

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

## İHMALİ SUÇLARDA İŞTİRAK

Doktora Tezi

ÖZGE BOZKURT

İstanbul, 2024

T.C.  
MARMARA ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

## İHMALİ SUÇLARDA İŞTİRAK

Doktora Tezi

ÖZGE BOZKURT

Danışmanı: Prof. Dr. Mahmut KOCA

İstanbul, 2024

## ÖZET

İnsanın dış dünyasına yansımayan düşünce ve hislerin ceza hukukunun konusu olamayacağına dair temel prensip karşısında bizatihi kendisi aktif bir etkiyi içermeyen ihmalin hangi dayanak ile ceza sorumluluğuna esas teşkil edeceği sorusu yüzlerce yıldır cevaplanmaya çalışılmıştır. Niteliği, icrai hareketten nasıl ayrılacağı, suç teorisi içindeki yeri ve nedensel değeri hakkında pek çok fikir ileri sürülen ihmal kavramı ceza hukukunun en ihtilaflı alanlarının kesişiminde yer almaktadır. Ontolojik bir varlığının bulunup bulunmadığı dahi tartışmalı olan bu kavram, suç teorisinin en çetrefilli konularından biri olan iştirak ile bir araya geldiğinde çözümü şart ve fakat zor olan pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda icrai suçların ihmali suçlara nazaran sayıca üstünlüğü suç teorisinin de icrai hareket temelinde gelişmesine neden olmuştur. Buna karşın ceza hukuku kendi içindeki deviniminde ihmali suçları da tam anlamıyla göz ardı etmemiştir. Zamanla farklı ayrımlara tabi tutulan ihmali suçlar bugün genel kabul gören anlayışa göre gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar şeklinde gruplandırılmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde bu suçlar türleri bağlamında gösterdikleri özellikler dikkate alınarak ele alınmıştır.

İcrai hareketten farklı açmazları olan ihmali hareket, iştirak söz konusu olduğunda daha büyük sorunlarla karşılaşmaktadır. İhmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının mümkün olup olmadığı ve mümkünse hangi ölçütlerle bu ayrımın yapılabileceği sorusu ile başlanan iştirak incelemesinde her bir iştirak formu bağlamında peşi sıra birçok soru doğmaktadır. Sözelimi müşterek faillerden birinin ihmali diğerinin icrai harekette bulunmasının mümkün olup olmadığı, ihmali hareketin azmettirme ve yardım etme bakımından işlevselliği, nedensel bir süreci başlatma ihtimalinin bulunup bulunmadığı ve bu bağlamda dolaylı faillik bakımından değeri gibi konular özelinde şimdiye kadar ileri sürülmüş birçok fikir çalışmanın üçüncü bölümünde ortaya konulmaya çalışılmıştır.

Bu çalışma ile amaçlanan, mutlak doğrular aramak yerine, kendi içinde tutarlı ve ceza hukukunun temel ilkeleriyle uyumlu çözümler sunmak ve ceza hukuku öğretisine küçük de olsa bir katkı sağlamaktır.

**Anahtar Kelimeler:** İhmal, ihmali suç, özgü suç, iştirak, faillik, şeriklik, bağlılık kuralı, müşterek faillik, dolaylı faillik, azmettirme, yardım etme

## **ABSTRACT**

In light of the fundamental principle that criminal law pertains to actions and events in the external world, the longstanding question of how omission, devoid of an active effect, forms the basis for criminal responsibility has been debated for centuries. The concept of omission, with diverse perspectives on its nature, differentiation from an executive act, its role in the theory of crime, and its causal significance, resides at the intersection of the most contentious areas within criminal law. The controversial nature of this concept, whether it possesses an ontological existence or not, introduces numerous challenges that become essential yet intricate when entwined with participation—a particularly complex aspect of the theory of crime.

The superiority of executive offences over offences of omission in criminal laws and special laws containing penal provisions has led to the development of the theory of crime on the basis of the executive act. On the other hand, criminal law has not completely ignored offences of omission in its movement. Offences of omission, which have been subjected to different distinctions over time, are grouped as real offences of omission and unreal offences of omission according to the generally accepted understanding today. In the first part of the study, these offences are discussed in the context of their types, taking into account their characteristics.

The act of omission, which has different dilemmas than the executive act, encounters greater problems when it comes to participation. In the examination of participation, which starts with the question of whether it is possible to distinguish between instigation and complicity in the field of omission, and if so, with which criteria this distinction can be made, many questions arise one after the other in the context of each form of participation. For instance, whether it is possible for one of the joint perpetrators to commit an act of omission and the other to commit an executive act, the functionality of the act of omission in terms of instigating and assisting, whether there is a possibility of initiating a causal process and in this context, many ideas that have been put forward so far in terms of issues such as its value in terms of indirect agency are tried to be put forward in the third part of the study.

The aim of this study is to provide solutions that are consistent within themselves and compatible with the basic principles of criminal law and to make a small contribution to the criminal law doctrine, rather than seeking absolute truths.

**Keywords:** Omission, offence of omission, specific offence, participation, perpetration, accomplicity, the rule of accessoriness, co-perpetration, indirect perpetration, instigation, complicity



## ÖNSÖZ

Suç teorisinin en ihtilaflı konularından olan ihmal ve iştirakin yolunun kesiştiği bu tez, söz konusu birlikteliğin beraberinde getirdiği çok sayıda soruna temas etme ve bu sorunlara yönelik çözüm arayışında Türk ceza hukuku öğretisine ufak da olsa bir katkıda bulunma gayesiyle kaleme alınmıştır. Çalışmada güdülen amaç mutlak doğrulara ulaşmak değil, kendi içinde tutarlı ve suç teorisinin genel ilkeleriyle uyumlu sonuçlar elde etmektir.

İhmalin ontolojik bir karaktere sahip olup olmadığı noktasında başlayan tartışmalar, onun nedensel değeri ve icrai hareketten ayrımı konularındaki görüş ayrılıkları ile devam etmektedir. Yapısal olarak icrai hareketten farklı olan bu davranış biçiminin icra ile birlikte bir üst başlık altında ele alınıp alınamayacağı dahi ciddiyetle sorgulanmaktadır. Seçilecek terminoloji ne olursa olsun ihmalin ontolojik sahada icra ile bir müştereklğe sahip olduğu ve normatif bir değerlendirme ile ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilen bir davranış biçimi olduğunun kabulü ile iştirak sahasında bu iki davranışın birbirine bağlanması da mümkün hale gelmektedir.

İhmal sahasında faillik ve şeriklik ayrımının mümkün olup olmadığı ve mümkünse bu ayrımında kullanılacak ölçütün ne olduğu sorusu tezin sac ayaklarından birini oluşturmaktadır. Tezin ikinci bölümünde cevap aranan bu soruyu tezin üçüncü bölümünde iştirak türlerinin ihmal alanındaki görünüm biçimine ilişkin incelemeler takip etmektedir. Bu bölümde uygulamadan da örneklerle yer verilerek son derece soyut olan çalışma konusunun mümkün olduğunca somut hale getirilmesi amaçlanmıştır.

İtiraf etmek gerekir ki tezin yazımı sürecinde konuya dair Alman hukukundaki zengin birikimden de yararlanma gayreti gösterilirken anadilde dahi anlaşılması ve ifadesi zor olan bu çetrefilli konuyu yabancı bir dilden anlamak ve aktarmanın zorluğu fazlasıyla hissedilmiştir. Öte yandan dilin düşünceyi nasıl şekillendirdiğine bir kez daha tanıklık etmiş ve bu çalışmanın ceza hukuku sahasına ilişkin olarak bana sağladığı katkıların yanına bu tecrübeyi de eklemiş bulunmaktayım.

Bu tezin yazılmasına öngelen süreçte ve tezin yazımı aşamasında katkısını inkar edemeyeceğim hocalarıma bu vesile ile ayrı ayrı teşekkür etmek isterim. İstanbul Şehir Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak çalıştığım süre boyunca engin bilgi ve tecrübelerinden yararlanma fırsatı bulduğum, mesleki

gelişimim için başvurduğum her yolda desteğini hep hissettiğim, bugün ceza hukukuna dair bildiğim çoğu şeyi kendisine borçlu olduğum danışmanım ve Sayın Hocam Prof. Dr. Mahmut KOCA'ya üzerimdeki büyük emeği için en içten teşekkürlerimi sunuyorum. Akademinin gözümde ışıklı bir yol olmasını sağlayan, küsmemeyi, yürümekte ısrar etmeyi ve o yoldan dönmemeyi öğreten Sayın Hocam Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK'a üzerimdeki büyük emeği için yürekten teşekkür ediyorum. Tez izleme komitemde yer alan ve tezimi satır satır okuyarak yol gösteren Sayın Hocam Prof. Dr. Mehmet Emin ALŞAHİN'e, tez jürimde yer alan, kıymetli fikirleriyle yol gösteren ve desteğini esirgemeyen Sayın Hocam Prof. Dr. Ahmet GÖKCEN'e ve tezimi büyük bir titizlikle okuyarak kıymetli fikirlerini sunan Sayın Hocam Doç. Dr. Kerim ÇAKIR'a en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Tezin yazımında başta Alman hukuku olmak üzere karşılaştırmalı hukukta verilmiş eserlerden yoğun bir biçimde yararlanma gereği görülmüştür. Çalışma konusu ile ilgili yabancı literatüre ulaşmamı sağlayan ve yurt dışı doktora sırası araştırma bursu ile çalışmalarımı dokuz ay süre ile destekleyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (TÜBİTAK) teşekkürlerimi sunmak isterim. Ayrıca bu vesileyle bana Köln Üniversitesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Enstitüsünde araştırma yapma fırsatını sunan ve rehberliğiyle yolumu aydınlatan Prof. Dr. Martin Paul Waßmer teşekkürlerimi iletmek isterim.

Çok sevdiğim, anlamak ve anlatmak için elimden geleni yaptığım bu tezi yazarken karşılaştığım türlü güçlükler karşısında beni asla yalnız bırakmayan arkadaşlarıma ayrıca ve tek tek teşekkür etmeliyim. Bitmek bilmez sorularıma bıkmadan cevap veren, yardıma ihtiyaç duyduğum her an yanımda bulduğum değerli arkadaşım Dr. Öğr. Üyesi Süleyman Emre ÖZDEMİR'e çok teşekkür ederim. Yaşadığım her bir sıkıntıyı benimle birlikte göğüsleyen, sesleri yoldaşım olan Dr. Bahar ŞİMŞEK'e, Arş. Gör. Pınar YAZICI ÜSTEL'e ve Arş. Gör. Hatice Kübra KOCA'ya gönül borcum bulunmaktadır. Araştırma için Almanyada bulunduğum süreçte bana evinin kapılarını açan, aile sıcaklığını hissettiren ve ihtiyaç duyduğum her an yanımda olan Şerife PETEK ve Arş. Gör. Ömer Faruk PETEK'e yürekten teşekkür ederim. Yine Almanyada bulunduğum süreçte kürsümüzün iş yükünü tek başına taşıyan Arş. Gör. İbrahim AKAR'a özverisi için ayrıca teşekkür etmeliyim. Türkiyede bulunduğum dönemde Alman kaynaklarına ihtiyaç duyduğumda yardımına koşan sevgili arkadaşlarım Arş. Gör. Yasemin YALÇIN'a ve Ayşe SAYIM'a yetişemediğim yerde elim kolum oldukları için çokça teşekkür ederim. Kendisi de Almanyada doktora tezinin yazımında son aşamada olan ve aynı

yolda yürürken geride kaldığımda beni elimden tutup yürümeye teşvik eden sevgili arkadaşım Gamze İLASLAN KOÇ'a desteği için çok teşekkür ederim. Son olarak İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi araştırma görevlilerinin her birine, oluşturdukları büyük ailede bana da yer verdikleri ve yardıma ihtiyaç duyduğum her an yanımda oldukları için yürekten teşekkür ederim.

Bu tezin kaleme alındığı süreçte, bizatihi tezle ilgili olsun veya olmasın karşılaştığım tüm güçlüklerde direnme gücümün kaynağı olan aileme, beni sevginin ayrıcalığıyla sardıkları, tükenmez bir sabır ve sevgi ile dünyamı aydınlattıkları için teşekkürün en büyüğünü borçluyum.

**ÖZGE BOZKURT**

**İstanbul, 2024**



## İÇİNDEKİLER

|                  |      |
|------------------|------|
| ÖZET.....        | i    |
| ABSTRACT.....    | ii   |
| ÖNSÖZ.....       | iv   |
| İÇİNDEKİLER..... | vii  |
| KISALTMALAR..... | xiii |
| GİRİŞ.....       | 1    |

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### CEZA HUKUKUNDA İHMAL KAVRAMI

#### VE SUÇ TEORİSİ İÇİNDEKİ YERİ

|                                                                    |    |
|--------------------------------------------------------------------|----|
| I. CEZA HUKUKUNDA İHMAL KAVRAMI .....                              | 5  |
| A. Genel Olarak .....                                              | 5  |
| B. Sözlüklerde ve Normatif Metinlerde İhmal Kavramı.....           | 7  |
| C. İhmali Hareketin Niteliği ve Suç Teorisi İçindeki Yeri .....    | 9  |
| 1. Hareket Teorilerinin İhmale Bakış Açısı.....                    | 9  |
| a. Ontolojik Teoriler .....                                        | 11 |
| b. Normativist Teoriler.....                                       | 28 |
| c. Değerlendirme.....                                              | 33 |
| 2. Hareket-İhmal İlişkisi Ekseninde Ortak Üst Terim Arayışı .....  | 39 |
| 3. Değerlendirme .....                                             | 41 |
| II. İHMALİ HAREKETİN İCRAİ HAREKETTEN AYRIMI .....                 | 42 |
| A. İcra ve İhmal Ayrımının Sorun Teşkil Ettiği Örnek Olaylar ..... | 42 |

|                                                                                                       |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| B. İcra-İhmal Ayırımında Farklı Görüşler .....                                                        | 46        |
| 1. Vücut Hareketi Ölçütü.....                                                                         | 47        |
| 2. Enerji Kullanımı Ölçütü .....                                                                      | 49        |
| 3. Nedensellik Ölçütü .....                                                                           | 52        |
| 4. Nedensellik Ölçütü ile Enerji Kullanımı Ölçütünün Birlikte Kullanılması Yönündeki Karma Görüş..... | 53        |
| 5. Sosyal Mana Ölçütü.....                                                                            | 54        |
| 6. Ağırlık Noktası Ölçütü .....                                                                       | 55        |
| 7. İcraya Ağırlık Veren Görüş .....                                                                   | 57        |
| 8. Hukuki Değerlere Saygı Gösterilmesini Talep Etme Hakkına İlişkin Kriter .....                      | 58        |
| 9. Karma Görüşler .....                                                                               | 59        |
| 10. İcra-İhmal Ayırımını Sorunlu veya Olanaklı Bulmayan Görüşler.....                                 | 61        |
| C. Değerlendirme.....                                                                                 | 62        |
| D. İcra Suretiyle İhmal.....                                                                          | 68        |
| <b>III. İHMALİ SUÇLAR.....</b>                                                                        | <b>71</b> |
| A. Genel Olarak .....                                                                                 | 71        |
| B. İhmali Suçların Türleri Arasında Yapılan Ayırımın Kriterleri .....                                 | 75        |
| 1. Maddi Kriter .....                                                                                 | 75        |
| 2. Şekli Kriter .....                                                                                 | 77        |
| 3. Davranış Normlarının Niteliği Kriteri .....                                                        | 79        |
| 4. Garantörlük Kriteri .....                                                                          | 81        |
| 5. İcraya Eşitlik Kriteri .....                                                                       | 82        |
| 6. Hukuki Yükümlülüğün Niteliği Kriteri .....                                                         | 82        |
| 7. Değerlendirme .....                                                                                | 83        |
| C. İhmali Suçların Yapısı.....                                                                        | 84        |
| 1. Gerçek İhmali Suçlar ve Tipiklik Unsurları .....                                                   | 84        |
| 2. Gerçek Olmayan İhmali Suçlar .....                                                                 | 86        |
| a. Genel Olarak .....                                                                                 | 86        |
| b. Gerçek Olmayan İhmali Suçların Unsurları .....                                                     | 87        |
| c. Tipikliğin Maddi Unsurları .....                                                                   | 92        |
| aa. Emredilen Hareketin Yapılmaması.....                                                              | 92        |
| bb. Neticenin Meydana Gelmesi.....                                                                    | 93        |
| cc. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet.....                                                       | 93        |

|            |                                                                    |            |
|------------|--------------------------------------------------------------------|------------|
| dd.        | Neticenin Önlenmesi Yükümlülüğünün Bulunması (Garantörlük).....    | 99         |
| (a)        | Genel Olarak .....                                                 | 99         |
| (b)        | Garantörlüğün Kaynakları.....                                      | 100        |
| ee.        | İhmali Hareketin İcrai Harekete Eşdeğerliği .....                  | 110        |
| d.         | Tipikliğin Manevi Unsurları .....                                  | 110        |
| e.         | Hukuka Aykırılık Unsuru .....                                      | 113        |
| f.         | İhmali Suçlarda Kusur .....                                        | 114        |
| <b>IV.</b> | <b>İHMALİ SUÇLARIN BAZI CEZA HUKUKU KAVRAMLARIYLA İLİŞKİSİ</b>     | <b>116</b> |
| A.         | Özgü Suç ve Yükümlülük Suçu Kavramları ve Aralarındaki İlişki..... | 116        |
| B.         | İhmali Suç ve Özgü Suç (Yükümlülük Suçu) İlişkisi .....            | 121        |
| C.         | Bizzat İşlenebilen Suç Kavramı ve İhmali Suçlarla İlişkisi .....   | 122        |

## İKİNCİ BÖLÜM

### İHMALİ SUÇLAR İLE ÖZGÜ VE BİZZAT İŞLENEBİLEN SUÇLARDA FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

|            |                                                                                  |            |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I.</b>  | <b>SUÇA İŞTİRAKTE FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI .....</b>                           | <b>127</b> |
| A.         | Genel Hatlarıyla İştirak Kurumu.....                                             | 127        |
| B.         | Suçta İştirakte Cezalandırmaya İlişkin Sistemler.....                            | 128        |
| C.         | Suçta İştirakte Faillik ve Şeriklik Ayrımı.....                                  | 133        |
| 1.         | Genel Açıklamalar .....                                                          | 133        |
| 2.         | Sübjektif Teori ve Normatif Kombinasyon Teorisi.....                             | 135        |
| 3.         | Şekli Objektif Teori .....                                                       | 139        |
| 4.         | Maddi Objektif Teori ve Geliştirilmiş Hali Olarak Fiil Hakimiyeti Teorisi .....  | 141        |
| 5.         | Fiil Hakimiyeti Teorisine Yakın Diğer Teoriler ve Bağımsız Teoriler .....        | 145        |
| 6.         | Türk Hukuku Bakımından Durum.....                                                | 146        |
| <b>II.</b> | <b>ÖZGÜ SUÇLAR İLE YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINDA FAİLLİK VE<br/>ŞERİKLİK AYRIMI.....</b> | <b>148</b> |
| A.         | Ayrım Konusunda İleri Sürülen Görüşler .....                                     | 148        |
| B.         | Türk Ceza Kanununun Benimsediği İlke ve Buna Yönelik Eleştiriler .....           | 153        |

|                                                                                                                                                              |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| C. Suç Teşkil Eden Hareketin Yalnız Extraneus Tarafından İşlenmesi Halinde Suça Katılanların Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi Sorunu .....                   | 157        |
| D. Extraneus'un Özgü Suçun Faili Olarak Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı Sorunu ...                                                                            | 164        |
| <b>III. BİZZAT İŞLENEBİLEN SUÇLARDA FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI.....</b>                                                                                      | <b>172</b> |
| <b>IV. İHMALİ SUÇLARDA FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI .....</b>                                                                                                  | <b>176</b> |
| A. Genel Açıklamalar.....                                                                                                                                    | 176        |
| B. İcrai Suçlarda Faillik ve Şeriklik Ayırımına İlişkin Görüşlerin İhmali Suçlar Alanında da Uygulanmasına İlişkin Yaklaşımlar.....                          | 177        |
| 1. Sübjektif Teori ve Bu Bağlamda Fail İradesi ile Kişisel Çıkar Kavramlarının Kullanımı .....                                                               | 177        |
| 2. Şeriklik Teorisi .....                                                                                                                                    | 178        |
| C. Yükümlülük Durumuna Odaklanan Teoriler .....                                                                                                              | 180        |
| 1. Yükümlülük Suçları Teorisi (Pflichtdeliktslehre) .....                                                                                                    | 180        |
| 2. Yükümlülüğün İçeriğine Göre Yapılan Ayırım.....                                                                                                           | 181        |
| D. Objektif-Normatif Fiil Hakimiyeti Teorileri .....                                                                                                         | 183        |
| 1. Genel Olarak.....                                                                                                                                         | 183        |
| 2. Potansiyel Fiil Hakimiyeti Teorisi.....                                                                                                                   | 184        |
| 3. Neticeyi Önleme Gücü Işığında Normatif Fiil Hakimiyeti Teorisi .....                                                                                      | 186        |
| E. Bağımsız Kombinasyonel Teoriler.....                                                                                                                      | 189        |
| F. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler .....                                                                                                               | 191        |
| G. Değerlendirme.....                                                                                                                                        | 193        |
| <b>V. İHMALİ SUÇLARDA ŞERİKLERİN CEZALANDIRILABİLMESESİNİN ESASI (BAĞLILIK KURALI) VE NİTELİKLİ HALLERİN SUÇ ORTAKLARINA SİRAYETİ.....</b>                   | <b>197</b> |
| A. Genel Hatlarıyla Şerikliğin Temeli ve Bağlılık Kuralı .....                                                                                               | 197        |
| B. Nitelikli Hal ve Özel Kişisel Unsur İlişkisi Bağlamında Garantörsel Yükümlülüğün Şeriklerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi .....                               | 204        |
| C. İhmal Alanında Şeriklerin Cezalandırılabilirliğinin Esası ve Özel Yükümlülük Şartının Şerikin Sorumluluğu Bakımından Gerekli Olup Olmadığı Meselesi ..... | 213        |

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İHMALİ SUÇLARDA İŞTİRAKİN ŞEKİLLERİ

|                                                                                                                                                                      |            |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>I. GENEL HATLARIYLA İŞTİRAK FORMLARININ İCRAİ HAREKET VE İHMALİ HAREKET BAKIMINDAN ORTAK ÖZELLİKLERİ .....</b>                                                    | <b>218</b> |
| A. Faillik .....                                                                                                                                                     | 218        |
| 1. Doğrudan (Müstakil) Faillik .....                                                                                                                                 | 218        |
| 2. Müşterek Faillik .....                                                                                                                                            | 220        |
| 3. Dolaylı Faillik .....                                                                                                                                             | 228        |
| B. Şeriklik .....                                                                                                                                                    | 241        |
| 1. Azmettirme .....                                                                                                                                                  | 241        |
| 2. Yardım Etme .....                                                                                                                                                 | 245        |
| <b>II. İHMALİ HAREKETLE İŞTİRAK .....</b>                                                                                                                            | <b>250</b> |
| A. İhmalî Hareketle Faillik .....                                                                                                                                    | 250        |
| 1. Müşterek Faillik .....                                                                                                                                            | 250        |
| 2. Dolaylı Faillik .....                                                                                                                                             | 252        |
| B. İhmalî Hareketle Şeriklik .....                                                                                                                                   | 261        |
| 1. Azmettirme .....                                                                                                                                                  | 261        |
| 2. Yardım Etme .....                                                                                                                                                 | 265        |
| <b>III. İHMALİ SUÇA İŞTİRAK .....</b>                                                                                                                                | <b>270</b> |
| A. Faillik .....                                                                                                                                                     | 270        |
| 1. Müşterek Faillik .....                                                                                                                                            | 270        |
| 2. Dolaylı Faillik .....                                                                                                                                             | 277        |
| A. Şeriklik .....                                                                                                                                                    | 281        |
| 1. Azmettirme .....                                                                                                                                                  | 281        |
| 2. Yardım Etme .....                                                                                                                                                 | 284        |
| <b>IV. DOĞAL AFETLER VE İŞLETMESEL FAALİYETLER ÇERÇEVESİNDE MEYDANA GELEN ZARARLARIN İHMALİ SUÇLARDA İŞTİRAKE İLİŞKİN İLKELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ .....</b> | <b>287</b> |
| A. Doğal Afetlerin Bir Örneği Olarak Depremın Meydana Getirdiği Zararlar ve İştirak Meselesi .....                                                                   | 287        |
| B. İşletmesel Faaliyetler Çerçevesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğun İştirake İlişkin İlkeler Bağlamında Değerlendirilmesi .....                            | 294        |
| C. Ekskurs .....                                                                                                                                                     | 302        |

|                                                                                      |            |
|--------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>V. İCRAİ VE İHMALİ HAREKETLE İŞTİRAK KONUSUNA İLİŞKİN ORTAK SORUNLAR .....</b>    | <b>306</b> |
| A. Dolaylı Faillikte Hata Halleri .....                                              | 306        |
| B. Failin Hatası, Sapma ve Sınırı Aşımı Hallerinde Suç Ortaklarının Sorumluluğu..... | 309        |
| C. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda İştirak .....                               | 313        |
| <b>SONUÇ.....</b>                                                                    | <b>316</b> |
| <b>KAYNAKÇA.....</b>                                                                 | <b>329</b> |



## KISALTMALAR

|          |                                                  |
|----------|--------------------------------------------------|
| Alm. CK. | : Alman Ceza Kanunu                              |
| AT       | : Allgemeiner Teil                               |
| AÜHFD    | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi    |
| BGH      | : Bundesgerichtshof                              |
| Bkz.     | : Bakınız                                        |
| C.       | : Cilt                                           |
| CD.      | : Ceza Dairesi                                   |
| CGK.     | : Ceza Genel Kurulu                              |
| CHD      | : Ceza Hukuku Dergisi                            |
| CHKD     | : Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi             |
| Çev.     | : Çeviren                                        |
| dn.      | : dipnot                                         |
| E.       | : Esas                                           |
| Ed.      | : Editör                                         |
| İÜHFM    | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| JA       | : Juristische Arbeitsblätter                     |
| Jura     | : Juristische Ausbildung                         |
| JuS      | : Juristische Schulung                           |
| K.       | : Karar                                          |
| Karş.    | : Karşılaştırınız                                |
| LG       | : Landgericht                                    |
| md.      | : Madde                                          |

|      |                                                       |
|------|-------------------------------------------------------|
| NJW  | : Neue Juristische Wochenschrift                      |
| No   | : Sayı                                                |
| OLG  | : Oberlandesgericht                                   |
| rn.  | : rundnummer                                          |
| s.   | : sayfa                                               |
| StGB | : Strafgesetzbuch                                     |
| TBK  | : Türk Borçlar Kanunu                                 |
| TCK  | : Türk Ceza Kanunu                                    |
| vb.  | : ve benzeri                                          |
| vd.  | : ve devamı                                           |
| ZIS  | : Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik  |
| ZStW | : Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft |



## GİRİŞ

Yüzlerce yıllık yolculuğun ve sayısız tartışmanın ardından bugün ceza hukukunda benimsenen ilkelerin başında Latince ifadesiyle “*cogitationis poenam nemo patitur*”<sup>1</sup> gelmektedir. İnsanın iç dünyasında kalan düşünce ve duyguların ceza hukukunun konusunu oluşturamayacağını ifade eden bu prensip karşısında bizatihi kendi varlığı ile dış dünyada aktif bir etkiyi ifade etmeyen ihmalin hangi gerekçeyle ceza hukuku tarafından kendisine değer atfedilebilir bir hareket olarak kabul edilebileceği bir soru ve sorun teşkil etmektedir. Bu soruya bir cevap verebilmek için yapılan çalışmalar, ceza hukuku öğretisinin asırlara yayılan bilimsel birikimi içinde hatırı sayılır bir parçayı oluşturmaktadır. İhmali suçlarda iştirak konulu çalışmamızın sac ayaklarından birini de bu birikimden istifade ederek inşa etmeye çalıştığımız kavramsal çerçeve oluşturmaktadır. Bu çerçeve, ihmalin bir kavram olarak neyi ifade ettiği ve suç sistematigi içindeki yerinin neresi olduğu sorusuna verilecek yanıt ile çizilmeye başlanmaktadır.

İhmalin ceza hukukunun tüm meseleleri bakımından temel görevi icra eden hareket kavramının içinde kendine bir yer bulup bulamayacağı üzerinde uzun süre konuşulmuş konulardan biridir. İcrai davranış ile aynı başlık altında davranışın farklı birer formu olarak ele alınmasının mümkün olup olmadığı konusunda birçok görüş ileri sürülmüş, icra ile ihmalin birbirinin zıttı olduğunu (*Umkehrprinzip*) dile getirenler<sup>2</sup> olduğu gibi bu iki davranış biçiminin A ile A olmayan birer fenomen olarak aynı üst başlık altında birlikte ele alınmasının mümkün olmadığını savunan yazarlar da olmuştur<sup>3</sup>. İhmal ve icranın bir başlık altına sığdırılabileceğini savunanlar ise bu başlığın ne olacağı konusunda çeşitli görüşler ileri sürmüşler ve böylelikle hareket, davranış, fiil gibi kavramlar etrafında farklı terminolojiler geliştirilmiştir. İhmalin suç sistematigi içindeki yerini ilgilendiren bu tartışmalar kaynağını esasen onun icrai harekette olduğu gibi ontolojik bir varlığının bulunup bulunmadığı ve nedensel değeri konularında bulmaktadır. İhmali bu çerçevede açıklama girişimleri ve ortak üst terim arayışına ilişkin açıklamalar çalışmamızın birinci bölümünde ele alınmaya çalışılmıştır.

