz. Örneğin; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun: “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür” şeklindeki 364. maddesinin, tek başına garantörlük kaynağı oluşturacağı yönündeki görüşe iştirak etmiyoruz⁷²⁷. Benzer şekilde 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun; “adam çalıştıranın sorumluluğu (m. 66)”, “hayvan bulunduranın sorumluluğu (m. 67)”, “yapı malikinin sorumluluğu (m. 69)” hükümlerinin de tek başına, ilgililer açısından garantörlük doğurmayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü bu hükümler ilgililere, söz konusu tehlike kaynaklarından

⁷²⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 137.

⁷²⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 135.

doğacak olumsuzlukları engelleme noktasında doğrudan bir yükümlülük getirmemekte, sadece doğacak zararları tazmin mükellefiyeti yüklemektedir. Bununla birlikte, konuya ilişkin mevzuat hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, söz konusu kimselerin de garantör oldukları kabul edilecektir. Örneğin; TBK 69. madde, 4708 sayılı Yapı Denetimi Hakkındaki Kanun ve 3194 sayılı İmar Kanunu'nun ilgili hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, “*yapı maliki*”, yapıdan kaynaklı tehlikeleri önleme noktasında garantör yani teminat yükümlüsü konumundadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, garantörlüğün kaynağı olarak gösterilen “*kanun*” ibaresinin ne şekilde anlaşılması gerektiğidir. Kanun ibaresi; suçta ve cezada kanunilik ilkesinde olduğu gibi “*şekli anlamda kanun*” olarak mı anlaşılmalı, yoksa daha geniş bir biçimde mevzuat anlamına gelecek şekilde mi yorumlanmalıdır? Örneğin, amirinin (kanuna dayanarak) emir verdiği ast, bu emrin konusu bakımından garantör olarak kabul edilecek midir⁷²⁸? Kanaatimizce kanundan kaynaklanan bir yetki çerçevesinde, yetkili amir tarafından hukuka uygun bir şekilde verilen emir de, o olay bakımından failleri garantör konumuna getirebilir⁷²⁹. Çünkü kamusal ast - üst ilişkisi de mutlaka bir kanuna dayanmaktadır. Benzer şekilde, ilgili kanundaki genel bir düzenlemeyi açıklamak üzere çıkarılan “*tüzük*”⁷³⁰ ve

⁷²⁸ “*Pişmanlık yasasından yararlanmak için güvenlik güçlerine başvuran PKK terör örgütü üyesinin evine ve ailesine karşı terör örgütü tarafından baskın yapılacağı ihbarı üzerine, yetkili komutan tarafından evin ve ailenin korunması için 7 kişilik bir tim görevlendirilmiştir. Ancak bu tim olay yerine intikal etmemiştir. Baskın yapan terör örgütü tarafından ilgili evde 5 kişi öldürülmüş, 2 kişi de yaralanmıştır*”. **YCGK**, T. 30.09.1991, 213/251, Vural Savaş ve Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanununun Yorumu, Ankara: 1999, 3. Bası, s. 2390.

Kanaatimizce bu olayda; tim görevlilerinin olay yerine intikalini imkânsız kılacak herhangi bir özel durum söz konusu değilse (yollarının kesilmesi, hava muhalefeti gibi) en azından “*olası kastla ihmali davranışla öldürmeden*” sorumlu tutulmaları gündeme gelmelidir. Yargıtay ise, görevlileri yalnızca “*görevi ihmali*” suçundan sorumlu tutarak görünüşte ihmali suçu göz ardı etmiş görünmektedir.

⁷²⁹ “*Yükümlülük, objektif kuralın uygulanması sonucu bir idari tasarruftan doğabileceği gibi bir mahkeme kararından da doğabilir*”. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 113.

⁷³⁰ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla Anayasa’da yer alan, “*Başbakanlık*” ibaresi “*Cumhurbaşkanı*” şeklinde, “*tüzüklerin*” ibaresi “*Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin*” şeklinde değiştirilmiştir. Bu bakımdan artık meri mevzuatımızda “*tüzüklerin*” yerini “*cumhurbaşkanlığı kararnameleri*” alacaktır.

Bununla beraber; Anayasa geçici madde 21/F hükmü: “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, Başbakanlık ve Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan yönetmelikler ile diğer düzenleyici işlemler yürürlükten kaldırılmadıkça geçerliliğini sürdürür. Yürürlükte bulunan kanun hükmünde kararnameler hakkında 152’nci ve 153’üncü maddelerin uygulanmasına devam olunur*” şeklindedir. Dolayısıyla daha önceden var olan bu nitelikteki düzenleyici işlemler, yürürlükten kaldırılmadıkça uygulanmaya devam edecektir.

Ancak burada garantörlükle bağlantılı olarak şöyle bir problem ortaya çıkmaktadır: Tüzükler, bir kanunun uygulanması ve açıklanması bakımından yürütme organı tarafından çıkarılan hukuki düzenlemelerdir. Bu bakımdan her tüzük ve yönetmeliğin dayandığı bir “*kanun*” mutlaka vardır ve kanuna aykırı tüzük ya da yönetmelik olamaz. Dolayısıyla, zaten kanunda var olan bir neticeyi önleme

“yönetmelik” hükümleri de garantörlük bakımından değerlendirmeye alınabilir⁷³¹. Örneğin; hekimlerin acil hastalara müdahale yükümlüğüne ilişkin olarak 1219 sayılı “*Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun*” 69. maddesi: “*Tabipler, dış tabipleri, dişçiler ve ebeler bu kanunda tasrih edilmiyen ve sair kavanin ve nizamata ile kendilerine tevdi edilmiş olan bilcümle vezaifin ifasiyle mükelleftirler*” şeklindedir. Dolayısıyla burada sayılan tıp mesleği mensuplarına genel bir vazife yükümlülüğü getirilmiş ancak bu görevin ayrıntıları düzenlenmemiştir. Bununla beraber aynı kanunun 70. maddesi⁷³², “*Tıbbi Deontoloji Tüzüğü*”⁷³³ ve “*Hasta Hakları Yönetmeliği*”nin ilgili hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, bir hekimin acil bir vakıyyla karşılaştığında, meydana gelebilecek olumsuz neticeleri engellemek üzere hastaya müdahale yükümlülüğünün olduğu anlaşılmaktadır⁷³⁴. Bu bakımdan, acil vakıalar söz konusu olduğunda hekimlerin istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik bir yükümlülüklerinin olduğunun ve kural olarak garantör olduklarının kabulü gerekir. Yine özel sağlık kuruluşları bakımından 2219 sayılı “*Hususi Hastaneler*

yükümlülüğünün tüzük veya yönetmelikteki hükümlerin birlikte değerlendirilmesiyle beraber ilgili kimsenin “*garantör*” olduğu sonucuna varılabilir.

Bununla beraber, “*Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri*”, kanunla düzenlenmeyen alanlar bakımından kanunlara aykırı olmamak kaydıyla çıkarılabilir (Anayasa m. 104). Bu nedenle, salt olarak bu kararnamelerle kişilere “*garantörlük - teminat yükümlülüğü*” getirilmesinin, hem müessesenin amaçlarıyla hem de suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişeceğini düşünmekteyiz. Bununla birlikte, konuya ilişkin çeşitli kanuni düzenlemelerdeki hükümlerle “*Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerindeki*” benzer düzenlemeler birlikte yorumlanarak ilgili kişilerin garantör konumunda oldukları söylenebilir.

⁷³¹ TCK 83. maddede kanun koyucunun doğrudan “*kanun*” tabiri kullanmak yerine “*kanuni düzenlemelerden kaynaklanan*” ibaresini tercih etmesi de bu görüşümüzle uyumlu görünmektedir. Common Law’da da teminat yükümlülüğünün sair mevzuattan kaynaklanabileceği kabul edilmektedir. Hall, s. 76.

⁷³² Aynı kanunun 70. maddesi de şu şekildedir: “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Hilafında hareket edenlere ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir*”.

⁷³³ **Tıbbi Deontoloji Tüzüğü**

Madde 2: “*Tabip ve dış tabibinin başta gelen vazifesi, insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir.*

Tabip ve dış tabibi; hastanın cinsiyeti, ırkı, milliyeti, dini ve mezhebi, ahlaki düşünceleri, karakter ve şahsiyeti, içtimai seviyesi, mevkii ve siyasi kanaati ne olursa olsun, muayene ve tedavi hususunda azami dikkat ve ihtimamı göstermekle mükelleftir”.

Madde 3: “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur*”.

Madde 18: “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir*”.

Madde 19: “*Tabip ve dış tabibi mesleki veya şahsi sebeplerle, tedaviyi bitirmeden hastasını bırakabilir. Ancak, bu gibi hallerde, diğer bir meslektaşın tedavi veya müdahalesine imkân verecek zamanı evvelden hesaplayarak hastayı vaktinde haberdar etmesi şarttır. Hastanın bırakılması halinde hayatının tehlikeye düşmesi veya sıhhatinin zarara uğraması muhtemel ise, diğer bir meslektaş temin edilmedikçe, hastayı terk edemez*”.

⁷³⁴ Hakan Hakeri, Tıp Hukuku, Ankara: 2015, 9. Baskı, s. 427 - 428.

Kanunu’nda, acil hastalara müdahale yükümlülüğüne yönelik düzenlemeler mevcuttur⁷³⁵. Dolayısıyla acil hastalar bakımından kanundan kaynaklanan garantörlük, sadece kamuda çalışan tıp mesleği mensupları açısından değil, özel kurumlarda çalışanlar bakımından da geçerli görünmektedir⁷³⁶.

Belirtmek gerekir ki, hekimlerin hastalara müdahale yükümlülüğü kural olarak resmi görevleri ve acil vakıalarla sınırlıdır. Bunun haricindeki vakılarda, hastanın “*hekim seçme hakkı*” olduğu gibi hekimin de “*hastayı reddetme*” hakkı söz konusudur⁷³⁷. Ancak hastayı reddetme hakkı, acil vakıalar hariç olmak üzere, özel sağlık kuruluşunda çalışan hekimler bakımından mutlak iken, kamu kurumlarında çalışan hekimler bakımından (kamu görevlisi olmaları nedeniyle) ancak haklı ve tıbbi gerekçelerle sınırlıdır⁷³⁸. Buna rağmen hasta ve hekim arasında tedavi süreci başlamışsa, bu durum artık “*sözleşme*” ya da “*gönüllü üstlenme*” kapsamında da değerlendirilebilir⁷³⁹. Bu tip durumlarda, hekimin hasta üzerindeki garantörlüğü, aralarındaki sözleşme ve ilgili mevzuattaki düzenlemelere bakılmak suretiyle belirlenecektir.

Sözleşme

Garantörlüğü, teminat yükümlülüğünü doğuran bir diğer kaynak ise “*sözleşme*”dir⁷⁴⁰. Bu noktada klasik yaklaşımı benimseyen TCK 83. madde ve İsviçre CK m. 11; kanundan sonraki garantörlük kaynağını “*sözleşme*” olarak düzenlemiştir. “*Sözleşme*”nin tanımı, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 1. maddede şu şekilde yapılmıştır: “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir*”. Dolayısıyla en

⁷³⁵ 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu

Madde 32: “*Hususi hastaneler ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından para ile tedavi edilmek üzere gönderilen hastaları alır ve tedavi ederler. Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir. Bunlardan fakir olanların yatırılarak tedavileri lazımsa hastanenin parasız kısmına alınır. Parasız yatakları olmayan hastaneler bu fakir hastaları nakilleri kabil hale gelinceye kadar yatırarak tedavi ederler. Bu suretle yatırılan fakir hastalara ait gündelik tedavi ve ilaç paraları o yerin belediyesince ödenir*”.

⁷³⁶ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 428.

⁷³⁷ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 53.

⁷³⁸ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 53.

⁷³⁹ Hakeri, Tıp Hukuku, s. 428.

⁷⁴⁰ Hall, s. 77.

az iki kişinin, karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak irade açıklamasıyla⁷⁴¹, “sözleşmenin konusuyla sınırlı olmak üzere” aralarında bir güven ilişkisi kurulur. Böyle bir durumda da, sözleşme konusuyla bağlantılı olarak aralarında güven ilişkisi kurulan tarafların birinin ya da her ikisinin teminat yükümlüsü, garantör olması mümkündür. Örneğin; çocuk ya da hasta bakıcılığı sözleşmeleriyle, belirli bir ücret karşılığı bu görevi üstlenen kimseler artık sözleşme konusu bakımından garantör, teminat yükümlüsü konumundadır.

Borçlar hukukunda “sözleşme” kavramı ayrıntılı olarak tanımlandığından, garantörlük kaynağı olarak sözleşmeyi de, Türk Borçlar Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde ele almak gerekir. Elbette ki bir sözleşme, taraflara sınırsız bir “koruma ve gözetim yükümlülüğü” getirmez. Tarafların bu kapsamdaki garantörlüğü; sözleşmenin türü, konusu ve somut olay özelinde sınırlı olarak değerlendirilmelidir. Örneğin; iş sözleşmesiyle özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin garantörlüğü, sözleşme konusu iş kapsamıyla sınırlıdır. Bu bakımdan güvenlik görevlisinin mesai saatleri dışında gerçekleşen bir olay bakımından veya iş yerindeki su/elektrik tesisatının işlerliği bakımından garantörlüğünden kural olarak bahsedilemez.

Sözleşmeden doğan garantörlüğün değerlendirilmesinde, mutlaka somut olay ve sözleşme içeriği göz önünde bulundurulmak suretiyle bir değerlendirme yapılmalıdır. Genel yaklaşım bu olmakla beraber bazı özel durumlarda, sözleşmenin içeriğinde doğrudan yer almasa da teminat yükümlülüğünün devam ettiğini kabul etmek gerekir. Örneğin; çocuk bakıcısının çocuk üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü, kural olarak ebeveynin eve gelmeyi taahhüt ettiği saate kadar devam eder. Ancak sözleşme uyarınca belirlenen saatte ebeveynin hala eve gelmemiş olması durumunda, bakıcının garantörlüğünün otomatikman sona ereceği yönündeki görüşe katılmamaktayız⁷⁴². Böyle bir olayda, her ne kadar ebeveyn ile çocuk bakıcısı arasındaki sözleşmenin kapsamı belirli süre ile sınırlandırılmış olsa da, ebeveynin beklenen saatte eve gelmemesi durumunda, özellikle de çocuğun kendisine bakamayacak konumda olması halinde, bakıcının garantörlüğünün bir süre daha devam ettiğinin kabulü gerekir. Böyle bir durumda, görev süresi biten bakıcı, ancak çocuğun sağlığına ilişkin tedbirleri

⁷⁴¹ Haluk Nami Nomer, “Sözleşmedeki esaslı bir nokta, özellikle karşılıklı borç doğuran akitlerde ivazın miktarı belirlenmeksizin sözleşme kurulabilir mi?”, *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, c.8, y. 2013, s. 2053.

⁷⁴² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçlarının Çeşitleri, s. 150.

alması kaydıyla sorumluluktan kurtulabilir. Örneğin, çocuğun bir yakınına haber verme, çocuğu komşuya bırakma gibi...

Türk borçlar hukukuna göre taraflar; bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilir (TBK m. 26). Ancak kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür (TBK m. 27). Bu bakımdan hukuka ve ahlaka aykırı bir sözleşme nedeniyle garantörlük doğmaz. Bununla beraber bu tip durumlarda; önceki haksız (tehlikeli) davranıştan veya kanuni düzenlemeden dolayı garantörlüğün doğup doğmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Örneğin; birlikte uyuşturucu madde kullanmak için aralarında anlaşılan iki şahsın, birbirlerine karşı garantör olduklarını söylemek mümkün değildir. Ancak, söz konusu iki şahıs arasında yakın bir akrabalık ilişkisi söz konusu ise, bu kimselerin birbirlerine karşı kanundan doğan bir garantörlüklerinin olduğunun kabulü gerekir. Benzer şekilde, birlikte kullanılan uyuşturucu maddeyi bu iki arkadaşın birisi temin etmiş ise öngelen haksız (tehlikeli) davranış bağlamında garantörlük doğacaktır⁷⁴³.

⁷⁴³ “Ölen ile birlikte olaydan bir gün önce sanığın evine gelen tanığın alınan beyanında; olay tarihinde ölen ile birlikte uyuşturucu satın almak için sanığın evine gittiklerini, sanıktan para karşılığı aldıkları uyuşturucuyu ölenin sağ eli alçıda olduğu için sanığın ölene enjekte ettiğini, 5 dakika sonra ölenin ayağa kalkınca yere düşmesi üzerine kendisini kaldırıp elini, yüzünü ve kafasını yıkayarak yatağa yatırdıklarını, ölenin yatağa yattığında nefes aldığını ancak konuşmadığını, gözleri kapalı halde sadece dudaklarının kıpırdadığını, ayılması için sanığın limon tuzunu kaynatarak şırıngayla ölenin koluna enjekte ettiğini ve hep birlikte dışarıya çıktıklarını, sanığın kapının önüne "ayıktağın zaman beni ara" diye not bıraktığını, ölen ilk kendinden geçtiğinde, evde bulunan tanığın, sanığa ambulansı arayalım demesine rağmen sanığın, "benim başımı belaya mı sokacaksınız" demesi üzerine ambulansa haber vermediklerini beyan ettiği; yine olay sırasında sanığın evinde bulunan tanık beyanında; ölenin iri yapılı bir şahıs olup iki kullanımlık uyuşturucuyu birden kullanmak isteyerek iki kullanımlık karışım hazırladığını, ölenin bir kolu sargılı olduğu için içinde eroin olan şırıngayı sanıktan vurmasını istediğini sanığın da bunu kabul ettiğini, hatta kendisinin sanığa "bu çocuk eroinciye benzemiyor, vurma başına kalır" demesine rağmen sanığın "bir şey olmaz içiyor" demek suretiyle şırıngayı ölenin koluna enjekte ettiğini, 5 dk. sonra ölenin kendinden geçmeye başladığını ve su içmek için mutfığa götürdüklerinde bayıldığını, bunun üzerine kendisinin sanığa "ambulansı arayalım" demesine rağmen sanığın bunu kabul etmediğini, ölenin yüzünü yıkadıklarını ancak kendisine gelmediğini beyan ettiği; Tüm bu tespitler karşısında; her ne kadar somut olayda yapılan yargılama sonunda sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmiş ise de; iki kullanımlık doz uyuşturucunun ölenin isteği üzerine sanık tarafından ölenin koluna enjekte edildiği, sanığın bu davranışının ölenin hayatı için tehlikeli bir durum oluşturduğu, ayrıca enjeksiyon sonrası ölen fenalaştıktan ve beyanlara göre kendinden geçtikten sonra sanığın uyarılara rağmen ambulansa haber vermediği ve haber verilmesini de engellediği anlaşılmakla, sanığın ambulansa ve kolluk görevlilerine haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen ve kendisinin eyleminden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp bu imkanı kullanmadığı anlaşılmakla, sanığın eyleminin TCK'nın 83. maddesinde belirtilen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu kapsamında değerlendirilmesinde zorunluluk bulunduğu gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması;”. **Yargıtay 12. C.D. E. 2017/1521, K. 2018/11112, T. 22.11.2018.**

Common Law uygulamasında garantörlüğün sözleşmeden de doğabileceği uzun süredir kabul görmektedir⁷⁴⁴. 1902 yılında yaşanan bir olayda (**Pittwood - 1902**)⁷⁴⁵ fail D; bir tren yolu şirketinde, “sözleşmeyle” banket görevlisi olarak çalışmaktadır. D’nin görevi, trenlerin geçeceği zaman hemzemin geçitte bulunan banketi kapatarak at arabalarının geçmesini engellemektir. Bir gün öğle yemeğine giden D, banketi kapatmayı unuttur. Kapının açık olmasına güvenen at arabası sürücüsü yola devam eder ancak trenin çarpması sonucu hayatını kaybeder⁷⁴⁶. D’nin müdafii, ilgili kontratın D’yi yalnızca işverenine karşı sorumlu kılacağını ve dolayısıyla ceza hukuku bakımından bir sorumluluk doğurmayacağını iddia etmiştir. Bu savunmaya rağmen mahkeme, böyle bir sözleşme nedeniyle D’nin ceza hukuku sorumluluğunun doğabileceğine hükmetmiştir. Bu örnek olaydan da anlaşılacağı üzere, sözleşmenin niteliğine göre sözleşmenin tarafları, “koruma ya da gözetim yükümlülüğü” altına girebilirler. Örneğin; daha yürüyemeyen küçük bir bebeğin bakıcısı “koruma garantörü” iken, kazılan derin bir çukura üçüncü kişilerin düşmemesi için görevlendirilen bekçi ise “gözetim garantörüdür”. Sonuç olarak, sözleşmeler kural olarak yalnızca taraflara bir sorumluluk yüklese de, ihmalî suçlar bakımından üçüncü kişilere yönelik zararlardan da sorumluluk gündeme gelecektir.

Sözleşmeden kaynaklanan teminat yükümlülüğü yani garantörlük, çoğu zaman kanundan doğan garantörlükle iç içe geçmektedir. Örneğin, bir iş sözleşmesinin tarafları dikkate alındığında, hem işveren hem de işçinin garantörlük kapsamı belirlenirken ilgili mevzuata da bakmak gerekir. Böyle bir durumda, somut olay bakımından garantörlüğün kapsamı belirlenirken, Türk Borçlar Kanunu, İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu başta olmak üzere ilgili mevzuat çerçevesinde bir sonuca varılmalıdır⁷⁴⁷. Dolayısıyla bu tip durumlarda garantörlük, hem sözleşme hem de kanundan kaynaklanabilir.

⁷⁴⁴ Ormerod ve Raid, s. 64

⁷⁴⁵ R. v Pittwood, 1902, 19 TLR 37.

⁷⁴⁶ Roe, s. 17.

⁷⁴⁷ Bu bağlamda özellikle “iş sağlığı ve güvenliği” alanındaki yeni gelişmeler, ihmalî suçlara ilişkin garantörlük yükümlülüğünün ne kadar dinamik bir alan olduğunu kanıtlamaktadır.

Gönüllü Üstlenme

Hem Alman hem de Common Law⁷⁴⁸ uygulamasında, bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilen “*gönüllü üstlenme*”, klasik yaklaşımı benimseyen İsviçre CK’da açıkça düzenlenmesine rağmen TCK’da düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, “*gönüllü üstlenme*” olarak ifade edilen durumların, sözleşme ya da diğer garantörlük kaynakları içerisinde mütalaa edilip edilemeyeceği tartışılmalıdır. Doktrinde, “*gönüllü üstlenmenin*” sözleşmeden farkının “*karşılıksız*” olmasından kaynaklandığı belirtilmektedir⁷⁴⁹. Hakeza gönüllü üstlenmenin de tıpkı sözleşmeler gibi sözlü ya da yazılı olabileceği kabul edilmektedir⁷⁵⁰.

“*Gönüllü üstlenmeden*” kaynaklanan garantörlükten yani teminat yükümlülüğünden bahsedebilmek için sözleşmeye dayanan bir bağlantının şart olmadığı ifade edilmekle beraber bu garantörlük türünün, salt olarak failin bir edime açıkça veya zımnen söz vermesiyle doğmayacağı da vurgulanmaktadır. Failin gönüllü üstlenmesi dolayısıyla ilgililerin mevcut korumadan vazgeçmesine yönelik bir beklenti ve akabinde meydana gelen gelişmelerin de makul görülmesi gerekir⁷⁵¹. Bu tip durumlarda garantörlük için belirleyici olan sözleşmenin yasal geçerliliğinden ziyade mevcut durumun fiilen devralınmasına duyulan güvendir⁷⁵². Örneğin; havuz kenarında bulunan fail, bir başkasının çocuğuna göz - kulak olacağı yönünde bir vaatte bulunur ve bu vaade istinaden ebeveynler çocuklar üzerindeki gözetimlerine son verirse artık gönüllü üstlenme nedeniyle garantörlük doğmuş olacaktır⁷⁵³.

Gönüllü üstlenme nedeniyle garantörlüğün doğması, bu üstlenmeden dolayı diğer tedbirlerden fiilen vazgeçilmesine bağlı değildir. Burada belirleyici olan husus, üstlenme sözüne güvenilen kimsenin bu sözünün tutulacağına inanılıp, sair koruyucu tedbirlerden vazgeçilip vazgeçilemeyeceğidir⁷⁵⁴. Yani ex post değil ex ante bir değerlendirme yapılması gerekir. Dolayısıyla ilgili kişinin gönüllü üstlenmesi, ilgili kimselerin bu söze güvenerek koruma ve gözetim yükümlülüğünden vazgeçmelerine uygun ise artık garantörlükten bahsedilebilir.

⁷⁴⁸ Hall, s. 77.

⁷⁴⁹ Hall, s. 77.

⁷⁵⁰ Hall, s. 77.

⁷⁵¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 148.

⁷⁵² Jescheck ve Weigend, s. 623.

⁷⁵³ Hall, s. 77.

⁷⁵⁴ Jescheck ve Weigend, s. 623.

Olay: Garantör konumunda olmayan fail, göl kenarında yürürken boğulmakta olan birini fark eder. Boğulmakta olan kişiyi kurtarmak için harekete geçen fail; kenarda bulunan can simidini mağdura doğru fırlatır, ancak tam bu sırada (mağdur simide daha ulaşmamışken) boğulmakta olan kişinin sevmediği biri olduğunu fark eder ve can simidini derhal geri çeker.

Böyle bir olayda, failin ceza hukuku sorumluluğuna gidilecek midir? Eğer gidilecekse ne şekilde hareket edilecektir? İcra - ihmal ayrımında “*ağırlık noktası (Schwerpunkt) kıstasını*” benimseyen Alman uygulama ve doktrini, ilgili fiilin ne zaman icraya dönüşeceği üzerine odaklanmaktadır. Bununla beraber biz; icra - ihmal ayrımının “*ağırlık noktası*” yaklaşımına göre değil, davranışın niteliğine göre yapılmasını tercih ettiğimizden bu örnek olayda failin icrai değil, hala ihmali davranışı olduğu kanaatindeyiz. Buna karşılık; failin mağdura attığı can simidi nedeniyle, mağdur bakımından bir güven ortamı doğmuş ve mağdur özellikle kurtulmaya yönelik başka ihtimallerden vazgeçmeye yönelik bir duruma girmiş ise failin artık teminat yükümlüsü - garantör olduğunu kabul etmek gerekir. Bu örneğe icra - ihmal ayrımı başlığı altında da değinmiş ve kanaatimizce failin olaydaki davranışı her ne kadar hala ihmali de olsa “*failin artık garantör konumuna gelebileceğini*” ifade etmiştik. İşte burada, failin garantörlüğü “*gönüllü üstlenmeden*” kaynaklanmaktadır.

Common Law’da “*gönüllü üstlenmeden*” kaynaklanan garantörlüğün ilk olarak tartışıldığı olay **R. v Instan** davasıdır⁷⁵⁵. Bu olayda fail Instan; 73 yaşındaki teyzesiyle birlikte yaşamını idame ettirmektedir. Ölmesinden kısa bir süre önceye kadar kendi ihtiyaçlarını görebilen yaşlı kadın, kangrene yakalanması nedeniyle artık hareket edemez duruma gelmiştir. Bunun üzerine Instan, teyzesinin parası ile yiyecek almaya devam etmiş, teyzesinin hastalığından bahsetmeden onun hakkında komşularıyla sohbet etmiş, buna karşılık teyzesine gerekli bakımı yapmamış ve tıbbi tedavi için de herhangi bir girişimde de bulunmamıştır. Teyzesinin ölümü üzerine durum ortaya çıkmış ve fail, “*taksirle öldürmeden*” dolayı suçlanmıştır. İlk derece mahkemesi sanık Instan’ı mahkûm etmiştir. Savcılık ise Instan lehine olarak, bir kişinin yükümlülüğünün ancak mevzuat veya sözleşmeden kaynaklanabileceğini, bu olayda ise söz konusu garantörlük kaynaklarından hiç birinin mevcut olmadığını vurgulamıştır. Yüksek Mahkeme ise konuya ilişkin değerlendirmesinde, olayda

⁷⁵⁵ **R. v Instan**, 1893, 1 QB 450.

İstan'ın garantörlüğü konusunda herhangi bir şüphenin olmadığını vurgulayarak ilk derece mahkemesini haklı bulmuştur. Yüksek Mahkeme'ye göre, mağdurun kangrene yakalandığını İstan'dan başka kimse bilmemektedir. Hakeza uzun zamandır teyzesi ile yaşayan İstan, onun parasıyla alışveriş yapmakta ve diğer ihtiyaçlarını da gidermektedir. Bu nedenle, failin mağdur teyzesine karşı bir bakım yükümlülüğü söz konusudur. **Bu yükümlülüğü ihmal etmesi, en azından mağdurun ölüm sürecini hızlandırmıştır.** Bu nedenle de fail ihmali davranışından dolayı cezalandırılmalıdır⁷⁵⁶.

İfade ettiğimiz üzere, “*gönüllü üstlenme*” bir garantörlük kaynağı olarak TCK'da doğrudan ifade edilmiş değildir. Özellikle kendiliğinden ve ani olarak gelişen bazı olaylar bakımından gönüllü üstlenmenin özel bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu kavramın içeriğinin doldurulması ve somut olay adaletinin sağlanması bakımından çeşitli mevzuat hükümlerinden yararlanılabilir. Aksi halde, özellikle Alman doktrininde de dile getirilen “*uygulamanın, gönüllü üstlenmeden doğan garantörlüğü çok genişlettiği*”⁷⁵⁷ eleştirisiyle karşılaşılması kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla gönüllü üstlenme garantörlük kaynağının da mutlaka kanuni bir temele oturtulması ve bunun yanında yorumlanmasında mutlaka ilgili mevzuat hükümlerinden de yararlanılarak makul bir çerçeveye oturtulması gerekir.

Olay⁷⁵⁸: BGH kararına konu olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Bar sahibi, sarhoş müşteriye barın dışına kadar refakat etmiş, basamaklardan düşmemesi için yardımcı olmuş ve caddeye kadar ona eşlik etmiştir. Sarhoş müşterinin caddede sendelemesi üzerine bar sahibi onu duvara yaslamış ve tekrar bara dönmüştür. Yalnız kalan sarhoş müşteri, tek başına yoluna devam etmeye çalışmış ancak dengesini sağlayamadığı için düşerek kafasını sert zemine çarpmıştır.

BGH olayda bar sahibini, “*gönüllü üstlenme*” dolayısıyla garantör olarak kabul etmiştir⁷⁵⁹. Kanaatimizce böyle bir durumda bar sahibinin garantörlüğünden bahsedilemez. Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, gönüllü üstlenmeden doğan garantörlükten bahsedebilmek için failin bu görevi üstlenmiş olması tek başına yeterli

⁷⁵⁶ **R. v İstan**, 1893, 1 QB 450.

⁷⁵⁷ Jescheck ve Weigend, s. 623 - 624.

⁷⁵⁸ **BGH** 26, 39. naklen: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 151, dn. 381.

⁷⁵⁹ **BGH** 26, 39. naklen: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 151, dn. 381.

değildir. Mağdurun bu duruma güven duyarak diğer tedbirlerden vazgeçeceğine yönelik failin öngörüsü olmalıdır. Somut olayda ise bar sahibinin, müşterisini eve kadar götürmeye yönelik bir üstlenme iradesi söz konusu değildir. Dolayısıyla, BGH kararına konu olan bu olayda bar sahibini ancak bir saf ihmali suç olan “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden” sorumlu tutmak mümkündür. Çünkü somut olayda bar sahibini garantör konumuna getirecek bir gönüllü üstlenme söz konusu değildir. Bununla beraber bar sahibinin müşteriye tehlikeli bir otoyola kadar götürüp orada bu şekilde bırakması söz konusu ise, bu durumda artık icrai davranış nedeniyle ceza sorumluluğu tartışılabilir.

Olay: Karbon monoksit zehirlenmesi sonucu ölen bir kimsenin üzerinde otopsi yapan hekim, cesedin üzerindeki elbiseleri çıkarmayıp yüzeysel bir inceleme yapmış ve bu nedenle vücuttaki lekeleri görmeyip doğal ölüm raporu düzenlemiştir. Olaydan üç gün sonra, bu kez ölen şahsın kızı da aynı evde karbon monoksit zehirlenmesi nedeniyle hayatını kaybetmiştir⁷⁶⁰. Bu olayda, hekimin ilk otopsiyi düzgün bir şekilde yapmaması nedeniyle, ölenin kızının uyarılamadığı ve dolayısıyla kızın ölümünden hekimin garantör olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu olayda otopsi yapan hekimin ne “kanun” ne de “gönüllü üstlenme” nedeniyle garantör olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Otopsi hekimi “kanunen” garantör sayılamaz. Çünkü otopsi hekiminin görevi, ilgili işlemi tıbbın gereklerine ve mevzuata uygun bir şekilde yapmaktan ibarettir. Bir başka ifadeyle, otopsi hekiminin, bu işlem dolayısıyla meydana gelecek olumsuz neticeleri önlemeye yönelik bir yükümlülüğü yoktur. Aynı şey yargılama sırasında görevlendirilen bilirkişiler bakımından da geçerlidir. Muhakeme sürecinde görev yapan bilirkişilerin yükümlülüğü, salt olarak “ilim ve fenne uygun olarak görüş bildirmektir”. Bunun haricinde bilirkişinin, yargılamanın adil bir şekilde tamamlanmasına yönelik bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Elbette ki bilirkişinin raporunu ilim ve fenne uygun bir şekilde düzenlemesi, yargılamanın adil sonuçlanmasına doğrudan etki edecek niteliktedir. Ancak bilirkişi görevlendirilmesine ilişkin mevzuat; onu salt olarak bir şeyi yapmakla yükümlü kılmış, bunun haricinde doğabilecek tehlikeleri önleme noktasında herhangi bir görev, yani garantörlük yüklememiştir. Bu nedenle,

⁷⁶⁰ NJW 1990, 786 - 787, naklen: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 154, dn. 402.

bilirkişinin kasten yanlış rapor düzenlemesi halinde yalnızca, “*gerçeğe aykırı bilirkişilik (TCK m. 276)*” suçu nedeniyle sorumluluğuna gidilebilir. Aksinin kabulü her saf ihmali suçun failini, o suçun neticeleri bakımından otomatikman garantör konumuna getirmiş olur. Bu kabul de, her saf ihmali suçun failini görünüşte ihmali suç faili haline dönüştüreceğinden sorumluluk alanını katlanılamaz şekilde genişletir.

Yukarıdaki örnek olayda otopsi hekimi, “*gönüllü üstlenme*” nedeniyle de garantör olarak kabul edilemez. Çünkü hekimin burada üstlendiği görev, salt olarak otopsi yapmaktır. Ölenin yakınları da olsa üçüncü bir kişinin hayatı veya vücut bütünlüğü bakımından herhangi bir görev üstlenmemiş ve bu nedenle muhatabında bir güven ilişkisi oluşturmamıştır⁷⁶¹.

Kanaatimizce; somut olayda otopsi hekimi, “*öngelen tehlikeli davranıştan*” dolayı da garantör olarak kabul edilemez. Çünkü öngelen davranıştan doğan tehlikenin, suçun konusuyla doğrudan bir bağlantı içerisinde olması gerekir. Bu nedenle, hekimin otopsiyi düzgün yapmadığı için ölenin kızının da gaz zehirlenmesinden ölmesi halinde, otopsi hekimini garantör kabul etmek mümkün değildir. Buna karşılık; Covid - 19 virüsü nedeniyle öldüğünden şüphelenilen kişinin otopsi düzgün yapılmadığından normal ölüm raporu düzenlenmiştir. Normal ölüm raporunun olmasına güvenen ölenin yakınları ve cenaze görevlileri, gereken tedbirleri almadan hastayı defnetmişler ve bu sırada kendileri de Covid - 19 virüsü kapmışlardır. Bu ihtimalde ise düzgün otopsi yapmayan hekimin; hem kanunen hem de önceki tehlikeli davranışı nedeniyle garantör kabul edilmesi mümkündür. Buradaki tartışma, esasında objektif isnadiyet kapsamında da çözüme kavuşturulabilir.

Sonuç olarak BGH önüne gelen bu olay bakımından otopsi hekiminin garantör kabul edilmesi, ihmali davranış sorumluluğunu çok genişletmiş görünmektedir⁷⁶². Ayrıca, yukarıdaki somut olay bakımından otopsi hekimi garantör kabul edilse bile, meydana gelen neticenin öngörülebilir olup olmadığı ve hekime objektif olarak isnad edilip edilemeyeceği de ayrı bir tartışma konusudur. Kanaatimizce, otopsi hekimi garantör

⁷⁶¹ Bununla beraber “*karbon monoksit zehirlenmesi şüphesiyle*” getirilen cesette, otopsi hekimi tarafından böyle bir bulgu tespit edilmediğine güvenen kimseler diğer koruma yöntemlerinden vazgeçmiş, örneğin eve tesisat ustası getirmekten veya gaz servisini aramaktan imtina etmiştir denilebiliyorsa, gönüllü üstlenmeden kaynaklı bir garantörlükten bahsedilebilir.

⁷⁶² Aksi yönde görüş: “*Kanımızca otopsi doktoru da garantör kabul edilmeli ve yukarıdaki somut olayda neticenin öngörülebilir olduğu varsayımında taksirle ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumlu tutulmalıdır*”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 154.

kabul edilse bile ölenin kızının karbon monoksit zehirlenmesi nedeniyle ölmesi hekime objektif olarak isnad edilemeyecektir.

Doktrinde, gönüllü üstlenmenin hiçbir zaman hukuka aykırı fiiller bakımından garantörlük doğurmayacağı ifade edilmektedir⁷⁶³. Örneğin, uyuşturucu bağımlısı olduğunu bildiği bir kimseye, uyuşturucu temin edeceği garantrisi veren fail bu sözünde durmamıştır. Krize giren ve uyuşturucu temin edemeyen bağımlı hayatını kaybetmiştir. Böyle bir durumda, kişi zaten hukuka aykırı bir zeminde bulunduğundan “gönüllü üstlenme” nedeniyle garantörlük doğduğundan bahsedilemez.

Öngelen haksız (tehlikeli) davranış

Önceden gerçekleştirmiş olduğu davranış, başkaları bakımından bir zarar ya da tehlike oluşturan kişi, kendi davranışının oluşturduğu bu tehlikeyi engellemeye yönelik harekete geçmelidir. İşte bu teminat yükümlülüğüne doktrinde, “*öngelen tehlikeli davranıştan*”⁷⁶⁴ *doğan garantörlük*” denmektedir. TCK 83/2- b’de bu garantörlük kaynağı; “*önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaları*”, şeklinde ifade edilmiştir. Sonuç olarak, bir kimse başkalarının can ve mal güvenliği bakımından bizzat tehlikeli bir durum yaratıyorsa, hukuk düzeni ona, bu hareketin tehlikeli (zararlı) sonuçlarını önlemeye yönelik harekete geçme yükümlülüğü getirmekte yani onu “*garantör*” addetmektedir. Bu tip garantörlük, özellikle taksirle yaralamanın gerçekleştiği trafik kazaları bakımından gündeme gelmektedir.

⁷⁶³ Maiwald, çev. Şahin, s. 165.

⁷⁶⁴ Türk doktrininde bu garantörlük kaynağı için genellikle “*öngelen tehlikeli hareket - eylem*” kavramları kullanılmaktadır. Fakat biz; daha önce de ifade ettiğimiz üzere “*hareket*” kavramının yalnızca icrai fiiller bakımından kullanılması gerektiğini düşündüğümüzden, burada “*davranış*” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Çünkü bizce failin oluşturduğu tehlike, yalnızca icrai davranışla değil ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebilir. Örneğin; tren yolu makasını değiştirmek için görevli kimse bir an için uykuya dalmış ve makası değiştirmeyi unutmuştur. Bunun neticesinde tren devrilmiş ve yolculardan bir kısmı yaralanmıştır. Bu olayda görevli kimse, gerçekleştirdiği taksirli - ihmali davranışı nedeniyle artık garantör konumunda olduğu için yaralılara elinden gelen yardımı yapmak durumundadır. Bu yardımın yapılmaması nedeniyle yaralılardan bir kısmı hayatını kaybederse, artık kasten - ihmali davranışla öldürme suçundan sorumluluk gündeme gelir. Aslında bu örnekte zincirleme garantörlükten bahsedilebilir. Çünkü demiryolu görevlisi, zaten kanun ya da sözleşme gereği garantör konumundadır. Bununla beraber özellikle taksirli fiiller bağlamında, yapılan bu önceki davranış nedeniyle faillerin yeni bir garantörlüğü de doğabilir. Benzer şekilde, tedaviyi unutan doktorun da önceki ihmali davranışı nedeniyle de garantör konumuna gelmesi mümkündür.

Öngelen tehlikeli (haksız) davranışa ilk olarak, Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi'nin 1893 tarihli bir kararında yer verilmiştir⁷⁶⁵. Mahkeme kararına konu olan olayda sanık, içeride kimsenin olmadığını düşünerek bir binanın koridora çıkan kapısını kilitlemiş ancak akabinde içeride birinin olduğunu fark etmesine rağmen kapıyı açmamıştır. Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi bu olayda, “*ihmal suretiyle hürriyetinden yoksun kılma*” suçunun oluştuğuna ve failin garantörlüğünün de mağduru içeri kilitlemesinden kaynaklandığına hükmetmiştir⁷⁶⁶.

“*Common Law*” uygulamasında, bu tip garantörlüğün zikredildiği **R. v. Miller (1983)** kararı ise şu şekilde cereyan etmiştir. Fail, alkollü bir şekilde evine gelip yatağına yatar ve her an sızabilecek durumda olmasına rağmen bir sigara yakar. Fail, daha sigara sönmeden alkolün de etkisiyle sızar ve yanmakta olan sigara yatağına düşer. Sigara yatağına düştükten sonra bir ara uyanan fail, sigaranın yatağın üzerinde sönmemiş bir vaziyette olduğunu görür ancak pek oralı olmaz ve yan odaya geçerek uyumaya devam eder. Yanmakta olan sigaranın çıkardığı yangın büyür ve evde büyük çapta maddi hasar meydana gelir. Bu olayda fail, “*yangın çıkarma suçundan*” dolayı suçlanmış ve yapılan yargılama neticesinde suçu “*ihmali hareketle*” işlemekten mahkum edilmiştir⁷⁶⁷.

Bu olay ışığında değerlendirilmesi gereken ilk husus, failin ilk davranışının icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur. Ancak çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak yaptığımız bu tartışmayı şimdilik bir kenara bırakacak olursak fail, “*sigara yatağına düştükten sonra uyanıp durumu görmesine rağmen oralı olmamış ve yan odaya geçerek uyumaya devam etmiştir*”. Fail, daha önceden yarattığı bir tehlikeneticesini engellemeyerek (yatağına düşüp yanmaya devam eden sigarayı görmesine rağmen söndürmerek) “*ihmali*” davranışla bir suç işlemiştir. Failin buradaki ihmali fiili, yatağın üzerinde yanmakta olan sigarayı söndürmemesidir. Bu ihmali fiil bakımından failin taksirle değil, kasten hareket ettiğinin kabulü gerekir. Söz konusu olayda, daha önceden bizzat gerçekleştirdiği bir tehlike söz konusu olduğundan fail, “*önceki (öngelen) tehlikeli davranışı*” nedeniyle garantör konumundadır. Dolayısıyla da fail, “*kasten ve ihmali davranışla*” gerçekleştirmiş olduğu yangın çıkarma suçundan (mala

⁷⁶⁵ Herbert Tröndle ve Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, München: 1999, 49. Auflage, p. 11.

⁷⁶⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 163.

⁷⁶⁷ **R. v. Miller**, 1983, 2 AC 161, House of Lords.

zarar verme) sorumlu olacaktır. Bu bakımdan failin olası kastla mı yoksa doğrudan kastla mı sorumlu olacağı ise ayrıca tartışılmalıdır.

Kasten bir neticeyi hedefleyen ya da kasten gerçekleştirdiği fiil ile bağlantılı olası sonuçları göze alan fail, neticenin meydana gelmesini engelleme noktasında garantör kabul edilemez⁷⁶⁸. Örneğin, yaralama ya da öldürme kastıyla hareket eden fail, mağdurun acı çekmemesi veya ölmemesi için ona yardım etme yükümlülüğü altında değildir. Bu tip durumlarda netice, kasten ve icrai olarak gerçekleştirilen fiilin eseri olduğu için failin ceza hukuku sorumluluğu icrai fiile göre belirlenecektir⁷⁶⁹. Benzer şekilde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından ilgili ceza kanunlarında doğrudan hüküm bulunduğu hallerde, en azından taksirle meydana getirilen ağır netice bakımından faillerin ihmali davranışı nedeniyle sorumluluklarına gidilemez.

Taksirle gerçekleştirilen ihmali davranışlar nedeniyle ortaya daha yoğun ve yakın bir tehlike çıkmışsa, faillerin bu yeni ortaya çıkan yoğun ve yakın tehlike bakımındanda da garantör olduğunun kabulü gerekir. Örneğin; unutmaması nedeniyle hastasına vermesi gereken önemli bir ilacı vermeyen hemşire veya hekimin bu ihmali davranışı hastanın hayati fonksiyonları üzerinde daha ciddi bir tehlike yaratmışsa, bu yeni durum bakımından yeni bir garantörlük doğmuştur. Böyle bir durumda, vermesi gereken ilacı vermediğini farkedenden hekim ya da hemşire, ağırlaşan hastaya derhal müdahale etmez ve hasta ölür ya da yaralanırsa taksirli ihmali davranışı nedeniyle değil “*kasten ihmali davranışı*” nedeniyle sorumlu tutulmalıdır.

Öngelen haksız (tehlikeli) davranış nedeniyle doğan garantörlük yükümlülüğüne ilişkin bir diğer güncel tartışma konusunu ise, sağlığa zararlı olarak piyasaya sürülen ürünler (ilaç, kozmetik vb.) oluşturmaktadır. Bu şekilde sağlığa zararlı ürünlerin piyasaya sürülmesi durumunda, firma yetkililerinin ilgili ürünü derhal geri çağırma noktasında “*öngelen tehlikeli davranış*” kapsamında teminat yükümlüsü olduğu ifade edilmektedir⁷⁷⁰. Bu tip durumlara ilişkin genel değerlendirmemizi “*icra - ihmal ayrımı*” başlığı altında yukarıda yaptığımızdan burada tekrar ayrıntısına girmiyoruz. Bununla beraber şunu ifade etmek gerekir ki; bu tip olaylar bakımından ilk olarak yapılması gereken “*davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespiti*dir”. Somut

⁷⁶⁸ Engisch, “Tun und Unterlassen”, s. 186 v.d.

⁷⁶⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 305.

⁷⁷⁰ BGH JR 1992, 72 v.d; BHG 37, 106 v.d. Naklen: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 166.

olaydaki davranışın “ihmali” olduğu tespit edildikten sonra, ilgililerin garantörlüğünün tespiti noktasında ciddi bir problemle karşılaşılmayacağını düşünmekteyiz. Çünkü bu tip durumlarda yetkililer, hem ilgili mevzuata yani “kanuna”, hem “öngelen tehlikeli davranışa” hem de tüketicilerle aralarındaki “sözleşme” ilişkisine dayanılarak teminat yükümlüsü olarak kabul edilecektir.

Bu bağlamda konuya ilişkin bir başka güncel sorun olarak, “bir kimseye kullanması için uyuşturucu madde temin etmenin” öngelen tehlikeli davranış bağlamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde de durmak gerekir. Bir kimseye uyuşturucu madde temini, zaten başlı başına bir suç olarak düzenlendiğinden, salt olarak bu ceza hukuku düzenlemeleri uyuşturucu temin eden kişiyi garantör konumuna getirmez⁷⁷¹. Ancak “altın vuruş” olarak adlandırılan ve kişilerin yaşamı bakımından ciddi tehlikelere neden olabilecek miktarda uyuşturucu talep eden kimseye, bu durumu bilerek uyuşturucu temin eden kişilerin “garantör” kabul edilmesi mümkündür⁷⁷². Ancak burada şu ayrımı yapmak gerekir. Çoğu zaman uyuşturucu satan ya da temin eden kimseler, madde kullanılırken bu kişilerin yanında değildir. Hatta çoğu zaman bu kimseleri bizzat tanımazlar. Dolayısıyla böyle bir durumda, uyuşturucu satan/temin eden kimselerin eylemleri “icrai” nitelikte olduğundan “garantörlük” tartışması yapmak da gereksizdir. Çünkü uyuşturucu temin eden kişi, söz konusu ölüm neticesini öngörüyor ise “icrai davranışla öldürme” suçu bakımından “olası kastla” sorumlu tutulacaktır. Dolayısıyla bu tip durumlarda, ihmali davranıştan doğan sorumluluğu ve dolayısıyla garantörlüğü tartışmaya gerek kalmayacaktır.

Bununla beraber, başka yerden temin edilen uyuşturucu maddenin kendi evi ya da işletmesinde kullanılmasına müsaade eden yani engellemeyen kişinin meydana gelecek ölüm neticeleri bakımından garantör olup olmadığını tartışmak gerekir. Çünkü bu tip durumlarda, failin icrai değil ihmali bir davranışı söz konusudur. Benzer şekilde teminat yükümlüsü olduğu kişilerin, örneğin reşit olmayan çocukların anne - babası ya da bakıcısı, böyle bir duruma müdahale etmez ve neticesinde uyuşturucu kullanan çocuk komaya girer ya da hayatını kaybederse sorumlu olup olmayacağını da tartışmak

⁷⁷¹ Stuttgart (OLG) İstinaf Mahkemesi de, “beraber eroin alıp kullanan kişilerin birbirleri bakımından garantör olmadıklarına karar vermiştir”. NJW 1981, 182, naklen: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 146, dn. 344.

⁷⁷² İngiliz Yüksek Mahkemesi 1998 yılında vermiş olduğu bir kararda; normal şartlar altında uyuşturucu satıcısının müşterileri bakımından garantör olarak kabul edilemeyeceği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin öldürme suçundan vermiş olduğu hükmü bozmuştur. **R. v Khan & Khan (1998)**, Crim. LR. 830, Court of Appeal. Ayrıca bkzç Roe, s. 18.

gerekir. Kanaatimizce bu ikinci örnekte, ilgili kimseler, anne - baba ve çocuk bakıcısı, çocuklar bakımından “*kanundan kaynaklanan*” garantör konumunda olduklarından, meydana gelen ölüm neticesi bakımından ihmali davranışları nedeniyle sorumlu olacaktır. Bununla beraber, arkadaşının veya bir yabancıнын kendi işletme ya da evinde uyuşturucu madde kullanmasına göz yuman kimselerin, salt bu davranış nedeniyle garantör olarak kabul edilemeyeceğini düşünmekteyiz. Bu kimseler ancak, uyuşturucu madde kullanma suçuna yardım etme dolayısıyla muaheze edilebilirler.

Öngelen tehlikeli davranıştan doğan garantörlükle bağlantı olarak tartışılan bir diğer husus ise; bu garantörlüğe neden olan “*tehlikeli davranışın*” herhangi bir nitelite olup olmayacağıdır. Bir başka ifadeyle, “*hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilen veya haksızlık oluşturmayan*” bir davranıştan doğan tehlike/zarar da ilgili kişiyi garantör konumuna getirecek midir? Hakeza garantörlüğü doğuracak davranış bakımından faillerin “*taksiri dahi yoksa*” ya da olayda “*meşru müdafaa gibi bir hukuka uygunluk nedeni*” söz konusuysa, ilgili kimse yine de garantör olarak kabul edilecek midir?

Olay: S, M’yi öldürmek amacıyla nehir kenarında bir yerde pusu kurarak beklemeye başlar. M olay yerine gelince, S bıçağını çıkarır ve saldırıya geçer. Ancak durumu tam zamanında fark eden M; kendini savunmak için S’ye bir tekme atar. Tekmenin etkisi ile sendeleyeyen S, dengesini kaybederek nehre düşer ve boğulma tehlikesi geçirir. M hemen yanı başında bulunan kurtarma simidini S’ye doğru atar. Can simidi S’nin uzanabileceği bir yere düşer ancak son anda kararını değiştiren M can simidini geri çeker ve S boğulur⁷⁷³.

Bu olayın çözümünde azınlıkta kalan yaklaşım, baskın görüşün aksine, M’yi icrai hareketle kasten öldürme suçundan sorumlu tutmak gerektiğini savunmaktadır. Baskın nitelikteki görüş ise söz konusu olayda; S’nin daha can simidini yakalamadığı gerekçesiyle M’nin sadece “*yardım yükümlülüğünün ihmali suçundan (Alman CK m. 323c - TCK m. 98)*” sorumlu olacağını, bununla beraber, eğer M’nin garantör olduğu kabul edilebilirse, ihmali suretle öldürme suçundan (Alman CK m. 13 ve 212 - TCK m. 83) sorumlu olacağını savunmaktadır⁷⁷⁴.

Biz ise söz konusu olayda; baskın görüşle uyumlu olarak icrai değil ihmali davranışın olduğunu düşünmekteyiz. Ancak bu olayda özellikle M’nin garantör konumunda olup

⁷⁷³ Rengier, s. 456, Fall 2.

⁷⁷⁴ Rengier, kn. 24, s. 461.

olmadığı üzerinde iyice durmak gerekir. M'nin garantörlüğü bakımından üzerinde durulması gereken husus, “*öngelen tehlikeli/haksız davranıştır*”. Ancak dikkat edilmelidir ki somut olayda M, “*meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeni*” kapsamında hareket etmektedir. Çünkü öncelikle S, M'ye saldırmış ve M bu saldırıyı defetmek amacıyla S'ye tekme atıp onun göle düşmesine neden olmuştur. Dolayısıyla somut olaydaki “*öngelen tehlikeli davranış*” oluşturan ilk (icrai) fiil hukuka uygundur. Kanaatimizce hiç kimse, hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirdiği davranış nedeniyle yükümlülük altına sokulamaz⁷⁷⁵. Doktrindeki baskın görüş de esasında bu yöndedir⁷⁷⁶. Bu bakımdan somut olayda M'nin öngelen tehlikeli davranış nedeniyle garantör olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

Bu olay üzerinden tartışılması gereken ikinci önemli nokta ise; öngelen davranışı hukuka uygun olduğu için garantör addedilemeyen failin, bir saf ihmali suç olan “*yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98 - Alman CK m. 323c)*” suçundan sorumlu tutulup tutulamayacağıdır. Bu tartışmaya yönelik birinci görüş; failin hukuka uygun davranışı neticesinde meydana gelen bu tehlikeli durum bakımından, saf ihmali suçtan dahi sorumluluğa gidilmesinin mümkün olmadığı yönündedir⁷⁷⁷. Bizim de katıldığımız ikinci görüş ise, böyle bir durumda failin ilk gerçekleştirdiği davranışın hukuka uygun olmasından dolayı garantör kabul edilemeyeceğini ancak bu durumun failin saf ihmali suç bakımından sorumlu tutulmasına engel teşkil etmediği yönündedir⁷⁷⁸. Çünkü saf ihmali suçların yapısında, “*garantörlüğün*” haksızlık üzerinde herhangi bir etkisi yoktur. Dolayısıyla da örnek olayda, yoldan geçmekte olan alalade bir üçüncü kişi bakımından saf ihmali suç sorumluluğu doğacak iken, her ne kadar meşru müdafaa kapsamında hareket etse de, ilgili tehlikeyi doğrudan oluşturan kimsenin saf ihmali suç bakımından sorumluluğunun doğmayacağını söylemek çelişki oluşturabilir.

Olaydaki failin saf ihmali suç bakımından sorumluluğunun kabul edilmesi, meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeninin amacına da uygun bir çözüm yöntemi olacaktır. Çünkü meşru müdafaa hukuka uygunluk nedeni, müdafaada bulunan kişilerin saldırganları cezalandırması amacına yönelik değildir. Meşru müdafaadaki temel

⁷⁷⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 174.

⁷⁷⁶ Rengier, kn. 77, s. 497.

⁷⁷⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 174.

⁷⁷⁸ Bkz. Rengier, kn. 78, s. 497.

amaç, mevcut saldırının bir an önce sonlandırılmasıdır. Sonuç olarak, bu tip olaylarda, failin ilk davranışı hukuka uygun ise artık görünüşte ihmali suç sorumluluğuna gidilemez. Buna karşın eğer tipiklikteki şartları oluşmuş ise saf ihmali suçtan sorumluluk gündeme gelebilir.

Öngelen haksız davranıştan doğan garantörlüğe yönelik tartışılması gereken bir diğer husus ise; bu davranış bağlamında taksiri dahi olmayan kişilerin garantör kabul edilip edilmeyeceğidir. Örneğin, trafik kurallarının gerektirdiği tüm objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun bir şekilde araç kullanan sürücü S'nin, önüne aniden bir insan fırlar. Tüm kurallara riayet eden S, ani durum karşısında aracın frenine basar ise de duramaz ve ilgili kimseyi yaralar.

Vurgulamak gerekir ki, öngelen tehlikeli davranış nedeniyle garantörlüğün doğması için bu davranışın mutlaka bir suç (kasten ya da taksirli) oluşturması gerekmez. Bununla beraber, bu davranış özel hukuk bağlamında da olsa mutlaka bir haksızlık oluşturmalıdır. Örneğin; bir dairenin elektrik tesisatını onaran kişi, yanlışlıkla dairenin doğalgaz sistemine zarar vermiş ve bu nedenle doğalgaz kaçağı meydana gelmişse öngelen davranış nedeniyle garantörlükten bahsedilecektir. Böyle bir durumda, mala zarar verme taksirle işlenebilen bir suç olmadığından ceza hukuku bağlamında bir sorumluluk doğmayacaktır. Bununla beraber bu fiil, özel hukuk bağlamında bir haksızlık teşkil etmektedir. Dolayısıyla da elektrik tesisatını onarırken yanlışlıkla doğalgaz tesisatına zarar veren kişinin teminat yükümlülüğü doğar. Teminat yükümlülüğü doğuran bu haksız davranış, kasten gerçekleştirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir⁷⁷⁹.

Ancak failin gerçekleştirdiği öngelen davranış hiçbir şekilde haksızlık oluşturmuyorsa, artık garantörlük doğmaz⁷⁸⁰. Dolayısıyla, hukuk düzeninin kendisinden beklediği her türlü dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranan bir kimsenin, bu fiili nedeniyle garantör kabul edilmesi mümkün değildir. Sonuç olarak, hukuk düzeninin geneli göz önüne alınarak kendisinden beklenen her türlü dikkat ve özeni gösteren bir kimsenin davranışı bir haksızlık oluşturmuyorsa, bu davranış bir başkasının hayatı ya da malvarlığı bakımından tehlike yaratsa dahi garantörlükten bahsetmemek gerekir.

⁷⁷⁹ Hall, s. 77.

⁷⁸⁰ Rengier, kn. 73, s. 496 - 497.

Ekleme gerekir ki, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı herhangi bir davranışının olduğu olayda, mağdurun daha yoğun bir haksızlık gerçekleştirmiş olması garantörlüğü ortadan kaldırmaz. Örneğin; A, 100 km hız sınırı olan bir yolda 110 km ile gitmekte, hız sınırı dışındaki tüm trafik kurallarına ise riayet etmektedir. Bu esnada bir yaya, kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen kontrolsüz bir şekilde yolun karşısına geçmeye çalışır. Böyle bir durumda, her ne kadar yayanın ihlal ettiği bir dikkat ve özen yükümlülüğü mevcut ise de, yayaya çarpan A yine de garantör kabul edilecektir. Mağdur yayanın davranışının haksızlık içeriğinin A'dan daha fazla olması onu garantörlükten kurtarmaz. Çünkü sürücünün öngelen davranışı, kendi başına bir “*haksızlık*” ve tehlike teşkil etmektedir. Dolayısıyla her iki tarafın da taksirli davranışının bir araya geldiği durumlarda taksirler takas etmez ve karşılıklı garantörlük devam eder. Hakeza aynı olayda, kırmızı ışıkta yola atlayan yayayı son anda görüp direksiyonu kıran sürücü S yaralanmış ise, yaya Y'nin de S bakımından garantörlüğü doğacaktır.

Doktrin ve uygulamada garantörlüğün bu kaynağına ekseriyetle “*öngelen tehlikeli hareket - fiil*” denmektedir⁷⁸¹. Biz ise şu ana kadar ki ifadelerimizde ısrarla “*öngelen tehlikeli / haksız davranış*” ibaresini kullanmaya özen gösterdik. “*Hareket*” yerine “*davranış*” ifadesini tercih etmemizin nedenini yukarıda ifade etmiştik. Bununla beraber “*tehlikeli davranış*” yerinde de “*haksız davranış*” kavramının kullanılmasının daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü bu tip durumlarda failin garantörlüğünü doğuran husus, gerçekleştirdiği davranışın “*tehlikeli*” olmasından ziyade “*haksız*” olmasıdır. Elbette ki garantörlüğü doğuran öngelen davranışın, ihmali suç tipi ile korunmak istenen konu bakımından bir “*tehlike*” yaratması da gerekir. Aksi durumda zaten “*garantörlük*” tartışması yapılmasına gerek yoktur. Ancak bu tip olaylarda garantörlüğü doğuran temel husus, ilgili davranışın “*tehlikeli*” olmasından ziyade “*haksız*” olmasıdır. Hakeza haksızlık niteliği taşımayan ancak tehlikeli olan bir davranış söz konusu olduğunda, fail bakımından istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük yani garantörlüğün doğması ancak açık bir kanuni düzenleme varsa mümkündür. Yine somut olayda failin gerçekleştirdiği önceki davranış, “*tehlike*” değil “*zarar*” doğurmuş da olabilir. Örneğin, Common Law

⁷⁸¹ İçel ve diğerleri, s. 74. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 239. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s. 161. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 391. Erbaş, Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmalî Suçlarda Garantörlük, s. 432.

uygulamasında istinaf mahkemesi önüne gelen bir olayda (**Fagan v Commissioner of Police for the Metropolis**)⁷⁸², fail aracını yanlış yere park etmiş ve bu nedenle görevli polis memuru tarafından uyarılmış, akabinde aracını bulunduğu yerden çekmesi istenmiştir. Aracın içinde bulunan fail, bu talebi reddederek aracını geriye polis memurunun üzerine doğru sürmüş ve polis memurunun ayağı tekerin altında kalmıştır. Polis memuru faile arabasını ayağının üzerinden çekmesini sert bir şekilde söylemiş ise fail, hakaretamiz sözlerle bunu yapmayacağını belirtmiş ve arabanın motorunu durdurmuştur. Olay sonucunda fail, “görevi başındaki memuru kasten yaralama” suçundan yargılanmış ve bu suçtan mahkûm olmuştur⁷⁸³.

⁷⁸² **Fagan v Commissioner of Police for the Metropolis**, 1969, 1 Q.B. 439. Ormerod ve Raid, s. 71. Roe, s. 18.

⁷⁸³ Fail söz konusu bu karara; “*ihmali davranışla yaralama suçunun işlenemeyeceği, aracın polis memurunun ayağı üzerine sürmesinin ise bir yanlışlık eseri olduğu, dolayısıyla da somut olayda kastının bulunmadığı gerekçeleriyle itiraz etmiştir. Çünkü yaralama suçu bakımından kastın, suç fiilinin gerçekleştirildiği anda var olması gerekmektedir*”.

Bu itiraz üzerine karar veren Yüksek Mahkeme özetle şu hukuki tespitlerde bulunmuştur: “*Somut olayda failin cezalandırılmasına esas teşkil eden fiil, aracını bulunduğu yerden kaldırmayı reddetmesi değil, bilakis aracını polis memurunun üzerine doğru sürmesi ve akabinde de aracını ayağının üzerinden çekmemesidir. Bu nedenle de failin icrai hareketini gerçekleştirdiği sırada kastı mevcut olduğundan, suçun oluştuğunun kabulü gerekmektedir. Bu gerekçelerle failin başvurusu reddedilmeli ve verilen hüküm onanmalıdır*”.

Söz konusu olay özelinde, ihmali suçlara ilişkin tartışılması gereken bazı önemli noktalar vardır. İlk olarak; yargılama makamlarının da üzerinde ısrarla durduğu, somut olaydaki davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun tespit edilmesi gerekir. Kanaatimizce, somut olayda farklı iki hukuki değerlendirme yapılması mümkündür.

Birincisi, failde olayın en başından itibaren polis memurunu yaralama kastının mevcut olduğu ve bu nedenle aracını polis memurunun üzerine doğru hareket ettirdiği ihtimalidir. İlgili karardan anladığımız kadarıyla, somut olay bakımından yargılama makamlarının da kabulü bu yöndedir. Gerçekten de failin olayın başından itibaren yaralama kastının olup olmadığının tespiti, somut olayın isabetli bir şekilde çözümü noktasında önem arz etmektedir. Olayda fail, polis memurunun ayağının aracın altında kaldığını bilmesine rağmen, hakaretamiz ifadeler kullanarak aracını polisin üzerinden çekmemiş ve üstelik aracın motorunu da durdurmuştur. Dolayısıyla olayın bütünü ve özellikle bu davranış dikkate alındığında, failin baştan itibaren yaralama kastı ile hareket ettiğinin kabulü gerekir. Böyle bir sübutun kabulü halinde, mahkemenin vardığı nihai sonuç isabetli olacaktır. Çünkü fail baştan itibaren aktif (icrai) bir hareketle polis memurunu yaralamıştır. Failin buradaki fiili, aracı memurun üzerine doğru hareket ettirmesidir. Bu da açık bir “*icrai davranıştır*”. Sonradan aracını polis memurunun ayağının üzerinden çekmeyi reddetmemesi, icrai davranışla işlenen yaralama suçunun hala devam ettiğini gösterir. Burada doğal anlamda farklı bir davranışın olup olmadığı tartışılabilirse de hukuki anlamda tek bir davranış söz konusudur. Dolayısıyla faile icrai davranışla kasten yaralama suçundan dolayı ceza verilmeli, failin olayın devamındaki tutumu ise suçun haksızlık içeriğinin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

Olayda değerlendirilmesi gereken olan ikinci ihtimal ise şudur: Fail, aracını polis memurunun üzerine doğru hareket ettirirken yaralama amacıyla değil, korkutma amacıyla hareket etmiş olabilir. Dolayısıyla ilk baştaki icrai hareketi (aracını polis memurunun üzerine sürmesi) bakımından yaralama suçuna yönelik failin kastından değil ancak taksirinden bahsedilebilir. Bu nedenle ilk gerçekleştirilen fiil, icrai fakat taksirli (duruma göre basit ya da bilinçli taksir) yaralama suçuna sebebiyet verir. Bununla beraber, aracın tekerinin polis memurunun ayağının üzerinde kaldığını görmesine rağmen failin aracı yerinden hareket ettirmemesi artık taksirli değil kasıtlı ve ihmali bir davranıştır.

Gerçekten de fail, meydana gelen durumu bilmesine rağmen taksirle gerçekleştirdiği icrai fiilin neticesinde ortaya çıkan ve devam etmekte olan tipik neticeyi engelleme yönünde bir çaba

Görüldüğü üzere olaydaki polis memuru (mağdur, hali hazırda zaten yaralanmıştır. Dolayısıyla ortada bir “*tehlike hali*” değil, bir “*zarar*” söz konusudur. Böyle bir durumda, failin aracını mağdurun ayağının üzerinden çekme noktasında bir hukuki yükümlülüğü olmasına rağmen bu yükümlülüğü kasten yerine getirmemesi, kasten ve ihmali davranışla yaralama suçundan sorumluluğu gündeme getirecektir.

Sonuç olarak, her ne kadar doktrinde yerleşmiş bir ifade olarak kullanılmaktaysa da “*öngelen tehlikeli hareket*” yerine “*öngelen haksız davranış*” kavramının kullanılmasının daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu davranışın tehlikeliliğine vurgu yapılmak isteniyor ise de, “*öngelen haksız ve tehlikeli davranış*” ifadesi daha isabetli olacaktır.

Kişiler arasındaki yakın (sıkı) ilişki

Kişiler arasındaki yakın ilişki (yakın yaşam ilişkisi), Nazi döneminde (1930’lar) kanundan kaynaklanan garantörlüğe ek olarak ortaya çıkmıştır⁷⁸⁴. Nazi’lerin ilgili dönemde, kendi amaçları doğrultusunda kullandıkları hukuki bir argüman olarak ortaya çıkan bu garantörlük kaynağı günümüzde, hayatın olağan akışında ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda yorumlanmaktadır. Özellikle kanuni dayanak gösterilemeyen ancak aralarında yakın bir yaşam ilişkisi bulunan üvey çocuk - torun ile ebeveynlerin ilişkisi veya aralarında evlilik akdi olmadan beraber yaşayan çiftlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri, genellikle bu başlık altında incelenmektedir.

Şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, birçok somut olayda “*kişiler arasındaki yakın ilişki*” ile “*gönüllü üstlenme*” garantörlük kaynakları bir arada bulunmaktadır. Bir

göstermemektedir. Dahası, bu durumun devam etmesi yönünde açık ve net bir irade ortaya koymaktadır. Bu nedenle failin kasten ve ihmali davranışla hareket ettiğinin kabulü gerekir. Bu ihtimalde failin ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden fiil, “*aracı polis memurun ayağının üzerinden çekmemesidir*”. Bu da açık bir ihmali davranıştır. Ancak failin bu ihmali davranışından ceza hukuku bakımından sorumlu olabilmesi için, hukuki bir yükümlülüğünün yani garantörlüğünün olması gerekir. Fail, daha önceden gerçekleştirdiği hukuka aykırı davranışı ile bir başkasının vücut bütünlüğü bakımından zarar ortaya çıkarmıştır. Bu nedenle, hukuka aykırı fiili ile meydana getirdiği bu zararı derhal sona erdirmekle yükümlüdür. Yani fail, önceki icrai taksirli davranışı nedeniyle artık garantördür. Sonuç olarak, söz konusu bu ihtimalde fail, icrai davranışla taksirle yaralama ve ihmali davranışla kasten yaralama suçlarından dolayı içtima hükümlerince sorumlu olacaktır. Bu tip durumlarda hangi içtima kuralına göre hareket edileceği hususu çalışmamızın son bölümünde, “*içtima*” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

⁷⁸⁴ “Doktrindeki yeni bir yaklaşım; artık garantörlüğün yalnızca kanundan değil, yakın yaşam ilişkilerinden kaynaklanabileceğini de kabul etmektedir. Örneğin; “gayri meşru çocuğun büyükanne ve büyükbaba üzerindeki garantörlüğü”, “evlilik dışı hayat arkadaşlarının birbiri üzerindeki garantörlüğü gibi...”. Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, s. 59.

başka ifadeyle, günümüz uygulamasında bu iki garantörlük kaynağı birçok somut olay bakımından iç içe geçmektedir. Bu nedenle de uygulamanın hangi şartlar ve sınırlar dâhilinde yakın ilişki kıstasını garantörlüğe esas aldığı net bir biçimde ortaya konulamamaktadır⁷⁸⁵. Bununla beraber bazı olaylarda, kişinin garantörlüğünün doğması için gönüllü olarak sorumluluğu üstlenmesinin zorunlu olmadığı mahkeme kararlarına yansımıştır⁷⁸⁶. Bu tespitlere rağmen bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilen “*kişiler arasındaki yakın - sıkı ilişki (özel ilişki)*” kavramının özünün ne olduğu

⁷⁸⁵ Ormerod ve Raid, s. 65.

⁷⁸⁶ Common Law’da, kişiler arasındaki sıkı ilişkiden (özel ilişki) doğan garantörlüğe örnek gösterilen temel olay; **R. v Gibbins and Proctor** kararıdır. Yüksek Mahkeme önüne gelen bu örnek olayda; **Walter Gibbins** (Erkek) ve **Edith Proctor** (Kadın); **Gibbins**’in önceki evliliğinden olan 7 yaşındaki kızı **Nelly** ve bu çiftin ortak çocuklarıyla birlikte yaşamaktadır.

Nelly hariç diğer çocuklar sağlıklıdır. Sağlığı zaten bozuk olan **Nelly** ise evin çatı katında diğer aile bireylerinden ayrı olarak, besinsiz ve bakımsız olarak kaderine (ölüme) terkedilmiş durumdadır. Dahası üvey anne **Proctor**’un **Nelly**’den nefret ettiğine, onu uğursuz olarak görüp zaman zaman şiddet uyguladığına dair ciddi kanıtlar da dosyada mevcuttur. Bu nedenle jüri, **Nelly**’nin ölümünde **Proctor**’un ciddi bir ihmali olduğunu kabul etmiştir. Baba **Gibbins** ise vaktini büyük çoğunlukla işte geçirmektedir ve kazandığı paranın büyük bir bölümünü evin işesi için eşi **Proctor**’a vermektedir. Bu nedenle **Gibbins**’in müdafii özetle: Meydana gelen ölüm neticesinden müvekkilinin sorumlu tutulamayacağını, çünkü müvekkilinin görevinin çalışıp evin işesini temin etmek olduğunu ve **Gibbins**’in de kendisine terettüp eden bu yükümlülüğünü yerine getirdiğini savunmaktadır.

Nelly’nin ölümü sonrası **Proctor**, eşi **Gibbins**’e, **Nelly**’i gözden uzak bir yere gömmelerini gerektiğini söylemiş ve çift bu işlemi yaparken yakalanmıştır. **Gibbins** ve **Proctor**’a, **Nelly**’i (ağır) ihmali hareketle öldürme ve delilleri karartma suçlamaları yöneltilmiştir.

Yapılan yargılama sonucunda mahkeme; her iki sanığın da “*ağır ihmalle öldürme*” suçundan sorumlu olacağına hükmetmiştir. Kararı veren Mahkeme gerekçesinde; her ne kadar zamanının çoğunu işte geçirip evin işesi için para kazansa da **Gibbins**’in, daha 7 yaşında olan öz kızı üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğünün bulunduğunu, dahası **Gibbins**’in **Nelly**’i en son gördüğünde kızın bir iskelet gibi olduğunu ve vücudunda kendisinin yapamayacağı şekilde yara - bereler bulunduğunu, tüm bunlara şahit olmasına rağmen **Gibbins**’in duyarsız kaldığını; **Nelly**’nin sağlığına kavuşması için gerekli girişimleri yapmadığını dolayısıyla da öldürme fiili bakımından kastının oluştuğundan bir şüphe olmadığını vurgulamıştır.

Mahkeme’ye göre; **Proctor**’un ihmali davranışından sorumlu tutulabilmesi ise biraz daha karmaşık görünmektedir. Çünkü **Nelly**, **Proctor**’un öz kızı değildir. Bu nedenle kural olarak **Proctor**’un **Nelly** üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü söz konusu değildir. Ancak **Proctor**, **Gibbins** ile birlikte yaşamayı kabul etmiş ve onun kazandığı paralarla hayatını sürdürmüştür. Bu nedenle tıpkı diğer çocuklar üzerinde olduğu gibi, **Nelly** üzerinde de bakım ve gözetim yükümlülüğü söz konusudur. Bu bakımdan faillerden her ikisi de **Nelly**’nin ölümünden ihmali davranışla sorumlu olmalıdır.