---

<sup>1</sup> Digest, 48, 18, Ulpian, Edict, book 3. Bkz.: Alan Watson (ed.), **The Digest of Justinian**, C. IV, REV-Revised, Philadelphia, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1998, s. 850.

<sup>2</sup> Bkz.: Armin Kaufmann, **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen, Verlag Otto SchwartzCo, 1959, s. 87 vd.

<sup>3</sup> Bkz.: Gustav Radbruch, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich einen Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik**, Berlin, Boston, De Gruyter, 1903, s. 140.

İhmalin niteliği, nedenselliği ve yeri konusundaki tartışmaların ardından üzerinde durulması gereken konu icrai hareket ile ihmali hareketin birbirinden ayrılmasının mümkün olup olmadığı ve şayet bu ayrım mümkün görülürse hangi kriterlere göre yapılabileceği meselesidir. Bu konuda da birçok teori geliştirilmiş olup halihazırda üzerinde fikir birliği tesis edilmiş bir görüş bulunmamaktadır. Bu konuda benimsenecek olan formül, iştirak başta olmak üzere birçok ceza hukuku kurumunun somut olaya uygulanışı ve ortaya çıkacak netice bakımından belirleyici olacaktır.

Davranış normlarına ilişkin harekete geçme yükümlülüğünü içeren emir normları (*Gebotsnorm*) ve ihmalde bulunma yükümlülüğünü içeren yasak normları (*Verbotnorm*)<sup>4</sup> şeklindeki ikili ayrımdan ihmali suçlar (*Unterlassungsdelikte*) ve icrai suçlar (*Begehungsdelikte*) şeklindeki gruplandırma doğmaktadır<sup>5</sup>. Bir davranışın ihmali nitelikte olduğunun belirlenmesinin ardından bu davranışın hangi türden bir ihmali suça vücut verdiğini tespit etmek gerekmektedir. Zira ihmali suçlar da kendi içinde, bugün çoğunlukla benimsendiği şekliyle, gerçek ihmali suçlar (*delicta omissiva*) ve gerçek olmayan ihmali suçlar (*delicta commissiva per omissionem*) şeklinde iki gruba ayrılmaktadır<sup>6</sup>. Bu iki suç türü arasındaki farkın ne olduğu ve ayrımda kullanılacak kriterin ne olması gerektiği konusunda da farklı görüşler ileri sürülmektedir. Çalışmanın birinci bölümünde ayrıca bu görüşlere ve ihmali suçların türleri bağlamında yapısal özelliklerine yer verilmeye çalışılmıştır. Bu hususlar üzerinde durulmasının sebebi, “ihmali suçlarda iştirak” başlıklı bu çalışmanın kavramsal çerçevesinin bir kanadını da ihmali suç konusunun oluşturmasıdır. Bu suçun yapısal özellikleri bilinmeden ihmalin söz konusu olduğu yerde iştirak ilkelerinin nasıl değişim gösterebileceğini anlamak da güçleşecektir. Ayrıca her bir ihmali suç türünün kendine özgü nitelikleri iştirake ilişkin kuralların belirlenmesinde bir faktör olarak devreye girmektedir ki ihmali suç türleri arasındaki ayrımın isabetli bir biçimde yapılması da bu açıdan önem arz etmektedir. Sözgelimi gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörsel yükümlülük ihmali suça özgü suç vasfını kazandırmakta<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Till Zimmermann, **Rettungstötungen: Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand**, Band 25, Baden-Baden, Nomos, 2009, s. 119.

<sup>5</sup> Karl Binding, **Die Normen und ihre Übertretung**, Band I, Neudruck der 4. Auflage, Leipzig, 1922, s. 108, 109.

<sup>6</sup> Örneğin bkz.: Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Duncker&Humblot, 1996, s. 605; Eric Hilgendorf, Brian Valerius, **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, çev. Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 291; Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 393.

<sup>7</sup> Hans Welzel, **Das Deutsche Strafrecht**, elfte neubearbeitete und erweiterte Auflage, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1969, s. 64.

ve bu durum iştirak bahsinde özgü suçlarda iştirake ilişkin temel ilkelerin de nazara alınması gereğini doğurmaktadır. Bu noktada gündeme gelen konulardan biri de ihmali suçlarla bağlantılı ceza hukuku kavramlarıdır. Bu bağlamda çalışmanın birinci bölümünün son kısmında özgü suç, yükümlülük suçu ve bizzat işlenebilen suç kavramlarına temas edilmesi gerekmiştir.

Çalışmanın ikinci bölümü faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin temel ilkeler ile ihmal ve ilişkili ceza hukuku kurumları bakımından faillik ve şeriklik ayrımı meselelerine hasredilmiştir. İştirake cezalandırmaya ilişkin iki temel sistemden biri olan ve dar anlamda fail kavramının (*restriktiver Täterbegriff*) ortaya çıktığı ikilik sisteminde (*dualistische Beteiligungsmo­dell*), suça sunulan katkının oranına bağlı olarak iştirakçiler fail veya şerik olarak nitelendirilmektedir<sup>8</sup>. Bu da beraberinde bu ayrımın hangi esaslara göre yapılacağı sorununu doğurmaktadır ki şimdiye dek bu konuda geliştirilen birçok teoriye ve avantaj veya eksikliklerine çalışmada yer verilmeye çalışılmıştır. Bu teoriler içinde, maddi objektif teorinin geliştirilmiş hali olarak da anılan fiil hakimiyeti teorisinin bugün öğretilde ağırlıklı olarak benimsenmesi sebebiyle özel bir yeri bulunmaktadır.

Söz konusu olan hareket formu ihmal olduğunda faillik ve şeriklik ayrımını yapmak daha da problemli hale gelmektedir. Zira ihmal bizzat kendisi dış dünyada fark edilebilir aktif bir etkiyi barındırmamakta, nedenselliği konusunda da hala devam ettirilen tartışmalara konu olmaktadır. Bu nedenle salt bir hareketsizliğin hangi esaslara istinaden faillik veya şeriklik olarak nitelendirileceği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda yapılan izahatın ihmali suçlarla ilişkili kavramlar olarak birinci bölümde ele alınan özgü suç, yükümlülük suçu ve bizzat işlenebilen suçlarda faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin ilkelere bağımsız olması elbette düşünülemez. Birer gerçek özgü suç olarak nitelendirilen gerçek olmayan ihmali suçların sahip olduğu karakter itibarıyla bu hususu gösterdiği açıktır. Dolayısıyla ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin açıklamalardan önce ilişkili kavramlar bakımından bu ayrımın kriterlerine yer verilmesi gereği görülmüştür. Akabinde ihmal alanında ayrımın esaslarına ilişkin fikirlere yine çalışmanın ikinci bölümü içinde yer verilmiş ve şimdiye dek geliştirilen teorilerin haklı görülen kabullerinden esinlenilerek kişisel bir kanaat oluşturulmaya çalışılmıştır.

---

<sup>8</sup> M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 745.

Çalışmanın aynı zamanda son bölümü olan üçüncü bölümde ihmal alanında iştirakin görünüm biçimleri “ihmali hareketle iştirak” ve “ihmali suça iştirak” şeklinde iki başlık altında ele alınmıştır. Bu başlıklardan her birinde faillik ve şerikliğin farklı formlarının ihmali hareketle veya ihmali suça icrai bir hareketle katılım bakımından gösterdiği özellikler ve süregelen tartışmalar ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın konusu halihazırda tartışılmaya devam eden birçok başlıktan oluşmaktadır. İhtilaflı noktalarda özellikle yeni çözüm arayışları hedeflenmiştir. Bu bölüm içinde ayrıca işletmesel faaliyetler çerçevesinde ortaya çıkan zararlardan bu faaliyetin yürütülmesinde herhangi bir aşamada görev alan kişilerin sorumluluğu konusuna temas edilme gereği görülmüştür. Zira bu tür faaliyetler çoğunlukla bir zarar veya tehlikenin meydana gelmesi riskini barındırmakta ve bu nedenle belirli mesleki ve teknik kurallara tabi tutulmaktadır. Bu kurallarla uyumsuzluk halinde bunun ihmali mi yoksa icrai bir hareket mi teşkil ettiği bir soru olarak belirecektir. İcra ile ihmal ayrımı konusunda doğan bu sorun, somut olayda faaliyete katılan birden çok kişi içinde hareketi ihmal teşkil ettiği düşünülen en az bir kişinin bulunması halinde ihmali suçlarda iştirak konusunu gündeme getirecektir. Bu meselenin daha sık rastlanması ve ölüm, yaralanma gibi ağır neticelere neden olması sebebiyle deprem ve maden kazaları özelinde ele alınması uygun görülmüştür.

Nihayetinde denilebilir ki, ceza hukukunda ihmal kavramı söz konusu olduğunda tartışmalar da beraberinde gelmektedir. Hukukun doğa bilimlerinden ayrı olarak kesin kabullere dayanmasının mümkün olmaması ve ayrıca bunun gerekliliği konusundaki şüpheler bizi bu çalışmada mutlak doğrular aramaktan ziyade ceza hukukunun amacına uygun ve kendi içinde tutarlı çözümler aramaya sevk etmiştir. Dolayısıyla süregelen tartışmalar ve sorunlu olduğu tespit edilen konular bu bakış açısıyla ele alınmaya çalışılmıştır.

# BİRİNCİ BÖLÜM

## CEZA HUKUKUNDA İHMAL KAVRAMI

### VE SUÇ TEORİSİ İÇİNDEKİ YERİ

#### I. CEZA HUKUKUNDA İHMAL KAVRAMI

##### A. Genel Olarak

Ceza hukuku, tüm hukuk sistemi içinde hukuki barışa en çok ihtiyaç duyulan ve egemen-boyunduruk ilişkisinin en keskin olduğu alan olarak tarif edilmektedir<sup>9</sup>. Bu hukuk disiplininin temel amacı, insanların bir arada toplumsal barış içinde yaşamasını sağlamaktır. Bu toplumsal düzen, hukuk sistemi aracılığıyla desteklenmeli, iyileştirilmeli ve güçlendirilmelidir. Toplumsal nizamın muhafazası ve devamı için gerekli araçların en şiddetlisi olan ceza hukuku yaptırımları, bizzat bu özellikleri gereği, önemli hukuki değerlerin korunmasına yönelik son çare olarak devreye girmektedir<sup>10</sup>. Diğer hukuk dallarınca öngörülen yaptırımlarla korunamayan ve fakat korunması toplumsal barışın devamı için zorunlu olan hukuki değerlerin ceza hukuku yaptırımları ile korunabilmesi için ise birtakım koşulların varlığı aranmaktadır. Bu şartlardan ilki, hareket teorileri içinde niteliği ve kapsamı tartışmalarla örülü bir kavram olarak ele alınan ve aşağıda incelenecek olan *hareketin* varlığıdır<sup>11</sup>. Bu anlamda, her ne kadar herkesçe kabul edilebilir bir açıklaması yapılamasa da suç teorisine ilişkin izahlarda bu kavramın temel alınması gerektiği ifade edilmektedir<sup>12</sup>.

Amaçsal hareket teorisini savunan yazarlarca genel hatlarıyla benimsenen tanım uyarınca hareket, *dış dünyada gerçekleşen, irade tarafından yönlendirilen belli bir amaca*

---

<sup>9</sup> Fritjof Haft, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, München, C.H. Beck, 2004, s. 3. Ayrıca bkz.: Reinhart Maurach, Heinz Zipf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C. 1, 6. Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1983, s. 21.

<sup>10</sup> Hans Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage, Berlin, Duncker&Humblot, 1996, s. 2,3.

<sup>11</sup> “İhmali veya icrai davranışla gerçekleştirilen fiilin varlığı suçun mevcudiyeti için aranan en önemli şartlardan biridir (nullum crimen sine actione)”. Bkz.: M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 303.

<sup>12</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 92.

yönelmiş insan davranışdır<sup>13</sup>. Bu tanımın muhtevası itibarıyla hangi tür insan davranışlarını içerdiği, bu bağlamda aktif bir davranış olan icrai hareketin yanı sıra ihmali davranışı da içerip içermediği uzun zamandır tartışılmaktadır<sup>14</sup>. Ancak bugünün ceza hukuku ilkeleri ile üzerinde artık tam bir mutabakatın sağlandığı husus, dışarıya yansımayan, insanın iç dünyasında kalmış olan düşünce ve hislerin ceza hukukunun konusunu oluşturamayacağıdır<sup>15</sup>. Romalı hukukçu *Ulpianus*'un sözü olan<sup>16</sup> ve Latince ifadesi “*cogitationis poenam nemo patitur*”<sup>17</sup> olan bu temel ilke karşısında, ihmalin kavramsal olarak neyi ifade ettiği ve salt bu haliyle, yani dış dünyaya yansıyan aktif bir etkiyi barındırmamasına rağmen hangi dayanak ile cezalandırılabilirliğin konusu haline gelebildiği sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>18</sup>. Bu soruya verilecek yanıt, suç teorisinin üzerine inşa edildiği hareket kavramıyla ve dolayısıyla ceza hukuku sorumluluğunun tesisi ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle ihmalin ceza hukukuna ilişkin bir kavram olarak doğru ve kapsayıcı şekilde tanımlanması, suç teorisi içerisindeki yerinin aynı ciddiyetle tespit edilebilmesi ve bu bağlamda, çalışmanın asıl konusunu oluşturan ihmali suçlarda iştirak meselesinin tüm yönleriyle en doğru biçimde ele alınabilmesi için çalışmanın bu bölümünde ilk olarak ihmal teriminin sözlüklerdeki anlamı ile karşılaştırmalı hukuk da nazara alınarak normatif düzenlemeler ve öğretide ne şekilde tanımlandığı ortaya konulacaktır.

<sup>13</sup> Maurach, Zipf, AT, C. 1, s. 181, kn. 4.

<sup>14</sup> Gerçek olmayan ihmali suçlarda tipik neticenin meydana gelmesini engellememenin icrai (pozitif) harekete eşdeğerliği konusundaki görüşlerin tarihsel gelişimi hakkında bkz.: Jescheck, Weigend, AT, s. 600, 601.

<sup>15</sup> Koca, Üzümez, **Genel Hükümler**, s. 90; Öztekin Tosun, **Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1967, s. 158; M. Tahir Taner, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı, İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 259; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 214.

<sup>16</sup> Selman Dursun, **Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi: Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021, s. 131.

<sup>17</sup> Digest, 48, 18, Ulpian, Edict, book 3. Bkz.: Watson, **The Digest of Justinian**, C. IV, s. 850; Jescheck, Weigend, AT, s. 225; Rahime Erbaş, **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 5. Von Liszt bu ilkeyi, “irade faaliyeti (Willensbetätigung) olmazsa hareket, haksızlık, suç olmaz” dedikten sonra kullanmaktadır. Bkz.: Franz Von Liszt, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 6. durchgearbeitete Auflage, Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1894, s. 99.

<sup>18</sup> Manfred Maiwald, “‘Handeln und Unterlassen- Handeln für Einen Anderen’, ‘İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek’”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, çev. Cumhur Şahin, Konya, Selçuk Üniversitesi, 1998, s. 160; Hakan Hakeri, **Ceza Hukukunda İhmali Davranış ve İhmali Suçların Çeşitleri: İcrai-İhmali Ayrımı-İhmali Suçların Unsurları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 61. Cezalandırmanın söz konusu olabilmesi için gerek icrai gerek ihmali davranışın soyut düşünceden ayırt edilebilmesi gerekir. Bunun için ortak bir üst terim olarak *davranış* kavramının kullanıldığı, ancak bu kavramın içi boş olduğu ve neyin davranış olup neyin soyut düşünce olduğunun tespiti için birtakım genel kriterlere ihtiyaç bulunduğu hakkında: Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 161; Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S. Mahmutoglu, Yener Ünver, **İçel Suç Teorisi**, C. 2. Kitap, İstanbul, 1999, s. 71, 72; İzzet Özgenç, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 225.

## B. Sözlüklerde ve Normatif Metinlerde İhmal Kavramı

İhmal kavramının ceza hukuku bakımından nasıl bir öneme sahip olduğu yukarıda kısaca dile getirilmişti. Kavramın tanımı, kapsamı ve niteliğine ilişkin bir sonuca varabilmek için öncelikle en temel adımdan başlanması, yani o dilde ihmalin en genel haliyle ne şekilde tanımlandığına bakılması gerektiği kanaatindeyiz.

İlk olarak, bir dilin kullanımına ilişkin birincil kaynak olarak sözlüklere başvurmak gerekir. Türkçe sözlüklerde ihmal, en basit haliyle, “gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme”<sup>19</sup>; “ehemmiyet vermeme, vazifeyi icra etmeme, müsamaha”<sup>20</sup>; “terk etme, bırakma, istimal etmeme, ehemmiyet vermeme, müsamaha”<sup>21</sup>; “üstüne düşeni zamanında yapmama, gereken ilgiyi göstermeme, önem vermeyip kendi haline bırakma”<sup>22</sup> şeklinde tanımlanmaktadır. Ayrıca bazı sözlüklerde ihmalin ikinci bir anlamı olarak “yükletme; yükletilme” anlamına yer verildiği de görülmektedir<sup>23</sup>.

İhmal sözcüğünün Almanca karşılığını oluşturan “*Unterlassen*” ifadesinin Almanca sözlüklerdeki açıklamalarına bakıldığında kelimeye temelde “bir şey yapmamak” (*etwas nicht tun, Bleibenlassen*) ve “dikkatsizlik” (*Nachlässigkeit*) şeklinde iki ana anlam yüklendiği görülmektedir. Bunlardan ilki için yapılan açıklama, ihmal anlamındaki yapmamanın bilinçli, belirli sebeplere dayanan bir hareketsizliği teşkil ettiği; ikinci anlam bağlamında ise hataen, bilinçsizce yapılmayı ifade ettiği veya daha doğru ifade ile dikkatsizlik içerdiği yönündedir<sup>24</sup>.

İhmal sözcüğünün İngilizcedeki karşılığını oluşturan kelimeler *omission* ve *neglect*’dir. Bu kelimelerden yalnız ilki ceza hukuku öğretisinde ve normatif düzenlemelerde ihmali ifade etmek üzere kullanılmakta olup sözlüklerde ise, verilen örnekler de birlikte değerlendirildiğinde taksir kavramına yaklaşıp biçimde, “dahil edilmesi gereken bir şeyin veya kişinin dahil

<sup>19</sup> **Güncel Türkçe Sözlük**, (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr>, 09.11.2022.

<sup>20</sup> Şemseddin Sami, **Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)**, ed. Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel, Ebul Faruk Önal, İstanbul, İdeal Kültür&Yayınılık, 2012, s. 185.

<sup>21</sup> Mehmet Bahaettin, **Yeni Türkçe Lügat**, ed. Abdulkadir Hayber, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, 2004, s. 298.

<sup>22</sup> İlhan Ayverdi, **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, C. 2, İstanbul, Kubbealtı Neşriyatı, 2005, s. 1362..

<sup>23</sup> Yaşar Çağbayır, **Ötüken Türkçe Sözlük**, C. 2, İstanbul, Ötüken Neşriyat, 2007, s. 2110; Ferit Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat**, 31. Baskı, Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 2015, s. 479.

<sup>24</sup> **Wörterbuch der deutschen Gegenwartssprache**, (Çevrimiçi) <https://www.dwds.de>, 09.11.2022.

edilmemesi hareketi”<sup>25</sup> veya “dahil edilmesi gereken bir şeyin veya kimsenin dahil edilmemesi hareketi ya da bir şeyi yapmama”<sup>26</sup> şeklinde tanımlanmaktadır.

Yukarıda farklı dillere ait sözlüklerde yer alan ihmal tanımları, her ne kadar hepsinde çeşitli anlamlar art arda sıralanmış olsa da, yalnızca Almanca sözlükte birincil olarak, ihmalin ceza hukuku bağlamında ifade ettiği manaya yakın bir tanıma yer verildiğini göstermektedir. Türkçe, Osmanlıca ve İngilizce’de ise daha çok ceza hukukunda taksir konusuna denk düşecek bir tanımlamanın ihmal bakımından yapıldığı görülmektedir.

İhmal kavramının günlük dildeki kullanımını ve sözlüklerdeki genel tanımlamaları bir yana bırakıp normatif metinlerde ihmalin düzenleniş biçimine bakıldığında, hareket tanımı gibi ihmalin de genel bir tanımını yapma yolunun, Kıta Avrupasına dahil hukuk sistemlerinin en azından birçoğunda, yasa koyucu tarafından tercih edilmediği görülmektedir<sup>27</sup>. Burada Anglo Amerikan hukuk sistemi içerisinde yer alan ülkelerin yasal düzenlemelerine de bakılması önemlidir. Amerika Birleşik Devletleri’nde federal bir ceza kanunu bulunmamakla birlikte, Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından 1962 yılında yayımlanan ve yaklaşımı çoğu eyaletçe büyük oranda benimsenen Model Ceza Kanunu, “kodifikasyon dalgasının katalizörü” olarak nitelendirilmiştir<sup>28</sup>. Kanunun “Tanımlar” başlıklı 1.13. bölümünün 4. fıkrası ihmal (*omission*) kavramını “eylemde bulunmama” şeklinde tanımlamıştır<sup>29</sup>. Bu kısa tanımdan kastedilenin Almanca sözlükte vurgulandığı üzere, belirli nedenleri bulunan “bilinçli” bir hareketsizlik mi yoksa taksir vurgusunu içeren “dikkatsiz, hatalı” bir hareketsizlik mi olduğu net bir şekilde anlaşılamamaktadır. Buna karşılık, aynı bölüm içinde 15. fıkra taksir kavramının tanımı için bölüm 2.2’ye atıfta bulunulmuş<sup>30</sup> ve ilgili bölüm içinde yapılan taksir tanımından hareketle

<sup>25</sup> Cambridge Dictionary, (Çevrimiçi) <https://dictionary.cambridge.org>, 09.11.2022.

<sup>26</sup> Oxford Learner’s Dictionaries, (Çevrimiçi) <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>, 09.11.2022.

<sup>27</sup> Kıta Avrupa hukuk sistemine dahil ülkelerin ceza kanunlarında hareket tanımına rastlanmadığına ve bunun kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğuna dair bkz. Dursun, **Hareket Kavram ve Terimi**, s. 154.

<sup>28</sup> Paul Robinson, Markus Dubber, “The American Model Penal Code: A Brief Overview”, **New Criminal Law Review**, 2007, s. 320; Stephan C. Thaman, “The Model Penal Code and the Dilemma of Criminal Law Codification in the United States”, C. vol 1, **Codification in International Perspective. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, ed. Wen-Yeu Wang, Springer, 2014, s. 165-169.

<sup>29</sup> (Çevrimiçi) [https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc\\_provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules](https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc_provisions/model_penal_code_default_rules), Erişim: 01.07.2023.

<sup>30</sup> (Çevrimiçi) [https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc\\_provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules](https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc_provisions/model_penal_code_default_rules), Erişim: 01.07.2023.



ihmal ve taksir arasında günlük dildeki türden bir özdeşliğin Model Ceza Kanununca da benimsendiği gibi bir algının doğması engellenmiştir.

### C. İhmali Hareketin Niteliği ve Suç Teorisi İçindeki Yeri

İhmali davranışın suç teorisi içindeki yeri, icrai hareketle aynı çatı altında mı ele alınacağı yoksa bunların birbiriyle temas etmeyen iki ayrı sistemin öğeleri olarak mı kabul edilecekleri konusu tartışmalıdır. Suç teorisine ilişkin tüm meselelerde hareketin odak noktası olması gerektiği yönündeki düşünceyi benimseyerek, “ihmali suçlarda iştirak” konulu bu çalışmanın tutarlı bir sistematik ve isabetli çözümler sunabilmesi için, öncelikle hareket ve ihmal ilişkisinin ortaya koyulması gerektiğini düşünüyoruz. Bu itibarla ilk olarak, suç teorisinin diğer konularında olduğu gibi çalışma konumuzun kavramsal temeli için de önemli olması sebebiyle, hareket teorileri üzerinde durulacaktır. Şu kadar ki teorilere, ihmali hareketi açıklamaya, ihmalin niteliği ve suç teorisi içerisinde nerede konumlandırılması gerektiği hususlarında fikir oluşturmaya ve ihmali suçlarda iştirak meselesinin ele alınmasında yardımcı olmaya yetecek ölçüde yer verilecektir. Üst başlık içinde ele alınacak olan konulardan bir diğeri, hareket teorilerinin sunduğu verilerden yararlanarak, hareket ile ihmal ilişkisi ekseninde ortak üst terim arayışı olacaktır.

#### 1. Hareket Teorilerinin İhmale Bakış Açısı

Hareketin ceza hukukunun merkezine alınması<sup>31</sup> ve suç teorisinin bu kavram üzerine inşa edilmesi<sup>32</sup> kavramın ceza hukukunu ilgilendiren tüm davranış biçimlerini kapsayan bir tanımının yapılması gereksinimini doğurmuştur. Ancak tüm suç tipleri için geçerli olan ve suçun diğer unsurları ile bağlanma noktası<sup>33</sup> oluşturabilecek bir hareket kavramının ceza

<sup>31</sup> Sadece kasti hareketi esas almakla birlikte ceza hukukunda hareketin yaratıcısı *Hegel* olarak gösterilmektedir. Bkz.: Nur Centel, Hamide Zafer, Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, İstanbul, Beta, 2017, s. 239. *Berner*'e göre, hareket kavramı suç teorisini bir bütün olarak ayakta tutan bir iskelet iken, *Liepmann*'a göre hareket bütün ceza hukuku fenomenlerinin üstünde yer alan parçadır. Bkz.: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 215, 216. *Haft* ise, hareket terimini geleneksel bir savaş alanına benzetmekte, ceza hukuku sisteminin inşasında teorik olarak önemi büyük olmakla birlikte pratikte bu değerin küçük olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Haft, **AT**, s. 25.

<sup>32</sup> Hareketin suç sistematigi içindeki yeri, bu bağlamda ikinci planda kaldığı, haksızlık ve tipikliğin gerçekleşmesi gibi kurucu unsurların sadece bir parçasını oluşturduğunu kabul eden görüşler hakkında bkz.: Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 182, 183.

<sup>33</sup> Edmund Mezger, Hermann Blei, **Strafrecht I Allgemeiner Teil**, 15. neuarbeitete Auflage, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973, s. 54.

hukuku bakımından önemli birtakım fonksiyonlara tam anlamıyla hizmet edebileceği ifade edilmektedir<sup>34</sup>. Bu kapsayıcı hareket tanımına yüklenen temel işlevleri şu şekilde özetlemek mümkündür: Ceza hukuku bakımından önem arz eden tüm davranış biçimlerini (kasıtlı, taksirli, icrai ve ihmali) tanımlayabilme işlevi (*sınıflandırma fonksiyonu*), tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluğun konusunu teşkil edecek bir hareket kavramı ortaya koymak (*sistematik işlev*<sup>35</sup>) ve ceza hukuku bakımından önemli olmayan davranışları eleme işlevi (*sınırlayıcı fonksiyon*)<sup>36</sup>. Hareket aynı zamanda, tipikliğin maddi ve manevi unsurlarını ve hukuka aykırılığı da içeriğinde barındırmalıdır. Bu da hareketin *tarif edici fonksiyonu* (*tanımlama fonksiyonu*) olarak nitelendirilmektedir<sup>37</sup>. İşte bu ihtiyaç ile önce kasıtlı icrai suçların açıklanmasına çalışılmış ve zamanla ihmali suçlar da dahil olmak üzere hareket unsuru bakımından suçun tüm görünüş biçimlerini çatısı altına alabilecek bir hareket tanımı arayışına girilmiştir ve bu bağlamda ihmale yönelik açıklamalar yapılmıştır<sup>38</sup>. Bu itibarla, Latince ifadesi “*neminem laede, imo omnes, quantum potes, iuva*” olan “kimseye zarar verme, aksine yapabildiğin kadar yardım et” buyruğunun salt “kimseye zarar verme” kısmının ele alındığı ve “herkese yardım et” sözü ile referans verilen ihmal kavramının ceza hukukunda uzun bir süre gölgede kaldığı ileri sürülmektedir<sup>39</sup>.

Teorilerin ayrı ayrı ele alınmasından evvel belirtmek gerekir ki bugün, bu teoriler çerçevesinde yapılan tartışmaların eski yoğunluğunu yitirdiği; ancak hala belli ölçüde etkisini devam ettirdiği<sup>40</sup>, yeni fikirlerin de ileri sürülmeye devam etmekte olduğu ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Bu açıdan hareketin ceza hukukunun merkezine alınması ve suç genel teorisinin bu kavrama göre inşa edilmesi, hareket teorilerini bilme gereğini kaçınılmaz kılmaktadır. Ancak gelinen noktada belli bir hareket teorisinin savunucusu olmaya gerek kalmamıştır<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 310.

<sup>35</sup> Bu fonksiyon ayrıca “hareketin temel fonksiyonu” olarak da ifade edilmektedir. Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 304, 305.

<sup>36</sup> Selahattin Keyman, “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 40, No: 1, 1988, s. 136, 137. Hareket kavramının ceza hukuku bakımından doğrudan etkili olmayan fonksiyonları ve bu bağlamda “didaktik fonksiyon” ile “dönüşüm fonksiyonu” için bkz.: Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 187.

<sup>37</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 305; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 219.

<sup>38</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 18.

<sup>39</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 34.

<sup>40</sup> Fatih Yurtlu, “İhmali Suçlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Doktora Tezi, 2020, s. 33.

<sup>41</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 239. İçel/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver bu teorilerin modern ceza hukuku bakımından artık bir öneminin kalmadığını, hareket kavramının modern ceza hukukunda açıklığa kavuşmuş olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 65.

<sup>42</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 220.