Bu kararda Mahkeme’nin, kişilerin kendilerine yüklenen belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemeleri neticesinde meydana gelen neticeden, “*kasten*” sorumlu olabilecekleri yönündeki tespiti çok önemlidir. Yapılan yargılamada Jüri; olaydaki gelişmeleri ve delilleri baştan itibaren birlikte değerlendirdiğinde, meydana gelen neticenin basit bir ihmal (taksirle) ile ölüme neden olmanın çok daha fazlası olduğuna kanaat getirmiştir. Çünkü **Nelly** kasıtlı olarak aç bırakılmaktadır. Bu bakımdan basit bir ihmal neticesinde meydana gelen ölümden ziyade bir cinayet söz konusudur. **R. v Gibbins and Proctor**, 1918, 13 Cr App R 134, Court of Criminal Appeal, (Darling, McCardie, Salte JJ). Ormerod ve Raid, s. 65 - 67; Roe, s. 18.

Kararda kullanılan “*ağır ihmal*”, “*hafif ihmal*” gibi kavramlar, Common Law uygulamasının özellikle öldürme suçlarına ilişkin kendisine has yaklaşımından kaynaklanmaktadır. Bu kavramları olabildiğince sistemimize uyarlamaya çalışmamıza rağmen, Common Law düzenleme ve uygulamasına tam olarak hakim olmadığımızdan bu konuda başarılı olduğumuzdan emin değiliz. Ancak kararın ulaşabildiğimiz metinlerinden yaptığımız çıkarım, Mahkemenin TCK’daki “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi*” suçuna benzer bir hüküm kurduğu yönündedir.

sorusuna, ne Kıta Avrupası ne de Common Law uygulama ve doktrininde net bir cevap verilebilmiş değildir.

Common Law’da bu hususun tartışıldığı emsal kararlardan biri de **R. v Stone and Dobinson**⁷⁸⁷ olayıdır. Sanıklardan **Stone**; 67 yaşında, ileri derecede engelli ve kısmen de sağır ve kördür. **Stone** 43 yaşındaki bakıcı **Dobinson** ile birlikte yaşamaktadır. Ölen **Fanny**, **Stone**’un kız kardeşidir ve gidecek bir yeri olmadığı için **Stone** ve **Dobinson**’un yanında kalmaktadır. **Fanny**’nin psikolojik problemleri vardır ve aynı zamanda anorexia-nervosa hastasıdır. Bakıcı **Dobinson**; **Fanny**’e yemek götürmek ve komşularından da yardım almak suretiyle onu yıkamaya yönelik çabalar göstermiştir. Buna rağmen bu çabaları uzun süreli ve yeterli olmadığı için **Fanny** bakımsızlık ve hastalık nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Bunun üzerine erkek kardeş **Stone** ve bakıcı **Dobinson** taksirle öldürme suçundan yargılanmıştır.

Bu olayda hukuki uyumsuzluğun esasını **Stone** ve **Dobinson**’un **Fanny** üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, bir başka ifadeyle, failerin olay bakımından garantör olup olmadığı oluşturmaktadır. Yargılama neticesinde jüri; **Fanny**’nin evde sıradan bir misafir olmadığını, evdekilerle arasında daha yakın ve sıkı bir ilişki bulunduğunu dolayısıyla da evdekilerin garantör olduklarına hükmetmiştir. Mahkemeye göre bu olayda garantörlüğün kaynağı, **Stone** bakımından aralarındaki kan bağı (kanun) iken **Dobinson** bakımından ise “gönüllü üstlenme”dir (**Fanny**’e yemek götürmesi, onu yıkaması gibi fiiller birlikte değerlendirildiğinde, onun bakımını gönüllü olarak üstlendiğini kabul etmek gerekir). Suçun manevi unsuru bakımından temyiz mahkemesi suçun bilinçli taksirle işlendiğini kabul etmiştir. Yargılamaya katılan yargıçlardan biri, bu kabulün gerekçesini, yaralanma hususunda kişilerin kayıtsız kalmasına ve kötü sonucu öngörmelerine rağmen engellemeye yönelik bir çaba göstermemelerine dayandırmıştır. Sonuç olarak, somut olayda “bilinçli taksirle öldürme” suçundan dolayı ilk derece mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararı onanmıştır⁷⁸⁸.

⁷⁸⁷ **R v Stone and Dobinson**, 1977, 1 QB 354.

⁷⁸⁸ Common Law’da; doğal ilişki açısından mutlaka bir kan bağı olmasının şart olmadığı, evliliğin de temel bir yükümlülük kaynağı olduğu kabul edilmektedir. **R. v Hood**, 2004, 1 Cr. App. R. (s) 73 künyeli kararda, bu husus açıkça belirtilmiştir. Karara konu olan olay şu şekilde cereyan etmiştir:

“*Ağır ihmalle*” öldürmeden suçlanan sanık **Hood**’un karısı, 14 Mart 2002 tarihinde evde düşmüş ve bacakları ile kalçasında ağır kırıklar oluşmuştur. Sanık ise, acıdan düşüp bayıldığı ve akabinde öldüğü 4 Nisan 2002 tarihine kadar karısına tıbbi yardım ulaştırma noktasında herhangi bir girişimde bulunmamıştır. Bu süreç içerisinde Hood, karısının hızla eridiğinin ve acı çektiğinin farkındadır. Bu

Common Law uygulaması bir başka kararında ise⁷⁸⁹, bir miktar öğrenme problemi ve hareket etme rahatsızlığı olan kız kardeşine gerekli bakım ve gözetimi sağlamayan ağabeyi garantör kabul etmiştir. Mahkeme, ağabeyin her gün kardeşine yemek verdiği gerçekliği karşısında, kardeşinin mevcut kötü durumunu bilmemesinin mümkün olmadığı ve gerekli tıbbi yardımı sağlamada geç kaldığı için ihmali davranış nedeniyle ağabeyi sorumlu tutmuştur. Kararda özellikle, hasta kadının durumunu kardeşinden

olayda; ölen kadının tedaviyi şahsen istemediği çünkü görevlilere ulaşabilecek çağırısı kendisinin de yapabileceği gerçeği kocayı sorumluluktan tamamen kurtarmamış, sadece cezayı azaltan bir durum olarak kabul edilmiştir. Ormerod ve Raid, s. 65 - 67.

Üvey kardeşlerin birbirlerine karşı garantör olup olmadıkları hususunda ise Common Law uygulamasında farklı yaklaşımlara rastlamak mümkündür. 2009 yılında gerçekleşen **Evans** olayında; üvey kardeşinden 7 yaş büyük olan **Evans**, üvey kız kardeşi **Carly** ve annesi ile birlikte yaşamaktadır. **Evans**, annesi ve üvey kardeşi **Carly** geçmişte madde bağımlısıdır. **Carly**; uyuşturucu madde bağlantılı bir suçtan dolayı yakın bir zaman önce, annesiyle birlikte kalması ve tedavi olması şartıyla koşullu olarak cezaevinden salınmıştır. Ancak **Evans**, temin ettiği eroinden annesi ve kız kardeşi **Carly**'e kullanmaları için vermiştir. **Carly**, bu eroini kendine enjekte ettikten sonra komaya girmiştir. **Evans** ve **Anne**, önceki deneyimlerinden **Carly**'nin komaya girdiğini anlamalarına rağmen başlarının belaya gireceğini düşünerek acil yardımı aramaktan imtina etmişlerdir. Komaya giren ve acil tıbbi yardım alamayan **Carly** hayatını kaybetmiştir.

Evans'ı ağır ihmalle öldürme suçundan yargılanyan İlk Derece Mahkemesi Yargıcı, **Evans**'ın bakım ve gözetim yükümlülüğünün olup olmadığı noktasında karar verme işini jüriye bırakmıştır. Ancak Temyiz Mercii, bakım ve gözetim yükümlülüğünün olup olmadığı hususunda karar verme yetkisinin jüriye değil hâkime düşen bir görev olduğunu ifade etmiştir. Bununla beraber, bu usul hatasının verilen hüküm hukuka aykırı hale getirmeyeceğini, jürinin **Evans**'ın olayda garantör olduğu kabulünün doğru bir tespit olduğunu vurgulamıştır. Ancak Temyiz mercii; söz konusu olayda **Evans**'ın garantörlüğünün **Carly**'nin kız kardeşi olmasından değil, **Carly**'e eroini temin etmesinden kaynaklandığını (öngelen haksız davranış) ifade etmiştir. Olayda **Evans**, başkasının hayatını tehlikeye sokacak bir eylem gerçekleştirmiş olmasına rağmen, bu kötü sonucu engellemeye yönelik hiçbir çaba göstermemiştir. Dolayısıyla da meydana gelen neticeden sorumlu tutulmalıdır. **R. v Evans Gemma**, 2009, EWCA Crim 650, Ormerod ve Raid, s. 68.

Kanun yolu yargılamasında ise yüksek mahkeme ihmali suçlarda garantörlüğe ilişkin özetle şu tespitleri yapmıştır: İhmali suretle öldürme suçundan dolayı kişilerin sorumlu tutulabilmesi (garantör sayılabilmesi), yalnızca mağdur ile fail arasındaki ailesel ya da mesleki ilişkiyle sınırlı değildir. Mahkemenin daha önceki kararlarında da düzenli olarak vurguladığı üzere, bir kimse yapmış olduğu hareketin sonucunda bir başkasının yaşamı bakımından bildiği ya da rahatlıkla bilebileceği bir tehlike yaratmış ise, artık bu tehlikeyi bertaraf etmeye yönelik makul adımları atmakla yükümlüdür.

Kararın bu konudaki ayrıntılarına doğrudan ulaşamadığımızı belirtmekle beraber, kararın sonuç kısmından anladığımız kadarıyla, mahkeme somut olayda; çok daha açık ve net olan “*öngelen tehlikeli hareketten doğan garantörlük*” var iken, üvey kardeşler arasında garantörlük ilişkisini tartışmanın gereksiz olduğunu vurgulamıştır. Somut olayda ölüme neden olan uyuşturucuyu abla **Evans** temin etmemiş olsaydı, bu durumda üvey ablanın ihmali suretle öldürmeden sorumlu tutulup tutulamayacağını, yani üvey kardeşi bakımından bir “*koruma ve gözetim yükümlülüğü*” bulunup bulunmadığını ayrıca tartışmak gerekebilirdi.

Üvey kardeşler ailesel ilişki nedeniyle birbirlerinin garantörü sayılabilir mi sorusuna mahkemenin olumsuz cevap verdiği ifade edilmektedir. Bkz. Ormerod ve Raid, s. 68 v.d. Anne ve babadan sadece birinin farklı olduğu, bir başka ifadeyle, anne bir ya da baba bir kardeşlerin üvey kardeş olarak değerlendirilemeyeceği, dolayısıyla da birbirlerine karşı garantör oldukları kanaatindeyiz. Bununla birlikte anne ve baba ayrı üvey kardeşlerin birbirleri bakımından garantör konumunda olup olmadıklarını ise ayrıca tartışmak gerekir. Özellikle aynı evde yaşayan üvey kardeşler bakımından “*gönüllü üstlenme*” nedeniyle garantörlüğün doğduğu kabul edilebilir.

⁷⁸⁹ **R. v. Barrass**, 2011, EWCA (England and Wales Court of Appeal), Crim 2629.

başkasının bilmediği ve yetkilileri durumdan haberdar edebilecek başka kimsenin olmadığı vurgulanmıştır⁷⁹⁰.

Tüm bu örnek olaylar ve değerlendirmeler neticesinde kanaatimiz, “*kişiler arasındaki yakın - sıkı ilişki (özel ilişki)*” garantörlük kaynağının kendine has bir özellik göstermediği yönündedir. Kanaatimizce, bu başlık altında incelenen olayların hemen hepsi bakımından, kanundan, sözleşmeden, önceki haksız davranış ya da gönüllü üstlenmeden doğan bir garantörlüğün zaten vardır. Dolayısıyla bu şekilde ayrı bir garantörlük kaynağı herhangi bir somut ihtiyaca cevap vermediğinden çok anlamlı görünmemektedir. Bu garantörlük kaynağının özellikle Nazi Almanya’sı döneminde ortaya çıkması ve Nazi uygulamasının amaçlarına yönelik bir araç konumuna indirildiği gerçeği de, bu kaynağı dışlamak için ayrı bir sebeptir. Sonuç olarak biz; böyle bir garantörlük kaynağının maddi ceza adaletini sağlama noktasında bir fonksiyonu olmadığı, teminat yükümlülüğü alanını öngörülemez şekilde genişletebileceği, dahası siyasi amaç ve ideolojilere hizmet etmeye müsait olduğu gerekçelerle mesafeli durmaktayız. “*Gönüllü üstlenmenin*” bir garantörlük kaynağı olarak kabul edildiğinde “*yakın ilişki*” garantörlük kaynağına ihtiyaç olmadığını düşünmekteyiz. Aksi görüşte olanların, “*özel ilişki*” garantörlük kaynağını “*gönüllü üstlenme*”den ayıran kıstasların ne olduğunu net bir biçimde ortaya koyması gerekir.

3.5.1.4. Netice

Maddi ceza hukuku bakımından netice; yönlendirici insan iradesinin ürünü olup belirli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilen davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerdir⁷⁹¹. Ancak fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, yalnızca ilgili normda ifade edilen değişiklikler ceza hukuku bakımından önem taşır⁷⁹². Bu nedenle, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmalî suçlarda da sadece ilgili suç tipinde öngörülen değişiklikler netice unsuru bakımından dikkate alınacaktır⁷⁹³. İhmalî davranışın gerçekleştirilmesiyle birlikte meydana gelen ancak suç tipinde atıf yapılmayan maddi değişiklikler, ceza hukukunun ilgi alanına girmez.

⁷⁹⁰ Kanaatimizce burada vurgulanan gerekçe, ailesel - yakın ilişkiden ziyade, gönüllü üstlenme ilişkisine benzemektedir. Tıpkı (**R. v Instan**) olayında olduğu gibi.

⁷⁹¹ Ali Rıza Tongür ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2020, s. 141. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 127. Göktürk, Fikri İhtima, s. 33.

⁷⁹² İçel ve diğerleri, s. 77.

⁷⁹³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191.

Saf ihmali suçların temel şeklinde, failin tipik davranışı gerçekleştirmesiyle birlikte suç da tamamlanmaktadır. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlarda, failin tipik davranışı (ihmali) gerçekleştirmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir. Bu tip ihmali suçlarda, davranışın akabinde normda ifade edilen tipik neticenin de meydana gelmesi aranmaktadır⁷⁹⁴. Bu nedenle ihmali suçların bu türüne “*neticeli ihmali suçlar*” ya da “*saf olmayan ihmali suçlar*” da denilmektedir.

Doktrinde, görünüşte ihmali suçların icrai suçların izdüşümü olduğu ifade edilmektedir⁷⁹⁵. Bu tespitin nedeni, normal şartlarda icrai davranışla neden olunan tipik neticenin, bazı özel şartları taşıması kaydıyla, ihmali davranışla gerçekleştirilmesinin “*görünüşte ihmali suç*” olarak ifade edilerek cezalandırılmasıdır. Hakeza görünüşte ihmali suçlar da tıpkı icrai suçlar gibi haksızlık içeriğini, yasak normlarının ihlal edilmesinde bulmaktadır.

Kanaatimizce görünüşte ihmali suçlarda netice unsuru bakımından gözden kaçırılmaması gereken en önemli husus şudur: Tipik netice görünüşte ihmali suçların tipikliği içerisinde yer alıyor ise de⁷⁹⁶, tipik neticeden önce, failin tipik (ihmali) davranışı gerçekleştirip gerçekleştirmediğini tespit etmek gerekir. Bu bakımdan, yukarıda ayrıntılarıyla ifade etmeye çalıştığımız nitelikte tipik bir ihmali davranış söz konusu değilse, tipik neticenin meydana gelmiş olmasının ceza hukuku bakımından bir önemi yoktur. Örneğin; yaralı olan mağduru kurtarmak için maddi - fiziki anlamda herhangi bir imkânı olmayan garantörü, meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutmak mümkün değildir.

Görünüşte ihmali suçlar bakımından tipik netice suçun maddi bir unsurudur. Bu nedenle failin kastının neticeyi de kapsamaması gerekir. Örneğin; yaralı olarak acil servise başvuran hastanın durumunun çok ağır olmadığını ve müdahale etmemesi durumunda ölebileceğini düşünmeyen hekim, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu tutulamaz. Çünkü bu örnekte hekimin netice unsuru bakımından kastı söz konusu değildir.

⁷⁹⁴ Jakobs, bn. 29, kn. 2, s. 785. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 14.

⁷⁹⁵ Rengier, kn. 5, s. 457. Krey, kn. 148, s. 180.

⁷⁹⁶ v. Lizst; ihmali suçlarda neticenin olmadığı görüşlerine karşı çıkarak, ispat olanağı zor olsa da neticenin ihmali suçlar bakımından da aranması gereken bir unsur olduğunu belirtmektedir. Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, s. 135.

3.5.1.5. Nedensellik bağı

Nedensellik bağı, genel olarak suç teorisinin en tartışmalı konularından biridir⁷⁹⁷. Bununla beraber söz konusu ihmali suçlar olduğunda, nedensellik bağı tartışmaları daha da karmaşık bir hal almaktadır. Özellikle saf ihmali suçlar bakımından yapılmayan birçok tartışmanın görünüşte ihmali suçlar bakımından gündeme gelmesi, tipik neticenin faile nasıl yükleneceğiyle ilgilidir. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlara ilişkin tartışmaların büyük bölümü “*nedensellik bağı*” üzerine odaklanmaktadır⁷⁹⁸. Tarihsel süreç incelendiğinde de, ihmalin cezalandırılması meselesinin ihmalin nedenselliği üzerinden yürütüldüğü görülmektedir⁷⁹⁹. Dahası, çalışmamızın şu ana kadarki kısmında değindiğimiz ihmali davranışın niteliği ve icra - ihmal ayrımı gibi temel konularda farklı yaklaşımların ortaya çıkması da nedensellik tartışmalarıyla doğrudan ilintilidir. Özellikle, icrai davranış ile meydana gelen netice arasındaki nedensellik ilişkisini ontik bir temelde açıklayan “*şart teorisi*” bakımından, ihmali suçlardaki nedensellik tartışmalarının ayrı bir boyut kazandığını vurgulamak gerekir⁸⁰⁰.

18. y.y. ceza hukukunda ihmalin nedenselliğine ilişkin tartışmalara pek rastlanmamakla beraber, 19. y.y.’nin ortalarına gelindiğinde, özellikle **Immanuel Kant**’ın pozitif bilimlerdeki nedensellik teorisinin etkisinde kalan birçok hukukçu, ihmal ile netice arasında da doğal bir ilişki olduğunu kabul ederek bunu ispatlamaya çalışmıştır⁸⁰¹. Sonraki süreçte, ceza hukuku doktrininde normativizmin tekrar ön plana

⁷⁹⁷ Eser, s. 388.

⁷⁹⁸ Alman doktrindeki bazı yazarlar; ihmalin nedenselliği meselesinin gerçeklerden uzak ve sonuçsuz bir tartışma olduğuna işaret ederek, bu sorunun Alman ceza hukuku doktrinin gereksiz yere uğraştırdığını öne sürmektedir. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 123 - 124. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 223, dn. 117.

⁷⁹⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 223.

⁸⁰⁰ Nedensellik bağı ontik bir temelde değil de hukuki bakış açısıyla, yani normatif olarak açıklayan yaklaşımlar bakımından “*ihmalin nedenselliği*” ciddi bir problem oluşturmayacaktır. Örneğin, 1930 tarihli İtalyan Ceza Kanunu:

m. 40/1: “Hiç kimse kendi icra veya ihmalinin neticesi olmadıkça kanunun suç saydığı zararlı veya tehlikeli neticeden dolayı cezalandırılmaz.”

m.40/2: “Bir kimse harekete geçmek, müdahale etmek hususunda kanun veya sözleşmenin hükümleri gereği olan bir yükümlülük altında bulunduğu halde, gerektiği zaman harekete geçmez ve kötü netice meydana gelirse sorumlu tutulur.” Demek suretiyle ihmalin nedenselliğini normatif olarak açıklamış ve ihmali davranıştan doğan sorumluluğun esasını düzenlemiştir. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, İstanbul: Cilt I, 14. Bası, s. 477.

⁸⁰¹ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 123 - 124. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, s.41.

çıkmasıyla ihmalin ontik anlamda nedenselliği ya reddedilmiş ya da modifiye edilmiştir⁸⁰².

Görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik tartışmalarına girmeden önce şunu tekrar vurgulamak gerekir: İhmali suçlardaki nedensellik problemini sağlıklı bir zeminde tartışabilmenin ön şartı, somut olaydaki davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun isabetli bir şekilde tespit edilmesidir. Bir olayda icra - ihmal ayrımının yanlış yapılması, nedensellik bağı tartışmalarının da yanlış bir zeminde yürütülmesine neden olacaktır. Çünkü esasında icrai davranışın söz konusu olduğu bir olayda, hatalı olarak ihmali davranışın varlığının kabulü, somut olayın çözümünde farklı problemlere yol açmaktadır⁸⁰³.

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağına yönelik doktrinde farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır⁸⁰⁴. Baskın görüş; ihmalin de icra gibi nedensel olduğunu kabul ederken, nedenselliği açıklarken zorunlu olarak icrai suçlardan farklılaşır⁸⁰⁵. Gerçekten de ihmali suçların kendisine has yapısı nedeniyle bu tip suçlara özgü birçok unsur “*nedensellik bağı*” içerisinde açıklanmaya çalışılmıştır. Bu da ihmalin nedenselliğini açıklamaya çalışan farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır.

Biz; şu ana kadar incelediğimiz unsurları nedensellik dışında mütalaa ettiğimizden, çalışmamızın önceki bölümlerinde incelediğimiz yaklaşımlara burada tekrar değinmeyeceğiz. Örneğin; görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik bağı tartışmalarına ilişkin birçok yaklaşım, fiil ile netice arasındaki bağlantıyı açıklamak için failin “*bir*

⁸⁰² Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 234 - 235.

⁸⁰³ Örneğin; bir yapının teknik koşullara aykırı olarak inşa edilmesi durumunda, yapıyı inşa edenlerin icrai davranışının kabulü gerekir. Teknik olarak yanlış inşa edilen yapının, bir depremde çökmesi ve insanların yaralanması / ölmesi durumunda, sorumluluğa temel teşkil eden fiil icrai niteliktedir. Bu tip olaylarda, hatalı bir yaklaşımla ceza sorumluluğuna temel teşkil eden fiilin ihmali kabul edilmesi, somut olay adaleti bakımından farklı sonuçların doğmasına neden olacaktır. Böyle bir olayda ihmali davranışın varlığının kabul edilmesi durumunda; fiil ile meydana gelen netice arasında “*varsayımsal nedensellik*” bağının kurulamadığı gerekçesiyle faillerin ceza hukuku sorumluluğuna gidilememesi sonucuna varılabilir. Birazdan ayrıntılarına değineceğimiz, ihmalin nedenselliğine yönelik baskın nitelikteki “*varsayımsal nedensellik*” görüşüne göre; “*bina tekniğe uygun olarak yapılsaydı dahi depremin şiddeti nedeniyle yine de yıkılacaktı*” denilebiliyorsa, ihmali davranışla meydana gelen tipik netice arasında nedensellik bağı kurulamayacak ve dolayısıyla failler cezalandırılmayacaktır. Ancak bize göre, bu tip olaylarda ihmali değil icrai bir davranış söz konusudur. Dolayısıyla bu örnekte, “*varsayımsal nedensellik*” tartışması yapmak da gereksizdir. Kanaatimizce bu tip olaylarda, duruma göre, “*olası kastla*” ya da “*bilinçli taksirle*” fakat her halükarda “*icrai davranışla*” öldürme ya da yaralamadan bahsetmek gerekir.

⁸⁰⁴ Sulhi Dönmezer, “Maddi Sebebiyet Alakası”, *İÜHF*, c. 9, sa. 1 - 2, y. Ocak 1943, s. 93 v.d.

⁸⁰⁵ “*Zira ihmal de icra gibi nedensel niteliğe sahiptir*”. İçel ve diğerleri, s. 62.

hukuki yükümlülük altında bulunması” koşulunu aramaktadır⁸⁰⁶. Ancak biz de baskın görüş gibi, ihmali suçlarda *“kişinin bir yükümlülük altına bulunmasını”*, yani garantörlüğü, ayrı bir maddi unsur (fail unsuru altında)⁸⁰⁷ olarak nitelendirmekteyiz. Bu nedenle, ihmalin nedenselliğini, *“failin bir hukuki yükümlülük altında bulunmasıyla”* açıklayan görüşlere bu bölümde ayrıntılı olarak yer vermeyeceğiz. Çünkü bu yaklaşımı benimseyenler, garantörlük müessesesi ile nedensellik bağına açıkça birbirine karıştırmıştır⁸⁰⁸.

İhmali davranışın nedenselliğine ilişkin tartışmalarda, nedensellik bağıyla karıştırılan tek müessese ne yazık ki garantörlük değildir. Suç genel teorisindeki tüm *“maddi ve manevi unsurlar”* hatta *“hukuka aykırılık unsuru”* dahi ihmalin nedenselliği içerisinde tartışılmıştır. Hatta suç teorisi bakımından kusurluluğu ilgilendiren hususlar dahi çoğu

⁸⁰⁶ Centel, Zafer ve Çakmut, s. 245. Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 68 v.d.

⁸⁰⁷ Biz garantörlük müessesesini fail unsuru altında incelememize rağmen doktrindeki genel yaklaşım, bu kurumun ihmali suçlara özgü *“ayrı bir maddi unsur”* olduğu yönündedir. Bununla beraber söz konusu baskın görüş de; garantörlüğün nedensellik bağı ile doğrudan bir ilişkisinin olmadığı, bir başka ifadeyle, bu iki kurumun ayrı maddi unsurlar olduğunu kabul etmektedir.

Örneğin, tren görevlisi vagonun kapısını kapatmayı unuttur ve kapıya dayanan yolculardan birisi trenden düşerek hayatını kaybeder. Böyle bir durumda, görevlinin ihmali davranışı tek başına sebeptir ve bu nedenle nedensellik için başka bir şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaya gerek yoktur. Buna karşılık tren görevlisinin vagon kapısını kapatmayı unuttuğunu gören diğer bir yolcu, ölen yolcunun kapıya yaslanmasına engel olmaz. Bu ikinci durumda ise kapının kapatılmadığını gören ve gerekli uyarıyı yapmayan yolcunun ihmali davranışının ölüm neticesi bakımından nedensel sayılabilmesi için, ayrıca neticeyi önlemeye yönelik bir hukuki yükümlülüğünün de olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yaklaşımın, nedensellik bağı tartışmasını garantörlük üzerinden yaptığı görülmektedir. Tren görevlisinin kanun ya da sözleşmeden doğan bir garantörlüğünün olması, onun ihmali davranışını nedensel yaparken; diğer yolcunun böyle bir garantörlüğünün bulunmaması nedeniyle aynı davranış nedensel kabul edilmemektedir.

Bu tespite katılmamız mümkün değildir. Garantörlük ile nedensellik bağı birbirinden ayrı iki maddi unsurdur. İhmali suçlarda nedensellik bağının olup olmadığı, var ise nasıl tespit edileceğine yönelik tartışmaları bir an için kenara bıraksak dahi, bu örnek olayda; ilk durumda nedensellik bağı var kabul edilirse takdirde ikinci durumda da var kabul edilmek zorundadır. İlk durumda meydana gelen ölüm neticesinden vagon görevlisinin sorumlu olmasına rağmen, ikinci durumda olaya müdahale etmeyen yolcunun sorumlu olmamasının nedeni, ikinci olayda nedensellik bağının olmaması değil, ilk olayda tren görevlisinin garantör yani teminat yükümlüsü olmasıdır. Örnek olay ve ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 223 - 225.

⁸⁰⁸ *“Salt ihmal neticenin sebebi olamaz; ihmalin neticenin sebebi olduğunu kabul etmemiz için, kişinin neticenin gerçekleşmesine engel yükümlülüğünün bulunması ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemiş olduğu hallerde ihmal netice bakımından nedensellik değeri taşıyacaktır. Diğer ifade ile her ihmal değil, hukuk düzeninin failden beklediğinin gerçekleştirilmemesi şeklindeki ihmal, netice bakımından sebeptir”*. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 126.

Erbaş ise konuya ilişkin yaklaşımında, ihmali suçların tüm unsurlarını nedenselliğe ve nedenselliği de garantörlüğe indirgemektedir. Bu yaklaşıma göre; ihmali var eden *“garantörlüğü de içine alan nedensellik”*dir. Erbaş, Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, s. 70. İhmali suçların tüm unsurlarını büyük oranda *“garantörlüğe”* indirgeyen bu yaklaşıma (birazdan ayrıntılı şekilde açıklayacağımız gerekçelerle) iştirak edemiyoruz.

zaman nedensellik bağıyla ilişkilendirilerek, tabiri caizse ihmali suçlar “bir paket sorumluluğu” haline getirilmektedir⁸⁰⁹.

Tüm bu gerekçelerle, çalışmamızda ihmalin nedenselliğini suçun diğer unsurları içerisinde mütalaa eden görüşlere burada tekrar yer vermeyeceğiz. Bununla beraber, ihmali suçlara ilişkin şu ana kadar ortaya koyduğumuz genel yapı ve sistematikte uyumlu olan ve günümüz doktrinde kendisine yer bulan üç temel yaklaşımı ayrıntılı olarak inceleyeceğiz. Bunlar; “varsayımsal nedensellik teorisi (**Hypothetische Kausalität**)”, “rizikonun azaltılması teorisi (**Risikominderung**)⁸¹⁰” ve “diğer yaklaşımlar” olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.5.1.5.1. Varsayımsal nedensellik (quasi-hypothetische kausalität)

Çalışmamızın ilk bölümünde kısaca değindiğimiz fiil teorilerinden “Gai Hareket Teorisi (şart teorisi)”, fiil ile netice arasındaki nedensellik ilişkisini doğal bir olgu/fenomen olarak açıklamaktadır⁸¹¹. Bu yaklaşıma göre, icrai suçlarda netice ile fiil arasındaki nedensellik bağının tespiti için şu soru sorulmalıdır: “İlgili fiil icra edilmemiş olsaydı netice yine de meydana gelir miydi”? Bu sorunun cevabı “hayır” ise fiil ile netice arasında nedensellik bağı vardır, “evet” ise nedensellik bağı yoktur⁸¹². Dolayısıyla, nedenselliği tamamen doğal bir fenomen, doğal bir neden - sonuç ilişkisi olarak açıklayan bu teori bakımından⁸¹³ ihmali davranışın nedenselliğini açıklamak ciddi bir problem oluşturmaktadır.

⁸⁰⁹ “Sonuçta ihmalin nedensellik bağı içinde incelenemeyeceği kabul edilmiş, diğer bir ifadeyle salt ihmalin bir netice meydana getiremeyeceği benimsenerek, garantörsel ihmali suçlarda nedensellik bağı suç teorisinin diğer müesseselerine kaydırılmıştır”. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 126.

Yazar aynı eserin devamında, suçun fiil unsuru içerisinde mütalaa edilmesi gereken “failin beklenen davranışı fiziki - maddi olarak yapabilme imkânını” kusurluluğu etkileyen zorunluluk haliyle, fiilin tehdit altında işlenmesini ise nedensellik bağıyla ilişkilendirmiştir. Kanaatimizce, eserde konuya ilişkin verilen örneklerin hiçbiri nedensellik bağıyla doğrudan alakalı değildir. Bkz. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 127 - 128.

⁸¹⁰ Kindhäuser, kn. 21, s. 298.

⁸¹¹ “Nedensellik bağlantısı, fail ve icra ettiği fiil ile gerçekleşen netice arasındaki objektif ilişkiyi tesis etmektedir”. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 43. Krey ve Esser, kn. 306, s. 128.

⁸¹² “Conditio sine qua non” ile ifade edilen bu formüle göre; “hareket hiç yapılmıyaydı, gerçekleşmiş olan netice meydana gelmeyecek idiyse, o hareket netice açısından nedenseldir”. İçel ve diğerleri, s. 83. Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 238 v.d.

⁸¹³ Gai suç teorisinin klasik suç teorisinden ayrıldığı en önemli konuların başında, söz konusu bu nedensellik anlayışı yatmaktadır. Klasik suç teorisinde, her suçta mutlaka bir netice vardır anlayışının da etkisiyle “nedensellik ilişkisi” çok önemli bir görev üstlenmektedir. Bu yaklaşıma göre geniş anlamda fiil; dar anlamda fiil (hareket), netice ve nedensellik bağının bir araya gelmesinden müteşekkildir. Bununla birlikte nedensellik ilişkisi, doğal bir olgu olmayıp, hukuki bir ilişki olarak kabul edilmektedir. Tozman, s. 161. Nedensellik bağını açıklayan teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Faruk Erem, Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara: 1995, c. I, 13. Baskı, s. 294

Gerçekten de ihmali davranış söz konusu olduğunda, yapılmayan davranış ile meydana gelen netice arasında bu şekilde doğal/ontik bir nedensellik ilişkisi kurmak pek de kolay görünmemektedir. Çünkü çoğu zaman, ihmali davranışta bulunan kişi tipik neticeyi meydana getiren nedensel süreci bizzat başlatmamaktadır. İhmalde bulunan kimse, daha önceden başlamış ve istenmeyen tipik neticeyi meydana getirme ihtimali olan nedensel sürece müdahale etmemesi nedeniyle sorumlu tutulmaktadır⁸¹⁴.

Tüm bu nedenlerle, Gai Suç Teorisinin icrai suçlar bakımından nedensellik formülü olan şart teorisinin (conditio sine qua non formülü), ihmali suçlar bakımından modifiye edilme ihtiyacı doğmuştur. İcrai suçlar bakımından doğal bir olgu olarak tespit edilen nedensellik ilişkisi, ihmali suçlar bakımından aynı şekilde tespit edilemediğinden şart teorisi; “varsayımsal nedensellik” ya da “kuramsal nedensellik (**Hypothetische - Quasi Kausalität**)” olarak ihmali suçlara uyarlanmıştır. Bu kabule göre, ihmali suçlarda nedenselliği tespit edebilmek için şu sorunun sorulması gerekir: “*Eğer garantöre yüklenen hareket yapılmış olsaydı tipik netice kesinliğe yakın bir derecede engellenebilir miydi*”?⁸¹⁵

Bu yaklaşımda dikkat edilmesi gereken en önemli husus, “neticenin gerçekleşme ihtimali”dir. İhmali suçlar bakımından ortaya çıkan nedensellik sorununu çözmek için üretilen bu formülün aradığı “ihtimalin kesinliğe yakın bir derecede olması (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)”⁸¹⁶ ifadesi izaha muhtaçtır.

Teori taraftarları, bu ifadenin gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: Bir kimse, “varsayımsal nedensellik (**Hypothetische - Quasi Kausalität**)” sürecini hiçbir zaman kesin, kati derecede bilemez. Sadece, neticenin gerçekleşmesine yönelik kanaatinin derecesini tespit (idrak) edebilir. Bu yüzden, ihmali suçlarda nedensellik hususunda “yüzde yüz bir kesinlik” tespit etmek hiçbir zaman mümkün değildir⁸¹⁷. Bu durum, ancak bir ispat kuralı (karine) olarak kabul edilebilir⁸¹⁸. Esasen bu yaklaşımda, ihmalin

v.d. Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara: AÜHF Yayınları, 1975.

⁸¹⁴ v. Hippel, s. 101. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 228.

⁸¹⁵ “mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit”. Haft, s. 180. Rengier, kn. 13, s. 465. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 129.

⁸¹⁶ Jäger, kn. 333, s. 315.

⁸¹⁷ Rengier, kn. 14, s. 465.

⁸¹⁸ Rengier, kn. 14, s. 465.

düşünce âleminde illiliği üzerinde bir yargıya varılacağı ve dolayısıyla da bu ilişkinin kesinliği mümkün olamayacağı için, “gerçeğe yakınlık derecesi” ile yetinilecektir⁸¹⁹.

Bu yaklaşıma göre, şu hususa da dikkat edilmelidir: Fail; neticeyi kesinliğe yakın derecede bir oranla engelleyebilecek konumda değilse, neticenin gerçekleşme ihtimalini neden azaltmadığı gerekçesiyle cezalandırılmaz⁸²⁰. Aslında bu ifade, birazdan inceleyeceğimiz “*rizikonun azaltılması teorisine*” bir cevap niteliğindedir⁸²¹. Örneğin, garantörün yüzerek ya da botla giderek yardım etse dahi kurtaracağını kesin olarak öngörmediği bir kimseye (öldürme kastıyla) yardım etmeyip hareketsiz kalması halinde, ihmali davranışın nedenselliği kesin olarak tespit edilemeyeceğinden, kasten öldürmeye ilişkin hükümler uygulanamayacaktır⁸²². Aslında bu sonuca “*şüpheden sanık yararlanır*” ilkesi bağlamında da ulaşmak mümkündür. Çünkü suçun konusunu korumaya yönelik emredilen fiilin neticenin gerçekleşmesini engelleyebileceği açıklığa kavuşturulamıyor ya da engellemesi kesin değilse, temel bir hukuk kuralı olan “*dubio pro reo (şüpheden sanık yararlanır)*” ilkesinin uygulanması gerekir ve sonuç olarak varsayımsal nedensellik ilişkisi kurulamaz⁸²³. Sonuç olarak fail, meydana gelen neticeden sorumlu tutulamayacaktır.

Vurgulamak gerekir ki; ihmali suçlarda nedensellik bağıını açıklamaya çalışan “*varsayımsal nedensellik teorisi*”, günümüz Alman doktrinindeki baskın görüştür ve Alman uygulaması tarafından da kabul görmektedir⁸²⁴. Türk doktrininde azınlıkta kalan bir görüş; farazi bir varsayımdan yola çıkılarak kişilerin ceza sorumluluğundan kurtulmasını sağladığı gerekçesiyle bu teoriyi eleştirmektedir⁸²⁵.

⁸¹⁹ Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 129.

⁸²⁰ Harro ve Bosch, s. 43.

⁸²¹ Garantör F, ağır yaralanan A'ya ilk yardım bilgisi olmasına rağmen müdahalede bulunmamış ve A ölmüştür. Bunun üzerine yapılan bilirkişi incelemesinde, A'nın çok ağır yaralandığı ve profesyonel ilk yardım alsa daha ölüm neticesinin yine de engellenemeyeceği tespit edilmiştir. Bu nedenle olayda F'yi ihmali davranışından dolayı sorumlu tutmamak gerekir. Hans Küdlich, Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil: 2018, 3. Auflage, s. 30.

⁸²² Rengier, kn. 17, s. 466.

⁸²³ Rengier, kn. 15, s. 465.

⁸²⁴ Alman uygulaması; ihmal edilen davranışın neticeyi kesinlik sınırında bir olasılıkla önleyeceğini ispat edemezse, zımnen “*şüpheden sanık yararlanır ilkesini*” uygulamaktadır. BGH, NStZ 1985, 27, Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 233.

⁸²⁵ “İfade edelim ki, ihmali davranış gösterilmemiş olsaydı, yani fail yükümlü olduğu davranışı yapmış olsaydı dahi yine de ölüm neticesi meydana gelecekti faraziyesine binaen, faili sorumluluktan kurtarmak mümkün olmamalıdır. Zira böyle bir değerlendirme ancak varsayıma dayalı olarak yapılabilir. Burada bakılacak olan husus, failin, mağdurun yaşamını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına rağmen, bu yükümlülüğü kasten ihmal etmiş olması ve bu ihmali davranışın ölüm riskini yükseltmiş bulunmasıdır”. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 144.

3.5.1.5.2. Rizikonun azaltılması teorisi (tehlike kriteri)

Aslında bu görüş bakımından da ihmali davranışın nedenselliği varsayımsaldır yani hipotetiktir. Bununla karşılık bu yaklaşım, kişinin ihmali davranışıyla istenmeyen neticenin “*kesinliğe yakın bir derecede engellenebileceği*” kriterine katılmamakta ve bu ihtimali bir miktar aşağıya çekmektedir. Buna göre, önemli olan neticenin gerçekleşmesi noktasında failin mevcut rizikoyu azaltmaya yönelik davranışı gerçekleştirmemesidir. Eğer fail, istenmeyen neticeye yönelik tehlikeyi oluşturmuş, artırmış ya da var olan tehlikeyi azaltmamış ise ihmali davranışından sorumludur⁸²⁶. Bir başka ifadeyle fail, hareketsiz kalarak istenmeyen neticenin meydana gelme rizikosunu yükseltiyor ya da sabit bırakıyor ise daha net bir ifadeyle bu rizikoyu azaltmıyor ise, bu ihmali davranış meydana gelen netice bakımından nedenseldir.

Alman doktrininde azınlıkta kalan bu görüş; varsayımsal nedenselliğin kabulü halinde, taksirli - icrai suçlarda da görece yaygın olduğu gibi, bazı cezai boşlukların doğacağını ve bu nedenle “*Rizikonun Artırılması Öğretisi*”nin ihmali suçlara uyarlanmış hali olan “*Rizikonun Azaltılması Teorisi*”nin kullanılmasını savunmaktadır⁸²⁷. Bu yaklaşıma göre; ihmalin nedenselliği bakımından önemli olan, “*neticenin gerçekleşme rizikosunu azaltmaya yönelik olarak emredilen davranış(lar)ın*” yapıp yapılmamasıdır.

Ancak bu yaklaşıma ciddi eleştiriler yöneltilmektedir. Bu eleştirilerden öne çıkanı, bu yaklaşımın, görünüşte ihmali suçlardaki neticenin haksızlığını adeta görmezden gelerek bu tip suçları da “*bir tehlike suçu haline*” indirgemesidir. Varsayımsal nedensellik ilişkisi bakımından bir gevşeme arzu eden bu yaklaşım, varsayımsal nedensellik ilişkisi üzerindeki göreceli gerçeklik olgusundan da vazgeçmekte ve zarar suçlarını adeta bir tehlike suçuna dönüştürmektedir⁸²⁸. Bu da ihmali sorumluluk alanını çok fazla genişletmektedir.

3.5.1.5.3. Diğer yaklaşımlar

İhmalin nedenselliğine yönelik farklı yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. Örneğin; nedensellik bağının icrai suçlarda objektif nitelikte, doğal bir olgu olarak ortaya

Yazarlar burada ismini zikretmeseler de rizikonun azaltılması yaklaşımını benimsemiş görünmektedirler.

⁸²⁶ Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, s. 234.

⁸²⁷ Rengier, kn. 16, s. 466.

⁸²⁸ Roxin, Strafrecht AT, Band II, kn. 51, s. 644.

çıkıldığını ancak ihmali davranışta bu şekilde bir tespitin mümkün olmadığını, dolayısıyla da ihmali suçlar bakımından nedensellik bağından bahsetmenin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır⁸²⁹. Bu yaklaşıma göre; belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğü altında bulunan ve bunu gerçekleştirmeyen fail ile meydana gelen neticeyi birbiriyle ilişkilendirmek, ancak normatif bir değerlendirmeye mümkün olabilir. Bu nedenle de görünüşte ihmali suçlar bakımından doğal bir fenomen olan nedensellik bağından söz edilemez⁸³⁰. İhmali suçlarda nedensellik bağının var olduğu şeklindeki baskın görüşün, illiyet bağına “fiziki ve dolayısıyla da doğal bir olgu olarak değil, düşünce âleminde kurulan bir bağ” olarak kabul etmesini eleştiren bu yaklaşım, ihmali suçlarda fiil ile netice arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulamayacağını, sadece neticenin faile “objektif olarak isnad edilebileceğini” savunmaktadır⁸³¹.

Doktrindeki bir diğer farklı yaklaşım ise; saf ihmali suçlardaki nedenselliğin “birincil nedensellik”, görünüşte ihmali suçlarda ise “ikincil nedensellik” olduğunu ifade etmektedir⁸³². İhmali suçlarda ikincil nedensellik, sorumluluğun daha önceden başlayan bu nedensel sürece (birincil nedensellik) müdahale etmemekten kaynaklanmaktadır⁸³³. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda nedensellik ilişkisi tabii - doğal manada ele alınamaz. Bu yaklaşıma göre netice, ihmalde bulunanın doğrudan bir eseri olmasa da, ikincil nedensellik dolayısıyla ihmal ile netice arasında suni bir bağ olduğu kabul edilmelidir. İkincil nedensellik, birincil nedenselliği kesmemek şeklinde kendini gösterdiğinden, normatif anlamda nedensel olduğu aşikârdır. Bu yaklaşımı bir örnekle açıklamak gerekirse; oğlunun suya girip boğulmak üzere olduğunu gören baba, oğlunun kendi hareketiyle başlatmış olduğu nedensel sürece (birincil nedensellik) müdahale etmekle yükümlü tutulmasına rağmen bunu gerçekleştirmeyerek ölüm neticesinin meydana gelmesine neden olmuştur⁸³⁴.

Anglo - Sakson doktrininde de ihmali davranışın nedenselliği tartışmalı bir konudur. Temel olarak iki ana başlık altında toplayabileceğimiz görüşlerden ilki; ihmali suçlarda icrai suçlarda olduğu gibi bir nedensellik aramanın mümkün olmadığı yönündedir. Bu görüşe taraftar olan **Hogan**; hukuki bir yükümlülük altında bulunan

⁸²⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240.

⁸³⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240.

⁸³¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 239. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 144.

⁸³² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 234 - 235.

⁸³³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 234 - 235.

⁸³⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 235.

kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen netice ile fiili arasında bir nedensellik ilişkisinden bahsedilemeyeceğini, dolayısıyla da bu kişinin yalnızca yerine getirmediği yükümlülükten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini, meydana gelen netice bakımından sorumlu tutulamayacağı kanaatindedir⁸³⁵.

Karşıt yöndeki görüş ise; bu yaklaşımın nedensellik ilişkisini çok sınırladığını, halbuki nedensellik kavramının daha geniş bir anlam ihtiva ettiğini savunmaktadır. Bu nedenle de ihmalî suçlarda da nedensellik bağından bahsetmek gerekir⁸³⁶. Örneğin; bir tepeye aracını park eden ve el frenini çekmeyi unutan kişinin aracının yokuştan aşağıya kayarak başka araçlara çarpması durumunda, kişinin gerçekleştirdiği ihmalî davranışın (el frenini çekmemesi) nedensel olmadığı söylenemez⁸³⁷.

Anglo - Sakson uygulamasının da genel olarak doktrindeki ikinci görüşü benimsediği söylenebilir. Yani Anglo Sakson uygulamasında da görünüşte ihmalî suçlarda nedensellik bağının varlığı kabul edilmektedir⁸³⁸. Buna göre; çıkmakta olan yangını itfaiyeye haber vermeyen kişi, “*yangın çıkarmak suretiyle başkasının malına zarar vermek suçundan*” sorumlu olacaktır. Çünkü kişinin tehlikeli bir yangın çıktığını görmesine rağmen itfaiyeye haber vermemesi ile yangın nedeniyle meydana gelen zarar arasında bir “*nedensellik ilişkisi*” söz konusudur. Bununla beraber Anglo - Sakson uygulaması bu örnek olayda; eğer kişi itfaiyeye haber verseydi dahi yangın yine de engellenemeyecekse, failin ihmalî davranışıyla netice arasında nedensellik kurulamayacağı ve bu nedenle cezalandırılmayacağını vurgulamaktadır⁸³⁹. Benzer şekilde, hasta olan çocukları için hekimi aramayan ebeveyle, ancak hekimin çocuğu kurtarmasının mümkün olması halinde ihmalî davranışlarından sorumlu tutulabilirler⁸⁴⁰. Bir başka ifadeyle, ebeveynler hekime haber verseydi dahi çocuğun

⁸³⁵ Brian Hogan, “Omissions and the Duty Myth” in *P.F. Smith(ed), Criminal Law: Essays in Honour of J.C. Smith*, 1987, p. 85. Bu yaklaşım, ihmalî suçlarda neticenin haksızlığını reddetmekte ve yalnızca fiilin haksızlığı ile yetinmektedir. Bu yaklaşımın kabulü halinde, saf ihmalî suçlar ile görünüşte ihmalî suçlar arasındaki ayrım ortadan kalkmış olacaktır. Görünüşte ihmalî suçlarda meydana gelen neticenin bir “*objektif cezalandırılabilme şartı*” olduğu ileri sürülebilirse de, bu durumda da suçun manevî unsuru olan kastın tespitine yönelik problemleri aşmak mümkün olmayacaktır.

⁸³⁶ Ormerod ve Raid, s. 78.

⁸³⁷ Ormerod ve Raid, s. 78.

⁸³⁸ Williams, s. 106.

⁸³⁹ Ormerod ve Raid, s. 79 - 80. Söz konusu bu yaklaşımdan; Anglo - Sakson uygulamasının da “*Varsayımsal Nedensellik Teorisinden*” ayrıştığını söyleyebiliriz. Çünkü varsayımsal nedensellik teorisindeki baskın görüşün sorduğu; “*ilgili fiil yapılıyorsa netice kesinliğe yakın derecede engellenebilecekti*” varsayımından ziyade, “*ilgili fiil yapılıyorsa sonuç değişmeyecekti*” yaklaşımı esas alınmaktadır. İlerleyen kısımlarda ifade edeceğimiz üzere, biz de ihmalin nedenselliği noktasında bu yaklaşıma daha yakın durmaktayız.

⁸⁴⁰ Williams, s. 106 -107.

kurtulması mümkün değilse, ihmali davranış ölüm neticesi bakımından nedensel kabul edilemeyecek ve ebeveynler ölüm neticesinden sorumlu tutulamayacaktır.

3.5.1.5.4. Değerlendirme ve görüşümüz

Görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik problemi yalnızca teorik bir tartışmadan daha fazlasıdır. Bu sorunun çözümü, somut bir olayda ceza adaletinin sağlanması bakımından da oldukça önemlidir. Çünkü tercih edilecek nedensellik yaklaşımı, somut olay bakımından varılacak sonucu doğrudan etkileyecektir. Bu tercihin uygulamaya yansımaları, şu örnek olaylar üzerinden çok daha net bir şekilde anlaşılacaktır.

Olay 1⁸⁴¹: T alkollü bir vaziyette araç kullanırken yaya F'ye çarpar. Araçtan inen T, F'nin ölümcül bir yara aldığını ve tıbbi yardıma ihtiyacı olduğunu görür. T; yardım etme imkânı olmasına rağmen ehliyetini kaybedeceğini düşünerek F'ye yardım etmez ve yoluna devam eder. Olay neticesinde F ölür. Yapılan bilirkişi incelemesinde (birbirinden bağımsız olarak) özetle şu sonuçlara varılır: F acil tıbbi yardım almış olsaydı;

a) kurtulma ihtimali vardı.

b) en azından bir kaç saat daha fazla yaşardı.

Örnek olayda, her iki ihtimal bakımından da öncelikle değerlendirilmesi gereken husus; çarpma fiili sonrasında “yardım etmeme” şeklinde tezahür eden ihmali davranışın, ölüm neticesi bakımından nedensel kabul edilip edilmeyeceğidir (T'nin önceki haksız davranışından dolayı garantör konumunda olduğundan şüphe yoktur). Alman doktrinindeki baskın görüş olan “varsayımsal nedensellik” kuramına göre; (a) ihtimalinde varsayımsal nedensellik kurulamadığı için T ihmali davranışla öldürmeden sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü varsayımsal nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için, F'nin acil tıbbi yardım aldığı takdirde “kesinliğe yakın bir derecede” kurtulma imkânının tespit edilmesi gerekir. Dolayısıyla kesinliğe yakın bir derecede olmayan kurtulma ihtimali, ihmalin nedenselliği bakımından yeterli değildir. (b) ihtimalinde ise; “yardım edildiği takdirde F'nin en azından birkaç saat daha fazla yaşayacağı” kesinliğe yakın bir sınırdadır olduğundan T, ihmali suretle kasten öldürmeden sorumlu olacaktır⁸⁴².

⁸⁴¹ Rengier, s. 461.

⁸⁴² Rengier, kn. 18, s. 466.

Varsayımsal nedensellik yaklaşımı kabul edildiği takdirde, bu olay bakımından varılacak sonuç özetle şu şekildedir: (a) ihtimalinde; ölüm neticesinden faili sorumlu tutmak mümkün değildir. Çünkü F'nin acil tıbbi yardım alması halinde kurtulması “kesinliğe yakın bir derecede” değil, güçlü de olsa sadece bir “olasılıktan” ibarettir. (b) ihtimalinde ise; “mağdurun birkaç saat daha fazla yaşayacağı kesinliğe yakın bir derecede” olduğundan, failin ihmali davranışı ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi kurulabilir ve failin sorumluluğuna gidilebilir.

Aslında (b) ihtimali açısından varılan sonuç, bazı olaylar bakımından varsayımsal nedensellik kuramına getirilen haklı eleştirilerin çözümü noktasında, bilahare geliştirilmiş suni bir çözümdür. Bazı olaylarda, “fail kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmiş olsaydı dahi netice yine de meydana gelecekti” şeklinde bir yargıyla faillerin cezasız kalması adalet duygularını tatmin etmemektedir. Örneğin; ağır yaralı olarak hastaneye kaldırılan H'nin düşmanları, onu öldürmek için H'nin bulunduğu odaya zaman ayarlı bir bomba yerleştirir. Ancak Doktor D, yapması gereken müdahaleleri tam yapmadığından bomba daha patlamadan hasta H hayatını kaybeder. H'nin hayatını kaybetmesinden birkaç dakika sonra odadaki bomba infilak eder. Bu örnek olayda önem arz eden husus şudur: Doktor D kendisinden beklenen tıbbi müdahaleyi yapmış olsaydı dahi çok kısa bir süre sonra bomba infilak edecek ve H yine de hayatını kaybedecekti. Bu tip olaylarda katı bir varsayımsal nedensellik teorisinin benimsenmesi, D'nin davranışının nedensel olmadığı kabulü sonucunu doğuracaktır. Bu kabul de hem somut olay adaleti bakımından hem de ceza hukukunun genel mantığıyla bağdaşmayacağından, teori savunucularının çok büyük bir bölümü, bu olayda D'nin ihmali davranışının ölüm neticesi bakımından nedensel olduğunu kabul ederler. Bu yöndeki kabul iki temel argümanla desteklenmektedir:

Birincisi; bu tip durumlarda, eğer fail gereken davranışı gerçekleştirmiş olsaydı, mağdur failin davranışı nedeniyle değil başka bir “davranış” nedeniyle ölecekti. Örnek olay bakımından eğer Doktor D gereken tıbbi müdahaleyi yapmış olsaydı mağdur; “kendisine gereken müdahalenin yapılmaması” nedeniyle değil, “odaya konulan bombanın patlaması” nedeniyle hayatını kaybedecekti. Dolayısıyla bu tip durumlarda, gerçekleştirilen ihmalin meydana gelen netice bakımından nedensel olduğunun kabulü gerekir.

İkincisi; her ne kadar fail kendisinden beklenen hareketi yapmış olsaydı sonradan devreye giren nedensel süreç ölüm neticesini kesinliğe yakın derecede meydana getirecek idiyse de mağdur çok sınırlı bir süre de olsa daha fazla yaşayacaktı. Somut olay bakımından değerlendirecek olursak; hekim H hastaya gereken müdahaleyi gerçekleştirmiş olsaydı, mağdur bombanın infilak ettiği ana kadar “*birkaç dakika da olsa*” daha fazla yaşayacaktı. Dolayısıyla, failin gerçekleştirdiği ihmali davranış ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisinin kabulü gerekir.

Kanaatimizce; bu tip durumlarda, gerçekleştirilen ihmali davranış ile meydana gelen netice arasında nedenselliğin kurulmasına ilişkin üçüncü argüman daha ileri sürülebilir. Şöyle ki, bu tip durumlarda ortada bir “*vakıa- gerçeklik*” söz konusudur. Bu gerçeklik, failin kendisine hukuk düzeni tarafından yüklenen davranışı gerçekleştirmemesi nedeniyle meydana gelen tipik neticedir. Dolayısıyla ortada böyle bir gerçeklik söz konusu iken, gerçekleşmesi kesinliğe yakın derecede de olsa daha gerçekleşmemiş bir ihtimali ileri sürerek faili sorumluluktan kurtarmak hukuk mantığıyla bağdaşmayacaktır. Somut olaydaki gerçeklik, doktor D’nin hastaya yapması gereken müdahaleleri yapmaması ve bu nedenle hastanın hayatını kaybetmesidir. Bu gerçeklik ortada iken, bunu bir kenara bırakarak, her ne kadar gerçekleşmesi kesinliğe yakın derecede de olsa, bombanın patlayıp hastanın öleceğine yönelik ihtimale dayanarak faili sorumluluktan kurtarmak mümkün değildir. Çünkü bombanın patlaması ve hastanın öleceği kuvvetli de olsa bir varsayımdan, bir ihtimalden ibarettir. Söz gelimi bomba düzeneği belki çalışmayacak, belki bomba patlamadan önce hasta ameliyathaneye sevk edilecek veya durumu fark eden görevliler sayesinde bomba imha edilecektir. Hatta bomba infilak etmesine rağmen hastanın yaralı olarak kurtulması ihtimal dahilinde kabul edilebilir⁸⁴³. Tüm bunların ötesinde, doktor D’nin ihmali davranışı olmasa, mağdurun en azından bomba patlayana kadar dakikalarla ölçülse dahi daha fazla yaşayacağı da bir gerçekliktir. Dolayısıyla var olan maddi gerçeği bir kenara bırakarak, kuvvetli de olsa gerçekleşmesi bir ihtimalden

⁸⁴³ Birazdan ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere, bu ihtimal bakımından ortaya koymaya çalıştığımız tüm çekinceler “*varsayımsal nedensellik kuramının*” geneli bakımından da geçerlidir. Adından da anlaşılacağı üzere bu teori, “*hipotetik – varsayımsal*” olarak bir nedensellik ilişkisi kurmakta ve bu varsayım üzerine kişileri cezalandırmakta ya da cezalandırmamaktadır. Kanaatimizce, kuvvetli de olsa bir varsayımdan yola çıkarak kişilerin cezalandırılması veya cezasız kalması, ceza ve ceza muhakemesi hukukunun genel ilkeleriyle bağdaşmamaktadır.

ibaret olan duruma atıf yapılarak ilgililerin ceza hukuku sorumluluğundan kurtarılmaması gerekir.

Görünüşte ihmali suçlara yönelik diğer nedensellik yaklaşımı olan “*rizikonun azaltılması (Risikominderung) teorisi*” ise, Olay 1’deki örneğim her iki ihtimalinde de, ihmali davranışla netice arasında nedensellik ilişkisi kurmaktadır. Çünkü her iki ihtimalde de, failin mağdura yardımında bulunması, istenmeyen - tipik neticenin yani ölümün gerçekleşme rizikosunu azaltacaktır. Dolayısıyla, tipik neticenin meydana gelme rizikosunu azaltmaya yönelik davranışı gerçekleştirmeyen failin bu ihmali davranışı, meydana gelen ölüm neticesi bakımından nedensel kabul edilecektir.

Olay 2⁸⁴⁴: Hekim H, testis kanseri hastası P’ye tıbben yapması gereken radyasyon tedavisini unuttur. P, yaklaşık 2 sene sonra ölür. Bilirkişi incelemesinde, unutilan tedavinin söz konusu hastaların yaşama ihtimalini yaklaşık %90 oranında artırdığı sonucuna varılır.

Tıpkı birinci olayda olduğu gibi bu olayda da, tercih edilecek nedensellik yaklaşımına göre varılacak sonuç değişecektir. “*Varsayımsal nedensellik teorisi*” tercih edildiği takdirde; Hekim H’yi P’nin ölümünden ihmali davranışla sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Çünkü yapılmayan tedavinin hastayı yaşatma ihtimali %90 da olsa, bu oran “*kesinliğe yakın bir derecede*” olmadığından, ihmali davranışla netice arasında nedensellik ilişkisi yoktur⁸⁴⁵. Bununla birlikte tedavinin hastayı kısa sürede olsa daha fazla yaşatacağı kesinliğe yakın bir derecede ise, ihmali davranış ölüm neticesi bakımından nedensel kabul edilecektir. Bununla beraber “*rizikonun azaltılması teorisine*” göre; hekimin unuttuğu tedavi hastanın ölüm riskini düşüreceğinden, ihmali davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisi vardır.

İkinci örnek olay bağlamında, varsayımsal nedensellik teorisine yöneltilecek önemli bir eleştiriye de değinmek gerekir. Bu teorinin benimsenmesi halinde, unutilan tedavinin hastanın yaşama şansını %90 artıracak olmasına rağmen, failin ihmali davranışı ile netice arasında nedensellik ilişkisi kurulamadığından fail cezalandırılmayacaktır. Çünkü bu teoriye göre nedensellik ilişkisinin kurulabilmesi için, yapılmayan davranışın tipik neticeyi “*kesinliğe yakın bir derecede*” engelleyecek olması gerekir. Ancak “*kesinliğe yakın bir derece*” ifadesinin tam olarak neye tekabül ettiği de

⁸⁴⁴ Rengier, kn. 18, s. 466.

⁸⁴⁵ Rengier, kn. 18, s. 466.

oldukça sübjektif niteliktedir. Söz gelimi böyle bir olayda, unutulmuş tedavinin ölüm neticesi bakımından nedensel kabul edilebilmesi için hastanın yaşama şansını yüzde kaç artırması gerekmektedir? %95 mi yoksa % 99 mu? Kaldı ki çoğu somut olayda böyle bir tespit yapmak mümkün değildir. Tıp mesleği profesyonelleri dahi, bu şekilde oransal bir tespit yapmanın çoğu zaman mümkün ve doğru olmayacağını kabul etmektedir.

Varsayımsal nedensellik teorisine yöneltilecek önemli eleştirilerden bir diğeri de, özellikle kurul halinde çalışan organların aldıkları kararlara ilişkin özel durumlardır.

Olay 3⁸⁴⁶: Eşit oy hakkına sahip dört yönetici, sağlığa zararlı olan bir deri spreyini “*piyasadan çekme*” konusunda toplantı yapar. Toplantı sonucunda yapılan oylamada “*oy birliği*” ile ürünün “*piyasadan çekilmemesi*” yönünde karar verilir. Spreyi kullanan birçok tüketicinin sağlığı bozulur. Yöneticilerden bir kısmı taksirle yaralamadan bir kısmı ise kasten yaralamadan itham olunur.

Varsayımsal nedensellik kuramı kabul edildiğinde, olaydaki her bir yönetici; kendi oyunun sonucu etkilemediği ve dolayısıyla meydana gelen neticeyle kendi fiilleri arasında nedensellik ilişkisinin bulunmadığını, çünkü kendisi ürünün geri çekilmesine yönelik oy kullansa dahi diğer üç kişinin oyları ile ürünün piyasadan çekilmeyeceğine yönelik savunma yapabilecektir⁸⁴⁷. Böyle bir savunma yapıldığında, faille ilgili ciddi bir isnad problemi çıkacağı kesindir. Gerçekten de ilgili dört yöneticiden birinin ürünün piyasadan çekilmesine yönelik oy kullanması halinde “*neticenin kesinliğe yakın bir derecede engellenmesi*” bir kenara, aynı neticenin meydana gelmesi, yani ürünlerin piyasadan çekilmeyeceği kesindir. Dolayısıyla varsayımsal nedensellik bu tip durumlarda, özellikle aralarında iştirak iradesi de olmayan karar alıcıların her birinin sorumluluktan kurtulmalarına imkân sağlamanın yolunu açacaktır.

Dört kişilik bir yönetim kurulunda sağlığa zararlı deri spreyinin piyasadan çekilmeme kararı, 3’e karşı 1 oy ile alınmış da olabilir. Ürünü piyasadan çekmeme yönünde oy kullanan üç üyenin arasında iştirak iradesinin olmadığı durumlarda⁸⁴⁸, meydana gelen netice bakımından her yönetici sorumluluğu diğer iki yöneticiye atabilir. Bu durumda;

⁸⁴⁶ Rengier, kn. 20, s. 467.

⁸⁴⁷ Rengier, kn. 20, s. 467.

⁸⁴⁸ Alman doktrinindeki baskın görüş; bu üç kişi arasında bir iştirak iradesinin olduğu durumlarda her failin Alman CK m. 223 (yaralama), m. 224/1 (tehlikeli yaralama), m. 13, m. 25/2 (müşterek faillik) hükümleri uyarınca sorumlu tutulması gerektiği yönündedir. Rengier, kn. 21, s. 468.

üç fail de kasten hareket etmiş ise (ihmalî suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceği kabul edildiği takdirde) her birini ancak teşebbüs hükümlerinden sorumlu tutmak mümkündür. Bununla birlikte üç failin hepsinin ya da en azından birinin taksirle hareket ettiği durumlarda, meydana gelen neticenin hangi faile nasıl yükleneceği hususu daha da karmaşık bir hal alacaktır.

Alman uygulaması ve doktrinindeki baskın görüş; ürünün çekilmesi için oy çokluğunun gerektiği durumlarda, sonucu değiştirmesinin mümkün olmadığını savunan yöneticinin malları çekmek için hiçbir çaba göstermese de (göstereceği çaba sonucu değiştirmeyeceğinden bahisle) sorumlu olmayacağına yönelik genel yaklaşımı aynen korumaktadır. Ancak bu yaklaşım, özellikle bir organın üyelerinin arkadaşça karar aldıkları durumlarda, failerin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırması ya da azaltması nedeniyle ciddi eleştirilere maruz kalmaktadır⁸⁴⁹.

Kanaatimizce, bu tip durumlarda, meydana gelen netice bakımından yöneticilerin ceza hukuku sorumluluğu salt olarak kullandıkları oylara bakılarak belirlenmemelidir. Bu tip durumlarda yöneticilerin sorumluluktan kurtulabilmesi için, ilgili deri spreynin piyasadan toplatılması için gerekli tüm girişimleri yapmış olmalarını aramak gerekir. Dolayısıyla “*ürünlerin piyasadan çekilmesi*” yönünde oy kullanan yönetici, üzerine düşeni yaptığını ve bu nedenle meydana gelen olumsuz neticelerden artık sorumlu olmadığını iddia edemez. Deri spreynin sağlığa zararlı olduğunu bilen ilgili yöneticinin, azınlıkta kalmasına rağmen durumu yetkili kamu otoritelerine bildirmesi de gerekir. Dolayısıyla bu durumdaki yöneticinin, ceza hukuku sorumluluğuna esas teşkil eden fiili; “*spreyi piyasadan çekmemek*” değil, bu durumu ilgili kamu otoritelerine bildirmemektir. Bu ihtimalde, failin “*suçu bildirmeme suçundan*” sorumlu olması gerektiği düşünülse de ilgili şirkette karar verme yetkisinde bir yönetici olması faili “*garantör – teminat yükümlüsü*” yapacağından⁸⁵⁰ artık saf ihmalî suç nedeniyle değil görünüşte ihmalî suçtan sorumluluk gündeme gelecektir.

İhmalî suçlarda nedensellik bağına ilişkin bir başka tartışmalı nokta da; failin tek başına müdahalesinin neticeyi engelleyemeyeceği durumlarda, yardım talep ettiği ve yardımla yükümlü olan üçüncü kişinin müdahaleden imtina etmesidir. Alman

⁸⁴⁹ Rengier, kn. 23, s. 468.

⁸⁵⁰ Burada şirket yetkililerinin garantörlüğü, “*öngelen haksız davranış*”, “*kanun*” hatta “*sözleşmeye*” dayandırılabilir.

doktrinindeki baskın görüş ve uygulama; böyle bir durumda tek başına yapacağı müdahaleyle neticeyi engellemesi kesinliğe yakın bir derecede olmayan failin sorumlu tutulamayacağını, bununla beraber, haber verilen ve müdahale yükümlülüğü bulunan üçüncü kişinin ihmali değil icrai davranışı nedeniyle sorumlu olacağı kanaatindedir⁸⁵¹. Yeni yeni gelişmekte olan karşıt bir görüş ise bu yaklaşımı eleştirmektedir. Çünkü bu yaklaşımın kabulü halinde her ihmali suç faili, fiktif bir usulle (üstelik kanıtlanması zordur) haber verdiği kişinin yükümlülüğünün arkasına saklanarak kendini aklayabilecektir⁸⁵².

Kanaatimizce bu tip olaylardaki çözümü, nedensellik bağı üzerinden değil diğer maddi unsurlar üzerinden aranmalıdır. Şöyle ki; garantör konumunda olan kişinin kendi müdahalesi neticeyi engelleyebilecek nitelikte değilse, garantörün bu suç bakımından değerlendirilecek ihmali davranışı “*bizzat müdahale etmemesi*” değildir. Böyle bir durumda garantöre terettüp eden görev, “*neticeyi engellemeye yönelik davranışta bulunmaktır*”. Örneğin; ilk yardım konusunda yeterli bilgiye sahip olmayan veya ilgili yaralanmanın ağır olması nedeniyle yaralıyı kurtaramayacak durumda olan garantör, yaralıya bizzat müdahale etmekle değil, “*derhal profesyonel yardım çağırmakla*” mükelleftir. Bu tip durumda garantörün ihmali davranışı, yani suç oluşturan fiili; “*yaralıya ilk yardım yapmamak*” değil, “*profesyonel yardımı yapacak kişilere gerekli bildirimi yapmamaktır*”⁸⁵³. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde garantör, derhal acil yardım servisine ya da hekime haber vermiş ise “*neden bizzat ilk yardımda bulunmadığı*” gerekçesiyle sorumlu tutulamaz. Sonuç olarak, böyle bir durumda tipik bir ihmali davranıştan söz edilemeyeceği, bu sebeple nedensellik tartışması yapmanın gereksiz olduğu kanaatindeyiz.

Bununla birlikte, böyle bir durumla karşılaşan garantör konumundaki failin, yardımda bulunacak kişi ya da kuruma doğru ve etkin bir biçimde haber vermesi gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin garantör, 112 acil servisten yardım isterken adresi doğru bir şekilde iletmeli ve görevlinin verdiği talimatları da yerine getirmelidir. Ya da ambulansın olay yerine kısa sürede ulaşmasının mümkün olmadığı hallerde fail,

⁸⁵¹ Rengier, kn. 19, s. 466 - 467.

⁸⁵² Rengier, kn. 19, s. 467.

⁸⁵³ Böyle bir durumda failin; gerek kendi psikolojik durumu gerekse olayın vahameti nedeniyle yanlış değerlendirmede bulunarak, aslında neticeyi engellemeye yeterli olmayan bir davranışı yeterli zannederek hareket etmesi hali “*hata*” kapsamında ayrıca değerlendirilmelidir. Bu konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmeyi, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde hata başlığı altında yapılacaktır.

kurtarmaya yönelik mümkün olan başkaca ihtimaller varsa onları da denemelidir. Söz gelimi, olay yerinin çok yakınında bir sağlık kuruluşu varsa ve hastayı kendi çabalarıyla oraya götürmesi hastanın durumu bakımından daha ağır bir tehlike yaratmayacaksa, failin bu yolu denemesi gerekir.

Diğer taraftan garantör konumundaki fail; profesyonel yardım için ilgili kuruma gerekli bildirimini yapmış ancak bu kurum ya da kişiler bildirimine rağmen üzerine düşeni yapmamış ya da eksik yapmış ise, artık failin değil bildirimine rağmen görevlerini yerine getirmeyen kimselerin sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak biz, Alman doktrinindeki baskın görüşün aksine, bu kimselerin ceza hukuku sorumluluğunun da icrai değil, ihmali davranıştan mütevellit olduğunu düşünmekteyiz. Elbette ki meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmeleri için, bildirimde bulunulan kişi ya da kişilerin de teminat yükümlüsü olması gerekir. Örneğin; taksirle bir başkasını yaralayan fail, yoldan geçmekte olan başka bir sürücünden yardım istemiş ancak bu sürücü yardım talebine kayıtsız kalmıştır. Böyle bir durumda yardım talebini geri çeviren sürücü ancak “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçundan sorumlu tutulabilir. Olay sırasında yoldan geçmekte olan sürücü garantör konumunda olmadığı için, yaralıya yardım etmemesi nedeniyle meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz⁸⁵⁴. Bununla birlikte yardım talep edilen acil servis görevlisi ise, bu talebi haklı bir gerekçesi olmadan reddederse ihmali davranışla öldürmeden yani görünüşte ihmali suçtan sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁸⁵⁴ 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 82. maddesinden dolayı, kazaya bizzat sebebiyet vermeyen ancak kaza mahallinden geçen sürücülerin kanundan kaynaklı bir garantörlüğünün olup olmadığını da tartışmak gerekir.

“Trafik Kazalarında yükümlülük:

Madde 82: Karayollarında meydana gelecek trafik kazalarına hemen el konmasını, ölü ve yaralıların taşınmasını veya yaralıların tedavisini veya sanıkların yakalanmasını sağlamak için,

a) Kaza yerinden geçmekte olan veya kazaya karışmış bulunan araçların sürücüleri 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... zorludurlar.

Bu madde hükümlerine uymayanlar 3 600 000 lira para cezası ile cezalandırılırlar”.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde (garantörlük başlığı altında) belirttiğimiz üzere, bir kişinin somut olay bakımından garantör olarak kabul edilebilmesi için belirli şekilde davranmasına yönelik bir emir normunun varlığı tek başına yeterli değildir. Bu yükümlülüğün “daha yoğun bir nitelikte” ve “istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik” yani yasak normuna yönelik olması gerekir. Yine; başlı başına bir “gerçek ihmali suç” ya da “kabahat” olarak düzenlenmiş fiillerin de doğrudan bir garantörlük kaynağı olamayacağı kanaatindeyiz. Aksinin kabulü halinde, garantörlük müessesesi katlanılamaz bir şekilde genişletilmiş olacaktır. Dolayısıyla, Karayolları Trafik Kanunu 82. madde hükmünün, kazaya karışmayan sürücüler bakımından “salt olarak belirli bir davranışta bulunma yükümlülüğü” getirip “tipik neticenin önlenmesine yönelik bir yükümlülük” getirmediğini ve bu nedenle tek başına garantörlük doğurmayacağı kanaatindeyiz. Kazaya herhangi bir şekilde karışan sürücüler bakımından ise, “önceki haksız (tehlikeli) davranış” nedeniyle garantörlük söz konusu olacaktır.

Alman Yüksek Mahkemesi (BGH)'nin önüne gelen ve ihmalin nedenselliğine ilişkin bir başka olay ise şu şekilde cereyan etmiştir⁸⁵⁵: Şehir imar komisyonu çalışanı inşaat mühendisi B, yapılmakta olan bir spor salonunun çatısını düzenli olarak kontrol etmediğinden eksikleri tespit edememiş ve nihayetinde çatının çökmesi sonucu birçok kişi hayatını kaybetmiştir. Yargılama yapan mahkeme bu olayda; Alman CK m. 13 yollamasıyla ihmali suretle öldürmeden (Alman CK m. 212) ceza vermekten imtina etmiştir. Mahkeme kararının gerekçesini şu şekilde özetlemiştir: Daha çok acemi olan ve gereken eğitimleri almayan Mühendis B'nin bu denli büyük bir projede görevlendirilmesi nedeniyle, fiil ile meydana gelen netice arasında “*varsayımsal nedensellik ilişkisi*” kurulamaz⁸⁵⁶. Çünkü B, bu denetimleri yapmış olsaydı dahi, gerekli bilgi ve tecrübeden yoksun olduğundan var olan eksiklikleri büyük ihtimalle yine de tespit edemeyecekti. Dolayısıyla, yapılmayan denetimler yapılsaydı dahi meydana gelen tipik neticenin kesinliğe yakın bir derecede önlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle Mühendis B'nin ihmali davranışı ile meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisi kurulamaz ve meydana gelen ölümler B'ye yüklenemez.

Alman uygulamasının bu olay bakımından vardığı sonuca katılmamaktayız. Kanaatimizce; bu olayın çözümü noktasında tartışılması gereken ilk husus, inşaat mühendisi B'nin ceza hukuku sorumluluğuna temel teşkil eden fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur. Söz konusu olayın teknik ayrıntılarına vakıf olmamakla birlikte, eğer B “*yapması gereken denetimleri hiçbir şekilde yapmamışsa*” ihmali davranıştan; “*denetimleri yapmış ancak gerektiği gibi yapmamışsa (kasten veya taksirle)*” icrai davranıştan bahsetmek gerekir. Olayda B'nin yapması gereken denetimleri hiç yapmadığı, yani ihmali davranışının olduğu varsayımdan yola çıkıldığında, belediyenin görevi yetkin olmayan bir kimseye vermiş olması B'yi ceza hukuku sorumluluğundan kurtaramaz. Elbette ki böyle bir iş için tecrübesiz olan B'yi görevlendiren kamu görevlilerinin ceza hukuku sorumluluğu ayrıca değerlendirilmelidir. Ancak bu durum; üzerine düşen denetim görevini yerine getirmeyen B'nin ceza hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Mühendis B; üzerine düşen denetim görevini yerine getirmiş ancak buna rağmen tecrübe ve bilgi eksikliğinden dolayı tespit etmesi gereken eksikleri görememiş ise, bu durum suçun manevi unsurları veya kusurluluk bakımından değerlendirilebilir. Böyle bir ihtimalde,

⁸⁵⁵ BGH, NJW 2010/1087.

⁸⁵⁶ Rengier, s. 467.

taksirinin dahi bulunmaması ya da kusurunun azlığı nedeniyle B'nin ceza cezalandırılmaması gerektiği sonucuna varılabilir. Bu örnek olay üzerinde daha net bir şekilde görülmektedir ki; baskın nitelikte olan varsayımsal nedensellik teorisi görünüşte ihmali suçlar bakımından ihtiyaca cevap verecek nitelikte değildir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, ihmali davranışın da ontik bir temeli olduğunu kabul ediyoruz. Bu kabulümüzle de uyumlu olacağından, ihmalin nedenselliğini açıklarken şart teorisinin genel yaklaşımıyla uyumlu bir yol izlenmesi konusunda baskın görüşle hemfikiriz⁸⁵⁷. Ancak baskın görüşten farklı olarak, bir neticeye neden olan şartların icrai olabileceği gibi ihmali de olabileceği kanaatindeyiz⁸⁵⁸. Örneğin, yaralı bir kimseyi kurtarmak için müdahale edebilecek konumda olan kimsenin müdahalede bulunmaması da “*ontik âlemde gerçekleşen nedensel bir davranıştır*”. Bu bağlamda, bizim gibi ihmalin ontik bir vasfının - gerçekliğinin olduğunu kabul edenler bakımından, ihmali davranışın da nedensel bir sebep sayılması gerekir⁸⁵⁹.

Bu yaklaşımımızı bir başka örnekle açıklamaya çalışırsak, bir kâğıdın yanması için belirli bir ısıya ulaşması ve ortamda gerekli miktarda oksijenin bulunması gerekir. Ateş yardımıyla kâğıt belirli ısıya getirildiğinde, ortamdaki oksijen sayesinde yanma işlemi başlar. Böyle bir durumda; “*çakmağı ateşlemek*” yanma neticesi bakımından nedensel bir (icrai) davranış olduğu gibi, “*ortamda bulunan oksijeni tahliye etmemek*” de nedensel bir (ihmali) davranıştır. Dolayısıyla, maddi - fiziki anlamda mümkün olmasına rağmen tipik neticeyi engellemeye yönelik davranışı yapmayan kişinin “*yapmaması*” yani “*ihmali*” de netice bakımından nedenseldir.

Bununla beraber, ihmali davranışın ontik âlemde nedensel olduğu kabul edildiğinde, her somut olay bakımından bu nedenselliği tespit etmek içinse tıpkı icrai suçlardaki gibi pratik bir yol bulmak gerekir. Bu nedenle ihmalin nedenselliğini tespit etmek için varsayımsal nedensellik teorisinin kullandığı soruyu değiştirmek gerekir. İhmalin nedenselliğini tespit etmek için sorulması gereken soru; “*fail neticeyi engellemeye*

⁸⁵⁷ Nasıl ki icrai suçlarda doğal nedensellik bağı dışında, ayrı bir hukuki nedensellik bağı aranmıyorsa, ihmali suçlar bakımından da aranmamalıdır. Dönmezer ve Erman, s. 477.

⁸⁵⁸ Fletcher, s. 589, 590.

⁸⁵⁹ Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağı Teorisi, s. 137.

Önder; bizim kabulümüzün aksine, nedenselliğin fiziki âlemde değil, düşünce âleminde gerçekleşen bir ilişkilendirme olduğu kanaatindedir. Bununla beraber, nedenselliğin fiziki dünyada gerçekleşen, yani ontik bir vasıfta olduğunun kabulü halinde ise ihmali davranışın nedensel sayılmasında herhangi bir sorun olmayacağını da eklemektedir. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 123 - 124.

yönelik fiili gerçekleştirmiş olsaydı, netice yine de (kesinliğe yakın bir derecede) meydana gelir miydi?” şeklinde olmalıdır. Eğer fail kendinden beklenen davranışı yapmış olsaydı dahi, istenmeyen netice yine de “kesinliğe yakın bir derecede gerçekleşirdi” denilebiliyorsa, somut olayda ihmali davranışın nedensel olmadığını kabul etmek gerekir⁸⁶⁰. Sonuç olarak, maddi - fiziki olarak yapılması mümkün davranış, düşük bir ihtimalle de olsa neticeyi engelleyebilecek nitelikteyse nedensel kabul edilmelidir⁸⁶¹.

İhmalin nedenselliğinin tespiti bakımından önerdiğimiz bu “soru kalıbının” normatif nitelikte olduğu, dolayısıyla da şu ana kadar ortaya koyduğumuz teorik temelle çeliştiği düşünülebilir. Ancak önerdiğimiz nedensellik ilişkisi tespit formülü, normatif değil ontiktir. İhmalin nedenselliğini tespit etmek için kullanılmasını önerdiğimiz normatif soru ise, yalnızca bu ontik tespitin daha kolay yapılmasını sağlamaktadır⁸⁶². Tıpkı icrai davranışın nedenselliğini tespit etmek için sorulan “bu davranış yapılmamış olsaydı netice meydana gelir miydi?” sorusu gibi, bu soru da nedenselliği daha kolay tespit etmek için geliştirilmiş pratik bir metottan ibarettir.

Bununla beraber doktrinde, ihmali haksızlık içeriğinin faile yüklenmesi yani garantörlük ile netice ve fiil arasındaki irtibat kurulmasını sağlayan nedensellik ilişkisi zaman zaman birbirine karıştırılmaktadır. İhmali davranışın faili ile neticeyi ilişkilendirmek ayrı, ihmali davranışın bizatihi kendisi ile neticeyi ilişkilendirmek ayrı bir konudur. İhmali suçlarda fail ile netice arasındaki sorumluluk ilişkisi, ancak

⁸⁶⁰ “Fail kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmiş olsaydı da tipik netice kesinliğe yakın bir derecede yine de meydana gelirdi” cevabında, neticenin gerçekleşme ihtimalinin farklı bir nedensel süreçten kaynaklanmaması da gerekir. Örneğin bir hekim, hastasına yapması gereken tedaviyi yapmamış ve hasta hayatını kaybetmiştir. Bununla beraber hastanın hayatını kaybetmesinden birkaç dakika sonra, çok şiddetli bir deprem meydana gelmiş ve birkaç dakika önce ölen hastanın odasında bulunan diğer tüm hastalar deprem nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Böyle bir olayda; “hekim gereken tedaviyi yapsaydı da hasta kesinliğe yakın bir ihtimalle yine ölecekti” denilerek, nedensellik ilişkisinin olmadığı sonucuna varılamaz. Çünkü iki durumdaki nedensel süreç birbirinden farklıdır.

Diğer taraftan, acil servise getirilen durumu ağır hastaya hekim müdahale etmemiş ve hasta hayatını kaybetmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesinde; “hekim hastaya derhal müdahale etseydi dahi hastanın yaşama şansı yok denecek kadar azdı” şeklinde bir tespit yapılmış ise, ihmali davranışla ölüm arasında nedensellik ilişkisinin kurulamayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü bu durumdaki nedensel süreç farklılaşmamakta, aynı kalmaktadır.

⁸⁶¹ Kunter de, ihmali bir değer hükmü olması itibarıyla normatif bir kavram olduğunu ve bu nedenle nedensellik bağı söz konusu olduğunda “ihmalin” değil de “olumsuz hareketin” nedenselliğinin ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Yazara göre, olumsuz hareket neticenin gerçekleşmesi için bir şarttır ve bu özelliği itibarıyla olumsuz hareket ile netice arasında nedensellik bağı vardır. Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, s. 213.

⁸⁶² “Örneğin; yükümlülüğe uygun hareket edilmiş olsa bile neticeye engel olunamayacak ise; hareketsizlik yükümlülüğe aykırılık teşkil etmez”. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 251.

normatif bir değerlendirme yapılarak tespit edilebilir. Ancak bu normatif değerlendirmenin yapılacağı müessese “garantörlüktür”. Garantörlük ise, nedensellik bağı dışında mütalaa edilmesi gereken farklı bir maddi unsurdur. Garantörlük ile nedensellik bağı arasında doğrudan bir ilişki kurulamaz. Bu bakımdan, bir kimsenin karanlıkta merdivenden düşerek ölmesini sağlamak amacıyla ışığı yakmayan kişinin bina sahibi ya da kat görevlisi (garantör) olması ile yabancı biri olması arasında “nedensellik” bakımından bir fark yoktur. Her iki failin de ihmali davranışı meydana gelen netice bakımından nedenseldir. İlk gruptaki failerin ölüm neticesinden sorumlu tutulurken ikinci gruptaki yabancıнын meydana gelen neticeden sorumlu tutulmaması, nedensellikle alakalı değil failerin hukuki yükümlülüklerinin farklı olmasıyla alakalıdır⁸⁶³.

Sonuç olarak biz, ihmali davranışın da netice bakımından ontik âlemde tespit edilebilecek nitelikte olabileceğini ve nedensel değer taşıyabileceğini düşünmekteyiz⁸⁶⁴. Söz gelimi, ısının -30 derecede olduğu bir kış gecesinde, ısınmaya yönelik elindeki tek imkân bir battaniyeden ibaret olan annenin, bu battaniyeyi küçük çocuğuna değil de kendisine örtmesi ve nihayetinde çocuğun donarak ölmesi olayında⁸⁶⁵ şu şekilde düşünmek gerekir: Anne bu battaniyeyi çocuğun üzerine örtmüş olsaydı da “netice kesinliğe yakın bir derecede yine de meydana gelirdi” denilebiliyorsa, annenin davranışı meydana gelen netice bakımından nedensel değildir. Ancak böyle bir tespit yapılamıyorsa, bir başka ifadeyle, “battaniye çocuğa örtülmüş olsaydı çocuğun hayatta kalma ihtimali (az da olsa) var ise” annenin ihmali ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi kurulacaktır⁸⁶⁶.

3.5.1.6. Objektif isnadiyet

Kabul etmek gerekir ki, nedensellik bağına ilişkin olarak yukarıda vardığımız sonuç, ihmalin nedenselliğini genişletmektedir. Varsayımsal nedensellik yaklaşımının kabul ettiği, davranışın “neticeyi kesinliğe yakın bir derecede engelleyecek” nitelikte olması nasıl ki ihmalin nedenselliğini oldukça daraltıyorsa, önerdiğimiz yaklaşım da ihmalin

⁸⁶³ Örnek için bkz. Dönmezer ve Erman, s. 477.

⁸⁶⁴ Dönmezer ve Erman, s. 475.

⁸⁶⁵ Örnek için bkz. Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 128.

⁸⁶⁶ Bununla birlikte tek battaniyeyi kendisine örten annenin “zorunluluk halinden” yararlanması veya kusurunun yokluğu - azlığı nedeniyle ceza almaması mümkündür. Ancak bu durum nedensellik bağı içerisinde değil, kusurluluk kapsamında tartışılacak bir husustur.

nedenselliği bir o kadar genişletmektedir. Çünkü fail harekete geçtiği takdirde istenmeyen neticenin çok düşük de olsa engellenme ihtimali söz konusu ise, failin ihmali ile meydana gelen netice arasında nedensellik ilişkisi kurulacaktır. Ancak ihmali suçlara ilişkin olarak şimdiye kadar ortaya koyduğumuz genel sistematik takip edilirse, önerdiğimi nedensellik anlayışının ceza sorumluluk alanını çok da genişletmeyeceği görülecektir. Çünkü önerdiğimiz sistematik içerisinde, öncelikle ihmali davranış unsuru üzerinden ciddi bir eleme yapılacaktır. Örneğin, kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmeye yönelik fiziki - maddi imkânı olmayan failin ihmali sorumluluğuna gidilemeyecektir. Hakeza gerçekleşen ihmali davranış yönlendirici insan iradesinin bir ürünü değilse de failin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Önerdiğimiz sistematik içerisinde kalındığı takdirde, ikinci bir eleme işlemi de “*eylemin tipikliği*” üzerinden yapılacaktır. Yapılacak bu değerlendirmede, failin yapmadığı sayısız ihmal arasından yalnızca “*neticeyi engelleyebilecek niteliktekiler*” dikkate alınacaktır. Dolayısıyla sadece fiil unsuru bakımından ihmali sorumluluk alanı ikili bir daraltmaya tabi tutulacaktır.

Bunlara ek olarak, ihmali davranışın sorumluluk alanını daraltacak diğer temel unsur, ilgili kişinin neticeyi engelleme noktasında teminat yükümlüsü olması yani garantörlüktür. Bu bakımdan ihmali davranış nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için failin, bu neticeyi engelleme noktasında hukuki bir yükümlülük altında olması yani garantör olması da gerekir. Hakeza, ihmali davranış failinin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için davranışının icraya eşdeğer olması da gerekir. Sonuç olarak, kabul ettiğimiz nedensellik yaklaşımı her ne kadar sorumluluk alanını çok genişletiyor görünse de, ortaya koymaya çalıştığımız genel sistematik bir bütün olarak uygulanırsa, görünüşte ihmali suçlardaki sorumluluk alanı olabildiğince sınırlandırılmış olacaktır.

Saydığımız tüm bu hususlara ek olarak; genel esaslarını ortaya koymaya çalıştığımız nedensellik ilişkisinin de tıpkı icrai suçlardaki gibi kendi içerisinde bir sınırlandırmaya tabi tutulması gerekir. Bir başka ifadeyle; tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi görünüşte ihmali suçlarda da meydana gelen tipik neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için; fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulması gerekli ancak yeterli değildir. Kurulan nedensellik ilişkisine ek olarak, neticenin faile objektif olarak isnad edilmesi

de gerekir⁸⁶⁷. Neticenin faili objektif olarak isnad edilebilmesi yani objektif isnadiyet, tıpkı icrai suçlardaki gibi, ihmali suçlar bakımından da maddi bir unsur olarak kabul edilmelidir⁸⁶⁸.

Özellikle kanundan kaynaklanan garantörlük hallerinde, “*koruma ve gözetim yükümlülüğünün*” bir arada bulunduğu veya birden fazla fiilin art arda sıralandığı olaylar bakımından, faillerin ceza sorumluluklarının nerede kesileceği önemli bir problemdir. Kanaatimizce bu problemlerin çözümünde “*objektif isnadiyet*” önemli bir işlev görmektedir.

Olay 1: Avdan dönen A, tüfeği ile köy kahvesine girer. Kahvede bulunan diğer şahıslar arasındaki tartışmayı görmesine rağmen tüfeği bir kenara koyar ve tartışmayı seyretmeye başlar. Kızıışan tartışma sonucunda çıkan kavgada B, A’nın bıraktığı tüfeği kapar ve C’ye ateş ederek onu öldürür⁸⁶⁹.

Bu olayda, B’nin icrai davranışla kasten öldürme suçundan sorumlu olduğu hususunda bir tartışma yoktur. Burada üzerinde durulması gereken esas nokta, A’nın ceza hukuku sorumluluğunun olup olmadığıdır. Olayda ilk olarak tespit edilmesi gereken husus, A’nın fiilinin icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur. A’nın meydana gelen ölüm neticesi bakımından ihmali fiili, “*silahı muhafaza etmemesi, silahın başkalarının eline geçmemesi için önlem almamasıdır*”. Bu nedenle, A’nın olayda ihmali davranışı söz konusudur. Bu ihmali davranış ise kasten değil, “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak*”, yani “*taksirle*” gerçekleştirilmiştir. Sonuç olarak, olayda A’nın taksirli ve ihmali davranışı söz konusudur. Bu taksirli - ihmali davranışla ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi de vardır. Çünkü eğer A, tüfeğin başkalarının eline geçmemesine yönelik önlemleri alsaydı, C’nin o tüfekle vurularak öldürülmesi mümkün olmayacaktı. Bununla beraber, meydana gelen ölüm neticesinin A’ya objektif olarak isnad edilip edilemeyeceğini ayrıca tartışmak gerekir. Kanaatimizce somut olayda ölüm, A’nın ihmali davranışının doğrudan bir sonucu değildir. A’nın ihmali davranışı ile ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi kurulabilirse de “*doğrudan doğrualık*”, yani objektif isnadiyet ilişkisi kurulamaz. Çünkü failin taksirli fiili ile meydana gelen netice arasına bir başkasının kasten gerçekleştirdiği fiil girmiş ve ölüm sonucu araya

⁸⁶⁷ Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 234.

⁸⁶⁸ Krey ve Esser, kn. 326, s. 134.

⁸⁶⁹ Örnek için bkz. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 197.

sonradan giren bu kasıtlı fiilin doğrudan bir sonucu olarak meydana gelmiştir. Sonuç olarak, bu olayda A'nın ihmali davranışı ile meydana gelen ölüm neticesi arasında nedensellik bağı olmasına rağmen objektif isnadiyetin olmadığını kabul etmek gerekir⁸⁷⁰. Bu nedenle, meydana gelen ölüm bakımından A'nın ceza sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olmadığını düşünmekteyiz.

Olay 2: T alkollü bir vaziyette araç kullanırken yaya F'ye çarpar. Araçtan inen T, F'nin ölümcül bir yara aldığını ve tıbbi yardıma ihtiyacı olduğunu görür. Yardım etme imkânı olmasına rağmen ehliyetini kaybedeceğini düşünerek (kasten) yardım etmez ve yoluna devam eder. T olay yerini terk ettikten hemen sonra olay yerinde geçmekte olan Ü derhal yaralı F'ye müdahale eder ve ambulans çağırır⁸⁷¹:

İhtimal 1: Yapılan otopsi incelemesinde; F'nin çarpmadan hemen sonra hastaneye kaldırılrsa dahi yaşama şansının olmadığı tıbben tespit edilmiştir. Bu durumda T, icrai davranışı nedeniyle (basit ya da bilinçli taksir ya da olası kastla) öldürmeden sorumlu olur. Bu ihtimalde T, görünüşte ihmali suç nedeniyle sorumlu tutulamaz. Çünkü T'nin ihmali davranışı ile ölüm neticesi arasında nedensellik ilişkisi kurulamaz. Bununla beraber T'nin “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden (TCK m. 98)” ya da ihmali davranışla öldürmeye teşebbüsten sorumlu olup olmayacağı tartışılabilir. Bu konuya ilişkin tartışmalar çalışmanın son bölümünde, teşebbüs ve içtima başlıkları altında yapılacaktır.

İhtimal 2: Yapılan otopsi incelemesi sonucunda; F'nin kazadan hemen sonra hastaneye kaldırılması halinde düşük de olsa hayatta kalma ihtimali olduğu tespit

⁸⁷⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 191.

⁸⁷¹ “Sanığın 13.6.2009 günü saat 03:45 sıralarında kapalı kasa kamyonetle Manavgat istikametine seyri sırasında, Çavuşköy yol kavşağına yaklaştığında, seyir istikametine göre yolun sağından karşıya geçmek isteyen yaya A. A.'ya çarparak kaçtığı olayda;

Olay günü saat 04:36 sıralarında tanık R.P. tarafından tesadüfen bulunarak hastaneye kaldırılan A.A.'nın tedaviye yanıt vermeyerek 16.6.2009 tarihinde öldüğü, olay yerinden kaçtıktan sonra kazalı aracı damadına ait garaja koyup, bir süre sonra tamir ettirmeye çalışan, başaramayınca da 5.7.2009 tarihinde Jandarma'ya teslim olmuş bulunan sanığın 13.10.2009 tarihli duruşmadaki ifadesinde “Kızılot mevkiinde aniden önüme bir kişi çıktı. Ne olduğunu anlayamadan ben şahsa çarptım. Sonra paniklediğim için olay yerinden kaçtım” şeklinde beyanda bulunmuş olması nazara alındığında sanığın eyleminin T.C.K.nın 83. maddesinde düzenlenen ihmali davranışla kasten öldürme suçunu oluşturma olasılığı bulunduğu, bu suçtan yargılama yapma ve delil takdirinin Ağır Ceza Mahkemesine ait bulunduğu gözetilerek görevsizlik kararı verilmesi gerekirken yargılamaya devamlı yazılı şekilde hüküm kurulması”... **Yargıtay 12. C.D. E. 2012/24745, K. 2013/15126, T. 4.6.2013.**

Kanaatimizce bu olayda esas olarak tespit edilmesi gereken husus, kazadan yaklaşık 50 dakika sonra hastaneye kaldırılan mağdurun, 50 dakika önce hastaneye yetiştirilmesi durumunda yaşama ihtimalinin olup olmadığıdır. Yapılan incelemede, mağdur 50 dakika önce hastaneye yetiştirilmiş olsa idi, düşük de olsa yaşama ihtimali söz konusu ise, failin ihmali davranışı ile ölüm arasında nedensellik ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir.

edilir. Bu durumda ise, T'nin ihmali davranışı ile netice arasında nedensellik ilişkisi kurulur. Bununla beraber, T'nin hemen ardından olay yerine gelen üçüncü kişi F'yi hastaneye kaldırmış ancak F yine de kurtarılamamış ve hayatını kaybetmiştir. Bu durumda her ne kadar T'nin ihmali ile F'nin ölümü arasında nedensellik ilişkisi kurulsa da, kanaatimizce netice T'ye objektif olarak isnat edilemeyecektir. Çünkü T ayrıldıktan hemen sonra olay yerine gelen üçüncü kişi, F'yi hastaneye kaldırmış ancak F buna rağmen hayatını kaybetmiştir. Meydana gelen netice T'nin ihmali davranışının doğrudan bir sonucu olmadığına kabulü gerekir. Bu ihtimalde T'ye ihmali davranışından dolayı ölüm neticesi yüklenemez. Bu durumda T, taksirli ya da kasten icrai davranışla öldürme veya ihmali davranışla öldürmeye teşebbüs hükümlerince, içtima kuralları çerçevesinde cezalandırılabilir.

İhtimal 3: Yapılan otopsi incelemesinde, F'nin çarpmadan hemen sonra hastaneye kaldırılması halinde düşük de olsa yaşama ihtimalinin olduğu tespit edilmiştir. Böyle bir ihtimalde, T'nin ihmali davranışı ile netice arasında nedensellik bağı vardır. Yine adli tıp raporunda; T'nin ardından olay yerine gelen Ü F'yi hastaneye kaldırmış ise de, Ü'nün olay yerine gelmesiyle kaza arasında geçen sürenin F'nin kurtulma ihtimalini önemli ölçüde azalttığı tespit edilmiştir⁸⁷². Dolayısıyla bu ihtimalde, T'nin ihmali davranışı ile ölüm neticesi arasında hem nedensellik hem de objektif isnadiyet söz konusudur. Çünkü T'nin ihmali davranışı F'nin hayatta kalma imkânını hatırı sayılır oranda azaltmıştır. Bu nedenle T, ihmali davranışı nedeniyle meydana gelen ölümden sorumlu olacaktır.

İhtimal 4: F'nin acil yardım alması halinde yaşama ihtimali olmasına rağmen T yardım etmemiş ve yoluna devam etmiştir. Kazadan kısa bir süre sonra olay yerinden geçmekte olan üçüncü kişi durumu farketmiş ambulans çağırıştır. Ancak F'yi taşıyan ambulans hastaneye giderken yolda trafik kazası yapmış ve F bu kazanın etkisiyle hayatını kaybetmiştir. Bu durumda ise ölüm neticesinin T'ye isnad edilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde F hastaneye kaldırıldıktan sonra çıkan yangından zehirlenerek, ameliyat esnasında hekimin yaptığı hata, tedavi sırasında hemşirenin

⁸⁷² Burada yapılan şey ihmalin nedenselliğini açıklayan yaklaşımlardan “*rizikonun azaltılmaması teorisinin*” izlediği yöntemle örtüşmektedir. Ancak dikkat edilmelidir ki; bu yaklaşımın nedensellik bağının tespiti noktasında kullandığı kriteri nedenselliğin tespitinde değil, objektif isnadiyetin tespitinde kullanılmaktadır. Zaten “*rizikonun azaltılmaması teorisi*” günümüzde bir nedensellik teorisinden ziyade bir objektif isnadiyet uygulaması olarak kabul edilmektedir. Bkz. Gropp, kn. 94, s. 146 v.d. Rolf Schmidt, kn. 171, s. 65 v.d.

verdiği yanlış ilaç ya da bizzat kendisinin tedaviyi reddetmesi nedeniyle hayatını kaybetmişse artık ölüm neticesi fail T'ye objektif olarak isnat edilemeyecektir⁸⁷³. Bu tip durumlarda (ihmalî suçlara teşebbüs kabul edilirse) fail ancak teşebbüs hükümlerinden dolayı cezalandırılabilir.

Olay 3: Bir silah koleksiyoncusu; mevzuat ve objektif dikkat ve özen yükümlülüğü uyarınca silahlarını kilitli bir yerde saklaması gerekirken bunu yapmaz.

İhtimal 1: Koleksiyoncunun küçük oğlu silahlardan birini alarak başkalarını yaralar veya öldürür.

İhtimal 2: Koleksiyoncunun küçük oğlu silahlardan birini alarak kendisini öldürür veya yaralar.

Alman doktrininde, bu olay bakımından her iki ihtimalde de neticenin faile objektif olarak isnad edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁷⁴. Kanaatimizce, böyle bir olay bakımından meydana gelen ölüm neticesinin silah koleksiyoncusuna isnad edilip edilemeyeceği noktasında, somut olayın özelliklerine göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Şöyle ki; koleksiyoncunun oğlu yaş itibarıyla belirli bir olgunlukta olmasına rağmen bu silahları kullanarak bir suç işlemişse, artık ölüm neticesini koleksiyoncuya isnad etmemek gerekir. Bununla birlikte, çocuk yaş itibarıyla küçükse ve daha önceden silahlarla oynamaya yönelik girişimlerde bulunmuşsa, bu durumu bilen koleksiyoncunun hala silahları güvenli bir yere koymaması, meydana gelen ölüm neticesini koleksiyoncuya isnad etmek için yeterli olabilir.

Çocuğun silahla kendisini öldürmesine yönelik ikinci ihtimalde, silah koleksiyoncusu ebeveyn çift yönlü garantör olduğundan, taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir. Çünkü bu durumda, garantör konumunda bulunan silah koleksiyoncusu ebeveyn, hem “koruma” hem de “gözetim” yükümlülüğü altındadır. Başkaları bakımından tehlike arz eden silahlar bakımından “gözetim yükümlülüğü” altındayken çocuk bakımından “koruma yükümlülüğü” altındadır. Bu nedenle, böyle bir ihtimalde failin takirle işlenmiş ihmalî davranışla öldürmeden sorumluluğu gündeme gelebilir. Özellikle çocuğun yaşça küçük olduğu durumlarda, failin silahları iyi saklamamasından ziyade,

⁸⁷³ Rengier, kn. 25, s. 469.

⁸⁷⁴ Rengier, kn. 25, s. 469.

çocuğuna yönelik koruma garantörlüğüne uygun davranmaması nedeniyle sorumluluğu tartışılacaktır.

Bu tip olayların incelenmesinde dikkat edilmesi gereken başkaca hususlar da vardır. Koleksiyoncunun silahları “*kilitli bir yerde muhafaza altına almaması*” ihmali bir davranıştır. Fail, silahları bilerek ve isteyerek muhafaza altına almamış olabileceği gibi (kasten); gerekli dikkat ve özeni göstermediği için, bir başka ifadeyle, öngörmesi gereken olumsuz neticeyi öngöremediği için de silahları muhafaza altına almamış (taksir) olabilir. Dolayısıyla, somut olayda failin gerçekleştirdiği fiilin ihmali olduğu noktasında bir tartışma olmamakla beraber, failin manevi unsurunun ayrıca tespit edilmelidir. Eğer fail ihmali davranışı kasten gerçekleştiriyor ise, meydana gelen neticeyi faile objektif olarak isnat etme hususunda bir problemle karşılaşılmayacaktır. Dolayısıyla burada yapılan objektif isnadiyet tartışması, ihmali suçlara özgü olmaktan ziyade taksir manevi unsuruna ilişkin görünmektedir.

Olay 4: Polis memuru P’nin eşi E, psikolojik sorunları nedeniyle intihara meyillidir. Olay günü yine bunalıma giren E, P’nin evdeki sehpa üzerine bıraktığı silahı alır ve intihar eder⁸⁷⁵.

Bu olayda suç tipinin ne olduğu tartışmasını bir kenara bırakacak olursak⁸⁷⁶ meydana gelen ölüm neticesi bakımından P’nin ihmali davranışının hem nedensel olduğu hem de P’ye objektif olarak isnad edilebileceğini düşünmekteyiz. Çünkü P, tipik neticenin

⁸⁷⁵ “Polis memuru olarak görev yapan sanığın, son 5-6 yıldır depresyon hastası eşi ile eşinin babasının köyde bulunan evine gittikleri, sanığın silahını yanında dolu şarjörü ile birlikte odalardan birinde koltuğun üzerine bıraktığı, ev halkı balkonda ve bahçede bulunurken ölenin eve girip eşinin koltuk üzerinde bulunan silahına şarjörü takıp başına bir el ateş ederek öldüğü olayda; sanığın ölü muayenesi sırasında verdiği ifadesinde; eşinin depresyon hastası olduğunu, olay günü eşinin rahatsızlığı nedeniyle psikiyatri bölümünde muayene olduğunu, doktorunun yatış önerdiğini ancak eşinin kabul etmemesi üzerine eşinin babasının köyde bulunan evine gittiklerini, eşinin daha önce yine kendi silahı ile iki kez intihara teşebbüs ettiğini, bu nedenle silahı eşinden sakladığını ve mermileri cebinde taşıdığını, hastaneden geldikten sonra cebinde taşıdığı mermileri şarjöre yerleştirerek silahı ve şarjörünü ayrı vaziyette odalardan birindeki koltuğun üzerine koyduğunu, eşinin şarjörün silaha nasıl takıldığını bildiğini beyan ettiği dikkate alındığında; sanığın eşinin hastalığının aktif döneminde intihara teşebbüs edebileceğini öngörebileceği ve eşinin silah kullanmayı bildiği halde dolu şarjör ve silahı herkesin kolayca ulaşabileceği bir yere bırakarak bilinçli taksirle hareket ettiği anlaşılmakla; sanık hakkında bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında isabetsizlik görülmemiş olup tebliğnamede bozma öneren görüşe iştirak edilmemiştir.

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanığın ve müdafinin yerinde görülmemeyen sair temyiz itirazlarının reddine”... **Yargıtay 12. C.D. E. 2013/21595, K. 2014/12058, T. 16.05.2014.**

⁸⁷⁶ Olay bakımından ihmali suretle öldürme mi yoksa intihara yönlendirme suçunun mu oluşacağı tartışmaya açıktır.

gerçekleşmesine yönelik öngörü sahibidir ve garantör olduğu noktasında da herhangi bir şüphe yoktur. Dolayısıyla ölüm neticesi failin ihmali davranışının doğrudan bir sonucudur.

Olay 5: 16 yaşında olan Ç, babasının ortada bıraktığı otomobilin anahtarını ondan habersizce alır ve araçla trafiğe çıkar. Bu esnada aşırı hız yapan Ç, direksiyon hâkimiyetini kaybeder ve iki kişinin ölümüne neden olur.

Somut olay bakımından babanın ihmali bir davranışının olduğu noktasında bir şüphe yoktur. Yine baba, kanundan kaynaklanan garantörlükten dolayı çocuğuna yönelecek tehlikeleri önleme noktasında “koruma”; çocuktan üçüncü kişilere yönelecek tehlikeler bakımından ise “gözetim” garantörüdür⁸⁷⁷. Keza baba, aracın sahibi olmasından dolayı kanundan kaynaklı “gözetim” yükümlülüğü altındadır. Sonuç olarak baba; mevzuat gereği çocuğa yönelecek tehlikeler bakımından “koruma”, çocuktan ve araçtan üçüncü kişilere yönelecek tehlikeler bakımından ise “gözetim” yükümlülüsüdür. Dolayısıyla somut olayda babanın garantör olduğu hususunda hiçbir tereddüt yoktur.

Bu bakımdan olayda ceza hukuku sorumluluğunun bir neticeye bağlanabilmesi için nedensellik ve objektif isnadiyet üzerinde durmak gerekir. Baba, “*anahtarların çocuğun eline geçmemesi için gerekli tedbirleri almış olsaydı, iki kişi ezilerek hayatını kaybetmeyecekti*” diyebiliriz. Bu nedenle babanın ihmali davranışı ile meydana gelen ölüm neticeleri arasında nedensellik ilişkisi vardır. Baba, olay bakımından gerekli dikkat ve özeni göstermemiş, dolayısıyla manevi unsur olarak taksirle hareket etmiştir. Nihayetinde bu olay bakımından babanın ceza hukuku sorumluluğunun olup olmadığı, “*ölüm neticesinin babaya objektif olarak isnad edilip edilemeyeceğine*” bağlıdır.

Kanaatimizce; eğer 16 yaşındaki çocuğun daha önceden arabayı kaçırmaması gibi birtakım girişimleri söz konusuysa, meydana gelen netice babaya objektif olarak isnad

⁸⁷⁷ Biz özellikle kusur yeteneği var kabul edilen çocuklar bakımından ebeveynlerin gözetim yükümlülüğü altında olduğu yaklaşımına mesafeli yaklaşıyoruz. Kusur yeteneği gelişmiş olan çocuklar bakımından ebeveynlerin garantör olduğu kabul edilse bile, özellikle çocukların kasten işledikleri suçlar bakımından ebeveynlerin ihmali sorumluluğuna gidilemeyeceği kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle, kusur yetenekleri olmasına rağmen yetişkin olmayan çocuklar bakımından ebeveynler koruma garantörü olarak kabul edilebilir ise de gözetim garantörü olarak kabul edilmemelidir.

edilebilecektir. Ancak daha önceden böyle bir olay yaşanmamışsa, baba bakımından bu olayda objektif isnadiyetin olmadığını kabul etmek gerekir⁸⁷⁸.

Sonuç olarak, görünüşte ihmali suçlarda objektif isnadiyete ilişkin genel bir teorik kural koymak pek mümkün görünmemektedir. Bu bakımdan, meydana gelen neticenin ihmali davranış failine objektif olarak isnad edilip edilemeyeceği değerlendirmesi, her somut olayın kendi şartları içerisinde yargılama makamı tarafından bizzat yapılacaktır. Bununla beraber; özellikle taksirli ihmali davranışların akabinde gerçekleştirilen kasıtlı icrai suçlar söz konusu olduğunda, kural olarak tipik neticenin ihmali suç failine objektif olarak isnad edilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü bu tip durumlarda meydana gelen netice taksirli ihmali davranışın doğrudan bir sonucu olmaktan ziyade, meydana getirilen kasıtlı icrai davranışın doğrudan bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

3.5.2. Manevi Unsurlar

Suçun manevi unsuru, fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eder ve bu bağ tesis edilmeden gerçekleştirilen fiiller suç niteliği taşımaz⁸⁷⁹. Tam bu noktada hemen belirtmek gerekir ki; hem günümüz ceza hukuku doktrini hem de TCK, suçun manevi unsuruyla kusurluluğu birbirinden ayırmaktadır. Genel olarak kast ve taksirden ibaret olan suçun manevi unsuru, suç oluşturan fiil ile faili arasındaki sübjektif bağı ifade eder. Bununla birlikte kusurluluk, işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanması noktasındaki yargıyı ifade etmektedir⁸⁸⁰. Dolayısıyla suçun manevi unsuru ile kusurluluk birbirinden farklı iki kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Suçun manevi unsuru, kural olarak kasttır. Bu durum TCK m. 21/1’de “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” şeklinde ifade edilmiştir. Taksirli suçlar ise istisnai sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır. “*Taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” (TCK m. 22/1). Dolayısıyla taksir; suçun istisnai bir manevi unsurudur. Bunun bir sonucu olarak da taksirli fiiller ancak kanunda açıkça düzenlenmiş olması halinde cezalandırılır (Alman CK m. 15, TCK m. 22/1).

⁸⁷⁸ Bu durumda meydana gelen neticenin öngörülebilir olmadığından bahisle, babanın taksirinin dahi olmadığı sonucuna varmak mümkündür. Aslında iki yaklaşımdan hangisinin tercih edileceği hususunda içine düşülen ikilem, doğrudan ihmali suçlara ilişkin değildir. Söz konusu ikilem, taksir kavramına yüklenecek anlamdan kaynaklanmaktadır. Hakeza aynı ikilem taksirli - icrai fiiller bakımından da geçerlidir.

⁸⁷⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 242. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 144.

⁸⁸⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 242.

3.5.2.1. Kast

İhmali suçlarda kastın içeriğinin ne olduğuna yönelik farklı yaklaşımlar söz konusudur. Bazı Gai Hareket Teorisi taraftarlarının savunduğu ancak doktrinde azınlıkta kalan görüş; kastın daima gerçekleştirmeye yönelik bir irade olduğunu, ihmalde ise failin hareketsiz kaldığını, dolayısıyla ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi bir kasttan bahsedilemeyeceğini ileri sürmektedir⁸⁸¹. Bu görüşü reddeden doktrindeki baskın görüş ise; ihmali suçlarda kastın, “*failin suçun maddi unsurlarını bilerek hareketsiz kalması ve kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmemeye yönelik karar alması*” şeklinde tezahür ettiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce de ihmali suçlarda kast, baskın görüşün açıkladığı şekilde ihmali suçun tüm maddi unsurlarının bilinmesinde tezahür eder. Özellikle, bizim gibi ihmali davranışın ontik bir özünü kabul edenler için, icrai suçlarda kast için geçerli olan prensiplerden ihmali suçlar bakımından ayrılmayı gerektirecek esaslı bir neden yoktur. Bu nedenle, “*ihmali suçlarda iradi bir davranıştan bahsedilemeyeceği*” şeklindeki görüşe⁸⁸² katılmamaktayız. Böyle bir kabul her şeyden önce, “*iradi olmayan bir davranışın ceza hukukuna konu olamayacağı*” genel prensibiyle bağdaşmayacaktır. Dolayısıyla icrai suçlarda aktif hareket iradi iken ihmali suçlarda ise yapılmayan yani pasif davranış iradidir. İster icrai ister ihmali olsun, iradi nitelikte yani yönlendirici insan iradesinin ürünü olmayan bir insan davranışı fiil olarak telakki edilemez ve ceza hukuku sorumluluğuna esas alınamaz.

İhmali davranışın “*gai olamayacağı*” tezine de katılmıyoruz. İhmali davranışın da tıpkı icrai davranış gibi belirli bir amaca yönelmesi mümkündür. Özellikle kasten gerçekleştirilen ihmali davranışlarda gailik, tıpkı icrai suçlardaki gibi kolayca tespit edilebilir. İhmalin gailiğine ilişkin esas tartışma ve belirsizlik, taksirli ihmali davranışlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak sık sık vurguladığımız üzere, bu esaslı problem ihmali davranışın vasfından değil, bizatihi taksirin yapısından kaynaklanmaktadır. Bu tartışma çok büyük ölçüde taksirli icrai fiiller bakımından da geçerli olduğundan, kanaatimizce bu tartışmanın çözümü ihmali suçların değil, taksirli suçların konusunu oluşturmaktadır.

⁸⁸¹ Bu görüştekiler için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 236 - 237.

⁸⁸² Koca ve Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 145.

TCK'da kast; “suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi” şeklinde tanımlanmıştır (m. 21/1 - 2. cümle). Dolayısıyla suçun maddi unsurları kapsamında kalan her şey kasta dâhildir⁸⁸³. Bu bakımdan, ihmali suçların genel yapısında nelerin maddi unsur olarak nitelendirileceği önem kazanmaktadır. Örneğin garantörlük, suçun maddi unsurları içerisinde mütalaa edildiğinden kast kapsamındadır. İhmali suçlara özgü unsurların hukuki niteliğinin ne olduğu, özellikle hata hallerinde daha da önemli bir hal almaktadır.

Görünüşte ihmali suçlar bakımından ortaya çıkan birçok teorik ve pratik problemin çözümü noktasında, bu tip suçlarda neticenin bir “*objektif cezalandırılabilme şartı*”⁸⁸⁴ olarak kabul edilmesi düşünülebilir. Ancak böyle bir kabul halinde, saf ihmali suçlar ile görünüşte ihmali suçlar arasındaki ayrım, salt olarak gerçekleşmesi tamamen objektif nitelikte olan bu şarta indirgenmiş olur. Dolayısıyla, gerçekleştirilen ihmali davranışın tipik neticeye sebebiyet vereceğine yönelik kastın aranmaması, ceza adaleti ve suç teorisi bakımından daha ciddi sorunlara yol açacaktır. Böyle bir kabulde, tüm görünüşte ihmali suçlar “*sırf davranış suçu*” haline getirilerek, neticeye yönelen kasti irade ve dolayısıyla neticenin haksızlığı göz ardı edilmiş olacaktır. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlar bakımından netice, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi maddi bir unsur olarak kabul edilmelidir. Görünüşte ihmali suçlarda failin kastı, suçun diğer maddi unsurlarıyla birlikte tipik neticeyi de kapsamalıdır. Bu yöndeki kabul, ihmali davranışın gailiğini sağlayacağı gibi, ihmali suç tipinin kasten mi yoksa taksirle mi işlendiği ayrımını da mümkün kılacaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, somut olayda failin kastından bahsedebilmek için, ihmali davranışının bizatihi kendisi ile diğer tüm maddi unsurların (garantörlük, konu, mağdur, nedensellik bağı⁸⁸⁵ ve varsa nitelikli haller) bilinmesi gerekir. Maddi unsurların herhangi biri bakımından hataya düşülmesi failin kastını kaldıracağından,

⁸⁸³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 246.

⁸⁸⁴ Objektif cezalandırılabilme şartlarının hukuki mahiyeti ve konuya ilişkin teorik tartışmaların ayrıntıları için bkz. İlhan Üzümez ve Ahmet Hulusi Akkaş, “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilme Şartları”, *ERÜHFD*, c. II, sa. 1 - 2, y. 2007, s. 71 - 87. Elif Bekar, Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanununda Yer Alan Suçlar, İstanbul: Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, No: 12, 2017. Ersoy, “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”, s. 203 - 250.

⁸⁸⁵ İhmali suçlara ilişkin baskın görüş olan “*varsayımsal nedensellik*” yaklaşımı kabul edildiği takdirde, failin bilgisinin, kurtarmaya yönelik fiilin neticesinin “*kesinliğe yakın bir ihtimalde*” olduğunu da kapsamaya gerekeceğinden, kastın kapsamını belirlemek oldukça zorlaşmaktadır. Rengier, kn. 36, s. 471.

ancak ilgili suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş ise ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

Nihai olarak ihmali suçlarda kast, suçun tüm maddi unsurlarını kapsamalıdır⁸⁸⁶. Garantör konumundaki fail, istenmeyen neticeyi engelleyebilecek davranışlardan birini gerçekleştirme imkânına sahip olmasına rağmen meydana gelecek neticeyi de bilerek hareketsiz kalmış ya da tipik neticenin gerçekleşmesini öngörmesine rağmen en azından rıza göstermişse ihmali suç bakımından (olası) kastı söz konusudur⁸⁸⁷. Bu bakımdan failin kastı; mağduru, fiili, konuyu, neticeyi, nedensellik bağı ve garantörlüğü doğuran maddi ilişkiyi de kapsamalıdır⁸⁸⁸. Fail, gerçekleştirdiği ihmali davranışın tipik neticesini ya bilmeli ya da öngörmesine rağmen kabullenmiş olmalıdır. Tipik neticeyi bilmesi halinde failin doğrudan kastından, öngörmesine rağmen kabullenmesi halinde ise olası kastından bahsedilecektir.

Örneğin; acil serviste görevli hekim, baş ağrısı şikâyetiyle gelen hastayı kabaca muayene ettikten sonra ciddi bir şeyinin olmadığını düşünerek evine gönderir. Bununla beraber hasta aslında beyin kanaması geçirmektedir ve derhal müdahale edilmediği için evinde hayatını kaybeder. Burada hekimin ihmali davranışı neticesinde, yani gerekli tetkikleri yapmayıp müdahalede etmemesi nedeniyle hasta ölmüştür. Ancak bu olayda, ölüm neticesi bakımından hekimin kastından bahsetmek mümkün değildir. Çünkü hekim hastanın beyin kanaması geçirdiğini ve dolayısıyla da öleceğini bilmemekte veya öngörmemektedir. Bununla beraber hekim yapması gereken tetkikleri yapmamış ve kendisine düşen özen yükümlülüğüne aykırı davranarak (taksir) hastaya müdahale etmemiştir (ihmal). Dolayısıyla böyle bir olayda hekimin ancak ihmali - taksirli davranışı nedeniyle sorumluluğuna gidilebilir.

İki - üç yaşlarındaki çocuğunun balkona çıktığını görmesine rağmen balkondaki korkuluklara güvenerek ona engel olmayan annenin, çocuğun korkuluklar arasından sıyrılarak düşmesi ve yaralanması olayı bakımından kastından bahsedilemez. Çünkü annenin tipik neticeye yönelik bir bilgisi veya kabullenmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla bu olayda annenin ancak taksirli ihmali sorumluluğu gündeme gelebilir.

⁸⁸⁶ Paul Bockelmann ve Klaus Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil, München: 1987, 4. Neubearbeitete Auflage, s. 143.

⁸⁸⁷ Rengier, kn. 35, s. 471.

⁸⁸⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 241.

Garantörlük de suçun bir maddi unsuru olduğundan, kast kapsamına dâhildir⁸⁸⁹. Bu nedenle somut olayda fail; kendisini garantör yapan somut vakıayı, ilişkiyi ya da durumu bilmelidir. Bu konulardaki bilgisizlik, “suçun maddi unsurlarında hata” olarak değerlendirilecektir. Örneğin, boğulmakta olanın kendi çocuğu olduğunu bilmediğinden kurtarmaya yönelmeyen ebeveynin kastından bahsedilemez. Çünkü fail kendisini garantör yapan maddi vakıayı - ilişkiyi bilmemektedir.

Buna karşılık; garantörlük ya da hareket yükümlülüğü üzerindeki “*değerlendirme hatası*” maddi unsurlara ilişkin olmadığından, unsur hatası olarak değil bir “*emir hatası*” olarak kabul edilecektir⁸⁹⁰. Çünkü neticeyi önleme yükümlülüğü fiilin genel değerlendirilmesiyle alakalıdır ve bu nedenle kusura ilişkindir⁸⁹¹. Daha somut bir örnekle açıklamak gerekirse; boğulmakta olan kişinin kendi çocuğu olduğunu bilmeyen garantörün kastı kalkar. Buna karşılık; boğulmakta olanın çocuğu olduğunu bilmesine rağmen, çocuğunu kurtarmaya yönelik bir yükümlülüğü olmadığını düşünen garantörün hatası kastı değil kusurluluğunu etkiler⁸⁹².

BGH da 1961 yılında verdiği bir kararla; “*garantörlük durumu (Garantenstellung)*” ile “*garantörlük yükümlülüğü (Garantenpflicht)*” arasında ayırım yapmış ve “*garantörlük durumunun (Garantenstellung)*” ihmali suçun tipikliğine, “*garantörlük yükümlülüğünün (Garantenpflicht)*” ise hukuka aykırılığa dâhil olduğuna kanaat getirmiştir⁸⁹³.

Olay⁸⁹⁴: F, kadın M’nin boğulmakta olduğunu görür. F’nin botla M’ye yardım ederek onu kurtarması makul bir yoldur. Ama F oralı olmaz ve M boğulur. Bu olaydaki üç ihtimali kast ve hata bağlamında ayrı ayrı değerlendirmek gerekir.

İhtimal 1: Güneş F’nin gözünü aldığı için boğulmakta olan kişinin karısı olduğunu fark etmemiştir.

Bu ihtimalde fail F, teminat yükümlüsü yani garantör olduğunu bilmemektedir. Bu nedenle ihmali suretle kasten öldürme (Alman CK m. 212 ve m. 13 - TCK m. 83) suçu bakımından “*unsur yanılığı*” söz konusudur (Alman CK m. 16/1 - TCK m. 30/1).

⁸⁸⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 241.

⁸⁹⁰ Emir hatası; icrai suçlar bakımından kullanılan yasak hatasının ihmali suçlardaki karşılığı olarak kullanılmaktadır.

⁸⁹¹ BGHSt 16, 155 ff, bkz. Roxin, Strafrecht AT, Band II, kn. 191, s. 686 - 687.

⁸⁹² Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 145.

⁸⁹³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 241.

⁸⁹⁴ Rengier, s. 461 - 462.

Burada failin ihmali davranışı nedeniyle ancak taksirli sorumluluğuna gidilebilir (Alman CK m. 16/1 - 2. cümle ve TCK m. 30/1 - 2. cümle). Bu durumda failin “*yardım etmeme suçu*” (Alman CK m. 323c - TCK m. 98) bakımından sorumluluğu da gündeme gelir⁸⁹⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus, failin kastının kalkması için maddi bir bilgi eksikliğinin yani maddi bir yanılginın olması gerektiğidir. Çünkü bu tip durumlarda fail; suçun konusu ya da mağduru gibi maddi bir unsur/olgu açısından hataya düşmektedir. Dolayısıyla failin hatası maddi bir vakıaya ilişkin olduğundan kastı etkiler.

İhtimal 2: F boğulmakta olanın karısı M olduğunu bilmekte, ancak son zamanlarda aralarının bozuk olması nedeniyle karısına “*yardım etmekle yükümlü olmadığını*” düşünmektedir.

Son zamanlarda yaşadıkları tartışmalar nedeniyle M ile arasının bozuk olması, fail F’nin teminat yükümlülüğünü, yani garantörlüğünü ortadan kaldırmaz. F, maddi olayın yani boğulmakta olanın karısı olduğunun idrakinde olduğundan teminat yükümlülüğü de peşi sıra gelmektedir. Bu bakımdan (Alman CK m. 212 ve 13 - TCK m. 83 uyarınca) kasten ihmali suretle öldürme suçu söz konusudur. Bununla birlikte şartları oluşmuşsa “*haksızlık yanılması (TCK m. 30/4)*” hükümleri uygulanabilir. Örneğin fail, Medeni Kanun’a göre verilen “*ayrılık*” kararını “*boşanma*” olarak yorumlamış ve dolayısıyla da boğulmakta olanın artık karısı olmadığını düşündüğünden olaya müdahale etmemiş ise haksızlık yanılması (TCK m. 30/4, Alman CK m. 17) hükmü uygulanabilir⁸⁹⁶.

İhtimal 3: Koca o anki paniklemeden dolayı, aslında boğulmakta olan başkası olduğu halde karısı zanneder, ancak son zamanlarda aralarında vaki olan tartışmalar nedeniyle karısına yardım etme yükümlülüğünün olmadığını düşünür ve hareketsiz kalır.

Kanaatimizce bu ihtimalde, ortada gerçek manada bir garantörlük olmadığından, ihmali suretle kasten öldürme söz konusu olamaz. Burada “*garantörlük*” doğuran maddi vakıa gerçekte yoktur. Bunun bir yansıması olarak garantörün “*korumakla yükümlü olduğu bir kimse*” yani “*suçun konusu*” da yoktur. Bu ihtimalde, görünüşte ihmali suç bakımından “*işlenemez suçtan*” bahsetmek gerekir. Sonuç olarak, olayda ihmali suretle kasten öldürme suçunun maddi unsurları gerçekleşmediği için, failin ne

⁸⁹⁵ Rengier, kn. 38, s. 472.

⁸⁹⁶ Kindhäuser, kn. 34, s. 300.

kasten ne de taksirli sorumluluğuna gidilemeyeceğini düşünmekteyiz. Bu durumda fail ancak “yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme” suçundan sorumlu tutulabilir⁸⁹⁷. Bu ihtimale ilişkin Alman doktrindeki baskın görüş ise; failin olaydaki kadının eşi olduğunu zannettiği ve dolayısıyla garantör olduğunu bilmesine (düşünmesine) rağmen, harekete geçmediği için Alman CK 212, 13 ve 22 maddeleri uyarınca “ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten” sorumlu tutulması yönündedir⁸⁹⁸.

Suçun diğer maddi unsurlarına ilişkin hata, tıpkı garantörlüğe ilişkin maddi hatada olduğu gibi kastı kaldıracaktır. Örneğin; gece karanlığında ormanlık bir alanda aracıyla seyreden sürücü, bir yabani hayvana çarptığını düşünür ve etrafın da tehlikeli olduğunu düşünerek aracından inmez ve yola devam eder. Ancak sürücünün çarptığı şey bir hayvan değil insandır. Böyle bir durumda, suçun maddi unsurları bakımından hata söz konusu olacağından failin kastı kalkar. Çarptığı kişinin kan kaybı nedeniyle ölmesi halinde sürücü, “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” nedeniyle cezalandırılmaz. Failin taksirli sorumluluk hali ise saklıdır. Dolayısıyla fail “kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun davranıyordu çarptığı şeyin bir hayvan değil insan olduğunu tespit edebilirdi” diyebiliyorsa, taksirli sorumluluk gündeme gelir. Bununla birlikte bu ihtimalde, ölüm neticesi bakımından failin icrai davranışın mı yoksa ihmali davranışın mı esas alınacağı ayrı bir tartışma konusudur. Bu tartışma; çalışmamızın ilerleyen kısmında içtima başlığı altında bilahare yapılacaktır.

Görünüşte ihmali suçların olası kastla işlenmesi de kural olarak mümkündür. Örneğin TCK m. 83’te düzenlenen “ihmali davranışla öldürme suçu”, olası kastla da işlenebilir⁸⁹⁹. Kanaatimizce, bir ihmali suç tipinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği sorunu, tıpkı icrai suç tiplerinde olduğu gibi tipiklik özelinde çözümlenmelidir. Bununla beraber, kasten öldürmenin ihmali davranışla fakat olası kastla işlenmesi durumunda ne şekilde hareket edileceği hususunda TCK m. 83’te özel bir düzenlemenin olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

TCK m. 83/3:

⁸⁹⁷ Kindhäuser, kn. 33, s. 300.

⁸⁹⁸ Rengier, kn. 38, s. 472.

⁸⁹⁹ Gökcen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 20. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 144.

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

TCK'daki mevcut düzenlemede iki temel hususa dikkat çekmek gerekir. Her şeyden önce ilgili kanun hükmü “*ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasından*” bahsettiğine göre, kasten öldürme suçunun nitelikli hallerinin (TCK m. 82) bu suçun ihmali davranışla işlendiğinde de uygulanacağını kabul etmek gerekir. Bu yaklaşımın kanunilik ilkesine aykırılık oluşturacağı akla gelebilirse de, aksinin kabulü TCK m. 83/3 hükmünün uygulanmasını imkânsız kılacaktır. İhmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmına alınması, kanunilik ilkesi kapsamında ortaya çıkacak bu problemin de önüne geçecektir.

İkinci olarak, TCK m. 83/3'teki: “*Diğer hallerde ise oy yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası*” hükmündeki “*diğer hallerin*” neye işaret ettiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Kanaatimizce, bu ifadeyle işaret edilen şey; ihmali suretle kasten öldürme suçunun “*olası kastla*” işlenmesidir. TCK'nın olası kasta ilişkin temel düzenlemesi olan m. 21/2'deki ceza - indirim miktarları ile m. 83/3'teki ceza miktarları birlikte değerlendirildiğinde, bu çıkarımın isabetli olduğu anlaşılabacaktır.

Sonuç olarak; kasten öldürmenin ihmali davranışla fakat olası kastla işlenmesi durumunda sonuç ceza, doğrudan m. 83/3'ten (10 ila 15 yıl arasında) belirlenecek ve ayrıca TCK m. 21/2 bağlamında bir olası kast indirimi yapılmayacaktır⁹⁰⁰. Bu bakımdan failin TCK m. 82'de düzenlenen “*kasten öldürmenin nitelikli hallerini*” ihmali davranışla fakat olası kastla işlenmesi halinde sonuç ceza 15 yıla yaklaşmak suretiyle belirlenmeli, kasten öldürmenin temel şeklinin (TCK m. 81) ihmali davranışla fakat olası kastla işlenmesi halindeyse sonuç ceza mutlaka 15 yılın altına düşülerek belirlenmelidir. Aksi takdirde ceza adeleti bakımından bir orantısızlık ortaya çıkacaktır.

⁹⁰⁰ “Sanıklar hakkında; maktule yönelik ihmali davranışla kasten öldürme suçundan kurulan hükümlerde sanıklar hakkında TCK. nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast indirimi uygulanmış ise de; sanıklar hakkında maktule yönelik eylemlerinin TCK.nun 83. maddede düzenlenen kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu oluşturduğunun kabul edilmesi ve sanıklar hakkında TCK.nun 83. maddeye göre hüküm kurulması ile yetinilmesi gerekirken, suçun manevi unsuru bakımından birlikte uygulanma olanağı olmadığı halde sanıklar hakkında ayrıca TCK.nun 21/2. maddesinde düzenlenen olası kast hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini...”. **Yargıtay 1. C.D. E. 2016/3056, K. 2018/1201, T. 14.3.2018.**

Bu bağlamda TCK m. 83/3'ün sonunda yer alan “*cezada indirim de yapılmayabilir*” ibaresinin; sadece doğrudan kastla gerçekleştirilen fiilleri kapsayacağını, olası kastla gerçekleştirilen fiiller bakımından geçerli olmayacağını kabul etmek gerekir. Aksi takdirde, icrai fiille işlenen kasten öldürme suçları bakımından zorunlu olarak uygulanan olası kast indiriminin, genellikle haksızlık içeriğinin icrai suçlara nazaran daha az olduğu kabul edilen ihmali suçlarda uygulanmaması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır ki, bunun da kabul edilmesi mümkün değildir. Aslında bir suçun ihmali davranışla işlenmesi esaslarının TCK'nın genel hükümler kısmına alınması, bu noktada ortaya çıkan veya çıkabilecek tartışma ve tereddütleri de ortadan kaldıracak görünmektedir.

Nihayetinde somut bir olayda olası kastla gerçekleştirilen ihmali davranışla öldürme suçunun sübut bulması halinde, doğrudan TCK m. 83/3 uyarınca faile 10 ila 15 yıl arasında bir cezaya hükmedilmesi gerekir. 10 ila 15 yıl arasındaki ceza miktarı belirlenirken de ilgili fiilin TCK m. 81 kapsamında mı yoksa m. 82 kapsamında mı kaldığının da mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir.

3.5.2.2. Taksir

Suçun ikinci ve istisnai manevi unsuru olarak karşımıza “*taksir*” çıkmaktadır. “*Taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2)*”. “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır (TCK m. 22/3)*”. TCK'nın benimsemiş olduğu sistemde, taksirli suçun cezası basit taksire göre belirlenir ve eğer olayda bilinçli taksir söz konusuysa cezada artırımı gidilir.

Suç teorisi bakımından üzerinde en çok tartışılan konuların başında “*taksir*” gelmektedir. Taksirin kendine has yapısı nedeniyle içeriğinin nasıl belirleneceği, çoğu zaman esaslı teorik ve pratik problemleri de beraberinde getirmektedir. Taksire yönelik bu tartışmalar, ihmali davranışla işlenen fiiller bakımından daha da karmaşık bir hal almaktadır. Çünkü taksir ve ihmal kavramları, çoğu zaman birbirine karışabilmektedir. Hatta çalışmamızın ilk bölümünde ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere, özel hukukta bu iki kavram çoğu zaman birbiri yerine geçecek şekilde kullanılmaktadır. Ancak ceza hukukundaki genel yaklaşım; bu iki kavramın

birbirinden farklı olduğu, ihmalin suçun maddi unsuru olarak fiilin bir gerçekleştiriliş biçimi olmasına rağmen taksirin ise manevi unsur olarak suçun bir işleniş biçimi olduğu yönündedir⁹⁰¹. Dolayısıyla ceza hukukundaki baskın görüş, taksirli suçların ihmali davranışla da işlenebileceği yönündedir⁹⁰².

Günümüz ceza hukuku, taksir ve ihmalin birbirinden farklı iki kavram olduğu noktasında büyük oranda hemfikirdir. Bu görüş birliğine rağmen söz konusu iki kavram çoğu zaman birbiriyle karıştırılmaktadır⁹⁰³. İhmali fiile ilişkin sınırlandırma sorunu, özellikle taksirli suçlar bağlamında öne çıkmaktadır. Özellikle Türk uygulamasında ihmal ve taksir birbirine karıştırıldığından⁹⁰⁴, ihmali suçlara ilişkin hükümlerin (TCK m. 83, 88) uygulanması gereken olaylar bakımından, icrai davranışla taksirle öldürme ve yaralamaya ilişkin hükümler (TCK m. 85, 89) uygulanmaktadır. Böylece ihmali suçlara ilişkin kanuni düzenlemelerin uygulama alanları oldukça daraltılmaktadır⁹⁰⁵. Aslında bu durum çok da şaşırtıcı değildir. Çünkü her taksirli suç bir dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık içermektedir ve bu durum da çoğu zaman ihmali karakterize etmektedir⁹⁰⁶. Bu karışıklığın bir başka nedeni ise, TCK’da ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenlemenin olmamasıdır. Çünkü taksirli öldürme olaylarında, fiilin ihmali olduğuna yönelik bir kanaat oluştuğu takdirde TCK m. 85’in ihmali davranışla gerçekleştirilen fiilleri kapsayıp kapsamadığı ayrı bir tartışma konusu olacaktır. Dolayısıyla Türk uygulaması, bu tartışmalara

⁹⁰¹ Özgenç ve Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, s. 39.

⁹⁰² Hatta şu kadar ki; taksirli suçlara ilişkin düzenlemeler olan Alman CK m. 222 (fahrlässige Tötung - taksirle öldürme) ve m. 229 (fahrlässige Körperverletzung - taksirle yaralama) suçları dahi, Alman CK 13. maddedeki şartların gerçekleşmesi durumunda ihmali hareketle işlenebilir. Ancak özellikle taksirli görünüşte ihmali suçlar ihtiva ettikleri özellikten dolayı, taksirli suçlar çerçevesinde ayrıca tartışılmaktadır. Rengier, kn. 2, s. 462. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 246. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 242.

⁹⁰³ Ormerod ve Raid, s. 69.

⁹⁰⁴ Örneğin 5271 sayılı CMK m. 311 / 1 - b hükmü: “*Yemin verilerek dinlenmiş olan bir tanık veya bilirkişinin hükmü etkileyecek biçimde hükümlü aleyhine kasıt veya ihmal ile gerçek dışı tanıklıkta bulunduğu veya oy verdiği anlaşılırsa*”... şeklindedir. Doktrin, buradaki “ihmal” kavramından “taksirin” anlaşılması gerektiğini ifade edilmektedir. Neslihan Göktürk, “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”, GÜHFD, c. XX, sa. 1, y. 2016, s. 408. Dolayısıyla temel ceza kanunlarının da zaman zaman özel hukukta kullanılan ve ceza hukuku bakımından isabetli bulmadığımız bu yaklaşımdan etkilendiği görülmektedir.

⁹⁰⁵ Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 8.

⁹⁰⁶ Rengier, kn. 13, s. 459.

yakalanmamak adına, taksirli öldürme ve yaralama olaylarında ihmali tartışması yapmaktan kaçınıyor görünmektedir⁹⁰⁷.

Kanaatimizce de doktrinindeki baskın görüşün ifade ettiği gibi, teorik olarak taksirli suçların ihmali davranışla da işlenmesi mümkündür. Ancak, ihmali davranışa ilişkin olarak genel hükümler kısmında (Alman CK m. 13 gibi) bir düzenlemeye yer vermeyen kanunlar (örneğin TCK) bağlamında, taksirli suç tiplerinin ihmali davranışla

⁹⁰⁷ “Kasti veya taksirli hareketi ile mağdurun yardıma muhtaç hale gelmesine neden olan kişi, yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunun faili olamaz. Failin, kendi davranışı ile yardıma muhtaç hale gelen mağdura yardım etmesi ya da durumu ilgili makamlara bildirmesi gerekir ise de, aksi davranışta bulunması halinde yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçu oluşmaz. Bu durumda fail sadece kasten ya da taksirle işlediği suçtan veya koşulları olduğu takdirde TCK'nun 83. maddesindeki kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ya da TCK'nun 88. maddesindeki kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçlarından sorumlu olur. Bu açıklamalar ışığında uyuşmazlık konusu değerlendirildiğinde;

Ölen ... ile sanık ...'in önceden birbirlerini tanıdıkları, olay akşamı ölenin elinde biralarla gelerek, aracının içerisinde alkol alan sanık ...'den kendisini gezdirmesini istediği, önce tanık N.'in sanık ...'e ait araçla sanığı ve öleni gezdirdiği, bu esnada sanık ... ile ölenin bira içmeye devam ettikleri, daha sonra sanık ...'in önceden tanıdığı inceleme dışı sanık ...'yi telefonla arayarak kendisiyle birlikte olmak istediğini söylediği, tanık N.'in aracı ...'nin kaldığı otelin yakınlarında durdurup yanlarından ayrıldığı, ölenin ise sanık ...'in yanından ayrılmak istemediği ve ...'yi kendisinin de tanıdığını belirtip beraber gezebileceklerini söylediği, ölenin evine uğrayıp bira için bir miktar daha para aldıkları, daha sonra sanık ...'nin kaldığı otele giderek buradan 5 şişe bira alıp arabaya döndükleri, yanlarına ...'yi de alıp beraber araçla gezmeye başladıkları, bir ara yemek yedikten sonra sanık ...'in kullandığı araç ile tekrar dolaşmaya, araç içerisinde bira içmeye devam ettikleri, ... ile cinsel ilişkiye girme düşüncesinde olan sanık ...'in jandarma veya polis baskınına uğramamak için nispeten تنها bir bölge olan Bulduklu köyü civarındaki sulama kanalı boyunca devam eden toprak yolda ilerlediği ve toprak zeminle aynı seviyeye kadar suyla dolu olan, 4.9 metre derinliğindeki sulama kanalının 2.7 metre kenarına aracını park ettiği, aracın arka koltuğunda oturan ölenin ise uyuyakaldığı, ...'nin aracın arka koltuğunda sanık ...'le cinsel ilişkiye girme düşüncesiyle sanık ...'den öleni kaldırmasını istediği, ölene ismiyle hitap etmesine rağmen ölenin ses gelmeyince sanık ...'in aracının kanal tarafına bakan arka kapısını açtığı, öleni kolundan tutup dışarıya çıkardığı sırada, gerek alkolün gerekse uyku sersemliğinin etkisi altındaki ölenin kolunu sanığın elinden kurtarmak için hamle yaptığı sırada dengesini kaybederek içi su dolu kanala düşüp çırpınmaya başladığı, sanık ...'in ise ölene seslenip sudan çıkmasını istediği, ölenin akıntıya kapılıp kaybolduğu, olay yerinde bir süre daha bekleyen sanıkların arabayla olay yerinden ayrıldıkları, ilçe merkezine gelirken yolda aracı durdurup cinsel ilişkiye girdikleri, sanık ...'in diğer sanık ...'yi otele bıraktıktan sonra saat 04.19'da ilçe jandarma komutanlığına durumu bildirdiği, yaklaşık bir gün sonra bulunan ölenin kanında 1.54 promil alkole rastlandığı ve ölümün suda boğulma sonucu meydana geldiği anlaşılan olayda; sanık ... aracını yolla arasında herhangi bir engel bulunmayan sulama kanalının kenarında durdurduktan sonra, öncesinde birlikte dolaşıp alkol almaları sebebiyle alkolün ve aracın arka koltuğunda uyuyakalması sebebiyle de uykunun etkisi altında olduğunu bildiği ölenin mevcut durumu itibarıyla dengesini sağlayamayıp sulama kanalının içine düşebileceğini ve boğulabileceğini öngörmesi gerekirken, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak öleni araçtan çıkarmak suretiyle taksirle hareket etmiş, gerek uyku sersemliğinin gerekse aldığı alkolün etkisi altında olan ölenin dengesini kaybedip sulama kanalına düşmesine ve ölümüne sebebiyet vermiştir. Öte yandan, sanığın öleni kolundan tutup araçtan dışarıya çıkardığı sırada ölenin kolunu sanığın elinden kurtarmak için hamle yapmasıyla nedensellik bağının kesildiğinden de söz edilemez. Zira ölüm olayı, sanığın taksirli hareketleri ile uyku sersemliğinin ve alkolün etkisi altında olan ölenin kolunu sanığın elinden kurtarmak için yaptığı hareketin birleşmesi sonucu meydana gelmiş olup nedensellik bağı ortadan kalkmamıştır. Bu nedenle, yerel mahkemece sanığın taksirle öldürme suçundan cezalandırılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır”... YCGK. E. 2014/1-252, K. 2017/5, T. 17.1.2017.

işlendiğinde de cezalandırılıp cezalandırılmayacağı başlı başına bir tartışma konusu oluşturacaktır.

Tam bu noktada belirtmek gerekir ki; taksirli ihmali suçlar söz konusu olduğunda, hem Alman hem de Türk uygulaması çoğu zaman ihmali suçlara ilişkin temel hususları göz ardı etmekte ve bu tip uyuşmazlıklar “*icrai - taksirli*” fiiller gibi bir değerlendirmeye tabi tutmaktadır⁹⁰⁸. Bir başka ifadeyle, bu tip olaylarda ilgili fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğu tartışmalarına girilmeden doğrudan failin taksirinin bulunup bulunmadığı tartışılmakta ve bu tartışmanın sonucuna göre hüküm kurulmaktadır⁹⁰⁹. Ancak bu yaklaşım, suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı olduğu gibi, suç teorisinin genel esaslarına da aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü bir kimsenin taksirli - ihmali davranışından sorumlu tutulabilmesi için, ihmali suçlara özgü tüm maddi unsurların oluşması gerekir⁹¹⁰. Bunlardan en önemlisi de, failin teminat yükümlüsü yani garantör olmasıdır. Taksirli de olsa ihmali davranışı nedeniyle meydana gelen neticeden bir kimsenin sorumlu tutulabilmesi için garantör konumunda olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Dolayısıyla bu tip olaylarda; ilk olarak davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğu tespit edilmeli, akabinde suçun istisnai manevi unsuru olarak taksirin varlığı tartışılmalıdır.

TCK gibi genel hükümler kısmında, Alman CK m. 13 gibi ihmali suçlara ilişkin bir düzenleme olmayan kanunlar bakımından, “*taksirli - ihmali suçlar*” ciddi bir problem oluşturmaktadır. TCK’da “*kasten öldürme ve yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi (TCK m. 83 ve m. 88)*” suçları açıkça düzenlenmesine rağmen, bu suçların taksirli hali kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Dolayısıyla da bu suçları taksirli ihmali davranışla işleyen failerin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı, hem teorik hem de pratik bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kanaatimizce, bu suç tiplerinin taksirli ihmali davranışla işlendiğinde cezalandırılması, kanunilik ilkesiyle bağdaşmaz. Bu suç tiplerinin taksirli ihmali davranışla işlendiğinde cezalandırılması, hem TCK m. 2/1’deki “*kanunilik ilkesiyle*” hem de TCK 22/1’de ifade edilen “*taksirli fiillerin ancak kanunda açıkça belirtildiği*

⁹⁰⁸ İhmali hareketin mevcudiyeti noktasındaki tereddütler taksirin yapısından kaynaklanmaktadır ve bu nedenle bu tip durumlarda icrai hareketin varlığını kabul etmek gerekir. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 91.

⁹⁰⁹ “*Her taksirli icrai davranış zaten kasıtlı bir ihmal içerir*”. Jescheck ve Weigend, s. 604.

⁹¹⁰ Taksirli ihmali suçların unsurlarının ayrıntıları için bkz. Jäger, kn. 375, s. 379.

hallerde cezalandırılması” hükmüyle çelişmektedir. Her ne kadar TCK m. 83’ün gerekçesinde, ihmali suretle öldürme suçunun taksirle de işlenebileceği ve bu durumda failin taksirle öldürme suçundan cezalandırılacağı ifade edilmekteyse de⁹¹¹, teorik açıdan tamamen katıldığımız bu yaklaşımın TCK’daki mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında uygulanması sorun oluşturmaktadır⁹¹².

Tüm bu tartışmalar göz önüne alındığında, bazı somut olaylar bakımından doğabilecek boşlukları önlemek için, TCK m. 83’deki düzenlemenin gerekli formülasyon yapılarak TCK’nın genel hükümler kısmına aktarılması ya da taksirle öldürme ve yaralamayı düzenleyen kanun hükümlerine *“bu fiillerin ihmali suretle işlendiği takdirde de cezalandırılacağına yönelik düzenlemenin”* eklenmesini önermekteyiz.