Doktrinde tüm suç tipleri bakımından genel ve kuşatıcı bir hareket kavramının tesis edilemeyeceği, bu bağlamda icrai ve ihmali, kasıtlı ve taksirli tüm suç tipleri için çatı oluşturabilecek bir hareket kavramının bulunamayacağı da savunulmuştur<sup>43</sup>. Bockelmann bu konudaki fikrini şöyle ifade etmektedir: *“Hareket kavramının ceza hukuku dogmatikliği açısından ifade ettiği temel anlam bir yana; benim kanaatime göre, genel ve kuşatıcı bir hareket kavramından bahsedilemez. Bu itibarla, hareket kavramı, ceza hukukunun bütün fenomenlerini en üst düzeyde kapsayıcı ve aynı zamanda, insan davranışının her bir görünüş şeklini ifade sadedinde kullanılan bir kavram değildir.”*<sup>44</sup>.

Keyman da, hareketin sınıflandırma (tasnif etme) fonksiyonunu gerçekleştirebilmesi için, ceza hukuku bakımından önemli olan tüm davranış biçimlerini (kasıtlı, taksirli, icrai ve ihmali) kapsayabilecek genellik ve soyutlukta bir hareket kavramının geliştirilmesinin zorunlu olduğunu söyledikten sonra, icrai hareketle ihmali hareket ve kasıtlı hareketle taksirli hareket arasındaki yapısal farklılıklar nedeniyle böyle bir hareket tanımına ulaşmanın imkansız olduğunu vurgulamaktadır<sup>45</sup>.

Öte yandan, benimsenecek hareket teorisine göre suç teorisi içindeki yeri veya niteliği değişecek kavramların başında kast, buna bağlı olarak hukuka uygunluk sebeplerinin sübjektif unsuru, kusurluluk, içtima ve nihayet şeriklik ve bunun dolaylı faillikten ayrımı konuları gelmektedir<sup>46</sup>.

#### a. Ontolojik Teoriler

Ontolojik teoriler, hareket kavramını gerçeklik ve gerçekler dünyası ile ilişki içinde ele almakta ve hukuk öncesi ve hukuk dışı bir hareket kavramı yaratma amacı gütmektedir. Bu bağlamda ontolojik teoriler, ceza hukuku bakımından dikkate alınabilecek nitelikte ve ceza hukuku tarafından verilen görevleri yerine getirebilecek bir hareket kavramını ceza normlarına

<sup>43</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 160.

<sup>44</sup> Paul Bockelmann, Die Medizinische Welt, 1972, Nr. 38, s. 2 (aktaran: Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 160). Bockelmann icrayı ifade etmek üzere dar anlamda harekete tekabül edecek şekilde “aktives Tun”, ihmali ifade etmek için ise bir hareketin gerçekleştirilmemesi (Nichtvornahme einer Handlung) ifadelerini kullanmaktadır. Bkz.: Paul Bockelmann, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 1979, s. 43.

<sup>45</sup> Keyman, “Hareket”, s. 137.

<sup>46</sup> Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 183, 184.

ihtiyaç duymadan elde etme çabası içindedir<sup>47</sup>. Realitede, dış dünyada gerçekleşmiş bir olay olarak hareket bu dünyanın kurallarına göre belirlenebilir. Bu davranışın norma aykırı olup olmadığı ise sonraki aşamada, tipiklik ve hukuka aykırılıkla bağlantılı bir durum olarak ele alınır<sup>48</sup>. Ontolojik teorilere göre hareketi açıklamak için *olması gerekenin* kanunlarına yani normlara değil, *olanın* kanunlarına itibar etmek gerekmektedir. Bu itibarla, ontolojik hareket kavramı hukuka aykırılık ve kusurluluk gibi normatif değerlendirmeler bakımından bir bağlama noktası teşkil eden ontolojik gerçekliği ifade etmektedir<sup>49</sup>.

*Keyman*'a göre, ihmalin gerçekliğini savunan teorilerin yaptığı gibi ihmale dair tipiklik, hukuka aykırılık ve kusurluluğun konusunu oluşturan ontolojik bir veri bulmak hareket teorilerinden beklenen asıl amaçtır. Zira aksi halde, ihmali suç maddi gerçekliği olmayan normatif bir kavram olarak görme, fiilsiz suç olmaz ilkesine aykırı olacak bu suçların maddi varlıklarını reddetme sonucu doğacaktır. *Keyman*, bu gerçekliğe ilişkin veriyi tespit edebilmek için normal şartlar ve anormal şartlar arasında bir ayırım yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Doğanın insanın müdahil olmadığı her durumda normal bir işleyiş içinde olduğunu söylemenin yanlış olacağını, kimi zaman doğanın insan müdahalesi olmadan da zararlara sebep olabileceğini, insanın bu zararları önlemek için bir norm sistemi geliştirdiğini savunmaktadır. Toplumsal normların yanında ikinci bir sistem olarak bu normlardan sapma teşkil eden yapmamalar ihmali oluşturacak ve hukuk normları da izin veriyorsa bu yapmama cezai yaptırıma tabi tutulacaktır. Yazar, bu noktada görüşünün normativist teoriden farkını şöyle açıklamaktadır: Yapmama, yukarıda normal-anormal şartlar ayrımı adı altında ifade edildiği şekilde doğanın akışına müdahale etmeme, normdan bağımsız şekilde doğal bir gerçekliğe sahiptir. Onun kusurluluk ve hukuka aykırılık yargılarının konusu haline gelebilmesi ancak norm ile olur. Dolayısıyla norm burada, ihmali suçun yapısal bir unsuru olmayıp ona hukuken önem atfeden bir unsurdur<sup>50</sup>.

*Samuel von Pufendorf* tarafından geliştirilen ve kökleri *Aristoteles*'e kadar uzanan hareket anlayışında hareket, insana özgü yetenekler tarafından yönlendirilen yani akıl ve iradeye dayanan bir fenomen olarak algılanmıştır. Ancak bu tipte bir davranış failin eseri olarak

---

<sup>47</sup> Keyman, "Hareket", s. 143; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 92; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 311.

<sup>48</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 311.

<sup>49</sup> Keyman, "Hareket", s. 143.

<sup>50</sup> Keyman, "Hareket", s. 166-169.

sahibine isnat edilebilir. Doğal hukukun isnat doktrini (*Imputationslehre*) içinde geliştirilen bu hareket kavramı ile 19. yüzyıla kadar ceza hukuku dogmatığının temelleri oluşturulmuştur. 19. yüzyılın ilk yarısında Hegelciler hareket kavramını ceza hukukunun merkezine geri taşımışlar<sup>51</sup> ve hareketi *Pufendorf*'un çizgisinde, ancak *Hegel*'in sözleriyle “aklı başında öznenin gerçekleşen özgür iradesi” olarak tanımlamışlardır<sup>52</sup>. Doğal hareket teorisi, kendisine öngelen bu yaklaşımın iradilik vurgusunu yansıtmaktadır.

Bu teori, icra ve ihmali birer ontolojik kavram olarak kabul etmiş ve hareketi bu anlamda ontolojik nitelikte üst bir kavram olarak, dış dünyada algılanabilen iradi ve bedeni insan davranışı biçiminde tanımlamıştır<sup>53</sup>. Dolayısıyla ceza hukukuna esas teşkil edebilen insan davranışı, fiziki (bedenin davranışı) ve psikik (iradilik) unsurların sentezi niteliğindedir<sup>54</sup>.

Doğal hareket teorisinin kurucularından *Beling*'e göre, dar anlamda hareket istemli vücut davranışları ve ihmalden oluşur<sup>55</sup>. *Beling*, iradi insan davranışını, bedenin iradenin egemenliği altındayken yaptığı veya yapmadığı hareketler biçiminde tanımlamakta ve süjenin hareketi ile neyi istediğinin hareketin iradilik unsuru bakımından önemli olmadığını, bu hususun kusurluluğu ilgilendirdiğini ifade etmektedir<sup>56</sup>.

Bu teorinin hareketin unsuru olarak gösterdiği bedenilik ve iradilik unsurlarının ihmali harekette ne şekilde tezahür ettiği, bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Özellikle bedenilik unsuru yönünden ciddi eleştiriler yöneltmiştir. Teorinin bazı savunucuları ihmalin bir gerçekliğinin bulunmadığını, hareketin ancak olumlu biçimde gerçekleşebileceğini ve ihmali suçların aslında hareketsiz suçlar olduğunu ileri sürmekte ve ihmali hareket tanımı dışında bırakmaktadır<sup>57</sup>. Öte yandan ihmali de hareket kavramı içinde mütalaa eden yazarlar, bu davranışın da maddi bir gerçekliğinin bulunduğunu, hareketin insanın davranış biçimi olduğunu ve olumlu ya da olumsuz olmasının o hareketin davranış biçimi olma vasfını etkilemeyeceğini

<sup>51</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 38.

<sup>52</sup> Bu bilgiler için bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 38, 39.

<sup>53</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 19. *Keyman* ise, hareket ve ihmali birbirinden ayırmakta ve hareketi “*insanın bedeninin, dış dünyada kendinden evvel mevcut şartları değiştirmek suretiyle bir hukuki menfaati ihlal eden (zarar, tehlike), olumlu bir davranış*” olarak tanımlamaktadır. Bkz.: *Keyman*, “Hareket”, s. 154. Bu itibarla, hareketin varlığı için öncelikle bir beden davranışı olmalıdır. Bu, psikik güçlerin sınırlara etki etmesi ve sınırların de kasları harekete geçirmesi şeklinde gerçekleşir. Böylelikle hareket insan kişiliğinin dışa vurumu aracı olarak ifade edilebilir. Hareketin bir diğer unsuru ise iradiliktir ve beden davranışının süjeye bağlanabilmesini, bu suretle süjenin eseri sayılabilesini sağlayan unsuru ifade etmektedir. Bkz.: *Keyman*, “Hareket”, s. 156.

<sup>54</sup> *Keyman*, “Hareket”, s. 144.

<sup>55</sup> Ernst *Beling*, **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen, Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1906, s. 9.

<sup>56</sup> *Beling*, **Die Lehre vom Verbrechen**, s. 10; *Keyman*, “Hareket”, s. 140.

<sup>57</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 240.

savunmuşlardır. Burada cezalandırılanın hareketsizlik nedeniyle düşünce olmadığı, failin ihmali ile bir neticeye sebebiyet verdiği için cezalandırıldığı vurgulanmaktadır<sup>58</sup>.

Bedenilik unsuru bakımından getirilen eleştiriye cevaben teori revize edilmiş ve iradi bedenilik ile iradi durgunluk ayrımı yapılmıştır<sup>59</sup>. Anlaşılacağı üzere, iradi bedenilik icrai hareketin, iradi durgunluk ise ihmali hareketin unsuru olarak kabul edilmektedir. Ayrıca ayrımın bir sonucu olarak “iradi insan davranışı” bir üst başlık olarak benimsenmiştir<sup>60</sup>. Bu hususta getirilen eleştiri ise, söz konusu ayrım ve geliştirilen üst başlığın ihmalin de ontolojik bir varlığı bulunduğu tezini doğrulamaya yetmediği, bir terim değişikliğinden fazlasını ifade etmediğidir<sup>61</sup>.

Doğacı teoriler olarak da ifade edilen ve doğal hareket teorisi içinde ele alınabileceğini düşündüğümüz ihmale yönelik fikirler kendi içinde ilk olarak ihmali hareketin kabul edilip edilmemesi noktasında ayrılmaktadır. İhmali hareketi kabul etmeyen görüşün savunucuları, hareketin ancak icrai nitelikte olabileceği fikrindedir. İhmal ise bir faaliyetsizliktir ve dolayısıyla bir hiçe tekabül eder ve doğada var olmayan, yani bir gerçekliği olmayan şeyin hareket olarak da kabulü mümkün değildir<sup>62</sup>. İhmali bir hareket olarak kabul etmeyenler ile ihmali dahili veya harici icrai bir faaliyet olarak açıklayanların aynı görüşte oldukları düşünülebilir; ancak birinci gruptakiler ihmali hareketle işlenen suçları hareketsiz suçlar olarak nitelendirmekte ve dolayısıyla hareketsiz suç olabileceğini savunmaktadırlar. İkinci gruptakiler ise hareketsiz suç kavramını reddetmektedirler<sup>63</sup>.

İhmali hareketi dahili icrai bir faaliyet olarak nitelendiren görüşler, dahili hareketi açıklama şekillerine göre psikolojik görüş ve fizyolojik görüş olmak üzere ikiye ayrılmaktadır<sup>64</sup>. Psikolojik yaklaşımı savunan yazarlar, insanda zararlı neticeyi önlemeye yönelik bir iç kuvvet olduğunu, ancak başka bir iç kuvvetin bunu engellemeye çalıştığını ve dolayısıyla bu kuvvetler arasında bir çatışma meydana geldiğini ileri sürmektedir. Bu teorinin

---

<sup>58</sup> Nurullah Kunter, **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955, s. 34.

<sup>59</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 21.

<sup>60</sup> Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s. 8.

<sup>61</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 21, 22.

<sup>62</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 22; Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 259, dn. 29; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 61.

<sup>63</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 21.

<sup>64</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 23; Erem, Danışman, Artuk, **Genel Hükümler**, s. 259, 260; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 62.

çatışma (*interference*) adıyla anılmasının nedeni bu durumdur<sup>65</sup>. Neticeyi önlemeye yönelik içsel enerjinin diğer kuvvetçe engellenmesiyle ihmali ortaya çıkmaktadır. İhmali kaynağı icrai bir hareket teşkil eden bu ruhsal iç faaliyettir<sup>66</sup>. Burada vücut içindeki bir değişiklikten bahsedenler çatışma kavramına sübjektif anlam yüklerken, vücut üzerindeki bir değişiklik olarak ele alanlar onu objektif bir mefhum olarak nitelendirmektedirler<sup>67</sup>. Psikolojik yaklaşım içinde ele alınabilecek bir diğer grup spirüalistik teorilerdir. Bu teorilerin savunucuları, insanın hakimiyet alanında gerçekleşen bir şeye müdahale etmemesi durumunda da ona sebebiyet vermiş olacağını, daima bir amaca yönelik olarak hareket eden ve kendisinden evvel harekete geçmiş olan doğa güçlerinin meydana getireceği neticeye engel olmak istemeyen ve bu nedenle bir davranışta bulunmayan kişinin bu güçlerden faydalanarak neticeye ulaşmış olduğunu savunmaktadır<sup>68</sup>. Öte yandan; ihmali ontik niteliğine ilişkin görüşlerden psikolojik görüşün kullandığı içsel çatışma paradigmasının ne hareket unsuru bakımından ele alınabilecek bir konu olduğu ne de ontiklik vasfıyla ilgili olduğu eleştirisi yapılmaktadır. Bütünü itibarıyla değerlendirildiğinde psikolojik yaklaşım bugünün ceza hukuku ilkeleri ile uyumlu olmayıp oldukça da soyuttur<sup>69</sup>.

Fizyolojik teorinin temsilcilerinden *Belting*, icrai harekette olduğu gibi ihmali harekette de doğal bir gerçekliğin bulunduğunu kanıtlamak istemiş, ihmali için de bilinçli bir iradi faaliyetin tezahürü olarak dış dünyaya yansıyan harici bir hareket arayışına girmiştir. İhmali doğal gerçekliğini kanıtlamak için böylelikle, gözlemlenmeye elverişli bir dış görünümünün olması ve nedensel gücünün bulunması gerekmektedir<sup>70</sup>. *Belting*, ihmali aslında bir gerçekliğin bulunmadığı bu nedenle doğal hareket teorisinin hareket kavramının ihmali kapsamadığı eleştirilerine karşı, ihmalde “*motor sinirlerin engellenmesi*”<sup>71</sup> varsayımı üzerinden bu somut gerçekliği inşa etmek istemiştir; ancak bu sav da en iyi ihtimalle bilinçsiz

---

<sup>65</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 23; Faruk Erem, **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. I, 9. Baskı, Ankara, Sevinç Matbaası, 1971, s. 271.

<sup>66</sup> Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 62; Karl Binding, **Die Normen und Ihre Übertretung: eine Untersuchung über rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts : Schuld und Vorsatz**, C. 2, 2. Auflage, Leipzig, 1914, s. 556;

<sup>67</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 23.

<sup>68</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 23, 24.

<sup>69</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 68.

<sup>70</sup> Keyman, “Hareket”, s. 161.

<sup>71</sup> Beling, **Die Lehre vom Verbrechen**, s. 15; Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 24; Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 62.

taksirli ihmallerde çürümeye müsait olmakla eleştirilmiştir<sup>72</sup>. *Von Liszt* ise ihmalin varlığını beden davranışında değil, olayın sosyal anlamında olduğunu gören ilk kişidir<sup>73</sup>.

Fizyolojik yaklaşımın kullandığı, insanın motor sinirlerini harekete geçirme veya harekete geçmesini engelleme kriterinin ceza hukuku bakımından önem arz eden hareketin dış dünyaya yansımış bir hareket olması gerektiği ilkesi ile uyumlu olmadığı savunulmaktadır. İnsanın iç dünyasında gerçekleşen hormonal, sinirsel veya anatomik faaliyetlerin ancak manevi unsur veya kusurluluk bahislerinde ele alınabileceği ilave edilmektedir<sup>74</sup>.

*Kunter*'e göre, psikolojik ve fizyolojik görüşler, ihmalin nedenselliği meselesini daha da zorlaştırmakta; hareket ve netice kavramlarına bir üçüncü mefhum eklemektedirler. Bu teoriler, ihmalin ruhsal ve fizyolojik yönden nasıl oluştuğunu açıklayabilseler bile neticeye nasıl neden olduğunu açıklayamamaktadır<sup>75</sup>. Psikolojik teorileri ise *yazar*, hareket maddi unsuru ile fail ile fiili arasındaki psikolojik ilişki olarak açıklanan manevi unsuru birbirine karıştırmakla eleştirmektedir<sup>76</sup>.

Doğacı teoriler içinde bir diğer grubu ihmali hareketi harici icrai bir faaliyet olarak kabul eden görüş oluşturmaktadır. Farklı hareket teorisi olarak da adlandırılan<sup>77</sup> bu görüş kendi içinde üç başlık altında toplanabilir: Aynı anda başka bir şeyin yapıldığı görüşü, aynı anda zıt bir şeyin yapıldığı görüşü ve önceden başka bir şeyin yapıldığı görüşü<sup>78</sup>. *Beling* ve *von Liszt*'in iradilik ve nedensellik konusundaki tereddütleri nedeniyle farklı hareket teorisi geliştirilmiştir. Bu teori, ihmalin gerçekliğini, yapmamakta yani hareketsizlikte değil, emredilenden başka bir hareketin yapılmasında bulmaktadır. Dolayısıyla nedensellik de bu hareketle açıklanmaktadır<sup>79</sup>.

Aynı anda başka bir şeyin yapıldığı görüşünü ileri süren *Luden*'dir ve bu teoriye göre, fail kendisinden beklenen hareketi yapmayıp onun yerine aynı anda başka bir hareket yapmıştır. Bu fikre göre, insan her daim bir şey yapmaktadır<sup>80</sup>. Bu fikrin savunucularından *Bocelli*'ye

---

<sup>72</sup> Haft, *AT*, s. 20. Ayrıca bkz.: *Kunter, Suçun Maddi Unsurları*, s. 31.

<sup>73</sup> Haft, *AT*, s. 20.

<sup>74</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 68.

<sup>75</sup> *Kunter, Suçun Maddi Unsurları*, s. 31.

<sup>76</sup> *Kunter, Suçun Maddi Unsurları*, s. 31.

<sup>77</sup> Keyman, "Hareket", s. 162.

<sup>78</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 62, 63; Erem, Danışman, Artuk, *Genel Hükümler*, s. 260.

<sup>79</sup> Bkz. Keyman, "Hareket", s. 162.

<sup>80</sup> Sulhi Dönmezer, "İhmal Suretile İcra Suçları", *İÜHF*, C. 9, No: 3-4, 1944, s. 481.



göre, ihmalin gerçekliği icrai hareketin gerçekliğinden gelmektedir. Failin kendisinden beklenen hareketin yerine yaptığı hareketin yeri ve zamanı ihmalin de yeri ve zamanıdır<sup>81</sup>. Bu teoriye göre, failden beklenen yerine yapılan hareket ihmali suçun maddi unsurunu meydana getirdiğinden ihmali suçlar hareketsiz suçlar değildir<sup>82</sup>.

Aynı anda zıt bir şeyin yapıldığı görüşü *Massari* tarafından savunulmaktadır. Bu görüşe göre de fail kendisinden beklenen hareketi yapmadığında hareketsiz kalmış değildir, bu hareketin yerine yapılan ve her biri zaman ve mekan anlamında işgalci olan diğer hareketler zıt hareket olarak nitelendirilebilir. Sözelimi demiryolu hattının dolu olması sebebiyle işaret memurunun sinyali kapaması gerekirken kapamaması ve o esnada uyumak, sigara içmek gibi başka hareketlerde bulunması durumu böyledir<sup>83</sup>.

*Krug* tarafından geliştirilen ve önceden başka bir davranışın yapıldığı görüşüne göre, ihmali harekette neticeye sebep olan, daha önce yapılmış olan icrai bir harekettir. Dolayısıyla bu görüşü benimseyenler, ihmali hareketle dahili icrai hareket arasında zamansal olarak bir farkın bulunduğunu savunmaktadırlar<sup>84</sup>. Burada ihmal, failin önceden üstlendiği yükümlülüğü yerine getirmemesi olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>85</sup>.

Farklı hareket teorisi, ihmal edenin bu şekilde bir harekette bulunduğunu söylemenin mümkün olmadığı, insanın hiçbir zaman hareketsiz kalmadığı gibi bir şeyin söylenemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>86</sup>. Ayrıca kişiden beklenen hareket yükümlülüğü her zaman için kısa veya uzun bir zaman aralığına tekabül etmeyebilir. Bu durumda, uzun bir zamana yayılmış yükümlülüğün süregelen ihlalinde gerçekleştirilen birçok icrai hareket arasında hangisinin ihmale kaynak teşkil edeceğinin nasıl belirleneceği izaha muhtaçtır<sup>87</sup>. Diğer yandan, tipik neticenin gerçekleştirilen farklı hareketten kaynaklandığı yönündeki kabul de yerinde görülmemiş, ayrıca emredilenden farklı hareket kavramı üzerinden yapılan açıklamalar

---

<sup>81</sup> Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, s. 25, 26.

<sup>82</sup> Erem, *Ümanist Doktrin*, C. I, s. 272.

<sup>83</sup> Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, s. 26.

<sup>84</sup> Kunter, *Suçun Maddi Unsurları*, s. 27.

<sup>85</sup> August Otto Krug, *Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11 August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen*, C. IV, Leipzig, Voigt und Günther, 1855, s. 41; Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 63; Erem, *Ümanist Doktrin*, C. I, s. 272.

<sup>86</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 64; Uğur Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, Genişletilmiş Yeni Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1967, s. 39.

<sup>87</sup> Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 39.

sebebiyle normun bir ölçüt olarak kullanıldığı ve bu suretle normativist teoriye yaklaşıldığı ifade edilmiştir<sup>88</sup>. İhmali davranışı icrai bir hareketle açıklayan görüşler, hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçlarda sorumluluğun esasının yapılmayan davranış olduğu ve yapılması gereken davranış yerine yapılan davranışın ne olduğunun önemsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bu grup içinde mütalaa edilen görüşlerden bir diğeri olan ve ihmali davranış ile icrai davranış arasında zamansal bir farkın olduğunu, sorumluluğun esasını oluşturan hareketin önceden yapılmış icrai bir hareket olduğunu ileri süren yaklaşım da eleştirilmiş; öngelen tehlikeli davranışın garantörlüğün kaynaklarından yalnızca birini oluşturduğu ve hareket unsuru içinde değerlendirilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>89</sup>.

*Kunter*, aynı anda zıt olsun veya olmasın başka bir hareketin yapılması ile ihmali açıklayan teorileri eleştirmektedir. Yapılması gereken yerine yapılan hareketin ne olduğunun hukuken bir önemi yoktur. Teori savunucularınca, genel olarak hukuken önem arz etmeyen bu başka davranışın bir olay özelinde hukuken önemli hale gelebileceği şeklindeki cevap yeterli değildir. Burada önemli olan yapılması gereken hareketin yapılmamış olmasıdır ki bu suretle gerçek ihmali suçlarda hareketin yapılmamasıyla bizatihi, gerçek olmayan ihmali suçlarda ise neticenin o hareketin yapılmamış olmasından ötürü gerçekleştiğinin belirlenmesi ile gerçekleşmiş olacaktır. Bu teoriler ayrıca, tam anlamıyla hareketsiz kalmanın mümkün olmadığı şeklindeki görüş yönünden de kabul edilemez bulunmaktadır. *Yazar* önceden yapılmış bir icrai hareketle ihmali açıklayan görüşü de reddetmektedir. Bu görüşün de diğer görüşler gibi, ihmalin bir neticeye neden olmayacağı, yani nedenselliğinin reddinden kaynaklandığını, kendilerinin ihmalin nedenselliğini kabul ettikleri için bu gibi görüşlere gerek duymadıklarını ifade etmektedir<sup>90</sup>.

Ontolojik teorilerden bir diğeri olan nedensel hareket teorisine göre, hareket dar anlamda hareket, yani beden davranışı, bu hareketin dış dünyada meydana getirdiği değişiklik olarak netice ve hareket ile netice arasındaki nedensellik bağından oluşmaktadır<sup>91</sup>. *Von Liszt* hareket kavramı ve ona bağlı olarak suçun iki bileşeni olduğundan söz etmektedir: İrade

---

<sup>88</sup> Tüm bu eleştiriler için bkz.: Keyman, “Hareket”, s. 162, 163.

<sup>89</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 70.

<sup>90</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 32, 33. Ayrıca bkz. s. 31.

<sup>91</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 92, 93; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 217.

faaliyeti (*Willensbetätigung*) ve netice (*Erfolg*). Ancak bu iki unsuru birleşik bir bütün haline getirmek için bir unsur daha eklenmesi gerektiğini söyler ki o da iradenin neticeyle ilişkisidir<sup>92</sup>.

*Von Liszt* iki durumda, dış dünyadaki değişikliği insan iradesine atfettiğimizi ifade etmektedir: İlki neticeye iradi olarak neden olunması, ikincisi ise neticenin iradi olarak engellenmemesi durumudur. Bu nedenle icra ve ihmal hareketin temel iki formu olarak nitelendirilmelidir. İcra, iradenin kullanılması yoluyla bir neticeye sebebiyet verilmesidir. Bu da, iradi bedensel hareket olarak, yani mekanik veya psikolojik-fiziksel zorlamadan kaynaklanmayan, hareket sinirlerinin innervasyonu yoluyla kasların kasılması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Beden hareketi ve netice böylelikle, icrai hareket kavramının kendi içinde eşit derecede öneme sahip iki bileşenini oluşturmaktadır<sup>93</sup>.

Bu teoriye göre, “iradi insan davranışı” üst başlığı altında -doğal hareket teorisi savunucularından *Beling* de bu üst terimi kullanmaktaydı- tanımlanan hareketin üç temel özelliği bulunmaktadır: Bunlardan ilki, bir insan davranışı olması gereğidir. Bu bağlamda hayvan hareketleri ve doğa olaylarının hareket olarak kabul edilmesi mümkün değildir. İkinci husus, harici bir bedensel hareket bulunması gereğidir ki doğal hareket teorisinde olduğu gibi nedensel hareket teorisinde de ihmali suçların açıklanamadığı gerekçesiyle teori bu yönden eleştirilmiştir.

Ayrıca nedensel hareket teorisinin değerden yoksun bir hareketi benimsiyor olmasının, özellikle ihmali suçlarda, fiilin değerlendirilebilir (normatif) özelliğini inkar etmiş olmak anlamına geleceği ve bunun ceza hukukunun somut ödevlerine uygun olmadığı ifade edilmektedir<sup>94</sup>.

Bu teori de ihmali açıklayamadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>95</sup>. Teorinin savunucularından *von Liszt* de vücut hareketinin ihmal bakımından söz konusu olamayacağını itiraf etmiş, iradi olarak neticenin engellenmemesinin ihmal olduğunu ifade etmiştir<sup>96</sup>. *Von Liszt*’e göre; ihmal kavramı bakımından temel bir kısıtlama yapmak gerekir. İhmal, beklenen belirli bir icrai hareketin yapılmamasıdır. Yani salt yapmamak değil, bir şeyi yapmamak

<sup>92</sup> Von Liszt, **Strafrecht**, s. 99, 100.

<sup>93</sup> Bkz.: von Liszt, **Strafrecht**, s. 100-102.

<sup>94</sup> İzzet Özgenç, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 161.

<sup>95</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 217.

<sup>96</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 23.

önemlidir, bu da bekleneni yapmamak şeklinde tecelli eder. Harekete geçmek yönünde hukuki bir zorunluluk varsa ihmal hukuka aykırıdır: *non facere quod debet facere*<sup>97</sup>.

Nedensel hareket teorisine yöneltilen eleştirilerden bir diğeri de ihmali suçlarda doğal anlamda bir nedenselliğin bulunmaması sebebiyle bu suçların nedensel hareket teorisinin hareket tanımı kapsamına girmeyeceğidir<sup>98</sup>. İhmali suçlarda ihmalde bulunanın sorumluluğunun hareket ve netice arasındaki nedensellik bağından değil, norm tarafından yüklenen hareket yükümlülüğünün ihmalinden kaynaklandığı ifade edilmekte, bu bağlamda ihmal ve netice arasındaki ilişkinin fikri bir faaliyet ile kurulabileceği savunulmaktadır<sup>99</sup>. Dolayısıyla teorinin savunucuları, doğal anlamda bir nedensellik bağı aramamakta, bu bağın yorum yoluyla kurulması yolunu tercih etmektedirler<sup>100</sup>.