İhmali suçlarda taksir, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak suçun maddi unsurlarını öngör(e)memesine dayanmaktadır. Dolayısıyla tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, ihmali suçlarda da taksir, yalnızca fiil unsuruna ilişkin değil, suçun tüm maddi unsurlarına yönelik olarak ortaya çıkabilir⁹¹³.

Bu bağlamda, taksirin ortaya çıkabileceği ilk maddi unsur fiildir. Yani *“failin maddi - fiziki olarak yapması mümkün olduğu halde yapmadığı ve tipik neticeyi engellemeye uygun davranış”* bakımından taksiri olabilir. Somut olayda aslında tipik neticeyi engellemeyecek bir davranış, fail tarafından neticeyi engelleyeceği düşünülerek icra edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, meydana gelen netice bakımından failin kastından bahsedilemez. Sadece şartları varsa failin taksirli sorumluluğuna gidilebilir. Örneğin, yaralıyı kurtarması için derhal ameliyat yapması gereken hekim, hatalı değerlendirme yapmış ve ilaç tedavisinin hastayı sağlığına kavuşturacağını düşünmüştür. Ancak ameliyat edilmesi gereken hasta ilaç tedavisine cevap vermemiş ve hasta hayatını kaybetmiştir. Böyle bir durumda hekimin kastından değil ancak taksirinden bahsedilebilir.

Kişinin maddi - fiziki olarak kurtarmaya yönelik fiili gerçekleştirebilecek durumda olması da fiil unsuruna dâhil olduğundan kast kapsamında mütalaa edilmelidir. Söz gelimi, denizde kıyıdan epey uzakta bir noktada boğulmakta olan çocuğunu gören

⁹¹¹ TCK m. 83 gerekçesi.

⁹¹² *“TCK’nın 83. maddesindeki suçun oluşabilmesi için failin kasten hareket etmiş olması gerekir. Bu suç olası kastla da işlenebilir; bu durumda cezasında indirim yapılır (m. 21/2). Ancak bu suç taksirle işlenemez”*. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 144.

⁹¹³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 243.

ebeveyn, yüzerek ona zamanında ulaşamayacağını düşündüğünden yardım etmeye yönelik harekete geçmez. Esasında ebeveynin derhal harekete geçmesi halinde çocuğu kurtarması mümkündür. Böyle bir ihtimalde, ebeveynin çocuğunu kurtarmaya yönelik olarak yapabileceği başka bir şey de yoksa (örneğin bir tekneyle onu kurtarmak gibi) artık kastından değil ancak taksirinden bahsedilebilir. Çünkü fail ebeveyn, kurtarmaya yönelik maddi - fiziki olarak yapması mümkün bir davranış olmadığını düşünmektedir.

Benzer bir şekilde, kan davalıları tarafından defalarca kurşunlanan mağdurun babası, çocuğunu derhal hastaneye kaldırsa dahi yaşama şansının olmadığını düşünerek ambulansa haber vermez ve orada ağıt yakmaya başlar. Fakat, aslında alınan kurşun darbelerinin hiçbirisi öldürücü bölgelere isabet etmediğinden yaralı mağdur derhal hastaneye yetiştirilirse büyük ihtimalle hayatta kalacaktır. Böyle bir durumda da babanın kastından değil ancak taksirinden bahsedilebilir. Bununla beraber olayın vehameti düşünüldüğünde, her ne kadar taksirli davranışı kabul edilse de babanın kusurlu addedilemeyeceği, dolayısıyla da ceza sorumluluğuna gidilemeyeceğini de göz ardı etmemek gerekir.

Görünüşte ihmali suçlarda taksir, suçun diğer maddi unsuru olan netice bakımından da ortaya çıkabilir. Örneğin, ateşi yükselen çocuğunun basit bir grip geçirdiğini düşünen anne - baba onu hastaneye götürmek yerine ağrı kesici ilaç vermekle yetinir. Ancak esasında çocuk Covid - 19 virüsüne yakalanmıştır. Böyle bir olayda, çocuğun ölmesi ya da çocukta kalıcı bir hasar meydana gelmesi halinde, anne - babanın kastından bahsedilemez. Çünkü anne - baba, ortaya çıkan bu durumun ölümle sonuçlanabileceğini bilmemektedir. Bu nedenle söz konusu örnekte ebeveynlerin ancak taksirli sorumlulukları gündeme gelebilir.

Son olarak fail, suçun konusu bakımından da taksirle hareket etmiş olabilir. Örneğin; gece karanlık bir yolda seyreden sürücü, önüne aniden çıkan bir insana çarpar ve arabadan inerek kontrol eder. Kontrol sonrası çarptığı kişinin nabzının olmadığını ve dolayısıyla da öldüğünü zanneder ve *“zaten ölmüş yapacağım bir şey yok en iyisi olay yerinden uzaklaşmak”* düşüncesiyle olay yerinden ayrılır. Ancak yapılan otopsi incelemesinde, mağdurun kazadan saatler sonra öldüğü ve derhal yardım edilseydi hayatta kalma ihtimalinin olduğu tespit edilir. İhmali davranışla öldürme suçunun konusu ancak yaşayan bir insan olabileceğinden, bu olayda failin düştüğü hata da kastı kaldırır ve failin ancak taksirli sorumluluğuna gidilebilir.

İfade ettiğimi tüm bu ihtimallerde, failin taksirli ihmali davranışından dolayı sorumlu tutulabilmesi için, tıpkı kasıtlı suçlarda olduğu gibi garantör konumunda olması gerektiği unutulmamalıdır⁹¹⁴. İhmali suçların tümü bakımından garantörlük bir maddi unsurdur. Dolayısıyla failin taksirli ihmali fiili nedeniyle cezalandırılabilmesi için de mutlaka teminat yükümlüsü yani garantör konumunda olması gerektiği unutulmamalıdır.

Olay 1: Sürücü A, sevk ve idaresindeki otomobille akşam karanlığında, saat 20.30 - 21.00 sularında, aracın içinde C ve D de bulunurken, meskûn mahal dışında, tarım arazilerinin bulunduğu ve yol aydınlatmasının bulunmadığı bir mıntıkada yaya B'ye çarpar. Ertesi gün sabah saat 07.00 sıralarında, B'nin cesedi çiftçi E tarafından tarlada bulunur. Cesedi üzerinde yapılan otopside B'nin ölümünün, muayenenin yapıldığı saat 10.15 itibarıyla 5 ilâ 7 saat önceki bir zaman diliminde gerçekleştiği tespit edilir. C ve D ilk ifadelerinde, A'nın B'ye çarptığını fark etmelerine rağmen, durmadan yola devam ettiklerini söylemişler ancak sonraki ifadelerinde ise bu çarpma olayından haberlerinin olmadığını beyan etmişlerdir⁹¹⁵.

İhtimal 1: Sürücü A, bir şeye çarptığını hiç fark etmemiştir. Bu ihtimalde A, taksirle öldürmeden sorumlu tutulmalıdır. Burada failin hem araçla çarpma şeklindeki icrai davranışı, hem de yaralıya yardım etmeme şeklindeki ihmali davranışı taksirle gerçekleştirilmiştir. Burada failin icrai davranışı mı yoksa ihmali davranışı nedeniyle mi sorumlu tutulacağı tartışılabilir. Kanaatimizce, somut olayda mağdur çarpmanın etkisiyle hemen hayatını kaybetmediğinden, failin ihmali davranışla öldürme suçundan sorumluluğuna gitmek gerekir⁹¹⁶. Ancak burada fail bir insana çarptığını bilmediğinden kasten değil taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir.

⁹¹⁴ Jäger, kn. 375, s. 380.

⁹¹⁵ **Yargıtay 12. C.D. E. 2016/3435, K. 2017/10707, T. 21.12.2017.**

⁹¹⁶ Yargıtay konuya ilişkin birçok kararında, mağdurun çarpmanın etkisiyle hemen mi yoksa kazadan belirli bir süre geçtikten sonra mı öldüğünün, suçun niteliğinin tespiti bakımından önemli olduğunu vurgulamaktadır.

“Sanığın Tekirdağ Asliye Ceza Mahkemesince alınan savunmasında seyir halindeyken bir kişinin aniden önüne çıktığını, fren yapmasına rağmen kazaya engel olamadığını cezaevinden firar ettiği için korkuyla kaza mahallinden uzaklaştığını belirttiği, olay yerinin meskun mahal dışı olması, olay saati gece olup olay yerinde aydınlatmanın bulunmaması hususları hep birlikte değerlendirildiğinde, sanığın bir şahsa çarptığını bildiği, olay yerinde durup çarptığı kişiyi kontrol edip sağlık görevlilerini olay yerine çağırması ve kolluk görevlilerine haber vermesi durumunda ölenin hayatını kurtarma olanağı bulunmasına rağmen, olay yerinden hiç durmadan ayrıldığı, önceden gerçekleştirdiği bu davranışın başkasının hayatı için bir tehlike oluşturduğu ve bu fiilden kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğü doğduğu halde, hareketsiz kalıp kimseye haber vermeyerek olay yerinden ayrılıp, bu imkanı kullanmadığı anlaşılmakla, otopsi raporundaki bulgular ve ölüm nedenine göre, mağdurun olaydan

İhtimal 2: Sürücü A, bir şeye çarptığını fark etmesine rağmen gecenin bu saatinde olay mahalinde bir insan olamayacağını, çarptıkların şeyin bir hayvan olduğunu düşünerek durmadan yola devam etmiştir. Bu ihtimalde fail A, icrai davranışla işlenmiş taksirle yaralama ve ihmali davranışla işlenmiş taksirle öldürme suçlarından içtima ilişkisi bağlamında sorumlu olacaktır. Bununla birlikte böyle bir durumda, failin ihmali davranışı bakımından bilinçli taksirinden veya olası kastından bahsetmek mümkündür. Söz gelimi, fail çarptığı şeyin bir insan olduğunu öngörmüş ancak *“inip bakarsam insan çıktığı takdirde yardım etmem gerekir ve başıma bela alırım”* düşüncesiyle, araçtan inmemiş ve yoluna devam etmişse *“olası kastından”* bahsedilir. Çünkü böyle bir durumda fail, çarptığı nesnenin bir insan olduğunu öngörmesine rağmen harekete geçmemiştir. Bununla beraber sürücü, çarptığı nesnenin bir insan olabileceğini öngörmesine rağmen, gecenin ilerleyen saatinde ilgili bölgede insan olmasının mantıklı olmayacağını düşünerek aracından inmemiş ise *“bilinçli taksirden”* bahsedilecektir.

İhtimal 3: Sürücü A, çarptığı şeyin insan olduğunu fark etmesine rağmen yardımda bulunmak yerine olay yerinden ayrılmıştır. Bu durumda A, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu olacaktır. Bu ihtimalde, A’nın araçtan inip B’nin ölüp ölmediğini kontrol edip etmemesinin ceza hukuku sorumluluğu bakımından kural olarak bir etkisi yoktur. Bu durum ancak kasta dayalı kusurun ağırlığı bakımından dikkate alınabilir. Çünkü A, bir insana çarptığını bilmektedir. Bununla birlikte A, çarptığı kişinin o anda öldüğüne dair esaslı bir hataya düşmüşse kastı ortadan kalkar ve taksirli sorumluluk gündeme gelir. A’nın icrai davranışla taksirle yaralamadan ayrıca sorumlu olup olmayacağı ise bir içtima problemidir.

Sürücü A dışında araçta bulunan C ve D’nin ceza hukuku sorumluluğunun ne olacağı ise iştirakle ilgili bir problemidir. Şunu ifade etmekle yetinelim ki, böyle bir durumda C ve D’nin müşterek fail olarak sorumlu tutulması ancak *“garantör”* addedilmeleri durumunda mümkündür. Bununla birlikte şartları oluşmuşsa C ve D’nin *“şerik”* olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Bununla beraber taksirli suçlarda iştirak

sonra en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek tedavisinin yapılması veya sanık tarafından sağlık görevlilerine haber verilmesi durumunda da ölüm sonucunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tespiti bakımından Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'ndan rapor alındıktan sonra, sanığın eyleminin TCK'nın 83. maddesinde belirtilen suçlu oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde zorunluluk bulunduğu gözetilmeksizin, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması”... Yargıtay 12. C.D. E. 2016/11297, K. 2018/7788, T. 5.9.2018.

hükümlerinin uygulanması mümkün olmadığından birinci ve ikinci ihtimallerde C ve D, müşterek fail veya şerik olarak sorumlu tutulamaz. Bu tip durumlarda C ve D, eğer söz konusu ise ancak kendi taksirli fiilleri nedeniyle kendi kusurları nedeniyle sorumlu tutulabilir.

Olay 2: Fail içeride kimsenin olmadığını düşündüğü bir odanın kapısını kilitledikten sonra odadan ses geldiğini ve içeride birinin olduğunu fark etmiştir. Odayı kontrol ettiğinde, içeride kalan kişinin hiç sevmediği M olduğunu fark etmiş ve kapıyı açmadan oradan uzaklaşmıştır.

Bu olayın çözümü bakımından öncelikle sorgulanması gereken husus, failin içeride kimsenin olmadığını düşündüğü odanın kapısını kilitlemesidir. Failin bu icrai davranışı bakımından *“kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu”* oluşmayacaktır. Çünkü *“kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu”* yalnızca kasten işlenebilen bir suçtur ve fiili gerçekleştirirken içeride kimsenin olmadığını düşünen failin bu suç bakımından kastı söz konusu değildir. Bu nedenle olayda failin icrai davranışı bakımından ancak *“taksirinden”* bahsedilebilir. İçeride birinin olduğunu fark ettikten sonra *“kapıyı açmaması yani ihmali davranışı”* bakımından failin sorumlu olup olmadığını ayrıca tartışmak gerekir.

Kanaatimizce, failin ilk başta gerçekleştirdiği *“kapıyı kilitleme fiili”* kasıtlı olmadığı için, her ne kadar suç oluşturmaya da bir haksızlık oluşturmaktadır. Dolayısıyla failin önceki haksız davranışından doğan bir teminat yükümlülüğü yani garantörlüğü söz konusudur. Bu nedenle failin *“ihmali davranışla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu”* kasten işlediği kabul edilmelidir. Ancak vardığımız bu sonuç, Alman CK m. 13'teki gibi ihmali suçlara ilişkin genel hükümler kısmında düzenleme olan kanunlar açısından geçerlidir. TCK'da böyle bir düzenleme olmadığından, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezalandırılmasının mümkün olup olmadığı kanunilik ilkesi bakımından bir tartışma yaratacaktır

Sonuç olarak, taksirli bir fiil icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Özellikle ihmali davranışın ontik bir temeli olduğunu kabul eden yaklaşımlar bakımından bu durumu açıklamak daha kolay görünmesine rağmen ihmali davranışı normatif temelde açıklayan görüşler bakımından bizzat normatif bir kavram olan taksirle ihmali

davranışın birbirine karışması kuvvetli bir olasılıktır⁹¹⁷. Tüm bu tartışmaları bir kenara bırakacak olursak, TCK'da Alman CK'daki gibi genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenleme olmaması⁹¹⁸, taksirli ihmali davranışların cezalandırılması noktasında ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Bu problemin çözümü için de, yukarıda da vurguladığımız, “TCK m. 83'te yer alan ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmına alınması” önerisinin altını çizmek istiyoruz^{919, 920}. Sonuç olarak, görünüşte ihmali suçlar da kasten ya da taksirle işlenebilir⁹²¹. Ancak taksirle işlenen bu fiillerin cezalandırılabilmesi için, ya Alman CK m. 13'teki gibi genel bir düzenlemeye yer verilmesi ya da ilgili ihmali suç tipinden suçun taksirle işlendiğinde de cezalandırılacağına yönelik açık bir çıkarım yapılması gerekir.

3.5.3. Hukuka Aykırılık

Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlar bakımından da tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi, hukuka aykırılığa karine teşkil eder⁹²². Bununla birlikte, gerek “genel hukuka uygunluk nedenlerinin” gerekse doktrinde ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen “yükümlülüklerin çatışmasının” bulunduğu durumlarda, ihmali davranışın artık hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir.

⁹¹⁷ Taksirin tanımındaki (TCK m. 22) “tedbirsizlik” ifadesi; “ortak tecrübenin yüklediği tedbir görevini ihlal ederek belli bir neticenin gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamak şeklinde ihmali bir hareket” olarak açıklanmaktadır. Kızılarıslan, s. 201.

Böyle bir kabul halinde, doğal olarak ihmali davranış taksirin bir türü olarak kabul etmiş ve ihmali, taksirin bir unsuru haline indirgemiş oluruz. Dolayısıyla böyle bir kabulde, taksirli suçların icrai ya da ihmali şekilde işlenmesi gibi bir ayırım söz konusu olmayacaktır. Ancak bu yaklaşımın kabulü halinde, ihmali suçların cezalandırılması bakımından kilit rol oynayan garantörlük müessesesi yerine neyin ikame edileceği sorusuna cevap vermek gerekir.

⁹¹⁸ TCK bağlamında ihmali suçlara ilişkin birçok tartışmanın 1.1.1975 tarihine kadar Alman CK bağlamında da yapıldığı görülmektedir. Bu tartışmaların büyük bölümü, bu tarihte kanuna eklenen 13. madde ile birlikte son bulmuş görünmektedir. Bkz. Schmidhäuser, kn. 2, s. 652.

⁹¹⁹ Olgun, s. 1644, 1663. Yılmaz, s. 124 - 125.

⁹²⁰ TCK'nın genel hükümler kısmında (Alman CK m. 13 gibi) ihmali suçlara ilişkin genel düzenleme yerine, ilgili suç tiplerini özel hükümler kısmında düzenlemeyi tercih etme amacının, Alman CK m. 13'teki gibi bir düzenlemenin kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağına yönelik kanaat olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 9.

⁹²¹ Kienapfel ve Höpfel, bn. z28, kn. 14, s. 183.

⁹²² Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sa. 7 (1), y. 2016, s. 414.

Doktrinde, ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*izin verilen riziko*” kavramından da bahsedilmektedir⁹²³. Örneğin, bir ebeveyn çocuklarını tek başına okula gönderebiliyorsa, tek başına okula gönderdiği çocuklarını bu süreçte gözetlemek durumunda değildir⁹²⁴. Ancak biz, “*izin verilen riziko*” kavramıyla ifade edilen hususun bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu kavramla, ihmali suçlar bakımından karşılaşılan bazı özel sorunlar çözüme kavuşturulmak istenmiş görünmektedir. Ancak ihmali suçlara özgü söz konusu problemler, tipiklik ya da manevi unsurlar çerçevesinde çözülmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla doktrinde zikredilen ve tıpkı “*yükümlülüklerin çatışması*” gibi ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu ifade edilen “*izin verilen riziko*” kavramının gereksiz olduğunu düşünmekteyiz. Bu bakımdan çocuklarını tek başına okula gönderen ebeveyn örneğinde şu şekilde hareket etmek gerekir. Eğer çocuklar belli bir gelişim düzeyine ulaşmış ve kendi başlarına sorunsuz bir şekilde okula gidip gelmeye başlamış iseler, okul yolunda olumsuz bir davranışla karşılaşmaları halinde ebeveynlerin bu olumsuz netice bakımından taksirlerinin dahi olmadığını kabul etmek gerekir. Dolayısıyla “*izin verilen riziko*” kavramının ihmali suçlar bakımından fonksiyonel olmadığının kabulü gerekir.

Özellikle Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin (BGH) ihmali suçlara ilişkin bazı kararlarında, “*garantörlük yükümlülüğünün*” hukuka aykırılık bağlamında incelendiği görülmektedir⁹²⁵. Bu yaklaşıma göre; “*garantörlük*” ihmali suçun maddi bir unsurudur. Ancak garantörlüğü doğuran “*maddi vakıa ya da ilişki*” ile “*garantörlük yükümlülüğünü*” birbirinden ayırmak gerekir. Bu ayrım, özellikle hata bahsinde oldukça önem arz etmektedir. Şöyle ki; garantörlüğe ilişkin “*maddi vakıa, durum ya da ilişki*” üzerinde yapılan hata, bir unsur hatasıdır ve failin kastını kaldırır. Bununla birlikte garantörlüğü doğuran “*maddi vakıayı ya da ilişkiyi*” bilen fail; “*tipik neticeyi önlemeye yönelik hukuki yükümlülüğün*” farkında değilse, bu durum bir değerlendirme yanılgısı oluşturacağından “*emir hatası*” söz konusu olacaktır. Emir hatası, yasak hatasının ihmali suçlara uyarlanmış ifadesidir ve kastı değil kusurluluğu etkiler⁹²⁶.

⁹²³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 258.

⁹²⁴ Örnek için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 258.

⁹²⁵ BGHSt, 52, 159.

⁹²⁶ BGHSt, 16, 155. Rengier, kn. 37, s. 471 - 472.

3.5.3.1. Genel hukuka uygunluk nedenleri

Doktrinde, icrai suçlar bakımından geçerli hukuka uygunluk nedenlerinin ihmali suçlar bakımından da geçerli olduğu kabul edilmesine rağmen⁹²⁷, bu hukuka uygunluk nedenlerinin nasıl uygulanacağına yönelik pek örnek verilememektedir. Bu nedenle, söz konusu genel hukuka uygunluk nedenlerini ihmali suçlar bakımından tek tek ele almak gerekir.

“Meşru savunma” hukuka uygunluk nedeninin kanaatimizce ihmali suçlar bakımından uygulanması pek mümkün değildir. *“Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez”* (TCK m. 25/1). Meşru savunmanın kanuni tanımı göz önüne alındığında, haksız saldırının bir ihmali davranışla nasıl defedilebileceğini ortaya koymak gerekir.

Bu bakımdan şöyle bir ihtimal düşünülebilir: Üzerinde bomba olan bir terörist, güvenlik görevlileri tarafından yaralanarak etkisiz hale getirilmiştir. Yaralı olmasına rağmen bilinci açık olan terörist, kendisine yaklaşılması halinde üzerindeki bombayı patlatacağı tehdidinde bulunmaktadır. Normal şartlarda, güvenlik görevlilerinin suçluyu etkisiz hale getirdikten sonra ona derhal yardıma bulunma ya da yardım ulaştırma yükümlülüğü söz konusudur. Ancak somut olayda, teröristin üzerindeki bombayı patlatma tehdidi nedeniyle kendisine yardım edilememiş ve terörist kan kaybından ölmüştür. Bu durumda güvenlik güçleri ya da sağlık görevlilerinin *“yaralıya müdahale etmeme”* fiilleri bakımından meşru savunma hukuka uygunluk nedeni tartışılabilir. Çünkü görevlilerin yaralıya müdahale etmek için yanına yaklaşmaları halinde kendilerine yönelen ve *“gerçekleşmesi muhakkak”* bir saldırı söz konusudur. Dolayısıyla böyle bir örnekte görevliler, hareketsiz kalarak yani ihmali davranışları nedeniyle kendilerine yönelecek muhakkak bir saldırıyı def etmektedirler.

Bununla birlikte bu tip bir olayda; meşru savunma hukuka uygunluk nedenine gitmeye gerek olmadığı, çünkü görevlilerin maddi - fiziki olarak yapmaları mümkün bir davranışın olmadığı da ileri sürülebilir. Fakat biz; böyle bir durumda görevlilerin yaralıya yardım etmelerinin maddi - fiziki olarak mümkün olduğu, ancak kendilerine

⁹²⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 258. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 145.

yönelmesi muhakkak bir saldırıdan korunmak için hareketsiz kalarak, kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmedikleri kanaatindeyiz.

İhmali suçlarda meşru savunma hukuka uygunluk nedeninin uygulanmasına ilişkin ikinci bir örnek şu şekilde verilebilir: F, eşi E'ye şiddet uygulamaktan gözaltına alınmıştır. Gözaltında iken karakolda ısrarla, buradan çıkar çıkmaz eşi E'yi öldüreceğini söylemektedir. F'nin bu sözlerini duyan karakolda görevli Polis memuru P ise, savcılıktan F'nin salınmasına yönelik talimat geldiği halde F'nin çıkar çıkmaz E'yi öldüreceğini düşünerek onu bir müddet daha serbest bırakmamıştır. Bu durumda P'nin üçüncü kişi lehine meşru müdafadan yararlanması tartışılabilir.

“Kanunun hükmü ve amirin emri” hukuka uygunluk nedeni de ihmali suçlar bakımından ancak kısıtlı bir alanda uygulanabilecek niteliktedir. Polis memuru P, PVSK'nın ilgili hükümleri gereğince⁹²⁸ suç işlenmesini önlemek ve vatandaşları suç fiillerinden korumakla görevlidir. Bununla beraber P, bir suç örgütünü çökertmek için yetkili merciler tarafından 5271 sayılı CMK'nın 139. maddesi uyarınca *“gizli soruşturmacı”* olarak görevlendirilmiştir. Bu bağlamda P, içine sızdığı suç örgütünün faaliyeti çerçevesinde işlenen yaralama fiilini engelleyebilecek konumda olmasına rağmen, açığa çıkmamak adına olaya müdahale etmemiştir⁹²⁹. Bu durumda P, PVSK uyarınca her ne kadar kanunen teminat yükümlüsü - garantör konumunda olsa da, bu ihmali davranışı hukuka aykırı kabul edilemeyecek ve dolayısıyla ihmali suretle yaralamadan sorumlu tutulamayacaktır. Bununla birlikte, P'nin durumu yetkililere bildirmesi soruşturma ile birlikte kendisini tehlikeye atmayacak ve suçun işlenmesini de engelleyecek ise *“ihmali suretle kasten yaralamadan”* sorumluluğu gündeme gelir. Çünkü P, hem kanunen garantör konumundadır hem de suçu engelleme hususunda başka bir seçeneği olmasına rağmen bu seçeneği denememiştir.

⁹²⁸ Türk mevzuatına göre gizli soruşturmacı görevlendirilmesi şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1023 v.d.

⁹²⁹ Örnek olayda meydana gelen suç *“kasten yaralama”* değil *“kasten öldürme”* olsaydı, gizli soruşturmacının müdahale ile yükümlü olup olmadığı ayrıca tartışılacaktır. Ancak bu problem, doğrudan ihmali suçlara ilişkin olmayıp, *“gizli soruşturmacı görevlendirilmesi”* koruma tedbirinin içeriğiyle ilgilidir. Bu nedenle ilgili problem doğrudan bir maddi ceza hukuku sorunu olmanın ötesinde, ceza muhakemesi bakımından ayrıca tartışılması gereken bir problemdir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gottfried Plagemann, “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”, *CHKD*, c. 2, sa. 1 - 2, y. 2014, s. 157 - 187. Veli Özer Özbek, “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”, *CHKD*, c. 2, sa. 1 - 2, y. 2014, s. 135 v.d. Ünver ve Hakeri, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 1034 - 1035.

“*Hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk nedeninin ihmali suçlar bakımından teorik olarak gündeme gelmesi mümkün ise de, bunun pratikte çok mümkün olmadığını kabul etmek gerekir. Çünkü bir taraftan neticeyi önlemekle yükümlü olan failin, diğer taraftan “*hukuki bir temele dayanarak neticeyi engellememe noktasında bir hakka sahip olması*” pek mümkün görünmemektedir. Bir ihtimal olarak şu örnek düşünülebilir: Anne A, ısrarla sobaya dokunmak isteyen küçük çocuğunun sobaya hafifçe dokunmasına, çocuğun bunun tehlikeli bir şey olduğunu öğrenmesi amacıyla göz yummuş olabilir. Bunun sonucunda küçük çocuğun eli hafifçe yanmıştır. Bu durum, Türk Medeni Kanunu (m. 340 v.d) bağlamında “*eğitim hakkı*” çerçevesinde değerlendirildiği takdirde, annenin ihmali davranışı bakımından bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilebilir. Hakeza, çocuğunun sokakta arkadaşları tarafından tartaklandığını gören ebeveyn, onun hayata alışmasını sağlayacağını düşünerek bir müddet olaya müdahale etmez. Bu durumda da ebeveynin medeni kanun kapsamında kendisine verilen bir hakkı kullandığı bu nedenle ihmali davranışının hukuka uygun olduğu düşünülebilir.

“*İlgilinin rızası*” ise, ihmali suçlar bakımından sıklıkla karşılaşılabilecek bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle tıbbi müdahaleler bağlamında, bu hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı bulabilir. Örneğin tıbbi müdahalelerde, bilinci açık olan hastanın “*tedaviyi reddetme hakkı*” vardır. Bu bağlamda her ne kadar ölümcül bir hastalığı da olsa bilinci açık hastanın tedaviyi reddetmesi durumunda, hekimin veya ilgili sağlık çalışanının yapması gereken tedaviyi yapmaması hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilemez⁹³⁰. Hatta tam tersine, hastanın açıkça reddetmesine rağmen hekimin tedaviye devam etmesi ceza hukuku sorumluluğu doğurabilir⁹³¹. Ancak bu ihtimalde hekimin sorumluluğu ihmali değil icrai davranıştan kaynaklanacaktır.

Benzer şekilde, eşlerden biri hastalanmış ve diğer eşin hastaneye götürme ısrarlarına rağmen hasta eş bunu her defasında reddetmiştir. Nihayetinde hastalık etkisini artırmış ve hasta eş hayatını kaybetmiştir. Bu tip olaylarda her ne kadar ciddi bir sübut problemi ortaya çıkabilirse de, olayın bu şekilde gerçekleştiğinin kabulü halinde, ısrarlarına rağmen bu talebi defaatle reddedilen eşin ihmali davranışı hukuka aykırı kabul

⁹³⁰ Özen ve Şahin, s. 19.

⁹³¹ Özen ve Şahin, s. 19.

edilemez. Böyle bir durumda da “*ilgilinin rızası*” hukuka uygunluk nedeni uygulama alanı bulabilir.

Sonuç olarak şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki; genel hukuka uygunluk nedenleri olarak ifade edilen, “*meşru savunma*”, “*kanunun emri*”, “*hakkın kullanılması*” ve “*ilgilinin rızası*” ihmali suçlar bakımından da teorik olarak uygulanabilir niteliktedir. Ancak bu teorik kabulün pratikte ne şekilde oluşacağı hususunda somut örnek vermek çok da kolay değildir. Bu nedenle her somut olay bakımından ilgili hukuka uygunluk nedenlerinin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında özel bir değerlendirme yapılmalıdır.

3.5.3.2. Yükümlülüklerin çatışması (*pflichtenkollision*)

“*Yükümlülüklerin çatışması (Pflichtenkollision)*” doktrinde, salt olarak ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk/mazeret nedeni⁹³² olarak kabul edilmektedir⁹³³. Bu hukuka uygunluk/mazeret nedeninin temelinde yatan düşünce ise, bir kimseden aynı anda yapamayacağı iki yükümlülüğün her ikisine birden uymasının beklenemeyeceğidir. Örneğin; birbirine uzak mesafede yüzmekte olan iki çocuğunun da boğulma tehlikesi yaşadığını fark eden ebeveyn, derhal harekete geçerek çocuklardan birini kurtarmış ancak bu sırada yardım ulaşmayan diğer çocuk hayatını kaybetmiştir. Ya da ivedi bir durum için hastasının evine çağırılan hekim, yolda bir trafik kazasına rastlamış ve yaralıları yardım etmiştir. Ancak bu sırada vakit kaybettiği için tedavisine gitmekte olduğu hastasına yetişememiş ve hasta hayatını kaybetmiştir⁹³⁴.

Böyle bir durumda fail, kendisine terettüp eden birden fazla yükümlülüğün yalnızca birini yerine getirebildiğinden, ikinci yükümlülüğü ihlal etmektedir⁹³⁵. Bir başka

⁹³² Türk doktrinde pek kabul görmeyen ve TCK’da da açıkça zikredilmeyen “*mazeret nedeni*”; failin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olarak kabul edilmektedir. Mazeret nedeni, her ne kadar kusurluluğu kaldıran hallere benzetilebilirse de bundan önemli farklılıkları olduğu vurgulanmaktadır. Mazeret nedenlerinde kusurun azalması, haksızlığın azalmasına bağlı olarak önemli ölçüde faili harekete geçiren nedenin (güdünün) etkisiyle bağlantılıdır. Bu durum, failin eyleminin haksızlık içeriğini azaltır. Failin cezalandırılmaması içinse kusurun tamamen ortadan kalkması gerekmez. Kusur önemli derecede azalmışsa fail cezalandırılmaz. Murat Volkan Dülger, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, *CHD*, sa. 24, y. Nisan 2014, s. 128.

⁹³³ Zeynel Kangal, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara: 2010, s. 383.

⁹³⁴ Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin / Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, *THD (Terazi Hukuk Dergisi)*, sa. 45, y. Mayıs 2010, s. 88.

⁹³⁵ Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, sa. 21, y. Nisan 2013, s. 120.

ifadeyle, bazı somut olaylarda, mevcut birden fazla yükümlülüğün hangisinin yerine getirileceğine karar verilmesi gerekir. Ancak dikkat edilmelidir ki bu tip olaylarda, “eşit değerlere” ya da “eşit olmayan değerlere” yönelik yükümlülükler birbirleriyle rekabet edebilir⁹³⁶. Dolayısıyla bir çözüm yolu benimsenirken, ilgili yükümlülüklerin korudukları hukuksal değerlerin nitelikleri mutlaka göz önüne alınmalıdır.

Birden fazla hukuki (davranış) yükümlülüğü varken, bunların çatışması nedeniyle fail yükümlülüklerden yalnızca birini yerine getirebilecek konumda ise “yükümlülüklerin çatışması” söz konusudur⁹³⁷. Bununla birlikte, yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Konuya ilişkin üç temel yaklaşım ön plana çıkmaktadır:

Birincisi; Yargıtay’ın eski dönem kararlarında benimsediği, yükümlülüklerin çatışması hallerinde failin kastından bahsedilemeyeceğine yönelik görüştür⁹³⁸. Ancak bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Çünkü yükümlülüklerin çatışması durumunda fail, ihmal ettiği yükümlülüğe (olaya) ilişkin her türlü maddi bilgiye sahiptir. Dolayısıyla da bu tip durumlarda, failin kastının varlığı noktasında herhangi bir tereddüt yoktur.

Yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin ne olduğuna yönelik çözüm önerilerinden ikincisi ise, bu durumun “özel bir zorunluluk hali” olduğu şeklindedir⁹³⁹. Çünkü fail, tehlikede olan iki konudan birini tercih etmekte ve

⁹³⁶ Rengier, kn. 39, s. 472.

⁹³⁷ Salih Oktar, “Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri”, *Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, İstanbul, 26 - 27 Mart 1997, s. 87. Bacaksız, s. 120.

⁹³⁸ Selçuk, s. 89.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 12.10.1981, 281/338 künyeli kararına konu olay şu şekilde cereyan etmiştir: İlçe sağlık ocağında görevli hekim, aynı zamanda adli hekim olarak da görev yapmaktadır. Olayın yaşandığı akşam, hekimin köyde yaşayan annesi rahatsızlanır. Bunun üzerine anne, hekimin aynı ilçede diş hekimi olarak görev yapan kardeşinin muayehanesine kaldırılır. Durumdan haberdar edilen hekim, derhal tedavi için kardeşinin muayehanesine gider. Hekim, annesinin tedavisine başladığı sırada ilçede meydana gelen şüpheli bir ölüm nedeniyle savcı tarafından otopsiye çağırılır. Ancak hekim, annesinin tedavisiyle ilgilendiğinden savcıya hemen gelemeyeceğini bildirir. Savcı başka bir hekime otopsiyi yaptırır ve göreve o an gelmeyen hekim hakkında “görevi ihmal suçundan” iddianame düzenler. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, mahkûmiyet içeren yerel mahkeme kararını, “failin görevi savsamaya yönelik kastının bulunmadığı” gerekçesiyle bozar. Yerel mahkemenin direnmesi üzerine Yargıtay Ceza Genel Kurulu da aynı gerekçeyle hükmü bozar. Akt. Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 219. Bacaksız, s. 135.

Bu kararda yargı mercilerinin varmış oldukları sonuç doğru olmasına rağmen ileri sürdükleri gerekçe yanlıştır. Yukarıda da vurguladığımız üzere bu tip durumlarda failin ihmal ettiği yükümlülüğe ilişkin bilgisi tam olduğundan, kastının varlığı konusunda bir şüphe yoktur. Bu olayda tipik bir “yükümlülüklerin çatışması” hukuka uygunluk nedeni söz konusudur.

⁹³⁹ Selçuk, s. 89.

dolayısıyla diğer yükümlülüğünü zorunlu olarak ihlal etmektedir. Bu yaklaşım; zorunluluk halinde menfaatler ile fail arasında bir yükümlülük ilişkisi olmadığı buna karşın yükümlülüklerin çatışmasında mutlaka fail bakımından bir yükümlülük ilişkisinin olması gerektiği, hakeza zorunluluk halinde failin icrai bir davranışla menfaat ihlali gerçekleştirmesine rağmen, yükümlülüklerin çatışmasında mutlaka ihmali bir davranışın olması gerektiği gerekçeleriyle eleştirilmektedir⁹⁴⁰. Dolayısıyla, zorunluluk hali ile yükümlülüklerin çatışmasının aynı şeyler olmadığı vurgulanmaktadır. Yükümlülüklerin çatışmasını bir mazeret sebebi veya kusurluluğu kaldıran bir hal olarak kabul eden yaklaşımları da bu kategori içerisinde değerlendirmek gerekir⁹⁴¹. Çünkü bu üç durumda da teorik olarak varılan sonuç aynı olacak, yani failin kusurundan bahsedilemeyecektir.

Konuya ilişkin üçüncü ve baskın nitelikteki görüş ise, yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir “*hukuka uygunluk nedeni*” olduğu yönündedir. Çünkü hiçbir hukuk düzeni kişiye yapamayacağı bir şeyi yükleyemez. Böyle bir durumda fail, kendisinden beklenen (kurtarmaya yönelik) iki fiili de aynı anda yapamayacağından, yapmadığı fiilin hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir.

Esasında bu tip durumlarda dördüncü bir yaklaşım olarak; kişinin ihmal ettiği davranışı yapmak için maddi - fiziki imkânının olmadığı, dolayısıyla suçun maddi unsurlarının oluşmadığından bahisle beraat kararı verilmesi de bir çözüm yolu olarak düşünülebilir. Ancak ilk başta gayet pratik ve makul görünen bu çözüm önerisi, iki temel noktada eleştiriye açıktır: Birincisi; bu tip durumlarda, failin yapmadığı kurtarma fiili bakımından maddi - fiziki imkânının olmadığını söylemek mümkün değildir⁹⁴². Burada fail, yapması maddi - fiziki anlamda mümkün olan iki davranış

⁹⁴⁰ Bacaksız, s. 122.

⁹⁴¹ 2. Dünya savaşı döneminde ortaya çıkan problemlerin çözümü noktasında Alman Yüksek İmparatorluk mahkemesi de yükümlülüklerin çatışması halini bir “*zorunluluk hali*” olarak kabul etmiştir. Bkz. Bacaksız, s. 120.

⁹⁴² Doktrindeki bir diğer görüş; “*kurtarmaya yönelik davranışın mümkün olmasını (beklenebilir)*” maddi unsurlar bağlamında değil, kusurluluk bağlamında değerlendirmektedir. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240.

Kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi - fiziki anlamda mümkün olması*” ile “*beklenebilir olması*”nın birbirinden farklı kavramlar olduğu yönündeki görüşümüzü çalışmamızın önceki bölümlerinde de ifade etmiştik. Kanaatimizce; kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi - fiziki anlamda mümkün olması*” fiil unsuru ile bağlantılı olduğu halde, somut olayda davranışın fail bakımından “*beklenebilir olması*” kusurlulukla alakalı bir husustur. Dolayısıyla, kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi - fiziki anlamda mümkün olmasını*” suçun maddi unsurlarından fiil başlığı altında incelerken, fiilin somut olayda failden “*beklenebilirliğini*” ise çalışmamızın devamında kusurluluk başlığı altında inceleyeceğiz.

arasından birini seçmekte ve ona yönelmektedir⁹⁴³. Bu çözüm önerisi bakımından ortaya çıkabilecek ikinci problem ise; “*somut olayda tipikliğin bulunmadığından bahisle verilecek beraat kararı*” sadece ceza hukuku bakımından bir koruma sağlayacaktır. Dolayısıyla failin özel hukuk bağlamında tazminat sorumluluğu hala devam edebilir. Çünkü tipik olmadığı için suç oluşturmeyen bu fiil, özel hukuk bağlamında bir haksızlık oluşturabilir ve failin tazminat sorumluluğu gündeme gelebilir. Bu ikinci çekince, yükümlülüklerin çatışmasını zorunluluk hali ya da mazeret nedeni olarak kabul eden ikinci yaklaşım bakımından da geçerli olacaktır⁹⁴⁴.

Doktrinde savulunan bir diğer görüş ise, karma nitelik göstermektedir. Buna göre: Yükümlülüklerin çatışması durumunda fail, daha üstün hukuki değeri korumak amacıyla daha düşük değeri feda ediyorsa bir “*hukuka uygunluk nedeni*”; eşit iki hukuki değerden birini feda ediyor ise “*mazeret sebebi*” söz konusu olacaktır⁹⁴⁵. Bu yaklaşım da aslında yükümlülüklerin çatışmasını “*zorunluluk halinin*” özel bir görünüm biçimi olarak kabul ediyor görünmektedir⁹⁴⁶. Çünkü Alman CK’daki zorunluluk haline ilişkin düzenlemede söz konusu bu yaklaşım aynen geçerlidir⁹⁴⁷. Bir başka ifadeyle bu yaklaşım; Alman CK’daki zorunluluk haline ilişkin düzenlemenin tekrarından ibarettir.

Yükümlülüklerin çatışmasının bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa zorunluluk hali/mazeret nedeni gibi kusurluluğu kaldıran bir hal mi olduğu noktasında yapılacak

⁹⁴³ Bir ebeveynin iki çocuğundan büyük olanı kıyıda epey uzaklaşmıştır. Küçük olanı ise denizin kıyısında, su seviyesinin boyunu geçmediği bir kısımda oynamaktadır. Tam bu sırada iki çocuk da boğulma tehlikesi geçirir. Yüzme bilmeyen ebeveynin açık denizdeki çocuğunu bizzat kurtarması o an için imkânsızdır. Dolayısıyla böyle bir durumda, kıyıdaki küçük çocuğunu kurtaran ebeveyn bakımından yükümlülüklerin çatışmasından bahsetmemek gerekir. Burada, büyük çocuk bakımından ebeveynin “*bizzat harekete geçmemesi*” tipik değildir. Bununla beraber, ebeveynin büyük çocuğunu kurtarmak için çevreden yardım isteme imkânı varken bunu yapmaması tipik kabul edilebilir. Kıyıdaki küçük çocuğunu kurtarmakla meşgul olduğundan, açık denizdeki büyük çocuğu için yardım talep edemeyen ebeveynin, “*yardım talep etmemesi*” bakımından “*yükümlülüklerin çatışması*” hukuka uygunluk nedeninden bahsedilecektir. Burada vurgulamaya çalıştığımız şey; somut bir olayda yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilebilmesi için, her iki konu bakımından da ihmalî suçların tüm maddi ve manevi unsurlarının tam olması gerektiğidir. Somut olayda tehlikeye düşen konulardan biri bakımından suçun maddi ve manevi unsurları tam değil ise artık yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilemez. Çünkü bu durumda faile terettüp eden iki değil, tek bir yükümlülük söz konusudur.

⁹⁴⁴ TCK’da, Alman CK m. 34’teki gibi “*hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline*” yer verilmediği düşünüldüğünde, böyle bir kabul halinde failin yalnızca kusuru ortadan kalkacak ve failin tazminat sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Dolayısıyla bu yaklaşımın TCK bakımından kabul edilmesi teorik açıdan olduğu kadar pratik açıdan da problemlidir.

⁹⁴⁵ Bacaksız, s. 122, 137.

⁹⁴⁶ Dülger, s. 128.

⁹⁴⁷ Hisashi Hashida, Çev. Yener Ünver, “*Japon Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorda Kalış Durumu – Alman Ceza Hukuku Öğretisi Nazarında Değerlendirme-*”, İÜHF, c. LX, sa. 1-2, y. 2002, s. 327 v.d.

hukuki tespit, özellikle faile yönelik meşru müdafaa girişimleri bakımından önem kazanmaktadır. Yükümlülüklerin çatışması bir hukuka uygun nedeni olarak kabul edildiği takdirde⁹⁴⁸, hukuka uygun bir fiile karşı meşru müdafaa yapılamayacağından ihmali davranış failine yönelik müdahaleler suç oluşturacaktır. Ancak yükümlülüklerin çatışması, zorunluluk hali/mazeret nedeni gibi kusurluluğu kaldıran bir neden olarak kabul edildiği takdirde, ihmali davranış hala haksızlık oluşturmaya devam edeceği için ilgililerin meşru müdafaa hakkı doğacaktır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında biz, yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kanaatindeyiz. Bu kabulün belki de tek zayıf tarafı, yardım alamayan kişinin meşru müdafaa hakkının elinden alınması olacaktır. Bu da özellikle her iki kişinin yaşam hakkına yönelik bir seçim yapıldığı durumlarda önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; Covid - 19 salgını nedeniyle yoğun bakım servislerindeki tüm yataklar dolmuş ve sadece tek bir boş yatak kalmıştır. Bu boş yatağa hangi hastanın kabul edileceği noktasında görevli hekimler triaj kurallarına göre bir belirleme yapmıştır. Bu durumda, yoğun bakım ünitesine alınmayan ve dolayısıyla da ölüme terkedilen hasta/hasta yakınlarının yapabileceği herhangi bir şey yoktur. Ancak bu ihtimalde de, eğer şartları oluşmuşsa yardım alamayan kişi veya yakınları bakımından “zorunluluk halinin” uygulanması düşünülebilir.

Yükümlülüklerin çatışmasının hem TCK’da hem de Alman CK’da düzenlenmediği, bu nedenle de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği ileri sürülebilir⁹⁴⁹. Biz; maddi ceza hukukundaki “genişletici yorum ve kıyas yasağının” yalnızca ceza sorumluluğunu genişleten hükümler bakımından geçerli olduğu, bir başka ifadeyle, ceza sorumluluğunu daraltan hükümler bakımından (özellikle hukuka uygunluk nedenleri) böyle bir yasağın söz konusu olmadığı kanaatindeyiz⁹⁵⁰. Böyle bir kabul; hem ceza hukukunun genel amacına hem de ilgili hükmün amacına daha uygun

⁹⁴⁸ Bu tartışma, “TCK’nın meşru müdafaa tanımındaki “saldırı” ifadesinin sadece icrai fiilleri kapsadığı, dolayısıyla ihmali davranışla işlenen fiillere karşı meşru müdafaa olamayacağı” yaklaşımı göz ardı edilerek yapılmaktadır.

⁹⁴⁹ Alman doktrinindeki baskın görüş, yükümlülüklerin çatışmasının bir “kanun üstü hukuka uygunluk nedeni (übergesetzlicher Notstand)” olduğu yönündedir.

⁹⁵⁰ Kanunilik ilkesini düzenleyen TCK m. 2 / 3: “Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz” denmektedir. Dolayısıyla genişletici yorum ve kıyas yasağının yalnızca suç ve ceza içeren hükümler bakımından geçerli olduğunun kabulü gerekir. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 137. Selçuk, s. 88.

olacaktır. Bu nedenle yükümlülüklerin çatışmasının hem TCK'da hem de Alman CK'da düzenlenmediği, dolayısıyla da hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği yönündeki yaklaşıma iştirak etmiyoruz.

Ancak her ne kadar “*genişletici yorum ve kıyas yasağı*” hukuka uygunluk nedenleri bakımından geçerli olmasa da, herhangi bir kanun hükmüne dayandırılmayan, bir başka ifadeyle, salt doktrin ya da uygulama tarafından ortaya atılan bir hukuka uygunluk nedeninin uygulamada başka problemler oluşturabileceğini de kabul etmek gerekir. Bu nedenle önerimiz, “*yükümlülüklerin çatışmasının*” ceza kanunlarında açıkça düzenlenmesidir. Böyle bir düzenlemenin olmadığı kanunlar bakımından ise, “*yükümlülüklerin çatışması*” hali “*hakkın kullanılması*” hukuka uygunluk nedeninin bir görünüş biçimi olarak kabul edilebilir. Çünkü bu tip durumlarda, hukuk düzeni faile, eşit iki değerden birini seçme hakkı tanımaktadır ve fail de bu seçme hakkını kullanmaktadır.

Yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu görüşünde olanlar, bu hukuka uygunluk nedeninin şartlarının ne olduğu hususunda ise ayrılmaktadır. Özellikle, somut olayda “*birbirine eşit iki hukuki değer*” söz konusu olduğunda, ne şekilde hareket edileceği noktasında farklı görüşler mevcuttur. Bu bakımdan, yükümlülüklerin çatışması söz konusu olduğunda, failin seçimini hangi kriterlere göre yapması gerektiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir.

Konuya ilişkin olarak, failin garantör konumunda olduğu konuya öncelik vermesi gerektiği savunulmuştur⁹⁵¹. Bu kabul halinde; failin garantör konumunda olduğu bir mal ile garantör konumunda olmadığı bir kişinin hayatı bakımından bir çatışmanın ortaya çıkması halinde, hayat hakkının değil mal varlığının korunması için hareket geçmesi gerekir. Örneğin; apartman görevlisi A, binanın kazan dairesinde yangın çıktığını görmüş ve yangına müdahale etmeye giderken kazan dairesinin girişinde dumandan zehirlenmiş ve bilincini kaybetmiş yabancı bir kimseye rastlamıştır. Bu durumda apartman görevlisi; garantör konumunda olduğu için binada ortaya çıkacak maddi zararları engellemekle mi, yoksa -her ne kadar garantör olmasa da- malvarlığından daha yüksek bir hukuki değer olan “*yaşam hakkını*” korumakla mı

⁹⁵¹ Rengier, kn. 39, 40 s. 472, kn. 42, s. 473.

mükelleftir? Bir başka ifadeyle, yükümlülüklerin çatışması durumunda fail; seçimini garantörlük müessesesine mi, yoksa korunan hukuki değere göre mi yapacaktır?

Kanaatimizce bu sorunun cevabı elbette ikinci seçenektir. Dolayısıyla yükümlülüklerin çatışması halinde fail, seçimini korunan hukuki değere göre yapmalı ve daha üstün nitelikteki hukuki değere öncelik vermelidir. Aksi halde yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden yararlanması mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak biz, failin tercih hakkını “*korunan hukuki değere*” göre belirlemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Bununla beraber, korunan hukuki değerlerin eşit olması halinde nasıl hareket edileceği ayrı bir tartışma konusudur.

Alman doktrindeki bir görüşe göre; çatışan değerlerin mukayesesi noktasında, konunun değeri ve onu tehdit eden tehlikenin derecesi öncelikli olarak değerlendirilmelidir⁹⁵². Yani salt olarak korunan hukuki değer öneme bakmak yeterli değildir. Hem korunan hukuki değer hem de bu değer içinde bulunduğu tehlike derecesi kümülatif bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Buna ek olarak, baskın görüşün de savunduğu üzere, şahsi yardım yükümlülüğünün bağlantı noktası (garantörlük ya da sadece gerçek ihmali suça ilişkin düzenleme) dikkate alınmalıdır ki, Alman CK 323c düzenlemesinde geçen “*başka önemli yükümlülük*” ibaresi de bu duruma işaret etmektedir⁹⁵³. Böylece tehlikede olan iki eşit değer söz konusu olduğunda, garantörlüğe temel teşkil eden konuya öncelik verilmektedir. Dolayısıyla Alman doktrindeki baskın yaklaşım; sadece korunan hukuki değeri değil aynı zamanda mevcut tehlikenin ağırlığını da dikkate alarak karma bir sistem benimsemektedir. Bununla birlikte, korunan hukuki değerlerin eşit derecede tehlike altında olması halinde fail, garantör olduğu konuya öncelik vermelidir.

Kanaatimizce, korunan hukuki değerler arasında bir eşitsizlik söz konusu ise artık mevcut tehlikenin ağırlığına bakmanın bir anlamı yoktur. Şöyle ki; bir kişinin yaşamı söz konusu olduğunda, mal varlığı bakımından daha değerli bir miktar söz konusu olamaz. Dolayısıyla bu tip durumlarda öncelikle bakılması gereken şey, korunan hukuki değer niteliğidir. Hatta bu tip durumlarda, daha düşük olan hukuki değeri koruma noktasındaki başarı şansı, daha yüksek hukuki değeri koruma noktasındaki başarı şansından daha yüksek dahi olabilir. Bu durumda dahi fail, her ne kadar başarı

⁹⁵² Rengier, kn. 40, s. 472.

⁹⁵³ Rengier, kn. 40, s. 472.

şansı daha düşük olsa da, yüksek nitelikteki hukuki değeri kurtarmaya yönelik olarak harekete geçmelidir.

Korunan hukuki değerlerin eşit olduğu durumlarda ise, mevcut tehlikelerin ağırlığına bakılarak bir seçim yapılması mümkündür⁹⁵⁴. Örneğin; acil servise aynı anda gelen iki yaralı söz konusu olduğunda görevli hekim, durumu daha ağır olana öncelik vermişse, müdahale etmediği yaralı bakımından hukuka aykırı hareket ettiği düşünülemez. Aslında böyle bir durumda farklı ihtimaller de söz konusu olabilir: Hekim; ağır yaralı olarak gelen hastanın zaten kurtulma imkânının olmadığını, onunla zaman kaybetmek yerine durumu daha iyi olan yaralıya müdahale ederek, en azından onu hayatta tutmayı hedeflemiş olabilir. Böyle bir ihtimalde ise sorunu nedensellik bağlamında çözmek gerekir. Şöyle ki; ağır yaralı olarak acil servise gelen hastanın gerçekten de yaşama ihtimali sıfıra yakınsa, bu hastanın ölmesi bakımından hekimin ihmali fiili nedensel kabul edilemeyeceğinden artık “*yükümlülüklerin çatışmasını*” tartışmaya gerek yoktur. Ancak söz konusu bu ihtimalin yalnızca “*hasta tedavi edilse bile kesinliğe yakın bir derecede yine de ölecekti*” denilen durumlarında geçerli olacağını gözden kaçırmamak gerekir.

Buna karşılık ağır yaralı hastanın tıbbi müdahale alması halinde düşük de olsa bir yaşama ihtimali olmasına rağmen, hekim yanlış bir değerlendirme yaparak hastanın kurtulma imkânının olmadığını kanaat getirmiş olabilir. Bu hatalı tespiti nedeniyle de hekim, görece daha iyi durumda olan hastaya müdahale etmeyi seçmiştir. Böyle bir durumda ne şekilde hareket edileceği daha karmaşık bir hal almaktadır. Bu ihtimalde, hekim hataya düşmüştür ve bu hata maddi unsura (nedensellik bağında) ilişkin olduğundan kastı kaldırır. Hekim, iki yaşam hakkı arasından kendi tasavvuruna göre kurtarılma imkânı olanı seçmiştir. Dolayısıyla bu ihtimalde de kural olarak hekimin

⁹⁵⁴ “*Tek bir acil servis ünitesi olan bir sağlık merkezinde, yaşama olanağı tıbben çok az olan ve en fazla 2 ay yaşayabilecek bir yaşlı yatmaktadır. Bu sırada yaşama ihtimali çok daha fazla olan genç bir hasta kliniğe getirilir. Klinikte görevli hekim yaşlı hastayı üniteden alarak genç hastayı tedavi eder ve yaşlı hasta hayatını kaybeder*”. Bu olay bakımından her iki değer de eşit olduğundan (yaşam hakkı) bahisle hekimin sorumluluktan kurtulamayacağı ifade edilmektedir. Örnek olay ve bu yöndeki görüş için bkz. Selçuk, s. 91.

Kanaatimizce; bu olayda bir “*yükümlülüklerin çatışması*” halinden bahsetmek mümkün değildir. Çünkü yükümlülüklerin çatışması ancak iki ihmali davranışın söz konusu olduğu durumlarda gündeme gelir. Bu olayda ise hekim, acil bakım ünitesine bağlı olan hastayı oradan alarak ihmali değil icrai bir davranışta bulunmuştur. Bununla beraber örnek olayda hekimin triyaj kuralları çerçevesinde hareket ettiği, dolayısıyla da hukuka uygunluk nedeni olarak görevin ifası ya da hakkın kullanılmasından bahsedilebileceği gibi zorunluluk hali de gündeme gelebilir. Ancak, hukuki nitelendirmesi ne olursa olsun olaydaki şartlar dahilinde seçim yapan hekimin ceza hukuku bakımından sorumlu tutulmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

kasti sorumluluğu doğmayacaktır. Bununla birlikte, olayda hekimin ilk müdahaleyi ağır hastaya yapıp akabinde diğer hastayı tedavi etmesi halinde her iki hastanın da kurtulmasının mümkün olduğu tespit edilirse, yanlış değerlendirme nedeniyle müdahale edilemeyen ve bu nedenle ölen hasta bakımından hekimin taksirli sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kendisine terettüp eden ve eşit hukuki değerleri koruyan iki farklı yükümlülüğün çatışması durumunda failin, garantörü olduğu konuya öncelik vermesi gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşü savunanlara göre; böyle bir durumda her ne kadar eşit iki değer söz konusu olsa da, failin garantörlüğü, koruması gereken konuyu diğerinden daha üstün bir konuma getirmektedir⁹⁵⁵.

Kanaatimizce, bu tip durumlarda tamamen objektif bir değerlendirme yapılmak suretiyle sonuca varılmalıdır. Bu bağlamda, öncelikle korunan hukuki değerlere bakılmalıdır. Korunan hukuki değerlerin eşit olduğu durumlarda ise, failin yapmadığı davranış (ihmal) bakımından (garantör olsa bile) sorumluluğu cihetine gidilmemelidir. Örneğin; Fail M, karısı F ve karısının arkadaşı L'nin içinde bulunduğu sandalın alabora olduğunu ve her iki kadının da boğulma tehlikesi geçirdiğini görmüştür. Yüzme bilmeyen ve yanında sadece bir kurtarma simidi olan fail M, karısından daha genç olması ve aralarındaki gizli gönül ilişkisi nedeniyle simidi L için kullanır ve karısı F boğulur. Alman CK'nın 13. ve 212. maddeleri bağlamında fail M'nin karısı F bakımından gerçekleştirdiği ihmali fiil tipiktir. Yine Alman CK m. 34'te düzenlenen hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali, korunan hukuki değerlerin eşit olması nedeniyle ihtimal dışı kalır. Bu olayda, bir hukuka uygunluk nedeni olarak “yükümlülüklerin çatışmasının” uygulanıp uygulanamayacağını tartışmak gerekir⁹⁵⁶. Kanaatimizce; olay bakımından yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninin şartları oluşmuştur. Çünkü ortada iki eşit hukuki değer olan “yaşama hakkı” söz konusudur. Dolayısıyla bu iki eşit değerden birini seçen failin, ihmal ettiği davranış artık hukuka aykırı telakki edilemez⁹⁵⁷. Alman doktrinindeki baskın görüşün yaptığı gibi failin bu tip durumlarda garantörü olduğu kişiyi kurtarmasını istemek, diğer kişinin ölmesini kabullenmek anlamına gelir. Failin garantörü olduğu kişiyi kurtarmasının etik - ahlaki açıdan “daha doğru” olduğu iddia edilebilirse de, garantörü

⁹⁵⁵ Bacaksız, s. 134.

⁹⁵⁶ Rengier, kn. 45, s. 473.

⁹⁵⁷ Selçuk, s. 92.

olunan kişinin yaşam hakkının garantör olunmayan kişiden neden daha üstün olduğunu açıklamak mümkün değildir. Kaldı ki; insan yaşamı bakımından garantörlük durumunda olduğu gibi korunan hukuki değerler tamamen aynı olduğunda, hukuk düzeni “yaşama karşı yaşam karşılaştırmasını” reddettiği için failin davranışını ahlaken ölçemez ve bu suretle yükümlülüklerden birini öncelikli ilan edemez⁹⁵⁸.

Bize göre, fail aynı hukuki değeri korumaya yönelik iki farklı yükümlülükle karşı karşıya kalmış ve her iki konunun içinde bulunduğu tehlike derecesi de birbirine yakın ise seçim yapma hususunda kural olarak serbesttir⁹⁵⁹. Bu şartlar altındaki bir seçimde, umursanmayan yükümlülüğün ihlali “yükümlülüklerin çatışması” vasıtasıyla hukuken meşrulaştırılmaktadır. Çünkü hukuk düzeni, sadece yerine getirilmesi mümkün olan yükümlülükleri kişilere yükleyebilir, yerine getirilmesi imkânsız olanları değil⁹⁶⁰.

Eşit olmayan değerlere ilişkin bir yükümlülük söz konusuysa, elbette ki fail bu değerlerden yüksek olanı seçmek zorundadır⁹⁶¹. Böyle bir durumda fail, sadece ihmal ettiği ve daha düşük değere sahip yükümlülük bakımından “yükümlülüklerin çatışması” hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilecektir⁹⁶². Dolayısıyla, yukarıdaki örnekte apartman görevlisi, yanmakta olan binayı kurtarmakla değil yaralı yabancıya yardım etmekle mükelleftir. Yaralıya yardım etmesi dolayısıyla apartmanda çıkan yangına zamanında müdahale edemeyen apartman görevlisinin, “mala zarar verme suçuna” yönelik ihmali davranışı artık hukuka uygun kabul edilecektir. Bununla beraber, apartman görevlisi yaralıya yardım etmeyip apartmandaki yangına müdahale ederse, yaralı bakımından garantör konumunda olmadığı için TCK m. 98 ve Alman CK m. 323c bağlamında “yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmeme” suçundan, garantör olması halinde ise⁹⁶³ “kasten öldürmenin ihmali

⁹⁵⁸ Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 387.

⁹⁵⁹ Tamamen dolu olan bir yolcu treni ile yük treninin çarpışmasını engellemek için rayların kenarında bulunan iki kişinin ölmesinin tercih edilmesi durumunda, sayıca daha fazla yaşam hakkının korunmasının hukuka uygunluk nedeni olan “zorunluluk hali” kapsamında kaldığı belirtilmektedir. Bkz Hisashi, Çev. Ünver, s. 335.

Bu bağlamda; aynı nitelikteki birden fazla yükümlülüğün çatışması halinde garantörün, sayısal olarak daha fazla olanı tercih etmesi gerektiği savunulabilir. İki yaşam hakkı arasında bir derecelendirme yapılması mümkün değil ise de, iki kişinin hayatının bir kişinin hayatından daha üstün olduğu yaklaşımı teorik açıdan makul karşılanabilir.

⁹⁶⁰ Rengier, kn. 41, s. 473.

⁹⁶¹ Selçuk, s. 90.

⁹⁶² Rengier, kn. 42, s. 473.

⁹⁶³ Bu olayda apartman görevlisinin ilgili sözleşme uyarınca apartman bakımından gözetim yükümlülüğü altında olduğu ve dolayısıyla apartmandan kaynaklı tehlikelerin üçüncü kişilere zarar vermemesi hususunda da “garantör” olacağı tartışılabilir.

davranışla işlenmesinden (TCK m. 83, Alman CK m. 13 - 212, 213)” sorumlulu olacaktır.

Bununla beraber apartman görevlisinin yaralı kişi bakımından garantör konumunda olmadığı durumlarda, hata konusu da gündeme gelebilir. Şöyle ki; görevli hem apartmanda çıkan yangına müdahale etme hem de yaralıya yardım etme yükümlülüğü olduğunun bilincindedir. Bununla birlikte, “*apartmandaki yangına müdahale etme yükümlülüğünün*” daha ağır bastığını, çünkü apartman bakımından “*garantör*” konumunda olduğunu düşünerek, yaralıya değil yangına müdahale etmeyi tercih eder. Böyle bir durumda hukuka uygunluk nedenini doğuran maddi vakıya ilişkin değil, hukuki değerlendirmeye ilişkin bir hata söz konusudur. Bu nedenle bu ihtimalde “*yasak hatası - emir hatası*” gündeme gelecektir. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde, ortada bir haksızlık olmasına rağmen fail kusurlu addedilemeyecek ve cezalandırılmayacaktır.

Konuya ilişkin bir diğer örnekte Baba V, boğulmakta olan çocukları T ve S’den sadece birini kurtarabilecek durumdadır. Baba V, T’yi kurtarmaya karar verir. Baba diğer çocuğu S bakımından da “*maddi - fiziki kurtarma imkânına*” sahip olduğundan, Alman CK 212, 13 ve TCK 83. madde bağlamında (ihmalî suretle kasten öldürme) suçunun tüm maddi ve manevi unsurları gerçekleşmiştir. Bu örnekte hukuka uygunluk nedenleri bakımından şunu söylemek gerekir: T’nin yaşama hakkı S’ninkinden daha üstün değildir. Ancak burada yükümlülüklerin çatışması bakımından eşit derecede iki değer söz konusu olduğundan, failin T’yi kurtarmaya karar verip onu kurtarmaya yönelik davranışta bulunması mümkündür⁹⁶⁴. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere biz, bu tip durumlarda failin garantör konumunda olup olmamasını önemsememekteyiz. Bu örnek olayda Baba V, garantör konumunda olmadığı yabancı bir çocuğu kurtarmış ve oğlunun ölmesini engellememiş olsa dahi yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden yararlandırılmalıdır.

Olaya ilişkin ikinci ihtimalde ise; Baba V, S’nin iyi bir yüzücü olduğunu ve dolayısıyla kendi kendine kurtulabilme ihtimali olduğunu düşündüğünden T’ye yardım etmeyi seçmiştir. Ancak S kurtulabilme ihtimaline rağmen bunu başaramamış ve boğulmuştur. Bu ihtimale ilişkin Alman doktrinindeki genel yaklaşım özetle şu şekildedir: Çocukların hayatları bakımından ortaya çıkan tehlikenin derecesi

⁹⁶⁴ Rengier, kn. 43, s. 473.

birbirinden farklı olduğundan, bu olayda sadece iki yaşam hakkının yarıştığı söylenemez. Fail burada haklı olarak, T'nin yaşamı bakımından ortaya çıkan tehlikenin apaçık bir şekilde daha fazla olduğunu öne sürebilir. Bu durum, Alman CK 34. maddede düzenlenen “*hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk haline*” dayanmaktadır. Burada Baba V, daha üst derecedeki değere yönelik yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Ancak Baba V, S'yi kurtarmayı seçer ve T boğulursa, artık Alman CK m. 212 ve 13 bağlamında T bakımından daha üstün değere yönelik yükümlülüğünü yerine getirmediğinden dolayı mazeret sebebinden yararlanamayacaktır⁹⁶⁵.

Kanaatimizce, bu ihtimalde de iki eşit hukuki değer söz konusudur. Ancak bu hukuki değerlerin temelini oluşturan konular bakımından “*tehlikenin ağırlığı ve derecesi*” birbirinden farklıdır. Dolayısıyla böyle bir durumda failin kural olarak, iki eşit hukuki değerden daha yakın ve ağır tehlike altında olana yönelmesi beklenir. Bununla beraber, bu tip durumlarda da failin hataya düşme ihtimalini de gözden kaçırmamak gerekir. Örneğin fail; objektif olarak kendisine daha yakın olan çocuğunu kurtarabilecekken, diğerini kendisine daha yakın zannederek ona yönelir. Ancak başarılı olamaz ve her iki çocuk da hayatını kaybeder. Böyle bir durumda yapılan hata, bir değerlendirme hatası değildir. Buradaki hata maddi olaya, vakıya, yani mesafeye ilişkindir. Dolayısıyla bu hata, failin kusurunu değil kastını kaldıracak ve şartları varsa failin ancak taksirli sorumluluğuna gidilecektir.

Sonuç olarak; yükümlülüklerin çatışması, kişinin aynı anda yerine getiremeyeceği iki yükümlülüğün olması halinde bunlardan birini seçmesidir ve ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir⁹⁶⁶. Ancak kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, öncelikle daha yüksek hukuki değeri korumaya yönelik olan yükümlülüğü tercih etmesi gerekir. Eğer korunan değerler birbirine eşitse, kurtarma ihtimali daha yüksek olana veya görece daha fazla tehlike altında olana yönelmesi gerekir. Dolayısıyla bu şartlara uygun olarak yaptığı seçim nedeniyle fail artık ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulamaz. Yani failin ya yüksek hukuki değeri ya da eşit olmakla beraber daha fazla tehlikede olan hukuki

⁹⁶⁵ Rengier, kn. 44, s. 473.

⁹⁶⁶ Doktrindeki baskın görüş; yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilebilmesi için her iki davranışın da ihmali nitelikte olması yönündedir. Bir başka ifadeyle, icrai ve ihmali yükümlülüklerin bir arada olduğu durumlarda yükümlülüklerin çatışmasından bahsedilemez. Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, s. 376 - 377.

değeri seçmesi ve harekete geçmesi gerekir. Yükümlülüklerin çatıştığı durumlarda fail, hiçbir şekilde harekete geçmiyorsa elbette ki ceza sorumluluğu gündeme gelecektir⁹⁶⁷. Bununla birlikte böyle bir ihtimalde failin tek bir ihmali suçtan mı yoksa iki ayrı ihmali suçtan mı sorumlu olacağı, içtima bakımından ayrıca tartışılması gereken bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla bu konuya ilişkin tartışmaları, çalışmamızın son bölümünde “*içtima*” başlığı altında yapacağız.

⁹⁶⁷ Kangal, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, s. 388.

4. İHMALİ SUÇLARDA KUSURLULUK, HATA VE SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ (TEŞEBBÜS - İŞTİRAK - İÇTİMA)

Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da failin cezalandırılabilmesi için, suçun tüm unsurlarının gerçekleşmesi gerekli ancak yeterli değildir. İhmali haksızlık dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için, aynı zamanda kusurlu olması da gerekir. Bu bağlamda, ihmali suçlarda üzerinde durulması gereken önemli başlıklardan bir diğerini de “kusurluluk” oluşturmaktadır. Kusurluluk konusuyla bağlantılı olarak ihmali suçlar özelinde “hata” konusuna da değinmek gerekir. Özellikle ihmali suçlara özgü unsurlar üzerinde yapılan hatanın hukuki niteliğinin tespiti hem teorik hem de pratik açıdan önem arz etmektedir.

Doktrinde “suçun özel görünüş (görünüm) biçimleri” olarak da ifade edilen; “teşebbüs”, “iştirak” ve “içtima” konularında da ihmali suçlara özgü değerlendirmeler yapmak gerekebilir. Tüm bu nedenlerle çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde; ihmali suçlar bakımından “kusurluluk, hata, teşebbüs, iştirak ve içtima” konularını ele alacağız.

4.1. İhmali Suçlarda Kusurluluk ve Hata

Haksızlık teşkil eden bir fiilden bahsedebilmek için her şeyden önce, ilgili suç tipinin maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının eksiksiz olarak gerçekleşmesi gerekir. Bununla beraber failin, işlediği haksızlık dolayısıyla kınanıp kınanamayacağı ve dolayısıyla ceza türünden bir yaptırıma muhatap olup olmayacağı ise “kusurluluğun” konusunu oluşturur⁹⁶⁸. Klasik suç teorisinin benimsediği “kusurluluk = suçun manevi unsuru = kast ya da taksir” anlayışı⁹⁶⁹, günümüzde büyük oranda terk edilmiştir. Günümüz ceza hukuku anlayışlarında kusurluluk, haksızlığın bir vasfı olarak değil, haksızlığı gerçekleştiren failin “fili nedeniyle kınanması hususundaki normatif bir

⁹⁶⁸ “İfade edelim ki, yukarıda bazı tasniflerde suçun unsurları arasında incelenen “kusurluluk“, suçun unsurlarına dâhil değildir. Kusurluluk, işlediği fiil dolayısıyla kişinin kınanabilmesi, haksızlık teşkil eden fiilin faile yüklenebilmesidir. Bu itibarla kusurluluk, tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş bir fiilden ötürü kişinin kınanabilip kınanamayacağı hususundaki yargıyı ifade etmektedir. Dolayısıyla kusurluluk, bu özelliği ile suçun bir unsuru olmayıp, kişinin cezalandırılabilmesi bakımından gerekli olan bir koşul olarak nitelendirilmelidir”. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 202 - 203. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 402.

⁹⁶⁹ Bu anlayış 765 sayılı TCK döneminde Türk Ceza Hukuku doktrinde de çok büyük oranda kabul görmekteydi. Bkz. Hakan Karakehya ve Asena Kamer Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, c. 3, sa. 2, y. 2015, s. 7 v.d.

değerlendirmeyi” ifade etmektedir⁹⁷⁰. Dolayısıyla kusur; belirli bir fiile ilişkin olarak fail hakkında varılan yargı olduğuna göre, belirli bir fiilden soyut olarak, kişinin sürdürdüğü hayat tarzı itibarıyla kusurlu olduğunu kabul etmek de mümkün değildir⁹⁷¹. Sonuç olarak; kusurluluk suçun bir unsuru değilse de, kusurluluk bağlamında yapılacak değerlendirmenin temelini yine ilgili haksızlık ve onun unsurları oluşturacaktır. İhmali suçlar bakımından kusurluluk değerlendirmesi yapılırken de, somut haksızlığı göz ardı ederek bir sonuca varmak mümkün değildir. Bu bağlamda, ihmali suçlarda kusurluluk; failin ihmali davranışı, bir başka ifadeyle, maddi - fiziki olarak yapması mümkün olduğu halde yapmadığı tipik davranış üzerine temellendirilecektir.

İcrai suçlar bakımından yapılan kusur değerlendirmesi, kural olarak ihmali suçlar bakımından da aynen geçerlidir. Dolayısıyla failin ihmali davranışından doğacak ceza hukuku sorumluluğu, failin kasten ya da taksirle gerçekleştirdiği fiile dayanan kusuruyla orantılı bir şekilde belirlenecektir⁹⁷². Bu bağlamda, ceza kanunlarında kusurluluğu etkileyen nedenlerden herhangi birinin somut olayda gerçekleşmesi durumunda, tıpkı icrai suçlardaki gibi bir değerlendirme yapılacaktır. Suç genel teorisi bakımından kusurluluğu etkileyen tüm haller, kural olarak ihmali suçlar bakımından da uygulanabilir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, zorunluluk hali, uyuşturucu madde ya da alkol etkisinde kalma, haksız tahrik gibi...

Söz gelimi, hastanenin acil servisinde ağır kanamalı bir hasta getirilmiştir. Bu sırada acil servite görevli olan Hekim H, bu hastanın birkaç gün önce kendisini yaralayan F olduğunu fark etmiş ve bu olayın kendisinde oluşturduğu öfkeyle hastaya gereken müdahaleyi yapmamış ve kendisine müdahale edilmeyen yaralı F hayatını

⁹⁷⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 202. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 404. Karakehya ve Usluadam, s. 17.