*Von Liszt*'e göre, belirli koşullar altında hukuk sistemi, neticeye neden olma ile neticeyi engellememeyi eş kabul etmektedir. Bu eşdeğerlik, neticeyi engellememenin neticenin nedenselliği olarak görülmesi gerektiği anlamına ise gelmemektedir. İhmalin cezalandırılabilirliği, nedensellik varsayımından tamamıyla bağımsızdır. Neticenin önlenmemesi, daha hafif bir şekilde cezalandırılabilir veya yasa koyucunun neticeden bağımsız olarak ihmali cezalandırması da olasıdır. Bu ikinci durumda gerçek ihmali suç kavramı gündeme gelir. Buradaki zorluk kanun koyucunun sessizliğinden kaynaklanmaktadır. Bu da bizi şu cümleyi kurmaya yöneltmektedir: Şayet ihmalin farklı bir muameleye tabi tutulması kanunun özel bir hükmü ile öngörülüyorsa, neticeye neden olmak neticenin önlenmemesine eşdeğerdedir<sup>101</sup>. Onun bu görüşü doktrinde, icrai hareketi bir vakıa, ihmali hareketi bir değerlendirme hükmü olarak nitelendirdiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>102</sup>.

Nedensel hareket teorisinin savunucularından biri olan *Mezger* de, ihmali davranış için beklenen hareket kriterini öne sürmektedir. Ona göre, kişinin bir şeyi yapmayı istememesi değil, beklenen bir hareketi yapmayı istememesi önem arz etmektedir<sup>103</sup>. Ayrıca bu hareketin yapılmasının mümkün olması gerekmektedir ki bu husus Latince "*ultra posse nemo*

<sup>97</sup> Bkz.: Von Liszt, **Strafrecht**, s. 109.

<sup>98</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 314. Ayrıca bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 220. Teori bu yönüyle, ihmalde mekanik "*condicio sine qua non*" formülünün tamamıyla başarısızlığa uğrayacağı şeklinde de eleştirilmektedir. Bkz.: Walter Gropp, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015, s. 78.

<sup>99</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 314.

<sup>100</sup> Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 161.

<sup>101</sup> Bkz.: Von Liszt, **Strafrecht**, s. 108.

<sup>102</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 24.

<sup>103</sup> Mezger, s. 130.

*obligatur*”<sup>104</sup> şeklinde ifade edilmekte ve kimsenin yapabileceğinden daha fazlası için yükümlü kılınamayacağı anlamına gelmektedir<sup>105</sup>. *Mezger*’e göre hukuk normları vasıtasıyla tespit edilebilecek olan bu beklenen hareketin yapılmış olması halinde netice meydana gelmeyecekti, denilebiliyorsa ihmali davranışın nedenselliğinden söz edilebilecektir<sup>106</sup>.

Yirminci yüzyılın başında ortaya çıkan Yeni Kantçılık akımının etkisiyle gelişen<sup>107</sup> kurucusu *Radbruch* olarak kabul edilen<sup>108</sup> sosyal hareket teorisi Alman ceza hukuku öğretisindeki baskın görüş olarak nitelendirilebilir. Nedensel hareket teorisinden türetilmiştir, ancak kısmen de olsa ondan bağımsız olarak gelişmiştir<sup>109</sup>. Nedensel hareket teorisinin savunucusu *von Liszt*’in “iradi insan davranışı” biçimindeki hareket kabulünün *Eberhard Schmidt* tarafından terkedilmesi ve hareketin *sosyal çevreye dahil iradi davranış* şeklinde tanımlanması<sup>110</sup> ile hareketin doğa bilimlerine özgü ve değerden yoksun olan bir kavramı ifade etmediği ortaya konulmuştur<sup>111</sup>.

Sosyal hareket teorisinin en önemli temsilcilerinden *Jescheck*, “*toplumsal açıdan önem taşıyan insan davranışları*” terimini geliştirmiş ve bu hareket anlayışının ceza hukukunu ilgilendirmeyen hareketler bakımından eleme işlevi görebileceğini ifade etmiştir<sup>112</sup>. Ceza hukukunu ilgilendiren hareket, sosyal bakımdan bir önemi olan icrai veya ihmali insan davranışdır<sup>113</sup>.

<sup>104</sup> Bu ilke farklı formülasyonlarla Roma Hukukunda da mevcuttur. Celsus, *Digesta*’ta çok benzer biçimde “*Impossibilium nulla est obligatio*” (İmkansız karşı yükümlülük yoktur) şeklinde ifade etmektedir. Bkz.: Jan C. Joerden, “Zur Rolle des Satzes ultra posse nemo obligatur bei lobender und tadelnder (insbes. Strafender) Zurechnung”, C. Band 307, **Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017**, ed. Jan C. Joerden, Kurt Schmoller, Berlin, Duncker&Humblot, 2017, s. 425.

<sup>105</sup> Mezger, s. 137; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 24, 25.

<sup>106</sup> Mezger, s. 136; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 24, 25.

<sup>107</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 63.

<sup>108</sup> Keyman, “Hareket”, s. 145.

<sup>109</sup> Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 196.

<sup>110</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 64; Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 197, kn. 51. *Eb. Schmidt*’in öğretisinden yola çıkarak *Wessels* hareketi insan iradesi tarafından control edilen veya control edilebilen sosyal anlamı olan insan davranışı olarak da tanımlamaktadır. Bkz.: Volker Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung, Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe**, Berlin, Duncker&Humblot, 2002, s. 36.

<sup>111</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 26.

<sup>112</sup> Erbaş, **a.g.e.**, s. 27.

<sup>113</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 96; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 166.

Sosyal hareket teorisinin hareket kavramı; icrai ya da ihmali<sup>114</sup>, iradi ve sosyal açıdan önemli insan davranışı olarak tanımlanmaktadır. Burada ihmali suçlar bakımından ayrıca aranan bir özellik olarak, beklenen hareketin (icrai hareket) imkan dahilinde olması önemlidir<sup>115</sup>. Tipikliğe dahil bir unsur olan kişisel hareket imkanı değil, hareketin bir özelliği olarak genel hareket imkanı kast edilmektedir<sup>116</sup>. Nitekim *Haft*, hareketin yapısal unsurlarını dört başlık altında ele almaktadır: İcra ya da ihmâl şeklinde bir insan davranışı olmalıdır. İrâdi bir davranış olmalıdır. Davranış sosyal öneme sahip olmalıdır ve icrai davranışın yapılması genel olarak, yani failin durumundaki herhangi bir kişi için mümkün olmalıdır<sup>117</sup>. Ceza sorumluluğunu doğurabilmesi için hareketin kişinin egemenlik alanı içinde olması, yani hareketin o kişi için olanaksız olduğu durumlarda ceza sorumluluğunun da bulunmaması gerekmektedir<sup>118</sup>.

Sosyal hareket teorisi içerisindeki farklı bakış açılarına karşın ortak nokta sosyal önemi haiz olma (*Sozialerheblichkeit*) kriteri yani insan davranışının sosyal önemidir. Wessels bu hususu şöyle ifade etmektedir: “*Sosyal hareket teorisi, tüm davranış biçimlerinde ortak olan hareket kavramı kriterini icra ya da ihmâl şeklindeki insan davranışının sosyal öneminde (Relevanz) görmektedir.*”<sup>119</sup>. Nedensel hareket teorisinden farklı olarak sosyal hareket teorisi, sosyal açıdan uygunluk değerlendirmesini gerekli gördüğü için bu durum sosyal hareket kavramını normatif bir hareket kavramı haline getirmektedir<sup>120</sup>.

Teori temsilcilerinden *Jescheck/Weigend*’e göre; hukuk ya da örf ve adet kurallarına, alışkanlık ya da tecrübe kurallarına göre beklenen aktif bir hareketin, mümkün olmasına karşın yapılmaması durumunda ihmâl ortaya çıkar. Bu açıdan ihmâl beklenti kavramı bağlamında normatif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Hareket kavramının hem icrayı hem de ihmali kapsayıp kapsamadığı tartışmalıdır. Bu iki davranış biçiminin aralarındaki yapısal farklılık nedeniyle üst bir kavram altında birleştirilemeyeceğini ileri sürenler olduğu gibi, bazıları

<sup>114</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 64.

<sup>115</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 321.

<sup>116</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 321; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 224.

<sup>117</sup> Haft, **AT**, s. 27-29. Burada genel anlamda mümkün olmanın bireysel anlamda imkan dahilinde olmadan ayırt edilmesi gerektiği özellikle belirtilmiş, ikincisinin hareketle değil tipiklik ile ilgili olduğu ifade edilmiştir.

<sup>118</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 64, 65.

<sup>119</sup> Johannes Wessels, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 27. neubearbeitete Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1997, s. 21, 22, kn. 91; Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 198.

<sup>120</sup> Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 198.

ihmalin de olumlu (*pozitives Tun*) harekete benzeyen bir hareket tarzını temsil ettiğini varsaymaktadır. Her iki görüş de reddedilmelidir. Çünkü icra ve ihmal ontolojik alanda bir ortaklığa sahip değildir ve ihmalin kendisi final, yani amaca yönelik değildir. Ancak ontolojik anlamda sağlanamayan ortaklık veya uyum değerlendirici bir yaklaşımla normatif anlamda sağlanabilirse icra ve ihmal üst bir terim altında birleştirmek mümkün olur. Bu da, insan davranışlarının çevreyle olan ilişkisinde aranmalıdır. Sosyal hareket teorisi işte bu anlayışı ifade etmektedir. O halde bu teoriye göre hareket, sosyal açıdan önemi haiz insan davranışıdır<sup>121</sup>. Davranış bireyin toplumla olan ilişkisini etkiliyorsa sosyal açıdan önemlidir. Bunun için davranışın dışarıdan görünebilmesi gerekir ki ihmal için beklenen ve hakim olunabilir hareketin yaratacağı etkilerin yokluğu yeterlidir<sup>122</sup>.

Yirminci yüzyılın başlarında Alman ceza hukukçusu *Hans Welzel* tarafından geliştirilmiş olan amaçsal hareket teorisi<sup>123</sup>, hareketi ontolojik bir kavram olarak nitelendirmektedir<sup>124</sup>. Amaçsal hareket teorisinin *Welzel* tarafından geliştirilen formülasyonuna göre, insan hareketi bir amaçlılığın icrasıdır<sup>125</sup>. Teorinin ontolojik hareket kavramı, her şeyden evvel hukuk öncesi bir gerçeklik taşımaktadır<sup>126</sup>.

*Welzel*'in düşüncelerinin çıkış noktası, Birinci Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan, zihinsel eylemlerin dış dünyaya yansımaya ilişkin psikolojik bulgular olup bu bulgulardan insanların iradi kararlarının olgusal doğruluğunun sorumluluğunu üstlenme yeteneği türetilmiştir. Bu açıdan bakıldığında amaçsal hareket teorisi de bilimsel bir arka plana sahiptir; ancak nedensel hareket teorisinden farklı olarak insan iradesi merkeze yerleştirilmiştir<sup>127</sup>. Amaçsal hareket teorisinde hareket, insanın amaca yönelik faaliyetidir<sup>128</sup>. Burada hareketin bir unsuru olan iradilik nedensel hareket teorisinden farklı olarak, belirli bir amaca yönelmiş

---

<sup>121</sup> Bütün bu değerlendirmeler için bkz.: Jescheck, Weigend, *AT*, s. 223.

<sup>122</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 224.

<sup>123</sup> Gropp, *AT*, s. 81; Filippo Grispigni, “Alman Doktrinde Yeni Bir Suç Nazariyesi (Gayeli Hareket Nazariyesi)”, çev. Nurullah Kunter, *İÜHF*, C. 18, No: 1-2, 1952, s. 536. Aslında bu amaçsal hareket teorisinin öncülerinin v. Weber, E. Wolf ve Graf zu Dohna olduğu; ancak katkılarının salt düşünce açıklamalarından ibaret olup ceza hukuku öğretisinde yapısal bir değişikliğe yol açmamaları sebebiyle teorisinin *Welzel* ile anılıyor olduğu hakkında bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Genel Hükümler*, s. 314. Teorinin aslında, “insan hareketinin final yapısı teorisi” (die Lehre von der Finalstruktur der menschlichen Handlung) olduğu hakkında bkz.: Haft, *AT*, s. 23.

<sup>124</sup> Haft, *AT*, s. 25; Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, s. 23; Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 168.

<sup>125</sup> Gropp, *AT*, s. 79.

<sup>126</sup> Gropp, *AT*, s. 80.

<sup>127</sup> Gropp, *AT*, s. 80, 81.

<sup>128</sup> Maurach, Zipf, *AT*, C. 1, s. 192.

iradeyi ifade etmekte ve bu bağlamda içi dolu bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani hareket neden olma niteliği ile değil, belirli bir amaca yönelik olma niteliği ile belirlidir<sup>129</sup>. Tüm bu açıklamalardan çıkan sonuç, amaçsal hareket teorisinin benimsediği hareket anlayışının nedensel hareket teorisinden farklı olarak “kör” değil, “gören” bir hareket kavramı olduğudur<sup>130</sup>.

Hareketin amaca yönelik oluşu, insanın nedensel bilgisine dayanarak hareketinin olası sonuçlarını belli ölçüde öngörebilmesi, buna bağlı olarak kendisine birtakım hedefler koyabilmesi ve faaliyetini bu amaca ulaşabilmek için planlı bir şekilde yönlendirebilmesini ifade etmektedir<sup>131</sup>.

Teorinin ihmali davranışa ilişkin açıklamaları önemlidir. İhmali hareket ontolojik mahiyete sahip bir varlık olarak kabul edilmektedir. İhmalin kendisi bir hareket olmayıp hareketin ihmalidir<sup>132</sup>. *Welzel*, üst terim olarak “davranış” ifadesini kullanmakta; hareket ve ihmali, ortak özellikleri amaçsal fiili iktidar olan *A* ve *ters-A* şeklinde iki ayrı davranış olarak ele almaktadır<sup>133</sup>. *Welzel*’in temsilcisi olduğu teori, gerçek manada bir amaca yönelmiş olmadığı gerekçesiyle ihmali hareketten ayrı bir kavram olarak ele almakta, onu hareketin zıttı olarak görmektedir<sup>134</sup>. Dolayısıyla ihmal de amaca yönelik olabilse bile, amaçsal hareket teorisinin savunucuları ihmali suçları suçun icrai suçlardaki özellikleri tersine çeviren kuralları olan bağımsız, kendine özgü bir görünüm şekli olarak kabul etmişlerdir<sup>135</sup>.

İhmali hareket aktüel bir iradeyi gerektirmemekte, muhtemel iradi bir hareketin varlığı yeterli olmaktadır<sup>136</sup>. İhmal mutlaka bir hareketle ilişkilidir. Kendi başına bir ihmal yoktur. Yalnızca belirli bir hareketin ihmali vardır. Bu anlamda ihmal salt bir olumsuzlama değil bir sınırlama kavramıdır. Fail için mümkün olan, dolayısıyla potansiyel olarak amaca yönelik olan

---

<sup>129</sup> Turhan Tufan Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1985, s. 27, 28; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 220.

<sup>130</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 33; Haft, **AT**, s. 24; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 94; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 316.

<sup>131</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 33; Haft, **AT**, s. 25; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 220; Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 22, 23.

<sup>132</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 95.

<sup>133</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 30.

<sup>134</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 317.

<sup>135</sup> Gropp, **AT**, s. 81.

<sup>136</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 96.



hareketin ihmaldir<sup>137</sup>. Bir hareketsizliği (*Nichtstun*) ihmal haline getiren şey, somut bir imkan veya potansiyel amaca yönelik egemenliktir (*potentiell-finale Tatherrschaft einer Person*). İhmalin kurucu özelliği potansiyel gai egemenlik olduğundan ihmal için aktüel bir iradi davranış gerekmez, kişi için olası bir iradi davranış yeterlidir: Daha fazla yoğunlaşırdı hatırlayacağı bir emri unutan kişi ihmalde bulunmuştur<sup>138</sup>. İhmalde ne nedensellik ne de aktüel gailik vardır. Bu nedenle ihmalde bulunma iradesi ve icrai suçlar anlamında suç kastı bulunmamaktadır. İstenen ihmal olarak adlandırmaya meyilli olduğumuz şey aslında bilinçli ihmaldir: İhmalde bulunan kişi, boğulmakta olan kişiyi kurtarabileceğini bilir<sup>139</sup>. Teori tam da bu noktada, ihmali harekette yönlendirici bir iradenin yani aktüel gailiğin bulunmaması nedeniyle eleştirilmiş ve teorinin ürettiği hareket kavramının tüm suç tiplerini kapsayıcı bir işlev göremediği dile getirilmiştir<sup>140</sup>.

*Maurach/Zipf* e göre, çıkış noktası olarak hareketi, *dış dünyaya dair, irade tarafından yönlendirilen ve belirli bir neticeye yönelmiş insan davranışı* olarak tanımlayabiliriz. Bu davranış, tüm suç görünümünün ortak temeli, en azından ortak kurucu unsurudur. İcrai ve ihmali suçların her ikisinde de düşüncenin dışı vurumu söz konusudur; ancak icrada bu doğa bilimlerine göre tespit edilebilirken ihmalde ancak normatif bir değerlendirmeye müşahade edilebilir: Fail, isteyerek veya istemeyerek, kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmemiş olmalıdır. *Yazarlar*, önce ceza hukuku bakımından değerlendirmeye esas alınabilir bir fiili tespit edip daha sonra suç teorisinin üzerine inşa edilebileceği bir hareket kavramı yaratma fikrindedir. Bu ikinci adımda amaçsal ve sosyal hareket teorileri arasında bir anlayış benimsediklerini ifade etmektedirler<sup>141</sup>. Burada ceza hukuku bakımından bağlama noktası teşkil edecek ontolojik bir hareket kavramının bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelmektedir<sup>142</sup>. Bu soruya verilecek cevap bakımından, referans alınabilecek yeknesak bir ampirik referans biliminin bulunmadığı, her alanın kendi perspektifinden oldukça farklı verilerle hareket kavramını tanımladığı ifade edilmektedir. Bu itibarla tek bir gerçek-bilimsel hareket kavramı da yoktur. Sözgelimi psikoloji bilimi, insanın içsel karar verme durumundan hareketle bir hareket tanımı geliştirirken sosyoloji bilimi normlar teorisiyle bağlantı kurarak

---

<sup>137</sup> Welzel, *Strafrecht*, s. 200.

<sup>138</sup> Welzel, *Strafrecht*, s. 201.

<sup>139</sup> Welzel, *Strafrecht*, s. 201.

<sup>140</sup> Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 96.

<sup>141</sup> Maurach, Zipf, *AT*, C. 1, s. 181, 182.

<sup>142</sup> Maurach, Zipf, *AT*, C. 1, s. 200.

yapmaktadır. Aslında çoğu kez aynı bilimsel disiplin içinde bile genel kabul gören bir hareket kavramı bulunmamaktadır. Hal böyle iken ceza hukuku bakımından tercih edilecek hareket kavramı da kendi gereksinimlerini karşılayabilecek içerikte olmalıdır. Böyle bir hareket kavramı ontolojik açıdan hem kişisel hem de sosyal perspektifi yansıtmalıdır. Hareket aynı zamanda insanın içsel karar verme süreci ve dış dünyadaki etkileri olan sosyal bir olaydır. Bu itibarla ceza hukuku bakımından hareket, psikolojik ve sosyolojik faktörleri dikkate alınmalıdır. Bunlar ise amaçsal hareket teorisi ve sosyal hareket teorisi içinde ele alınır<sup>143</sup>. Sosyal açıdan önemli belirli bir davranışın hareket olarak değerlendirilmesi bu davranışın irade tarafından yönlendirilip yönlendirilmediğine bağlıdır. Tüm hareket teorileri, bir insan davranışının ancak iradi olduğu zaman ceza hukukunu ilgilendirebileceği konusunda hemfikirdir. Harekete geçme iradesi (*Handlungswille*) değerden yoksun tamamen psikolojik bir süreci ifade eder<sup>144</sup>. Bu bağlamda yazarlara göre hareket, sosyal önemi haiz, yönlendirici irade tarafından hakim olunan veya hakim olunabilir olan ve bir neticeye yönelmiş insan davranışdır<sup>145</sup>.

Bir görüşe göre, nedensel hareket teorisi de amaçsal hareket teorisi de nihayetinde ihmalî suçları tanımlamakta başarılı olamamıştır. Zira ihmalde nedensel hareket teorisi anlamında belirli sonuçları tetikleyen nedensel, iradi bir vücut hareketinin, amaçsal hareket teorisi anlamında ise ontolojik olarak yorumlanabilir bir fenomenin eksikliği söz konusudur<sup>146</sup>. *Radbruch*'un ünlü ifadesine göre, hareket ve ihmal birbiriyle, A ve A olmayan gibi ilişkilidir ve bu iki kavram ortak bir üst terim altında yer alamaz. Hareket ampirik gerçekliğin bir parçasıyken ihmal, icrai bir davranışın bulunmadığını söyleyen bir yargıdır<sup>147</sup>.

Benzer şekilde, amaçsal hareket teorisinin bile ceza hukuku bakımından önem arz eden tüm davranış biçimlerini kapsayan bir hareket kavramına ulaşamadığı ifade edilmiş; final harekette vurgu yapılan, nedensel sürecin irade tarafından kontrolünün, ihmal durumunda eksik olduğu dile getirilmiştir<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 200.

<sup>144</sup> Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 185.

<sup>145</sup> Maurach, Zipf, **AT**, C. 1, s. 203.

<sup>146</sup> Haft, **AT**, s. 25, 26.

<sup>147</sup> Haft, **AT**, s. 26.

<sup>148</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 221.

Ontolojik teorilerden biri olan ve olumsuz hareket teorisi olarak da nitelendirilen<sup>149</sup> negatif hareket teorisi, şimdiye kadar ele alınan hareket teorilerinden farklı bir metodoloji izlemekte ve tüm suç tiplerini kapsayacak bir üst hareket kavramı bulmak için önce ihmali sonra ise icrayı açıklamaktadır<sup>150</sup>. Teorinin başlıca savunucusu *Herzberg*'tir; ancak kendisinden önce kaçınılabilirlik kavramını isnadiyet konusu ekseninde *Kahrs* ele almıştır<sup>151</sup>. Dolayısıyla *Kahrs* kaçınmamayı bir isnadiyet prensibi olarak değerlendirirken<sup>152</sup> *Herzberg* onu icra ve ihmali kapsayan negatif hareket kavramını oluşturmak için kullanmıştır<sup>153</sup>.

Bu teoriye göre hareket, kaçınılabilir olandan kaçınmamaktır ya da kaçınılabilir kaçınmamadır<sup>154</sup>. Dolayısıyla icrai hareket için de ihmali hareket için de ortak üst kavram kaçınmama olabilir<sup>155</sup>. Öyle ki ihmalde de beklenen harekete rağmen hareketsizlikten kaçınmama söz konusudur<sup>156</sup>.

Tüm bu hareket teorilerinin hareketi açıklarken izlediği yol itibarıyla bir ortak noktalarının olduğu, bunun da hareketin izahına icrai hareketten başlanıp daha sonra ihmali hareketin tanımlanmasına çalışılması olduğu ifade edilmektedir<sup>157</sup>. Negatif hareket teorisi ise öncelikle daha az kapsayıcı olan ihmali hareketi tanımlamaya çalışma yolunu terchi etmiştir<sup>158</sup>.

*Gropp*'a göre, hem icrayı hem de ihmali kapsayan bir hareket tanımı geliştirmeyi hedefleyen bu teorinin güçlü yönü temel olma fonksiyonunda yatıyor gibi görünmektedir<sup>159</sup>. Ancak teori, kaçınmama unsuru yönünden eleştirilmekte ve icra ve ihmalin ikisini de kapsasa da muhtevasının her ikisinde aynı olmadığı dile getirilmektedir. İcrai suçlarda dış dünyadaki değişiklikten kaçınmama bir ihmalde bulunmama iken, ihmali suçlarda aksine bir ihmaldir<sup>160</sup>.

<sup>149</sup> Bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 245.

<sup>150</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 36, 37.

<sup>151</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 245; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 36, dn. 166.

<sup>152</sup> Hans Jürgen Kahrs, **Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-nor Formel im Strafrecht**, Hamburg, Crami de Gruyter & Co., 1968, s. 36.

<sup>153</sup> Claus Roxin, Luis Greco, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre**, C. Band I, 5. vollständig neue bearbeitete Auflage, München, C.H.Beck, 2020, s. 348.

<sup>154</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 222.

<sup>155</sup> Rolf Dietrich Herzberg, **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**, Berlin, Walter de Gruyter, 1972, s. 170.

<sup>156</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 222.

<sup>157</sup> Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 38, 39.

<sup>158</sup> Herzberg, **Unterlassung**, s. 170; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 38, 39.

<sup>159</sup> Gropp, **AT**, s. 86.

<sup>160</sup> Gropp, **AT**, s. 86.

Negatif hareket teorisinin değersizlik (*Unwert*) ve haksızlık (*Unrecht*) ayrımının hakkını veremediği, ayrıca zihinsel süreçlerin bile kaçınmama olarak nitelendirilebileceği ileri sürülerek bağlama ve sınırlandırma fonksiyonu bakımından zayıf olduğu eleştirisi yöneltilmektedir<sup>161</sup>.

## b. Normativist Teoriler

Normativist teoriler, ontolojik teorilerden farklı olarak, hareketin hukuk öncesi ve hukuk dışı bir varlığı olmayıp normlardan doğduğunu savunmaktadır<sup>162</sup>. Hukuki bir kavram olan hareket, hukuki alanda bir değişikliğe neden olan iradi davranıştır ve irade ile meydana gelen değişiklik arasında nedensellik bağının bulunduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>163</sup>.

Hukuka aykırılık ve toplumsal anlama başvurmayan bir hareket kavramının ceza hukuku bakımından önemsiz olduğu söylenmektedir<sup>164</sup>. Sonuç itibarıyla ceza hukuku bakımından önem arz eden hareket, ceza normu tarafından konulan yasağın olumsuz ifadesi olarak tanımlanabilir<sup>165</sup>.

Normativist teoriler içinde ele alınabilecek olan kişisel hareket teorisine (*personaler Handlungsbegriff*) bazı yazarlar tarafından sosyal hareket teorisi içerisinde yer verilmektedir<sup>166</sup>. Bugün ağırlıklı olarak savunulan ve *Roxin*'in temsil ettiği bu teoride<sup>167</sup>, bir insan davranışının soyut düşünceyi aşan ve ceza hukuku bakımından değerlendirmeye esas alınabilir bir davranış vasfını taşıması *kişiliğin dışı vurumu* ölçütüyle açıklanmaktadır<sup>168</sup>. Buna göre, hareket her şeyden önce, ruhsal-manevi eylem merkezi olarak insana atfedilebilecek her şeydir<sup>169</sup>. Bu

<sup>161</sup> Gropp, AT, s. 86, 87.

<sup>162</sup> Keyman, "Hareket", s. 149; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 245; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 97.

<sup>163</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 245, 246; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 220.

<sup>164</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 322.

<sup>165</sup> Keyman, "Hareket", s. 149.

<sup>166</sup> Bkz.: Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022, s. 207. Erbaş, kişisel hareket teorisinin, insan ve davranışını doğal-maddesel varlığında ele alması bakımından, sosyal önemi haiz olma niteliği ile hareketi manevi dünyada arayan sosyal hareket teorisinden farklı olduğunu ve ontolojik nitelik gösterdiğini savunmaktadır. Bkz.: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 34.

<sup>167</sup> Gropp, AT, s. 88.

<sup>168</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 72.

<sup>169</sup> Roxin, Greco, AT I, s. 355.

noktada salt bir hareketsizlik olarak ihmalin kişiliğin dışı vurumu olarak nasıl nitelendirilebileceği sorusu sorulmaktadır. Bu soruya verilen cevapta ise normatif unsurların ön plana çıktığı, bu nedenle hareketin esasen normatif bir kavram olduğu ileri sürülmüştür<sup>170</sup>.

*Maiwald*'a göre, davranış suç işleme konusundaki soyut düşünceden ayırabilmek için davranış teriminin içeriğinin birtakım kriterlerle doldurulması gerekmektedir. Bu bağlamda harekete ilişkin çeşitli tanımlar geliştirilmiştir. *Arthur Kaufmann* “kişinin objektifleştirilmesi”, “davranışın şahsi isnat edilebilirliği”, *Roxin* ise “kişiliğin dışı vurumu” kriterlerini önermektedir. *Maiwald* da bu son görüşü benimsemektedir<sup>171</sup>. Yazara göre, tamamen hareketsiz kalmanın neden kişiliğin dışı vurumu olarak nitelendirilebildiği üzerinde ayrıca düşünmek gerekir. Burada verilecek cevabın normatif bir değerlendirmeyi gerektirmesi nedeniyle hareketin normatif bir kavram olduğunu kabul etmek gerekir<sup>172</sup>.

Kişisel hareket teorisinin, kişiliğin dışı vurumu tanımından hareketle, kontrol edilemeyen olay dizilerini ve saf zihinsel süreçleri sınırlayıcı fonksiyon ile hareket kavramı dışında bırakabileceği ifade edilmekte, ayrıca, temel olma fonksiyonu bakımından da sınırı geçtiğini söylemek mümkün olduğu. ihmal dahil suçun tüm görünüş biçimlerini kapsayacak bir hareket tanımı sunduğu ileri sürülmektedir<sup>173</sup>.

Normativist teoriler, ihmalin hukuk öncesi ve dışı bir gerçekliğinin bulunmadığı ve salt normatif karakteri haiz olduğu fikrini savunmaktadır<sup>174</sup>. Bu teorilere göre ihmal; “bir dış gözlemcinin (yargıç) yargısına göre, süjenin, herhangi türden bir norm dolayısıyla kendinden beklenenden farklı olumlu veya olumsuz iradi davranışdır”<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 72.

<sup>171</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 161.

<sup>172</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 161. *Özgenç*'e göre de, insan davranışının soyut düşünceden ibaret olmayıp ceza hukuku anlamında bir hareket niteliğine sahip olabilmesi için kullanılan kişiliğin dışı vurumu kriteri karşısında, büsbütün hareketsiz kalmak şeklindeki bir ihmalin neden bir kişiliğin dışı vurumu olarak kabul edildiğinin üzerinde ayrıca durmak gerekir. Bu soruya verilecek yanıt normatif unsurları içerdiğinden hukuki anlamda hareketin normatif niteliği haiz bir kavram olduğunu söylemek mümkündür. Bkz.: *Özgenç, Genel Hükümler (14)*, s. 226.

<sup>173</sup> Gropp, AT, s. 88.

<sup>174</sup> Normativist teorilere göre, hareket, saf değer hükmünden ibarettir ve bir hareketin yapılmasını emreden bir kural mevcut değilse ihmali hareketten de bahsedilemeyecektir. Fakat meseleye şöyle bakılması daha isabetlidir. İhmal esasında bir hükümdür; fakat her hükmün bir konusu olması gerekir. İhmali suçlarda bu konu failin iradi hareketsizliğidir. Dolayısıyla bu konu zamansal ve mekânsal gerçekliği barındırmaktadır. Bkz.: *Erem, Ümanist Doktrin*, C. I, s. 273.

<sup>175</sup> Keyman, “Hareket”, s. 157.

Bu bağlamda ihmal, doğal anlamda bir hareketsizlik ya da yapmamaktan ibaret olmayıp hareketsizliğe ihmal karakterini veren hareket etme yükümlülüğünü öngören normdur. Yani aslında ihmal, hareketsizlik şeklindeki davranış ile beklenen hareketi gösteren norm arasındaki *aykırılık ilişkisini* ifade etmektedir. Bu bakımdan hareket ve hareketsizlik ayrımı doğrudan icrai ve ihmali suç ayırımına denk düşmemektedir<sup>176</sup>.

Yukarıda sözü edilen aykırılık ilişkisi, aslında icrai davranış ile yasak normu arasında da mevcuttur. Bu itibarla icrai suçlar ve ihmali suçlar arasında bir ortaklık bulunmaktadır. Bu ortaklık normun kendisidir. Ortak unsur olarak norm, suçun objektif unsurunu oluşturan hareketin gerçekliğini, yani yapısını değil, hukuka aykırılığını ilgilendirmektedir<sup>177</sup>. Bu bakımdan normun değerlendirici bir işlevinin olduğunu söylemek mümkündür; ancak norm ihmali suçlarda ayrıca ihmal davranışının yapısal unsurunun da bir parçası olarak kabul edilmekte; dolayısıyla yapıyı belirleyici bir işlevi de üstlenmektedir<sup>178</sup>. Normativist teorinin bu yaklaşımı, mantıken kabul edilemez olduğu ve sistematik işlevini yerine getiremediği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>179</sup>.

Normativist teorilerin ihmale yönelik açıklamaları temelde üç grupta incelenmektedir. Bunlardan ilki beklenen hareket teorisidir<sup>180</sup> ve bu teori uyarınca ihmali hareketten söz

<sup>176</sup> Keyman, “Hareket”, s. 157, 158. *Dönmezer/Erman’a* göre; “Şüphesiz ki, ister müsbet isterse menfi olsun, her hareket bir adevle işi şeklinde belirir. Fakat hukuk alanında bunun bir değeri olabilmesi için, bu müspet veya menfi hareketin kanunun suç saydığı bir neticeye sebep olması şarttır. Esas bu şekilde kabul edilince, müspet hareketle neticeye sebebiyet vermek ile menfi hareketle sebebiyet vermek arasında fark olmadığı ve hele ihmal suretiyle icra suçlarında ceza sorumluluğu sınırının fazla genişlemesinin önüne geçileceği anlaşılır. Gerçekten sırf tabiatçı bir görüşle hareketi açıklayacak olursak, denizde boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtaramayan kimsenin de bir harekette -daha doğrusu bir yapmama, hareketsiz kalma biçiminde oluşan menfi bir harekette- bulunduğunu kabul ederek, onu taksirle veya kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutmamız gerekecektir. Oysa hukuki açıdan hareketi ele alırsak, denize düşmüş bir adamın ölmesine, onu kurtarmayan kişinin tutumunun değil, daha önce adamın denize düşmesinin sebep olduğunu kabul edebiliriz ve ancak kurtarmak durumunda olan kimsenin kurtarma işini yapmak hususunda hukuki bir yüküm altında bulunması halindedir ki, bu görevi yerine getirmeyeni boğulma neticesine sebebiyet vermiş saymamız mümkün olur. Bu suretle, tabiatçı bir görüşle ihmal suretiyle icra suçlarında genişleyecek olan sorumluluk sınırı, hukuki görüşle daraltılmış olur.” Bkz.: Sulhi Dönmezer, Sahir Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Suçun Unsurları, Teşebbüs, Suçların Birleşmesi-İştirak**, C. II, 14. Bası, İstanbul, Der Yayınları, 2019, s. 84.

<sup>177</sup> Keyman, “Hareket”, s. 159.

<sup>178</sup> Keyman, “Hareket”, s. 159.

<sup>179</sup> Bkz. Keyman, “Hareket”, s. 159.

<sup>180</sup> Bu teorinin ontolojik teoriler arasında ele alındığı bir eser: Keyman, “Hareket”, s. 165, 166. Keyman ayrıca beklenen hareket teorisinin normativist teori ile bir benzerliği olduğunu ifade etmekte ve şunları ilave etmektedir: Esasen normativist teori de, beklenen hareket değil de beklenmesi gerekli hareket formülünü kabul edebileceğini söylemektedir. Bunun nedeni, normativistlere göre, yargıda bulunan süjenin o anda belli bir hareketi beklemek durumunda olmasının gerekmeceğidir. Yargıda bulunanın daha sonradan dahi, o hareketin süjeden beklenmesi gerektiğini anlaması yeter. Bu tespit, her iki teori arasındaki farkı da göstermektedir. Nitekim beklenen hareket teorisi, ihmal konusunda yargıda bulunacak süjenin birinden bir

edebilmek için, bir davranışta bulunulmaması yeterli olmayıp beklenen bir hareketin yapılmamış olması gerekmektedir<sup>181</sup>. İhmal herhangi bir hareketin yapılmaması olmayıp belli özelliği olan, bir hukuk normu ile yapılması emredilmiş olan, yapılması beklenen hareketin yapılmamasıdır<sup>182</sup>. Beklenen hareket teorisi, doğacı teorinin icra ve ihmal arasında iradilik ve nedensellik yönünden bir fark bulamaması dolayısıyla ortaya çıkmış olup ihmalin hukuk öncesi bir varlığa sahip olduğu kabulünden vazgeçilmesini ifade etmektedir. Teoriye göre ihmali *filen mevcut olan gerçeklikle düşünülen gerçeklik arasındaki çatışmadan anlarız*. Sonuç olarak, bir hukuk normu tarafından emredilen, yani beklenen hareketin gerçekleştirilmemesi durumunda hukukun kendisine değer atfettiği bir ihmal söz konusu olacaktır<sup>183</sup>. Bu teorinin savunucularından *Mezger*, beklenen hareket ve emredilen hareket ayrımını yapmakta, henüz bu hareketin emredilen bir hareket olup olmadığı noktası üzerinde durulmadığından hukuka aykırılık bahsi ile hareket unsurunun birbiri içine geçtiği söylenememektedir. Ancak yazar beklenen hareketin ceza hukuku bakımından önemini onun emredilen bir hareket olması olarak ifade etmekte ve pratik kaygılarla hukuka aykırılığı hareket unsuru bağlamında ele aldığını da kabul etmektedir. *Mezger*'e göre ihmalin biri beklenilmiş olmak, diğeri ise mümkün olmak şeklinde iki unsuru bulunmaktadır. Beklenilmiş olmak icrai harekette bulunma yükümlülüğüne tekabül eder ve bu yükümlülüğün kaynakları hukuki normlar, sözleşme ve önceki faaliyetler<sup>184</sup>.

Normativist teorilerden ikincisi, hukuken gereken hareketin yapılmaması görüşüdür. salt hareketsizlik ihmali oluşturmaz, tipikliğin gerçekleşmesini engellemek için hukuken gerekli olan belirli bir davranışın ihmal edilmesi gerekir ki bu ceza sorumluluğunun konusunu oluşturabilsin<sup>185</sup>. *Petrocelli*, burada bahsedilen yükümlülüğün kaynağının bir ceza normu olabileceği gibi, hukukun diğer alanlarına dair normlar, sözleşme, mahkeme kararı, yetkili

---

hareketi beklemesi gibi psişik bir veriye dayanmak istemekte, böylece ihmali saf bir normatif kavram, bir yargı olmaktan kurtarmaya çalışmaktadır.” (s.166). Öte yandan *Kunter*, normativist bir teori değilmiş gibi ortaya çıkan bu teorinin aslında normativist bir teori olduğu, zira hareketin beklenmesinin nedeni sorulduğunda normlar cevabı verildiğini ifade etmekte; bu nedenle, normativist teoriler için getireceği eleştirilerin bu teoriler için de geçerli olacağını söylemektedir. Bkz.: *Kunter, Suçun Maddi Unsurları*, s. 39.

<sup>181</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 66.

<sup>182</sup> Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 255. Belirtmek gerekir ki kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmesinin ondan beklenebilir olması gerekir. Yazarlar, kusurluluğu etkileyen bir hal olarak kabul etmekte ve kişinin imkan ve iktidarında olmayan bir şeyin ondan beklenemeyeceğini, bu durumun kusuru ortadan kaldıran bir hal olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürerek, meseleyi manevi unsur ile bağlantılı olarak değerlendiren Yargıtay kararlarını eleştirmektedir. Bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 256, 257, dn. 72.

<sup>183</sup> Keyman, “Hareket”, s. 165, 166.

<sup>184</sup> *Kunter, Suçun Maddi Unsurları*, s. 35, 36.

<sup>185</sup> Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 449.

makamın emri de olabileceğini ifade etmektedir<sup>186</sup>. Kunter hukuken gereken bir hareketin yapılmaması görüşünü tatmin edici bulmamaktadır. Bu görüşün de gerçek olmayan ihmali suçlarda (ihmal suretiyle icra suçlarında) netice ile ihmal arasında nedensellik bağı kurabilmek amacıyla geliştirildiğini ifade etmektedir. Nedensellik meselesinin açıklanması için ise hukuki yükümlülük kavramına ihtiyaç duyulmadığını söylemektedir<sup>187</sup>.

Diğer normativist teori ise Latince ifadesi *non facere quod debetur* olan<sup>188</sup> gerekli hareketin yapılmaması görüşüdür. Bu görüşe göre, ihmal bir norm temelinde değerlendirilebilir<sup>189</sup>. Hareketin üçüncü bir şahıs tarafından normlara uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu normların ise mutlaka hukuk normu olması gerekmektedir<sup>190</sup>. İhmal hem normativist hem de normlar bir gayeye yönelik olduğundan amaçsal bir mefhumdur<sup>191</sup>. Kunter'e göre, gerekli hareketin yapılmaması görüşü gerçek olmayan ihmali suçlarda, ihmalin neticeye sebebiyet vermesini açıklamak yönünden, nedensellik bağına izah bakımından kabul edilebilir değildir. Zira hareket ve netice birer maddi unsurdur ve bu ikisi arasında maddi niteliği haiz kabul edilen nedensellik bağı bulunmaktadır. Bir değer hükmünün maddi bir neticeye sebebiyet verdiği düşüncesi kabul edilebilir olmayacaktır. Neticeye ancak maddi anlamda bir varlığı bulunan bir şey sebebiyet verebilir<sup>192</sup>. Bu görüş de hareket unsuru ve hukuka aykırılık unsurunu karıştırmış olmakla eleştirilmektedir. Burada bir hukuk normunun değil herhangi bir normun nazara alındığı cevabı verilmiş olsa da, ihmalin ceza hukukunu ilgilendirebilmesi için hukuk normuna aykırılığın gerekli olması ve bu görüş taraftarlarınca da değerlendirmede hukuk normlarının referans alınmış olması karşısında bu itirazın da haklılık payı olmadığı dile getirilmiştir<sup>193</sup>.

*Keyman'a* göre, ihmalin doğal gerçekliğini benimsemeyenleri etkileyen, ihmali ifade etmek için kullanılan olumsuz ifadelerdir. Halbuki, “yapmadı” şeklindeki olumsuz bir ifade de olumlu bir yüklem gibi dış dünyadaki bir durumu tasvir eder ve özne ile gerçek fiili durum

---

<sup>186</sup> Biagio Petrocelli, *Principii di diritto penale*, Padova, 1944, s. 301 (aktaran: Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 37).

<sup>187</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 39, 40.

<sup>188</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 38.

<sup>189</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 66.

<sup>190</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 38.

<sup>191</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 39.

<sup>192</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 43.

<sup>193</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 43.



arasındaki ilişkiyi kurar. Bu nedenle ihmalin normdan önce doğal bir gerçekliğinin bulunduğunu, normun ihmalin yapısal bir unsuru değil, onun hukuken önem arz etmesini sağlayan bir unsuru oluşturduğunu kabul etmek gerekir<sup>194</sup>.

Normativist teoriler, ihmali hukuki bir norma aykırılık teşkil ettiği yönündeki bir değer hükmünü içerir şekilde tanımlamakla hareket ile hukuka aykırılığı birbirine karıştırdığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Halbuki suçun unsurlara bölünerek incelenmesi bu unsurların birbirine karıştırılmamasını gerektirmektedir<sup>195</sup>.

*Kunter*'e göre, normativist değerlendirmeye, kanunda neticesi tarif edilmiş suçlarda menfi hareketin (ihmali hareketin) hukuka aykırılık unsuru bağlamında değerlendirilmesi için başvurulabilir. Yani bu tip suçlarda, icrai suçların aksine, hukuka uygunluk sebebinin olmaması hukuka aykırılığın varlığı için yeterli değildir. Menfi (ihmali) hareketin başkaca bir hukuk normuna aykırılık teşkil etmesi de gerekir. İşte kastedilen değerlendirme bu anlamda bir norma aykırılık olup olmadığının tayini meselesidir. Dolayısıyla ihmal, menfi hareketin hukuka aykırılığının ne şekilde belirleneceğini gösteren normatif bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. O halde hareketin normativist ele alınması ve ihmalin yeri hukuka aykırılık bahsidir<sup>196</sup>. Burada *Kunter*'in menfi hareket ve ihmali hareket ayrımının önemi ortaya çıkmaktadır.

### c. Değerlendirme

Hareketin ceza hukukunun merkezinde yer alması ve maddi ceza hukukuna dair açıklamaların hareket mefhumu üzerine inşa edilmesi, onun kapsayıcı bir tanıma sahip olmasını gerektirmektedir. Tüm suç tiplerinin karakteristik özellikleriyle uyumlu böylesi geniş bir tanıma ulaşabilmenin zorluğu, geliştirilen hareket teorilerine, bu teorilerin iç çelişkilerine, maruz kaldıkları eleştirilere ve yakın zamana kadar devam eden yeni arayışlara bakıldığında kolaylıkla görülmektedir. Bu zorluk karşısında, herhangi bir teoriye koşulsuz taraftar olmak yerine birbirine yakın ve tutarlı bir bütün oluşturabilecek olan teorilerin hareket tanımlarını

---

<sup>194</sup> Keyman, "Hareket", s. 168, 169.

<sup>195</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 40, 41.

<sup>196</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 44.

birlikte benimsemek yoluna gidilebilir<sup>197</sup>. Zira ceza hukukunun tarihsel gelişimi göz önünde bulundurulduğunda, bu disiplinin ne sabit kaldığı ne de düz bir çizgi üzerinde sürekli ilerlediği söylenebilecektir. Daimi bir devinimin olduğu ve bu hareketlilik içinde hareket kavramının kendisine dair tanımlamanın da aynı devinimden etkileneceği muhakkaktır. Bu bağlamda, bugüne kadar geliştirilmiş hareket teorilerinden birini mutlak bir gerçek olarak kabullenmek yerine, bizi idealize ettiğimiz kapsayıcı hareket tanımına en yakın noktaya ulaştıracak teorik kabulleri birlikte benimsemek yolunu tercih edebiliriz.

Ceza hukukunun gereksinimlerine en uygun hareket teorisinin, ihmal ve taksir konusundaki açmazları unutulmadan, amaçsal hareket teorisi olduğunu düşünüyoruz. Doğal hareket teorisi ve ona öngelen Hegelci hareket anlayışının iradilik vurgusuna<sup>198</sup> yön kavramının eklenmesiyle karakterize olan bu teori, eylemlerden sorumluluğun, o eylemi seçme davranışı ile bağlantılı olması yönünden bugünün ceza hukuku ilkeleriyle uyum içindedir. Öte yandan çokça eleştirildiği üzere taksir konusunda neyin amaçlandığının yeteri kadar açıklanamayışı teorisinin eksik noktalarındandır<sup>199</sup>. Bu eksiklik, sosyal hareket teorisinin sosyal önemi haiz olma kriteriyle tamamlanabilir. Zira taksirli bir suç için sosyal açıdan önemli olan, özene aykırı olarak gerçekleştirilen davranıştır. Dolayısıyla hareketin dış dünyada sosyal önemi haiz bir etki meydana getiren, yönlendirici irade tarafından hakim olunabilir, belli bir amaca yönelik insan davranışı şeklinde tanımlanması halinde taksirli suçta meydana gelen sosyal açıdan önemli dikkatsiz davranış da hareket kavramı içinde kendisine yer bulabilecektir. Benzer bir değerlendirme ihmalî davranış için de yapılmalıdır. İhmalde de amaca yönelik olma unsuru bakımından amaçsal hareket teorisi eleştirilmiştir. Burada potansiyel bir gailiğin<sup>200</sup> olduğunu söylemeye gerek olmaksızın amacın sosyal açıdan önemi haiz bir hareketsizlik şeklinde vücut bulduğunu söylemekle yetinilebilecektir.

Negatif hareket teorisinin kaçınılabilir kaçınmama şeklindeki tanımı, meseleyi daha az kapsayıcı olan ihmalî davranış üzerinden tanımlama yolunu tercih ettiğinden<sup>201</sup> kanaatimizce metodolojik olarak tercih edilmemelidir. Aynı metod diğer ontolojik teoriler tarafından, bu

---

<sup>197</sup> Yurtlu, hareket teorilerinden birine taraftar olmanın o teorisinin ortaya çıkabilecek her sorunun çözümü için en doğru yolu önerdiğini kabul anlamına gelmeyeceğini haklı olarak ifade etmektedir. Bkz.: Yurtlu, “İhmalî Suçlar”, s. 46.

<sup>198</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 38, 39.

<sup>199</sup> Teorisinin kendi içinde bu nedenle birçok kez değişikliğe gidilmek zorunda kaldığı hakkında bkz.: Mezger, Blei, **AT**, s. 60.

<sup>200</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 96.

<sup>201</sup> Herzberg, **Unterlassung**, s. 170.

sefer icrai davranış üzerinden uygulanmış ve daha kapsayıcı bir başlangıç noktası tercih edilmiş olsa da kanaatimizce burada da bu nokta yeterince isabetli belirlenmemiştir<sup>202</sup>. Davranışın dış dünyada meydana gelen ve netice olarak nitelendirilmesi zorunlu olmayan bir etki (aktif veya pasif) üzerinden tanımlanmaya başlanması yolu tercih edilseydi yukarıdaki paragrafta ifade edildiği üzere taksir ve ihmali daha kolay sisteme dahil edilmiş olurdu.

İcrai hareket ile ihmali hareket arasında ceza hukuku bakımından bir farkın olduğu daha başlangıçta anlaşılmaktadır. İcrai hareket, gerçekleştirildiği andan itibaren başka herhangi bir araca ihtiyaç olmaksızın tespit edilebilirken ihmali davranış bir hareketsizlik durumunu ifade ettiğinden, onun ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilecek bir hareket olabilmesi için bir araca ihtiyaç vardır. Bu araç normdur<sup>203</sup>. Zira hareketsizlik olarak nitelendirdiğimiz durum sınırları çizilemez, hayatın her alanına ölçsüz biçimde yayılmış bir olguyu ifade etmektedir. Nitekim bir hareket gerçekleştirilirken aslında başkaca birçok hareket ihmali edilmektedir<sup>204</sup>. İşte bu sınırsızlık içinde ceza hukukunu ilgilendirebilecek hareketin tespiti ona hukuki değer ihlaline denk düşen bir anlam atfedilmesini gerektirmektedir. Bu ise normatif bir değerlendirmeyi zorunlu kılar<sup>205</sup>. Öte yandan ihmali hareketin de icrai hareket gibi ontolojik bir varlıktan ibaret olduğunu ileri süren görüşler bulunmaktadır. Ancak ihmali hareketin normatif yapısını gözden kaçırarak onu salt ontik bir karakterden ibaret görenler, bu nedenle icrai ve ihmali hareketin her ikisine de uyacak bir hareket tanımına ulaşamamışlardır<sup>206</sup>.

Bununla birlikte ihmali salt normatif bir kavram olarak tanımlayanlara da katılmıyoruz. Bu noktada öğretide ihmali hareketle icrai hareket arasında ontik vasıflar itibarıyla bir ortaklık olmadığı, söz konusu müşterekliğin normatif sahada, hukuk kurallarından kaynaklanan bir yükümlülüğe aykırılık teşkil etme noktasında sağlandığı savunulmuştur<sup>207</sup>. Halbuki ihmali de icra gibi hukuk öncesi bir varlığa, bu anlamda bir gerçekliğe sahip olup tamamıyla normatif bir

<sup>202</sup> Felsefi açıdan neden olma kavramının ele alınması gerekirken işe icrai davranışla başlanmasına yönelik eleştiri için bkz.: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 38. Erbaş'a göre, hareket kavramına varlık kazandıran, neticeye neden olmadır. Bkz.: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 39.

<sup>203</sup> Keyman, "Hareket", s. 137, 138; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 99 ve 102.

<sup>204</sup> Klaus F. Röhl, "Die deontischen Modalitäten", **JA**, 1999, s. 603; Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 26.

<sup>205</sup> İhmali ceza hukukunu ilgilendirebilmesi için normatif bir değerlendirmeye ihtiyaç olduğu hakkında bkz.: Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 99.

<sup>206</sup> İhmali hareketin niteliğine ilişkin görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 61 vd.

<sup>207</sup> İzzet Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, No: 4, 2021, s. 305; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 70, 71.

kavram olarak nitelendirilemez<sup>208</sup>. Onun normlar vasıtasıyla bir değerlendirmeye tabi tutulması, görünür kılınabilmesi içindir. İcrai hareket gibi ihmali hareket de dışarıdan gözlemlenebilir nitelikte olup bu gözleme hukuki bir sonuç bağlanması norma aykırılık

<sup>208</sup> Benzer şekilde: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 63. Yurtlu ihmalin normatif nitelikte olduğunu savunan görüşleri değerlendirirken şu ifadeleri kullanmaktadır: “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.” Yazar, ihmali suçlarda da ontiklik-normatiflik tartışmasının icrai suçlarda olduğu gibi, suç kalıbının tamamı dikkate alınarak değil, salt hareket unsuru üzerinden yapılmasını önermektedir. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 59-60. Yurtlu, ihmalin de icra gibi dışarıdan gözlemlenebilir ontik bir varlığının olduğu görüşünü şu örnekle somutlaştırmaktadır: Açlıktan ölmek üzere olan birine yemek vermek dışarıdan gözlemlenip tespit edilebilir bir davranış, bu itibarla bir gerçekliktir. Açlıktan ölmek üzere olan kişiye yemek vermeme davranışı için de aynı şeyler söylenebilir. Yazar açıklamalarına, burada hareket bakımından esas alınacak olan yegane şeyin “yemek vermemek” olduğunu, yemek verilmeyen kişinin açlıktan ölmek üzere olup olmaması veya ona yemek verme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı gibi hususların bilahare, hareket unsuru dışında değerlendirileceğini söyleyerek devam etmektedir. Burada amaçlananın, ihmali suçlar açısından da icrai suçlarda olduğu gibi, suçun unsurlarına ayrılarak incelenmesi ve bu yolla muhtemel birtakım teorik sorunların önüne geçilmesinin olduğu ifade edilmektedir. Sözgelimi, garantörlük yani bir şey yapma yükümlülüğünün hareket unsuru dışında bir başka maddi unsur olarak değerlendirilmesiyle birlikte, garantörlüğün hem ihmali davranışın bir özelliği olarak normatif değerlendirme konusu yapılması hem de diğer bir maddi unsur olarak tekrar ele alınması, yani tekrara düşülmesi engellenebilecektir. Yurtlu, ihmali davranışın niteliği konusundaki görüşlerini, ihmali suçlar söz konusu olduğunda icrai suçlardan farklı olarak çoğu zaman normatif değerlendirmeye başvurma gereği olduğunu ifade ederek devam ettirmektedir. Sözgelimi gerçek olmayan ihmali suçlarda failin belirlenmesi için garantörlük kurumu gereği normatif bir değerlendirmeye ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak yazara göre, hiç değilse ihmali suçun temelini oluşturan “yapmama” şeklindeki ihmal davranışının tespiti bakımından normatif değerlendirmeye başvurma zorunluluğu yoktur. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 72, 73. İhmali davranış normatif bir kavram olarak kabul eden görüşler, taksirli ihmali suçlarda suçun manevi unsuru olarak taksirin belirlenmesi safhasında zaten yapılacak olan benzeri bir normatif değerlendirme, maddi unsurlar kısmında hareket unsurunun belirlenmesinde de ihmali davranış yönünden yapıldığından taksir ve ihmal kavramlarının çakışmasını sonuçlamaktadır. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 76, 77. Yurtlu’ya göre, boğulmakta olan Ç’ye yardım etmeyen baba B’nin davranışı ile olay yerinden geçmekte olan Y’nin davranışı özü itibarıyla, yani varlık aleminde aynıdır. Hareketlerin haksızlık içeriğinin farklı olması ve faillerin cezai sorumluluklarının farklı normlara dayanması hukuki statülerinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır. Yazar yalan söylemek davranışı üzerinden verdiği örnekte, bir sohbet sırasında yalan söylemekle mahkemede yalan söylemek arasında varlıksal alemde bir farklılığın bulunmadığını, normun bu davranışın hukukun müdahale alanında bir değer ifade etmesinin sağladığını ifade etmekte, aynı bakış açısıyla yapmamayı yani ihmali davranışı da değerlendirmekte ve burada emir normunun davranışın değersizliğini belirlemede işlev gördüğünü ifade etmektedir. Bu itibarla icrai bir harekette bulunma yükümlülüğünün varlığı durumunda bu hareketi gerçekleştirilmeyen kişinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yani her iki yapmama davranışı arasındaki fark fiilin özelliğinden değil failin niteliğinden kaynaklanan bir farktır. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 74-79. Bu perspektiften bir değerlendirme yapıldığında, yalan söylemek şeklindeki icrai davranışın bir sohbet ortamında veya tanıklık sırasında gerçekleştirilmesi arasında varlıksal anlamda bir fark bulunmadığı doğrudur. Ancak burada örnekler üzerinden icrai hareketle ihmali hareket açısından bir ayrım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki, icrai davranış ceza hukukunun müdahale alanı içine sokan norm hareketin tipikliği sağlama işlevini görürken, yani icrai hareket bu normdan önce de temel koşullar bakımından ceza hukuku tarafından değerlendirilebilir bir hareketken ihmali hareketin ceza hukuku bakımından değerlendirilebilir bir hareket halini alması için norma ihtiyaç vardır. Yani yukarıda yer verdiğimiz, latince ifadesi “*cogitationis poenam nemo patitur*” olan temel ceza hukuku prensibine uygunluğun sağlayıcısı ihmali hareket bakımından normdur. Farklılığın fiilin vasfından kaynaklanmayıp failin özelliğinden kaynaklanıyor olduğuna dair değerlendirmeler ise bizce ihmali suçlarda garantörlük vasfının hareketin bir unsuru olarak değerlendirilmesi gerektiğini kabule götürmektedir;

değerlendirmesini gerektirmektedir. Zira icrai hareket ile arasındaki yapısal farklılık dolayısıyla başından beri sözünü ettiğimiz “*cogitationis poenam nemo patitur*”<sup>209</sup> ilkesi karşısında ihmalin ceza sorumluluğuna dayanak teşkil etmesinin başka türlü açıklanması mümkün olmamaktadır. İcrai davranışı ceza hukukunun müdahale alanı içine sokan norm, hareketin tipikliğini sağlama işlevini görürken, yani icrai hareket bu normdan önce de temel koşullar bakımından ceza hukuku tarafından değerlendirilebilir bir hareketken ihmali hareketin ceza hukuku bakımından değerlendirilebilir bir hareket halini alması için norma ihtiyaç vardır. Her ne kadar ihmali davranışta bir hareketsizliğin bulunduğu dış dünyada gözlemlenebilir ise de bu hareketsizliğin yöneldiği amaç, ancak bir norm temelinde ve dış dünyada meydana getirdiği etki bağlamında değerlendirilerek tespit edilebilir. Normatif bir değerlendirme yapmaksızın hareketsizliğin gayesinin ve dış dünyada meydana getirdiği etkinin tespit edilmesi mümkün olmayıp insanın iç dünyasında şekillenen düşünceler ceza sorumluluğuna dayanak teşkil edemez.