⁹⁷¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 404.

⁹⁷² “Motorlu taşıtın egzoz emisyon ölçümünü yaptıran ve bu konuda Kanunla kendisine verilen görevi yerine getiren kişi, taşıtının egzoz emisyonunun standart değerlerin altında olduğu, idare ya da idare tarafından yetkili kılınan ölçüm istasyonlarınca tespit edilmiş kişi konumundadır. Söz konusu yükümlülüğünü yerine getiren motorlu taşıt sahibi, teknik cihazlarla yapılabilen ölçümün doğru yapıp yapılmadığını kişisel olarak kontrol etme olanağına sahip olmadığı gibi mevzuat uyarınca yeniden ölçüm yaptırması gereken tarihten önce ölçüm yaptırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Oysa idari yaptırımlar bakımından da geçerli olan Anayasa’nın 38. maddesinde yer alan ve kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesini barındıran “cezaların şahsiliği ilkesi” gereğince kişilerin cezalandırılabilmesi için kusurlu bir davranışının bulunması gerekir. **Bu anlamda, bir kişinin ihmali davranışı nedeniyle kusurlu sayılması ve cezalandırılabilmesi, o konuda icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığına ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesine bağlıdır**”. AYM. E. 2015/35, K. 2015/40, T. 22.4.2105, R.G: 23.5.2015, sa. 29364.

kaybetmiştir. Bu olayda, kanuni şartlarının oluştuğu tespit edildiği takdirde Hekim H bakımından haksız hükümlerinin uygulanması mümkündür.

Benzer şekilde, taksirli davranışıyla yaraladığı yayaya yardım etmeye çalışan sürücü S, mağdur yakınlarının kendisine yönelik saldırı girişimi nedeniyle olay yerinden kaçmak zorunda kalmış ve yaralıya yardım edememiştir. Bu olay bakımından da sürücü S, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak “zorunluluk halinden” yararlanacaktır⁹⁷³.

Cankurtaran C, görevi sırasında ciddi miktarda alkol alır. Aldığı alkol nedeniyle refleksleri oldukça zayıflar. Bu nedenle denizde boğulmakta olan kişiye ulaşması fazla zaman alır ve geç yardım ulaşan mağdur boğularak hayatını kaybeder. Böyle bir durumda, C alkolü iradi olarak aldığından, ceza hukuku sorumluluğu ortadan kalkmaz. Ancak bu olayda cankurtaran C alkolün etkisine kendi iradesiyle girmemiş olsaydı, kusurunu kaldıran ya da azaltan bir neden gündeme gelebilirdi.

Konuya ilişkin bir diğer örnek ise şu şekildedir: Kısa süreli komşuya giden annenin, 2 yaşındaki küçük kardeşine göz kulak olmasını tembihlediği 10 yaşındaki büyük kardeş; küçük kardeşinin koltuğun üzerine çıkarak açık olan pencereye doğru yöneldiğini görmesine rağmen, küçük kardeşini kışkandığı için ona müdahale etmez ve camdan düşen küçük kardeş yaralanır. Bu örnek olayda; 10 yaşındaki (büyük) kardeş bakımından “*ihmali davranışla kasten yaralama suçunun*” unsurları oluşmuştur. Ancak yaşı dolayısıyla kanunen kusur yeteneği olmadığı kabul edilen 10 yaşındaki faile “ceza” türünden bir yaptırım uygulanması mümkün değildir⁹⁷⁴.

Verdiğimiz tüm bu örnekler ışığında varılması gereken sonuç; ceza kanunlarındaki kusurluluğu etkileyen genel nedenlerin, ihmali suçlar bakımından gündeme gelmesinin teorik olarak mümkün olduğudur. Çalışmamızın kapsamını aşacağından, suç teorisi bakımından “*kusurluluk*” konusunun ayrıntılarına girmeyeceğiz. Bununla beraber bu bölümde, kusurluluk bağlamında yalnızca ihmali suçlara özgü haller olan

⁹⁷³ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 147.

⁹⁷⁴ Bu olayda, anne bakımından ceza sorumluluğunun oluşup oluşmadığını ise ayrıca tartışmak gerekir. Annenin ihmali davranışının ceza hukuku sorumluluğu doğurup doğurmayacağı, somut olayın özellikleri dikkate alınarak tespit edilmelidir. Kanaatimizce böyle bir olayda, öncelikle annenin taksirinin var olup olmadığı ve neticenin anneye objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği üzerine yoğunlaşmak gerekir. Bu iki hususun varlığı kabul edilse dahi, çocuğunun zarar görmesinden oldukça muzdarip olan anne bakımından, TCK m. 22/6 uyarınca bir şahsi cezasızlık sebebinin gündeme gelebileceğini göz ardı etmemek gerekir.

“*omissio libera in causa (sebebinde serbest ihmal)*” ile “*davranışın (sübjektif) beklenebilirliği*” başlıklarına ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

4.1.1. Sebebinde Serbest İhmal - Omissio Libera in Causa (Olic)

Ceza sorumluluğunun doğabilmesi için, suç oluşturan fiil gerçekleştirildiği sırada failin hem manevi unsurunun (kast ya da taksir) hem de kusur yeteneğinin olması gerekir. Bu unsurların suçun icrasından önce ya da sonra değil, fiilin gerçekleştirildiği sırada var olması esastır⁹⁷⁵. Bununla beraber, özellikle failin suç işlemek amacıyla kusur yeteneğini bizzat ortadan kaldırdığı durumlarda, bu yeteneklerin suç işlendiği anda olmaması bir istisna kabul edilmekte ve failin cezalandırılmasının önü açılmaktadır⁹⁷⁶. Bu durum, icrai suçlar bakımından “*actio libera in causa (alic) - sebebinde serbest hareket*” olarak ifade edilmektedir⁹⁷⁷. Doktrinde kısaca “*alic*” olarak ifade edilen bu kuralın ihmali suçlara uyarlanmış hali ise “*omissio libera in causa (olic) - sebebinde serbest ihmal*” olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁷⁸.

Meydana gelen tipik neticeden ihmali davranışı nedeniyle faili sorumlu tutabilmek için, diğer şartların yanında, “*müdahalenin gerekli olduğu zamanda failin algılama ve irade yeteneğinin tam olması da*” gerekir⁹⁷⁹. Bu genel kuraldan ayrılmayı gerektiren “*omissio libera in causa (olic) - sebebinde serbest ihmal*” ise özetle şu şekilde açıklanabilir: Fail, muhtemel tehlike daha ortaya çıkmadan önce, kurtarmaya yönelik hareketi yapmayı imkânsız kılacak bir duruma kendisini kasten sokarsa, artık kurtarmaya yönelik davranışı yapmasının mümkün olmadığından bahisle kendisini sorumluluktan kurtaramaz⁹⁸⁰. Bu tip olaylarda, her ne kadar tipikliğin gerçekleştiği anda failin kusur yeteneği olmasa da, bu duruma fail kendisini bilerek soktuğu için meydana gelen neticeden ihmali davranışıyla sorumluluğu devam edecektir.

Doktrindeki bir yaklaşıma göre; bu mantık “*actio libera in causa*” kuralındaki kusur isnadıyla benzerdir ancak onun kadar tartışmalı değildir⁹⁸¹. Bu kural sayesinde aslında

⁹⁷⁵ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 336.

⁹⁷⁶ Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Band II, Herausgegeben von Hans Lilie, Berlin: 2009, s. 509.

⁹⁷⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 429. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 336.

⁹⁷⁸ Heinrich, § 25, s. 371 v.d. Haft, s. 178.

⁹⁷⁹ Von Wolfgang Joecks ve Christian Jäger, Studienkommentar StGB: 2018, 12. Auflage, § 13, kn. 94, 26.

⁹⁸⁰ Rengier, kn. 11, s. 464 - 465.

⁹⁸¹ Rengier, kn. 11, s. 464 - 465.

suç oluşturan fiilin yapıldığı anda olması gereken bir unsurun, fiilin gerçekleşmesinden önceki bir aşamaya çekilmesi hukuk mantığıyla uyumludur. Çünkü önceden açık bir şekilde görülen ya da görülmesi mümkün olan hukuki değeri koruması için kişinin hareket kapasitesini de koruması gerekir⁹⁸². Örneğin Cankurtaran C, görevi başındayken sarhoş olmuştur. Bu nedenle görevini yapması artık mümkün olmasa da bu gerekçenin hukuken bir önemi yoktur. Çünkü C, görevinin ve dolayısıyla meydana gelebilecek tehlikelerin farkında olmasına rağmen alkol etkisine bilerek girmiştir. C'nin aşırı sarhoş olması nedeniyle dalgaya kapılan O'ya yardım gitmemiş ve dalgalara karşı mücadele etmesine rağmen kıyıya ulaşamayan O ölmüştür. Suç işlendiği sırada C'nin yardıma yönelik hareketi icra etmesi (aşırı sarhoş olması nedeniyle) mümkün değilse de “*omissio libera in causa*” kuralı gereğince, suç anı boğulmadan önceki bir an kabul edilir ve garantör C ölüm neticesinden ihmali davranışıyla sorumlu tutulur⁹⁸³.

Bu tip olaylarda sorumluluğun suçun gerçekleştiği andan bir miktar geriye çekilmesi genel yaklaşımına katılmakla beraber, “*olic kuralındaki yaklaşım alic kuralındaki kusur isnadıyla benzerdir ancak onun kadar tartışmalı değildir*” tespitine iştirak etmiyoruz. Kanaatimizce “*olic*”, “*alic*”ten daha tartışmalı bir mahiyettedir. Şöyle ki; icrai suçlar söz konusu olduğunda “*alic*”, failin sadece “*kusur yeteneğini*” önceki bir zamana taşır. Bu tip suçlarda, fiilin icrası sırasında her ne kadar failin kusur yeteneği olmasa da, fiilin iradiliği noktasında çok büyük oranda bir tartışma yoktur. Bir başka ifadeyle, “*alic*” kuralı söz konusu olduğunda, fiil “*iradidir*” ancak bu sırada failin kusur yeteneği ya yoktur ya da oldukça azalmıştır⁹⁸⁴. Dolayısıyla icrai suçlarda “*alic*” kuralı çok büyük oranda kusur yeteneği noktasında devreye girmekte ve fail daha önceden bizzat kendi iradesiyle “*kusur yeteneğini*” ortadan kaldırdığından, sonradan gerçekleştirdiği bu “*iradi*” fiil bakımından kusurlu kabul edilerek cezalandırılmaktadır.

“*Sebebinde serbest ihmal - olic*” söz konusu olduğunda ise iki farklı durum ortaya çıkabilir. Birincisi, daha önceden gerçekleştirdiği davranış failin sadece kusur

⁹⁸² Bkz. Rengier, kn. 11, s. 464 - 465.

⁹⁸³ Rengier, kn. 12, s. 465.

⁹⁸⁴ Anne küçük bebeğini emzirmek için yanına almış ancak daha sonra uyuyakalmıştır. Boğulan çocuk hayatını kaybetmiştir. Bu tip durumlarda kusur yeteneğini ortadan kaldıran davranışın zaten “*taksiri*” oluşturduğu ve bu nedenle “*alic*” kapsamında değerlendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 340.

yeteneğini ortadan kaldırmış veya önemli ölçüde azaltmış olabilir. Örneğin; acil serviste görevli hekim aşırı derecede alkol aldığından, davranışlarını yönlendirebilme yeteneği oldukça azalmıştır. Alkolün de verdiği cesaretle acil servise başvuran hastalara müdahale etmemiş/edememiş ve bu nedenle bazı hastalar hayatını kaybetmiştir. Bu olayda hekim yani ihmali suç faili, kasıtlı olarak kusur yeteneğini önemli ölçüde azaltmıştır. Dolayısıyla bu tip durumlarda uygulanan “*olic*”, icrai suçlardaki “*alic*” kuralına oldukça benzerdir. Çünkü bu örnekte fail; her ne kadar kusur yeteneğini önemli ölçüde ve kasten azaltmış ise de gerçekleştirdiği ihmali fiil iradi olma özelliğini korumaktadır.

Buna karşılık ikinci ihtimalde ise; failin kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmede (yani ihmali davranış anında) sırada sadece kusur yeteneği değil, fiil yeteneği de ortadan kalkmış olabilir⁹⁸⁵. Bir başka ifadeyle, kurtarma fiilini gerçekleştirmesi gereken anda failin bilincini tamamen yitirmiş olabilir. Örneğin; yarım saat sonra bulunduğu istasyondan geçecek olan yolcu treninde, kan davalısının da seyahat ettiğini öğrenen demiryolu görevlisi D, makası değiştirmeyip treni devirmeye karar verir. Ancak sonrasında kendisine yönelecek sorumluluktan kurtulmak için de kendince bir plan yapar ve trenin geçmesinden yarım saat önce yüksek miktarda uyku ilacı alarak, tam uyku haline geçer. Tren, görev mahallinden geçtiği sırada derin bir uykuda olan D, makası değiştirmede için tren devrilir ve birçok kişi yaralanır/hayatını kaybeder. “*Olic*” kuralının uygulanması gereken bu örnek olayda dikkat edilmesi gereken husus, garantör konumunda olan failin makası değiştirmede anda “*iradi davranma yetisine sahip olmadığıdır*”.

Düşmanını öldürmek için zil zurna sarhoş olup akabinde onu öldüren fail, fiili gerçekleştirdiği sırada kusur yeteneğine sahip olmasa da fiil yeteneğine sahiptir. Bir başka ifadeyle, “*alic*” kuralının devreye girdiği icrai suçların büyük bölümünde failin “*iradi*” bir davranışı söz konusudur. Ancak demiryolu makasını değiştirmede sırada tam uyku halinde olan görevli D bakımından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Dolayısıyla “*sebebinde serbest ihmalde*” yani “*olichte*”, “*sebebinde serbest hareketten - alicten*” farklı olarak fail sadece kusur yeteneğini değil, iradi davranma yeteneğini de kaybedebilir⁹⁸⁶.

⁹⁸⁵ Haft, s. 178.

⁹⁸⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 258.

Doktrinde bazı yazarlar; bu tip durumlarda failin kendisinden beklenen davranışı yerine getirmemesi için yaptığı şeyin iradi olması durumunda, ihmali davranışının da iradi olduğunun kabul edileceğini savunmaktadır⁹⁸⁷. Yukarıdaki örnek olay değerlendirildiğinde; demiryolu görevlisi D makası değiştirmemek için uyku ilacını iradi olarak içtiğinden artık ihmali davranışı da “iradi” kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu yaklaşım, “sebebinde serbest ihmalin” sadece kusur yeteneğini değil aynı zamanda fiil yeteneğini de suç anından önceki bir zamana çektiğini kabul etmektedir.

Kanaatimizce de; “olic”in söz konusu olduğu durumların büyük çoğunluğunda “alic”ten farklı olarak, hem “fiil yeteneği” hem de “kusur yeteneği” suç anından geriye çekilmektedir. Dolayısıyla, “olic” kuralının uygulanması gereken olaylarda, suç genel teorisinin temel kurallarından biri olan “suç işlendiği sırada failin hem idrak hem de kusur yeteneğinin olması” koşulundan ayrılma mecburiyeti ortaya çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle, “sebebinde serbest ihmali” ceza hukukundaki söz konusu genel yaklaşıma bir istisna teşkil etmektedir⁹⁸⁸.

“Sebebinde serbest ihmalde (olic)”, faillerin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken şu şekilde hareket etmek gerekir: Her şeyden önce, tıpkı “sebebinde serbest harekette (alic)” olduğu gibi “sebebinde serbest ihmalde (olic)” de, failin kusur ve/veya davranış yeteneğini bizzat kendisinin ortadan kaldırması gerektiği unutulmamalıdır⁹⁸⁹. Failin bu yetenekleri başka bir kimse tarafından (zorla ya da hileyle) ortadan kaldırılmışsa “sebebinde serbest ihmalden” bahsedilemez⁹⁹⁰. Bu tip durumlarda; ihmali davranışta bulunan kişinin değil, faili bu konuma getiren(ler)in ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Çünkü “geçici bir neden ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez” (TCK m. 34/1). Ancak unutulmamalıdır

⁹⁸⁷ Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 258.

⁹⁸⁸ Burada kullandığımız “istisna” ifadesi, sebebinde serbest hareket kavramının açıklanmasına yönelik “istisna modeli” anlamında kullanılmamıştır. Sadece bu durumun genel yaklaşımla açıklanamayacağına ilişkindir. Sebebinde serbest hareketin hukuki temellendirilmesi noktasında ileri sürülen “istisna modeli” ve “tipiklik modeli” kavramları için bkz. Osman İsfen, “Das Ausnahmmodell in art. 34 II des Türkischen Strafgesetzbuches - Eine Kritische Würdigung im Hinblick auf dessen Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip / TCK md. 34/2’de Düzenlenen İstisna Modelinin Kusur İlkesi ile Bağdaştırılabilirliği Konusunda Eleştirel Bir Değerlendirme”, *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.1, sa. 1, y. 2011, s. 1 - 46. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, s. 418 v.d.

⁹⁸⁹ “Kişi isnat kabiliyetini bilerek ve isteyerek, suç işlemek için kaldırmalıdır. Aksi halde fiili alic kapsamına girmez”. Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 424.

⁹⁹⁰ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 338.

ki, irade dışı sarhoşluk da denilen bu durumdan bahsedilebilmesi için, failin sarhoş olmasında taksirinin dahi bulunmaması gerekir⁹⁹¹.

“*Sebebinde serbest ihmal*” bağlamında failin ceza hukuku sorumluluğu belirlenirken dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, failin kusur ve/veya hareket yeteneğini ne şekilde ortadan kaldırdığı veya önemli ölçüde azalttığıdır. Bu bağlamda, failin bu yeteneklerini taksirle ya da kasten ortadan kaldırması söz konusu olabilir. Kusur yeteneğini kasten ya da taksirle ortadan kaldıran failin, bu yeteneğini kaybettikten ya da önemli ölçüde azalttıktan sonra suçu hangi manevi unsurla işlediğine ayrıca bakmak gerekir. Çünkü kusur yeteneğini kasten ortadan kaldıran fail taksirli bir suç işleyebileceği gibi, kusur yeteneğini taksirle ortadan kaldıran fail de kasıtlı bir suç işleyebilir. Çünkü bir kimsenin alkol ya da uyuşturucu madde etkisinde olması, onun kasten ya da taksirle hareket etmesine engel teşkil etmez⁹⁹².

İradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu maddenin etkisinde suç işlenmesinde temel olarak üç farklı ihtimal söz konusu olabilir:

İhtimal 1: Kişi, “*belirli bir suçu işlemek amacıyla*” kusur ve/veya davranış yeteneğini ortadan kaldırmış olabilir. Tıpkı yukarıdaki örnekte demiryolu görevlisi D’nin yaptığı gibi.

Böyle bir ihtimalde, failin ceza hukuku sorumluluğu tamdır. Demiryolu görevlisi örneğinde fail D; “*ihmali davranışla kasten öldürme*” suçundan sorumlu olacaktır. Ancak bu ihtimalde failin kasten sorumlu tutulacağı suç, alkol alırken işlemeyi kastettiği suçtur. Eğer fail alkol aldıktan sonra, icrai ya da ihmali bir başka taksirli suç işlemişse, bu suçlar bakımından ancak taksirli sorumluluğuna gidilmelidir. Örneğin; kan davalısının içinde bulunduğu trenin devrilmesini sağlamak için makas değiştirmemeye karar veren D, uyku ilacı içip uykuya dalmıştır. D, ısınmak için kullandığı ancak uzun süre fişte takılı kaldığı takdirde kısa devreye sebeğ vererek yangın çıkarma tehlikesi oluşturduğunu bildiği ısıtıcıyı açık unutmuştur. Uzun süre açık kalan ısıtıcı kısa devre yaparak yangın çıkarmış ve istasyondaki bazı çalışanlar/yolcular çıkan yangın nedeniyle yaralanmıştır. Bu yangın nedeniyle

⁹⁹¹ Bkz. TCK m. 34 gerekçesi. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 431. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 335.

⁹⁹² Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 432.

meydana gelen yaralama fiilleri bakımından D kasten değil, ancak taksirle sorumlu tutulabilir.

İhtimal 2: Fail “*herhangi bir suç işlemeyi düşünmediği halde*”, kusur yeteneğini ortadan kaldıran alkol ya da uyuşturucu maddeyi isteyerek almış ve bu maddenin etkisi altında suç işlemiştir.

Böyle bir durumda fail, kusur yeteneğini ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde azaltan alkol ya da uyuşturucu maddeyi “*iradi olarak*” aldığı için, kural olarak kusur yeteneği etkilenmez. Ancak bu etki altında gerçekleşen ihmali suçun manevi unsuru bakımından ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Örneğin; yakın zamanda oradan bir tren geçeceğini ve makası değiştirmesi gerektiğini bilen demiryolu görevlisi, aşırı derecede alkol almış ve bu nedenle makası değiştirememiş ise ihmali davranışı bakımından en azından “*olası kastının*” kabulü gerekir. Aslında bu durumda da, birinci ihtimaldekine benzer şekilde hareket edilmektedir. Ancak birinci ihtimalden farklı olarak, meydana gelecek tipik netice bakımından failin doğrudan kastından ziyade olası kast ya da bilinçli taksirinin bulunması daha olasıdır. Çünkü fail, kusur/irade yeteneğini ortadan kaldırırken suç işleme kastıyla hareket etmemekte, ancak olması muhtemel sonuçları öngörmesine rağmen bu davranışı yapmaktan da geri durmamaktadır.

Sonuç olarak; söz konusu iki ihtimalde de fail kusur yeteneğini iradi olarak ortadan kaldırdığından, bu durumun ceza hukuku sorumluluğu üzerinde bir etkisi yoktur. Bununla beraber, failin işlediği suç bakımından manevi unsuru ayrıca araştırılmalı, gerçekleşen ihmali suç bakımından kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettiği tespit edilmelidir.

İhtimal 3: Fail, alkol ya da uyuşturucu madde almak kastıyla hareket etmemiştir. Ancak kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı için, kusur yeteneğini etkileyecek miktarda maddeye yanlışlıkla maruz kalmıştır. Örneğin; alkole karşı oldukça dayanıksız olan fail, içinde belirli bir miktarda alkol bulunan içeceği alkolsüz zannederek tüketmiş ve nihayetinde algılama ve irade yeteneğini önemli ölçüde kaybetmiştir. Akabinde de kasten veya taksirle ihmali bir suç işlemiştir.

Böyle bir durumda; failin sadece kusur yeteneği ortadan kalkmış ya da önemli ölçüde azalmış ise, gerçekleştirdiği fiilin kasten ya da taksirli olmasına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Bir başka ifadeyle, taksirli davranışı ile kusur yeteneğini kaldıran fail,

akabinde kasten bir suç işlemişse kasten, taksirli bir suç işlemişse taksirle sorumlu tutulmalıdır. Çünkü TCK m. 34'te; “*iradi olarak alınan alkol ya da uyuşturucu maddenin*” kişinin kusur yeteneğini etkilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Böyle bir durumda da fail, kusur yeteneğini her ne kadar taksirli de olsa iradi olarak ortadan kaldırmış görünmektedir.

Bununla beraber doktrindeki farklı bir görüş; bu tip durumlarda, sonradan gerçekleştirilen suç kasten de olsa kusur yeteneği taksirle ortadan kalktığından failin ancak taksirli sorumluluğuna gidilebileceği yönündedir⁹⁹³. Bu yaklaşım, ceza adaleti bakımından daha makul görünse de teorik açıdan kusur yeteneği ile manevi unsur kavramları birbirine geçmektedir.

Bu problemin çözümüne yönelik olarak, “*failin kendi kusur yeteneğini taksirle kaldırdığı veya önemli ölçüde azalttığı durumlarda verilecek cezada indirim yapılmasına*” yönelik bir hükmün TCK'ya (m. 34'e) eklenmesi düşünülebilir. Çünkü bu tip durumlarda, failin kasten ya da taksirle işlediği suç bakımından kusur yeteneğinin zayıfladığı ya da ortadan kalktığı bir gerçektir. Ancak bu yeteneği kasten ortadan kaldıran kişi ile taksirle ortadan kaldıran kişinin cezai sorumluluklarının aynı olması orantılılık ilkesi ve adalet duygularıyla bağdaşmamaktadır.

Bununla beraber fail, sadece kusur yeteneğini değil aynı zamanda iradi davranma yeteneğini de taksirle ortadan kaldırmış ise, akabinde işlediği ihmalî suç bakımından ancak “*taksirli*” sorumluluğuna gidilmelidir. Yukarıdaki örnek olayda demiryolu görevlisi D; düzenli olarak kullandığı tansiyon ilacı zannederek sadece geceleri kullandığı uyku ilacını yanlışlıkla içer ve uyuyakalır. Makasın değiştirilmemesi nedeniyle tren kaza yapar ve içindekiler yaralanır. Kanaatimizce bu olayda D'nin ancak “*taksirle yaralama*” suçundan sorumluluğuna gidilmelidir. Çünkü tipikliğin tamamlandığı sırada failin iradi davranma yeteneği dahi yoktur ve bu yeteneğin ortadan kalkmasında failin kastı değil taksiri söz konusudur.

4.1.2. Kurtarmaya Yönelik Davranışın Failden Beklenebilirliği

Kurtarmaya yönelik “*davranışın maddi - fiziki anlamda mümkün olması*”, ihmalî fiilin bir alt unsuru kabul ettiğimizden, bu başlığı suçun maddi unsurları altında

⁹⁹³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 432.

incelemiştik. Ancak, maddi - fiziki olarak yapılması mümkün olan davranışın, sübjektif nedenlerle failden beklenemeyeceği durumlar da söz konusudur. Somut bir olayda kurtarmaya yönelik davranışı “*maddi - fiziki olarak*” yapması mümkün olan teminat yükümlüsü yani garantör, harekete geçtiği takdirde ağır bir tehlikeye maruz kalacaksa artık bu ihmali fiili dolayısıyla faili kınanamaz. Dolayısıyla, maddi - fiziki anlamda yapması mümkün olan hareketin failden istenemeyeceği/beklenemeyeceği durumlarda fail artık kusurlu addedilemez⁹⁹⁴.

Kısaca “*beklenebilirlik*” olarak ifade edilen bu durum, bazı saf ihmali suçlarda tipiklik içerisine dâhil edilmiştir. Örneğın TCK m. 98’de: “*Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen...*” denmektedir⁹⁹⁵. Bu tip özel durumlarda “*beklenebilirlik*” artık kusur bağlamında değıl tipikliğın bir unsuru olarak kabul edilmelidir. Bununla beraber ne Alman CK m. 13 ne de TCK m. 83’te görünüşte ihmali suçlar bakımından beklenebilirliğe ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla, ilgili suç tipinde beklenebilirliğe ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan ihmali suçlar bakımından bu kavramın içeriğının ve hukuki niteliğının doldurulması gerekir.

Doktrinde “*beklenebilirlik*” kavramının hukuki niteliğı konusunda farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Konuya yönelik ilk görüş, bu hususun “*kusurluluk*” kapsamında değerlendirilmesi yönündedir⁹⁹⁶. Yine beklenebilirliğın “*hukuka aykırılık*” bağlamında değerlendirilmesine yönelik görüşlere de rastlanmakla beraber bu yaklaşım artık eskimiş görünmektedir.

“*Beklenebilirliğin*” hukuki niteliğının ne olduğı sorusuna verilecek cevap, özellikle “*iştirak*” ve “*hata*” konularında önem arz etmektedir. Çünkü “*beklenebilirlik*”

⁹⁹⁴ Örneğın; ileri derecede böbrek hastası olan ve böbrek nakli olmadığı takdirde hayatını kaybedecek olan çocuğuna böbreğini vermeyen ebeveyn, ihmali davranışla kasten öldürmeden sorumlu tutulamaz. Bu olayda ebeveyn çocuğı bakımından teminat yükümlüsüdür yani garantör konumundadır. Aynı zamanda ebeveynin kurtarmaya yönelik davranışı maddi - fiziki anlamda yapması da mümkündür. Ancak böbreğini vermek ebeveynin vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike yaratabileceğinden, çocuğuna böbreğini vermeyen anne ya da baba kusurlu addedilemez. Örnek için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 248.

⁹⁹⁵ Alman CK m. 323c’de de benzer bir hüküm yer almaktadır: Fail; “*eğer önemli bir tehlikeye girmeyecek ya da daha önemli bir yükümlülüğüne hâlel getirmeyecekse*” yardım etmekle mükelleftir. “*...insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist...* (StGB 323c)”.

⁹⁹⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240. Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 148.

tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilirse, failin beklenebilir olmadığı durumlarda suç da tipik olmayacağından suça şerik olarak katkı verenleri cezalandırmak mümkün olmayacaktır⁹⁹⁷. Benzer şekilde, “*beklenebilirlik*” tipiklik içerisinde mütalaa edildiği takdirde yapılan hata failin kastını ortadan kaldıracakken, kusurluluk kapsamında değerlendirildiğinde yapılan hata failin kastı üzerinde değil yalnızca kusuru üzerinde etkili olacaktır.

Doktrinde bazı yazarlar davranışın “*maddi - fiziki anlamda mümkün olması*” ile “*hareketin beklenebilirliği*” kavramlarını birbirinden ayırırken⁹⁹⁸, bazıları bu şekilde bir ayrıma gerek duymamakta ve her iki durumu da “*beklenebilirlik*” altında incelemektedir⁹⁹⁹. Biz, bu yaklaşımlardan ilkinin tercih etmiş bulunmaktayız. Çünkü failin tipik neticeyi engellemeye yönelik “*davranışı maddi - fiziki olarak yapabilme imkânına*” sahip olması, ihmalî suçun fiil unsuruna yani tipikliğe ilişkin bir husustur. Bununla beraber, maddi - fiziki anlamda yapabilme imkânı olan failden bu davranışın “*şahsi olarak beklenebilirliği*” ise “*kusurluluğu*” ilgilendirir¹⁰⁰⁰. Bu iki kavram arasındaki farkı şu örnekle açıklamaya çalışalım: Ağır yaralı olarak acil servise gelen ve derhal kan takviyesi yapılması gereken hastaya kan grubu uymayan ebeveynin kan vermesi “*maddi - fiziki*” anlamda mümkün değildir. Bununla beraber hasta ile kan grubu aynı olan ebeveynde birçok kronik rahatsızlık mevcuttur. Dolayısıyla kan vermesi halinde kendi hayatı da riske girebileceğinden kan vermekten imtina etmektedir. Bu ihtimalde, ebeveynin hastaya kan vermesi, yani kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmesi maddi - fiziki anlamda mümkün olmasına rağmen, beklenebilir değildir. Dolayısıyla bu iki kavramın birbirinden farklı olduğunun kabulü gerekir.

Kurtarmaya yönelik davranışın maddi - fiziki anlamda mümkün olması “*objektif*” bir değerlendirme ile tespit edilecekken, tipik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği noktasında yapılacak değerlendirme ise “*sübjektif*” nitelikte olacaktır. Bu şekilde sübjektif bir değerlendirme yapılırken de her somut olayın

⁹⁹⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s. 254.

⁹⁹⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, s. 216, 248.

⁹⁹⁹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240.

¹⁰⁰⁰ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 781.

özelliği, failin olaydaki konumu, tehlike altındaki hukuki değer ile failin harekete geçerek tehlikeye atacağı değerler kıyaslanmalıdır¹⁰⁰¹.

Kanaatimizce; kurtarmaya yönelik davranışın maddi - fiziki anlamda mümkün olup olmadığı belirlenirken daha sınırlı bir değerlendirme yapılmalı, bunun dışında kalan hususlar ise “*beklenebilirlik*” kapsamında mütalaa edilmelidir. Örneğin, felçli olduğu için konuşma ve hareket yeteneği bulunmayan bir ebeveynin boğulmakta olan çocuğunu kurtarma noktasında maddi - fiziki imkânı yoktur. Böyle bir durumda tipik bir haksızlıktan bahsedilemez. Bununla beraber yüzme bilen ebeveyn, çocuğunun boğulmakta olduğunu görür ancak dalgalar o kadar şiddetlidir ki kendisinin de suya kapılıp boğulacağı korkusuyla denize atlamaktan imtina eder. Bu ihtimalde ise tipik (ihmali) haksızlık oluşmuştur ancak fail kusurlu addedilemeyeceğinden kınanamaz ve dolayısıyla da cezalandırılmaz.

Kurtarmaya yönelik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği hususu, failin ve mağdurun şahsi özellikleri, konumları değerlendirilmek suretiyle her somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir. Örneğin, orta şiddetteki bir yangında bina içerisinde kalan çocuğunu kurtar(a)mayan ebeveyn bakımından kurtarmaya yönelik davranış “*beklenebilir*” olmamasına rağmen, aynı olaydaki itfaiye görevlisi bakımından “*beklenebilir*” kabul edilebilir. Hakeza dalgalı bir denizde boğulmakta olan çocuğunu gören profesyonel yüzücü bir ebeveyn bakımından denize atlaması beklenebilirken, acemi yüzücü ebeveyn bakımından beklenemez olmayabilir. Dolayısıyla, tıpkı kusur tespitindeki gibi ihmali suçlara ilişkin “*beklenebilirlik*” tespitinde de yargılama makamı somut olayın özelliklerini göz önüne alarak hareket etmelidir.

Tam bu noktada bir hususun altını önemle çizmek gerekir. Kişilerin üstlendikleri bazı görevler, sıradan kimselerden farklı olarak bu kişilerin bazı tehlikelere göğüs germeleri noktasında daha fazla yükümlülük getirebilir. Örneğin; itfaiye ya da kolluk görevlilerinin bazı tehlikeler söz konusu olduğunda, normal vatandaşlara nazaran daha fazla sorumluluk almaları ve kendileri bakımından daha fazla tehlikeye göğüs germeleri beklenemez. Bununla birlikte bu farklılık, ortaya çıkan her türlü tehlikeye bu kimselerin canı pahasına da olsa göğüs germeleri şeklinde yorumlanmamalıdır. Örneğin, çok şiddetli ve tehlikeli bir yangında bina içerisine gir(e)meyen itfaiye

¹⁰⁰¹ Tröndle ve Fischer, bn. 13, kn. 16.

görevlileri bakımından kurtarmaya yönelik davranışın “beklenebilir” olduğu söylenemez. Elbette ki kişinin üstlenmiş olduğu bazı görevler, o kimselerin belirli ölçüde risk üstlenmesini gerektirebilir. Ancak bu risk, hiçbir zaman görevlilerin hayatlarını ya da vücut bütünlüklerini ciddi bir tehlikeye atma derecesinde olamaz.

Kolluk kuvvetlerinin de görevlerini yerine getirirken kendi yaşamlarını doğrudan tehlikeye atması beklenemez. Örneğin; birden çok silahlı saldırgana müdahale edemeyen tek bir güvenlik görevlisinin, bu ihmali davranışı nedeniyle kınanması ve kusurlu addedilerek cezalandırılması mümkün değildir. Bununla beraber, yaralayıcı aletle mağduru yaralayan ve yaralıya müdahale edilmemesi için mağdurun başında bıçakla bekleyen faile karşı, olay yerinde bulunan polis memurlarının kademeli bir şekilde şiddet uygulaması ve yaralıya yardım ulaşmasını sağlamaları gerekir. Çünkü bu olayda polis memuru, PVSK uyarınca “kanunen” teminat yükümlüsü yani garantör konumundadır ve olaya derhal müdahale etmesi gerekir. Örnek olayda faili etkisiz hale getirme noktasında objektif ve sübjektif imkânı olan polis memurunun bu müdahaleyi yapmaması durumunda, meydana gelen ölüm ya da yaralamadan ihmali davranışla sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.1.3. Hata

Hata kelime anlamı olarak; “yanlış, istemeyerek ve bilmeyerek yapılan yanlış, kusur, yanılma, yanlışlık, suç, günah, kusur” anlamlarına gelmektedir¹⁰⁰². Genel olarak hata ise, maddi ya da normatif âleme ilişkin bir olgu veya şeyin olduğundan farklı şekilde algılanması veya değerlendirilmesi şeklinde tanımlanabilir¹⁰⁰³. Hata, bilmemek¹⁰⁰⁴ ya da yanlış bilmektir¹⁰⁰⁵.

Günümüz suç teorisinde hata, “kastı kaldıran hata” ve “kusurluluğu etkileyen hata” şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir¹⁰⁰⁶. Kastı kaldıran hata halleri, TCK’nın 30.

¹⁰⁰² TDK Online Güncel Sözlük, www.tdk.gov.tr, siteye erişim tarihi: 13.09.2019.

¹⁰⁰³ Devrim Güngör, Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara: 2007, s. 23.

¹⁰⁰⁴ Bazı yazarlara göre hata, bilmemeden farklıdır. Bilmeme bir şey hakkında hiç bilgi sahibi olunmamasını ifade ederken, hata ise eksik veya yanlış bilginin yol açtığı kanıyı ifade etmektedir. Güngör, s. 23.

¹⁰⁰⁵ Veli Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: 2013, 4. Bası, s. 433.

¹⁰⁰⁶ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 478.

Bu ayırım için, “unsur yanlışlığı - haksızlık yanlışlığı” kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. Neslihan Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ankara 2016, s. 71.

Güngör ise eserinde, “fiil üzerinde hata - kural üzerinde hata” kavramlarını kullanmayı tercih etmiştir. Bkz. Güngör, s. 24.

maddesinin ilk üç fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; “suçun maddi unsurlarında hata”, “suçun nitelikli unsurlarında hata” ve “hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata” failin kastını kaldırır. Bununla beraber yine TCK’nın 30. maddesinin üçüncü fıkrasında düzenlenen “kusurluluğu kaldıran ya da azaltan bir nedenin koşullarında hata” ile dördüncü fıkrasında düzenlenen “işlenen fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda hata” ise failin kusurluluğunu etkiler¹⁰⁰⁷.

İhmali suçlara ilişkin hata konusunu da bu genel yaklaşıma paralel olarak değerlendirmek gerekir. Bu bağlamda, ihmali suç tipinin maddi unsurlarına ilişkin bir hata söz konusu olduğunda, failin kastı kalkacaktır. Böyle bir durumda failin ancak taksirli sorumluluğu tartışılabilir.

Bu noktada önem arz eden temel husus, nelerin ihmali suçun maddi unsuru olarak kabul edileceğidir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz “garantörlük” örneğinde olduğu gibi, ilgili müessese suçun bir maddi unsuru olarak kabul edildiği takdirde, bu unsura ilişkin olgusal âlemde yapılan hata “failin kastını kaldıracaktır”¹⁰⁰⁸. Bununla birlikte bu ilişkiyi doğuran maddi vakıa üzerinde değil de bizzat “garantörlük yükümlülüğü (Garantenpflicht)” üzerinde yapılan değerlendirme hatası ise “kusur” üzerinde etkili olacaktır¹⁰⁰⁹.

Biz teminat yükümlülüğü yani garantörlüğü de ihmali suçların bir maddi unsuru olarak kabul ettiğimizden, yükümlülüğü doğuran maddi vakıaları da kast kapsamında mütalaa ediyoruz. Bu nedenle somut olayda fail, kendisini garantör yapan somut vakıayı, ilişkiyi ya da durumu bilmiyorsa kastından bahsedilemez. Bu konudaki bilgisizlik, suçun maddi şartlarında hata olarak değerlendirilmelidir. Söz gelimi, boğulmakta olanın kendi çocuğu olduğunu bilmeyen ebeveynin kastından bahsedilemez. Çünkü ebeveyn, kendisini garantör yapan maddi vakıayı, ilişkiyi bilmemektedir. Böyle bir durumda failin ancak taksirli sorumluluğu gündeme gelebilir.

Diğer taraftan teminat yani garantörlük yükümlülüğü, bir başka ifadeyle, harekete geçme yükümlülüğü üzerindeki hata ise bir “değerlendirme hatasından” ibarettir.

¹⁰⁰⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 478.

¹⁰⁰⁸ Göktürk, Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, s. 63.

¹⁰⁰⁹ Eskiden garantörlüğün “hukuka aykırılık” altında incelenmesinin temel nedeni, garantörlük konumunun bizatihi kendisine ilişkin hatanın “yasak hatası (Verbotsirrtum)” kapsamında incelenmesi eğilimidir. Harro ve Bosch, s. 43.

Dolayısıyla bu hususta yapılan hata, yasak hatasının ihmali suçlara uyarlanmış hali olarak bir “*emir hatasıdır*”. Çünkü neticeyi önleme yükümlülüğü maddi bir unsura ilişkin değil; fiilin genel değerlendirilmesiyle alakalıdır ve bu nedenle haksızlığın geneline ilişkindir¹⁰¹⁰. Örneğin; boğulmakta olan mağdurun çocuğu olduğunu bilmesine rağmen onu kurtarmaya yönelik “*hukuki bir yükümlülük altında olduğu bilmeyen*” failin(garantörün) hatası, kastı değil kusuru etkiler¹⁰¹¹. Alman Yüksek Mahkemesi BGH da 1961 yılında verdiği bir kararla; “*garantörlük durumu (Garantenstellung)*” ile “*garantörlük yükümlülüğü (Garantenpflicht)*” arasında ayırım yapmış ve garantörlük durumunun ihmali suçların tipikliğine, garantörlük yükümlülüğünün ise hukuka aykırılığa dâhil olduğunu vurgulamıştır¹⁰¹². Failin; icrai suçlarda yasak normunu bilmesi gerektiği gibi, ihmali suçlar bakımından da “*emir normundan (Gebotsnorm)*” kaynaklanan icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü, yapmama şeklindeki ihmali davranışının haksızlık oluşturduğunu ve hukuk düzeninin kendisine kurtarmaya yönelik davranışı emrettiğini bilmesi gerekir¹⁰¹³.

Hata bakımından üzerinde durulması gereken bir diğer önemli nokta ise; TCK örneğinde olduğu gibi, genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemenin olmadığı kanunlar bakımından ortaya çıkmaktadır. Çünkü TCK’da düzenlenen ihmali suç örneklerinin (TCK m. 83, 88, 94) sadece kasıtlı halleri kanunda yer almaktadır. Bu durum ise uygulamada, suçun maddi şartlarında düşülen ve kastı kaldıran hata hallerinde, failerin taksirli sorumluluğuna da gidilip gidilemeyeceği sorununu akıllara getirmektedir. Söz konusu bu sorun uygulamada de facto olarak, taksirli ihmali fiillerin doğrudan taksirli icrai suç düzenlemeleri (TCK m. 85 ve m. 89) uyarınca cezalandırılması yöntemiyle çözülmüş görünmektedir¹⁰¹⁴.

¹⁰¹⁰ BGHSt 16, 155 ff, bkz. Roxin, Strafrecht AT, Band II, kn. 191, s. 686 - 687.

¹⁰¹¹ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 145.

¹⁰¹² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 241.

¹⁰¹³ Ulrich Schroth, Vorsatz und Irrtum, Münchener Universitatsschriften, Band 132. München: 1997, s. 59 - 60.

¹⁰¹⁴ “Başkasının yaşamını korumak bakımından hukuki yükümlülük altında bulunan garantör konumundaki kişi, bu yükümlülüğünü ölüm neticesinin gerçekleşeceğini bilerek yerine getirmezse, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden (TCK’nun 83. md.) söz edilecektir. Buna karşılık, garanti yükümlülüğü altında bulunan kişi, yükümlülüğünü bilinçli bir şekilde ihmal etmekle birlikte, bunu korumakla yükümlü olduğu hayatın sona ereceği bilinciyle kasten yapmamışsa ve fakat bu yükümlülük ihmaline bağlı olarak yine de ölüm neticesi meydana gelmişse taksirle ölüme sebebiyet verme suçu (TCK’nun 85 md) söz konusu olabilecektir. Başkasının hayatını korumak ve gözetmekle yükümlü bulunan kişi, bu yükümlülüğünü dikkatsiz ve özensiz davranışıyla da ihlal edebilir. Örneğin, bir bakıcı kendisine bırakılan küçük bir çocuğun evdeki sehpa ve diğer eşyaları üzerine çıkıp aşağı atlamasını görmesine rağmen diğer işlerini bitirmek için çocukla ilgilenmediği ve gerekli önlemi almadığı takdirde çocuğun düşerek ölmesi hâlinde, ölüm neticesini önleme yükümlülüğü bulunduğu ve bu yükümlülüğünü

Tüm bu açıklamalar ışığında, kasten sorumluluğunun doğması için, failin ihmali suçun tüm maddi unsurlarını (garantörlüğü doğuran maddi vakıayı - olayı - ilişkiyi, konuyu, mağduru ve nedensellik bağı¹⁰¹⁵ ve varsa nitelikli halleri) bilmesi gerekir. Bu unsurlardan herhangi biri açısından düşeceği hata failin kastını kaldıracağından, ancak ilgili fiilin taksirli halinin kanunda suç olarak düzenlenmesi halinde ceza sorumluluğu gündeme gelecektir. Bununla birlikte failin maddi vakıalar - olgular üzerinde değil de “harekete geçme yükümlülüğü” gibi değerlendirme üzerinde düştüğü hatalar ise “kusurluluk” kapsamında değerlendirilecektir. Bu noktada icrai suçlarda “yasak hatası” olarak ifade edilen husus, ihmali suçlarda yasak normu değil emir normu söz konusu olduğundan, “emir hatası” olarak ifade edilmektedir¹⁰¹⁶.

Tam burada, çalışmamızın önceki bölümlerinde verdiğimiz şu örnek olayı tekrar etmekte fayda görüyoruz: Gece karanlığında ormanlık bir alanda aracıyla seyreden sürücü, önüne atlayan bir şeye çarpar. Ancak çarptığının bir yabani hayvan olduğunu düşünür ve aracından inmeyerek yoluna devam eder. Ancak çarptığı şey aslında bir hayvan değil insandır. Böyle bir durumda, suçun maddi unsurları (konu) bakımından hata söz konusu olduğu için failin kastı ortadan kalkar. Çarptığı kişinin kan kaybı nedeniyle saatler sonra ölmesi durumunda fail, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden cezalandırılmamalıdır. Failin taksirli sorumluluk hali ise saklıdır. Bununla birlikte çarptığı şeyin insan olduğunu (maddi vakıayı) bilen fail, tipik neticeyi önlemeye yönelik hukuki yükümlülüğünün farkında değilse, bu durum bir “değerlendirme yanlılığı” oluşturacağından, “emir hatası” söz konusudur. Bu durumda failin kastının değil ancak kusurunun kalkması mümkün olabilir.

4.2. Teşebbüs

Salt suç işlemeye yönelik iradenin varlığı, ceza hukukunun devreye girmesi için yeterli değildir. Kişinin ceza hukuku bakımından tecziye edilebilmesi için suç işleme iradesinin belirli bir aşamaya varması, en azından dış dünyaya yansımaları gerekir¹⁰¹⁷.

özensiz davranışıyla ihlal etmiş olacağından taksirle ölüme neden olmadan dolayı sorumlu tutulacaktır”. YCGK. E. 2020/164, K. 2020/239, T. 28.05.2020.

¹⁰¹⁵ İhmali suçlara ilişkin baskın nitelikteki görüş olan “varsayımsal nedensellik” kabul edildiği takdirde, failin bilgisinin, kurtarmaya yönelik fiilin neticesinin “kesinliğe yakın bir ihtimalde” olduğunu da kapsamı gerekir. Bu durum, kastın kapsamının belirlenmesini daha da zorlaştırmaktadır. Rengier, kn. 36, s. 471.

¹⁰¹⁶ Jescheck ve Weigend, s. 636.

¹⁰¹⁷ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 501.

Bir suçun başlayıp tamamlanmasına kadar geçen evreye “suç yolu (*iter criminis*)” denir¹⁰¹⁸. Suç yolu; “karar aşaması”, “hazırlık hareketleri”, “icra” ve “netice” safhalarında oluşmaktadır¹⁰¹⁹. Salt düşünme eylemi, her ne kadar bir suça yönelik de olsa dış dünyaya yansımadığından *fil*” olarak telakki edilemez ve cezalandırılmaz. Hakeza, suç işleme kararı verilmiş ve bu kararının icrası kapsamında birtakım hazırlık hareketlerine başlanmış dahi olabilir. Söz konusu hazırlık hareketleri de, başlı başına müstakil bir suç¹⁰²⁰ oluşturmadığı sürece cezalandırılabilir mahiyette değildir¹⁰²¹.

Suçun icra hareketlerine başlanmış ancak bu hareketler tamamlanamamış ya da icra hareketleri tamamlanmış olmakla beraber tipik netice meydana getirilememişse, failin “teşebbüs” hükümlerince cezalandırılması gündeme gelecektir¹⁰²². Tipikliğin bazı unsurlarının tam olmaması durumunda failin cezalandırılabilmesi, ancak teşebbüs hükümlerince mümkün olabilmektedir. Çünkü kanunilik ilkesi gereğince fail, ancak suç tipindeki tüm unsurların gerçekleşmesi halinde cezalandırılabilir¹⁰²³. Dolayısıyla ceza kanunlarında teşebbüse ilişkin hükümler, “ceza sorumluluğunu genişleten bir işlev” üstlenmektedir¹⁰²⁴. Bununla birlikte teşebbüs hükümleri bağımsız birer ceza normu niteliğinde değildir. Teşebbüse ilişkin hükümler, ancak ilgili suçun düzenlendiği normla birlikte değerlendirildiğinde bir anlam ifade eder¹⁰²⁵. Dolayısıyla teşebbüse ilişkin düzenlemeler, asli değil tamamlayıcı niteliktedir.

İhmali suçlara ilişkin en tartışmalı konulardan biri de teşebbüstür¹⁰²⁶. Bu tartışmaların ayrıntılarına girmeden önce şunu vurgulamak gerekir. Kanaatimizce ihmali suçlara ilişkin teşebbüs tartışmaları ikili bir ayırım yapılarak yürütülmelidir. Öncelikle, ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı teorik açıdan değerlendirilmelidir. Ceza kanunlarının teşebbüse ilişkin düzenlemelerinin ihmali suçlar bakımından

¹⁰¹⁸ Adem Sözüer, Suça Teşebbüs, İstanbul: 1994, s. 157.

¹⁰¹⁹ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 416.

¹⁰²⁰ Örneğin suç işlemek amacıyla örgüt kurma, yönetme veya üye olma fiilleri, işlenmesi amaçlanan suçlar bakımından birer hazırlık hareketi olmasına rağmen korudukları hukuki yarar da göz önüne alınarak kanun koyucu tarafından TCK m. 220. ve devamında müstakil suçlar olarak düzenlenmiştir. İzzet Özgenç, Suç Örgütleri, Ankara: 2019, 12. Bası, s. 14 - 15. Fatih Yurtlu, “Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması”, GÜHFD, c. XX, sa. 3, y. Temmuz 2016, s. 412.

¹⁰²¹ Mehmet Oral, “Teşebbüs”, Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler, İstanbul, 26 - 27 Mart 1997, s. 203. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 501.

¹⁰²² Genç, Yurtlu, Kurt ve Kılıç, s. 116 - 117.

¹⁰²³ Sözüer, s. 46.

¹⁰²⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 501.

¹⁰²⁵ Sözüer, s. 46.

¹⁰²⁶ Gözde Kazaker, Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs, Ankara: 2019, s. 293 - 294.

uygulanabilir olup olmadığı ise bilahare ele alınmalı ve tartışılmalıdır. Bu iki hususun çoğu zaman birbirine karıştırılması, bir başka ifadeyle “olan ve olması gereken” ayrımı yapılmadan konunun incelenmesi, sorunun daha da karmaşıklaşmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla biz, öncelikle teorik açıdan saf ya da görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığını ayrıntılı olarak tartışacağız. Bunun akabinde, şahsi görüşlerimizi belirttiğimiz “değerlendirme” kısmında, özellikle TCK m. 35’te yer alan teşebbüse ilişkin hükümlerin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağını ele alacağız.

Konunun ayrıntılarına girmeden önce, ihmali suçlara ilişkin teşebbüs tartışmasının da tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi “kasten” gerçekleştirilen fiiller bakımından gündeme geleceğini vurgulamak isteriz¹⁰²⁷. Dolayısıyla tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi “taksirli ihmali” suçlar bakımından da teşebbüs hükümleri uygulanmaz. Bununla beraber “olası kastla” gerçekleştirilen suçlar bakımından teşebbüsün mümkün olup olmadığı ise doktrinde tartışılmalıdır¹⁰²⁸. Azınlıkta kalan bir görüş; olası kastla gerçekleştirilen fiiller bakımından da teşebbüsün mümkün olduğunu savunmakla beraber¹⁰²⁹ bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, sorumluluk alanını katlanamaz bir biçimde genişleteceği gerekçesiyle¹⁰³⁰ olası kastla gerçekleştirilen suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir¹⁰³¹. Sonuç olarak, şu andan itibaren yapacağımız teşebbüs değerlendirmelerinin yalnızca doğrudan kastla işlenen ihmali suçlar bakımından geçerli olacağını vurgulamak isteriz.

4.2.1. Saf İhmali Suçlarda Teşebbüs

Saf ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı doktrinde tartışılmalıdır. Bir görüşe göre; saf ihmali suçlar, failin kanunun emrettiği hareketi hiç yapmaması, zamanında yapmaması (geç yapması) ya da kanunun gösterdiği yer dışında yapması gibi değişik şekillerde işlenebilir¹⁰³². Dolayısıyla saf ihmali suçlarda yapılması

¹⁰²⁷ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 417.

¹⁰²⁸ Bkz. Tuğrul Katoğlu, “Olası Kast ve Suça Teşebbüs”, *Nevzat Toroslu’ya Armağan*, Ankara: c. I, y. 2015, s. 616 v.d.

¹⁰²⁹ Bu konudaki tartışmaların ayrıntıları için bkz. Sözüer, s. 162 v.d.

¹⁰³⁰ Katoğlu, s. 621.

¹⁰³¹ İzzet Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2019, s. 498.

Bununla beraber yazar konuya ilişkin görüş değiştirerek, özellikle içtima bakımından ortaya çıkan problemler nedeniyle olası kastla işlenen suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, s. 504 - 505.

¹⁰³² Tozman, s. 162.

gereken davranış yapılması gereken an ve yerde icra edilmediği takdirde suç da tamamlanacağından, bu suçlara teşebbüs mümkün değildir¹⁰³³. Bizim de katıldığımız diğer yaklaşım ise; saf ihmali suçların “*sırf davranış suçları*” olması nedeniyle kural olarak teşebbüse elverişli olmadığını kabul etmekle beraber¹⁰³⁴, bazı özel durumlarda teşebbüsün mümkün olabileceği yönündedir¹⁰³⁵.

Dolayısıyla saf ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı noktasında genel bir değerlendirme yapmak yerine, ilgili suç tipine göre bir sonuca varmak daha isabetli görünmektedir¹⁰³⁶. Tıpkı sırf hareket suçlarında olduğu gibi, saf ihmali suçlarda da davranış parçalara bölünebiliyorsa, o suç tipine teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmek gerekir¹⁰³⁷. Örneğin doktrinde, “*suçu bildirmeme suçuna*” teşebbüsün mümkün olabileceği ifade edilmektedir^{1038, 1039}. Buna göre fail; ilgili suç bildirimini yetkili makamlara mektup yollayarak bildirmek istemiş ancak mektup yerine ulaşmamışsa, suçu bildirmeme suçunun teşebbüs aşamasında kaldığını kabul etmek gerekir¹⁰⁴⁰.

Doktrinde saf ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin ancak “*işlenemez suç*” durumlarında mümkün olabileceği de savunulmaktadır¹⁰⁴¹. Bu yaklaşıma, “*işlenemez suç*” kavramının ancak suçun konusunun olmadığı durumlarda söz konusu olacağı

¹⁰³³ Murat Aydın, “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”, *SÜHFD*, 30. Yıl Armağanı, c. 21, sa. 1, s. 94. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 114. Artuk, Gökçen ve Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 240. Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 349. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 437.

¹⁰³⁴ Görevi kötüye kullanma suçunun ihmali davranışla işlenmesi halinde teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı ifade edilmektedir. İlhan Üzülmüş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, *GÜHFD*, c. XVI, sa. 1, y. 2012, s. 211.

¹⁰³⁵ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 437.

¹⁰³⁶ Doktrindeki bir görüş, gerçek ihmali suçların teşebbüse uygun olup olmadığı noktasında kesin bir kural koymaktan kaçınılması gerektiğini vurgular. Eğer ihmali suç tipi, failin beklenen hareketi yapması bakımından bir zaman fasılasına müsait değilse, ihmali davranışla birlikte suçun da tamamlandığını kabul etmek gerekir. Bununla beraber, suç tipi failden beklenen hareketin yapılması bakımından bir zaman aralığı kabul etmekteyse, bu sürecin son anına kadar suça teşebbüs mümkündür. Ayhan Önder, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul: 1992, s. 411. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 264.

¹⁰³⁷ Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 349. Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 779.

¹⁰³⁸ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 779.

¹⁰³⁹ Doktrindeki bir diğer görüş; “*suçu bildirmeme suçuna*” teşebbüsün teorik olarak mümkün olduğunu kabul etmekle beraber bunun fiiliyatta çok da mümkün olmadığı yönündedir. Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 349.

¹⁰⁴⁰ İsa Döner, “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”, *AÜHFD*, c. IX, sa. 3 - 4, y. 2005, s. 90. Karşı yönde görüş için bkz. Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 779.

¹⁰⁴¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 264.

gerekçesiyle iştirak etmiyoruz¹⁰⁴². Var olmayan bir konu üzerinde herhangi bir tehlike yaratmak mümkün olamayacağından, böyle bir durumda teşebbüs hükümlerince kişiyi sorumlu tutmak kanaatimizce mümkün değildir¹⁰⁴³.

Trafik kazası olmamasına rağmen böyle bir kaza olduğunu zannedip yardımda bulunmayan kişinin “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçuna teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği savına katılmıyoruz¹⁰⁴⁴. Bu yaklaşım, teşebbüsün cezalandırılmasını salt subjektif teori ile açıklayan (Alman) yaklaşımla uyumlu olmakla beraber, objektif teoriyi benimseyen TCK’nın teşebbüs hükümleriyle uyumlu değildir. Çünkü fail her ne kadar suç işleme kastını ve dolayısıyla davranış normunu ihlal etmeye yönelik iradesini açık bir şekilde ortaya koymuş ise de, gerçek anlamda suçun konusu üzerinde herhangi bir tehlike oluşturmamakta ya da mevcut tehlikeyi artırmamaktadır. Dolayısıyla somut olayda tehlikeye girecek bir konu bulunmadığından failin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması da doğru olmayacaktır.

Konuya ilişkin bir başka örnekte ise; seyir halindeyken yol kenarında bir aracın takla atmış olduğunu gören sürücü, başına iş alacağı düşüncesiyle oralı olmaz ve yoluna devam eder. Ancak takla atan araçtaki yaralıları zaten birkaç dakika önce hastaneye kaldırılmıştır. Bu olayda, failin her ne kadar “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçu yönünden kastı tespit edilebilirse de, gerçekleştirdiği ihmali fiil bakımından suçun konusu yoktur. Olmayan bir konu bakımından failin teşebbüs hükümlerince dahi cezalandırılmaması gerekir. Kanaatimizce burada “işlenemez suç” söz konusudur ve failin “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçu bakımından sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak, saf ihmali suçların “sırf davranış suçu” özelliği göstermesi nedeniyle kural olarak teşebbüse uygun olmadığını düşünmekteyiz¹⁰⁴⁵. Bununla beraber bazı suç tipleri bakımından, özellikle ihmali davranışın parçalara bölünmesi mümkün ise teşebbüs hükümlerinin uygulanması gündeme gelebilir. Ancak itiraf etmek gerekir ki,

¹⁰⁴² Doğan Soyaslan, Teşebbüs Suçu, Ankara: 1994, s. 112. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 517 - 518.

¹⁰⁴³ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 434.

¹⁰⁴⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 265.

¹⁰⁴⁵ Bir saf ihmali suç olan TCK m. 234/3’e de teşebbüsün mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Ölmez, s. 477.

böyle bir ihtimale yönelik tatmin edici somut örnek vermek de pek kolay görünmemektedir¹⁰⁴⁶.

4.2.2. Görünüşte İhmali Suçlarda Teşebbüs

Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususu da doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, bu tip suçlar bakımından teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmekle beraber¹⁰⁴⁷; azınlıkta kalan karşıt görüş ise bu tip suçlara teşebbüsün mümkün olmadığı yönündedir¹⁰⁴⁸. Alman ve Avusturya hukukunda da görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁴⁹.

Görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olmadığını savunanlar, bu tip suçlarda aktüel bir gailikten bahsedilemeyeceğini ve dolayısıyla teşebbüs hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir¹⁰⁵⁰. Bu tip durumlarda ancak o ana kadar gerçekleştirilen ihmali davranış müstakil bir suç oluşturuyorsa, fail bu suç tipinden sorumlu tutulabilir. Örneğin, hastaya gerekli tıbbi müdahalede bulunmayı kasten ihmal eden hekime rağmen bir başka hekim hastaya müdahale etmiş ve hasta sağlığına kavuşmuştur. Böyle bir durumda, müdahalede bulunmayan hekim, “*ihmali suretle kasten öldürmeye teşebbüsten*” değil; geç müdahale nedeniyle hastanın fazla acı çekmesi ya da uzvunu kaybetmesi gibi bir durum ortaya çıktığı durumlarda, “*ihmali suretle kasten yaralamadan (tamamlanmış halinden)*” sorumlu tutulacaktır¹⁰⁵¹.

1975 öncesi Alman uygulama ve doktrininde, teşebbüse ilişkin hükümlerin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalı iken, bu tarihten sonra Alman CK’da teşebbüse ilişkin hükümde yapılan değişiklik sonrası (bugünkü Alman

¹⁰⁴⁶ “Saf ihmali suçlarda ise yapılması gereken davranış yapılmamaktadır. Bu durumda esasen “hareketsiz kalma” söz konusu olduğundan “yapılması gereken davranışın yapılmamasına yönelik hareketlerde bulunmak” teşebbüsü oluşturacaktır”. Örneğin; bir işi yapması için belirli bir süre verildiği durumlarda görevlinin işini tamamlamadan tatile gitmesi ancak o işin durumu fark eden başka bir görevli tarafından tamamlanması halinde teşebbüsten bahsedilecektir. Bkz. Devrim Aydın, “Suça Teşebbüs”, *AÜHFD*, c. 55, sa. 1, y. 2006, s. 109.

¹⁰⁴⁷ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 240. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 114. Ünver, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar), s. 349. Özbek ve diğerleri, s. 515. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 265.

¹⁰⁴⁸ Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 22. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 438.

¹⁰⁴⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 267.

¹⁰⁵⁰ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 438.

¹⁰⁵¹ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 525 - 526.

CK m. 22) bu tartışma son bulmuş görünmektedir¹⁰⁵². Bunun gerekçesi ise; eski kanuni düzenlemede açıkça “*icra*” ifadesi kullanılmasına rağmen, yürürlükte bulunan Alman CK 22. maddedeki teşebbüs tanımında bu ifadeye yer verilmesidir. Alman CK m. 22 metnindeki ifadelerin de “*icraya*” yönelik olduğu ifade edilmekle beraber, Alman öğreti ve uygulamasında bu hükmün ihmali davranışları da kapsadığı yönünde geniş bir konsensüs vardır¹⁰⁵³.

Bugün ise hem Türk hem Alman doktrinde, görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu geniş ölçüde kabul görmektedir. Görünüşte ihmali suçlarda teşebbüsün mümkün olduğunu savunanlar bakımından en önemli sorun, suçun işlenişine (icrasına) hangi zamanda başladığının tespiti¹⁰⁵⁴. Bir başka ifadeyle, garantörün yani teminat yükümlüsü failin teşebbüs hükümlerine göre sorumluluğunun başlayacağı anın tespit edilmesi önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin; kanamalı bir şekilde acil servise başvuran hastaya hekim A, başka hastası da olmamasına rağmen derhal müdahale etmez. Aradan yarım saat geçtikten sonra kanamalı hastayı farkedene diğer hekim B, derhal hastaya müdahale eder. Böyle bir durumda hastaya müdahale etmeyen hekim A teşebbüs hükümlerine göre sorumlu tutulacak mıdır? Tutulacaksa teşebbüs sorumluluğu hangi andan itibaren başlayacaktır? Görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğunu kabul edenler bakımından bu soruların cevabı, ceza sorumluluğunun belirlenmesi açısından oldukça önemlidir.

İhmali suçta teşebbüs sorumluluğunun ne zaman başlayacağı hususunda, doktrinde 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 çıkmaktadır¹⁰⁵⁵.

Tren Rayı Örneği: İstasyon görevlisi saat 14:00’da 10 tane çocuğun tren rayları üzerinde oynadığını görmüştür. Görevli, o raylardan ilk trenin 15:00’da geçeceğini

¹⁰⁵² **Alman CK m. 22:** “*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*”.

¹⁰⁵³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 267.

¹⁰⁵⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 268. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 437 - 438.

¹⁰⁵⁵ Jäger, kn. 303, s. 271.

bilmektedir. Bu durumda çocuklara müdahale etmeyen istasyon görevlisinin teşebbüs sorumluluğu tam olarak ne zaman başlayacaktır¹⁰⁵⁶?

4.2.2.1. Mümkün olan ilk anı başlangıç kabul eden yaklaşım

Bu yaklaşıma göre; garantör, neticenin önlenmesi için mümkün ve elverişli ilk anda kasten harekete geçmediği anda fiil başlamıştır¹⁰⁵⁷. Dolayısıyla bu andan itibaren failin teşebbüs hükümlerine göre cezalandırılması gerekir. Nasıl ki icrai suçlarda davranışın yapıldığı anda teşebbüs sorumluluğu başlıyorsa, ihmali suçlarda da mümkün olan ilk anda kurtarmaya yönelik davranışın yapılmamasıyla birlikte teşebbüs sorumluluğu doğacaktır. Bu yaklaşıma göre; yukarıdaki **“Tren Rayı Örneğinde”** görevlinin teşebbüs sorumluluğu, saat 14:00’da çocukları görmesiyle birlikte başlayacaktır¹⁰⁵⁸.

Failin kurtarmaya yönelik davranışı yapmasının mümkün olduğu ilk andan itibaren cezalandırılması gerekir¹⁰⁵⁹. Çünkü ilk şansın aynı zamanda son şans olmadığını kimse bilemez¹⁰⁶⁰. Ancak bu yaklaşım, teşebbüsü ve dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğu çok erkene çektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁶¹. Dahası, bu yaklaşımın ceza hukuku sorumluluğunu hazırlık hareketleri safhasına çektiği vurgulanmaktadır. Hatta doktrinde daha da ileri gidilerek, bu yaklaşımın salt düşünce evresini cezalandırdığı dahi ifade edilmiştir¹⁰⁶². Bu yaklaşıma getirilebilecek bir diğer eleştiri ise; bu yaklaşımda failin kastının belirlenmesinin çoğu zaman mümkün olmamasıdır. Teşebbüs sorumluluğunun kurtarmaya yönelik davranışın yapılması gereken ilk ana çekilmesi halinde, garantörün ilgili neticeyi isteyerek ihmali davranışa başladığını tespit etmek oldukça zor hatta çoğu zaman imkânsız olacaktır. Bu durum da ceza muhakemesi bakımından önemli bir sorun oluşturacaktır.

¹⁰⁵⁶ Jäger, kn. 303, s. 271.

¹⁰⁵⁷ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 438. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 268. Tozman, s. 167.

¹⁰⁵⁸ Jäger, kn. 303, s. 271.

¹⁰⁵⁹ Rolf Dietrich Herzberg, Versuch, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, bn. 22, kn. 123.

¹⁰⁶⁰ Herzberg, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, bn. 22, kn. 123.

¹⁰⁶¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 269.

¹⁰⁶² Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 269.

4.2.2.2. Mümkin olan son anı başlangıç kabul eden yaklaşım

Teşebbüs sorumluluğunun başlangıcını “*mümkin olan son anda müdahale edilmemesi*” ile açıklayan yaklaşıma göre; ihmali suçlarda teşebbüs, “*kurtarmaya yönelik davranışın yapılmasının mümkin olduğu son anda*” başlamaktadır¹⁰⁶³. Buna göre ihmali suça teşebbüs, yükümlü olanın hareketi yapmak zorunda olduğu ve kendi bakış açısına göre de başarılı olabileceği en son anda başlar¹⁰⁶⁴. Anne, ölmesini istediği bebeği aç bırakmaya başladığında, bebeğin açlıktan ölmek üzere olduğu sırada yakalanırsa teşebbüs söz konusu olur¹⁰⁶⁵. Bu yaklaşıma göre “*Tren Rayı Örneği*”nde görevlinin teşebbüs sorumluluğu, çocuklara artık müdahale etme imkânının kalmadığı anda (örneğin 14.58’de) başlayacaktır¹⁰⁶⁶.

Bu görüş ise, teşebbüs sorumluluğunu çok geç bir ana çekmesi ve özellikle failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasını imkânsız kıldığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir¹⁰⁶⁷. Gerçekten de bu görüş kabul edilirse; suçun işlenişi ancak son müdahale imkânı anında başlayacağından, failin mağduru kurtarmak için harekette bulunması zaten mümkün olmayacak ve dolayısıyla da gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamayacaktır¹⁰⁶⁸. Yine ihmali suçlarda failin cezalandırılabilme anının bu derece ileriye çekilmesi halinde, suçun konusu üzerinde ciddi bir tehlike oluşturulmasına müsaade edilmiş ve suç tipinin korumaya çalıştığı hukuki değer oldukça riske edilmiş olacaktır¹⁰⁶⁹.

4.2.2.3. Doğrudan tehlikenin olduğu anı teşebbüsün başlangıcı kabul eden yaklaşım (etki teorisi)

Konuya ilişkin baskın nitelikte olan “*doğrudan tehlikenin olduğu anda müdahale etme (etki teorisi)*” yaklaşımı^{1070, 1071}; korunan hukuki değer bağlamında suçun

¹⁰⁶³ Tozman, s. 169.

¹⁰⁶⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 270.

¹⁰⁶⁵ Devrim Aydın, s. 109.

¹⁰⁶⁶ Jäger, kn. 303, s. 271.

¹⁰⁶⁷ Tozman, s. 169.

¹⁰⁶⁸ Tozman, s. 169.

¹⁰⁶⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 270. Tozman, s. 169.

¹⁰⁷⁰ Jäger, kn. 303, s. 271.

¹⁰⁷¹ Bu yaklaşım teşebbüsün cezalandırılma nedenini açıklayan “*etki teorisinin*” ihmali suçlara uyarlanmış hali olarak değerlendirilebilir. Bu teoriyle aslında, failin suç işlemeye yönelik kastını ortaya koyması ve böylece davranış normlarına aykırılık iradesinin tezahür etmesinin yeterli görüldüğü “*sübjektif teoriye*” bir ek unsur getirilmektedir. Failin teşebbüs hükümlerince cezalandırılabilmesi için,

konusu üzerinde doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya arttığı anda teşebbüs sorumluluğunun başladığını kabul etmektedir¹⁰⁷². Ancak tıpkı icrai suçlara teşebbüste olduğu gibi, burada da tek başına belirleyici olan “*tehlikenin objektif olması*” değildir. Aynı zamanda ihmali failin davranışının tehlikeliliği hakkında sübjektif tasavvuru da dikkate alınmalıdır¹⁰⁷³. Bu yaklaşıma göre yukarıdaki “*Tren Rayı Örneğinde*” görevlinin teşebbüs sorumluluğu, “*olay yerini terk ettiği*” ya da “*trenin yaklaşmakta olduğunu gördüğü*” anda başlayacaktır¹⁰⁷⁴.

Bu teori, bazı durumlarda teşebbüs sorumluluğunun başlangıç anını geciktirmekle eleştirilmiştir¹⁰⁷⁵. Örneğin uçağa bomba koyulması olayında icrai davranış bakımından öldürmeye teşebbüs, failin bombayı koyup olay yerini terk etmesiyle başlıyorsa; bir güvenlik görevlisinin bu bombayı tespit edip uçağın patlaması kastıyla sessiz kalmasında da ihmali suça teşebbüs sorumluluğunun başladığını kabul etmek gerekir¹⁰⁷⁶. Ancak bu görüş kabul edildiği takdirde, bombayı fark etmesine rağmen harekete geçmeyen güvenlik görevlisi bakımından uçağın kalkmasına ya da bombanın patlamasına daha saatler varsa, suçun konusu üzerinde doğrudan bir tehlike oluşmadığı için teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır. Bu da, suç normuyla korunmak istenen hukuki değerinin aslında etkili olarak korunmadığı anlamına gelmektedir. Bu yaklaşıma getirilen bir diğer eleştiri ise, suçun konusu bakımından tehlikenin ne zaman “*doğrudan doğruya başladığını*” tespit etmenin çoğu olayda mümkün olmadığıdır¹⁰⁷⁷.

Günümüz doktrininde baskın nitelikte olan bu görüşün tercih edilme sebebi ise, teşebbüs anının ne zaman başladığına ilişkin daha net cevap vermesi ve özellikle gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli zaman aralığını tanımasıdır¹⁰⁷⁸.

davranış normlarına aykırılık iradesinin ortaya çıkmasıyla birlikte suçun konusu bakımından da doğrudan bir tehlikenin yaratılması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Sözüer, s. 134 v.d.

¹⁰⁷² Jescheck ve Weigend, s. 638.

¹⁰⁷³ Tozman, s. 170. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 270.

¹⁰⁷⁴ Jäger, kn. 303, s. 271.

¹⁰⁷⁵ Tozman, s. 172.

¹⁰⁷⁶ Tozman, s. 172.

¹⁰⁷⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 271.

¹⁰⁷⁸ Jäger, kn. 303, s. 271.

4.2.2.4. Sürecin hâkimiyet altında tutulması ve doğrudan tehlikenin doğması şartlarını birlikte arayan yaklaşım

İhmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin ne zaman uygulama alanı bulacağı hususunda **Roxin** tarafından geliştirilen bir diğer yaklaşım ise şu şekildedir: Bu tip suçlarda teşebbüs anının belirlenmesi için failin süreci hâkimiyet alanında tuttuğu ve hâkimiyet alanından çıkardığı olayları birbirinden ayırmak gerekir¹⁰⁷⁹. Eğer süreç hala failin egemenliği altında ise, suçun konusu bakımından doğrudan bir tehlike doğmadığı sürece hazırlık hareketinden bahsetmek gerekir¹⁰⁸⁰. Bu ihtimalde failin teşebbüs hükümlerince cezalandırılması mümkün değildir. Ancak bu süreç içerisindeki hazırlık hareketleri başlı başına müstakil bir suç oluşturuyorsa, fail bu müstakil suçtan dolayı cezalandırılabilir. Örneğin; karın ağrısı şikâyeti ile kendisine başvuran hastaya gerekli müdahaleyi yapmamasına rağmen hastayı müşahade altında bekleten hekimin, ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilmesi ancak hastanın yaşamı bakımından “*doğrudan bir tehlikenin*” doğmasıyla mümkündür. Çünkü hekim o an için yapması gereken müdahaleyi yapmamış olsa da ilgili süreci hala hâkimiyeti altında tutmaktadır. Bununla beraber hastanın gereksiz yere beklemesi, kasten yaralamanın ihmali suretle işlenmesi suçuna vücut veriyorsa, artık hekim “*tamamlanmış ihmali suretle kasten yaralamadan*” sorumlu olacaktır.