İhmalin bir gerçekliğinin bulunduğu düşüncesi benimsendikten sonra, ihmali suçları hareketsiz suçlar olarak gören veya ihmali icrai bir hareketle bağlantı kurmak suretiyle tarif eden görüşlere başvurma gereği bulunmamaktadır. Bu görüşlerden psikolojik yaklaşımın dış dünyaya yansımayan ve tespiti mümkün olmayan faaliyetler üzerinden ihmali tanımlamaya çalışması bugünün ceza hukuku ilkeleriyle bağdaşmamaktadır<sup>210</sup>. Fizyolojik görüşün kullandığı, motor sinirlerin hareket geçirilmesi veya bu hareketin engellenmesi şeklindeki ölçüt de benzer sebeplerle yetersizdir. Zira ihmali hareketi açıklamak için kullanılan insanı harekete geçiren sinirlerin engellenmesi argümanı, dış dünyada fark edilebilen bir aktivite olmayıp dışarı yansımayan bu sözde etkinlik üzerinden ihmali hareketin tanımlanması modern ceza hukukunun benimsediği prensiplerle uyumlu olmayacaktır<sup>211</sup>.

İhmalin harici bir icrai hareket üzerinden tanımlanması çabaları da isabetli gerekçeler içermemektedir. Zira ihmalde bulunulan her anda mutlaka bir icrai davranışın gerçekleştirilmesi gerekmemekte, bir diğer deyişle insanın hiçbir zaman hareketsiz kalamayacağı yönündeki sav gerçeği yansıtmamaktadır<sup>212</sup>. Eş zamanlı olarak gerçekleştirilen bir icrai davranışın varlığı durumunda, bunun ceza sorumluluğunun bağlanma noktasını

<sup>209</sup> Digesta, Book 48, 18, Ulpian, Edict, Book 3. Bkz.: Watson, **The Digest of Justinian**, C. IV, s. 850. Ayrıca bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 225; Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 5.

<sup>210</sup> Benzer şekilde: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 68.

<sup>211</sup> Benzer şekilde: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 68.

<sup>212</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 64; Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 39.

oluşturacak bir hareket olduğu ise söylenemeyecektir<sup>213</sup>. Sözelimi boğulmakta olan kişiyi kurtarmak yerine kitap okuyan cankurtaranın kitap okuma davranışı üzerine ceza sorumluluğunun inşasının mümkün olduğunu söylemek meseleyi anlamsızlaştırmaktadır.

İhmali hareketten sorumluluğu öngelen bir icrai hareket üzerinden tesis etmeye çalışanların bu girişimleri ise öngelen tehlikeli davranışın ancak bir garantörlük kaynağı olduğu ve hareket unsuru içinde değerlendirilemeyeceği şeklinde eleştirilmiştir<sup>214</sup>. Kanaatimizce garantörlük, gerçek olmayan ihmali suçlarda hareket unsurunun bir bileşenidir<sup>215</sup>. Şayet ihmal için beklenen hareketin yapılmaması temelinde normatif bir değerlendirme yapılması gerektiğini kabul ediyorsak beklenen hareket, gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörlükten bağımsız olarak belirlenemeyeceğinden, garantörlüğün bu suçlarda hareketin bir unsuru olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla icrai ve ihmali davranış arasında zamansal farklılığın bulunduğu ve sorumluluğun önceki icrai davranışa dayandığı yönündeki bu görüş, farklı bir açıdan ancak yine garantörlük üzerinden eleştirilmelidir. Zira garantörlüğün ihmali davranışın bir bileşeni olduğunu kabul etmekle, önceki icrai davranış, sonraki ihmali davranışın yapısal unsurunu oluşturmakta ve fakat ceza sorumluluğu icrai davranışın yapılmış olmasından doğan tehlikenin bertaraf edilmemesi nedeniyle ihmali davranışa dayanmaktadır. Kaldı ki birçok durumda icrai hareket yapılmakla birlikte ayrı bir ceza sorumluluğunu doğurmaktadır. Sözelimi trafikte dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu bir araca çarpıp sürücüsünün yaralanmasına neden olan kişi, bu sürücüyü kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunmaz ve ölümüne sebep olursa kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesinden sorumlu olacaktır. Burada icrai hareketle gerçekleştirilen tehlikenin bertaraf edilmemesi sebebiyle ihmalden ötürü sorumluluk söz konusudur. Ancak fail, bundan önce salt dikkat ve özene aykırılıkla sebebiyet verdiği taksirle yaralamadan, yani icrai hareketinden, bağımsız olarak sorumludur<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Failin kendisinden beklenen hareket yerine yaptığı hareketin ne olduğunun bir önemi olmadığı ve gerçek olmayan ihmali suçlarda sonucun nedeninin failin yaptığı farklı icrai hareket olduğunun söylenemeyeceği hakkında bkz.: Keyman, “Hareket”, s. 163.

<sup>214</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 70.

<sup>215</sup> Erbaş da garantörlük, hareket imkanı ve nedensellik bağıını ihmali davranış oluşturan temel bileşenler olarak ele almaktadır. Bkz.: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 40.

<sup>216</sup> Taksirle yaralama ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçlarından ayrı ayrı sorumluluk doğacağına ilişkin olarak bkz.: Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 148.

## 2. Hareket-İhmal İlişkisi Ekseninde Ortak Üst Terim Arayışı

İcra ve ihmal arasında yukarıda sözü edilen varoluşsal farklılık sebebiyle her iki davranış kalıbını da kapsayacak bir üst terim oluşturulup oluşturulamayacağı, böyle bir terimin bulunması mümkünse ne olması gerektiği konusu uzunca bir süredir tartışılmaktadır. Bu konuda *Radbruch* ikici (dual) bir hareket sistemi kurulması gerektiği, A ile A olmayanın aynı başlık altında birlikte ele alınamayacağı için icra ve ihmalin de aynı üst başlık altında konumlandırılmayacağını ileri sürmüştür<sup>217</sup>. Buna göre, ihmal, fiil (*Tat*), irade (*Willen*) ve bu ikisi arasında nedensellik bağının eksikliği ile kalmaz aynı zamanda bunları inkar etmekle kendini tüketir. Nasıl ki pozitif ve negatif, A ve A olmayan bir başlık altında bir araya getirilemezse hareket ve ihmal de aynı şekilde bir araya getirilemez<sup>218</sup>. Buna karşın *Radbruch*'un ihmal ve icra arasında bir ortaklık olmadığı için üst bir terim altında ele alınamayacakları konusundaki görüşünün çıkış noktası anlamında zekice olduğu, fakat her iki hareket türünün de “bir şeye” atıfta bulunduğu, başka bir ifadeyle, birleşik bir değerler sisteminde yer alan değer kavramları olduğunu gözden kaçırdığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre ceza hukuku anlamında icra ve ihmal zıt iki kavram olmayıp, ortak bir üst terim altında yer alabilirler<sup>219</sup>. Bununla birlikte, bir üst terimin bulunabileceğini savunan yazarlar da kendi içlerinde terimin ne olacağı konusunda görüş ayrılığı yaşamaktadır. *Jescheck/Weigend*, ihmali ve icrai suçlar arasındaki ortaklıklara ilişkin bir değerlendirme yaparken, ihmali suçların da icrai suçlar gibi “sosyal açıdan önemli insan davranışları” (*sozialerheblichen menschlichen Verhaltens*) üst başlığı altında yer aldığını ifade etmekte; ancak icrai suçlar için geliştirilmiş hukuk terimlerinin ve kurallarının doğrudan ihmali suçlara da uygulanmasının mümkün olmadığı şerhini düşmektedir. Yazarlara göre, bu nedenle icrai suç dogmatığı ihmali suçlara uyarlanmalıdır. Ancak, burada *Armin Kaufmann* tarafından ortaya koyulan “Terslik İlkesi” (*Umkehrprinzip*<sup>220</sup>) bağlamında ileri sürüldüğü şekilde icrai suçlarda ve ihmali suçlarda aynı koşullar bakımından daima bir zıtlık olduğunun söylenemeyeceği eklenmektedir. Özetle, icrai

<sup>217</sup> Mezger, Blei, *AT*, s. 69.

<sup>218</sup> Radbruch, *Handlungsbegriff*, s. 140. *Welzel*'e göre; genel hükümler öğretilerinin icrai suçlar üzerine geliştirilmiş olması şaşırtıcı değildir. Ancak bu ilkeler ihmali suçlara gözü kapalı aktarılamaz. Çünkü ihmal tam olarak bir hareket değildir. Her iki kavram için ortak unsur olan “amaca yönelik hakimiyet” kavramının altında hareket ve ihmal A ve A olmayan gibidir. İhmalde hareketin gerçekleştirilmesi eksiktir. Bu nedenle, icrai suçlar için geliştirilen kurallar ihmali suçlara uygulanırken “işaretler tersine çevrilmelidir”. Bkz.: *Welzel, Strafrecht*, s. 203.

<sup>219</sup> Mezger, Blei, *AT*, s. 69.

<sup>220</sup> Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, s. 87 vd.

suçlar için geliştirilmiş düşünce modellerinde ihmali suçlar için *anlamına uygun bir değişiklik* yapılması gerekeceği savunulmaktadır<sup>221</sup>.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde Yüce, “*hareketin öteki hali*” olarak nitelendirdiği ihmal için “*durgu*” ifadesini kullanmaktadır<sup>222</sup>. Yazar suçun çeşitlerini anlattığı bölümde hareketin şekline göre sınıflandırmada icra ve ihmal ayrımını yapmakta ve farkı şöyle açıklamaktadır: “Suç bir harekettir. Hareketsiz suç olmaz. Hareket iradenin bedene yansması, bedendeki belirişidir. Bu beliriş ya durgudur (durağan hal, bir şey yapmama, ihmal) ya yapkı (yapma, icra) dır. Hareket konuşma dilinde bir şey ‘yapma’yı, eski deyişle icra’yı, 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 (durağan hali) de 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.”<sup>223</sup> Yazar burada ayrıca ihmalin herhangi bir durgu hali olmadığı, hukuk düzeninin yap dediğini yapmamak olduğunu ifade etmektedir<sup>224</sup>. İhmal bir hareketsizlik halidir; fakat bu durumda da duygu ve düşüncelerin bedene yansması söz konusudur. Ancak “bu yansıma kasları harekete getiren bir etki değil, tersine, durduran bir etkidir, bu niteliği ile bir davranıştır”<sup>225</sup>.

Bu bağlamda bir görüşe göre, hareket, tezahür etme biçimi ne olursa olsun tüm suçların ortak temelidir. Suç tipinden önce gelen ve onun inşa edilmesini sağlayan bir kavram olmakla birlikte sırf bu nedenden ötürü hukuk dışı veya hukuk öncesi bir kavram olarak mütalaa edilemez<sup>226</sup>. Her şeyden önce, hukuki bir olgu olarak suçun en temel yapı taşı olan hareket, hukuki açıdan bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu da hareket kavramının genişlemesine sebebiyet verecektir. Belirli koşullar altında hukuk, yalnızca doğal bir bakış açısından açıkça görülebilecek şekilde, belirli bir amaca yönelmiş aktif hareketi (*aktives Tun*) değil, aynı

---

<sup>221</sup> Jescheck, Weigend, AT, s. 598.

<sup>222</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 26.

<sup>223</sup> Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s. 21..

<sup>224</sup> Bkz.: Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s. 21, dn. 6.

<sup>225</sup> Yüce, **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, s. 28.

<sup>226</sup> Maurach, Zipf, AT, C. 1, s. 176, kn. 1.



zamanda bir şeyin amaca yönelik olarak yapılmamasını (*Etwas-nicht-Tun*), ihmal edilmesini (*Unterlassung*) de anlamlandırmak durumundadır<sup>227</sup>.

### 3. Değerlendirme

İhmal ve icranın birbirinin A ve A olmayan şeklindeki zıttı iki olgu olduğu ve bu nedenle aynı üst başlık altında birlikte yer alamayacakları yönündeki fikre katılmıyoruz. Her ikisi de farklı görünüm biçimlerine rağmen ontolojik bir ortaklık taşımakta ve ihmalin normatif değerlendirmesi neticesinde iki davranış biçimi de ceza sorumluluğunun dayanağı haline gelmektedir. Bu anlamda sahip oldukları müşterek payda onların birbirinin tam zıttı olmasını engellemektedir.

Bu iki kavramın aynı üst başlık altında, bu bağlamda ortak bir üst terimle ifade edilebileceği kabul edildikten sonra bu terimin ne olması gerektiği sorusu üzerinde durulmalıdır. Fiil ve hareket kavramlarına ilişkin sözlük anlamları ve fizikte harekete eş anlamlı olarak kullanılan devinim kavramından yola çıkılarak<sup>228</sup>, hareketsizlik olarak tarif edilebilecek olan ihmali kapsayamayacağı söylenebilir<sup>229</sup>. Ancak ceza hukuku nasıl ki ihmali yani hareketsizliği cezanın dayanağı haline getirmek için normatif bir değerlendirmeden yararlanmakta ise bu disiplinin kendine özgü hareket kavramı içine de aynı normatif değerlendirme ile ihmali sığdırması mümkündür. Dolayısıyla icra ve ihmali kapsayan ortak bir üst terim olarak hareket kavramının kullanılması mümkün olduğu kanaatindeyiz.

Fiil terimi de aynı amaçla tercih edilebilir. Bu noktada fiil ve hareket ilişkisi konusunda *Kant* ile *Hegel*'in görüşlerine kadar uzanan tartışmalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Şu kadarını ifade etmek gerekir ki bu tartışmalar isnadiyet, iradilik ve nedensellik konuları etrafında şekillenmiş ve bu çerçevede ceza hukuku bakımından ya fiil ya da hareket esas alınmıştır<sup>230</sup>. Bu bağlamda *Hegel*'in iradenin subjektif amacının yapılacak tanımlamaya dahil edilmesine göre yaptığı ayrımı yer vermek gerekir. Buna göre, hareket edenin bakış açısı dikkate alınmadan dar anlamda iradilik değerlendirmesinin yapılmasıyla fiil, iradenin subjektif

<sup>227</sup> Maurach, Zipf, *AT*, C. 1, s. 176, 177.

<sup>228</sup> Dursun, **Hareket Kavram ve Terimi**, s. 41. Doğa bilimleri ile sosyal bilimlerde hareket kavramına tanımlar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Dursun, **Hareket Kavramı ve Terimi**, s. 37 vd.

<sup>229</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 22.

<sup>230</sup> Kant ve Hegel'in görüşleri için bkz: Dursun, **Hareket Kavram ve Terimi**, s. 207-212.

amacının bu tanımlamaya dahil edilmesiyle hareket kavramının ifade edildiği söylenmektedir<sup>231</sup>. Bu ayrım esas alındığında, hareketin amaca yönelik final bir kavram olarak tanımlandığı amaçsal hareket teorisinin bu bakış açısıyla uyuma olduğu söylenebilecektir.

## II. İHMALİ HAREKETİN İCRAİ HAREKETTEN AYRIMI

### A. İcra ve İhmal Ayrımının Sorun Teşkil Ettiği Örnek Olaylar

İhmali suçlar alanında tartışmaların süregeldiği konulardan biri de icra ve ihmal ayrımıdır. Bu konuda şimdiye dek birçok farklı görüş ileri sürülmüş ve halihazırda bir fikir birliği tesis edilememiştir. İcra ve ihmal ayrımının mümkün olduğunca sıhhatli bir biçimde yapılması ihmali suçlarda iştirak konusuna esas teşkil edecek hareketin niteliğinin ve iştirak statülerinin doğru belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Nitekim *Haas* da, *Volk*'un ayrımın ceza siyaseti bakımından tamamen önemsiz olduğu yönündeki görüşüne karşılık, buna azami önem verilmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>232</sup>.

İcra ve ihmal arasındaki ayrım hukuken oldukça önemlidir. Bu konunun önem arz etmesinin nedeni cezalandırılabilirlik şartlarının ve harekete bağlanan hukuki sonuçların icrai

<sup>231</sup> Dursun, **Hareket Kavram ve Terimi**, s. 209.

<sup>232</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 111. *Hakeri*, icra ve ihmal ayrımının nedensellik, teşebbüs ve cezanın belirlenmesi bakımından pratik açıdan bir öneminin bulunmadığı yönündeki görüşü eleştirmekte ve cezanın belirlenmesi bakımından gerek öğretide gerekse bazı ülkelerin mevzuatında bir farklılık görüldüğünü, nedensellik bağının varlığı noktasında bir farkın bulunmadığını ancak bu bağın tespiti ve garantörlük durumu yönünden bir farkın bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrımın teorik olduğu kadar pratik de bir öneminin bulunduğunu yazar Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararına konu bisiklet sürücüsü olayı üzerinden netleştirmektedir. Bu olayda sollama yaparken gerekli mesafeyi bırakmayan kamyon sürücüsünün, alkollü halde seyreden bisiklet sürücüsünü sollamanın etkisiyle arka tekerleklerin altına alır ve ölümüne neden olur. Burada sollama hareketini esas alır ve icrai bir hareketle ölüm neticesi gerçekleştirilmiştir dersek, bu hareket ile ölüm arasında nedensellik bağının tespitinde bir problem bulunmamaktadır. Gerekli mesafenin bırakılmamasını esas alır ve ihmali hareketle ölümüne neden olduğunu kabul edersek, bilirkişi raporuna istinaden, alkollü olan bisiklet sürücüsünün kendi dikkatsizliği ile zaten kamyonun altına girmesi muhtemeldir. Dolayısıyla Alman hukukunda hakim olan görüş burada bir nedensellik bağının bulunmadığı yönündedir. Bkz.: *Hakeri*, **İhmal Kavramı**, s. 86, 87. Ayrıca *Hakeri* ayrımın önemi ile ilgili olarak nedensel bir sürecin aktif bir biçimde yönlendirilmesiyle, bu sürece seyirci kalmak arasında bir farkın olduğu; icrai bir hareket ile işlenen suçta suç enerjisinin daha yüksek olduğu ve eski hale dönmenin hiçbir zaman mümkün olmadığı gerekçelerini sunmaktadır. Bkz.: *Hakeri*, **İhmal Kavramı**, s. 87. *Akyürek*'e göre; icra ve ihmal arasındaki ayrım akademik bir ayrımın ötesinde başta teşebbüs olmak üzere suç teorisi bakımından birçok noktada önem arz etmektedir. *Akyürek* burada teşebbüs bakımından ortaya çıkan farkı açıklarken ihmali suçları neticesi harekete bitişik suçlar olarak nitelendirmiş, bu bakımdan teşebbüse elverişli olarak kabul edilmediklerini ifade etmiş, akabinde ise mevcut yasal düzenleme itibarıyla hareketten ayrı olarak neticesi bulunan görevi ihmal suçunun (md.257/2) ve nitelikli ihmali suçların ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ilave etmiştir. Bkz.: *Güçlü Akyürek*, "İhmali Suçlar", C. I, **Prof. Dr. Feridun Yenisey'e Armağan**, İstanbul, Beta, 2014, s. 142.

suçlar ve ihmali suçlar bakımından farklı olmasıdır<sup>233</sup>. Bununla beraber, bu ayrımı yapmak oldukça zordur<sup>234</sup>. Ancak şunu vurgulamak gerekir ki bir hareketin ne zaman icrai ne zaman ihmali nitelikte olduğuna ilişkin tartışma gerçek ihmali suçlarda söz konusu olmayıp tartışmalı olan gerçek olmayan ihmali suçlarda ayrımın nasıl yapılacağıdır. Zira gerçek ihmali suçlarda kanunda gösterilen hareketin yapılmamasıyla suç gerçekleşmiş olmaktadır<sup>235</sup>. Doktrinde bugün hakim olan görüş, icra ve ihmal ayrımında enerji kullanımı gibi şekli bir ayrımla değil, davranışın sosyal anlamı esas alınarak normatif bir değerlendirmeye yapılması gerektiği, enerji kullanımı gibi kriterlerin ancak birer belirti olarak dikkate alınabileceği yönündedir. Sonuç itibarıyla ihmali hareketin varlığı doğal bir bakış ile değil normatif bir değerlendirme ile tespit edilebilecektir<sup>236</sup>.

Alman ceza hukuku öğretisi incelendiğinde, ayrıma ilişkin olarak ileri sürülen çok sayıda kriterin artık kütleleşmiş belirli olaylar ekseninde temellendirildiği görülmektedir. Kanaatimizce, ihmalin hala tartışmaya açık birçok husustan müteşekkil yapısı dikkate alındığında, icrai hareketten ayrımı konusunun sınırlı sayıdaki klasik olay üzerinden değerlendirilmesi meseleyi tam manasıyla aydınlatmak için yeterli olmayacaktır. Yine de ortaya konulmaları, aralarındaki benzerlikler ve farklılıklar üzerinden birtakım sonuçlara varılmasına yardımcı olacağından bu olayları art arda, herhangi bir değerlendirme yapmadan, yargı mercilerinin verdikleri kararları sunmayı ve sonrasında, her bir ayrım kriterini, ilgili olayları da dikkate alarak incelemeyi tercih edeceğiz.

İlk olay, Alman İmparatorluk Yüksek Mahkemesi kararına konu olmuş **keçi kılı olayıdır**. Bu olayda, sanık fırça fabrikası için Çin malı keçi kılı alır ve firmanın bildirimde

---

<sup>233</sup> Koca, Üzülmöz, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, s. 391.

<sup>234</sup> *Hakeri*, icra ihmal ayrımına ilişkin tartışmaların, iki anlamlı hareketler söz konusu olduğunda ortaya çıktığını söylemekte; bu konuyu ayrımın gerçekten sorun oluşturduğu durumlar ile diğerlerini birbirinden ayırarak inceleme yolunu seçmektedir. Bkz.: *Hakeri*, **İhmal Kavramı**, s. 88, 89. *Erbaş*'a göre, bir hukuki değerin ihlal edildiği olaylarda icrai ve ihmali davranışların bir arada karşımıza çıktığı olayları ifade etmek için, “iki anlamlı davranış şekilleri” veya “iki şekilde kabul edilebilecek (iki anlamlı hareketler) hareketler “her iki davranış şeklinin (bir arada) bulunduğu durumlar” şeklinde bir kavramsallaştırma daha yerindedir. Özellikle teknolojik gelişmelerin hızlanması ile günümüzde bu tür olaylarda ayrımın yapılması daha da zor hale gelmiştir. Ancak her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda davranışın doğru biçimde nitelendirilmesi, Latince ifadesi “ne bis in idem” olan “aynı fiilden dolayı iki kez yargılama yapılamaz” ilkesinin bir gereğidir. Bkz.: Rahime Erbaş, “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, No: 1, 2019, s. 400-402.

<sup>235</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 392.

<sup>236</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 393.

bulunmasına rağmen, dezenfekte edilmesi gereken bu ürünleri dezenfekte etmeden çalışanlarına verir. Fırça üretiminde çalışan bir erkek ve üç kadın işçi ile ürünlerle ilk etapta temas eden bir kadın işçiye kıllardan şarbon basili bulaşır ve dört kadın işçi şarbon basilinden ölür<sup>237</sup>. Burada tartışılan husus, ölüm neticesine dezenfekte edilmemiş fırça kıllarının işçilere verilmesi nedeniyle icrai hareketle mi, yoksa kılların dezenfekte edilmemesi nedeniyle ihmali hareketle mi neden olunduğudur. Buna karşın Yüksek Mahkeme bu soruyu sormaksızın, üstü kapalı bir şekilde icrai hareket olarak kabul etmek suretiyle, sonuca ulaşmaktadır<sup>238</sup>.

Bir diğer olay, **insülin olayı** olarak anılmaktadır. Düsseldorf Eyalet Üst Mahkemesi kararına konu bu olayda, sanık, diyabet hastası bir çocuğun tedavisinde, pankreasın kendi insülinini yeniden üretmesini sağlamak için çocuğa reçete edilen günlük insülin miktarının artık verilmemesini söyler. Ancak bu prosedür çocuğun iyileşmesine değil, ölümüne yol açar<sup>239</sup>. Burada tartışılan husus da ölüm olayına icrai hareketle mi (doktorun insülin verilmemesi talimatı) yoksa ihmali hareketle mi (doktorun insülin tedavisine devam etmemesi) neden olunduğudur. Eyalet Üst Mahkemesi, failin davranışlarının ağırlık noktasının ebeveynlere talimat şeklindeki icrai harekete dayandığı sonucuna varmıştır<sup>240</sup>. Mahkeme'ye göre, fail doktorun hareketinin bir icrai ya da ihmali hareket olarak kabul edilmesi bir gerçeklik (*olgu*, *Tatsachensfrage*) değil, bir değerlendirme sorunudur (*Wertungsfrage*). Bu nedenle hareketin niteliği konusunda ayırım yapılırken failin davranışının odağı belirlenmelidir. Bu da failin ebeveynlere insülin enjekte edilmemesi talimatı vermesinde, kurtarıcı hareketin yapılmasını engellemede kendini göstermektedir<sup>241</sup>.

**Bisiklet sürücüsü olayı** olarak bilinen hadisede, bir kamyon sürücüsü sollama yaparken gerekli mesafeyi bırakmamış ve bu suretle bisiklet sürücünün ölümüne neden olmuştur. Burada tartışılan nokta, kamyon sürücüsünün ölüm neticesi bakımından hatalı

---

<sup>237</sup> RG I 1265/28 RGSt 63, 211 (Gropp, AT, s. 488, 489).

<sup>238</sup> Gropp, AT, s. 489. *Gropp* 'a göre, keçi kılı olayında, ölüme giden nedensel süreç kılların dezenfekte edilmeden işçilere verilmesiyle başlar. Dolayısıyla burada icrai hareketten sorumluluk söz konusu olmalıdır. Bkz.: Gropp, AT, s. 491.

<sup>239</sup> OLG Düsseldorf 2 Ss 91/83 JMBINRW 1983, 199 (Gropp, AT, s. 488).

<sup>240</sup> Gropp, AT, s. 488.

<sup>241</sup> Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, s. 113.

sollama sebebiyle icrai hareketinden mi yoksa gerekli mesafeyi bırakmamak şeklindeki ihmalden mi sorumlu tutulacağıdır<sup>242</sup>.

**Eczacı olayında**, hasta çocuk için yazılan reçetede ilacı annesi eczaneden almış, sonra başka bir gün yine bu ilacı bu sefer reçetesiz olarak alabilmiştir. Çocuk bu ilacı kullandıktan sonra ölmüştür. Burada reçetesiz olarak ilacı veren eczacının sorumluluğu bakımından tartışılan husus, meydana gelen ölüm neticesinden icrai hareketi (ilacı satmak) nedeniyle mi yoksa ihmali hareketi (reçeteyi istememek) nedeniyle mi sorumlu olacaktır<sup>243</sup>.

Bir diğer örnek, **kokain olayıdır**. Bu olayda sanık doktor tarafından, ameliyatta anestezi için novakokain kullanılması gerekirken kokain kullanılmış ve bu nedenle hasta ölmüştür. Tartışılan husus, doktorun kokain verilmesi şeklindeki icrai hareketten mi yoksa novakokain verilmemesi şeklindeki ihmali hareketinden mi sorumlu tutulacağı noktasındadır<sup>244</sup>.

*Jescheck/Weigend*, bir davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun kural olarak nesnelerin doğal olarak kavranışı yoluyla anlaşılabilirliğini, fakat bazı olaylarda ilk bakışta ayırımın net olmadığını ifade etmekte ve birtakım örnekler vermektedir<sup>245</sup>. Özellikle özen yükümlülüğünün gerekli önlemlerin alınmaması ile ihlal edildiği taksirli fiiler çoğunlukla hem icrai hem de ihmali hareket olarak anlaşılabilir. Yazarlar burada eczacı, kokain, keçi kılı, pratisyen hekim ve bisiklet sürücüsü olaylarına atıfta bulunmaktadır<sup>246</sup>. Bunun dışında kuşkulu olduğu ifade edilen başkaca örnekler de verilmiştir: Avusturya Temyiz Mahkemesi kararına konu olayda, bir kadın sarhoş olan eşini evine götürmek üzere meyhaneden alır, ancak yolda çıkan tartışma yüzünden onu tehlikeli bir yerde bırakır. Eşi tek başına evine gitmeye çalıştığında dereye düşer ve boğulur<sup>247</sup>. *Jescheck/Weigend* burada refaketi bırakmada ihmalin belirgin olduğunu savunmaktadır<sup>248</sup>. Bunun dışında icra-ihmal ayırımının sorunlu olduğu başkaca olaylar da bulunmaktadır: Dilekçesinde mahkeme hakiminin isminin önüne “Herr” koymayı

<sup>242</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 68.

<sup>243</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 69.

<sup>244</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 69.

<sup>245</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603.

<sup>246</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603.

<sup>247</sup> österr. OGH SSt Bd. 31 [1960] Nr. 1. Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603.

<sup>248</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603.

atlayan sanık<sup>249</sup>, kendisine verilen selamı görmezden gelen kişi, sürücüye içki servis edip sonra onun eve araçla gitmesine engel olmayan lokantacı<sup>250</sup>, istek üzerine sarhoş sürücünün yerine geçen arkadaşı, daha sonra yine istek üzerine direksiyonu sarhoş olan arkadaşına bırakan kişi<sup>251</sup>, sürüş için yeterli olmayan birine iş gezisi için onay veren işletme müdürünün davranışı<sup>252</sup> icra mı yoksa ihmal mi teşkil etmektedir? Biri havuz kazasında cebir veya hile ile kurtarma gönüllüsünün işini yapmasını engellerse, ev sahibi saldırgan köpeğin kovaladığı çocuğun kurtulmak için içeri girmesine izin vermezse, doktor ağır yaralı olan bir hastayı iyileşme ihtimali daha yüksek olan bir hastaya bağlamak üzere solunum cihazından ayırırsa veya bir kişi can çekişen eşinin isteği üzerine solunum cihazını kapatırsa<sup>253</sup> sorumluluk icrai hareketten mi yoksa ihmali hareketten mi olacaktır<sup>254</sup>?