Bununla beraber garantör; tipik neticenin gerçekleşmesi kastıyla süreci kendi hâkimiyetinden çıkarıyorsa, bu andan itibaren teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerekir¹⁰⁸¹. Yukarıdaki örnekte, hastanın ölmesi kastıyla hareket eden hekim, gerekli müdahale ve tetkikleri yapmadan hastayı evine gönderirse, süreç üzerinde hâkimiyetini bizzat kendisi sonlandırdığı için artık “*ihmali suretle kasten öldürmeden*” teşebbüs sorumluluğu başlayacaktır.

Bu yaklaşıma göre, küçük bebeklerini öldürme kastıyla ıssız bir ormana götüren ebeveynler bakımından şu şekilde hareket etmek gerekir:

Ebeveynler öldürme kastıyla bebeği ıssız alana götürüp bırakmış ve olay yerinden de ayrılmışlarsa, artık fiil (süreç) üzerinde hâkimiyetleri kalmadığından teşebbüs hükümlerince cezalandırılabilirler. Ebeveynler olay yerinden ayrıldıktan sonra bebeği

¹⁰⁷⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 271.

¹⁰⁸⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 271.

¹⁰⁸¹ Tozman, s. 172.

üçüncü bir kimsenin kurtarması, faillerin ceza hukuku sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak ve failer hakkında teşebbüs hükümleri uygulanacaktır.

Buna karşılık ebeveynler; çocuğu ıssız bir ormana götürmüş ancak daha ormandan ayrılmamışlarsa, süreç hala fiili hâkimiyetleri altında olduğundan teşebbüs sorumluluğu başlamayacaktır. Bu ihtimalde faillerin teşebbüs sorumluluğunun başlaması, ancak suçun konusu üzerinde doğrudan bir tehlikenin yaratılması ya da var olan tehlikenin artırılmasıyla mümkün olacaktır. Örneğin; bebeğin açlık, soğuk veya yırtıcı hayvanların saldırısı nedeniyle hayatının tehlikeye düşmesi anında artık teşebbüs sorumluluğu gündeme gelecektir. Ancak bu durumda da şuna da dikkat etmek gerekir: Ormana bırakılan bebeğin hayatı bakımından doğrudan bir tehlike doğmasa da açlık ve soğuktan bebek acı çekmiş olabilir. Böyle bir ihtimalde ebeveynler; süreç üzerindeki hâkimiyetlerini kaybetmedikleri ve çocuğun hayatı bakımından doğrudan bir tehlike doğmadığı için teşebbüs hükümlerince cezalandırılmayacaklarsa da, “*kasten ihmali yaralama suçunun tamamlanmış halinden*” sorumlu tutulmalıdır. Çünkü meydana gelen bu netice başlı başına müstakil bir ihmali suç tipini oluşturmaktadır.

Bu görüş kabul edildiği takdirde, “**Tren Rayı Olayında**” teşebbüs hükümlerinin uygulanması hususunda ikili bir ayırım yapmak gerekir: Eğer istasyon görevlisi, görev mahalini geriye dönmek üzere terk etmişse teşebbüs sorumluluğu bu anda başlayacaktır. İstasyon görevlisinin görev mahalini terketmediği durumlarda ise, raylarda oynamakta olan çocuklar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu, yani trenin çocuklara doğru yaklaşmaya başladığı anda teşebbüs sorumluluğu başlayacaktır.

4.2.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kanaatimizce; “*sırf davranış suçu*” niteliği gösterdiklerinden saf ihmali suçlara teşebbüs kural olarak mümkün değildir. Bununla beraber ilgili suç tipindeki fiil unsurunun parçalara bölünebildiği hallerle sınırlı olarak, saf ihmali suçlar bakımından da teşebbüs mümkün olabilir. Ancak yukarıda da vurguladığımız üzere bu duruma somut örnek vermek pek de kolay görünmemektedir.

Görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı hususunda ise, yukarıda da vurguladığımız üzere, bu suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olup olmadığı

ile 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin bu suçlar bakımından uygulanıp uygulanamayacağını birbirinden ayırmak gerekir.

Salt teorik açıdan bir değerlendirme yapıldığı takdirde, bu tip suçlarda neticeyi de bir maddi unsur olarak ele alıp nedensellik ilişkisini de kabul ettiğimizden, tıpkı baskın görüş gibi biz de görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte, failin teşebbüs sorumluluğunun hangi andan itibaren başlayacağı problemini de açıklığa kavuşturmak gerekir¹⁰⁸². Bu tartışmaya yönelik doktrindeki yaklaşımlardan bazılarını yukarıda ayrıntılı olarak değindik. Bu çözüm önerilerinden, *“sürecin hâkimiyet altında tutulması ve doğrudan tehlikenin doğması şartlarını birlikte arayan karma yaklaşımın”* bu konu bakımından ortaya çıkabilecek problemleri çözme noktasında daha isabetli olduğunu düşünmekteyiz.

Teşebbüs sorumluluğunu salt sübjektif olarak açıklayan yaklaşımları teorik açıdan isabetli bulmadığımızı da vurgulamak isteriz. Kişinin suç işlemeye yönelik iradesinin kesin olarak tespiti, ceza hukuku sorumluluğu için tek başına yeterli olmamalıdır¹⁰⁸³. Çünkü bu ihtimalde, failin her ne kadar suç işlemeye yönelik kastı açık bir biçimde ortaya çıksa da, dış dünyaya yansıyan ve belirli niceliğe ulaşan bir davranış söz konusu olmayabilir. Kaldı ki, bu tip durumlarda, *“kişinin suç işlemeye yönelik iradesinin şüpheye mahal vermeyecek şekilde tespiti”* de çoğu zaman oldukça zor, hatta imkânsız olmaktadır. Bu nedenle teşebbüs sorumluluğunun doğması bakımından, kişinin suç işlemeye yönelik kastının tespitiyle beraber suçun konusu üzerinde de bir zarar ya da en azından zarar tehlikesinin doğması şeklinde objektif bir kriteri de aramak gerekir. Dolayısıyla, teşebbüs konusunda açıkça objektif teoriyi benimseyen TCK m. 35 düzenlemesini teorik açıdan daha isabetli bulmaktayız.

¹⁰⁸² Bu sorunun tespitinin maddi ceza hukuku boyutunun ötesinde muhakeme hukuku bakımından da önemli sonuçları olacaktır. En basitinden, 5271 sayılı CMK'ya göre ilgili suçun yargılanacağı mahkemenin belirlenmesinde, yani yer yönünden yetkinin tespitinde kullanılan temel kural *“suçun işlendiği yerdir”*.

Yargıtay bir kararında *“yoklama kaçağı ve celp bakayası suçunun yükümlüsünün nüfusa kayıtlı bulunduğu yerin bağlı bulunduğu yer mahkemesi ve sevk bakayası diğer bir deyişle geç iltihak suretiyle bakaya suçunda ise sevk edildikleri askerlik yapacakları kıtanın bulunduğu yer mahkemesi yetkilidir”* diyerek; ihmali davranışla işlenen suçlarda emredilen fiilin yapılması gereken yerdeki mahkemenin yetkili olduğuna hükmetmiştir. **Yargıtay 5. C.D. E. 2007/10704, K. 2007/8300, T. 6.11.2007.** Akt. Turhan ve Aksan s. 781.

Bu bakımdan ihmali davranışa teşebbüs sorumluluğunun hangi andan itibaren başladığı salt teorik bir tartışmanın ötesindedir.

¹⁰⁸³ Sözüter, s. 155.

Tüm bu açıklamalar ışığında, görünüşte ihmali suçlar bakımından teşebbüs sorumluluğun başlangıç anı belirlenirken ikili bir ayrım yapmak gerekir. İhmali davranışın gerçekleştirilmesiyle birlikte faillerin hala süreci hâkimiyetleri altında bulundurduğu hallerde teşebbüs sorumluluğu, ancak suçun konusu bakımından *“doğrudan bir tehlikenin doğmasıyla”* başlar. Örneğin; çocuğunu öldürme kastıyla aç bırakan anne çocuğu besleme imkânına sahipse teşebbüs sorumluluğu ancak *“açlığın çocuğun hayati fonksiyonlarını etkilemeye başladığı andan”* itibaren gündeme gelecektir. Yine bu ihtimalde; hayatı bakımından doğrudan bir tehlike oluşmamakla birlikte açlık nedeniyle karın ağrması, tansiyon düşmesi gibi çocuğun acı çekmesini sağlayan hususlar ortaya çıkmışsa, anne *“tamamlanmış ihmali davranışla kasten yaralamadan”* sorumlu tutulacaktır.

Kasten ihmali davranışa başlamış olmakla birlikte neticenin gerçekleşmesi için süreci kasten hâkimiyet alanından çıkaran failler bakımından ise, doğrudan tehlikenin doğması gibi ayrıca bir şart aranmaksızın teşebbüs sorumluluğu başlamış kabul edilmelidir. Çünkü bu durumda failler, sürece müdahale imkânlarını bizzat ortadan kaldırarak istenmeyen neticenin önlenmesini adeta tesadüflere bırakmaktadır. Böyle bir ihtimalde de suçun konusu üzerinde doğrudan bir tehlike doğmadan üçüncü bir kişinin müdahalesi gelmiş olabilir. Örneğin; bebeklerini ölmesi için ormana bırakan anne ve baba olay yerinden ayrılır ayrılmaz ağlama sesini duyan orman görevlileri bebeği derhal güvenli bir yere almış olabilir. Bu nedenle suçun konusu üzerinde somut bir tehlike doğmadığı gerekçesiyle faillerin teşebbüs hükümlerince cezalandırılmasına itiraz edilebilir. Ancak unutulmamalıdır ki bu ihtimalde failler, tipik neticeyi gerçekleştirmek kastıyla ölüm neticesi bakımından elverişli ihmali davranış gerçekleştirmişlerdir. Ancak istenen netice tamamen tesadüfi olarak yani faillerin elinde olmayan nedenle gerçekleştirilememiştir. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde faillerin teşebbüs hükümlerince sorumluluğuna gidilmesinde kanaatimizce bir sakınca yoktur.

Böyle bir yaklaşımın kabulü, ihmali suçlar bakımından gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasını da mümkün kılmaktadır. Şöyle ki; faillerin süreci hâkimiyeti altında tuttıkları bir olayda, konu bakımından doğrudan tehlikenin doğması ile birlikte teşebbüs sorumluluğu da doğacaktır. Dolayısıyla bu andan itibaren gönüllü vazgeçen failler, neticenin gerçekleşmesini kendi çabalarıyla engellerse

“gönüllü vazgeçme” hükümleri uygulanır. Örneğin; bebeğini öldürme kastıyla bir gün emzirmeyen anne, çocuğunun gözleri önünde erimesine ve ağlamasına daha fazla dayanamayarak kararından vazgeçer ve çocuğu emzirir ya da derhal hastaneye götürerek hayatta kalmasını sağlarsa, gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanır. Ancak annenin, teşebbüs hükümlerince cezalandırılmayacak olmakla birlikte o ana kadar tamamlanmış olan “ihmali suretle kasten yaralama” ya da “terk (TCK m. 97)” suçundan sorumlu olacağını da gözden kaçırmamak gerekir. Benzer şekilde, çocuğunu öldürme kastıyla ormana bırakarak oradan ayrılan ebeveynler, olay yerinden ayrıldıktan sonra pişmanlık duyarak derhal ormana dönüp bebeği kurtarırlarsa gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanacaklardır. Bu ihtimalde de ebeveynler, yalnızca o ana kadar tamamlanan suç tiplerinden sorumlu olacaklardır.

Doktrinde ihmali suçlar bakımından “eksik teşebbüs - tam teşebbüs” tartışması da yapılmaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK’nın benimsemiş olduğu sistemde böyle bir ayırım söz konusu olmadığından, çalışmamızda bu tartışmalara girmeyi tercih etmiyoruz¹⁰⁸⁴.

Alman doktrin ve uygulamasında, suçun maddi unsurlarından herhangi birinin eksik olması durumlarında da faillerin teşebbüs hükümlerince cezalandırılmasına yönelik görüş hakimdir¹⁰⁸⁵. Burada ifade edilmek istenen husus, aslında kişinin teminat yükümlüsü yani garantör olmamasına rağmen kendisini garantör zannederek ya da suçun konusu olmamasına rağmen var zannederek neticenin gerçekleşmesi kastıyla hareketsiz kalması halleridir¹⁰⁸⁶. Bir başka ifadeyle, garantörlük ya da konu üzerindeki yapılan tersine hata halleridir.

¹⁰⁸⁴ Konu hakkındaki tartışmaların ayrıntıları için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 273 - 275.

¹⁰⁸⁵ Denizde boğulmakta olan kadının eşi olduğunu zanneden A, buna rağmen harekete geçmemiştir. Ancak esasında boğulan kişi A’nın eşi değil yabancı bir kimsedir. Bu olayda ortada gerçek anlamda bir garantörlük olmadığından, Alman CK m. 212 ve 13 bağlamında “ihmali suretle öldürme” söz konusu değildir. Ancak fail, olaydaki kadının eşi olduğunu zannetmektedir bu nedenle de bir garantörlüğün olduğunu bilmesine (düşünmesine) rağmen gerekeni yapmadığı için Alman CK 212, 13 ve 22 maddelerince, “ihmali davranışla kasten öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulabilir”. Bunun arkasından da Alman CK m. 323c “yardım etmeme suçu” sorumluluğu gündeme gelir. Rengier, kn. 38, s. 472.

¹⁰⁸⁶ Doktrinde; işlenemez suç durumunda faillerin tehlikelilik halinin şüpheye yer vermeyecek nitelikte ortaya çıktığı, dolayısıyla da az bir ceza ya da güvenlik tedbiriyle de olsa faillerin yaptırımı tabi tutulması gerektiğine yönelik görüşler de mevcuttur. Uğur Alacakaptan, İşlenemez Suç, Ankara: AÜHF Yayınları, 1968, s. 57 - 58. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 520. Alman doktrin ve uygulamasında da baskın görüş bu yöndedir. Bkz. Kazaker, s. 296 v.d.

Karşıt yöndeki görüş ise; bu tip durumlarda, toplum düzenini bozucu nitelikte bir durum ortaya çıkmadığından kişilere yaptırım uygulanmasının ceza hukuku sorumluluk alanının çok genişleteceği ve

Kişinin garantör olmamasına rağmen kendisini garantör zannettiği ihtimallerde teşebbüs hükümlerinin uygulanmasını tartışılabilir görmekle beraber¹⁰⁸⁷, “suçun konusunun yokluğu halinde” teşebbüs hükümlerinin uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, suç tipinin konusu ya vardır ya yoktur¹⁰⁸⁸. Bu nedenle, suçun konusunun yokluğu halinde “işlenemez suçtan” bahsetmek gerekir ve fail teşebbüs hükümlerince dahi cezalandırılmaz¹⁰⁸⁹. Aksinin kabulü, salt sübjektif teoriyi benimseyenler bakımından makul olmakla beraber, bizim de taraftarı olduğumuz objektif teorinin temel mantığıyla bağdaşmayacaktır. Çünkü olmayan bir konunun tehlikeye düşürülmesi mümkün değildir ve fail teşebbüs hükümlerince dahi cezalandırılmamalıdır.

Doktrinde, teşebbüse ilişkin olarak “ihmali davranışın elverişsizliği” tartışmalarına da rastlanmaktadır¹⁰⁹⁰. Bu yaklaşıma göre, ihmali davranış tipik neticeyi meydana getirme hususunda “yeterli” addedilemezse teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır¹⁰⁹¹. Örneğin; cankurtaranın bulunduğu bir plajda boğulmakta olan çocuğunu görmesine rağmen kasten harekete geçmeyen ebeveynin davranışı, ölüm neticesi bakımından elverişsiz kabul edileceğinden teşebbüs sorumluluğu doğmayacaktır¹⁰⁹².

Bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce, ihmali suçlar bakımından davranışın elverişliliği tartışması icrai suçlardan farklı yapılmalıdır. Bu noktada, failin neticeyi engellemeye yönelik davranışı maddi - fiziki olarak yapabilme imkânı zaten ihmali suçun fiil unsuru (maddi unsur) içinde değerlendirilmektedir. Dolayısıyla failin maddi - fiziki olarak kurtarmaya yönelik davranışı yapması mümkün değilse zaten suç oluşmayacaktır. Bunun haricinde, cankurtaran bulunan bir plajda boğulmakta olan

dolayısıyla bu durumdaki kimselere ceza yaptırımını uygulanmaması yönündedir. Bkz. Köksal Bayraktar, “İşlenemez Suç”, *İÜHFM*, c. 34, sa. 1 - 4, y. 1968, s. 728. Sözüer, s. 155.

¹⁰⁸⁷ Suç tipinde failin özel bir vasıfta olmasının arandığı durumlarda, bu vasfı taşımayan kişinin teşebbüs hükümlerince de sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir. Sözüer, s. 155.

Görünüşte ihmali suçlarda da fail olmak için kişinin özel bir vasıfta yani garantör konumunda olması gerektiğinden, bu vasfı taşımayan kişilerin teşebbüs hükümlerince cezalandırılmayacağı kanaatindeyiz.

¹⁰⁸⁸ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 518.

¹⁰⁸⁹ Sözüer, Suça Teşebbüs, s. 153. Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 520. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 434.

¹⁰⁹⁰ Alman doktrindeki baskın görüşün aksine, ihmali suçlarda “elverişsiz teşebbüs” hallerinin cezalandırılmasının düşünce ceza hukukuna varacağı ve dolayısıyla ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılmaması gerektiği de ifade edilmektedir. Hans - Joachim Rudolph, “Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktes”, *Monatsschrift für Deutsches Strafrecht*, 21. Jahrgang, Heft 1/1967, s. 3.

¹⁰⁹¹ Murat Aydın, s. 81.

¹⁰⁹² Murat Aydın, s. 81, 95, 96.

çocuğunu görmesine rağmen onun ölmesi kastıyla harekete geçmeyen babanın davranışının “*elverişsiz*” olduğu gerekçesiyle sorumluluktan kurtulması mümkün değildir. Bu ihtimalde çocuk cankurtaran tarafından kurtarılmış ise baba, “*ihmali davranışla öldürmeye teşebbüsten*”; çocuk cankurtaran tarafından kurtarılamamış ise baba tamamlanmış ihmali suretle kasten öldürmeden sorumlu olacaktır. Aksinin kabulü halinde, hem teorik hem de pratik açıdan isabetli olmayan sonuçlar ortaya çıkabilir. Örneğin; boğulmakta olan çocuğu gören cankurtaran da aynı şekilde, olay yerinde çocuğun babasının olduğunu ileri sürerek müdahale etmekten imtina ederse, onun bu davranışı da elverişsiz kabul edilecek ve olayda her iki fail de cezasız kalabilecektir. Dolayısıyla söz konusu bu yaklaşımın kabul edilmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak, biz de görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik olarak mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bununla beraber, yukarıda da vurguladığımız üzere, bu tip suçlara teşebbüsün teorik olarak mümkün olup olmaması ayrı, TCK’nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin ihmali suçlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı ise ayrı bir konudur.

Bu bakımdan TCK’nın teşebbüsü düzenleyen 35. maddesi ile gönüllü vazgeçmeyi düzenleyen 36. maddesi birlikte değerlendirildiğinde¹⁰⁹³, bu hükümlerin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz¹⁰⁹⁴. Her iki maddede de açıkça “*icradan*” bahsedilmesi, kanun koyucunun bu konuda bilinçli bir tercihi olduğu şeklinde yorumlanmalıdır¹⁰⁹⁵. Yine 5271 sayılı CMK’nın yer bakımından yetkiyi düzenleyen 12. maddesindeki “*teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı*” ifadesi de Türk Kanun Koyucusu’nun ihmali suçlara teşebbüsün cezalandırılmaması yönünde bir tercihinin olduğunu göstermektedir¹⁰⁹⁶.

Hakeza, teşebbüs hükümleri ceza sorumluluğunu genişleten bir fonksiyonu ihtiva ettiklerinden, bu düzenlemelerin genişletici yorum yoluyla ihmali suçlar bakımından uygulanması kanunilik ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Sonuç olarak biz; kanun

¹⁰⁹³ **Suç Teşebbüs**

Madde 35- (1) Kişi, işlemeyi kastettiği bir suçu elverişli **hareketlerle** doğrudan doğruya **icraya** başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur.

Gönüllü Vazgeçme

Madde 36- (1) Fail, suçun **icra hareketlerinden** gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır.

¹⁰⁹⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 525.

¹⁰⁹⁵ Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 252.

¹⁰⁹⁶ Turhan ve Aksan, s. 780.

koyucunun bilinçli bir tercihi olarak TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin yalnızca icrai suçlar bakımından uygulanabileceği, ihmali suçlar bakımından ise uygulanamayacağı kanaatindeyiz.

Bununla beraber bu tip durumlarda, ilgili ihmali davranış başlı başına bir suç oluşturduğu takdirde, söz konusu müstakil suç nedeniyle failin cezalandırılması gerekir. Örneğin; öldürme kastıyla hastasına müdahale etmeyen hekime rağmen diğer bir hekim müdahale ederek hastayı sağlığına kavuşturmuş olabilir. Böyle bir durumda, hastaya müdahale etmeyen hekim TCK m. 35 bağlamında ihmali suça teşebbüs hükümlerince cezalandırılmayacaktır. Çünkü TCK'nın teşebbüse ilişkin hükümleri ancak icrai suçlar bakımından uygulanabilir. Bununla beraber hekimin bu ihmali hastanın daha fazla acı çekmesine neden olmuşsa, “*ihmali davranışla kasten yaralama (TCK m. 88)*” suçunun tamamlanmış halinden hekimin sorumluluğuna gidilmesi gerekir.

4.3. İştirak

Haksızlık tek bir kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi birden fazla kişinin katkısıyla da gerçekleştirilebilir. Tek kişi tarafından işlenebilecek bir suçun birden fazla kişinin katkısıyla işlenmesine “*suça iştirak*” denir¹⁰⁹⁷. Suça iştirakte dikkat edilmesi gereken temel nokta, ilgili suç tipinin bir kişi tarafından işlenmesinin mümkün olmasıdır¹⁰⁹⁸. Bu bakımdan ilgili suç tipinin oluşması için zorunlu olarak bulunması gereken kişi sayısı iştirak kapsamında değerlendirilmeyecektir. Çalışmamızın bu bölümünde, ihmali suçlar bakımından iştirak konusuna ilişkin önem arz ettiğini düşündüğümüz hususları aktarmaya çalışacağız.

Ceza hukukunda tipik haksızlığı gerçekleştirenler bakımından birer sorumluluk şekli olarak “*faillik*” ve “*şeriklik*” ayrımı yapılmaktadır¹⁰⁹⁹. Bu iştirak türlerinin de farklı görünüş biçimleri söz konusudur. İştirak başlığı altında ilk olarak değerlendirilmesi gereken “*faillik*” statüsüdür. Tipik haksızlığı kendi başına gerçekleştiren şahsa

¹⁰⁹⁷ “*Suça iştirak, Yasa'daki suç tarifinden herhangi bir zorunluluğun ortaya çıkmadığı durumlarda birden çok kişinin bir araya gelmesiyle suçun işlenmesidir*”. Fatih S. Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, *İÜHFM*, c. LXIII, sa. 1 - 2, y. 2005, s. 57.

¹⁰⁹⁸ Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara: 1998, s. 26.

¹⁰⁹⁹ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: 2017, 11. Baskı, s. 647.

“doğrudan (unmittelbarer) fail” ya da “müstakil fail (Alleintäter)¹¹⁰⁰”; tipik haksızlığı bizzat gerçekleştirmeyip bir başkası aracılığıyla, yani bir başkasını vasıta konumuna indirgeyerek gerçekleştiren kişiye “dolaylı fail (mittelbarer Täter)¹¹⁰¹”; tipik haksızlığı birlikte gerçekleştiren kişilere ise “müşterek fail (Mittäter)” denir¹¹⁰².

İkinci iştirak türü olarak kabul edilen “şeriklik” ise, “azmettirme” ve “yardım etme” olarak iki alt başlık altında incelenmektedir¹¹⁰³. İştirakin bu türünde kişiler; tipik haksızlığı bizzat gerçekleştirmemelerine rağmen suçun işlenişine sağladıkları katkı nedeniyle cezalandırılır¹¹⁰⁴. Şeriğin fiili, kanuni tarifteki haksızlığı gerçekleştirecek nitelikte olmamakla birlikte, sorumlu tutulabilmesi illi değer taşıyan ihmali veya icrai bir davranışta bulunmaktan ibarettir¹¹⁰⁵. Bir başka ifadeyle şerikler; tipik fiili bizzat gerçekleştirmemelerine rağmen, maddi ya da manevi katkı sağlayarak suçun işlenmesini kolaylaştırmaları nedeniyle cezalandırılmaktadır. Şerik, suçun konusuyla doğrudan temas halinde olmasa da suç faili ile doğrudan bir ilişki içerisinde¹¹⁰⁶.

Tüm bu genel açıklamalara ışığında, icrai suçlardaki “faillik - şeriklik” ayrımının ihmali suçlarda aynı şekilde kabul edilip edilemeyeceği hususu oldukça tartışmalı bir alanı oluşturmaktadır. Aslında iştirak konusu ceza hukuku bakımından başlı başına tartışmalı alanlardan birini oluşturmaktadır. Bununla beraber ihmali suçlar ile iştirak konusunun birleşmesi, iki büyük tartışmalı alanı bir araya getirmekte ve konuyu teorik açıdan iyice karmaşıktırmaktadır¹¹⁰⁷.

Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında, iki tartışmalı konunun kesişim alanını ele alacak ve konuya ilişkin çözüm önerilerimizi ortaya koymaya çalışacağız. İhmali suçlarda iştirake ilişkin görüşlerimizi aktarmadan önce, doktrinde konuya ilişkin genel yaklaşımlara kısaca değinmek faydalı olacaktır.

¹¹⁰⁰ Klaus Holland - Hoffman, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin: 2011, 2. erweiterte Auflage, kn. 481, s. 190.

¹¹⁰¹ Holland - Hoffman, kn. 483, s. 191.

¹¹⁰² Dieter Meuer, Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil, Marburg: 1999, 4. Auflage, Band II, s. 145. Jescheck ve Weigend, s. 643 - 644. Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 21, s. 194.

¹¹⁰³ Meuer, s. 161.

¹¹⁰⁴ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 21 - 22.

¹¹⁰⁵ Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”. *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*. c. 17, sa. 1 - 2, y. 2011: s. 179.

¹¹⁰⁶ Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme Suçu (TCK m. 81)”, s. 179.

¹¹⁰⁷ Elvan Keçelioğlu, “Alman Ceza Hukukunda Faillik”, *TBB Dergisi*, sa.65, y. 2006, s. 77.

4.3.1. Tek Tip Faillik Sistemi¹¹⁰⁸

Bu görüş; ihmalî suçlarda icrai suçlardaki gibi “*faillik - şeriklik*” ayrımı noktasında belirli kıstaslar olmadığını, neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan (garantör) herkesin sadece fail olabileceğini, dolayısıyla da ihmalî suçlarda “*tek tip faillik*” sisteminin geçerli olduğunu savunmaktadır¹¹⁰⁹. Bir başka ifadeyle, ihmalî suçlarda “*faillik - şeriklik*” ayrımı yapmak mümkün değildir¹¹¹⁰. Bu yaklaşımı kabul edenlerin büyük bölümü, ihmalî suça azmettirmeyi de mümkün görmemektedir. Çünkü icrai suçlardaki “*kast*” ve “*suç işleme kararı*” ihmalî suçlarda söz konusu değildir¹¹¹¹. Dolayısıyla da icrai bir faaliyet olan “*azmettirme*” ve “*yardım etme*” ihmalî suçlarda düşünülemez¹¹¹². Bu iki durumda da, yani hem “*azmettirme*” hem de “*yardım etmede*”, teminat yükümlüsü - garantör konumunda olmayan fail, tipik neticenin gerçekleşmesine yönelik icrai bir faaliyette bulunmaktadır ve bu icrai davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisi söz konusudur¹¹¹³. Bu nedenle garantör konumunda olmayan kimseler ihmalî suçların faili olarak değil ancak icrai suçun müstakil faili olarak sorumlu tutulabilir¹¹¹⁴.

Welzel’e göre de; suçun konusuna yönelik saldırıları bertaraf etme hukuki yükümlülüğü altında bulunan garantörün, işlenmekte olan icrai suçtan iştirak hükümlerine göre cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü böyle bir durumda failin sorumluluğu, “*icrai davranışla işlenen suça ihmalî davranışla yardım etmekten ziyade*”, önlemekle yükümlü olduğu ve önleme imkânı da olan neticeyi engellemekten kaynaklanmaktadır¹¹¹⁵. Bu nedenle garantör konumunda bulunan kişi “*ihmalî suçun faili*” olarak cezalandırılacaktır.

Söz konusu yaklaşım özetle şunu vurgulamaktadır: İhmalî suça icrai davranışıyla katkı veren fail; garantör olmaması halinde “*ihmalî suçtan şerik olarak değil, icrai suçun faili olarak*”, garantör olması halinde ise “*ihmalî suçun müstakil faili*” olarak sorumlu

¹¹⁰⁸ Meuer, s. 140.

¹¹⁰⁹ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 186 - 187, 317.

¹¹¹⁰ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 292.

¹¹¹¹ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s.194 - 195.

¹¹¹² “*Her kim ki ihmal kastının varlığını reddederse ihmalî suçlarda geniş anlamda fail kavramını kabul etmesi gerekir*”. Maurach, Gössel ve Zipf, kn.28, s. 219.

¹¹¹³ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s.203.

¹¹¹⁴ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 206 - 207.

¹¹¹⁵ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 222.

tutulmalıdır. Sonuç olarak; garantör olan kişi ihmali suçun faili, garantör olmayan kişi ise icrai suçun faili olacağından ihmali suçlarda tek tip faillik sistemi geçerlidir.

İhmali suçlara yönelik tek tip faillik yaklaşımı, günümüz doktrininde büyük oranda terkedilmiştir. Bir başka ifadeyle, ihmali suçlarda da “*fail - şerik*” ayrımının mümkün olduğu hususunda günümüz doktrininde büyük oranda görüş birliği vardır¹¹¹⁶. Çünkü belirli bir neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü altında bulunan failin, engellemekle yükümlü olduğu neticeyi engellememesi için (garantör olmayan) üçüncü bir kişi tarafından azmettirilmesi gayet mümkündür¹¹¹⁷. Böyle bir durumda, garantörü azmettiren üçüncü kişi, her ne kadar icrai bir davranışı ile tipik neticenin gerçekleşmesine bir katkı sağlamakta ise de, tipik fiil üzerinde hâkimiyet sağlayamadığından fail olarak nitelendirilemez¹¹¹⁸. Dolayısıyla garantör olmayan üçüncü kişinin ilgili suçtan ancak “*azmettiren*” olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Günümüzde, ihmali suçlarda da “*fail - şerik*” ayrımının mümkün olduğuna yönelik görüş birliği olmasına rağmen, kendilerine has yapılarından dolayı bu tip suçlarda iştirak kurallarının hangi esaslar çerçevesinde temellendirileceği hususunda netlik söz konusu değildir¹¹¹⁹. Diğer bir ifadeyle, ihmali suçlarda da icrai suçlarda olduğu gibi “*fail - şerik*” ayrımı yapılabileceğini kabul eden baskın görüş, ihmali suçlarda bu ayrımın hangi kıstaslara göre yapılacağı noktasında ayrışmaktadır¹¹²⁰. İhmali suçlar, iştirak teorisine ilişkin yaklaşımlar bakımından da zorlu bir alanı oluşturmaktadır. Çünkü iştirake ilişkin ortaya koyulan teorik yaklaşımların, ihmali suçlar bakımından da geçerli olmasına yönelik gereklilik ve ciddi bir çaba söz konusudur¹¹²¹.

4.3.2. Fiil Hâkimiyeti Teorisi

Bu yaklaşıma göre; kasten işlenen icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da faillik, “*fiil üzerindeki hâkimiyet*¹¹²²” kıstasına göre belirlenmelidir. Dolayısıyla meydana gelen tehlike bir kaza sonucu ortaya çıkmışsa, neticeyi engellemekle yükümlü olan garantör süreç üzerinde hâkimiyet sahibidir ve neticeyi engellememesi halinde “*fail*”

¹¹¹⁶ Bkz. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 148.

¹¹¹⁷ İhmali suçlara icrai davranışla azmettiren ya da yardım eden olarak iştirak etmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Jescheck ve Weigend, s. 639.

¹¹¹⁸ Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, Hamburg: 1967, 2. Auflage, s. 520 v.d.

¹¹¹⁹ Bkz. Akbulut, s.187 v.d.

¹¹²⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 279.

¹¹²¹ Keçelioğlu, s. 77.

¹¹²² Maurach, Gössel ve Zipf, s. 208 v.d.

olarak sorumlu olur. Buna karşılık başkasının işlemekte olduğu bir fiilin neticelerini önlemekle yükümlü olan kişi, bu icrai fiil üzerinde hâkimiyet kuramayacağı için ancak şerik olabilir¹¹²³. Dolayısıyla bu yaklaşım, ihmali suçlarda fiili hâkimiyetin; tehlikeyi önceden gerçekleştirilen icrai bir fiilin yarattığı hallerde tehlikeyi oluşturan icrai suç failine, tehlikeyi yaratan icrai bir fiilin olmadığı, yani tehlikenin bir kaza sonucu meydana geldiği durumlardaysa ihmali suç failine ait olduğunu kabul etmektedir. Bu yaklaşım; fiil hâkimiyeti kıstasının yalnızca icrai suçlar bakımından kullanılabilir olduğu, ihmali suçlar bakımından uygulanmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹²⁴.

Bu kategori içerisinde değerlendirilebilecek bir diğer yaklaşım; ihmali suçlarda “*fiil üzerinde hâkimiyet*” kıstasının kullanılmasını savunmakla birlikte, buna ek olarak, failin “*neticeyi önlemeye yönelik hukuki yükümlülük altında olmasının*”, yani “*teminat yükümlülüğünün - garantörlüğün*” de dikkate alınması gerektiği yönündedir¹¹²⁵. Ancak bu yaklaşım da, fiil hâkimiyeti kıstasını esas aldığını belirtmesine rağmen akabinde garantörlüğü işin içine soktuğu ve böylece kendisiyle çeliştiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹¹²⁶.

4.3.3. Garantörlüğün Maddi Kıstası Yaklaşımı

Doktrinde, ihmali suçlarda “*faillik - şeriklik*” ayrımının “*garantörlüğün maddi kıstasına göre*” yapılması gerektiği de savunulmaktadır. Özellikle Alman doktrininde ön plana çıkan bu yaklaşıma göre; ihmali suçlarda “*faillik - şeriklik*” ayrımını şu şekilde yapmak gerekir: Eğer fail “*koruma garantörlüğü (Beschützergarant)*” konumunda ise, engellemediği netice bakımından ihmali suçun “*faili*” olarak sorumlu tutulacaktır¹¹²⁷. Örneğin; yeni doğmuş çocuğunu aç bırakarak öldürme kararı alan anneye müdahale etmeyen baba, ihmali suçun “*faili*” olarak sorumlu tutulacaktır. Çünkü baba çocuk bakımından “*koruma garantörüdür*”.

¹¹²³ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 149.

¹¹²⁴ Bu görüşü savunanlar olduğu kadar reddedenler de bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 279.

¹¹²⁵ Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 77, s. 265. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 149. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 279, dn. 448.

¹¹²⁶ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 464.

¹¹²⁷ Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin: 1972, s. 261. Akbulut, s.187.

Bununla beraber fail “*gözetim garantörü (Überwachungsgarant)*” ise, işlenen icrai suçtan ancak “*şerik*” olarak sorumlu tutulacaktır. Örneğin; çocuğunun bir başkasına zarar vermesine kasten göz yuman ebeveyn, çocuğun gerçekleştirdiği bu suçtan fail olarak değil ancak “*şerik*” olarak sorumlu tutulacaktır¹¹²⁸. Çünkü bu olayda ebeveyn çocuğu bakımından “*koruma*” değil “*gözetim*” garantörüdür.

Bu yaklaşım farklı gerekçelerle eleştirilmektedir. Öncelikle, failin neticeyi önleme noktasındaki hukuki yükümlülüğü ihmali suçlarda maddi bir unsur olmasına rağmen, böyle bir yükümlülük kabul edildikten sonra bunu doğruan maddi alakaya dayanılarak bir ayırım yapılması doğru değildir¹¹²⁹. Kaldı ki, bazı somut olaylar bakımından fail aynı anda hem “*koruma*” hem de “*gözetim*” yükümlülüğü altındadır. Örneğin bir ebeveyn; dışarıdan çocuğuna yönelecek saldırılar bakımından “*koruma yükümlülüğü*” altındayken, çocuğunun üçüncü kişilere vereceği zararlar bakımından “*gözetim yükümlülüğü*” altındadır. Dolayısıyla üçüncü bir şahsın meydana getirdiklerinin dışındaki tehlikeleri engellemeyen “*gözetim yükümlüsü garantör*” ihmali suç bakımından fail olabilecektir¹¹³⁰.

Bu görüşe getirilen bir diğer önemli eleştiri ise; araya giren üçüncü kişinin fiil üzerinde hâkimiyet kurması halinde gözetim garantörünü artık “*yardım eden*” olarak sorumlu tutmanın, aslında dolaylı olarak “*fiil hâkimiyeti*” kıstasını kabul etmek anlamına gelmesidir¹¹³¹. Bu yaklaşım; koruma yükümlülüğünü, meydana gelecek tipik neticeyi engellemekten ziyade araya giren üçüncü şahsın hareketini engellemeye teşmil ettiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir¹¹³².

Doktrindeki tüm bu eleştirilere ek olarak bu yaklaşım şu şekilde de eleştirilebilir: Koruma ve gözetim yükümlülüğü, yani maddi kıstas, ne Alman CK m. 13’te ne de TCK’nın ilgili hükümlerinde düzenlenmiş değildir. TCK m. 83, garantörlüğün kaynakları bakımından klasik sistemi kabul etmiştir. Hatta Alman doktrin ve uygulamasında kabul edilen garantörlüğün maddi kıstası yaklaşımının kanunilik ilkesine ve dolayısıyla Anayasaya aykırılık teşkil ettiği yönünde ciddi tartışmalar da

¹¹²⁸ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, s. 259 v.d. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 150 - 151.

¹¹²⁹ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s.297, dn. 207.

¹¹³⁰ “*Mesela A serbest bıraktığı köpeğinin bir başkasına saldırdığını görmesine rağmen bu saldırıya kasten göz yumarsa, meydana gelen neticeden fail olarak sorumlu tutulacaktır*”. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 153, dn. 47.

¹¹³¹ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 153.

¹¹³² Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 153.

vardır¹¹³³. Dolayısıyla kapsamı ve içeriğinin ne olduğu tam olarak belli olmayan garantörlüğün maddi kıstasına dayanılmak suretiyle ceza hukuku sorumluluğunu doğrudan etkileyecek iştirak statülerinin belirlenmesi isabetli olmayacaktır.

4.3.4. Özel Yükümlülüğün İhlali Yaklaşımı

Alman doktrininde **Roxin** tarafından ortaya atılan bu yaklaşıma göre; ihmali suçlarda faillik için kişinin mutlaka garantör olması gerekmesine rağmen, garantörlüğün maddi kaynağının iştirak statüsünün belirlenmesinde herhangi bir etkisi yoktur¹¹³⁴.

Kural olarak, bir başkasının işlemekte olduğu suçu (engelleme imkânı olmasına rağmen) engellemeyen garantör, gerçekleşen suç kanunda ayrı bir ihmali tipte düzenlenmişse artık o ihmali suçun “*faili*” olarak sorumlu olur¹¹³⁵. Ancak burada ihmali davranışın aynı zamanda icrai suça bir katkı sağladığı, dolayısıyla aynı zamanda “*şeriklik*” niteliği taşıdığı da gözden kaçırılmamalıdır¹¹³⁶. Böyle bir durumda, her ne kadar ihmali davranışta bulunan garantöre “*fail*” olarak ceza verilecekse de, bu cezanın miktarı “*icrai suça yardım etmenin cezası*” olmalıdır¹¹³⁷.

Bu yaklaşıma göre üç özel durum, bu genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır. Bu istisnai durumlarda icrai suçu işleyen kişinin fiiline “*ihmali davranışla yardım eden olarak*” iştirak mümkündür. İstisnai üç istisnai durum: “*Bizzat işlenebilen suçlar (örneğin ceza infaz kurumundan firar suçu)*”, “*yararlanma kastı gibi özel bir manevi unsur içeren suçlar (örneğin hırsızlık)*” ve “*garantör olmayan kişinin ihmali davranışla bir başkasının icrai suçuna katkıda bulunması*” halleridir¹¹³⁸.

Yine bu görüş içinde değerlendirilebilecek diğer bir yaklaşım ise; ihmali suçlarda faillik statüsünün belirlenmesinde tipik neticeyi engellemeye yönelik yükümlülüğün, yani “*garantörlüğün*” esas alınacağını kabul etmekte ancak buna ek olarak “*bağlı hareketli suçlar*” söz konusu olduğunda, ihmalin davranışın icrai suç tipinde tanımlanan fiile “*eşdeğer nitelikte*” olmasını da şart koşturmaktadır¹¹³⁹. Örneğin,

¹¹³³ Bu tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gutknecht, s. 277 - 310.

¹¹³⁴ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 459.

¹¹³⁵ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 294 v.d.

¹¹³⁶ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 483.

¹¹³⁷ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 503.

¹¹³⁸ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 155 - 156. Akbulut, s.188.

¹¹³⁹ Rengier, kn. 32, s. 470. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 156. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 195.

dolandırıcılık suçunda hile¹¹⁴⁰ unsurunun gerçekleşmesi için kasıtlı bir şekilde doğru olmayan birtakım beyanlarda bulunmak gerekir¹¹⁴¹. İhmali bir davranışın aldatıcı nitelikteki beyana eşdeğerliği ise ancak bu “*ihmali davranışın bir beyan niteliği taşıması*” durumunda söz konusu olabilir¹¹⁴². Dolayısıyla dolandırıcılık suçundaki hile unsurunun ihmali davranışla gerçekleştirilmesi mümkündür¹¹⁴³. Ancak ihmali davranışıyla mağduru kasten aldatan failin dolandırıcılık suçundan sorumlu tutulabilmesi için, hem mağdura doğru bilgi verme hususunda hukuki bir yükümlülük altında olması hem de ihmali fiilin icraya eşdeğer olması gerekir¹¹⁴⁴.

Sonuç olarak bu son yaklaşıma göre; bağlı davranışlı ihmali suçlarda faillik için “*garantörlük ve eşdeğerlik kaydı*” bir arada bulunmalıdır. Bunlardan herhangi birinin eksik olması durumunda suça katılan kişi “*fail*” olarak nitelendirilemez. Buna ek olarak “*icrai davranışa eşdeğer bir ihmalde bulunan*” ancak garantör konumunda olmayan kişi, hukuki yükümlülüğün ihlali bilinciyle hareket ettiği takdirde “*teşebbüs*” hükümlerince cezalandırılacaktır¹¹⁴⁵. Böyle bir bilincin olmadığı durumlarda ise ilgili cezalandırılmayacaktır¹¹⁴⁶. Bununla beraber, ihmali davranış icraya eşdeğer olmayan garantör, işlenmekte olan icrai suça şerik olarak (yardım eden sıfatıyla) cezalandırılacaktır¹¹⁴⁷.

¹¹⁴⁰ ... “Hile, icrai bir davranışla gerçekleştirilebileceği gibi; karşı tarafın içine düştüğü hatadan, bir konuda yanlış bilgi sahibi olmasından yararlanarak da, yani ihmali davranışla da, gerçekleştirilebilir. Ancak, bu durumda kişinin, hataya düşen karşı tarafı bilgilendirmek konusunda yükümlülüğünün olması gerekir. Hataya düşen kişi ile hukukî ilişkide bulunulan durumlarda, böyle bir yükümlülük vardır. Ayrıca, muhatabın belli bir husustaki hatası karşısında kişinin ihmali davranışının, örneğin susmasının, bir beyan, açıklama değerini taşıması gerekir”... TCK m. 157 gerekçesi. Ayrıca bkz. İzzet Özgenç, Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar, Ankara: 2002, s. 23.

¹¹⁴¹ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, s. 72.

¹¹⁴² Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, s. 81.

¹¹⁴³ Doktrinde hilenin yalnızca icrai davranışlarla gerçekleştirilebileceği, dolayısıyla ihmali davranışla hilenin gerçekleştirilemeyeceğine yönelik görüş için bkz. Tümerkan Somay, Dolandırıcılık Suçu, İstanbul: 1987, s. 44 v.d.

¹¹⁴⁴ Johannes Wessels ve Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil, Heidelberg: 2016, 39. Auflage, kn. 503.

¹¹⁴⁵ Bununla beraber doktrinde, suç tipinde failin özel vasıfta olmasının arandığı durumlarda bu vasfı taşımayan kişilerin teşebbüs hükümlerince sorumlu tutulamayacağı da ifade edilmektedir. Sözler, s. 154.

¹¹⁴⁶ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 158.

¹¹⁴⁷ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 158 - 159.

4.3.5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da iştirak hükümleri ancak kasten işlenen suçlar bakımından uygulama alanı bulur¹¹⁴⁸. Dolayısıyla, taksirle gerçekleştirilen ihmali suçlar bakımından iştirak tartışması yapılmayacaktır. Bununla beraber, bir kimsenin gerçekleştirmekte olduğu taksirli fiilden faydalanan garantör konumundaki bir kimsenin ihmali bir suç işlemesi mümkündür. Örneğin; yaşlılığı nedeniyle kendisine yük olduğunu düşündüğü annesinden kurtulmak isteyen F, gerekli tetkikleri yapmadığı için hastanın alerjisini bilmeyen hekim H'nin penisilin içeren bir ilacı annesine vermesine bilerek engel olmaz. Böyle bir durumda, hekim H'nin taksirli icrai davranışından yararlanan F, kasten işlenen ihmali öldürme suçunun *"failidir"*. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde de iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Sonuç olarak; suç ister icrai ister ihmali olsun, taksirle gerçekleştirilen bir fiilin söz konusu olduğu durumlarda iştirak hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Taksirli suçlarda herkes kendi fiili nedeniyle müstakil olarak sorumlu tutulmaktadır. Taksirle hareket eden bir kimsenin, tipik fiilin işlenişinde başkasını vasıta olarak kullanması da mümkün olmayacağından, *"taksirli dolaylı faillik"* kavramının da isabetli olmadığını düşünmekteyiz¹¹⁴⁹.

İhmali suçlarda *"tek tip faillik sisteminin"* kabul edilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü garantör konumundaki fail, *"tipik neticeyi engelleyebilecek olmasına rağmen engellememesi için"* garantör olmayan üçüncü bir kişi tarafından azmettirilebilir. Böyle bir durumda, üçüncü kişinin fail olarak nitelendirilmesi iki sebeple mümkün değildir. İlk olarak; görünüşte ihmali suçlar özgü suç niteliği taşıdığından¹¹⁵⁰, fail olabilmek için *"normun asli muhatabı olmak (=intraneus)"*¹¹⁵¹ yani *"garantör"* olmak gerekir¹¹⁵². İkinci olarak, ihmali suça azmettiren kişi fiil üzerinde hâkimiyet kurmamaktadır. Örneğin; uzun zamandır düşmanı M'yi öldürmek

¹¹⁴⁸ Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 48, s. 208.

¹¹⁴⁹ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 254 - 255.

¹¹⁵⁰ Görünüşte ihmali suçlar yalnızca garantör konumundaki fail tarafından işlenebileceğinden, bu tip suçlar birer *"gerçek özgü suç"* niteliği taşımaktadır. Jescheck ve Weigend, s. 620.

¹¹⁵¹ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 170.

¹¹⁵² *"Kanunlarda bazı suç türleri vardır ki; bu suçlar tarif edilirken suçun failinin belli şahsi özelliklerinin belirlenmesi cihetine gidilmektedir. Bu münasebetle, söz konusu suçlarda ancak kanuni tarife belirlenen vasıfları taşıyan şahıs(lar) (=intraneus) fail olabilecektir: Mahsus suç. Buna karşılık, söz konusu özel faillik vasfını taşımayan şahıs(lar)ın (extraneus) bu suçlardan dolayı fail olarak sorumlu tutulması ise mümkün görülmemektedir"*. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 165, s. 171.

isteyen F, M'nin bir rahatsızlığı nedeniyle hastanede yatmakta olduğunu öğrenir. F, M'nin tedavisini yapan hekim H'ye ulaşarak, M'nin ilaçlarını vermemesi karşılığında yüklü miktarda para teklifinde bulunur. Hekim H bu teklifi kabul ederek M'nin tedavisini yapmaz ve M hayatını kaybeder. Bu olayda, ihmali davranışla kasten öldürme suçunun “*faili*” hekim H'dir. F ise “*fail*” olarak nitelendirilemez. Çünkü hem garantör, yani normun asli muhatabı değildir; hem de fiil üzerinde hâkimiyet kurmamıştır. Bu nedenle, örnek olayda F ihmali suretle kasten öldürme suçuna “*azmettiren*” sıfatıyla sorumlu tutulacaktır.

Kanaatimizce, ihmali bir suça garantör konumundaki bir kimse tarafından da “*azmettiren*” sıfatıyla iştirak etmek mümkündür. Örneğin; evlilik dışı ilişkileri nedeniyle dünyaya gelen çocuğundan kurtulmak isteyen baba B, iş seyahati için yurt dışında bulunduğu sırada, zaten bünyesi olarak oldukça zayıf olan çocuğu beslememesi hususunda anneyi telefonda azmettirmiştir. Besinsiz ve bakımsız kalan çocuk hayatını kaybetmiştir¹¹⁵³. Bu örnekte, her ne kadar garantör konumunda olsa da baba B “*fail*” olarak kabul edilemez. Çünkü suçun işlendiği sırada baba B yurt dışında bulunduğundan, fiil üzerinde hâkimiyet kurduğu söylenemez. Dolayısıyla baba B'nin garantör olmasına rağmen ilgili suçtan “*azmettiren*” olarak sorumlu tutulması gerekir.

İhmali suçlarda faillik kıstası olarak önerilen “*garantörlüğün maddi kaynağını esas alan yaklaşıma*” da iştirak etmemekteyiz. Çünkü saf olmayan ihmali suçların faili olabilmek için kişinin garantör olması zorunlu olmakla birlikte, garantörlüğün maddi kıstasına inerek “*faillik - şeriklik*” ayrımı yapmak tutarlı değildir. Kaldı ki, birçok olayda ihmali suç faili hem “*koruma*” hem de “*gözetim*” yükümlülüğü altında olabilir.

¹¹⁵³ Böyle bir olayda, yurt dışında bulunan baba B'nin görünüşte ihmali suçtan fail olarak mı yoksa şerik olarak mı sorumlu tutulacağı hususu salt maddi ceza hukukunu ilgilendiren bir tartışma değildir. Bu tespit, uluslararası ceza hukuku bakımından da bir yetki tartışmasını gündeme getirebilir. Baba B'nin bu suçta müşterek fail olduğu kabul edilirse, suçun nerede işlendiğinin de tespiti gerekir. Her ne kadar suçun netice unsuru Türkiye'de gerçekleşmiş olsa da, baba B'nin bulunduğu ülke bu ihmali suç nedeniyle yargılama yapabilecek midir? Ya da baba B'nin bu suç dolayısıyla Türkiye'ye iadesi hangi şartlar altında mümkün olacaktır? Tam tersi bir durumda, yani anne ve bebeğin yabancı ülkede, baba B'nin ise olay sırasında Türkiye'de bulunması halinde, yabancı ülkenin baba B hakkında iade talebi kabul edecek midir? İşte ihmali suçlarda iştirake yönelik benimsenecek temel yaklaşım, bu sorulara verilecek cevapları da doğrudan etkileyecektir. Suçluların iadesine ilişkin güncel tartışma ve bilgi için bkz. Faruk Turhan, “Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin Ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 8, sa. 2, y: 2018, s. 1 v.d.

Nihayetinde biz de; ihmali suçlarda “*faillik - şeriklik*” ayrımı noktasında, tıpkı icrai suçlardaki gibi “*fiil hâkimiyeti*” kıstasının kullanılması gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁵⁴. Bununla beraber, görünüşte ihmali suçlarda faillik için kişinin tipik neticeyi önleme noktasında hukuki bir yükümlülük altında bulunması, yani garantör olması gerektiği tartışmadan varestedir¹¹⁵⁵. Sonuç olarak, görünüşte ihmali suçlarda fail olabilmek için kişinin; “*garantör olması*” ve “*ihmali davranışıyla süreç üzerinde fiili hâkimiyet kurması*” şartları birlikte aranmalıdır¹¹⁵⁶. Bu şartlardan herhangi birinin eksik olması halinde artık faillikten değil, “*azmettirme*” ya da “*yardım etmeden*” yani “*şeriklikten*” bahsetmek gerekir. Yine doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, bağlı hareketli suçlar söz konusu olduğunda, bu iki unsura ek olarak, gerçekleştirilen ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer nitelikte olması da gerekir¹¹⁵⁷.

Tüm bu gerekçelerle biz de; günümüz doktrinindeki baskın görüşe katılarak, ihmali suçlarda da “*faillik - şeriklik*” ayrımının mümkün olduğunu, bununla beraber ihmali suçlara ilişkin iştirak değerlendirilmesi yapılırken, bu suçların kendilerine has yapısının dikkate alınarak “*toptancı*” bir yaklaşımdan kaçınılması gerektiği kanaatindeyiz. Böylece, hem ihmali suçların kendine has yapısı göz ardı edilmemiş hem de somut olay adaleti bakımından ortaya çıkabilecek problemlerin önü alınmış olacaktır.

İhmali suçlarda iştirakin esaslarına yönelik genel değerlendirmemizi ifade ettikten sonra, çeşitli iştirak ihtimallerinin bu suçlar bakımından mümkün olup olmadığı hususlarını ayrı ayrı değerlendirelim.

4.3.5.1. Dolaylı faillik

Tipik haksızlığı bizzat gerçekleştirmeyip bir başkası aracılığıyla, yani bir başkasını vasıta konumuna indirgeyerek gerçekleştiren kişiye “*dolaylı fail (mittelbarer Täter)*” denir¹¹⁵⁸. İhmali suçlarda dolaylı faillik konusunu iki başlık altında incelemek gerekir.

¹¹⁵⁴ Doktrinde özellikle görünüşte ihmali suçlarda faillik - şeriklik ayrımının ikna edici bir kıstasla yapılamadığı da ifade edilmektedir. Bkz. Akbulut, s.187.

¹¹⁵⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 281.

¹¹⁵⁶ Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 10, s. 249, kn. 13, s. 250. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 71.

¹¹⁵⁷ Çalışmamızın önceki bölümlerinde “*eşdeğerlik kaydının*” hukuki nitelendirmesine ayrıntılı olarak değindiğimiz için burada tekrar üzerinde durmuyoruz.

¹¹⁵⁸ Jescheck ve Weigend, s. 643 - 644. Maurach, Gössel ve Zipf, kn. 21, s. 194. Holland - Hoffman, kn. 483, s. 191.

İlk olarak; “*ihmali bir suça icrai davranışla dolaylı failliğin*”, akabinde ise “*ihmali davranışla dolaylı failliğin*” mümkün olup olmadığı tartışılmalıdır.

4.3.5.1.1. İhmali bir suça icrai davranışla dolaylı faillik

Doktrindeki bir görüş, ihmali bir suça icrai davranışla “*dolaylı fail*” olarak iştirak etmeyi mümkün kabul eder. Bu yaklaşıma göre; kurtarmaya yönelik garantörü, özellikle “*cebiri veya tehditle engelleyen kişi*”, ihmali suretle kasten öldürme suçunun dolaylı faili olarak kabul edilmelidir¹¹⁵⁹. Örneğin; B’nin boğulmak üzere olduğunu gören K, tam onu kurtarmak için harekete geçecekken E tarafından silah zoruyla engellenir. K’nın yardım edemediği B hayatını kaybeder¹¹⁶⁰. Bu yaklaşıma göre E, ihmali suçun “*dolaylı faili*” olarak sorumlu tutulmalıdır.

Buna karşılık, özellikle Alman doktrinindeki baskın görüş; bu tip durumlarda, kurtarmaya yönelik süreci engelleyen üçüncü kişinin ihmali değil icrai davranışı nedeniyle “*doğrudan fail*” olarak sorumlu tutulacağı yönündedir¹¹⁶¹. Dolayısıyla baskın nitelikteki bu yaklaşıma göre, icrai davranışla ihmali suçta dolaylı fail olmak mümkün değildir. Bir kimse istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik süreci “*icrai*” davranışıyla sekteye uğratırsa, artık “*ihmali suçun dolaylı faili olarak değil*”, “*icrai suçun doğrudan faili*” olarak sorumlu olur¹¹⁶². Bu durumu çalışmamızın önceki bölümlerinde, “*kurtarmaya yönelik sürecin üçüncü bir kişi tarafından sekteye uğratılması*” başlığı altında ayrıntılı olarak incelemiştik¹¹⁶³.

Kanaatimizce, ihmali suçta dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı hususundaki iki temel yaklaşımın da haklı olduğu noktalar vardır. Çünkü kurtarmaya yönelik süreci icrai davranışıyla sekteye uğratan kişi; hem işlenen ihmali suç bakımından “*dolaylı fail*”, hem de icrai davranışıyla fiil üzerinde hâkimiyet kurduğu için icrai fiiliyle “*doğrudan fail*” olarak kabul edilebilir. Ancak böyle bir durumda, “*dolaylı faillige*” nazaran “*doğrudan faillige*” öncelik tanımak gerekir. Çünkü özgü suçlarda dolaylı fail olabilmek için “*özel faillik vasfının*” taşınması gerektiği unutulmamalıdır¹¹⁶⁴.

¹¹⁵⁹ Jescheck ve Weigend, s. 640. Yılmaz, s. 129.

¹¹⁶⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 285.

¹¹⁶¹ Rengier, kn. 18, s. 460. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 89.

¹¹⁶² Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 254.

¹¹⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2. Bölüm, “*Kurtarmaya Yönelik Sürecin Üçüncü Bir Kişi Tarafından Sekteye Uğratılması*” başlığı.

¹¹⁶⁴ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 172.

Dolayısıyla böyle bir olayda, kurtarmaya yönelik süreci “*cebiri, tehdit veya hile*” ile engelleyen şahsın ihmali suçun dolaylı faili olabilmesi ancak “*garantör*” olması halinde mümkün olacaktır. Bu nedenle, kurtarmaya yönelik süreci engelleyen üçüncü kişinin tipik netice bakımından “*icrai davranışıyla doğrudan fail*” olarak sorumlu tutulması daha isabetli görünmektedir. Kurtarmaya yönelik süreci icrai davranışıyla sekteye uğratan kişi, süreç üzerinde fiili hâkimiyete de sahip olduğundan, “*doğrudan fail*” olarak kabul edilmesinde teorik açıdan herhangi bir engel yoktur. Bu kişinin sorumluluğu, icrai davranıştan kaynaklanacağı için garantör konumunda olması da gerekmez.

Kurtarmaya yönelik süreci icrai davranışıyla sekteye uğratan kişinin aynı zamanda “*teminat yükümlüsü - garantör*” olması halinde, teorik açıdan bu kişinin suça üç farklı sıfatla iştirak etmesi mümkündür: Bu kimse her şeyden önce, kurtarma fiilini gerçekleştiremeyen garantörün görünüşte ihmali suçu bakımından “*dolaylı failidir*”. İkinci olarak, bu kişinin kendisi de neticeyi engelleme yükümlülüğü altında olup, maddi - fiziki imkânı olmasına rağmen neticeyi engellemediğinden görünüşte ihmali suçun “*doğrudan failidir*”. Nihayetinde, kurtarmaya yönelmiş süreci icrai davranışıyla bizzat engellediği için bu kimse icrai suçun “*doğrudan failidir*”.

Böyle bir ihtimalde failin hangi norma göre cezalandırılacağı ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Biz, bu kişinin “*icrai davranışla işlenen suçun doğrudan faili*” olarak sorumlu tutulmasına öncelik tanınması kanaatindeyiz.

4.3.5.1.2. İhmali davranışla dolaylı faillik

“*İhmali davranışla dolaylı faillik*” doktrinde genel olarak reddedilmektedir¹¹⁶⁵. Çünkü dolaylı faillikte, araç konumuna indirgenen kişinin icrai bir davranışla hataya sevk edilmesi veya yönlendirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, dolaylı failliğin bizzat ihmali davranışla gerçekleştirilmesi kurumun özü ile çelişmektedir. Yine bu olasılıkta, ilgili kişinin zaten ihmali suçun doğrudan faili olduğu, bu nedenle dolaylı failliğin tartışılmasına gerek olmadığı da ifade edilmektedir¹¹⁶⁶. Buna karşılık BGH; ceza hukuku sorumluluğundan kurtulmak isteyen faillerin, icrai davranışla yönlendirmek

¹¹⁶⁵ Holland - Hoffman, kn. 517, s. 206. Yılmaz, s. 129.

¹¹⁶⁶ Keçelioğlu, s. 83. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 285.

yerine hareketsiz kalarak faili bu duruma düşürebileceği gerekçesiyle, bazı olaylarda ihmali davranışla dolaylı failliği kabul etmiştir¹¹⁶⁷.

İhmali davranışla bir suçla dolaylı failliğin kural olarak mümkün olmadığını kabul etmekle beraber, bazı özel durumlarda bu ihtimalin de tartışılması gerektiğini düşünüyoruz. Örneğin, acil bir ameliyat yapacak hekim özel bir tıbbi cihaza ihtiyaç duymaktadır. Bu cihazı derhal ameliyathaneye getirmesi için yardımcısını görevlendirir. Bu talimat üzerine harekete geçen yardımcı personel, ilgili cihazı almak için hastane müdürüne gider ancak hastane müdürü ameliyat olacak kişinin sevmediği birisi olduğunu bildiğinden, bir bahane bularak bu cihazı vermekten imtina eder. Cihazın kullanılamaması nedeniyle derhal yapılması gereken ameliyat yapılamaz ve hasta hayatını kaybeder. Böyle bir durumda hastane müdürü¹¹⁶⁸ ameliyat üzerinde doğrudan hâkimiyet kuramadığından kanaatimizce doğrudan fail olarak kabul edilemez. Bununla beraber hastane müdürü, ilgili cihazın kullanılmasına müsaade etmeyerek hekim aracılığıyla bu ihmali suçu işlediğinden “*dolaylı fail olarak*” cezalandırılması düşünülebilir. Bu olayda hastanın hayatını korumak bakımından hastane müdürünün teminat yükümlüsü yani garantör konumunda olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır.

4.3.5.2. Müşterek faillik

İhmali suçlarda müşterek faillikten bahsederken de ikili bir ayırım yapmak daha fonksiyonel görünmektedir¹¹⁶⁹. İlk olarak, “*ihmali suçla ihmali davranışla müşterek fail*” olarak iştirak edilip edilemeyeceği, yani “*ihmali failler arasında müşterek faillik*”; akabindeyse “*icrai bir suçla ihmali davranışla müşterek fail*” olarak iştirak edilip edilemeyeceği ele alınmalıdır.

4.3.5.2.1. İhmali suçla ihmali davranışla müşterek faillik

Doktrindeki baskın görüş, bu ihtimalin yani birden fazla garantörün müşterek failliğinin mümkün olduğu yönündedir¹¹⁷⁰. Tipik neticeyi önlemeye yönelik hukuki yükümlülük altında bulunan kişilerin, aldıkları ortak karara istinaden kurtarmaya

¹¹⁶⁷ BGHSt 40, 257, 265ff; 48, 77, 89 ff. Holland - Hoffman, kn. 517, s. 206.

¹¹⁶⁸ Kanaatimizce hastane müdürü kanun veya sözleşme nedeniyle bu olay bakımından “*garantör*” konumundadır.

¹¹⁶⁹ Jescheck ve Weigend, s. 639.

¹¹⁷⁰ Jescheck ve Weigend, s. 640. Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 114.

yönelik davranışı yapmamaları halinde “*müşterek faillik*” söz konusudur¹¹⁷¹. Örneğin; acil serviste görevli iki hekim, hasta H’ye müdahale etmeme hususunda ortak bir karar alırlar ve iki hekim tarafından da tedavi edilmeyen H hayatını kaybeder. Böyle bir durumda, aralarındaki ortak karara istinaden yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekimler ihmali suç bakımından müşterek fail olarak sorumludur.

Bununla beraber doktrinde bazı yazarlar, ihmali suçta müşterek failliğin ancak “*garantörlerin ortak bir görevi yerine getirdikleri durumda*” mümkün olabileceğini ifade etmektedir¹¹⁷². Bir başka ifadeyle, garantör konumundaki kimseler, istenmeyen neticeyi ancak birlikte hareket ederek engelleyebilecek iseler müşterek faillikten bahsedilir. Örneğin; ilgili plajda aynı anda görevli olan beş cankurtaran, boğulmakta olan çocuğu kurtarma yönünde harekete geçmezler ve çocuk boğularak ölür. Böyle bir ihtimalde, cankurtaranlar müşterek fail olarak değerlendirilemez. Neticeyi isteyip hareketsiz kalanlar ancak “*yan yana fail (nebentäter)*” olarak cezalandırılabilir¹¹⁷³. Çünkü bu ihtimalde, her bir cankurtaranın boğulmakta olan çocuğu tek başına kurtarma imkânı ve yükümlülüğü söz konusudur. Buna karşılık piyasaya sürülen ancak sonradan sağlığa zararlı olduğu anlaşılan medikal ürünü geri toplamama noktasında ortak hareket eden şirket yönetim kurulu üyeleri, ihmali suçun müşterek faili olarak kabul edilecektir¹¹⁷⁴. Çünkü bu durumda, tipik neticenin tek bir failin çabasıyla engellenmesi mümkün değildir. Bu ihtimalde faillerin ancak birlikte hareket etmeleri (yönetim kurulunda ilgili malların toplatılmasına yönelik çoğunluğun sağlanması) durumunda tipik neticenin engellenmesi mümkündür. Benzer şekilde, bir yangında mahzur kalan kişiyi kurtarmak için itfaiye görevlilerinin birlikte hareket etmesi gerekmesine rağmen görevliler aldıkları ortak karara binaen mahzur kalan kişiye yardım etmemişlerse artık “*müşterek faillik*” söz konusudur.

Kanaatimizce de, ihmali bir suçta yine ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak etmek mümkündür. Ancak bunun için, faillerin daha önceden ya da en azından failin işlendiği sırada kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmeme hususunda ortak bir iradelerinin tezahür etmesi gerekir¹¹⁷⁵. Buna ek olarak, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi,

¹¹⁷¹ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 292. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri, s. 281. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149.

¹¹⁷² Jescheck ve Weigend, s. 640.

¹¹⁷³ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 189.

¹¹⁷⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçların Çeşitleri, s. 282.

¹¹⁷⁵ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 292. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmal Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 23.

bir kimsenin ihmali davranışıyla ihmali bir suça müşterek fail olarak katılabilmesi için “*fiil üzerinde hâkimiyet kurması*” da gerekir. Bir başka ifadeyle, istenmeyen neticeyi önleme hususunda faillerin ayrı ayrı “*maddi - fiziki imkânının*” da bulunması gerekir. Evlilik dışı ilişkisinden doğan bebeğinden biran önce kurtulmak için onu beslememe kararı alan anne, bu fikrini yurt dışında bulunan çocuğun babasıyla paylaşmış ve babanın da onayını almıştır. Böyle bir durumda, her ne kadar anne ve baba arasında çocuğun beslenmemesi noktasında “*ortak bir suç işleme kararı*” alınmış olsa da, süreç üzerinde babanın fiili hâkimiyeti söz konusu değildir. Bu nedenle baba ancak ihmali suçtan “*şerik*” olarak yani “*azmettiren*” ya da “*yardım eden*” sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır¹¹⁷⁶. Bununla beraber aynı örnekte anne ile baba aynı evde birlikte yaşamakta iseler, baba da süreç üzerinde hâkimiyet sahibi olduğundan, artık “*müşterek fail*” olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Bu nedenle, ihmali suça ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak edilebilmesi için “*ortak suç işleme kararının aranmasına gerek olmadığı*”¹¹⁷⁷ şeklindeki görüşlere iştirak etmemekteyiz. Çünkü “*ortak suç işleme kararı*”, müşterek failliğin temel bir unsurudur. Gerçekleştirilen fiilin ihmali olması, bu unsurun göz ardı edilmesini gerektirmez. Şüphesiz ki, bu tip suçlarda müşterek faillikten bahsedebilmesi için suça katılanların “*garantör*” konumunda olması gerektiği de unutulmamalıdır. Ancak her garantör konumunda olanın otomatikman müşterek ya da müstakil fail olduğunu söylemek de kanaatimizce isabetli değildir.

Ortak suç işleme kararı ve fiil üzerinde/süreç üzerinde hâkimiyet kurma şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, “*saf ihmali suçlar*” bakımından da müşterek faillik söz konusu olabilir¹¹⁷⁸. Örneğin; işlenmekte olan ya da neticelerinin sınırlandırılması mümkün olan bir suçu aynı anda öğrenen iki arkadaş, ortak bir karar alarak suçu yetkili makamlara bildirmemişlerdir. Böyle bir olayda, “*suçu bildirmeme suçu (TCK m. 278)*” bakımından “*müşterek faillik*” söz konusudur¹¹⁷⁹. Buna karşılık; ihmali suçlarda müşterek faillikten bahsedebilmek için yükümlülüklerin ortak olması şart koşulduğunda, böyle bir olayda işlenen suçu öğrenenlerin herbirinin yükümlülüğü

¹¹⁷⁶ Kanaatimizce, suç işleme kararı olmayan annenin baba tarafından ikna edilmesi halinde “*azmettirmeden*”, suç işleme kararı olan annenin bunu hayata geçirmek için babadan onay alması halindeyse “*yardım etmeden*” bahsetmek gerekir.

¹¹⁷⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 282.

¹¹⁷⁸ Üzülmüş, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”, s. 212. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 282. Yılmaz, s. 125. Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 779.

¹¹⁷⁹ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 780.

birbirinden ayrı olduğu için ilgili kişiler müşterek fail olarak değil, “*müstakil fail*” olarak sorumlu olacaklardır¹¹⁸⁰.

Doktrinde azınlıkta kalan bir diğer görüş ise, birer yükümlülük suçu olmaları ve ortak suç işleme kararına rağmen fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet kurulmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle saf ihmali suçlarda müşterek failliğin mümkün olmadığı yönündedir¹¹⁸¹.

4.3.5.2.2. İcrai bir suça ihmali davranışla müşterek faillik

İcrai bir suça ihmali bir davranışla müşterek fail olarak iştirak edilip edilemeyeceği hususunda doktrinde farklı yaklaşımlar mevcuttur: Bunlardan ilki, icrai bir suça ihmali davranışla iştirak etmenin mümkün olduğu yönündedir^{1182, 1183}. Fiili hâkimiyet teorisini esas alan ikinci görüş ise; icrai bir suça ihmali davranışla katkıda bulunulması halinde, ihmali davranış sahibinin müşterek faillikten ziyade “*şerik*” olarak sorumlu tutulmasını savunmaktadır¹¹⁸⁴.

İcrai bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak etmenin mümkün olmadığını savunanlara göre, fiil hâkimiyeti noktasında icrai failin ihmali faile üstünlüğü söz konusudur. İhmali bir davranışla icrai bir davranış üzerinde hâkimiyet kurmak mümkün olmadığından, icrai bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak iştirak edilemez. Bununla beraber, işlenmekte olan icrai suça ihmali davranışıyla iştirak eden kişi, hem bu icrai suça yardım eden sıfatıyla iştirak etmekte hem de kendisine düşen neticeyi engelleme yükümlülüğünü yerine getirmediğinden ihmali suçun “*faili*” olmaktadır¹¹⁸⁵. Böyle bir durumda ise, “*failliğin şerikliğe asliliği prensibi*” ve “*asli norm - tali norm ilişkisi*” bağlamında, garantör konumundaki kişiyi “*görünüşte ihmali suçun faili*” olarak sorumlu tutmak gerekir¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁰ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, s. 780.

¹¹⁸¹ Ölmez, s. 477.

¹¹⁸² Jescheck ve Weigend, s. 640.

¹¹⁸³ İtalyan Yargıtayı eski bir kararında, hırsızlık suçuna ihmali davranışla katkıda bulunan kişinin çalınan maldan faydalanmamış olsa dahi müşterek fail olarak sorumlu olacağına hükmetmiştir. Faruk Erem, “Suça İştirak”, *AÜHFD*, c. 3, sa. 1, y. 1946, s. 73.

¹¹⁸⁴ Jescheck ve Weigend, s. 640. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 292.

¹¹⁸⁵ Özgenç ve Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, s. 39. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 23. Akbulut, s.188.

¹¹⁸⁶ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 292. Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149.

Doktrinde konuya ilişkin bir diğer yaklaşım ise; kural olarak icrai bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmadığını kabul etmekle beraber, bunun bir istisnası olarak “*icrai yükümlülük suçlarını - Begehungs Pflichtdelikte*” göstermektedir. Örneğin, mahkûmların ceza infaz kurumundan kaçmasını engellemekle yükümlü iki gardiyan bir mahkûmun kaçması konusunda aralarında anlaşmışlardır. Gardiyanlardan biri mahkûma kaçması için anahtar verirken, diğeri de mahkûmun kaçmasına göz yummuş ise artık “*müşterek faillikten*” bahsetmek gerekir¹¹⁸⁷. Dikkat edilirse somut olayda ilk gardiyanın fiili icrai (anahtar verme), ikinci gardiyanınki ise ihmalidir (kaçmasına göz yumma).

Yine bu görüş içerisinde değerlendirilebilecek bir diğer yaklaşım ise; icrai suça ihmali davranışla müşterek failliğin sadece yukarıdaki firar örneğindeki gibi “*icrai yükümlülük suçları - Begehungs Pflichtdelikte*” bakımından mümkün olabileceğini, bunun dışında kalan olaylarda ise problemin bir içtima konusu olduğunu savunmaktadır¹¹⁸⁸. Buradaki içtima sorunu ise, bir fikri içtima sorunu değildir. Çünkü burada kanunun iki ayrı hükmü değil tek bir hükmü ihlal edilmektedir ve dolayısıyla çözüm “*asli norm - tali norm*” ilişkisinde aranmalıdır¹¹⁸⁹.