## B. İcra-İhmal Ayırımında Farklı Görüşler

İcra ve ihmal arasındaki ayırım sorunu, her iki anlama da gelebilecek hareketler söz konusu olduğunda ortaya çıkmaktadır<sup>255</sup>. Yukarıda muhtelif noktalarda ifade ettiğimiz üzere icrai hareket ile ihmali hareket arasındaki ayırımı net bir biçimde yapabilmek her zaman için kolay değildir. Bu nedenle şimdiye dek ceza hukuku öğretisinde geliştirilmiş farklı birçok görüş ve kriter mevcuttur. Bu görüşlerin bir kısmı doğacı kriterleri kullanmaktayken bir kısmı

<sup>249</sup> RG LZ 1915, 446.

<sup>250</sup> BGH 19, 152.

<sup>251</sup> OLG Karlsruhe JZ 1960, 178.

<sup>252</sup> OLG Hamburg VRS 25, 433 [434].

<sup>253</sup> LG Ravensburg JZ 1988, 207.

<sup>254</sup> Kararlar ve örnekler için bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603. Bu olaylar bakımından *Jescheck/Weigend*'in görüşleri şöyledir: Eczacı, kokain, bisilet sürücüsü ve keçi kılı olaylarında özen yükümlülüğünü ihlal teşkil eden pozitif hareket, buna karşın pratisyen hekim olayında zamanında kliniğe yatırmanın ihmali olduğu kabul edilmelidir. Eş olayında, refaket etmeyi ihmal belirleyicidir. Hitap eksik olarak mektubun yazılması icrai bir harekettir, selamın alınmaması ise ihmal yoluyla hakarettir. Meyhaneci yönünden, sarhoş müşteriye daha fazla alkol servisi yapmak taksirli icrai hareket olarak görülebilir; ancak meyhaneci müşterinin tamamen sarhoş olduğunu sonradan fark ettiyse, araçla gitmesini engellememesi nedeniyle ihmalin esas olması da mümkündür. Direksiyonu tekrar teslim eden arkadaş, sürüş yeteneği olmayan kişinin yola tek başına devam etmesini engellememiştir. İşletme müdürü, sarhoş araç kullanımına izin verme şeklindeki icrai hareketle neden olmuştur. Aynı şekilde, kurtarma eyleminin engellenmesi icrai bir hareket teşkil etmektedir. Çocuğun eve girişinin engellenmesi de, köpek tarafından ısırıldığında, aynıdır. Doktor olayında baskın görüş bir ihmalin söz konusu olduğunu (icra yoluyla ihmal şeklinde) ve sadece yetkisiz üçüncü kişinin karışması durumunda icrai bir hareket olduğunu kabul etmektedir. Hastanede can çekişen eşinin isteği üzerine solunum cihazını kapatan eş, ölenle arasındaki güven ilişkisi sebebiyle yetkisiz üçüncü kişi olarak görülmemiştir. Ancak haklı olarak, doktor ve eşin hareketleri de kendi kendine devam eden bir kurtarma işine müdahale ederek durdurdıkları için icra (Begehung) olarak görülmelidir. Bu kurtarma faaliyetinin başarı şansının ne olduğu, icra ve ihmal ayırımı bakımından belirleyici olamaz. Üçüncü kişi aracılığıyla bir suçun işlenmesine seyirci kalan bir kişi kural olarak sadece ihmali sebebiyle sorumludur. Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 604.

<sup>255</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 88, 89.

normatif kriterler yoluyla icra ihmal ayrımını yapmaya çalışmaktadır. Ayrıca her iki gruptan ölçütlerin ayırma birliğinde esas alındığı görüşler de bulunmaktadır<sup>256</sup>. Bu nedenle sistematik açıdan doğacı ve normatif görüşler şeklinde iki ana başlıktan oluşan bir gruplandırma yapmayı tercih etmiyoruz<sup>257</sup>.

Bu noktada *Haas*'ın ayırım sorununun nasıl ele alınması gerektiğine ilişkin görüşüne de yer verilmesi gerekir. Yazara göre, failin ne zaman icradan ne zaman ihmalden cezalandırılacağı yönündeki karmaşık soruya cevap verirken üç aşamalı bir değerlendirme yapmak gerekmektedir: İlk aşamada, tüm suçları kapsayan icra ve ihmal terimlerinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Böylelikle, ihmali suçlardan farklı olarak tüm icrai suçlara atfedilebilecek ortak bir özellik olup olmadığı bulunabilir. İkinci aşamada, münferit olayda tespit edilen icra veya ihmal şeklindeki hareketin birinci aşamada bahsedilen anlamda bir suç oluşturup oluşturmadığı tespit edilmelidir. İcra ve ihmal kavramları bu aşamada icrai suç ve ihmali suç kavramlarıyla örtüşmektedir. Son aşamada, icrai suçlar ve ihmali suçlar arasındaki içtima ilişkisi (*Konkurrenzverhältnis*) belirlenmelidir<sup>258</sup>.

## 1. Vücut Hareketi Ölçütü

Bu kriter kullanılarak yapılan ayırma, icra bir vücut hareketi iken, ihmal bir vücut durgunluğu yani kasların çalıştırılmamasıdır<sup>259</sup>. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, çocuğun, babasının vurması ya da yüzme havuzuna düştüğünde komşuların yardım etmemesi sebebiyle ölümünde, niteliği farklı iki hareketin bulunduğu sonucu, dış dünyaya yansımış davranışın değerlendirilmesi suretiyle tespit edilebilecektir. İç dünyada, psikolojik olarak her iki davranış da aynı hedefe yönlendirilmektedir. Şu kadar ki davranış biçimleri farklı planlanmaktadır. Birinci ihtimalde, vurma şeklindeki beden hareketi ile ölüm sonucu hedeflenmekte iken ikinci ihtimalde ölüm neticesini engellemek için gerçekleştirilmesi gereken yardımın yapılmaması, yani beden hareketsizliği şeklinde farklı bir araç seçilmektedir<sup>260</sup>. Sonuç olarak bu görüşe göre, hukuki değerin ihlali, icrai suçlarda dış dünyada gözlemlenebilen bir

<sup>256</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 88, 89.

<sup>257</sup> Krş. Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 70 vd. *Erbaş* bunlardan doğal teoriler başlığı altında ele alınanları gerçeklik teorileri, normatif teoriler başlığı altında ele alınanları ise değerlendirme teorileri olarak adlandırmaktadır. Bkz.: *Erbaş*, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 404.

<sup>258</sup> *Haas*, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 111, 112.

<sup>259</sup> Hellmuth Mayer, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart-Köln, W. Kohlhammer Verlag, 1953, s. 108.

<sup>260</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 71.

beden faaliyeti, ihmalde ise yine dış dünyada gözlemlenebilen bir faaliyetsizlik aracılığıyla gerçekleşmektedir<sup>261</sup>.

Bir görüş, icra ve ihmal ayrımını yapmak için kullanılan vücut hareketi kriterinin bizi tipik hareketleri bunlarla eşitlemeye zorlayamayacağını ifade etmektedir<sup>262</sup>. Örneğin, bir kimsenin mahkemede kasıtsız olarak yanlış ifade vermesi durumunda, konuşma organlarının hareket ettirilmesi, anıların tekrarlanması ve yanlış ifade verilmesi özdeğ değildir<sup>263</sup>.

Bu kriter, icra ve ihmalin hareketin iki şekli olduğu kabulünü benimsemeyi gerektirdiği, bunun ise Alman ceza hukuku öğretisinde ağırlıklı olarak reddedildiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>264</sup>.

Vücut hareketini bir ölçüt olarak kullanan bu görüş, insan davranışlarının icra mı ihmal mi teşkil ettiği ayrımını bu konuda yetersiz kalan doğa bilimlerine bıraktığı gerekçesiyle de eleştirilmiş, ayrıca insan bakımından tam bir hareketsizliğin söz konusu olamayacağı savunulmuştur<sup>265</sup>.

Vücut hareketi kriterine yöneltilen bir diğer eleştiri de hukukun her zaman, olanı değerlendirmeye çalışan normatif bir bilim olduğu gerçeğini dikkate almamasıdır. Hukuk, ceza hukukuna temel teşkil eden insan davranışını doğru bir şekilde kavramak istiyorsa sadece doğalcı bir bakış açısıyla kalamaz<sup>266</sup>.

Her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda icra ve ihmal ayrımına elverişli olmadığı yönünde eleştirilen bu kriterin sadece hareket kavramını ve hareket şekillerini açıklamak için geliştirilmiş olduğu ifade edilmiştir<sup>267</sup>.

---

<sup>261</sup> Binding, **Die Normen und Ihre Übertretung**, C. 2, s. 108; Radbruch, **Handlungsbegriff**, s. 132; Günter Spengel, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, ed. Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, s. 184; Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 119.

<sup>262</sup> Kristian F. Stoffers, **Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?**, Berlin, Duncker&Humblot, 1992, s. 97.

<sup>263</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 120.

<sup>264</sup> Karl Heinz Gössel, “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, **ZStW**, C. 96, 1984, s. 326; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 72.

<sup>265</sup> Stoffers, **Abgrenzung von Tun und Unterlassen**, s. 96, 97; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 72.

<sup>266</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 123.

<sup>267</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 414.



## 2. Enerji Kullanımı Ölçütü

*Engisch* tarafından geliştirilmiş olan bu ölçüte göre, icra ve ihmal arasındaki ayrım enerjinin belirli bir yönde kullanılıp kullanılmamasına bağlıdır<sup>268</sup>. Çıkış noktası emir normlarının yasak normlarına kıyasla azınlıkta olduğu, çünkü bir enerji kullanımını gerektirdiğine dair görüştür<sup>269</sup>. Burada vurgulanan husus, enerji kullanımı değil, enerjinin bir şeyi yapmak üzere kullanımı ya da kullanılmamasıdır. Bu da ihmalin bir unsuru olarak beklenti veya beklenen hareket kavramlarını tekrar gündeme getirmektedir<sup>270</sup>. Enerji kullanımı ölçütünün, vücut hareketi ölçütünün adını değiştirerek meseleyi izah etmeye çalışmakta olduğu, aslında vücut hareketi ölçütüne dayanmakta olduğu savunulmuştur<sup>271</sup>.

Bir görüşe göre, *Engisch*'in açıklamalarında hareketin enerji harcanmasıyla, ihmalin ise enerji kullanılmamasıyla karakterize olması, ihmali suçun neden sadece garantör tarafından işlenebileceğini de göstermektedir. Bu görüş uyarınca hareket emri, failin enerji harcamasını ve özel bir çaba ve muhtemelen özel bir beceri kullanmasını gerektirir. Buna karşın yasak, sadece belirli bir hareketin ihmal edilmesini ve dolayısıyla daha az çabayı gerektirir. Harekete geçme zorunluluğu failin davranış alanını hareket yasağından çok daha büyük ölçüde sınırlandırmaktadır. Yasak, yalnızca tek bir hareketin gerçekleştirilmesini yasaklarken emir yerine getirilmesi gereken zaman diliminde faili diğer tüm olası hareketlerden alıkoyar<sup>272</sup>. Bu görüşe göre, ihmal failinin garantörlük durumunun gerekliliğinin *Engisch*'in değerlendirmeleriyle gerekçelendirilip gerekçelendirilemeyeceği şüphelidir. Her şeyden önce, emir ile failden yasaktakinden daha fazlasının istendiği kesin olarak iddia edilemez. Kurtarıcı nedensel serinin başlatılmasının failin çok küçük bir performansını gerektirdiği durumlar düşünülebilir. Bir emir normunun davranış alanını bir yasak normunda daha fazla sınırladığı da tereddütsüz bir şekilde söylenemez. Birincisi norm muhatabının davranış alanı normların

<sup>268</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 117.

<sup>269</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 72,73. *Engisch* hareket emrinin maddi bir bakış açısından, failin hareket alanını hareket yasağından daha çok kısıtladığı görüşündedir. Hareket yasağı faili yalnızca belirli bir davranıştan men ederken, hareket emri belirli bir süre için failin hareketini belirli bir davranışa sabitler ve diğer tüm olası davranışları gerçekleştirme özgürlüğünü ortadan kaldırır. Bkz.: Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 117.

<sup>270</sup> Karl Engisch, "Tun und Unterlassen", **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22 Juli 1973**, ed. Karl Lackner vd., Berlin, Boston, De Gruyter, 1973, s. 174; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 73.

<sup>271</sup> Mustafa Avcı, Erdal Yerdelen, "Karar İncelemesi-Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı", **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, No: 1, 2015, s. 173.

<sup>272</sup> Erich Samson, "Begehung und Unterlassung", **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974**, ed. Günter Stratenwerth vd., Berlin, Boston, De Gruyter, 1974, s. 585, 586.

toplamı tarafından belirlenir. Bu nedenle yasak normlarının birikimi davranış alanını belki de sadece ara sıra ortaya çıkan emir normlarının yaptığından çok daha büyük ölçüde sınırlayabilir. Ayrıca tek bir yasağın bile davranış alanını çok sayıda emirden çok daha fazla daralttığı durumlar nadir değildir<sup>273</sup>.

*Engisch* enerji kullanımı kriterini esas alıyor olsa da reanimasyon olayında, ayrımı yaparken icrai hareket ve ihmali harekete ne anlam verilmesi gerektiğinden yola çıkılması gerektiğini savunmaktadır. Böylelikle, reanimasyon makinesini kapatan doktorun aktif hareketiyle bundan sonrası için enerji kullanmak istemediğini gösterdiğini ifade etmektedir<sup>274</sup>. Dolayısıyla burada, *Engisch*'in kendi geliştirdiği enerji kriterini başlangıçta natüralist bir şekilde anlamlandırdığı açık olsa da, enerji kullanımının “performans” ya da “çaba” olarak tanımlanması daha ziyade sosyal açıdan anlamı esas alan normatif bir yaklaşıma işaret etmektedir<sup>275</sup>. *Engisch* resüsitatör olayında, cihazı durdurarak artık kendisine mantıklı gelmeyen yaşamın uzatılmasını durduran doktorun daha fazla enerji, çaba ve efor harcamak istemediği anlamını vermektedir<sup>276</sup>. Görüldüğü üzere, normatif enerji kullanımı kriterinin argümentasyon kalıpları ile sosyal mana ölçütü arasında prensipte önemli bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle *Engisch*'in sosyal mana ölçütünü keyfilikten uzak bir karar vermeye yardımcı olmamakla eleştirmesi tuhaf bulunmuştur<sup>277</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararına konu olan bir olayda<sup>278</sup>, aynı büroda çalıştığı avukatlarla birlikte iş yemeğine gittiğini düşünürken aslında karşı tarafı korkutmak amacıyla organize edilen bir yemeğe katılan avukatın bu durumu öğrenmesine rağmen masada

<sup>273</sup> Samson, "Begehung und Unterlassung", s. 586.

<sup>274</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 74. *Samson*'a göre, *Engisch* tarafından resüsitatör örneğinde kullanılan “anlam” referansı enerji kriterine tatmin edici olmayan ve keyfilik tehlikesini de ortadan kaldırmayan bir belirsizlik vermektedir. Bkz.: Samson, “Begehung und Unterlassung”, s. 587.

<sup>275</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 117, 118. *Maiwald* de icra ve ihmal ayrımında enerji kullanımı görüşüne taraftar olduğunu belirttikten sonra, dış görünüşü itibarıyla tabii olarak görünen bu kriterin aslında normatif bir değerlendirmeyi gerektirdiğini ilave etmektedir. Bkz.: *Maiwald*, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 171. *Hakeri* bu ölçütün doğal bakış açısını yansıttığını ifade etmekteyse de *Engisch* enerji anının normatif bir unsur olduğunu ve bu teorinin normatif bakış açısını esas aldığını savunmaktadır. Bkz.: Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 75 ve dn. 365. Enerjinin belirli bir yönde kullanılması gerekip bu yön, tipik neticenin yönüdür. Dolayısıyla enerji kullanımı ölçütü doğal bakış açısını değil, kanunun belirttiği şekilde bir enerji kullanımını referans aldığından normatif bir bakışı içermektedir. Bu görüş için bkz.: Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 415.

<sup>276</sup> *Engisch*, “Tun und Unterlassen”, s. 172 vd.; Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 118.

<sup>277</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 118.

<sup>278</sup> BGH JZ 1983, 462, 463 (Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 74).

oturmaya devam etmesinin icrai mi yoksa ihmali nitelikte mi olduğu tartışılmıştır. Yüksek Mahkeme, bu olayda avukatın korkutarak faydalanma suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Ancak bu karara karşı, masada oturmaya devam etmenin enerji kullanımını gerektirmediği ve bu nedenle icrai hareket olarak nitelendirilemeyeceği eleştirisi sunulmuştur<sup>279</sup>. *Hakeri* bu olayda açık bir ihmali hareketin bulunduğu görüşündedir. Oturma her ne kadar icrai bir hareket gibi görünse de durumun fark edilmesine rağmen oradan ayrılmama ihmali bir hareket teşkil etmektedir. Bu durum rıza üzerine girilen evden rızanın ortadan kalkmasına karşın çıkılmamasına benzetilebilir<sup>280</sup>.

Bu ölçüt, icra-ihmal ayrımı bakımından yetersiz kalmakla ve enerji kullanımının “belirli bir yönde” olması kriterinin muğlaklığı yönünden eleştirilmektedir<sup>281</sup>. Ayrıca bu görüşte kısmen yorum yoluyla kısmen ise aktif davranışın bulunduğu durumlarda enerji kullanımından bahsedilmek suretiyle diğer görüşlerin vardığı sonuçlara dolambaçlı yollardan varıldığı eleştirisi de yapılmıştır. Reanimasyon makinesini kapatan hekimin davranışın bir değerlendirmeye tabi tutularak, bir anlamda hareketin sosyal anlamına bakılarak, artık enerji kullanmak istemediğini göstermeyi amaçladığının, bu nedenle tedavinin ihmali olarak yorumlanması gerektiğinin söylenmesi bunu göstermektedir<sup>282</sup>.

Enerji kullanımı ölçütü de, vücut hareketi ölçütünde olduğu gibi, sadece icrai ve ihmali hareket kavramlarının açıklanmasında bir işlev görebileceği, birden fazla manaya gelebilecek hareketlerin izahı bakımından ise işlevsiz kalacağı gerekçesiyle de eleştirilmiştir<sup>283</sup>.

*Haas*, vücut hareketi kriteri başlığı altında *Hoyer*’in enerji kullanımı kriterine yönelik eleştirilerine de yer vermiştir: Enerji kullanımı kriteri ihmali suçlara özgü olmayıp bu nedenle onları icrai suçlardan ayırmak için de elverişli değildir. Suçlar iki davranış biçimi arasındaki tercihli ilişkiler olarak anlaşıldığından, bir davranış ihmal edilirken diğerinin gerçekleşmesi her

---

<sup>279</sup> Ulrich Sieber, “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der ‘passiven’ Gesprächsteilnahme”, *JZ*, 1983, s. 437.

<sup>280</sup> *Hakeri, İhmal Kavramı*, s. 74.

<sup>281</sup> *Hakeri, İhmal Kavramı*, s. 74, 75. Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 416.

<sup>282</sup> *Hakeri, İhmal Kavramı*, s. 75.

<sup>283</sup> *Hakeri, İhmal Kavramı*, s. 75. *Hakeri*, enerji kullanımı ölçütünün icra-ihmal ayrımı konusunda bir yenilik getirmediğini, Engisch’in de itiraf ettiği üzere, yapma yerine enerji kullanılması, yapmama yerine enerjinin kullanılmamasını koymak suretiyle, yani yapma ve yapmama kavramlarına dönerek meseleyi ele aldığını ifade etmektedir. Bkz.: *Hakeri, İhmal Kavramı*, s. 75.

suçun özelliğidir. Sözgelimi, çıkan yangında mülkü kurtarmak için hareket eden kişi çocuğunu kurtarmayı başaramaz. *Haas* bu bakış açısını yürürlükteki hukukla tutarlı bulmamaktadır. İcrai ve ihmali suçta hukuken önemli olan, yasaklanan veya emredilen yerine yapılan şey değildir. Önemli olan yasaklananın yapılmış olması, emredilenin yapılmamış olmasıdır<sup>284</sup>.

### 3. Nedensellik Ölçütü

*Welzel* ve *Kaufmann* tarafından geliştirilen bu ölçüt ile, icra ile ihmal arasındaki ayrım davranışın nedensel olup olmadığına bakılarak yapılmaktadır. Buna göre, icrai hareket kasten veya taksirle nedensel bir sürecin başlatılması ve yönlendirilmesi iken ihmali hareket, başlamış bir nedensel akışın sonucu olan neticenin, belli bir hareketin yapılmaması suretiyle engellenmemesidir<sup>285</sup>. *Kaufmann*'a göre, icrai ve ihmali suçlar nedensellik bağı bakımından farklıdır ve ihmali suçlarda potansiyel bir nedensellik bulunmaktadır<sup>286</sup>. *Welzel* de, icra ihmal ayrımını davranışın nedensel olup olmaması üzerinden yapmaktadır<sup>287</sup>. İcrai suç ve ihmali suç arasındaki ayrım davranışın nedensel olup olmamasına dayanmaktadır. Fail tipik neticeye kasten veya taksirle neden olmuşsa bir icrai suç işlenmiştir. Suç davranışında netice bakımından nedensellik eksikse ihmali bir suç söz konusudur<sup>288</sup>.

Öğretide bazı yazarlar, benzer şekilde, hareketin neticeye neden olması ya da neticenin meydana gelmesi riskini artırması durumunda icra, tehlikenin azaltılmaması halinde ise ihmalin söz konusu olacağını savunmaktadırlar<sup>289</sup>.

Nedensellik ölçütünün uygulanmasıyla icra ihmal ayrımının olayın doğal incelenmesi sonucu ortaya çıktığı ifade edilmekle birlikte, her olayda ayrımın bu kadar kolay yapılamayacağı vurgulanmaktadır<sup>290</sup>. Nitekim örnek olaylar bahsinde yer verdiğimiz artık klasikleşmiş ve doktrinde icra-ihmal ayrımına ilişkin tartışmaların üzerine inşa edildiği

<sup>284</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 122.

<sup>285</sup> Stoffers, **Abgrenzung von Tun und Unterlassen**, s. 108; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 76.

<sup>286</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 416.

<sup>287</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 416, 417. Ancak bu iki yazarın görüşleri, her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda çözümü sağlamak için değil, genel olarak hareket kavramı içinde icra ve ihmali açıklamak için ortaya koydukları görüşlerdir (Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi” s. 417).

<sup>288</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 203.

<sup>289</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 76, dn. 366.

<sup>290</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 77.

olaylarda bu ayrımı yapmak kolay olmamaktadır. Bu durumda, objektif olarak pozitif bir hareket ile kasten ya da taksirle neticeye sebebiyet vermiş olması durumunda ceza hukuku için bağlantı noktası olarak icrai hareketten bahsetmek, icrai hareketin hukuka aykırı olmaması ya da kusurluluğun bulunmaması nedeniyle ceza sorumluluğunun tesis edilemediği durumlarda ise ihmali davranışın bulunup bulunmadığını araştırmak gerekmektedir<sup>291</sup>.

Nedensellik ölçütü de icra-ihmal ayrımında yeterli işlevi göremediği gerekçesiyle eleştirilmiştir. İcra ve ihmal bakımından nedensellik konusunda bir farkın bulunmadığı, ayrıca nedensellik mefhumuna bağlı değerlendirmelerde sınırın belirsiz olabileceği de ileri sürülmüştür ve bu ölçüt kullanılarak yapılan ayrımın sonucun icrai hareketin kabulü yönünde olduğu da eleştiriler arasındadır<sup>292</sup>.

Ayrıca *Struensee*, nedensellik kavramının iki unsur arasındaki bağı ifade etmesi sebebiyle bu unsurların kendilerinin bu ilişki ile tanımlanamayacağı, dolayısıyla hareket kavramının da nedensellikle ilişki ile tanımlanamayacağını ifade etmektedir. Bu nedenle icra ve ihmal arasındaki ayrım nedensellik kavramından önce gelmektedir<sup>293</sup>.

#### 4. Nedensellik Ölçütü ile Enerji Kullanımı Ölçütünün Birlikte Kullanılması Yönündeki Karma Görüş

Nedensellik ve enerji kullanımı ölçütlerini icra-ihmal ayrımında birlikte kullanan bu görüş uyarınca, enerji kullanımı ile nedensel bir süreci başlatan ve yönlendiren kişi icrai harekette bulunmuş iken, enerji kullanımından kaçınarak nedensel sürece etki etmeyen kişi ihmali harekette bulunmuş olur<sup>294</sup>. Yani icrai hareket, enerji kullanımı yoluyla görünen gerçeklikte (*erlebten Wirklichkeit*) bir değişikliğe neden olan davranıştır, ihmal ise görünen gerçeklikteki değişikliğin imkan bulunmasına rağmen önlenmemesi, yani olurlarına bırakılması durumudur<sup>295</sup>.

<sup>291</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 603; Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 77. Ayrıca bkz.: Gropp, *AT*, s. 491.

<sup>292</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 78, 79. Ayrıca bkz.: Sieber, “Tun und Unterlassen”, s. 434.

<sup>293</sup> Eberhard Struensee, “Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikte”, *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels*, Heidelberg, 1993, s. 141 vd.; Haas, *Kausalität und Rechtsverletzung*, s. 125.

<sup>294</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 79; Sieber, “Tun und Unterlassen”, s. 435.

<sup>295</sup> Gropp, *AT*, s. 489.

Nedensellik ve enerji kullanımı ölçütlerinin karması olan bu görüş, her ne kadar ayrımı biraz daha kolay hale getirirse de keyfi sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>296</sup>.

## 5. Sosyal Mana Ölçütü

İcra-ihmal ayrımında davranışın sosyal manasının esas alınmasını savunan bu görüşe göre, bir hareketin icra ya da ihmalden hangisini oluşturduğu o hareketin dış görünüşüne bakılarak değil, gerçekleştirmek durumunda olduğu sosyal manaya bakılarak tespit edilebilir<sup>297</sup>.

Bu görüş, muğlak bir değerlendirmeyi ihtiva ettiği, hisse dayalı olduğu<sup>298</sup> ve dolayısıyla hukuki güvenlik bakımından sakıncalı olabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>299</sup>. Hareketin sosyal anlamını belirlemek için hiçbir kriter bulunmadığından, tıpkı ağırlık noktası ölçütünde olduğu gibi, rasyonel ve akılcı bir değerlendirme yapmak gerekirken irrasyonel ve duygusal bir değerlendirme yapıldığı ifade edilmektedir<sup>300</sup>.

Bir görüşe göre, *Eb. Schmidt*'in geliştirdiği ölçütün pratik önemi, doktorun solunum cihazını kapatması olayında açıkça görülmektedir<sup>301</sup>. Doktorun ventilatörü veya kalp-akciğer makinesini durdurması halinde, kurtarma önlemlerinin durdurulmasının sosyal manası çerçevesinde ele alındığında ihmale eşdeğer olduğu söylenmektedir. Teknik cihazlar elle yapılan müdahalelerin yerini aldığından ve cihazlar doktorun yardımcısı olarak kabul edildiğinden burada failin elle yardım faaliyetine devam etmemesi durumundan farklı bir durum söz konusu olmayacaktır. Dolayısıyla cihazı kapatan doktorun hareketi hareketin sosyal açıdan taşıdığı anlam dikkate alınarak ihmal olarak kabul edilecektir. Öte yandan bir üçüncü kişinin cihazı kapatması durumunda ise icrai hareketle öldürme söz konusu olacaktır<sup>302</sup>.

Reanimasyon olayı bağlamında bu görüş çerçevesinde yapılan açıklamalar, sosyal mana ölçütü savunucularının cihazların hekimin uzatılmış kolu olduğu ve değer açısından bir ihmal teşkil ettiği yönündeki argümanlarının en iyi ihtimalle imgeler ve önseziler olarak

<sup>296</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 79.

<sup>297</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 80; Spendel, "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen", s. 192.

<sup>298</sup> Gössel, "Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt", s. 325.

<sup>299</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 80.

<sup>300</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 116; Gössel, "Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt", s. 325.

<sup>301</sup> René Bloy, "Finaler und sozialer Handlungsbegriff", **ZStW**, C. 90, 1978, s. 613.

<sup>302</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 116.

nitelendirilebileceği şeklinde eleştirilmiştir<sup>303</sup>. Sosyal mana ölçütü bunun dışında birçok açıdan eleştirilmiş, özellikle de aşırı derecede şekli ve sınırsız olduğu dile getirilmiştir<sup>304</sup>.

## 6. Ağırlık Noktası Ölçütü

Alman uygulamasında benimsenen<sup>305</sup> bu görüşe göre, icra ile ihmal arasındaki ayrım bir hareket meselesi olmayıp hareketin dış görünüşüne göre çözülmesi mümkün değildir. Yapılması gereken, hukuksal ithamın neye yönelik olduğunu, yani ithamın konusunu veya ağırlık noktasını belirlemek, dolayısıyla hukuksal bir değerlendirme ile sorunu çözmektir<sup>306</sup>.

İthamın ağırlık noktası kriteri için bazı yazarlar “suçlanabilirliğin ağırlık noktası” (*Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit*) ifadesini kullanmaktayken<sup>307</sup> fail davranışının ağırlık noktası ifadesini (*Schwerpunkt des Taterverhaltens*) tercih eden yazarlar da bulunmaktadır<sup>308</sup>.

İthamın ağırlık noktası ölçütü, Alman hukuk uygulamasında ortaya çıkmış ve daha sonra *Mezger* gibi bir kısım yazarlar tarafından da benimsenmiştir ve hala Alman mahkeme kararlarında ağırlıklı olarak uygulama alanı bulmaktadır<sup>309</sup>.