Konuya ilişkin bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise; icrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla müşterek fail sıfatıyla iştirak etmenin kural olarak mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, ihmali failin iştirak statüsünün icrai fiile sağladığı katkıya bakılarak belirlenmesi gerektiği şeklindedir¹¹⁹⁰. Bir başka ifadeyle, bu tip durumlarda da fiili hâkimiyet teorisi esas alınmakla beraber, fiil hâkimiyeti noktasında icranın ihmalden her durumda önde olduğunu peşinen kabul etmemek gerekir.

Kanaatimizce bu tip durumlarda suç teorisinin iştirake ilişkin genel yaklaşımdan ayrılmak gerekli değildir. Dolayısıyla, icrai davranışla gerçekleştirilen suça ihmali davranışın sağladığı katkının niteliğine bakılarak failin iştirak statüsünü belirlemek gerekir. Bu bağlamda, “*ihmali davranış icrai suçun işlenişini kolaylaştırmakla kalıyor ve suç üzerinde fiili hâkimiyet kuracak düzeye varmıyorsa*” bir şeriklik türü olarak “*yardım etmeden*” bahsetmek gerekir. Buna karşılık, “*ihmali davranış suçun işlenmesinde çok önemli bir fonksiyon ifa ediyor ve fiil hâkimiyeti kurma derecesine*

¹¹⁸⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 283.

¹¹⁸⁸ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 284.

¹¹⁸⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 284.

¹¹⁹⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 283.

varıyorsa” artık “müşterek faillik” söz konusudur. Ancak unutulmamalıdır ki; yardım etme olarak değerlendirilecek olaylarda, ihmali davranışla suça katkı sunan kişinin aynı zamanda “görünüşte ihmali suç faili” olarak karşımıza çıkabilir. Bu durumda artık “failliğin şerikliğe asliliği prensibi” gereği, garantör konumundaki kişiyi ihmali suçun “faili” olarak sorumlu tutmak gerekir.

Olay: Bir banka şubesini soymaya karar veren hırsızlar, kendilerine yardım ettiği takdirde çaldıkları paranın bir kısmını vermek şartıyla bankanın güvenlik görevlisiyle anlaşır:

İhtimal 1: Hırsızlar; gece vakti bankaya arka kapıdan kendi imkânlarıyla girecekler, bu sırada güvenlik görevlisi ön kapıda uyuyor gibi yapacaktır.

Böyle bir olayda güvenlik görevlisi, işlenmekte olan icrai suça (hırsızlık) ihmali davranışla “yardım eden” sıfatıyla sorumludur. Çünkü güvenlik görevlisinin ihmali davranışı, icrai fiil üzerinde hâkimiyet sağlayacak nitelikte değildir. Bir başka ifadeyle, güvenlik görevlisinin ihmali katkısı, icrai suçun işlenmesini sadece kolaylaştırmıştır¹¹⁹¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta şudur ki; güvenlik görevlisi aynı zamanda kendisine düşen “yükümlülüğü” kasten yerine getirmediği için “ihmali suçun doğrudan faili” sıfatıyla da sorumludur. Çünkü bu olayda güvenlik görevlisi hırsızlık suçunun işlenmesini önleme noktasında maddi - fiziki imkâna sahiptir. Yani süreç üzerinde hâkimiyet kurabilecek konumdadır. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde, “failliğin şerikliğe asliliği prensibi” uyarınca güvenlik görevlisi, hırsızlık suçunun ihmali hareketle işlenmesinden “doğrudan - müstakil fail” olarak sorumlu olacaktır.

İhtimal 2: Hırsızların banka şubesine kendi imkânları ile girmeleri neredeyse imkânsız olduğundan; güvenlik görevlisi bankanın arka kapısını kilitlememiştir¹¹⁹². Hırsızlar güvenlik görevlisinin açık bıraktığı arka kapıdan içeri girmiş ve suçu işlemiştir.

¹¹⁹¹ İzzet Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, *CHKD*, c. 2, sa. 1-2, y. 2014, s. 7.

¹¹⁹² Bu tip durumlarda icra - ihmal ayrımında ince bir ayırntı söz konusu olabilir. Şöyle ki; akşam tüm personel çıktıktan sonra kapıları kilitlemesi gereken güvenlik görevlisi kapıları kilitlemez ise “ihmali bir davranış” söz konusu olacakken, görevlinin kilitli olan arka kapıyı hırsızların içeriye girmesi için açması ise “icrai bir davranıştır”. Olayda güvenlik görevlisinin icrai bir davranışı olduğu tespit edildiği takdirde, genel iştirak kuralları çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

Bu ihtimalde güvenlik görevlisi, işlenen icrai suçtan “*müşterek fail*” sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır. Çünkü bu durumda; görevlinin icrai suçun işlenmesine sunduğu katkı, fiil üzerinde hâkimiyet kuracak nitelik ve yoğunluktadır. Aynı zamanda kendisine düşen koruma yükümlülüğü kasten yerine getirmeyen güvenlik görevlisi, “*ihmali suçun doğrudan faili*” sıfatıyla da sorumludur. Bu nedenle olayda içtima kuralları çerçevesinde bir sonuca varmak gerekir. Birçok ceza kanununda, bir suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde ya cezada indirim yapılacağı ya da yapılabileceği öngörüldüğünden, icrai suça öncelik tanımak daha isabetli olacaktır.

Elbette ki tüm bu ihtimallerde, failin “*teminat yükümlüsü yani garantör*” konumunda olması gerektiği unutulmamalıdır. Kişinin garantör konumunda olmaması durumunda, ihmali davranışının işlenen suça sağladığı katkının kural olarak bir önemi yoktur. Çünkü bu durumda, ihmali davranışta bulunan kişinin harekete geçme noktasında hukuki bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Böyle bir durumda, ihmali davranışta bulunan ancak teminat yükümlüsü konumunda olmayan kimse ancak tipikliğe uyan “*saf ihmali suçtan*” sorumlu tutulabilir. Örneğin; arkadaşlarının bir kimseyi kaçırarak metruk bir depoda zorla tuttuğunu bilmesine rağmen harekete geçmeyen kimse, hürriyetinden yoksun kılma ya da kasten yaralama suçlarından şerik olarak sorumlu tutulamaz. Durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya hürriyetinden yoksun bırakılan mağduru kurtarmayan bu kimse ancak “*suçu bildirmeme*” ya da “*yardım veya bildirim yükümlülüğünün ihmali*” suçundan sorumlu tutulabilir.

4.3.5.3. Azmettirme

İhmali suçlarda şeriklik altında değerlendirilmesi gereken ilk başlık “*azmettirme*”dir. İhmali suçlara ilişkin azmettirme konusunu incelerken de ikili bir ayırım yapmak, konunun daha iyi aktarılabilmesi açısından faydalı olacaktır. Bu bağlamda ilk olarak, “*ihmali suça icrai bir davranışla azmettirme*”; ikinci olarak, “*bizzat ihmali davranışla suça azmettirme*” başlıklarını ele alacağız.

4.3.5.3.1. İhmali suça icrai bir davranışla azmettirme

Ayrıntılarına yukarıda da değindiğimiz ve günümüz doktrininde büyük oranda terkedilen “*tek tip faillik sistemini*” savunanlara göre, ihmali bir suça icrai davranışla “*azmettirme*” mümkün değildir. Çünkü icrai suçlardaki “*kast*” ve “*suç işleme kararı*”

ihmali suçlarda aynı şekilde tezahür etmez. Dolayısıyla başlı başına icrai bir faaliyet olan “azmettirme”, ihmali suçlarda düşünülemez¹¹⁹³. Bu yaklaşıma göre; ihmali suça “azmettirme” kapsamında mütalaa edilebilecek olaylarda, garantör konumunda olmayan fail, aslında tipik neticenin gerçekleşmesine yönelik nedensel icrai bir faaliyette bulunmaktadır¹¹⁹⁴. Bu nedenle, azmettirmeye yönelik icrai davranışta bulunan fail ancak icrai suçun “*müstakil faili*” olarak sorumlu tutulabilir¹¹⁹⁵. Sonuç olarak bu yaklaşım; ihmali suça azmettirmenin mümkün olmadığını, bu tip durumlarda azmettirmeye yönelik fiil sahibinin icrai suçun “*müstakil faili*” olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir.

Günümüzde ise bu yaklaşım büyük ölçüde terkedilmiştir. Bir başka ifadeyle, ihmali bir suça icrai davranışla azmettirmenin mümkün olduğu genel kabul görmektedir¹¹⁹⁶. Gerçekten de tek tip faillik sisteminin konuya ilişkin ortaya koyduğu argümanlar tatmin edici değildir. Belirli bir neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan failin (garantörün), harekete geçmemek üzere garantör olmayan bir kimse tarafından azmettirilmesi mümkündür¹¹⁹⁷. Böyle bir durumda, garantörü azmettiren kişi, her ne kadar icrai bir davranış ile tipik neticenin gerçekleşmesine katkı sağlamakta ise de; fiil üzerinde hâkimiyet sağlayamadığından “*fail*” olarak nitelendirilemez¹¹⁹⁸. Dolayısıyla, bu kişinin ihmali suça “*azmettiren*” olarak sorumlu tutulması gerekir.

Doktrinde, yalnızca görünüşte ihmali suçlara değil saf ihmali suçlara da azmettirmenin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹¹⁹⁹. Kanaatimizce de, hem görünüşte ihmali suçlarda hem de saf ihmali suçlarda “azmettirme” kural olarak mümkündür. Ancak her iki ihmali suç kategorisi bakımından da dikkat edilmesi gereken bazı özel hususlar vardır.

Saf ihmali suçlarda azmettirmeden bahsedebilmek için, azmettirenin ilgili suç tipinin doğrudan muhatabı olmaması gerekir. Örneğin; yolda yürürken yaralı birini gören iki arkadaşın biri, diğer arkadaşının yardım etme girişimini “*gerek yok başımıza iş*

¹¹⁹³ Maurach, Gössel ve Zipf, kn.28, s. 219. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 194 -195.

¹¹⁹⁴ Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s.203.

¹¹⁹⁵ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 206 - 207.

¹¹⁹⁶ Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 78 - 79. Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 24.

¹¹⁹⁷ Jescheck ve Weigend, s. 639.

¹¹⁹⁸ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 520 v.d.

¹¹⁹⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 287. Ölmez, s. 477.

açarız, haydi yolumuza devam edelim” diyerek engellediği takdirde, “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçundan “azmettiren” olarak değil, “fail” olarak sorumlu tutulacaktır. Çünkü her ne kadar gerçekleştirdiği fiiliyle arkadaşını saf ihmali suça azmettirmiş olsa da bu kişi aynı zamanda saf ihmali suç normunun “asli muhatabıdır”. “Failliğin şerikliğe asliliği prensibi” uyarınca, böyle bir durumda arkadaşını yaralıya yardım etmeme noktasında ikna eden kişi “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçunun azmettireni olarak değil, “faili” olarak sorumlu tutulmalıdır.

Buna karşılık benzer bir diğer olayda; yerde alkol komasına girmiş birini gören ve harekete geçmek isteyen (garantör konumunda olmayan) fail, doktor bir arkadaşını arayarak ne yapması gerektiğini sormuştur. Telefondaki arkadaşı ise, “başına iş almaması ve derhal oradan uzaklaşması” hususunda faili ikna etmiştir. Bu durumda, telefonda arkadaşının derhal olay yerinden uzaklaşmasını salık veren doktor, “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçunun asli muhatabı olmadığı için artık “fail” olarak sorumlu tutulamaz. Bununla beraber doktor söz konusu saf ihmali suç bakımından “azmettiren” olarak sorumlu tutulabilir. Yine bu ihtimalde; yolda yaralıyı gören şahıs, yardım edip etmeme konusunda kararsız kalmıştır. Bu kararsızlığını gidermek için telefonla aradığı arkadaşı ise faile yaralıya yardım etmemesi yönünde telkinde bulunmuştur. Bu ihtimalde, telefondaki şahıs yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçuna “yardım eden” olarak sorumlu tutulmalıdır. Çünkü bu ihmali suç bakımından kararsız olan failin suç kararını kuvvetlendirerek manevi bir yardımda bulunmuştur. Sonuç olarak biz, prensip olarak, saf ihmali suçlara da “azmettiren ya da yardım eden” olarak iştirak etmenin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu tip durumlarda ihmali suçun işlenmesine katkı sunan kişinin iştirak statüsü ise genel iştirak kuralları çerçevesinde belirlenmelidir.

Görünüşte ihmali suçlara da “icrai bir davranışla azmettirme” kuralı olarak mümkündür. Bununla birlikte doktrinde; azmettirenin ancak üçüncü bir kişi olabileceği, yani garantör konumunda olan kişinin ihmali suça azmettiren olarak değil ancak “doğrudan fail” olarak sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır. Buna karşılık biz; bu şekilde genel geçer bir yaklaşımdan ziyade, somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesini savunmaktayız. Şöyle ki; ihmali bir suça azmettiren şahıs, garantör konumunda olmasına rağmen süreç üzerinde fiili hâkimiyet sağlayamamış olabilir.

İşte bu tip durumlarda, fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan garantörün de “azmettiren” olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Örneğin; evlilik dışı ilişkilerinden dünyaya gelen çocuğundan kurtulmak isteyen baba B, iş seyahati için yurt dışına gittiği sırada anneyi arayarak bebekten kurtulmaları gerektiğini, bu nedenle bebeği emzirmemesini tembihler. Aslında böyle bir düşüncesi olmayan anne ise bu telkinler sonrasında ikna olur, çocuğunu beslemez ve bebek gıdasızlıktan hayatını kaybeder. Bu olayda baba B, çocuk bakımından “garantör” konumunda olduğundan şüphe yoktur. Ancak ölümle sonuçlanan nedensel süreç üzerinde babanın fiil hâkimiyeti olmadığından “müstakil ya da müşterek fail” olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla baba B, annenin işlediği görünüşte ihmalî suçun “azmettireni” olarak sorumlu olacaktır.

Bu yaklaşımımıza getirilebilecek en önemli eleştiri, azmettirenin garantör konumunda olup olmaması arasında farkı kaldırmasıdır. Bir başka ifadeyle fiil üzerinde hâkimiyet kuramayan üçüncü kişi ile garantör konumundaki kişinin azmettirmesi aynı hukuki sonuca bağlanmış görünmektedir. Kanaatimizce, azmettirenin de suçun konusu bakımından garantör olması durumu, cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından dikkate alınmalıdır.

Söz konusu örnek olayda anne ve baba aynı evde yaşıyor olsaydı, artık baba B’yi annenin işlediği görünüşte ihmalî suçtan “azmettiren” olarak sorumlu tutmak mümkün olmazdı. Çünkü böyle bir ihtimalde baba B, neticeyi engelleme hususunda garantör konumunda olduğu gibi ölümle sonuçlanacak nedensel süreç üzerinde fiil hâkimiyetine de sahiptir. Dolayısıyla bu ihtimalde, “failliğin şerikliğe asliliği prensibi” uyarınca baba B, duruma göre ihmalî suçun “doğrudan ya da müşterek faili” olarak sorumlu tutulmalıdır¹²⁰⁰.

Yine doktrinde savunulan, “garantör olmayan bir kimsenin azmettirdiği görünüşte ihmalî suçtan sorumlu tutulmasının hiçbir şekilde mümkün olmadığı” yönündeki yaklaşıma da iştirak etmiyoruz. Garantörlük, bu tip ihmalî suçlar bakımından fail taşıması gereken özel bir niteliktir. Dolayısıyla görünüşte ihmalî suçlarda herkes değil, sadece tipik neticeyi engelleme noktasında hukuki yükümlülük altında bulunanlar,

¹²⁰⁰ Kanaatimizce bu ihtimalde anne ve baba müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır. Eğer baba, anneyi “cebir veya tehdit” ile çocuğu beslememeye zorlamış ise; bir görüşe göre “ihmalî suçtan dolaylı fail olarak”, ikinci bir yaklaşıma göreyse “icrai davranışla kasten öldürmeden doğrudan fail” olarak sorumlu olacaktır.

yani garantörler “fail” olabilir. Ancak söz konusu özel yükümlülük yalnızca “faillik” bakımından önem arz eder. Dolayısıyla özel faillik vasfını taşımayan, yani garantör konumunda olmayan kişinin bu suçlara “şerik olarak” iştirak etmesine bir engel yoktur¹²⁰¹. “Azmettirme” de bir şeriklik türü olduğuna göre, böyle bir durumda, garantör konumunda olmayan kişinin ihmali suçtan azmettiren olarak cezalandırılması, bağlılık kuralıyla da çelişmeyecektir¹²⁰².

4.3.5.3.2. İhmali davranışla azmettirme

Doktrindeki baskın görüş; suç işleme kararı olmayan kişiye ihmali bir davranışla suç işleme kararı verdirilemeyeceği, azmettirmenin doğasında icrai bir davranış bulunduğu ve dolayısıyla da “ihmali davranışla suça azmettirmenin” mümkün olmadığı yönündedir¹²⁰³.

Bununla beraber doktrinde, bazı özel durumlarda ihmali davranışla azmettirmenin mümkün olabileceğine yönelik görüşlere de rastlanmaktadır. Örneğin; baba, reşit olmayan çocuğunun üçüncü bir kişiyi suça azmettireceğini öğrenmiştir. Bunu öğrenmesine rağmen babanın olaya müdahale etmemesi ve azmettirilen kişinin suçu işlemesi durumunda, ihmali davranışla azmettirmeden bahsedilmektedir¹²⁰⁴. Ancak ihmali davranışla azmettirmenin kabulü için, garantörün ihmali davranışının faillığe dönüşmemesi gerekir¹²⁰⁵. Yine bu yaklaşımı savunanlara göre; kişilerin birbirlerini çok iyi tanımaları veya itaate dayalı bir ilişkileri söz konusu ise, etkin kişinin susması ve hareketsiz kalması da azmettirme olarak değerlendirilmelidir¹²⁰⁶.

Konuya ilişkin bir diğer yaklaşım ise; ihmali davranışla azmettirmenin mümkün olmadığı, çünkü bu tip olaylarda azmettiren olarak nitelendirilen kişinin aynı zamanda ihmali suçun faili olduğu yönündedir. Kanaatimizce bu yaklaşıma katılmak mümkün değildir. Çünkü kişi her ne kadar garantör yani teminat yükümlüsü konumunda olsa da, sürece fiilen hâkim değilse artık fail olarak nitelendirilemez. Örneğin; G’nin amcası A, birkaç saat sonra uçağa binerek G’nin yurtdışında yaşayan babasını

¹²⁰¹ Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 79.

¹²⁰² Sancar, s. 178. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 287 - 288.

¹²⁰³ Gökçen ve Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, s. 24. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 290.

¹²⁰⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 291.

¹²⁰⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 291.

¹²⁰⁶ Mahmutoğlu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 79.

öldürmeye gideceğini söylemiştir. Bu beyan karşısında G herhangi bir şey yapmamış (örneğin durumdan babasını veya emnitye yetkililerini haberdar etmemiştir) ve yurt dışına giden A, G'nin babasını öldürmüştür. Burada G, babası bakımından garantör konumunda olsa da, ölümle sonuçlanan olay üzerinde “*fil hâkimiyeti*” söz konusu değildir. Bu nedenle, G'nin ihmali suçtan müstakil fail olarak sorumlu tutulması kanaatimizce mümkün değildir. Hakeza böyle bir ihtimalde, işlenen icrai suçtan G'nin “*azmettiren*” olarak sorumlu tutulması kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü amca A zaten suç işleme kararını vermiştir. Sonuç olarak, “*salt ihmali bir davranışla*” bir kimseye suç işleme kararı verdirilmesi kanaatimizce de mümkün değildir. Bu tip durumlarda garantör konumunda bulunan kişiyi, işlenen icrai suç bakımından “*yardım eden*” sıfatıyla sorumlu tutmak daha isabetli görünmektedir.

4.3.5.4. Yardım etme

Diğer iştirak türlerine ilişkin yaptığımız ikili ayırım, yardım etme bakımından da geçerlidir. Bu bakımdan ilk olarak, “*ihmali suça yardım etme*”; akabinde ise “*bir suça ihmali davranışla yardım etme*” hususlarını inceleyeceğiz.

4.3.5.4.1. İhmali suça yardım etme

Burada esas olarak ifade edilmek istenen, ihmali bir suça icrai davranışla yardım etmenin mümkün olup olmadığıdır. Doktrinde azınlıkta kalan bir görüş, ihmali suça icrai davranışla yardım etmenin mümkün olmadığı yönündedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere bu yaklaşımın temelinde yatan felsefe, bu tip durumlarda ihmali suça icrai davranışıyla katkı sunan kişinin artık icrai suçun faili olarak sorumlu tutulması gerektiğidir¹²⁰⁷.

Buna karşılık doktrindeki baskın görüş, ihmali suça icrai davranışla yardımın mümkün olduğu ve bunun da kural olarak “*manevi yardım*” şeklinde gerçekleşebileceği yönündedir¹²⁰⁸. Kanaatimizce de, ihmali bir suçu işleme kararı veren garantörün icrai bir davranışla manevi olarak desteklenmesi mümkündür.

¹²⁰⁷ Rengier, kn. 18, s. 460. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 89. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 254.

¹²⁰⁸ Koca ve Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 288.

Azınlıkta kalmakla birlikte, ihmali bir suça icrai davranışla “*maddi yardımın*” da mümkün olduğuna yönelik görüşlere de rastlanmaktadır¹²⁰⁹. Örneğin; yatalak annesine artık bakmak istemeyen Ç, annesinin yaşaması için hayati öneme sahip ilaçları ona vermeme kararı alır. Bu kararını komşusu K ile paylaşır. Ç, birkaç gün sonra ağrıları artan annesinin feryatlarına dayanamayacak konuma geldiğini komşusu K’ye iletildiğinde K, bu feryatlardan etkilenmemesi için ona kulaklık verir. Bu durumda komşu K, “*kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesine*” maddi bir yardımda bulunmaktadır. Bu durumda, K’nın garantör konumunda olmamasına rağmen ihmali suça yardım eden sıfatıyla katılması, bağlılık kuralıyla da çelişmeyecektir¹²¹⁰.

Görünüşte ihmali suça yardım eden, garantör konumunda olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, bu suça yardım eden kişinin garantör konumunda olması halinde suç üzerinde fiil hâkimiyetini sağlamamış olmasıdır. Çünkü garantör konumunda olup aynı zamanda süreç üzerinde fiili hâkimiyet kuran kişi, ihmali suçun “*faili*” olacaktır. Hakeza doktrinde, “*bizzat işlenebilen suçlar (eigenhändiges Delikte)*” olarak ifade edilen suç tiplerinde¹²¹¹, yardımda bulunan garantörün suç üzerinde fiili hâkimiyet sağlamış olsa dahi fail olarak kabul edilemeyeceği savunulmaktadır¹²¹². Bu tip suçlarda özel faillik vasfını taşımayan kişinin suça verdiği katkının niteliği ne olursa olsun, fail olarak değil ancak “*şerik*” olarak sorumluluğu cihetine gidilmelidir¹²¹³.

4.3.5.4.2. Bir suça ihmali davranışla yardım etme

İşlenmekte olan bir suça ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olup olmadığı hususunda da doktrinde görüş birliği yoktur. Bizim katılmadığımız ve azınlıkta kalan yaklaşıma göre, bir suça ihmali davranışla yardım etmek mümkün değildir. Bu görüşü savunan **Welzel**’e göre: Suçun konusuna yönelik saldırıları bertaraf etme hukuki yükümlülüğü altında bulunan garantörün, işlenmekte olan icrai suçtan iştirak hükümlerine göre cezalandırılması mümkün değildir. Çünkü böyle bir durumda failin sorumluluğu, “*icrai davranışla işlenen suça ihmali davranışla yardım etmekten*

¹²⁰⁹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 288.

¹²¹⁰ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149.

¹²¹¹ Alman doktrinde bir görüş, ihmali suçları başlı başına “*bizzat işlenebilen suçlar (eigenhändiges Delikte)*” olarak nitelendirmektedir. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, s. 189.

¹²¹² Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 179.

¹²¹³ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 179. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 288.

ziyade”, önlemekle yükümlü olduğu ve önleme imkânı da olan neticeyi engellememesine dayanmaktadır¹²¹⁴. Dolayısıyla böyle bir ihtimalde garantör konumunda bulunup işlenmekte olan icrai suça ihmali davranışıyla katkı sunan kişi “yardım eden” olarak değil, “görünüşte ihmali suçun faili” olarak cezalandırılacaktır¹²¹⁵.

Günümüzde ise bu yaklaşım çok büyük ölçüde terkedilmiştir. Bizim de katıldığımız baskın görüş; işlenmekte olan icrai bir suça ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olduğu yönündedir¹²¹⁶. Alman CK 13. madde gerekçesinde de, ihmali davranışla bir suça yardım etmenin mümkün olduğu açıkça ifade edilmektedir¹²¹⁷. Bununla birlikte, ihmali davranışla yardımın mümkün olduğunu kabul eden baskın görüş, bu tip durumlarda ilgilinin hangi kıstaslara göre “icrai suça yardım eden” ya da “görünüşte ihmali suçun faili” olarak kabul edileceği hususunda ayrıışmaktadır.

İhmali suçlarda “faillik - şeriklik” ayrımının “garantörlüğün maddi kıstasına göre” yapılması gerektiğini savunan Alman doktrinindeki bir yaklaşıma göre; eğer fail “koruma garantörlüğü (Beschützergarant)” konumunda ise engellemediği netice bakımından artık “fail” olarak sorumlu tutulacaktır¹²¹⁸. Örneğin; yeni doğmuş çocuğunu aç bırakarak öldürme kararı alan anneye müdahale etmeyen baba, görünüşte ihmali suçun “failidir”¹²¹⁹. Bununla beraber eğer fail, “gözetim garantörü (Überwachungsgarant)” ise, işlenen icrai suçtan ancak “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulabilir. Örneğin; çocuğunun bir başkasına zarar vermesine kasten göz yuman baba, görünüşte ihmali suçtan fail olarak değil, çocuğun işlediği icrai suçtan “yardım eden” olarak sorumludur¹²²⁰. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu yaklaşıma katılmamaktayız. Kanaatimizce ihmali suçlarda faillik için kişinin mutlaka garantör konumunda olması gerekirken, garantörlüğün maddi kaynağının iştirak statüsünün belirlenmesinde dikkate alınması mümkün değildir¹²²¹.

¹²¹⁴ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Auflage, s. 222.

¹²¹⁵ Türk doktrininde de garantörlüğün kişiyi otomatikman fail yapacağına yönelik görüşler mevcuttur. Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 288.

¹²¹⁶ Jescheck ve Weigend, s. 639. Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, s. 6.

¹²¹⁷ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 292.

¹²¹⁸ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, s. 261.

¹²¹⁹ Akbulut, s.187.

¹²²⁰ Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, s. 259 v.d. Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 150 - 151. Akbulut, s.187.

¹²²¹ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, s. 459.

Kanaatimizce bu tip durumlarda, ihmali davranış failinin iştirak statüsü belirlenirken, tıpkı icrai fiillerde olduğu gibi, davranışın işlenen suça katkısına bakmak gerekir. Bu bağlamda, *“ihmali davranış, icrai suçun işlenişini kolaylaştırmakla kalıyor ve suç üzerinde fiili hâkimiyet kuracak düzeye varmıyorsa”* yardım etme söz konusudur. Eğer kişinin ihmali davranışı, fiil üzerinde hâkimiyet kuracak nitelik ve yoğunluğa varmış ise ilgililer arasında iştirak iradesinin bulunup bulunmadığına bakmak gerekir. Kişiler arasında ortak bir suç işleme kararı söz konusuysa, ihmali davranış sahibini icrai suçtan *“müşterek fail”* olarak; aralarında ortak suç işleme kararı söz konusu değilse, ihmali davranış sahibini görünüşte ihmali suçtan *“müstakil fail”* olarak sorumlu tutmak gerekir.

Kural olarak icrai bir suça ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olduğunu ve bu tip durumlarda ihmali davranışı gerçekleştiren kişinin iştirak statüsünü belirlerken, genel iştirak kurallarından ayrılmayı gerektirecek esaslı bir neden olmadığı kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu tip durumlarda, ihmali davranış failinin iştirak statüsünü belirlerken, kişiler arasında *“ortak suç işleme kararının olup olmadığı”* ve *“ihmali davranışın icrai suç bakımından sağladığı katkının yoğunluğuna yani süreç üzerinde fiili hâkimiyet oluşturup oluşturmadığına”* göre bir sonuca varmak gerekir. Söz konusu bu iki şarttan birincisi iştirak ilişkisinin *“manevi boyutunu”*, ikincisi ise *“maddi boyutunu”* ortaya koymaktadır.

Bu bağlamda, konuya ilişkin nihai görüşümüzü çeşitli ihtimaller üzerinden somutlaştırmaya çalışalım:

- Failler Arasında Ortak Suç İşleme Kararının Varlığı Halinde

Bu ihtimalde, kişiler arasında *“ortak suç işleme kararı”* vardır. Failler arasında var olan bu ortak suç işleme kararına istinaden, *“icrai olarak işlenen suça ihmali davranışla”* katkı sunulmaktadır. Böyle bir durumda ihmali davranışta bulunanın sorumluluk esasını belirlemek için, ihmali fiilin icrai suç üzerindeki etkisine bakılmalıdır. *“Eğer ihmali davranış gerçekleştirilmeseydi icrai suç işlenemezdi ya da işlenmesi oldukça zorlaşırdı”* denilebiliyorsa *“müşterek faillik”* söz konusudur. Buna karşılık, ihmali davranışın icrai suça sağladığı katkı bu şekilde *“olmazsa olmaz”* nitelikte değilse *“icrai suça yardım etmenin”* kabulü gerekir.

Buraya kadar yapmış olduğumuz değerlendirmeler icrai fiil temelindedir. Bu ihtimallerin her birisi bakımından, ayrıca *“görünüşte ihmali suç”* değerlendirmesi

yapmak da gerekir. İcrai suç bakımından “müşterek fail” olarak kabul edildiği her ihtimalde, ihmali davranış failinin aynı zamanda görünüşte ihmali suçun “doğrudan faili” olduğu gözden kaçırılmamalıdır¹²²². Ancak bu durumda garantör konumunda bulunan ihmali davranış sahibi, zaten icrai suçtan “müşterek fail” olarak sorumlu tutulacağından, söz konusu bu tespitin uygulamaya bir etkisi olmayacaktır. Bununla beraber, ihmali davranışın icrai suça katkısının “yardım etme” olarak nitelendirildiği hallerde, ihmali davranış sahibinin görünüşte ihmali suç bakımından “doğrudan fail” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini ayrıca tartışmak gerekir.

Bu noktada da, ihmali suç failinin ilgili süreç üzerinde hâkimiyetinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır. Eğer ihmali davranış faili; işlenmekte olan icrai suç üzerinde fiil hâkimiyete sahip, yani olayın gidişatına müdahale ederek suçun işlenmesini engelleyebilecek konumda ise, artık “görünüşte ihmali suçun doğrudan failidir”. Çünkü görünüşte ihmali suçun maddi unsurlarından biri de, failin ilgili neticeyi engellemeye yönelik maddi - fiziki imkânının bulunmasıdır. Sonuç olarak bu ihtimalde ihmali fiil, hem “icrai suça yardım etmeyi” hem de “garantösel ihmali suçun doğrudan failliği” sağlamaktadır. Dolayısıyla “failliğin şerikliğe asliliği prensibince” artık görünüşte ihmali suçtan sorumluluk yoluna gidilecektir. Buna karşılık icrai suça katkı sağlayan ihmali davranış faili, sürece doğrudan müdahale edebilecek konumda değilse artık görünüşte ihmali suçun doğrudan faili olarak nitelendirilemeyecektir. Dolayısıyla ancak “icrai suça yardım eden” sıfatıyla sorumluluk gündeme gelecektir.

- Failler Arasında Ortak Suç İşleme Kararının Olmaması Halinde

İcrai suç fail ya da failleri, işledikleri suça ihmali davranışla bir katkı sağlandığını bilmiyorlar ancak böyle bir katkı objektif olarak sağlanıyorsa, bu katkının niteliği ne olursa olsun “müşterek faillikten” bahsetmek mümkün değildir. Çünkü müşterek failliğin kurucu unsurlarından bir tanesi “ortak suç işleme kararı”dır. Dolayısıyla bu ihtimalde, ihmali katkı ancak işlenmekte olan icrai suça “yardım etme” olarak değerlendirilebilir. Çünkü yardım etme bakımından suç failinin bu yardımın bilincinde olması gerekmez¹²²³.

¹²²² Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, s. 7.

¹²²³ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 577.

Failler arasında ortak suç işleme kararının olmadığı durumlarda da, ihmali davranış sahibinin süreç üzerindeki fiil hâkimiyetine bakarak bir sonuca varmak gerekir. Eğer ihmali davranış sahibi, yani garantör, ilgili sürece doğrudan müdahale edip suçu engelleyebilecek konumda ise icrai suça şerik olmanın yanında “*görünüşte ihmali suçun doğrudan faili*” de olacaktır. Dolayısıyla bu ihtimalde de, “*failliğin şerikliğe asliliği prensibince*” kişi “*icrai suça yardım eden*” olarak değil, “*görünüşte ihmali suçtan doğrudan fail*” olarak sorumlu tutulacaktır¹²²⁴. Eğer garantör ilgili süreci engelleyebilecek konumda değil ise görünüşte ihmali suçun doğrudan faili olamaz. Ancak işlenmekte olan “*icrai suça yardım eden*” olarak sorumlu tutulması mümkündür.

Bu tip durumlarda, garantör konumundaki fail, her ne kadar sürece müdahale edebilecek durumda değilse de, icrai fiili gerçekleştiren kişiyi bir vasıta konumuna indirgemiş ise “*dolaylı fail*” olarak da sorumlu tutulabilir. Bu durum özellikle taksirli icrai fiillerde, failin hatasından faydalanmak suretiyle gündeme gelebilir. Örneğin; A’nın evlilik dışı ilişkisinden dünyaya gelen Ç’nin penisiline ileri derecede alerjisi vardır. Evlilik dışı dünyaya gelmesi nedeniyle çocuğundan bir şekilde kurtulmayı planlayan A, iş seyahati için şehir dışına gittiğinde çocuğunun hastaneye kaldırıldığını öğrenir. Telefonda bilgi aldığı hekimin çocuğa penisilin tedavisi uygulayacaklarını söylemesine rağmen “*çocuktan kurtulurum düşüncesinde*” olan A, hekimi bu konuda uyarmaz. Böyle bir durumda, A’nın tedavi süreci üzerinde fiili hâkimiyeti olmadığından ihmali suretle kasten öldürmeden “*doğrudan fail*” olarak değil, ancak “*dolaylı fail*” olarak sorumlu tutulması mümkündür. Hakeza somut olayda A teminat yükümlüsü olduğundan, görünüşte ihmali suçun dolaylı faili olması mümkündür.

Bir diğer örnekte ise; bankada güvenlik görevlisi olarak çalışan G, ciddi miktarda kazancı olmasına rağmen kendilerine çok az maaş verdiği gerekçesiyle bankaya kin beslemektedir. G, çalıştığı banka şubesinin gece vakti soyulacağını haricen öğrenmiştir. Bankanın zarara uğraması ve hırsızlığın daha kolay işlenmesi amacıyla G, hastalık bahanesiyle suç günü işe gitmemiştir. Bu olayda G, “*garantör*” konumundadır. Ancak hırsızlığı gerçekleştiren faillerle G arasında “*ortak suç işleme kararı*” söz konusu değildir. G’nin hırsızlık suçundan ihmali davranışı nedeniyle “*doğrudan fail*” olarak sorumlu tutulması da mümkün değildir. Çünkü suç işlendiği

¹²²⁴ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 567.

sırada G olay mahallinde değildir ve süreç üzerinde hâkimiyet kuramamıştır. Dolayısıyla bu olayda G, ancak işlenen icrai suça “yardım eden” sıfatıyla sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte aynı olayda G, görev mahalline gitmesine rağmen hırsızlara müdahale etmezse “ihmali suçun doğrudan faili olarak sorumluluğu” gündeme gelecektir.

Bu yaklaşımımız, özellikle genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemenin olmadığı TCK gibi kanunlar bakımından ortaya çıkabilecek boşlukları doldurmada önemli bir fonksiyon görecektir. Şöyle ki; yukarıdaki örnek olayda, banka görevlisi G’nin hırsızlık suçuna ihmali davranışla fail olarak iştirak ettiği kabul edildiğinde, TCK’da hırsızlık suçunun ihmali davranışla işlenmesi müstakil bir suç olarak düzenlenmediğinden görevli cezalandırılmayacaktır. Ancak konuya ilişkin bu temel yaklaşımımız kabul edildiği takdirde G, icrai olarak işlenen hırsızlık suçuna (ihmali davranışla) “yardım eden” olarak cezalandırılacaktır. Çünkü burada G ihmali davranışla işlenen hırsızlık suçundan değil, icrai davranışla işlenen hırsızlık suçundan cezalandırılmaktadır.

Altını önemle çizmek gerekir ki, buraya kadar bahsettiğimiz ihtimallerde de ihmali davranışta bulunan şahıs “garantör” konumunda olmalıdır¹²²⁵. Garantör olmayan üçüncü kişilerin, yani garantör konumunda olmayanların icrai fiilin işlendiği esnada olay yerinde bulunmaları ve hareketsiz kalmaları halinde, failin kararını pekiştirdikleri gerekçesiyle “yardım eden” olarak sorumlu tutulmaları mümkün değildir¹²²⁶. Bu tip durumlarda, kişilerin hareketsiz kalmaları kanunda müstakil bir suç olarak düzenlenmiş ise garantör konumunda olmayan failer ancak bu “gerçek ihmali suç” nedeniyle sorumlu tutulabilirler.

Konuya ilişkin olarak bağlı hareketli suçlar bakımından da ayrı bir değerlendirme yapılmaktadır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak ifade ettiğimiz üzere, bağlı hareketli suçlarda faillik için garantörlükle birlikte “eşdeğerlik kaydı” da aranmaktadır. Bir başka ifadeyle bağlı hareketli suçlarda, garantörün gerçekleştirdiği ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması özel bir öneme sahiptir. Garantörlük ve eşdeğerlik kaydından herhangi birinin eksik olması durumunda kişi bağlı hareketli

¹²²⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 292.

¹²²⁶ Muhammed Demirel, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, 2017: 5(2), s. 145.

suçun “*faili*” olarak nitelendirilemez. Bağlı hareketli suçlarda, kişi garantör olmasına rağmen ihmali davranışı icraya eşdeğer değilse ancak işlenmekte olan icrai suça yardım etmeden sorumluluk gündeme gelebilir¹²²⁷. Ancak biz, ihmali suçlarda eşdeğerlik kaydının kusurluluk kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini düşündüğümüzden, bu yaklaşıma biraz mesafeli duruyoruz.

Sonuç olarak biz; icrai olarak işlenmekte olan bir suça ihmali davranışla yardım etmenin mümkün olduğunu kabul etmekteyiz. Ancak bu tip durumlarda, kişiler arasında ortak suç işleme kararının olup olmadığına ve ihmali davranışın icrai suça katkısına bakılarak bir değerlendirme yapmak gerekir¹²²⁸. Bu değerlendirme sonucunda ihmali davranış sahibinin, icrai suçtan “*müşterek fail*” olarak mı, “*yardım eden*” olarak mı, yoksa ihmali suçtan “*müstakil fail*” olarak mı sorumlu olacağı tespit edilmelidir. Bu katkının “*yardım etme*” olarak nitelendirildiği her ihtimalde ise, ihmali davranışın “*görünüşte ihmali suçun doğrudan failliği*” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ayrıca bakmak gerekir. İhmali davranış sahibinin “*görünüşte ihmali suçun faili*” olarak kabul edildiği durumlarda, bu kişinin “*icrai suça yardım eden*” olarak iştirak ettiği de ortadadır. Ancak burada “*failliğin şerikliğe asliliği prensibince*”, görünüşte ihmali suça öncelik tanınacak ve garantör konumundaki kişi işlenen icrai suça “*yardım eden*” olarak değil, ihmali suçtan “*müstakil fail*” olarak sorumlu olacaktır.

4.4. İçtima

Türk ceza hukukunda içtimaya ilişkin genel kural; “*kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç tane suç varsa o kadar ceza vardır*” şeklindedir¹²²⁹. “*Gerçek içtima*” olarak ifade edilen bu yaklaşım¹²³⁰, TCK’da suçların içtimasında genel kural olarak benimsemiştir¹²³¹. Bununla beraber, bu genel kuralın bazı istisnaları söz konusudur. Bunlar; “*bileşik suç*”, “*zincirleme suç*” ve “*fikri içtima*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹²²⁷ Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, s. 158 - 159.

¹²²⁸ Demirel, s. 132.

¹²²⁹ Koca ve Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 508.

¹²³⁰ Özgenç, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 610.

¹²³¹ TBMM Adalet Komisyonu TCK Tasarısına ilişkin 03.08.2004 tarih, 1/593 Esas ve 60 Karar sayılı Raporu, TBMM, Dönem 22, Yasam Yılı:2, Sıra: 664, s. 229.

Çalışmamızın konusunu oluşturmaması nedeniyle içtima konusunun ayrıntılarına ve sair teorik tartışmalara girmeyeceğiz. Bununla beraber, ihmali suçlar bakımından farklılık arz eden ve ön plana çıkan bazı özel durumlara değinmekle yetineceğiz. Bu özel durumların ayrıntılarına girmeden önce şunu ifade edelim ki, ihmali suçlarda içtima konusunda da kural olarak icrai suçlarda benimsenen yöntemden ayrılmaya gerek olmadığı kanaatindeyiz. Ancak kabul etmek gerekir ki; ihmali fiilin tekliği/çokluğu konusunda yapılacak tespit, icrai davranışa nazaran çok daha karmaşıktır.

4.4.1. İhmali Fiilin Tekliği - Çokluğu Meselesi

Aslında icrai fiiller bakımından da pek kolay olmayan ve içtima meselesinin temelini oluşturan fiil sayısının tespiti, ihmali suçlar bakımından daha da karmaşık bir hal almaktadır. İhmali davranış sayısının tespiti noktasında hangi kıstaslara başvurulacağı oldukça tartışmalıdır. Özellikle, ihmali normatif bir değerlendirme ile tespit eden yaklaşımlarda bu durum daha da karmaşık görünmektedir¹²³². Ancak biz, ihmali davranışın da ontik bir temeli olduğunu kabul ettiğimizden, fiil sayısının tekliği/çokluğu noktasında, icrai suçlardakine benzer bir yöntem izlenmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla, ihmali davranış sayısı belirlenirken, failin (hukuken yükümlü olup) her birini ayrı ayrı yapma imkânı olan fiil sayısı dikkate alınmalıdır¹²³³. Genel kural bu olmakla birlikte, somut olayın özelliği bakımından doğal anlamda birden fazla olan fiil sayısının hukuki anlamda tek olarak kabul edilmesi söz konusu olabilir.

Doktrinde, garantörün birden fazla tipik neticeyi engelleme yükümlülüğü olduğu hallerde; tüm bu neticeleri tek bir davranışıyla engellemesi mümkünse tek bir ihmali davranışın, buna karşılık, ilgili neticeleri hepsini engellemesinin ancak ayrı ayrı fiillerle mümkün olduğu hallerde ise birden fazla ihmali davranışın olduğu kabul edilmektedir¹²³⁴. Örneğin, yanmakta olan evde bulunan iki çocuğunu aşağıya atarak kurtarma imkânı olan babanın bunu yapmaması durumunda iki ayrı ihmali fiilinin

¹²³² İhmali davranışlar bakımından fiilin ayniyeti farazi olup, fiil bakımından ancak farazi bir ayniyetten söz edilebilir. Göktürk, Fikri İçtima, s. 216.

¹²³³ Göktürk, Fikri İçtima, s. 217.

¹²³⁴ Jescheck ve Weigend, s. 714. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 302. Göktürk, Fikri İçtima, s. 218.

olduğu, çünkü yapması gereken iki farklı davranış olduğu ifade edilmektedir¹²³⁵. Diğer taraftan, piyasaya sürüldükten sonra sağlığa zararlı olduğu anlaşılan bir deri spreynin piyasadan geri çekilmemesi durumunda BGH, tek bir davranışın olduğunu kabul etmiştir¹²³⁶. BGH'ya göre; bu tip olaylarda fiil sayısının belirlenmesi bakımından önemli olan, neticenin engellenmesi için yapılması gereken icrai davranış sayısıdır¹²³⁷. Şayet neticenin engellenmesi için yapılması gereken icrai hareket tek ise olayda tek fiilin bulunduğu kabulü gerekir. Örnek olayda, deri spreynin piyasadan çekilmesi için yapılması gereken icrai hareket ise tektir¹²³⁸.

Konuya ilişkin yaklaşımımızı somut olaylar üzerinden biraz daha açacak olursak: Örneğin; acil serviste görevli hekim, servise başvuran iki hastayı da ayrı ayrı tedavi edebilecek zamana ve imkâna sahip olmasına rağmen her iki hastayı da tedavi etmemişse, olayda iki ayrı ihmali davranışın valığını kabul etmek ve hekimi gerçek içtima hükümlerine göre iki ayrı suçtan cezalandırmak gerekir.

Aynı yaklaşım saf ihmali suçlar bakımından da geçerlidir. Bir trafik kazasındaki tüm yaralıları ayrı yarı yardım etme imkânı ve zamanı olmasına rağmen gerekli yardımı veya bildirim yapmayan (garantör olmayan) kimse, mağdur sayısınca suçtan sorumlu olacaktır¹²³⁹. Benzer şekilde, birden fazla suçu ayrı ayrı bildirme imkânı olmasına rağmen bildirmeyen fail, bildirmediği suç adedince sorumlu olacaktır.

Bu tip durumlarda her ne kadar doğal anlamda birden fazla ihmali davranış bulunsa da hukuki anlamda tek bir ihmali davranışın bulunduğu gerekçesiyle aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması düşünülebilir. Örneğin, kendisini bekleyen birden fazla hasta olduğunu bilmesine rağmen onları tedavi etmemek için görevine gitmeyen ya da görev yerinden ayrılan hekim bakımından, her ne kadar doğal anlamda birden fazla ihmali davranış söz konusu olsa da hukuki anlamda tek bir ihmali fiilin varlığı kabul edilebilir. Dolayısıyla, bu tip olaylarda fail bakımından aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması kanaatimizce mümkündür. Elbette ki bu hallerde, ilgili suç tipi bakımından aynı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanmasının mümkün olup olmadığını da tartışmak gerekir. Örneğin TCK m. 43/3'teki gibi, içtima hükümlerinin

¹²³⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 302.

¹²³⁶ BGHSt 37, 134 - 135.

¹²³⁷ Göktürk, Fikri İçtima, s. 218, dn. 704.

¹²³⁸ Göktürk, Fikri İçtima, s. 218, dn. 704.

¹²³⁹ Göktürk, Fikri İçtima, s. 217.

uygulanmasında istisnai suç tiplerinin olduğu bir sistemde, mecburen gerçek içtimaya göre cezalandırma yoluna gidilecektir.

Doktrinde icra ile ihmalin eş zamanlı olarak gerçekleşmesi hususları da içtima tartışmaları içerisinde ele alınmaktadır. Özellikle taksirli suçlar bakımından gündeme gelebilecek bu ihtimalde, ihmalin haksızlık içeriğinin icradan daha az olduğu gerekçesiyle geri çekileceği ve yalnızca icrai fiilden sorumluluk doğacağı savunulmaktadır¹²⁴⁰. Bu duruma örnek olarak, hekimin hastaları karıştırarak yanlış hastaya ağrı kesici iğne yapması veya hastaya doğru ilaç yerine yanlış ilacı vermesi gösterilmektedir¹²⁴¹. Kanaatimizce, bu olayların her biri bakımından aynı değerlendirmeyi yapmak doğru değildir. Özellikle mağdur sayısının fazla olduğu veya suçun konusunun farklılaştığı durumlarda, ihmali davranıştan sorumluluğa gidilmemesinin gerekçesinin ne olduğu izaha muhtaçtır. Dolayısıyla hastaları karıştırarak ağrı kesici iğneyi yanlış kişiye yapan hekim ya da hemşire olayında, faillerin, biri icrai biri ihmali davranışla işlenmiş iki farklı “*taksirle yaralama*” suçundan gerçek içtima hükümlerince cezalandırılması gerektiği kanaatindeyiz.

Hakeza somut olayın özelliklerine göre ihmali fiiller bakımından “*zincirleme suç*” hükümlerinin uygulanması da mümkün olabilir. Örneğin, acı çekmesi için üvey çocuğunu zaman zaman aç bırakan fail bakımından “*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesinin*” zincirleme şeklinde işlendiği gündeme gelebilir. Benzer şekilde, bir kasiyerin peyderpey para çaldığını fark etmesine rağmen onu denetlemekle görevli amirin, aynı suç işleme kararının icrası kapsamında her defasında olaya göz yumması da zincirleme suç hükümlerinin uygulanmasını gerektirebilir.

Bu noktada, TCK’nın zincirleme suç ile fikri içtima kurallarını düzenleyen 43. ve 44. maddelerinin, teşebbüs hükümlerinin aksine, hem icrai hem de ihmali fiiller bakımından uygulanabileceği kanaatindeyiz. İlgili hükümler incelendiğinde, söz konusu düzenlemelerde icrai fiile ilişkin doğrudan bir atfın olmadığı ve dolayısıyla bu hükümlerin ihmali fiiller bakımından da uygulanabileceğinin kabulü gerekir.

¹²⁴⁰ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 304.

¹²⁴¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 304 - 305.

4.4.2. Saf ve Görünüşte İhmali Suçlar Arasında İçtima

Somut olayda, hem görünüşte ihmali suçun hem de saf ihmali suçun birlikte gerçekleşmesi teorik olarak mümkündür. Hatta şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, görünüşte ihmali suçun söz konusu olduğu hemen her olayda ayrıca bir saf ihmali suçun tipikliğinin gerçekleşme ihtimali de oldukça yüksektir. Örneğin; ihmali suretle kasten yaralama veya öldürme suçunun gerçekleştiği bir olayda, çoğu zaman “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi”, “suçu bildirmeme” gibi saf ihmali suçların da unsurları gerçekleşmektedir.

Bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, bu tip durumlarda failin sorumluluğuna görünüşte ihmali suçtan gidileceği yönündedir¹²⁴². Hakeza, TCK m. 98/1 bağlamında “yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi” suçunun failinin sağlık çalışanlarının olamayacağı, çünkü sağlık çalışanlarının bu tip durumlarda “garantör” konumunda oldukları ve dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun TCK m. 83 ya da 88 uyarınca olacağı ifade edilmektedir¹²⁴³. Bir başka ifadeyle, bu yaklaşıma göre; garantör konumunda olan bir kimsenin artık saf ihmali suç tipine göre cezalandırılması mümkün değildir. Bu tip durumlarda saf ihmali suç geriye çekilecek ve görünüşte ihmali suçtan sorumluluk gündeme gelecektir.

Bu yaklaşımın isabetli olmadığını savunanlar da vardır. Bu karşıt yaklaşıma göre; her ne kadar olayda bir görünüşte ihmali suç gerçekleşmiş olsa da saf ihmali suçun koruduğu hukuki değer ihlali hala söz konusu olabilir. Örneğin, bir sağlık çalışanının hastaya müdahale etmeyerek “ihmali davranışla yaralama veya öldürme suçunu” işlediği durumlarda ayrıca “yardım etmememe” suçunun koruduğu hukuki menfaatin ihlali gündeme gelebilir¹²⁴⁴. Dolayısıyla bu tip durumlarda; saf ihmali suç normuna ilişkin ihlal, mahkûmiyet hükmünde açık bir şekilde tespit edildikten sonra, kural olarak fikri içtima hükümleri uygulanarak faile en ağır cezayı gerektiren suçtan ceza verilmelidir¹²⁴⁵.

İki ihmali suç türünün birlikte gerçekleştiği olaylarda, saf ihmali suçun geriye çekilerek failin görünüşte ihmali suçtan cezalandırılmasına yönelik baskın görüş, bu

¹²⁴² Göktürk, Fikri İçtima, s. 220.

¹²⁴³ R. Murat Önok, “TCK’da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar”, *İKÜHFD*, c. 11, sa. 1, y. 2012, s. 53.

¹²⁴⁴ Mehmet Arslan, “Sağlık Çalışanlarının Maruz Kaldığı Şiddete Karşı Ceza Hukuku Tedbirleri - Almanya ve Türkiye Arasında Bir Karşılaştırma”, *TBB Dergisi*, sa. 145, y. 2019, s. 187, dn. 102.

¹²⁴⁵ Arslan, s. 187, dn. 102.

tespitin gerekçesini açıklarken farklı yaklaşımlar ortaya koymaktadır. İlk olarak, saf ihmali suçun yardımcı norm olduğu ve dolayısıyla “yardımcı normun sonralığı ilkesi” gereğince failin yalnızca asli norm olan görünüşte ihmali suçtan sorumlu olacağı ifade edilmektedir¹²⁴⁶. Böyle bir ihtimalde aslında görünüşte içtima söz konusu olduğundan, bu durum saf ihmali suç ile görünüşte ihmali suç arasında fikri içtima hükümlerinin uygulanmasına engel teşkil eder¹²⁴⁷. Örneğin; yaralı kişi bakımından garantör konumunda olan bir kimse, yaralının ölmesi kastıyla yardımda bulunmazsa “ihmali suretle kasten öldürme” ve “yardım etmeme” suçları arasında fikri içtima hükümleri uygulanamaz¹²⁴⁸. Çünkü görünüşte ihmali suçun ihtiva ettiği haksızlık muhtevası, saf ihmali suça nazaran daha yoğun olup, saf ihmali suça ilişkin normun geri çekilmesi gerekir¹²⁴⁹.

Yine bu tip durumlarda, “genel norm - özel norm ilişkisi bağlamında” bir sonuca varılması da düşünülebilir. Ancak burada önem arz eden husus şudur: Görünüşte ihmali suçlarda, saf ihmali suçlardan farklı olarak, hem garantörlük hem de tipik netice aranmaktadır. Dolayısıyla görünüşte ihmali suça ilişkin düzenleme özel norm, saf ihmali suça ilişkin düzenleme ise genel norm niteliğindedir. Bu gerekçeyle söz konusu durumlarda “özel normun genel norma önceliği ilkesince” fail sadece görünüşte ihmali suçtan cezalandırılmalıdır.

Kanaatimizce de, görünüşte ihmali suçun unsurlarının tam olduğu durumlarda failin artık aynı konuya ilişkin saf ihmali suçtan sorumluluğuna gidilmemesi gerekir. Bununla birlikte, çeşitli gerekçelerle görünüşte ihmali suçtan dolayı failin sorumluluğuna gidilemediği durumlarda, saf ihmali suçun oluşup oluşmadığı ayrıca irdelenmelidir. Eğer saf ihmali suçun unsurlarının somut olay bakımından oluştuğuna kanaat getirilirse, çeşitli gerekçelerle görünüşte ihmali suçtan cezalandırılmayan failin, saf ihmali suçtan sorumluluğu cihetine gidilmesinde bir engel yoktur.

4.4.3. Bağlantılı İcrai - İhmali Fiiller Bakımından İçtima Tartışmaları

İhmali suçlarda içtima konusuna ilişkin tartışılması gereken önemli hususlardan bir diğeri de, bağlantılı icrai ve ihmali fiillerdir. Ancak bu konuda sağlıklı bir sonuca

¹²⁴⁶ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 301.

¹²⁴⁷ Göktürk, Fikri İçtima, s. 220.

¹²⁴⁸ Göktürk, Fikri İçtima, s. 220.

¹²⁴⁹ Göktürk, Fikri İçtima, s. 220.

varabilmek için ortaya çıkabilecek farklı ihtimalleri ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutmak gerekir.

4.4.3.1. İcrai fiili kasten gerçekleştiren failin neticeyi engellememesi

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken ilk husus; icrai bir davranışta bulunan failin, bu davranışının muhtemel neticelerini engellemeye yönelik olarak harekete geçmemesi halinde ne şekilde hareket edileceğidir. Örneğin; öldürme kastıyla mağdura ateş eden fail, mağdur yaralandıktan sonra kurtarmaya yönelik olarak harekete geçmezse ihmali davranışından ayrıca sorumlu olacak mıdır?

Kanaatimizce, bu tip durumlarda failin ihmali davranışından dolayı sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir¹²⁵⁰. Aksinin kabulü, hem genel mantık kurallarıyla hem de ceza hukukunun temel felsefesiyle bağdaşmaz. Çünkü bu tip durumlarda failin cezalandırılma nedeni, kasıtlı olarak bir neticeyi gerçekleştirmek için icra ettiği fiildir. Dolayısıyla, belirli bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik icrai fiilinden sorumlu tutulan faili, ayrıca “*bu neticeyi neden engellemediği*” gerekçesiyle de sorumlu tutmak, her şeyden önce temel mantık kurallarıyla bağdaşmayacaktır. Böyle bir durumda failin ihmali sorumluluğunun da olduğu kabulü, icrai fiilin haksızlık içeriği boşaltacaktır. Kaldı ki böyle bir durumda, icrai ve ihmali suç tiplerinin konusu ve koruduğu hukuki değer de çoğu zaman aynıdır. Dolayısıyla, bir failin aynı zaman diliminde, aynı konuyla bağlantılı olarak aynı hukuki değeri hem icrai hem de ihmali davranışla ayrı ayrı ihlal ettiğini söylemek olanaklı değildir. Doktrinde bu tip durumlarda, ihmali davranışın “*cezalandırılmayan sonraki davranışlar*” kapsamında mütalaa edileceği de savunulmaktadır¹²⁵¹. Sonuç olarak; kasten işlediği icrai davranışıyla tipik neticeyi amaçlayan fail, bu icrai davranışın neticelerini engellemediği gerekçesiyle, ayrıca ihmali davranışından sorumlu tutulamaz. Hatta bu tip durumlarda, yukarıda da vurguladığımız üzere, icrai suçun faili yalnız görünüşte ihmali suçtan değil, saf ihmali suçtan da sorumlu tutulamaz¹²⁵².

Kasten icrai bir davranışta bulunan failin, bu fiilinin neticesini engellemeye yönelik harekete geçmesi, ancak gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması bakımından bir

¹²⁵⁰ Göktürk, Fikri İctima, s. 221.

¹²⁵¹ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 305.

¹²⁵² Göktürk, Fikri İctima, s. 221.

değer taşıyabilir¹²⁵³. Dolayısıyla, kasten gerçekleştirdiği davranışın neticesini engelleyen failin bu davranışı, onu sadece teşebbüs sorumluluğundan kurtarabilir. Bunun ötesinde, kasten gerçekleştirdiği fiille istediği neticeyi “neden engellemediği” gerekçesiyle faile ayrı bir ihmali sorumluluk yüklenemez.

Sonuç olarak, bu tip durumlarda, aynı konu ve aynı hukuki değere yönelen icrai davranışın sonuçlarının engellenmemesi nedeniyle faile bir sorumluluk yüklenemez. Bu çözüm, hem temel mantık kurallarıyla hem de ceza hukukunun genel prensipleriyle¹²⁵⁴ daha uyumludur. Dolayısıyla bu tip durumlarda, içtima kurallarının dahi uygulanmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz¹²⁵⁵.

4.4.3.2. Kasten ihmali davranışa başladıktan sonra aynı neticenin icrai davranışla gerçekleştirilmesi

Garantör konumundaki fail; belirli bir neticeyi gerçekleştirme kastıyla ihmali davranışa başladıktan sonra, süreci hızlandırmak amacıyla neticeyi icrai davranışla gerçekleştirmiş olabilir. Örneğin; yeni doğmuş bebeğini öldürme kastıyla aç bırakan anne, birkaç gün çocuğu beslemez. Aç kalan çocuğun ağlamasına daha fazla katlanamayan anne, üçüncü günün sonunda çocuğunu boğarak öldürür. Böyle bir durumda annenin ihmali davranışı nedeniyle ayrıca bir sorumluluğu gündeme gelecek midir?

Kanaatimizce bu tip durumlarda ihmali ve icrai davranış doğal anlamda, yani varlık âleminde birbirinden farklı tezahür etmektedir. Eğer ihmali suç bakımından teşebbüs hükümlerinin uygulanacağı bir evreye geçilmiş ise, failin teşebbüs aşamasında kalmış ihmali suretle kasten öldürme ve tamamlanmış icrai davranışla kasten öldürme suçlarının her ikisi bakımından da sorumluluğu gündeme gelmelidir. Fakat böyle bir durumda da, özellikle iki davranış arasındaki zaman ve mekân birliği gibi özellikler dikkate alınmalıdır. Suçun konusu ve suçla korunan hukuki değer de aynı olduğu

¹²⁵³ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 305 - 306.

¹²⁵⁴ Bu durumun ceza hukuku bakımından gerekçesi ise, “bir hukuki değer ihlalinin aynı faile ancak bir kere yüklenebilecek olması” olmasıdır. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 305.

¹²⁵⁵ “Bu nedenle, böyle bir durumda tek fiil ile hem yardım yükümlülüğünün yerine getirilmediği hem de bu suretle bir kimsenin ölümüne sebebiyet verildiği gerekçesi ile yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi (TCK m. 98, f. 1) ve ihmali davranışla kasten öldürme suçu (TCK m. 83) arasında ne fıkri içtima ne de görünüşte içtima kurallarının uygulanması mümkün değildir”. Göktürk, Fikri İçtima, s. 221 - 222.

durumlarda, failin hem ihmali hem de icrai kastının aynı amaca matuf olduğu da göz önüne alınarak, yalnızca icrai suçtan sorumluluğuna gidilmesi makul bir çözüm yöntemi olacaktır. Bu sonuç doktrinde, “*icranın olduğu yerde ihmalin geri plana çekileceği*”, “*ihmalin icranın içerisinde eriyeceği*”¹²⁵⁶, “*icrai suç tipinin asli norm - ihmalin ise tali norm olduğu ve dolayısıyla asli norm - tali norm ilişkisi*” veya “*fikri içtima kuralları*” gibi farklı gerekçelerle de açıklanmaktadır. Hatta bu tip olaylarda icrai ve ihmali fiillerin doğal anlamda birbirinden farklı iki davranış olmasına rağmen “*hukuki anlamda tek fiil*” olarak kabul edilmesi de mümkündür.

Doktrinde azınlıkta kalan ve bu tip durumlarda failin sadece görünüşte ihmali suçtan sorumlu tutulması gerektiği yönündeki görüşleri ise isabetli bulmuyoruz¹²⁵⁷. Böyle bir kabul, her şeyden önce maddi gerçeklikle bağdaşmayacaktır. Çünkü bu tip olaylarda, ölüm neticesi ihmali davranışla değil icrai bir davranışla gerçekleştirilmiştir. Dolayısıyla ihmali davranışla öldürme suçunun ancak “*teşebbüs*” aşamasında kaldığından bahsedilebilir. Kaldı ki, teşebbüs başlığı altında da değindiğimiz üzere, ilgili olay bakımından garantörün teşebbüs sorumluluğu daha doğmamış bile olabilir. Sonuç olarak, böyle bir durumda, failin yalnızca ihmali davranışından sorumlu tutulması yönündeki yaklaşımı isabetli bulmamaktayız.

Buraya kadar incelediğimiz her iki ihtimalde de hem icrai hem de ihmali davranışın; kasten, aynı konu üzerinde, aynı hukuki değeri ihlal etmeye yönelik olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bir başka ifadeyle, buraya kadar savunduğumuz çözüm şekli, aynı konuya yönelik (ihmali kast + icrai kast) kombinasyonu bakımından geçerlidir. Bu çözüm yöntemi, aynı konuya yönelik taksir + taksir kombinasyonu bakımından da uygulanabilir. Örneğin; küçük bebeğinin vücudunun susuz kaldığını öngeremeyen anne, çocuk su kaybı nedeniyle ağlamaya başlayınca susması için yanlış ilaç vermiş ve bu ilacın etkisiyle çocuk hayatını kaybetmiş ya da yaralanmıştır.

Özetle şunu ifade edebiliriz ki; aynı manevi unsurla hareket edilerek, aynı konu ve hukuki değere yönelik ihlallerde, özellikle zaman ve mekân birliğinin de mevcut olması kaydıyla faillerin ihmali değil icrai sorumluluğuna gidilmelidir.

¹²⁵⁶ Doktrinde bu durum, “*kasti bir hareketi kasti bir ihmalin zaman ve mekânsal olarak takip etmesi halinde, icra ihmali tüketir*” şeklinde ifade edilmektedir. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 308.

¹²⁵⁷ Bkz. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 307.

4.4.3.3. Farklı manevi unsurla ya da farklı konu üzerinde gerçekleşen fiiller

Yukarıda incelediğimiz iki ihtimalden ayrı olarak, icra ve ihmalin manevi unsurunun birbirinden farklı olduğu ya da manevi unsurun aynı olmasına rağmen fiillerin yöneldiği konu ya da hukuki değer birbirinden farklı olduğu durumlarda içtima konusunda nasıl hareket edileceğini de tartışmak gerekir. Örneğin; salt olarak görevini ihmal kastıyla hareket eden bir polis memuru, kendisine yapılan hırsızlık ihbarına rağmen (olayı basit bir hırsızlık olarak düşündüğü için) harekete geçmemiştir. Ancak ilk başta hırsızlık olarak başlayan suç şekil değiştirmiş ve hırsız ev sahibini öldürme tehdidiyle rehin almıştır. Aynı polis memuru bu yeni durumu öğrenmesine rağmen hareketsiz kalmaya devam etmiş ise artık iki farklı suç tipinin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu tip durumlarda, gerçek içtima ya da farklı neviden fikri içtima hükümlerinin uygulanması ise mümkündür. Çünkü böyle bir olayda, suç tipiyle birlikte suçun konusu da değişmekte ve failin her iki konu bakımından da ayrı kastı ortaya çıkmaktadır.

Yaralama kastıyla hareket eden failin gerçekleştirdiği fiilin ölümle sonuçlanması durumunda ne şekilde hareket edileceği de tartışılmalıdır. Böyle bir durumda, öncelikle failin netice bakımından manevi unsurunun ne olduğuna göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Özellikle failin yaralama kastıyla hareket edip, ölüm neticesi bakımından taksirinin olduğu hallerde problem ortaya çıkabilir. Şöyle ki, fail mağduru yaralamış ve akabinde olay yerinden ayrılmışsa, artık icrai fiilin neticesi sebebiyle ağırlaşan halinden cezalandırılması gerekir. Bununla birlikte fail; icrai fiilini yaralama kastıyla gerçekleştirmesine rağmen olay yerinden hemen ayrılmamış ve mağdurun kan kaybından öleceğini öngörmesine rağmen ona yardım etmemişse, artık ihmali davranışla kasten öldürme suçundan sorumluluğu gündeme gelecektir.

Yukarıda savunduğumuz çözüm önerilerinden farklı olarak, burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: Burada failin icrai davranışı kasten yaralamaya yönelik olduğu halde ihmali davranışı öldürmeye yöneliktir. Dolayısıyla icrai ve ihmali davranış aynı değil farklı hukuki değer ihlaline yönelmiştir. Ancak fail, icrai davranışla gerçekleştirdiği yaralama nedeniyle artık “garantör” konumundadır. Dolayısıyla bu durumda kasten yaralama suçu, kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesinin bir unsurunu yani garantörlüğü oluşturduğundan, fail sadece kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu tutulmalıdır.

Aksinin kabulü ceza adaleti bakımından kabul edilemez sonuçlara yol açacaktır. Şöyle ki, mağduru taksirle yaralamasına rağmen ona yardım etmeyerek ölmesine neden olan kişi TCK m. 83 uyarınca 15 - 20 yıl arasında bir ceza alacakken; kişiyi kasten yaraladıktan sonra mağdurun ölebileceğini görmesine rağmen ona yardım etmeyen fail TCK m. 87/4 uyarınca 8 - 12 yıl arasında bir hapis cezasıyla karşılaşacaktır. Böyle bir kabulün de ceza adaletiyle bağdaşmayacağı ortadadır.

Yine bu tip durumlarda, failin gerçekleştirdiği icrai ve ihmali davranışlar arasında zaman ve mekân birlikteliği göz önüne alınarak hukuki anlamda tek bir fiil olduğu öne sürülebilir. Ancak biz, bu yaklaşımın isabetli olmayacağı kanaatindeyiz. Sonuç olarak; TCK m. 87/4 hükmünün, yani neticesi sebebiyle ağırlaşan yaralamanın uygulanabilmesi için, failin olay yerinden ayrılması ya da mağdura gereken yardımın derhal ulaştırılmış olmasına rağmen ağırlaşan neticenin gerçekleşmesi gerekir. Fail, icrai fiili yaralama kastıyla gerçekleştirmesine rağmen süreç üzerinde hâkimiyet kurmaya hala devam etmiş ve yaralının ölmesi kastıyla hareketsiz kalmış ise artık “*ihmali davranışla kasten öldürmeden*” sorumluluğu cihetine gidilmelidir.

4.4.3.4. Taksirli icrai davranış nedeniyle ortaya çıkan tehlikeyi engellemeye yönelik olarak failin harekete geçmemesi

Failin taksirli icrai davranışı ile suçun konusu üzerinde tehlike yarattığı durumlarda, bu tehlikenin bertaraf edilmesine yönelik bir teminat yükümlülüğü söz konusudur. Bu tip durumlarda, tipik neticeyi engellemek için harekete geçmeyen failin ne şekilde cezalandırılacağı ayrı bir içtima tartışmasıdır. Örneğin; trafikte seyir halindeyken taksirle birini yaralayan sürücü S, kan kaybetmekte olduğunu gördüğü mağdura başına iş alacağı düşüncesiyle yardım etmez ve olay yerinden uzaklaşır. Uzun süre yardım alamayan mağdur, kan kaybı nedeniyle hayatını kaybeder.

Böyle bir durumda fail S’nin ne şekilde cezalandırılacağını açıklığa kavuşturmak gerekir. Doktrindeki baskın görüş, bu tip durumlarda failin icrai davranışla işlenmiş taksirli yaralama ve ihmali davranışla işlenmiş kasten suretle öldürme suçlarından “*gerçek içtima*” hükümlerince ayrı ayrı cezalandırılacağı yönündedir¹²⁵⁸. Çünkü burada, icrai ve ihmali davranışların manevi unsurları ve haksızlık içerikleri birbirinden farklıdır.

¹²⁵⁸ Göktürk, Fikri İçtima, s. 222.

Ancak biz farklı bir gerekçeyle bu tip durumlarda failin taksirli icrai davranışından dolayı değil yalnızca “*kasıtlı ihmali davranışından*” sorumlu tutulması kanaatindeyiz. Çünkü failin tehlikeyi yaratan taksirli icrai davranışı, yani yaralama fiili, zaten “*ihmali suçun maddi unsuru olan garantörlüğü*” oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu tip durumlarda, doktrindeki baskın görüş olan “*failin gerçek içtima hükümlerince, hem icrai taksirle yaralamadan hem de ihmali suretle kasten öldürmeden ayrı ayrı sorumlu tutulması gerektiği*” savına, çifte değerlendirme yasağını ihlal edeceği gerekçesiyle katılmıyoruz. Bu tip durumlarda, meydana gelen ölüm ya da yaralama neticesinden failin ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulmasını sağlayan garantörlüğün kaynağı, daha önce işlemiş olduğu taksirli icrai fiildir. Dolayısıyla, kasten öldürme ya da yaralamanın ihmali suretle işlenmesinden cezalandırılan failin ayrıca icrai taksirli fiilinden cezalandırılmaması gerekir.

Bu tip durumlarda failin garantörlüğü, öngelen tehlikeli davranış haricinde başka bir kaynaktan mütevellit ise, her iki suçtan da ayrı ayrı cezalandırma yoluna gidilebilir. Örneğin; eşi ile aynı araçta seyir halinde olan F, bir anlık dalgınlığı nedeniyle direksiyon hâkimiyetini kaybeder ve araç şarampole yuvarlanır. F hafif sıyrıklarla aracın içinden çıkmasına rağmen eşi ağır şekilde yaralanır. Uzun süredir eşinden ayrılmak için çıkış yolu arayan F, eşinin kan kaybetmekte olduğunu görmesine ve yardım etme imkânı da olmasına rağmen harekete geçmez ve eşi kan kaybından hayatını kaybeder. Bu olay bakımından F, hem “*kanunen*” hem de “*öngelen haksız davranışı*” nedeniyle garantör konumundadır. F’nin ihmali davranışla öldürmeden sorumlu tutulmasını sağlayan garantörlük önceki haksız davranışının yanında aynı zamanda kanun kaynaklı olduğundan, artık taksirli suç oluşturarak icrai fiilden (taksirle yaralama) ayrıca ceza verilmesi mümkün olacaktır.

Altını çizerek vurgulamak isteriz ki, önerdiğimiz bu çözüm önerisi ancak mağdurun kaza anında ölmeyip akabinde kan kaybı nedeniyle öldüğü durumlarda uygulanabilir. Mağdur, taksirli davranışın gerçekleşmesiyle birlikte, yani kaza anında hayatını kaybetmişse, ihmali suç bakımından “*işlenemez suç*” söz konusudur ve failin yalnızca “*taksirle icrai öldürme*” suçundan sorumluluğu cihetine gidilmesi mümkündür¹²⁵⁹.

¹²⁵⁹ “Oluşa ve dosya kapsamına göre; sanığın sevk ve idaresindeki araçla hızlı bir şekilde kavşağa girip yolun sağ tarafında dönmek istediği sırada yaya geçidinden geçmekte olan maktüle çarpıp kaçtığı olayda; TCK’nun 83/2-c hükmü de nazara alınarak dava dosyasının Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine gönderilerek, otopsi raporundaki bulgular ve maktulün ölüm nedenine göre, sanığın çarptığı

5. SONUÇ

İhmali davranıştan doğan hukuki sorumluluk uygulamaları tarihin eski dönemlerine kadar uzanmasına rağmen, ihmalin gerçek anlamda hukukun konusu olması ancak birkaç yüzyıl önce başlamıştır. İhmali davranışın suç teorisinde esaslı olarak tartışılması ise 19. yüzyıla rastlamaktadır¹²⁶⁰. Tarihsel süreçte, ihmale ilişkin teorik tartışmaların icrai suçlara nazaran daha geç başlaması oldukça doğaldır. Bununla beraber, özellikle Sanayi Devrimi sonrası mevcut durum tersine dönmeye başlamıştır¹²⁶¹. Sanayi Devrimi ile birlikte gelişen ve değişen üretim teknolojisi, sosyal ve ekonomik organizasyonları oldukça karmaşık hale getirmiştir. Tüm bu yeni gelişmeler ise ihmalden doğan sorumluluğun ön plana çıkmasını sağlamıştır.

19. yüzyılın başından itibaren ihmal, özellikle Alman doktrini tarafından ele alınmaya başlanmış ve önemli bir tartışma konusu haline gelmiştir. Konuya ilişkin teorik tartışmaların görece daha erken başlaması, Alman hukukunda ihmali suçlar bakımından ciddi bir teorik ve pratik birikim oluşmasını sağlamış görünmektedir. Buna karşılık Türk doktrin ve uygulaması bakımından ihmale yönelik olarak aynı şeyleri söylemek ne yazık ki mümkün değildir. Türk hukukunda, ne doktrin ne de uygulama ihmali sorumluluğu yeterli düzeyde tartışılmış değildir. Bunun doğal bir sonucu olarak da Türk hukuk literatür ve uygulamasında ihmali suçlara ilişkin bir sistematik oluşmamıştır. Böyle bir sistematığın oluşamamasının temel sebeplerinden biri de, 765 sayılı ETCK'da, görünüşte ihmali suçlara ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer verilmemesidir. Bununla birlikte 5237 sayılı TCK, her ne kadar genel hükümler kısmında ihmali suçlar ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş ise de “*kasten öldürme*”, “*kasten yaralama*” ve “*işkence*” gibi bazı temel suç tiplerinin ihmali davranışla da işlenebileceğini açıkça düzenleyerek Türk ceza hukuku açısından önemli bir başlangıç yapmıştır. Ancak 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden bugüne kadar geçen yaklaşık 15 yıllık sürede, Türk uygulamasının ihmali suçlar bakımından makul bir sistematik ortaya koyabildiğini söylemek de mümkün değildir. Elbette ki bu durumun ortaya çıkmasında, Türk doktrinin konuya karşı oldukça ilgisiz

maktûlün olaydan sonra en yakın sağlık kuruluşuna götürülerek tedavisinin yapılması veya sanık tarafından sağlık görevlilerine haber verilmesi durumunda da ölüm sonucunun gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin tespiti ile sonucuna göre, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiğinin düşünülmemesi...” **Yargıtay 1. C.D. E. 2015/5441, K. 2016/1144, T. 9.3.2016.**

¹²⁶⁰ v. Hippel, s. 101, dn. 6.

¹²⁶¹ Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, s. 22.

kalmasının da etkisi yadsınamaz. İşte tüm bu gerekçelerle, doktora çalışmamızın konusu “*ihmali suçlar*” olarak belirlenmiştir.

İlk etapta, “*ihmali suçlar*” başlığının bir doktora çalışması için çok geniş olduğu ve sınırlandırılması gerektiği düşünülebilir. Ancak yukarıda da vurguladığımız üzere, Türk doktrin ve uygulamasında ihmali suçlara ilişkin herhangi bir sistematik olmaması, konuyu daha geniş bir perspektifle ele almayı gerekli kılmıştır. Bu nedenle çalışmamızı daha geniş bir kapsamda yapmayı tercih etmiş bulunuyoruz.

Doktora çalışmamızın temel amacı; ihmali suçların temel felsefesine yönelik tartışmaları ortaya koyarak, bu suçlara ilişkin genel bir sistematik önerisi sunmaktır. Bu temel amaca uygun olarak çalışmamız boyunca ihmali suçlara ilişkin temel tartışmalara ayrıntılı olarak değinmeye çalıştık. Gerek Alman gerekse Türk doktrininde konuya ilişkin genel yaklaşımlara da yer vermek suretiyle, ihmali suçlara ilişkin mevcut veya mutemel problemlere çözüm önerileri sunmaya gayret gösterdik. Bunun bir sonucu olarak da, üzerinde daha ayrıntılı durulması mümkün olan/gereken bazı temel unsurları, daha yüzeysel inceleme zorunda kaldığımızı da kabul etmek gerekir.

Nihayete erdirdiğimiz bu çalışmada, ihmali suçlara ilişkin genel bir bakış açısı ortaya koymaya çalıştık. Ancak kabul etmek gerekir ki, ihmali suçların kendine has yapısı, konuya ilişkin kesin tespitler yapmayı neredeyse imkânsız kılmaktadır. Gerçekten de ihmali suçlar, birçok noktada icrai suçlardan farklılaşmaktadır. Bununla birlikte, Türk uygulama ve doktrinine daha uygun olduğu ve bu nedenle daha faydalı olacağını düşündüğümüzden, ihmali suçların yapısını incelerken icrai suçlar bakımından Türk doktrininde ekseriyetle benimsenen genel metodolojiye azami ölçüde uymaya gayret gösterdik. Bu yaklaşımda zaman zaman başarılı olmamıza rağmen özellikle bazı başlıklarda ciddi problemlerle karşılaştık.

Bu problemlerle karşılaşmamızın temel nedeni, özellikle görünüşte ihmali suçlarda birçok unsurun iç içe geçmiş olmasıdır. Görünüşte ihmali suçlardaki neredeyse tüm unsurlar (maddi - manevi - hukuka aykırılık) birbiriyle çok sıkı ilişki içerisinde. Bu kadar yakın ilişki içerisinde bulunan unsurları, birbirinden ayırarak hukuki niteliklerini belirlemek oldukça zorlu bir süreci de beraberinde getirdi. Örneğin, görünüşte ihmali suçların temel unsurlarından biri olan teminat yükümlülüğü yani garantörlük, fiili gerçekleştiren kişinin bir niteliği olması itibarıyla fail unsuruyla doğrudan ilgilidir.

Hatta bu nedenle çalışmada garantörlük unsurunu “fail” başlığı altında incelemeyi tercih ettik. Bununla beraber, failin korumakla veya gözetmekle yükümlü olduğu kişi/şey ile de doğrudan bağlantılı olduğundan garantörlük, aynı zamanda suçun mağduru ve konusuyla da ilişki içerisindedir. Dahası, ihmali suçlarda nedensellik ilişkisini sağlayan temel unsurun da garantörlük olduğuna yönelik görüşler de vardır. Görüldüğü üzere, ihmali suçlara ilişkin tek bir unsur, suçun birçok unsuruyla doğrudan ve sıkı bir ilişki içerisindedir. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlara özgü bazı unsurların diğerlerinden ayrıştırılarak hukuki niteliğinin belirlenmesi hiç de kolay değildir.

İfade etmeye çalıştığımız tüm bu zorluklarına rağmen ihmali suçların genel bir sistematik içerisinde incelenerek tüm unsurların bu sistematik içerisinde makul bir yere konumlandırılması, ceza hukuku bakımından bir gereklilik olmanın ötesinde bir zorunluluktur. Çalışmamızda bu gerekliliği yerine getirmek adına şartları zaman zaman zorlamak durumunda kaldığımızı kabul etmek gerekir. Bu şekilde şartları ve kavramları zorlayarak varmaya çalıştığımız nokta; değerlendirilmelerimizin eksiksiz olmasını sağlamaktan ziyade, ilgili konunun tartışılmaya açılmasını sağlamaktır.

Bu genel açıklamalar ışığında, çalışmamızda ihmali suçlara ilişkin yaptığımız tartışmalar neticesinde vardığımız bazı temel sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

Saf ihmali suçlar, gösterdikleri özellik bakımından icrai suçlardan ciddi bir farklılık göstermez. Özellikle sırf hareket suçları bakımından belirlenen sistematik, çoğu zaman saf ihmali suçlar bakımından da uygulanabilir. Bu nedenle çalışmamızda saf ihmali suçlara ayrıntılı olarak yer vermedik. Bunun yerine, teorik ve pratik tartışmaların üzerinde yoğunlaştığı “*görünüşte ihmali suçları*” daha ayrıntılı olarak ele almayı tercih ettik.

İhmali suçlarda tespit edilmesi gereken ilk husus, somut olaydaki fiilin icrai mi yoksa ihmali mi olduğudur. Bu tespit, yani icra - ihmal ayrımı, ortaya konulacak genel sistematikğin bir anlam ifade edebilmesi için olmazsa olmazdır. Çünkü somut olaydaki davranış türünün yanlış tespit edilmesi, ceza hukuku sorumluluğunu başlı başına değiştirecektir. İcra - ihmal ayrımı bu derece önemli olmakla birlikte, bu ayrımın nasıl yapılacağı oldukça tartışmalıdır. Biz; doktrindeki baskın görüşün aksine, ihmali davranışın da ontik bir temeli bulunduğunu kabul ettiğimizden, icra - ihmal ayrımının da ontik bir temelde yapılmasının mümkün olduğu sonucuna vardık. Kanaatimizce;

aktif bir vücut hareketinin bulunduğu durumlarda icra, pasif bir durumun, yani hareketsizliğin olduğu durumlarda ise ihmal söz konusudur. Doktrinde bu kritere “*vücut hareketi ölçütü*” denilmektedir.

Somut olayda davranışın ihmali olduğu tespit edildikten sonra, fiil unsurunun diğer şartlarını ele almak gerekir. İhmali suçların fiil unsurunda icrai suçlardan farklı olarak dikkat edilmesi gereken en önemli husus, failin kurtarmaya yönelik davranışı yapmaya “*maddi - fiziki imkânının*” olması gerekliliğidir. Eğer somut olayda fail; kurtarmaya yönelik davranışı maddi - fiziki anlamda yapma imkânına sahip değilse, suçun fiil unsurunun oluştuğundan bahsedilemez. Çünkü hiçbir hukuk düzeni, bir kimseye yapması mümkün olmayan bir şeyi emredemez veya bunu yasaklayamaz¹²⁶².

Kurtarmaya yönelik hareketi yapmaya “*maddi - fiziki imkânı*” olan failin ihmali davranışından sorumlu tutulabilmesi için ayrıca “*ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*” da gerekir. Bu şart doktrinde, “*eşdeğerlik ya da denklik kaydı*” olarak ifade edilmektedir. Ancak eşdeğerlik kaydının hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Kanaatimizce eşdeğerlik kaydı suçun fiil unsuruyla bağlantılı olmakla beraber bu kurumun esası, ihmali suçun bir bütün halinde değerlendirilip cezalandırmaya layık olup olmaması noktasında kendini göstermektedir. Dolayısıyla da eşdeğerlik kaydının özellikle görünüşte ihmali suçlarda kusurlulukla da doğrudan bağlantılı olduğunu ifade etmek gerekir.

Tipik bir ihmali fiili tespit edilen failin cezalandırılması için, tipik neticeyi engelleme noktasında “*hukuki bir yükümlülük altında bulunması*” da gerekir. Bu yükümlülük uygulama ve doktrinde “*garantörlük*” olarak adlandırılmaktadır. İhmali suçların bu türüne adını veren garantörlük, görünüşte ihmali suçların adeta çekirdeğini oluşturmaktadır. Emir normları yasak normlarından farklı olarak, sınırlandırılmadığı takdirde sosyal yaşamı imkânsız hale getirebilir. Toplum içerisinde yaşayan bireylerin sosyal hayatta gerçekleşen ve kendilerinden kaynaklanmayan her türlü olumsuzluğu engellemeye yönelik bir yükümlülük altına sokulması, hayatın olağan akışıyla bağdaşmayacaktır. İşte ifade etmeye çalıştığımız bu teorik ve pratik gerekçelerle, bir kimsenin istenmeyen neticeyi engellememesi nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için aynı zamanda bu neticeyi engellemeye yönelik “*hukuki bir yükümlük altında*”

¹²⁶² “*Ultra posse nema obligatur - unmögliches zu leisten, kann niemand verpflichtet werden - kimse imkânsızı yapmakla yükümlü olamaz*”.

bulunması da gerekir. Bu hukuki yükümlülük doktrinde “*garantörlük*” olarak ifade edilmektedir. Biz ise çalışmamız boyunca söz konusu bu yükümlülüğü ifade etmek için “*teminat yükümlülüğü*” ya da “*garantörlük*” ifadelerini kullanmayı tercih ettik.

Bir kimsenin teminat yükümlüsü yani garantör konumunda olduğundan bahsedebilmek için, salt ahlaki ya da etik bir yükümlülük yeterli değildir. Kişinin istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik olarak mutlaka hukuki bir yükümlülük altında olması gerekir. Bununla beraber, söz konusu hukuki yükümlülüğün yani garantörlüğün kaynaklarının ne şekilde belirleneceği doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda iki temel yaklaşım göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, Alman teori ve uygulamasının benimsediği “*modern yaklaşım*”dır. Bu yaklaşıma göre, garantörlüğün kaynağını hukuki yükümlülüğün amacında aramak gerekir. Bir kimse ya sorumlusu olduğu şeyi “*korumakla*” ya da o şeyin başkasına zarar vermesini engellemekle yani “*gözetlemekle*” yükümlüdür. İlk durumda, “*koruma garantörlüğü*”; ikinci durumda ise “*gözetim garantörlüğü*” söz konusudur.

Buna karşılık TCK’nın da benimsediği klasik yaklaşım; garantörlüğün de ihmali suçların bir unsuru olması nedeniyle, hukuki yükümlülük kaynaklarının kanuni bir düzenlemeyle belirlenmesi yönündedir. Bu sonuç, aynı zamanda suçta kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Bu yaklaşıma göre garantörlük; “*kanundan*”, “*sözleşmeden*” veya “*önceki haksız davranıştan*” kaynaklanabilir. Bunlara ek olarak doktrin ve uygulamada, “*gönüllü üstlenme*” ve “*sıkı (yakın) yaşam ilişkisinin*” de garantörlük kaynağı olabileceği ifade edilmektedir.

Biz ise garantörlüğün kaynaklarını açıklayan bu iki yaklaşımın birbiriyle çelişmediğini, hatta birbirini tamamladığı kanaatindeyiz. Bu bakımdan suçta kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, garantörlük kaynaklarının mutlaka kanuni bir düzenlemeyle açıkça belirtilmesi gerektiğini, bununla beraber söz konusu kaynakların teoride ve pratikte içeriğinin doldurulmasının modern yaklaşımla mümkündür. Tüm tespitlere ek olarak çalışmamızda garantörlüğe ilişkin vardığımız en önemli sonuçlardan biri şudur: Garantörlük; kişinin salt olarak bir şey yapma yükümlülüğü değil, “*istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik bir hukuki yükümlülüktür*”. Dolayısıyla somut bir olayda teminat yükümlülüğünden yani garantörlükten bahsedebilmek için, failin salt olarak bir şey yapma yükümlülüğünün olması yeterli değildir. Garantörlükten bahsedebilmek

için bu yükümlülüğün mutlaka “*tipik neticeyi engellemeye yönelik bir hukuki yükümlülük*” olarak tezahür etmesi gerekir.

Görünüşte ihmali suçları gerçek ihmali suçlardan ayıran diğer temel unsur ise neticedir. Yukarıda da ifade ettiğimiz ve görünüşte ihmali suçların en önemli unsuru olarak kabul edilen “*garantörlük*” de netice unsuruyla bağlantılıdır. Çünkü garantörlük sıradan bir harekete geçme yükümlülüğüne değil; neticeyi engellemeye yönelik harekete geçme yükümlülüğüne işaret etmektedir. Görünüşte ihmali suçlarda haksızlık saf ihmali suçlardan farklı olarak, salt failin hareketsiz kalmasından değil, buna ek olarak failin hareketsiz kalarak engellemediği neticeden kaynaklanmaktadır. Bu bakımdan ihmali suçların bu türüne, “*neticeli ihmali suçlar*” da denilmesi mümkündür. Görünüşte ihmali suçlarda netice, suçun manevi unsurunun belirlenmesi noktasında da hem teorik hem de pratik açıdan önemli bir fonksiyon ihtiva etmektedir. İhmali suçların bu türünde failin kastından bahsedilebilmesi için, tipik neticeyi bilmesi ya da en azından öngörmesine rağmen kabullenmesi gerekir.

İhmali suçlara ilişkin en tartışmalı hususlardan biri diğeri ise “*nedensellik*”tir. Görünüşte ihmali suçlardan doğan sorumluluk için ihmali davranış ile tipik netice arasında nasıl bir neden-sonuç ilişki kurulduğunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Aksi halde, başka bir şekilde başlayan nedensel sürecin meydana getirdiği neticeden, herhangi bir icrai bir davranışta bulunmayan kişilerin neden sorumlu tutulduğunu açıklamak hukuken mümkün olmayacaktır.

Bu noktada, “*şart nedensellik teorisinin*” ihmali suçlara uyarlanmış şekli olan “*varsayımsal nedensellik teorisi*” bir çözüm olarak kabul edilmiş görünmektedir. Bu yaklaşıma göre; fail kurtarmaya yönelik davranışı yapmış olsaydı “*netice kesinliğe yakın bir olasılıkla meydana gelmezdi*” denilebiliyorsa, ihmali davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisi kurulabilir. Ancak bu yaklaşım, hem farazi olması hem de nedensellik ilişkisini oldukça daraltması nedeniyle ciddi anlamda eleştirilmektedir. Hatta bu eleştiriler neticesinde ihmali suçlarda nedensellik ilişkisinden bahsedilemeyeceği, sadece neticenin faile objektif olarak isnad edilmesiyle yetinilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.

Çalışmamızda biz, ihmalin de icra gibi nedensel değer taşıyabileceği kanaatine ulaşmış bulunmaktayız. Kanaatimizce, icrai bir davranışla başlayan nedensel sürece maddi - fiziki imkân olmasına rağmen müdahale edilmemesi de meydana gelen tipik netice

bakımından nedenseldir. Bu nedenle, görünüşte ihmali suçlarda nedensellik ilişkisinin tespiti için “varsayımsal nedensellik teorisinin” sorduğu soru isabetli değildir. Bunun yerine şu soru tercih edilmelidir: “Fail kurtarmaya yönelik olarak harekete geçseydi, istenmeyen netice kesinliğe yakın derecede yine de meydana gelir miydi?” Bu sorunun cevabı evetse, failin ihmali davranışı meydana gelen netice bakımından nedensel değildir. Çünkü fail kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirse dahi “istenmeyen netice kesinliğe yakın derecede yine meydana gelecektir”. Dolayısıyla somut olayda fail hareket geçse dahi neticeyi engelleme ihtimali söz konusu değilse, meydana gelen neticeden ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulması mümkün değildir. Böyle bir durumda ancak şartları oluşmuşsa “saf ihmali suçlar” bakımından failin sorumluluğu cihetine gidilebilir. Çünkü saf ihmali suçların temel şekilleri bakımından neticenin haksızlığından bahsedilmez.

“Fail kurtarmaya yönelik olarak harekete geçseydi, istenmeyen netice kesinliğe yakın derecede yine de meydana gelir miydi” sorusuna verilen cevap “hayır” ise, ihmali davranışın netice bakımından nedensel olduğunun kabulü gerekir. Bu ihtimalde faile, meydana gelen tipik neticenin haksızlığını yüklemek artık mümkündür. Benimsemiş olduğumuz bu yaklaşım özetle şu sonuca varmaktadır: Garantör konumundaki fail, eğer hareket geçseydi düşük bir ihtimalle de olsa neticeyi engellenebilecek ise ihmali davranış ile netice arasında nedensellik ilişkisi vardır.

Kabul etmek gerekir ki; ihmali suçlarda nedensellik ilişkisinin önerdiğimiz şekilde belirlenmesi, tıpkı icrai suçlarda şart teorisinin yaptığı gibi nedensellik ilişkisini oldukça genişletecektir. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda da nedensellik ilişkisini sınırlandırmak gerekir. Bu sınırlandırma fonksiyonunu ise tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi “objektif isnadiyet” yerine getirecektir. Eğer meydana gelen netice bakımından garantörün ihmali davranışı doğrudan doğruya etkili değilse artık netice faile objektif olarak isnad edilemeyecek ve dolayısıyla fail neticeden dolayı sorumlu tutulamayacaktır.

İhmali suçlar da tıpkı icrai suçlar gibi kasten ya da taksirle işlenebilir. Somut olayda failin kastından bahsedebilmek için, ihmali suç tipinin tüm maddi unsurlarının bilinmesi gerekir. Bu unsurlardan herhangi birini bilmeme veya bu unsurların maddi şartlarında yapılacak hata kastı kaldıracaktır. Kastı kaldıran hata hallerinde, failerin taksirli sorumluluk halleri ise saklıdır. Burada dikkat edilmesi gereken en önemli

nokta; bizzat maddi olgular üzerinde yapılacak hata kastı kaldıracakken, hukuki değerlendirme hataları ise kusuru kaldıracak veya azaltacaktır.

İhmali suç tipinin kanunda açıkça düzenlenmesi şartıyla taksirle işlendiğinde de cezalandırılması mümkündür. Bununla beraber biz; özel hukukun da etkisiyle Türk doktrin ve uygulamasında baskın nitelikte olan, *“ihmalin zaten taksirin içinde mündemiç olduğu ve dolayısıyla taksirli suçlarda icra - ihmal ayrımı yapmaya gerek olmadığı”* yaklaşımına iştirak etmiyoruz. Kanaatimizce, icra ve ihmal suçun fiil unsurunun bir gerçekleştirilme biçimidir. Dolayısıyla, ihmali bir davranış kasten gerçekleştirilebileceği gibi taksirle de gerçekleştirilebilir. Bununla beraber bir kimsenin taksirle gerçekleştirdiği ihmali davranışından sorumlu olabilmesi için de teminat yükümlüsü yani garantör konumunda olması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır. Örneğin; bir anne küçük bebeğini bilerek aç bırakabileceği gibi, dalgınlık, unutkanlık veya uykuya dalma gibi objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak da aç bırakabilir. Bu durumda bebeği bakımından teminat yükümlüsü yani garantör konumunda bulunan annenin taksirli ihmali davranışı nedeniyle ceza hukuku sorumluluğuna gidilmesi mümkündür.

Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da maddi ve manevi unsurların tam olması yanında hukuka aykırılığın da gerçekleşmesi gerekir. Bu noktada salt ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen *“yükümlülüklerin çatışmasından”* bahsedilmektedir. *“Yükümlülüklerin çatışmasının”* temelinde, aynı anda çatışan iki yükümlülükten yalnızca birini yerine getirebilecek olan failin yerine getiremediği yükümlülükten sorumlu tutulamayacağı yaklaşımı yatmaktadır. Farklı bazı yaklaşımlar olmakla beraber doktrindeki baskın görüş; *“yükümlülüklerin çatışmasından”* bahsedilebilmesi için iki icrai yükümlülüğün, yani iki ihmali fiilin aynı anda bulunması gerektiği yönündedir. Bu nedenle bir emir normu ile bir yasak normunun çatıştığı durumlarda *“yükümlülüklerin çatışmasından”* bahsedilemez. Bu durumda ancak şartları oluşmuşsa zorunluluk hali gündeme gelebilir.

Yükümlülüklerin çatışması durumunda failin hangi yükümlülüğü tercih etmek zorunda olduğu ise ayrı bir tartışma konusunu oluşturmaktadır. Alman doktrinindeki genel yaklaşım; yükümlülüklerin çatışması halinde failin garantörü olduğu konuya öncelik vermesi gerektiği yönündedir. Ancak biz bu görüşe iştirak etmemekteyiz. Bu noktada failin garantör olsun ya da olmasın *“üstün nitelikteki hukuki değeri”* seçmesi

gerekir. Hatta tehlike altında bulunan hukuki değerlerin birbirine eşit olması durumunda dahi, failin garantörü olduğu konuya öncelik verme zorunluluğunun olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü aksinin kabulü halinde, garantörü olunmayan ancak eşit değerdeki hukuki değer istenmeyen neticeye adeta mecbur bırakılmış olacaktır. Halbuki makul bir hukuk düzeni, iki eşit nitelikteki hukuki değer arasında bir öncelik/sonralık ilişkisi kuramaz.

İhmali haksızlık dolayısıyla kişinin cezalandırılabilmesi için suçun maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının olması da yeterli değildir. Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi failin aynı zamanda “kusurlu” addedilmesi de gerekir. İcrai suçlar bakımından yapılan kusur değerlendirmesi, benzer şekilde ihmali suçlar bakımından da yapılacaktır. Bununla beraber “eşdeğerlik kaydının”, özellikle bağlı davranışlı suçlar bakımından, ihmali davranışın cezalandırılmaya layık olup olmadığı noktasında bir fonksiyon ihtiva edebileceği ifade edilmektedir.

Suçun özel görünüş biçimlerinin de ihmali suçlar bakımından dikkatlice incelenmesi gerekir. Bu noktada öncelikle, görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı gündeme gelmektedir. Biz de tıpkı baskın görüş gibi, görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bununla birlikte teşebbüs sorumluluğunun ne zaman başlayacağı hususunda ise şu şekilde hareket etmek gerekir: Failler süreci hâkimiyet alanlarından kasten çıkarmışlar ise teşebbüs sorumluluğu o anda başlayacaktır. Faillerin süreci hâkimiyet alanlarında tutmaya devam ettikleri olaylar bakımından ise teşebbüs sorumluluğunun “suçun konusunun doğrudan tehlikeye girdiği” anda başladığı kabul edilmelidir.

Görünüşte ihmali suçlara teşebbüsün teorik açıdan mümkün olduğunu kabul etmekle beraber, TCK’nın teşebbüse ilişkin hükümlerinin ihmali suçlar bakımından uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Teşebbüs hükümlerinin cezalandırma alanını genişleten bir fonksiyon ihtiva ettiği de düşünüldüğünde, TCK’nın teşebbüse ilişkin hükümlerine ilişkin genişletici yorum yapmaktan kaçınılması gerekir. Dolayısıyla, özellikle görünüşte ihmali suçlara teşebbüs teorik açıdan mümkün ise de TCK bakımından kanun koyucunun ihmali suçlara teşebbüsü cezalandırmama yönünde bir iradesinin olduğunun kabulü gerekir. Elbette bu tip durumlarda fail, görünüşte ihmali suça teşebbüsten sorumlu tutulamazsa da ihmali davranışın o ana kadar neden olduğu müstakil neticelerden sorumlu tutulabilecektir. Örneğin fail; kasten öldürmenin ihmali

davranışla işlenmesine teşebbüsten sorumlu tutulamayacaksa da, mağdurun yaralanmasına neden olmuşsa, tamamlanmış ihmali davranışla yaralama suçundan sorumlu tutulacaktır.

İhmali suçlarda oldukça tartışmalı bir diğer konu da iştiraktır. Kanaatimizce, ihmali suçlarda ilgililerin iştirak statüsü belirlenirken, genel iştirak kurallardan ayrılmayı gerektirecek esaslı bir durum yoktur. Ancak yine de her somut olayda faillerin iştirak statüsü belirlenirken oldukça dikkatli davranmak gerekir. Çünkü bu tip olaylarda çoğu zaman ihmali ve icrai davranışlar birleşmekte ve dolayısıyla suça katılanların iştirak statüsünün tespiti oldukça zorlaşmaktadır.

İhmali suçlarda kendine has özellik gösteren bir diğer konu ise içtimadır. Konuya ilişkin ilk önemli problem, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi somut olaydaki fiil sayısının tespitidir. Fiil sayısının tespiti isabetli bir şekilde yapıldıktan sonra, genel içtima kurallarından ayrılmayı gerektirecek esaslı bir durum yoktur. Bununla beraber, özellikle “*öngelen haksız davranış*” nedeniyle garantörlüğün doğduğu durumlarda, doktrindeki baskın görüşten ayrıldığımızı belirtmek isteriz. Doktrindeki baskın görüş, bu tip olaylarda gerçek içtima kurallarının uygulanması yönündedir. Ancak bize göre böyle bir yaklaşım, ceza hukukundaki “*çifte değerlendirme yasağının*” ihlali olacaktır. Şöyle ki; taksirle bir kimseyi yaralayıp, akabinde mağdura yardım etmeyerek ölümüne neden olan fail, sadece “*kasten öldürmenin ihmali suretle işlenmesinden*” cezalandırılmalıdır. Çünkü failin gerçekleştirdiği ilk taksirli davranış, yani “*taksirle yaralama*”, ihmali suretle kasten öldürme suçunun maddi bir unsuru olan garantörlüğü yani teminat yükümlülüğünü oluşturmaktadır. Bu nedenle gerçekleştirilen ilk (taksirli) davranış, ihmali suretle kasten öldürme suçunun içerisinde erimekte artık onun bir unsuru haline gelmektedir. Bununla beraber, bu tip bir olayda fail öngelen haksız davranış haricinde aynı zamanda kanundan ya da sözleşmeden kaynaklı bir garantörlüğe de sahip ise gerçek içtima hükümlerinin uygulanması mümkündür. Çünkü bu ihtimalde failin ilk gerçekleştirdiği haksız davranış, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun unsurları dışına atılabilir. Bu ihtimalde garantörlük artık öngelen haksız davranıştan değil, bizzat kanundan veya sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

Benzer bi durum, TCK m. 82, f. 1, e ve d bentlerinde düzenlenen kasten öldürmenin nitelikli halleri bakımından da karşımıza çıkmaktadır. Failin kasti ihmali davranışıyla

üstsoy, altsoy, eş ya da kardeşini veya çocuğunu öldürmesi durumunda ne şekilde hareket edileceğinin tartışılması gerekir. Çünkü burada nitelikli hal oluşturan maddi unsur yani mağdurun üstsoy, altsoy, eş, kardeş ya da failin çocuğu olması, aynı zamanda ihmali suçun “garantörlük” maddi unsurunun kaynağını oluşturmaktadır. Kanaatimizce bu tip durumlarda da, nitelikli hali oluşturan maddi vakıa - ilişki dışında bir kaynaktan ikinci bir garantörlük mütevellit değilse fail ancak kasten öldürmenin temel şeklinden cezalandırılmalıdır. Aksinin kabulü halinde, failin mağdur ile arasındaki ilişki, hem görünüşte ihmali suçun garantörlük maddi unsuru olarak hem de cezayı artıran nitelikli unsuru olarak iki kere değerlendirilmiş olacak ve çifte değerlendirme yasağı ihlal edilmiş olacaktır.

Doktrindeki genel kabul, aynı neticeyi ihmali davranışla gerçekleştirmenin icrai davranışla gerçekleştirmekten daha az haksızlık içeriğine sahip olduğu şeklindedir. Bu genel kabul, birçok modern ceza kanununa yansımıştır. Günümüz ceza kanunlarının birçoğunda ihmali suçlara ilişkin düzenlemeler, icrai suç tipinin cezasında indirim yapılabilmesine yönelik olarak hâkimlere takdir yetkisi tanımaktadır. Örneğin Alman CK m. 13/2 hükmü; “*bir suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde m. 49/1 hükmü uyarınca failin cezasında indirim yapılabileceğini*” öngörmektedir. Yine İsviçre CK’nın ihmali suçlara ilişkin temel düzenlemesi olan m. 11/4, hâkime cezayı indirme yetkisi vermektedir. “*Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesini*” düzenleyen TCK m. 83/3 ve “*kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesini*” düzenleyen TCK m. 88’de de, benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. TCK m. 83/3’e göre, suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezada indirim yapılabileceği gibi indirim yapılmaktan imtina da edilebilir. Sonuç olarak, günümüz ceza kanunlarının birçoğunda, suç tipinin ihmali davranışla işlenmesi durumunda cezada indirim yapılabilmesine imkân tanınmıştır.

Kanaatimizce de; aynı şartlar altında, aynı neticenin icrai davranışla gerçekleştirilmesi, ihmali davranışla gerçekleştirilmesinden kural olarak daha fazla haksızlık içeriğine sahiptir. İhmali davranışın haksızlık içeriğinin icrai davranıştan daha az olmasının nedenini ise şurada aramak gerekir: İcrai davranışta fail, belirli bir amaca matuf olarak davranışını gerçekleştirmekte ve o amaca ulaşmayı sağlayacak nedensellik sürecini bizzat başlatmaktadır. Buna karşılık ihmali davranışta fail, daha önce doğal anlamda başlamış bir nedensellik sürecine müdahale etmeyerek neticenin gerçekleşmesini bir

tesadüfe bırakılmaktadır¹²⁶³. Her ne kadar ihmali davranışta bulunan kişinin hareketsiz kalması da istenmeyen netice bakımından nedensel kabul edilebilirse de, bu süreci bizzat başlatan icrai davranışın haksızlık içeriğiyle daha önceden başlayan süreci engellemeyen (ihmali) davranışın haksızlık içeriğinin aynı olmadığı kabulü gerekir.

İcrai davranışın ihmali davranıştan daha fazla haksızlık içeriğine sahip olduğuna yönelik bir diğer gerekçe ise şu şekildedir: Yapılmayan bir şeyin belirli bir süre içinde tekrar yapılması mümkün iken, yapılan bir davranışın neticelerini tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir¹²⁶⁴. Bu bakımdan icra ve ihmal arasındaki fark, “*dış macunu*” örneğiyle açıklanabilir. “*İhmal*”, tüpün sıkılmaması yani tüpün içindeki macunun dışarıya çıkarılmamasıdır. Dolayısıyla o ana kadar sıkılmayan tüp belirli bir süre içerisinde tekrar sıkılabilir ve bu işlemten beklenen fayda sağlanabilir. Bununla beraber tüpün sıkılmasıyla, yani “*icra*” ile birlikte dış macunu artık tüpten dışarıya çıkmıştır. Dışarıya çıkan macunun aynı şekilde tüpün içine tekrar sokulması mümkün değildir. Macun bir şekilde tüpün içine tekrar sokulsa bile, dışarıya çıkıp hava ile temas eden dış macunu artık eski, steril macun olmayacaktır.

Sonuç olarak, dış dünyada değişiklik meydana getiren süreci bizzat kendisi başlatmayan ihmali davranış, dış dünyada değişikliğe neden olabilecek nedensel süreci engellemekten ibarettir. Önceden başlayan nedensel süreç tamamlanıncaya kadar, yapılmaktan imtina edilen davranışın yapılması ise mümkündür. Netice meydana gelmeden olaya yapılan müdahale, dış dünyada meydana gelecek istenmeyen değişikliği engelleyebilir. Buna karşılık icrai davranış, dış dünyadaki değişikliği meydana getiren nedensellik sürecini bizzat başlatmaktadır. Dolayısıyla, icrai davranışın yapılmasıyla birlikte meydana gelen olgusal değişiklikler hiçbir şekilde tamamen ortadan kaldırılamaz, yalnızca telafi edilebilir¹²⁶⁵. Tüm bu gerekçelerle, kural olarak, *aynı şartlarda, aynı neticeyi* meydana getiren icrai davranışın haksızlık içeriği, ihmali davranışa nazaran daha fazla kabul edilmelidir. Bu yaklaşımımız doktrinde de genel kabul görmektedir.

¹²⁶³ “*Bunun nedeni de nedensel sürecin aktif olarak yönetilmesinin, tesadüfi bir sürecin gerçekleşmesine seyirci olmaktan ilke olarak daha tehlikeli olması ve ikinci olarak da bir icrai hareket ile suç işlenmesinin ihmali harekete nazaran daha yüksek bir suç enerjisini göstermesidir*”. Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 87.

¹²⁶⁴ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 87.

¹²⁶⁵ Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri, s. 87.

Bununla beraber her durumda ihmali davranışla gerçekleştirilen neticenin haksızlık içeriğinin icrai davranıştan daha az olduğunu söylemek de mümkün değildir. İşte bu tip durumlarda ihmali suç faillerinin cezasında indirim yapılmayacaktır. Dolayısıyla Alman CK, İsviçre CK ve TCK'nın benimsediği, suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde cezasında indirim yapıp yapılmayacağı noktasında hâkime takdir yetkisi tanınması yaklaşımı kanaatimizce isabetlidir.

Tam bu noktada, özellikle TCK bağlamında yapılan temel bir tartışmaya da değinmek gerekir. Tıpkı Alman ve İsviçre ceza kanunları gibi TCK'da da ihmali suçlara ilişkin düzenlemeye genel hükümler kısmında yer verilmesi gerekir mi? Yukarıda da vurguladığımız üzere, 765 sayılı TCK'da görünüşte ihmali suçlara yönelik herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Hakeza uygulamanın da konuya ilişkin elle tutulur bir sistem ortaya koyamadığı gerçeği karşısında, 5237 sayılı TCK'nın bir başlangıç olarak kanunun genel hükümler kısmında düzenleme yapmaması ve bunun yerine özel hükümler kısmında bazı ihmali suç tipleri bakımından düzenlemeler yapması makul karşılanmalıdır. Bununla birlikte, özellikle taksirle gerçekleştirilen ihmali fiiller ile kanunda ihmali davranışla gerçekleştirildiğinde cezalandırılacağı açıkça düzenlenmeyen suç tipleri açısından, TCK'nın genel hükümler kısmında ihmali suçların ilişkin temel bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz.

TCK bağlamında ihmali suçlara ilişkin yaptığımız günümüz tartışmalarının, eski dönemde Alman ve İsviçre ceza kanunları bakımından da benzer şekilde yapıldığını görmekteyiz. Alman ve İsviçre ceza kanunları özelindeki bu tartışmaları çok büyük oranda sonlandıran şey, her iki kanunun genel hükümler kısmına ihmali suçlara ilişkin esasların eklenmesi olmuştur. Sonuç olarak, TCK bağlamında ihmali suçlara ilişkin olarak yapılan tüm bu temel tartışmaların sona ermesi ve ihmali suçlara yönelik teorik tartışmaların önünün açılması için TCK'nın genel hükümler kısmına ihmali suçlara ilişkin bir düzenlemenin eklenmesinin faydalı olacağı kanaatine varmış bulunmaktayız. Bu düzenleme yapılırken TCK m. 83'teki mevcut formülasyondan geniş ölçüde faydalanılması düşünülmelidir. Bu bağlamda TCK'nın genel hükümler kısmında şöyle bir düzenleme yapılmasını önermekteyiz.

Suçun İhmali Davranışla İşlenmesi

(1) *Bir suç icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir. Ancak kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla*

meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, neticenin oluşumunu engelleme hususunda hukuki bir yükümlülüğünün ve gerçekleştirdiği ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) Neticenin oluşumunu engelleme hususundaki hukuki yükümlülük:

- a) Kanuni düzenlemelerden,
 - b) Sözleşme veya **gönüllü üstlenmeden**,
 - c) Önceden gerçekleştirilen **haksız** davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmamasından kaynaklanabilir.
- (3) İhmali davranışla suç işleyen kişi hakkında: Temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar; müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer hallerde failin cezasında üçte birinden yarısına kadar indirim yapılır. Ancak, gerçekleştiren haksızlığın niteliğine göre hâkim cezada indirim yapmaktan imtina edebilir.

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin. **“Bağlılık Kuralı”**. *GÜHFD*, c. XIV, sa. 1, y. 2010: s.167 - 214.
- Akbulut, Berrin. ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***. Ankara: 2019. 6. Baskı.
- Akgündüz, Ahmed. ***Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 1. Kitap***. İstanbul: 1990.
- Akgündüz, Ahmed. ***Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 2. Kitap***. İstanbul: 1990.
- Akgündüz, Ahmed. ***Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 3. Kitap***. İstanbul: 1991.
- Akgündüz, Ahmed. ***Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, 4. Kitap***. İstanbul: 1992.
- Aksu, Muharrem ve Faruh Turhan. **“Yeni Tehditler, Güvenliğin Genişleme Boyutları ve İnsani Güvenlik”**. *Uluslararası Alanya İşletme Fakültesi Dergisi*, c. 4, sa. 2, y. 2012: s. 69 - 80.
- Alacakaptan, Uğur. ***İşlenemez Suç***. AÜHF Yayınları. Ankara: 1968.
- Alacakaptan, Uğur. ***Suçun Unsurları***. AÜHF Yayınları. Ankara: 1975.
- Alinge, Curt. Çev. Üçok, Coşkun. **“Moğol Kanunları - III. Bölüm - 3. Kısım”**. *AÜHFD*, c. 12, sa. 1, y. 1955: s. 285 - 297 ve c. 13, sa. 1, y. 1956: s. 194 - 219.
- Arık, Feda Şamil. **“Eski Türk Hukukuna Dair Notlar I Suçlar ve Cezalar”**. *Tarih Araştırmaları Dergisi*, c. 17, sa. 28, y. 1995: s. 1 - 50.
- Arsal, Sadri Maksudi. ***Türk Tarihi ve Hukuk***. İstanbul: 1947.
- Arslan, Mehmet. **“Grundfragen der Strafrechtlichen Profukthaftung (insbesondere Kausalität und Garantenstellung)”**. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. I, sa. 1, y. 2010: s. 131 v.d.
- Arslan, Mehmet. **“Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”**. *AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. XXIV, sa. 3, y. 2020: s. 361 - 384.
- Arslan, Mehmet. **“Sağlık Çalışanlarının Maruz Kaldığı Şiddete Karşı Ceza Hukuku Tedbirleri - Almanya ve Türkiye Arasında Bir Karşılaştırma”**. *TBB Dergisi*, sa. 145, y. 2019: s. 159 - 201.
- Artuk, M. Emin ve A. Caner Yenidünya. **“Ötenazi”**. *Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan*, y. 2001: s. 297 - 319.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya. ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***. Ankara: 2016, 10. Baskı.
- Artuk, M. Emin, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır. ***Ceza Hukuku Genel Hükümler***. Ankara: 2017, 11. Baskı.
- Artuk, Mehmet Emin ve Mehmet Emin Alşahin. **“Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu(TCK m. 98)”**. *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 16, sa. 1, s. 3 - 38.

- Ashwort, Andrew. *Positive Obligations in Criminal Law*. Oxford: 2013.
- Atay, Hüseyin. *Kur'an'a Göre İslâm'ın Temel Kuralları*. İstanbul: 1991.
- Avcı, Mustafa ve Erdal Yerdelen. “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”. *GÜHFD*, c. XIX, sa. 1, y. 2015: s. 163 - 190.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Konya: 2014, 2. Baskı.
- Aydın, Devrim. “Suça Teşebbüs”. *AÜHFD*, c. 55, sa. 1, y: 2006, s. 85 - 113.
- Aydın, Murat. “İşlenemez Suç (Elverişsiz Teşebbüs)”. *SÜHFD*, 30. Yıl Armağanı, c. 21, sa. 1, s. 77 - 104.
- AYM. E. 2015/35, K. 2015/40, T. 22.4.2105, R.G: 23.5.2015, sayı: 29364.
- AYM. Serpil Kerimoğlu ve Diğerleri. Başvuru No: 2012/752. Karar Tarihi: 17.9.2013.
- Bacaksız, Pınar. “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”. *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, sa. 21, y: Nisan 2013, s. 119 - 138.
- Baumann, Jürgen, Wolfgang Mitsch ve Ulrich Weber. *Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch*. 2003, 11. Auflage.
- Bayraklı, Hasan Hüseyin ve Ahmet Bozdağ. “Türk Ceza Hukukunda Teşebbüse Elverişlilik Sorunu ve Vergi Suçlarının Teşebbüse Elverişlilik Açısından Değerlendirilmesi”. *Maliye Dergisi*, sa. 158, y. 2010 (Ocak – Haziran): s. 15 - 34.
- Bayraktar, Köksal. “İşlenemez Suç”. *İÜHFM*, c. 34, sa. 1 - 4, y: 1968, s. 715 - 730.
- Bekar, Elif. *Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanununda Yer Alan Suçlar*. İstanbul: İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, No: 12, y: 2017.
- Beling, Ernst. *Die Lehre vom Verbrechen*. Tübingen: 1906.
- Beyaz, Ekrem. “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”. *Türk Dili Dergisi*, y. Haziran 2019: s. 70 - 78.
- Bockelmann, Paul ve Klaus Volk. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: 1987, 4. Neubearbeitete Auflage.
- Brammsen, Joerg. “Strafrechtliche Rückrufpflichten bei fehlerhaften Produkten?”. GA 1993.
- Cengiz, İhtar, Uğur Ersoy ve Alper Küçükay. “Psikoloji, Hukuki ve Cezai Boyutuyla Mobbing”. *Sicil İş Hukuku Dergisi*, sa. 36, y. 2016: s. 62 - 90.
- Centel, Nur, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut. *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: 2008, 5. Bası.
- Cin, Halil ve Gül Akyılmaz. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: 2011, 4. Baskı.
- Çakmut, Yenerer Özlem. “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”. *İÜHFM*, c. LXV, sa. 2, y. 2007: s. 49 - 76.
- Değirmenci, Olgun. “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”. *TBB Dergisi*, y. 2014 (110): s. 129 - 188.

- Demirel, Muhammed.** “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, y: 2017, 5(2), s. 119 - 161.
- Develioğlu, Ferit.** *Osmanlıca - Türkçe Ansiklopedik Lugat*. Ankara: 2017, 33. Baskı.
- Doğan, Koray.** “Sürücüsüz Araçlar, Robotik Cerrahi, Endüstriyel Robotlar ve Cezai Sorumluluk”. *DEÜHFD, Özel Sayı, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, c.21, y. 2019: s. 3219 - 3251.
- Dorman, Emre.** *Kuranı Kerim’deki Temel Emirler ve Yasaklar*. İstanbul: 2011.
- Döner, İsa.** “Suçu Bildirmeme Suçu (TCK m. 278)”. *AÜHFD*, c. IX, sa. 3 - 4, y: 2005, s. 63 - 94.
- Dönmezer, Sulhi ve Sahir Erman.** *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım*. 14. Bası, c. I, s. 477.
- Dönmezer, Sulhi.** “İhmal Suretiyle İcra Suçları”. *İÜHFM*, c. 9, sa. 3 - 4, y. 1944: s. 473 - 494.
- Dönmezer, Sulhi.** “Maddi Sebebiyet Alakası”. *İÜHFM*, c. 9, sa. 1 - 2, y: Ocak 1943, s. 85 - 119.
- Dülger, Murat Volkan.** “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”. *CHD*, sa. 24, y: Nisan 2014, s. 121 - 180.
- Ebert, Udo.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Heidelberg: 2001, 3. Auflage.
- Engisch, Karl.** “Tun und Unterlassen”. *Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag*, Berlin / New York. y. 1973: s. 163 - 196.
- Engisch, Karl.** *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*. Tübingen: 1931.
- Erbaş, Rahime.** “İcrai ve İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”. *DEÜHFD*, c. 21, sa. 1, y. 2019: s. 397 - 449.
- Erbaş, Rahime.** *Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. İstanbul: İstanbul Ceza Hukuku ve Kriminoloji Arşivi, İstanbul: 2019, 1. Baskı.
- Erem, Faruk.** “Suça İştirak”, *AÜHFD*, c. 3, sa. 1, y: 1946, s. 62 - 107.
- Erem, Faruk.** *Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku*. Ankara: 1995, 13. Baskı, c. I.
- Eren, Fikret.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2014, 16. Bası.
- Eren, Fikret.** *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. AÜHF Yayınları, Ankara: 1975.
- Ersoy, Uğur.** “Ceza Hukukunun Gri Alanı: Tehlike Suçları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, sa. 41, y. Ocak 2020: s. 27 - 64.
- Ersoy, Uğur.** “Türk ve Alman Ceza Hukuku Sistemlerinde Kusur Prensibinin Kapsamı ve Objektif Cezalandırılabilme Şartlarının Kusur Prensibi ile Bağdaştırılabilirliği”. *TBB Dergisi*, sa. 109, y. 2013: s. 203 - 250.
- Eser, Albin.** “The Principle of „Harm“ in the Concept of Crime”. *Originalbeitrag erschienen in: Duquesne University Law Review* 4, y. 1966: s. 345 - 417.

- Esirgen, Seda Örsten. “Osmanlı Hukukunda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu”. *AÜHFD*, c. 65, sa. 4, y. 2016: s. 2306 - 2329.
- Farmer, Lindsay. *Making the Modern Criminal Law*. Oxford: 2016.
- Fletcher, P. George. *Rethinking Criminal Law*. Oxford: 2000.
- Frister, Helmut. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: 2009, 4. Auflage.
- Genç, Fatma Umay, Fatih Yurtlu, Elif Kurt ve Burak Kılıç. *Ceza Genel Hukuku*. Editörler: İzzet Özgenç ve İlhan Üzülmöz. Ankara: 2020, 3. Baskı.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı. “Kasten Öldürme Suçu TCK m. 81”. *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 17, sa. 1 - 2, y. 2011: s. 95 - 218.
- Gökçen, Ahmet ve Murat Balcı. “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”. *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, sa. 18, y. Nisan 2012: s. 7 - 30.
- Gökçen, Ahmet. *Tanzimat Dönemi Osmanlı Ceza Kanunları ve Bu Kanunlardaki Ceza Müeyyideleri*. İstanbul: 1989.
- Göktürk, Neslihan. “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, sa. 7 (1), y: 2016, s. 407 - 450.
- Göktürk, Neslihan. “Yalan Tanıklık Suçu (TCK m. 272)”. *GÜHFD*, c. XX, sa. 1, y: 2016, s. 347 - 409.
- Göktürk, Neslihan. *Fikri İctima (Suçların İctimai)*. Ankara: 2013.
- Göktürk, Neslihan. *Haksızlık Yanılgısının Ceza Sorumluluğuna Etkisi*. Ankara: 2016.
- Gössel, Karl Heinz. “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”. *Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag*, s. 225 - 246.
- Gössel, Karl Heinz. *Strafrecht*. Heidelberg: 1997, 7. völlig neubearbeitete Auflage.
- Gropp, Walter. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Gießen: 2015, 4. Ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage.
- Gutknecht, Sven. “Die Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (13 StGB) im Lichte des Bestimmtheitsgebotes”. *Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht*, Ankara. c. 3, 2014, s. 277 - 310, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität. Herausgeber: Duttge, Gunnar ve Yener Ünver.
- Güngör, Devrim. *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*. Ankara: 2007.
- Gürsel, Esin. “İdarenin Doğal Afetler Neticesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğu”. *R&S - Research Studies Anatolia Journal*, sa. 2, y. Temmuz 2018: s. 330 - 343.
- Haft, Fritjof. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: 2004, 9. Auflage.
- Hakeri, Hakan. “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”. *TBB Dergisi*, sa. 69, y. 2007: s. 55 - 96.
- Hakeri, Hakan. “İhmali Suçlar”. *CHD (Ceza Hukuku Dergisi)*, sa. 4, y. Ağustos 2007: s. 137 - 169.

- Hakeri, Hakan.** *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2019, 22. Baskı.
- Hakeri, Hakan.** *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*. Ankara: 2003.
- Hakeri, Hakan.** *Tıp Hukuku*. Ankara: 2015, 9. Baskı.
- Hall, E. Daniel.** *Criminal Law and Procedure*. y. 2020, 6th Edition.
- Harper, Robert Francis.** *The Code of Hammurabi King of Bablyon*. Chicago and London: 1904, 2nd Edition.
- Harro, Otto ve Nikolaus Bosch.** *Übungen im Strafrecht*. Berlin/New York: 2010, 7. Auflage.
- Hashida, Hisashi, Çev. Yener Ünver,** “Japon Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Zorda Kalış Durumu -Alman Ceza Hukuku Öğretisi Nazarında Değerlendirme-“. *İÜHF*M, c. LX, sa. 1-2, y: 2002, s. 325 - 335.
- Heinrich, Bernd.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: 2014, 4. überarbeitete Auflage.
- Herzberg, Rolf Dietrich.** “Beteiligung an einer Selbsttötung oder tödlichen Selbstgefährdung als Tötungsdelikt”. *Teil 2: Juristische Arbeitsblätter(JA)*, s. 177 - 185.
- Herzberg, Rolf Dietrich.** *Versuch - Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch*. Band 1.
- Herzberg, Rolf Dietrich.** *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*. Berlin: 1972.
- Hilgendorf, Eric.** “Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen am Beispiel des Lederspray - Urteils”. *NStZ* 1994.
- Hirsch, Hans Joachim.** “Die Lehre von Negativen Tatbestandsmerkmalen: der Irrtum über einem Rechtfertigungsgrund”. Bonn – Röhrscheid: 1960.
- Hirsch, Hans Joachim.** *Strafrechtliche Probleme*. Berlin: 2009, Herausgegeben von **Hans Lilie**, Band II.
- Hogan, Brian.** “Omissions and the Duty Myth”. In *P.F Smith(ed), Criminal Law: Essays in Honour of J.C. Smith*, 1987.
- Holland - Hoffman, Klaus.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin: 2011, 2. erweiterte Auflage.
- Honsell, Heinrich, Nedim Peter Vogt ve Wolfgang Wiegand.** *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*. Zürich: 2003, Art. 1 - 529.
- İçel, Kayıhan, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu ve Yener Ünver.** *İçel Suç Teorisi*. İstanbul: 1999, 2. Kitap.
- İnternet: **AİHM (ECHR)**. *Budayeva and Others v. Russia (Chamber Judgment)*. T. 20.3.2008. <https://hudoc.echr.coe.int/>. Siteye erişim tarihi: 10.8.2020.
- İnternet: **AİHM (ECHR)**. *Öneryıldız v. Turkey (GC)*. T. 30.11.2004. <https://hudoc.echr.coe.int/>. Siteye erişim tarihi: 10.8.2020.

- İnternet: **Bloomberg İnternet Sitesi**. “Tesla Driver Died Using Autopilot, With Hands Off Steering Wheel” <https://www.bloomberg.com/news/articles/> . Haber tarihi: 31.03.2018. Siteye erişim tarihi: 09.06.2018.
- İnternet: **Diyanet İşleri Başkanlığı Kuranı Kerim Tefsiri**. <https://kuran.diyanet.gov.tr/Tefsir/> . Siteye erişim tarihi: 08.02.2019.
- İnternet: **Diyanet İşleri Başkanlığı Online Kuran Meali**. <http://kuran.diyanet.gov.tr>. Siteye erişim tarihi: 10.08.2020.
- İnternet: **HeinOnline Veritabanı**. <https://home.heinonline.org/> . Siteye erişim tarihi: 12.07.2020.
- İnternet: **Kazancı - İctihat Bilgi Bankası**. <http://www.kazanci.com> . Siteye erişim tarihi: 15.06.2020.
- İnternet: **TDK Büyük Türkçe Sözlük**. <http://www.tdk.gov.tr>. Siteye erişim tarihi: 22.08.2020.
- İnternet: **TDK Güncel Türkçe (Online) Sözlük**. <http://sozluk.gov.tr/>. Siteye erişim tarihi: 10.08.2020.
- İsfen, Osman**. “Das Ausnahmefallmodell in art. 34 II des Türkischen Strafgesetzbuches - Eine Kritische Würdigung im Hinblick auf dessen Vereinbarkeit mit dem Schuldprinzip / TCK md. 34/2’de Düzenlenen İstisna Modelinin Kusur İlkesi ile Bağdaştırılabilirliği Konusunda Eleştirel Bir Değerlendirme”. *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, c.1, sa. 1, y: 2011, s. 1 - 46.
- Jäger, Christian**. *Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2017, 8. Neubearbeitete Auflage.
- Jakobs, Günther**. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin/New York: 1991, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage.
- Jescheck, Hans Heinrich ve Thomas Weigand**. *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Berlin: 1996, 5. Auflage.
- Joecks, Von Wolfgang ve Christian Jäger**. *Studienkommentar StGB*. 2018, 12. Auflage.
- Kangal, Zeynel**. “Cezalandırılabilirliğin Objektif Koşulları”. *İÜHFM*, c. LXVIII, sa. 1-2, y. 2010: s. 151 - 168.
- Kangal, Zeynel**. *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*. Ankara: 2010.
- Karakehya, Hakan ve Asena Kamer Usluadam**. “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi*, c. 3, y: 2015, sa. 2, s. 1- 24.
- Karaman, Hayrettin, Mustafa Çağrı, İbrahim Kafı Dönmez ve Sadrettin Gümüş**. *Kur’an Yolu Meali*. Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları 1423, Ankara: 2018.
- Katoğlu, Tuğrul**. “Olası Kast ve Suça Teşebbüs”. *Nevzat Toroslu’ya Armağan*, Ankara: 2015, c. I, s. 611 - 626.
- Kaufmann, Armin**. *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. Göttingen: 1988.
- Kaufmann, Arthur**. *Das Schuldprinzip*. Heidelberg: 1961.

- Kazaker, Gözde.** *Ceza Hukukunda Elverişsiz Teşebbüs*. Ankara: 2019.
- Keçelioğlu, Elvan.** “Alman Ceza Hukukunda Faillik”. *TBB Dergisi*, sa.65, y: 2006, s. 73 - 88.
- Keyman, Selahattin.** “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”. *AÜHFD*, c. 40, sa. 1, y. 1988: s. 121 - 171.
- Kılıçoğlu, Ahmet.** *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2013, Genişletilmiş 17. Bası.
- Kızıllarslan, Hakan.** “Hekim ve Özel Hastanelerin Cezai Sorumlulukları”. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD)*, sa. 41, y. Ocak 2020: s. 187 - 212.
- Kienapfel, Diethelm ve Frank Höpfel.** *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*. Wien: 2009, 13. Überarbeite und erweiterte Auflage.
- Kindhäuser, Urs.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Bonn: 2008, 3. Auflage.
- King, L. W.** *The Code of Hammurabi*. Translated in 1915.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz.** *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2020, 13. Baskı.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz.** *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: 2020, 7. Baskı.
- Krey, Volker ve Robert Esser.** *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: 2016, 6. überarbeitete Auflage.
- Krey, Volker.** *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch in Deutsch und Englisch*. Teil I Grundlagen, 2002.
- Kubat, Mehmet.** “İslam Düşüncesinde Aklın Vahiy Karşısındaki Konumu”. *Milel ve Hilal Dergisi*, c. 8, sa. 1, y. 2011: s. 71 - 118.
- Kunter, Nurullah.** *Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi*. İstanbul: 1955.
- Küdlisch, Hans.** *Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2018, 3. Auflage.
- Kühl, Kristian.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: 2005, 5. Auflage.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami.** “İlaçların Tıbbi Müdahalede Kullanılmasından, Üretilmesinden, Satılmasından Kaynaklanan Suçlar Çerçevesinde Hekim, İlaç Üreticisi ve Eczacının Ceza Sorumluluğu”. *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Ankara: 2018, s. 387 - 415.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami.** “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”. *İÜHFM*, sa. 1 - 2, c. LXIII, y: 2005, s. 57 - 112.
- Maihofer, Werner.** “Der soziale Handlungsbegriff”. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, s. 156 - 182.
- Maiwald, Manfred, çev. Cumhur Şahin.** “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”. *Diskussionsbeiträge 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).
- Maurach, Reinhart ve Heinz Zipf.** *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband I. Heidelberg: 1987, 7. Auflage;

- Maurach**, Reinhart ve Heinz **Zipf**. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband I. Heidelberg: 1992, 8. Auflage.
- Maurach**, Reinhart, Karl Heinz **Gössel** ve Heinz **Zipf**. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Teilband II. 1984, 6. Auflage.
- Mayer**, Hellmuth. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Stuttgart: 1953.
- Mayer**, Michael. “*Strafrechtliche Produktverantwortung bei Arzneimittelschäden*”. Berlin / Heidelberg: 2008.
- Meuer**, Dieter. *Grundkurs Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. Marburg: 1999, 4. Auflage.
- Mezger**, Edmund. *Deutsches Strafrecht Ein Grundriss*. Berlin: 1941, 2. Erweiterte Auflage.
- Mezger**, Edmund. *Deutsches Strafrecht Ein Grundriss*. Berlin: 1943, 3. Auflage.
- Nomer**, Haluk Nami. “*Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?*”. *Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan*, c.8, y: 2013, s. 2053 - 2074.
- Nomer**, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 2012, Gözden Geçirilmiş 12. Bası.
- Oktar**, Salih. “*Ceza Kanunu Dışındaki Hukuka Uygunluk Nedenleri*”. *Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, İstanbul: 26 - 27 Mart 1997, s. 75 - 88.
- Olgun**, Eser. “*Kasten Öldürme Suçunun Türk - Alman Karşılaştırmalı Ceza HukukuBakımından İncelenmesi*”. *Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan*, y. 2013: s. 1631 - 1666.
- Oral**, Mehmet. “*Teşebbüs*”. *Ceza Hukuku Günleri - 70. Yılında Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler*, İstanbul: 26 - 27 Mart 1997 s. 197 - 207.
- Ordeig**, Gimbernath Enrique. “*Handlung, Unterlassung und Verhalten*”. *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, y. 1989: s. 159 v.d.
- Ordeig**, Gimbernath Enrique. *Beiträge zur Strafrechtswissenschaft: Handlung, Kausalität, Unterlassung*. Berlin: 2013.
- Ormerod**, David ve Karl **Raid**. *Smith, Hogan, and Ormerod's Text, Cases, And Materials On Criminal Law*. Oxford University Press, 2017, 12th Edition.
- Ölmez**, Gökhan. “*Evi Terk Tden Çocuğu, Ailesini veya Yetkilileri Haberdar Etmeksizin Tutma Suçu (TCK m. 234/3)*”. *Dr. Silvia Tellenbach'a Armağan*, Ankara: 2018, s. 459 - 482.
- Önder**, Ayhan. *Ceza Hukuku Dersleri*. İstanbul: 1992.
- Önder**, Ayhan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 1989, c. II.
- Önok**, R. Murat. “*TCK'da Koruma, Gözetim, Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün İhlali Suretiyle İşlenen Suçlar*”. *İKÜHFD*, c. 11, sa.1, y: 2012, s. 31 - 63.

- Özbek, Veli Özer. “Türk Hukuku’nda Gizli Soruşturmacının Ceza Sorumluluğu”. *CHKD*, c. 2, sa. 1 - 2, y: 2014, s. 135 - 155.
- Özbek, Veli, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız ve İlker Tepe. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2013, 4. Bası.
- Özen, Muharrem ve Meral Ekici Şahin. “Ötanazi”. *Ankara Barosu Dergisi (ABD)*, sa. 68, y. 2010/4: s. 15 - 36.
- Özgenç, İzzet ve Cumhur Şahin. “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”. *GÜHFD*, c. 6, sa. 2, y: 2002.
- Özgenç, İzzet. “Davranış Normları Teorisi (Haksızlık ve Müeyyide İlişkisi)”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Şakir Berki’ye Armağan*, c. 5, sa. 1 - 2, y. 1996: s. 443 - 454.
- Özgenç, İzzet. “Davranış Normları Teorisi Hukuk ve Ahlak İlişkisi (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.7.2018 tarihli ve K. 2018/7 sayılı Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirmeler)”. *TÜBA Akademi Konferansı Bildirisi*, Ankara/Beşevler: Şubat 2019.
- Özgenç, İzzet. “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”. *CHKD (Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi)*, c. 2, sa. 1 - 2, y: 2014, s. 1 - 10.
- Özgenç, İzzet. *Ekonomik Çıkar Amacıyla İşlenen Suçlar*. Ankara: 2002.
- Özgenç, İzzet. *Suç Örgütleri*. Ankara: 2019, 12. Bası.
- Özgenç, İzzet. *Suç İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik*. İstanbul: 1996.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2019, 15. Bası.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2020, 16. Bası.
- Özgenç, İzzet. *Uygulamalı Ceza Hukuku*. İstanbul: 1998, 2. Bası.
- Öztürk, Bahri ve Mustafa R. Erdem. *Ceza Hukuku Genel Hükümler ve Özel Hükümler*. Ankara: 2007, 5. Baskı.
- Philipps, Lothar. *Der Handlungsspielraum - Untersuchungen über das Verhältnis von Norm und Handlung im Strafrecht*. Frankfurt am Main: 1974.
- Plagemann, Gottfried. “Alman Hukukunda Gizli Soruşturmacının Kullanılması ve Gizli Soruşturmacının Yetkileri”. *CHKD*, c. 2, sa. 1 - 2, y: 2014, s. 157 - 187.
- Radbruch, Gustav. *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftlichen Systematik*. Berlin: 1904.
- Reisoğlu, Safa. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: 2005, 17. Bası.
- Rengier, Rudolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. München: 2013, 5. Neu bearbeitete Auflage.
- Roe, Diana. *Criminal Law*. Hodder Education, London: 2005, 3rd Edition.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band I. München: 2006, 4. Auflage.
- Roxin, Claus. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Band II. München: 2003.

- Roxin, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Hamburg: 1967, 2. Auflage.
- Rudolphi, Hans-Joachim. “Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktes”. *Monatsschrift für Deutsches Strafrecht*, 21. Jahrgang, Heft 1/1967, s. 1 - 6.
- Sancar, Türkan Yalçın. *Çok Failli Suçlar*. Ankara: 1998, s. 26.
- Savaş, Vural ve Sadık Mollamahmutoğlu. *Türk Ceza Kanununun Yorumu*. Ankara: 1999, 3. Bası, c. I - II.
- Schmidhäuser, Eberhard. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Tübingen: 1975, 2. Auflage.
- Schmidt, Eberhard. *Der Arzt im Strafrecht*. Leipzig: 1939.
- Schmidt, Rolf. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. 2018, 19. Auflage.
- Schroth, Ulrich. *Vorsatz und Irrtum*. Münchener Universitatsschriften, Band 132, München: 1997.
- Selçuk, Sami. “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin / Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”. *THD (Terazi Hukuk Dergisi)*, sa. 45, y: Mayıs 2010, s. 87 - 104.
- Sieber, Ulrich. “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme - Zugleich eine Besprechung der Entscheidung BGH 3 StR 398/81 vom 10.2.1982”. *JZ*, b. 38, y: 1983, s. 431 - 437.
- Somay, Tümerkan. *Dolandırıcılık Suçu*. İstanbul: 1987.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 1998.
- Soyaslan, Doğan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: 2005, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı.
- Soyaslan, Doğan. *Teşebbüs Suçu*. Ankara: 1994.
- Sözüer, Adem. *Suç Teşebbüs*. İstanbul: 1994.
- Spendel, Günter. “Zur Unterscheidung Von Tun Und Unterlassen”. *Festschrift Für Eberhard Schmidt Zum 70. Geburtstag*, In Göttingen: 1961, s. 183 - 199.
- Stratenwerth, Günter. *Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I*. Bern: 2011, 4. neubearbeitete Auflage.
- Şahin, Cumhur ve Neslihan Göktürk. *Ceza Muhakemesi Hukuku I*. Ankara: 2019, 10. Bası.
- Temir, Ahmet. “Türkiye Türkçe’sindeki -sel/-sal Sıfat Eki Nereden Geliyor?”. *Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, sa. 8, y: 1999, s. 3 - 5.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem ve Murat R. Önok. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. 2007, 5. Baskı.
- Tiedemann, Klaus. “Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung”. *NJW* 1990.
- Tongür, Ali Rıza ve Ekrem Çetintürk. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2020.
- Toroslu, Nevzat ve Haluk Toroslu. *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: 2016.
- Tosun, Mebrure. “Hammurabinin Toprak Kanunları”. *AÜDTCFD*, c. 21, sa. 3 - 4, y. 1963: s. 127 - 141.

- Tosun, Öztekin. *Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri*. İstanbul: 1967.
- Tozman, Önder. “İhmal Suçlarında Teşebbüs ve Gönüllü Vazgeçme”. *TBB Dergisi*, sa. 84, y. 2009: s. 160 - 187.
- Triffterer, Otto. *Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil*. Wien: 1994, 2. Neubearbeitete Auflage.
- Tröndle, Herbert ve Thomas Fischer. *Strafgesetzbuch*. München: 1999, 49. Auflage.
- Tulay, Muhammed Emre. “Kast Unsuru ve Cezalandırılabilirlik Şartı Ekseninde Hakaret Suçu”. *SÜHFD*, sa. 27, y. 2019: s. 573 - 587.
- Turhan, Faruk ve Murat Aksan. “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”. *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan*. Ankara: 2020, s. 773 - 814.
- Turhan, Faruk. “Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin Ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme”. *SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 8, sa. 2, y: 2018, s. 1 - 87.
- Türk Dil Kurumu Yayınları. *Türkçe Sözlük*. Ankara: 2011, 11. Baskı.
- United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *International Classification of Crime for Statistical Purposes (ICCS)*. Version 1.0, March 2015.
- Üçok, Coşkun. “Alman Hukukunun Tarihsel Gelişimine Bir Bakış”. *AÜHFD*, c. 7, sa. 1, y. 1950: s. 292 - 321.
- Ünver, Yener ve Hakan Hakeri. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: 2019, c. I, 15. Baskı.
- Ünver, Yener. “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”. *II. Uluslar Arası Tıp Hukuku Kongresi (Antalya: 21 – 23 Eylül 2017) Bildiriler Kitabı*, Ankara: 2018, s. 955 - 971.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk*. İstanbul: 1998.
- Ünver, Yener. *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer*. Ankara: 2003.
- Ünver, Yener. *İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma (TCK’de Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar)*. Ankara: 2019, 5. Baskı.
- Üzülmez, İlhan ve Ahmet Hulusi Akkaş. “Suçun Yapısında Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları”. *ERÜHFD*, c. II, sa. 1 - 2, y: 2007, s. 71 - 87.
- Üzülmez, İlhan. “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK m. 257)”. *GÜHFD*, c. XVI, sa. 1, y: 2012, s. 191 - 216.
- Üzülmez, İlhan. “Yeni Ceza Kanunu’nda İrtikâp Suçu (TCK m. 250)”. *SÜHFD*, c. 14, sa. 2, y. 2006: s. 273 - 298.
- v. Hippel, Robert. *Lehrbuch des Strafrechts*. Berlin: 1932.
- Vehbi Bey. *Hukuku Ceza (Ders Notları)*. İstanbul: 1931 - 1932.

- Weidner, Ernst**, çev. Hasan Sevimcan. “Dünyanın En Eski Kanunnameleri (Eski Şarkta Yeni Buluntular)”. *AÜHFD*, c.7, sa. 1, y. 1950: s. 379 - 383.
- Welzel, Hans**. “*Naturrecht und Rechtspositivismus*”. *Festschrift für H. Niedermeyer*, 1953: s. 274 v.d.
- Welzel, Hans**. *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*. Bonn: 1975.
- Welzel, Hans**. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: 1967, 10. Auflage.
- Welzel, Hans**. *Das Deutsche Strafrecht*. Berlin: 1969, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage.
- Welzel, Hans**. *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*. Mannheim/Berlin/Leipzig: 1935.
- Welzel, Hans**. *Um Die Finale Handlungslehre*. Tübingen: 1949.
- Wessels, Johannes ve Thomas Hillenkamp**. *Strafrecht Besonderer Teil*. Heidelberg: 2016, 39. Auflage.
- Williams, Glanville**. “What Shold the Code Do about Omissions”. 7 Legal Studies 92 (1987): s. 91 v.d. printed from HeinOnline.
- Yağlı, Ali Rıza**. *Timur Tüzükatı - Bozkırın Töresi*. İstanbul: 2016, 1. Basım.
- Yıldırım, Abdülkerim**. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: 2019, 9. Baskı.
- Yılmaz, Zahit**. “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”. *MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi*, c. 24, sa. 1, y. 2018: s. 122 - 131.
- Yurtlu, Fatih**. “Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma”. *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Ankara: 2013.
- Yurtlu, Fatih**. “Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması”. *GÜHFD*, c. XX, sa. 3, y: 2016 Temmuz, s. 411 - 435.
- Yurtlu, Fatih**. “Suçu Bildirmeme Suçu”. *Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan*, Ankara: 2018, s. 757 - 784.
- Yüce, Turhan Tufan**. *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*. Ankara: 1985.
- Zafer, Hamide**. “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m. 280)”. *İÜHFM*, c. LXXI, sa. 1, y. 2013: s. 1327 - 1352.
- Zu Donha, Alexander Graf**. *Der Aufbau der Verbrechenslehre*. Bonn: 1950.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Yurtlu, Fatih
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 23.07.1988 - İzmir
Medeni hali : Evli
Telefon : 0312 216 20 55
e-mail : fatihyurtlu@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Doktora	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı	Devam ediyor
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	2013
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2010

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2011 – halen.	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

İngilizce (iyi), Almanca (orta)

Yayınlar

Kitaplar

1. Seçim Sistemleri ve Türkiye'de Seçim Hileleri (Gerrymandering) Uygulamaları, Ortak Yazar, Adalet Yayınevi 2014.
2. Ceza Genel Hukuku, Ortak Yazar, Seçkin Yayınevi 2018.
3. Ceza Genel Hukuku, Ortak Yazar, 2. Bası, Seçkin Yayınevi 2019.
4. Ceza Genel Hukuku, Ortak Yazar, 3. Bası, Seçkin Yayınevi 2020.

Tezler

1. "Suç İşlemek Amacıyla Örgüt Kurma, Kurulmuş Örgütü Yönetme veya Bu Örgüte Üye Olma", Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.
2. "İhmalî Suçlar", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2020.

Hakemli Makaleler

1. "Z.N.S & Türkiye Davası, (AİHM Karar İncelemesi)", Fasikül Hukuk Dergisi, Sayı 23, s. 12-14, y. 2011.
2. "Hükümet Sistemleri ve Türkiye", (Ortak Yazar) Düşünce Dünyasında TÜRKİZ Dergisi, Sayı 33, s. 7 - 30, y. 2015.
3. "Terör Eylemleri Nedeniyle Devletin Mali Sorumluluğu", Düşünce Dünyasında TÜRKİZ Dergisi, Sayı 40, s. 25 - 44, y. 2016.
4. "Suç Örgütünün Propagandasını Yapma Suçu ve Türkiye Açısından AİHM Kararlarına Yansıması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3, s. 411 - 436, y. 2016.
5. "Suçu Bildirmeme Suçu", Dr. Dr. h.c. Silvia Tellenbach'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Mayıs 2018, s. 757 - 787.
6. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme / An Evaluation of the Possible Issues in Theory and Practice within the Context of the Crime of Money Laundering –Prof. Dr. İzzet Özgenç ile birlikte. **5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu Kitabı**. Seçkin Yayınevi, Kasım - 2020. Türkçe Metin: s. 447 - 470. İngilizce Metin: 471 - 494.

Uluslararası Akademik Sunumlar

1. 14. Summer Academy organized by İstanbul Kültür University, İzmir, 2011, **Title: "Z.N.S v. Turkey Case"**, (Turkish and English)
2. Suçtan Kaynaklanan Malvarlığı Değerlerini Aklama Suçları Bakımından Teori ve Uygulamada Ortaya Çıkabilecek Sorunlara İlişkin Bir Değerlendirme / An Evaluation of the Possible Issues in Theory and Practice within the Context of the Crime of Money Laundering - Hakemli - Prof. Dr. İzzet Özgenç ile birlikte. **5. Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri – Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar 23-24 Eylül 2019 Ankara**.

Diğer Akademik Yayınlar

1. Self-Determinasyon İlkesi ve Kuzey Irak'ta Planlanan Bağımsızlık Referandumu, TASAV İnternet Sitesi, 13 Temmuz 2017.

Uluslararası Sertifikalar

1. Alman Ceza Muhakemesi Hukuku Yüksek Lisans Dersleri(Almanca), Doç. Dr. Johanna Rinceanu, Freiburg Albert Ludwigs Üniversitesi, 2017-2018 Sonbahar Dönemi.
2. Türk Doktorantlar İçin Alman Ceza Hukuku Dersleri(Almanca), Dr. Mehmet Arslan, Freiburg Max Planck Enstitüsü, 2017-2018 İlkbahar ve Sonbahar Dönemi.