Ayrımda ağırlık noktası kriterini kullanan bazı yazarlara göre, taksirli suçlarda, gerekli özen yükümlülüğüne uyulmaksızın hareket edilmesi söz konusu olduğundan ihmali de ihtiva etmekte ve dolayısıyla icra ve ihmal ayrımını yapmak zorlaşmaktadır. Bu nedenle, enerji kullanımı gibi doğal kriterlerle icra ve ihmal ayrımını yapmak mümkün olamamakta, normatif bir değerlendirme yapılarak ağırlık noktası olarak hareketin sosyal anlamını dikkate almak gerekmektedir<sup>310</sup>. Bu açıklananlar ışığında keçi kılı olayında icrai bir hareketin bulunduğu, ceza sorumluluğunun yüklenmesinde ağırlık noktasının önceden dezenfekte etmeden keçi kollarının

<sup>303</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 117.

<sup>304</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 407.

<sup>305</sup> Bu ölçütün esas alındığı ilk karar 1954 yılında Alman Federal Yüksek Mahkemesi tarafından verilmiştir. Bkz.: BGH 6, 59 (Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 81).

<sup>306</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 81. Dönmezer/Erman’a göre; icra ve ihmalin birlikte bulunduğu olaylarda suçun icrai mi yoksa ihmali mi sayılacağı bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür olaylarda ağırlıklı nedenin bulunmaya çalışılması önemlidir. Neticeyi ihmali mi yoksa icranın mı sonucu olduğunun şüpheli olduğu durumlarda ise suçun ihmalle işlendiğini kabul etmek gerekir. Bkz.: Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 95.

<sup>307</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 112.

<sup>308</sup> Gropp, **AT**, s. 489.

<sup>309</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 408.

<sup>310</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 294.

işçilere verilmesinde olduğu söylenmelidir<sup>311</sup>. Işıkları yanmayan bir bisikletle trafiğe çıkarak kazaya neden olmak icrai bir hareket teşkil etmektedir<sup>312</sup>. Ameliyat öncesinde hepatit testi yaptırmayıp hastasına hepatit bulaştıran cerrah icrai hareketle işlenmiş taksirle yaralama suçunda mesul olmalıdır<sup>313</sup>.

İtham kavramının hukuken neyi ifade ettiği hususu tartışmalıdır. Alman öğretisinde yazarlar bunun kusurla ilgili bir kavram olduğunu savunmaktadırlar. Suçlar kişinin kusuruna göre ayırt edilemeyeceği için bu teorinin aslında bir ölçüt sunmadığı ve mantıki bir temelinin bulunmadığı yönünde eleştiriler ileri sürülmüştür<sup>314</sup>. Buna ilaveten teorinin belirsiz ve duygulara dayanan bir değerlendirmeyi sonuçladığı da ifade edilmektedir<sup>315</sup>.

Bu görüş, kontrol edilmesi mümkün olmayan usullerle meseleye yaklaştığı gerekçesiyle de eleştirilmektedir<sup>316</sup>. Ayrıca, bu ölçütü uygulayabilmek için öncelikle icra ve ihmal ayrımının yapılmasının şart olduğu, sonra itham edilebilirliğin ağırlık noktasının hangisine dayandığının tespit edildiği, dolayısıyla bu kriterin kullanılabilmesi için zaten icra ve ihmal ayrımının önceden yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>317</sup>. Yani bu görüş, başlangıçta kavramsal olarak yapılması gereken icra ve ihmal ayrımını yapmaktan aciz görülmektedir<sup>318</sup>. O halde, bu ölçüt ancak iki anlama gelebilecek yani icra ve ihmali birlikte bulunduğu olaylarda icrai ya da ihmali harekete öncelik tanınması için kullanılabilir<sup>319</sup>.

---

<sup>311</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 294.

<sup>312</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 294.

<sup>313</sup> Volker Krey, Robert Esser, **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung**, 4. Auflage, Stuttgart, Kohlhammer, 2011, kn. 1110; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 294

<sup>314</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 410.

<sup>315</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 410. Bu formül ile belirsiz, rasyonel olarak doğrulanamayan bir ölçütün getirildiği hakkında bkz.: Andreas Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten**, Berlin, Duncker&Humblot, 2009, s. 33.

<sup>316</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 82.

<sup>317</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 82. Ayrıca bkz.: Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 113; Sieber, “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen”, s. 443; Gössel, “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, s. 325.

<sup>318</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 113.

<sup>319</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 82.



Bu görüş savunucuları tarafından yapılan şeyin, icra veya ihmalden hangisinin bulunduğu konusundaki ön kararda örtülü olarak ikinci bir değerlendirmede bulunulması ve kontrol edilemez kriterlerle ithamın ağırlık noktasının bulunması olduğu ifade edilmiştir<sup>320</sup>.

Ağırlık noktası kriterinin eksikliğinin icra-ihmal ayrımında herhangi bir maddi ölçüt sunmayıp bir değerlendirme kategorisi (*wertausfüllungsbedürftige*) teşkil etmesi olduğu söylenmektedir; ancak belki de bu durumun kriterin mahkemeler tarafından neredeyse sürekli olarak uygulanmasını açıkladığı da ilave edilmektedir<sup>321</sup>.

## 7. İcraya Ağırlık Veren Görüş

İcra-ihmal ayrımında icraya ağırlık veren bu görüşte, bir hareketin hem icra hem de ihmal özelliği taşıması halinde, hangisinin tercih edileceğinde tereddüt edildiği durumlarda tercihin icradan yana kullanılması savunulmaktadır. Latince ifadesi *in dubio pro commissione* olan bu durumda, ihmal icra karşısında geri çekilmektedir<sup>322</sup>. Bu görüşe göre, icrai davranışın suç oluşturmadığı veya kusurluluğun bulunmadığı durumlarda ihmali davranış sebebiyle sorumluluk değerlendirilmelidir<sup>323</sup>.

İcraya ağırlık veren görüş, yasal veya dogmatik herhangi bir dayanağının bulunmadığından bahisle eleştirilmiştir<sup>324</sup>. Ayrıca bu görüş uyarınca icraya ağırlık verilebilmesi için öncelikle bir icranın var olduğunun tespit edilmesi gerektiği ifade edilmiştir<sup>325</sup>.

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, içtima öğretisinde ihmalin icra karşısında geri çekilmesi ilkesi ile bağdaşsa da<sup>326</sup> bazı durumlarda problem teşkil etmektedir. Sözgelimi birine taksirle çarparak yaralanmasına neden olan kişinin, mağdura yardım etmek yerine kaza mahallinden uzaklaşması durumunda, bu görüş esas alınacak olursa kişi taksirle öldürme

<sup>320</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 113, 114.

<sup>321</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 114.

<sup>322</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 83; Spindel, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, s. 194.

<sup>323</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 603; Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 411, 412.

<sup>324</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 84.

<sup>325</sup> Gössel, “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, s. 325; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 84.

<sup>326</sup> İhmalin icra karşısında geri çekilmesinin Alman Ceza Kanunun sistemi ile bağdaşmadığı, zira gerçek olmayan ihmali suçların icrai suçlar karşısında özel norm teşkil ettiği hakkında bkz.: Sibylle von Coelln, **Das “rechtliche Einstehenmüssen” beim unechten Unterlassungsdelikt: Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen**, Berlin, Duncker&Humblot, 2008, s. 67, 68.

suçundan sorumlu tutulacaktır<sup>327</sup>. Halbuki bu durumda, öngelen tehlikeli davranış sebebiyle ölüm neticesinin önlenmesi yükümlülüğü doğmaktadır ve bu görüş kabul edilirse kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun uygulanma imkanı ortadan kalkacaktır<sup>328</sup>. Böylelikle ihmali suçun unsurunda icranın bulunduğu durumda sadece unsurun cezalandırılması yoluna gidilmiş olacaktır. Bu durumda ise söz konusu ihmali suçun ihdas edilmesi anlamsız hale gelmiş olacaktır<sup>329</sup>.

Bir görüşe göre ise ayırımın gerçekten sorunlu olduğu olaylarda, aktif bir hareketin bulunduğu her olayda icrai hareketin varlığının kabul edilmesi gerekir. Reanimasyon aletinin kapatılması böyledir<sup>330</sup>. İhmali hareket bakımından belirleyici olan ise, belirli bir hareketin yapılmasının ihmal edilmesidir, yani burada hukuk düzenince önem atfedilen husus, yapılması beklenen hareketin yapılmamış olmasıdır<sup>331</sup>. Bu ilkeler çerçevesinde ayırım yapılamıyor ise bu görüşe göre yapılması gereken, ihmali hareketi tercih etmektir. Bu *in dubio pro reo* ilkesinin bir yansımasıdır. Zira şüphe halinde failin lehine olan durumun tercih edilmesi, icranın değil ihmalin tercih edilmesiyle mümkün olabilecektir<sup>332</sup>.

## **8. Hukuki Değerlere Saygı Gösterilmesini Talep Etme Hakkına İlişkin Kriter**

*Schmidhäuser*'e göre, olayın bütününe hem icra hem de ihmali içerdiği karmaşık durumlarda icra ve ihmal ayırımına ilişkin karar, hangi iradi davranışın hukuki değeri ihlal ettiğine bakılarak verilmelidir. Hukuki değeri ihlal eden davranış, iradenin hukuki menfaatten kaynaklanan ve ilgili hukuki değerine ilişkin saygı iddiasıyla çelişen davranıştır. Saygı talebi, nesneye yönelik bir tehlikenin ortadan kaldırılmasını gerektiren bir yükümlülükle ilgiliyse bu yükümlülüğün gerçekleştirilmemesi hukuki değeri ihlal eder. Tam tersine saygı

<sup>327</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 412.

<sup>328</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 412.

<sup>329</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 412, 413.

<sup>330</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 89.

<sup>331</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 90.

<sup>332</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 90.

talebi, tehlikeli olabilecek bir müdahaleden kaçınmayı gerektiriyorsa, bundan kaçınmamak ile hukuki değer ihlal edilmiş olur ve dolayısıyla bir icrai suç söz konusu olur<sup>333</sup>.

Bu görüşe göre, normatif bir değerlendirmeyi gerektiren icra-ihmal ayrımı bakımından hareketin dış görünüşü alakasızdır. Aynı konuya ilişkin harici davranışların tamamen benzer olmasının özel bir yükümlülük ilişkisinin varlığı ya da yokluğu karşısında iki kişi için tamamen farklı bir değerlendirmeye yol açabileceği ifade edilmektedir<sup>334</sup>.

## 9. Karma Görüşler

Bir fikre göre, fail davranışının ağırlık noktası, sosyal mana ve icraya ağırlık veren görüşler geriye dönük olarak makul gerekçeler sunabilirler; ancak başlangıçta bir ayrım yapmaya yetecek güçte bir karakterden yoksundurlar. Bu nedenle, öncelikle bir neticenin eşdeğer nedenselliği ile bağlantılı olarak dış görünüşe bakmak ve daha sonra farklı kriterlere göre sorgulama yapmak mantıklı olandır<sup>335</sup>.

Bir diğer görüş icrai ve ihmali hareket ayrımının ciddi bir sorun teşkil ettiği olaylarda nedensel süreç, aktif faaliyet, vücut hareketi, sosyal mana ve davranışın ağırlık noktası ölçütlerinden birkaçının birlikte uygulanması yerinde olacağı yönündedir<sup>336</sup>.

<sup>333</sup> Eberhard Schmidhäuser, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975, s. 699, 700; Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 135.

<sup>334</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 701; Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 135.

<sup>335</sup> Gropp, **AT**, s. 489.

<sup>336</sup> Avcı, Yerdelen, “İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, s. 174. Avcı/Yerdelen, inceleme konusu yaptıkları YCGK’nın 5.7.2013 tarihli ve 2012/1-1570 Esas ve 2013/339 Karar sayılı kararı bakımından şu değerlendirmeleri yapmaktadır: “Somut olayda sanığın yeni doğan bebeği beze sararak boş arsaya bıraktığını kabul ettiğimizde dahi; sanığın vücut hareketi, nedensellik bağına katkısı, sanığın davranışının ağırlık noktası veya sosyal önemi göz önüne alındığında olayda icra hareketinin bulunduğu kabulü gerekir. Çünkü sanık, neticenin gerçekleşmesine yönelik süreci başlatmış, devam etmesini sağlamış ve en önemlisi neticeyi hızlandırmıştır. ... İcra hareketinin bulunmasına rağmen, tamamen normatif bir bakış açısıyla ceza hukuku açısından önem taşıyan hareketin ağırlık noktasını ihmali davranışın oluşturduğu bazı istisnai durumlarda suçun ihmali hareketle işlendiği kabul edilmektedir. Ancak olayımızda normatif açıdan da düşünüldüğünde icrai hareket, ihmali hareketin gerisinde kalmamaktadır. Her ne kadar adli tıp raporunda ölüm nedeninin cesetteki çürüme nedeniyle belirlenmesinin mümkün olmadığı belirtilmişse de, birkaç dakikadır hayatta olan bebeğin en azından belli bir sıcak ortamda tutulması gereği ve bu ortamdan uzaklaştırılarak boş arsaya bırakılması icrai davranışın ihmalden daha ön plana çıktığı sonucunu göstermektedir. Sanık, sadece nedensel sürece engel olmamaktan öte, birkaç dakikadır hayatta olan bir bebeği boş arsaya bırakarak neticenin meydana gelmesi sürecini bizzat başlatmıştır. Bu nedenle sanığın bebeği sadece beze sararak boş arsaya bırakması ve ölüm neticesini oluşturması icrai bir davranış sayılmalı ve sanık hakkında TCK m. 82/1, d-e uygulanmalıydı.” Bkz.: Avcı, Yerdelen, “İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, s. 176, 177.

*Erbaş*'ın bu başlık altında ele alınabilecek olan görüşüne göre, her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda cevaplanması gereken soru, icranın mı ihmalin mi söz konusu olduğu değil, her iki davranışın bir arada bulunduğu ve bir hukuki değerin zarar gördüğü veya tehlikeye düşürüldüğü hallerde ceza sorumluluğunun icrai davranışa mı yoksa ihmali davranışa mı dayandırılacağıdır. Bu görüşe göre gerçeklik teorileri, bu anlamda tam bir çözüm sunamamaktadır. Zira bu teorilere başvurulduğunda her halükarda icrai davranış sebebiyle sorumluluk sonucuna varılmaktadır. Buradaki sorun hem icranın hem de ihmalin suç oluşturduğu durumlarda sorumluluğun hangi kanun hükmüne dayandırılacağıdır. Bu durumda, gerçekliğin tespitinden sonra normlar arasında yorum, yani görünüşte içtima kurallarına başvurarak bir değerlendirme yapılması isabetli olacaktır. Yazara göre burada dikkat edilmesi gereken husus, icrai ve ihmali davranışın somut olayda tüm unsurlarıyla gerçekleşmiş olması, suç tiplerinin gerçekleşmesi ve cezalandırılabilirlik açısından kusur ve cezalandırılabilirlik koşullarının sağlanmış olmasıdır. Zira bunlardan birinde eksiklik bulunuyorsa artık icrai veya ihmali davranıştan biri elenecek demektir<sup>337</sup>. Asıl mesele bu iki davranışın tüm unsurları ile birlikte gerçekleştiği veya bu izlenimi veren olaylar bakımından söz konusudur. Bu durumda, icrai ve ihmali davranışın birlikte var olduğu tespit edildikten sonra normlar arasındaki ilişki çerçevesinde cezalandırılmayan önceki veya sonraki hareket bağlamında görünüşte içtima kuralları uygulanarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir<sup>338</sup>. İcrai ve ihmali davranışın hangisinin tüketen hangisinin tüketilen norm olduğunun belirlenmesi için öncelikle hareket tekliği veya çokluğunun belirlenmesi gerekmektedir ki icrai ve ihmali davranışın aynı fiille meydana getirilmeleri imkanı olmadığından bunlar açısından hareket tekliğinden bahsedilemeyeceği kural olarak kabul edilmektedir<sup>339</sup>.

Karma görüşler başlığı altına ele alınabileceğini düşündüğümüz bir başka yaklaşıma göre; icra ve ihmal ayrımında kullanılacak kriterin iki şartı gerçekleştirmesi gerekmektedir. Birincisi, ayırım önceki gizli varsayım üzerine yapılmamalıdır. İcra ya da ihmal olduğuna ilişkin kararın, değer bakış açısına veya kınanabilirliğin ağırlık merkezine göre yapılacağına karar vermek isteyenler icra ve ihmal kavramlarına zaten daha önceden sahiptirler. Bu karar için gerekli olan duygusal yargı, bir şekilde, hayal edilmiş bir hareket kavramını varsayar. İhmal ve

<sup>337</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 421, 422.

<sup>338</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 423.

<sup>339</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 423, 424.

icra ayrımında kullanılacak kriterin ikinci bir şartı daha yerine getirmesi gerekir. İhmal kavramı öyle inşa edilmelidir ki ihmal failinin garantör olma zorunluluğu akla yatkın hale gelsin<sup>340</sup>. Bu görüşe göre yasaklar bireyci düşünceden kaynaklanırken emirler karşılıklı dayanışma yükümlülüğünün kapsamını belirler<sup>341</sup>. Yasak, kötüleştirici bir müdahalede bulunan herkes tarafından ihlal edilebilirken, emir hukuki değeri iyileştirmeyen herkes tarafından ihlal edilir<sup>342</sup>. Fail, nihayetinde ortaya çıkan hukuksal değer konumunun yasal koşulu ise o halde harekette bulunmuş demektir. Bu hukuksal değer konumu, failin varlığı olmasaydı gerçekleşecek olandan daha az elverişli ise fail icra yoluyla hukuksal değer konumunu daha da kötüleştirmiş ve bir yasağı ihlal etmiştir. Öte yandan failin nihayetinde ortaya çıkan hukuksal değer konumu açısından yasal bir koşul olmadığı tespit edilirse o halde hukuksal değer konumunu iyileştirme kapasitesine sahip olduğu ve iyileştirmek için hareket etmesini zorunlu kılan bir garantörlük durumu bulunduğu ölçüde bir emri ihlal etmiştir<sup>343</sup>.

## 10. İcra-İhmal Ayrımını Sorunlu veya Olanaklı Bulmayan Görüşler

Öğretide bir görüş, suç tiplerini icrai veya ihmali suçlar şeklinde ayırmanın gereksiz olduğu, ayrımın o suç tipi içinde, icrai olarak mı yoksa ihmalle mi işlendiği noktasında yapılması gerektiği yönündedir<sup>344</sup>.

Bir diğer görüş ise ayrımın sorun teşkil ettiği fikrine katılmamakta ve esasında bütün suçların ihmali suç olarak görülebileceği, icrai suçların da dar anlamda ihmali suçlar olarak kabul edilebileceği yönündedir<sup>345</sup>.

Öte yandan *Hakeri*, ayrımın gerçekten problem teşkil ettiği olaylar ve ayrım sorunu olmayan olaylar şeklinde ikili bir ayrım yapmaktadır. Buna göre çift yönlü olay grubu denilen olaylarda ayrım problemi bulunmayıp icra ve ihmal arasında hangisinin tercih edileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Bunlar genellikle taksirli suçlardır ve sonuç olarak öğretilde genellikle taksirli icrai suç olarak kabul edilmekteydiler. Burada özen yükümlülüğünün ihlali ile neden olunan bir netice söz konusudur ve bu, özen yükümlülüğünü yerine getirmemeyi içerdiğinden

<sup>340</sup> Samson, “Begehung und Unterlassung”, s. 584, 585.

<sup>341</sup> Samson, “Begehung und Unterlassung”, s. 595.

<sup>342</sup> Samson, “Begehung und Unterlassung”, s. 595.

<sup>343</sup> Samson, “Begehung und Unterlassung”, s. 595; Schmidhäuser, *AT*, s. 699, 700.

<sup>344</sup> Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 85; Gössel, “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, s. 329; 330.

<sup>345</sup> Herzberg, *Unterlassung*, s. 156, 157; Hakeri, *İhmal Kavramı*, s. 85.

ihmali hareket olarak da nitelendirilmesi mümkündür. Klasikleşmiş örneklerden eczacı, keçi kılı, bisiklet sürücüsü ve kokain olaylarında bu neviden iki anlamlı hareketler söz konusudur. Bu durum taksirli icrai suçların yapısından, yani taksirde doğal olarak bir ihmali taraf bulunmasından kaynaklanmaktadır ve dolayısıyla ortada bir ayırım sorunu yoktur. Taksirin yapısından kaynaklanan bu durum icrai suçun ihmali suç olarak kabul edilmesini gerektirmez. Dolayısıyla bu tip durumlarda daima bir taksirli icrai suçun varlığından bahsetmek gerekir<sup>346</sup>.

Bir başka görüşe göre, icra ve ihmali sıkı bir birliktelik halinde olduğundan aralarında kesin bir ayırım yapılması olanaklı değildir<sup>347</sup>.

### C. Değerlendirme

Her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylar bakımından bizce de asıl mesele davranışın icrai mi yoksa ihmali olduğunun belirlenmesi değil, ceza sorumluluğunun tesisi bakımından hangi davranışın esas alınacağıdır<sup>348</sup>. Yukarıda yer verilen Alman ceza hukuku öğretisinin artık kült haline gelmiş örnekleri üzerinden bir değerlendirme yapılması gerekirse bu olaylarda da her iki anlama gelebilecek, bu bağlamda icrai veya ihmali olarak nitelendirilmesi mümkün olan hareketlerin olduğu görülmektedir. Sözgelimi keçi kılı olayında kılıların dezenfekte edilmeden verilmesi hem ihmali hem de icra niteliği göstermektedir. Burada ontolojik kriterler esas alındığında, ister vücut hareketi-enerji kullanımı ölçütleri ister nedensellik kriteri veya bunların karma biçimde uygulanışı olsun, ihmali ve icrai davranıştan birinin elenmesi gerekçelendirilememektedir. İhmali ve icra bu tip olaylarda birer gerçeklik olarak karşımızda bulunmaktadır. Dolayısıyla öğretide ifade edildiği üzere bu örneklerde ayırım sorunu bulunmamaktadır ve fakat her koşulda icrai davranışa öncelik verilerek taksirli suçtan sorumluluk tesisinin söz konusu olacağı da söylenemez<sup>349</sup>. Yapılması gereken bizce de olayın öncelikle ontolojik sahada, bir diğer deyişle gerçeklik alanında incelenmesidir. Bu inceleme neticesinde ihmali ile icranın tüm unsurlarıyla gerçekleştiği tespit edildiğinde, görünüşte içtima

<sup>346</sup> Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 90, 91.

<sup>347</sup> Gössel, “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, s. 324; Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 85.

<sup>348</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 421, 422.

<sup>349</sup> Ayırım sorununun bulunmadığı, fakat bu tip olaylarda icrai suçtan sorumluluğun söz konusu olacağı hakkındaki görüş için bkz.: Hakeri, **İhmali Kavramı**, s. 90, 91.

hükümleri çerçevesinde normatif bir değerlendirme yapılarak sorumluluğun hangi davranış üzerine inşa edileceği belirlenmelidir<sup>350</sup>.

İcrai ve ihmali davranış arasındaki ayrım sorununa Yargıtay kararlarında da sıklıkla rastlanmakta, meselenin özellikle yeni doğanın evde veya ıssız bir yerde kendi haline terk edilmesi olayları bakımından gündeme geldiği görülmektedir. Yargı kararlarına konu olan bu tip vakalarda koruma ve gözetim yükümlülüğü altındaki garantör anne ve/veya babanın bebeğin hayatını devam ettirmesi için gerekli eylemleri gerçekleştirmemesi neticesinde ölümün meydana gelmesi durumunda işlenmiş olan suçun ihmali davranışla kasten öldürme mi yoksa icrai hareketle öldürme mi olduğu yargı mercileri arasında sıklıkla tartışma doğuran bir soru teşkil etmektedir.

Y. 1. CD.'nin 6.12.2021 tarihli, 2021/10049 E. ve 2021/14651 K. Sayılı kararına<sup>351</sup> konu olayda doğumunu evde tek başına gerçekleştiren anne, bebeğin kordon bağını makasla kesmiş; ancak ebe olan tanıdığının gerekli tahlilleri yapmak üzere sağlık ocağına bebeği getirmesini istemesine rağmen götürmeyip, beslenmesi ve bakımı için gerekli eylemleri de gerçekleştirmeyerek bebeğin ölümüne neden olmuştur. Bu olayla ilgili olarak yerel mahkemenin kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesinden mahkumiyete ilişkin kararı Erzurum Bölge Adliye Mahkemesi 1. CD. tarafından, “neticenin gerçekleşmesine bilerek ve isteyerek, icrai davranış boyutuna ulaşan” eylemlerle sebebiyet verildiği gerekçesiyle TCK’nın 82. Maddesinin birinci fıkrasının d ve e bentleri uyarınca cezalandırma lüzumu gerekçesiyle bozulmuştur. Temyiz üzerine Y.1.CD. önüne gelen dosyada Daire tarafından YCGK’nın 28.05.2020 tarihli, 2020/1-164 E. ve 2020/239 K. sayılı kararıyla uyumlu olduğu ifade edilerek TCK md. 82/1 d-e bentleri uyarınca mahkumiyet kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak Daire’nin atıfta bulunduğu YCGK kararına konu olayda doğurduğu bebeği beslemeyen sanık onu beş günlükken ıssız bir yere terk etmiş ve ölüm neticesinin meydana gelmesine sebep olmuştur. Oysa ki Daire’nin benzer bir olay olarak atıfta bulunduğu bu vakıda beslememe ve bakımını yapmama şeklindeki eyleme ıssız bir mahalle terk şeklinde icrai bir hareketin de eklendiği görülmektedir. Daire üyelerinden biri de bu karara katılmayıp ihmali davranışla öldürme suçunun gerçekleştiği yönünde kanaat bildirmiştir. Bu kararda 81. Madde

<sup>350</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 422.

<sup>351</sup> Karar için bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.kazanci.com.tr>, 09.11.2023.

anlamında kasten öldürme suçunu oluşturacak nitelikte bir davranış bulunmamaktadır. Zira annenin çocuğunu beslemesi gerekirken beslememesi, onun kendisinden bir norm vasıtasıyla yapması beklenen hareketi yapmamasıdır ve bu anlamda ihmali nitelik taşımaktadır. Annenin dış dünyaya yansıyan aktif bir hareketi bulunmamakta, ceza sorumluluğu 83. Maddenin kendisine yüklediği neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmemesine, bu maddenin öngördüğü garantörlük kaynaklarından biri olan ve kanundan doğan yükümlülüğünü ihlal niteliğinde bir hareketsizlik içinde olmasına dayanmaktadır. İcra ve ihmali birbirinden ayırmak üzere kullanılan kriterlerden hangisi tercih edilirse edilsin aynı sonuca ulaşmak mümkündür. Dolayısıyla her iki anlama birden gelebilecek bir hareketin de varlığından söz edilemez. Ancak aşağıda yer verilecek kararlara konu olaylar bakımından farklı bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Yeni doğan bebeğin beslenmemesi veya bakımı için gereken eylemler, in gerçekleştirilmemesi yanında belirli bir yere veya evde tek başına terk edilmesine bağlı olarak ölüm veya sağlığının bozulması neticelerinin meydana gelmesi durumunda özellikle terk eyleminin çocuğu bulunduğu yerden alıp başka bir yere bırakma olaylarında icrai hareketle gerçekleştirilmesi durumunda garantör konumundaki kişinin hareketinin niteliği ve sorumluluğu konusunda bir karmaşa doğmaktadır. Zira burada gerçekleştirilen eylem, bir yerden bir yere götürüp bırakma şeklinde icrai bir nitelik göstermekte aynı zamanda çocuğa ilişkin bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi anlamında ihmal özelliği göstermektedir.

Y. 1. CD'nin yukarıda yer verilen kararında atıfta bulunulan YCGK'nın 28.5.2020 tarihli, 2020/1-164 E. Ve 2020/239 K. Sayılı kararına<sup>352</sup> konu olayda anne beş günlük bebeğini kış mevsiminde ıssız ve yabani hayvan saldırısına açık bir yere terk etmiştir. Bu olay bakımından yargı mercileri arasında tartışılan hukuki mesele annenin eyleminin icrai mi yoksa ihmali nitelikte mi olduğu ve hangi suçu oluşturduğudur. Bu bağlamda yerel mahkemece sanık hakkında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden mahkumiyet kararı verilmiş, temyiz üzerine Y. 1. CD. çoğunluk oyuyla olası kastla öldürmenin söz konusu olduğu ve nitelikli haller de dikkate alınarak 82. Madde uyarınca cezalandırmanın gerektiğine karar vermiştir. Çoğunluk görüşüne katılmayan bir üye, somut olayda annenin koruma ve gözetim

---

<sup>352</sup> Karar için bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.kazanci.com.tr>, 09.11.2023.



yükümlülüğü bulunmasına rağmen bu yükümlülüğünü yerine getirmediği, hareketsizliğinin icrai davranışa eşdeğer nitelikte olduğundan bahisle yerel mahkeme kararına katıldığını beyan etmiştir. Yerel mahkemenin direnme hükmünde gösterdiği gerekçe şöyledir: “...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. Ayrıca somut olayda belirlenmesi gereken diğer husus sanığın, kastının doğrudan kasıt mı yoksa olası kasıt mı olduğuna ilişkindir. Bu doğrultuda; sanığın, doğumdan birkaç gün sonra bebeğinin ailesi tarafından kabul görmemesi nedeniyle aniden bebeği ormanlık alana götürüp bırakması ve bebeğin soğuktan öldüğü olayda maktulün bırakıldığı yer, koşullar ve olayın oluşumuna göre ölümün beklenilir bir sonuç olup mutlak ve kaçınılmaz olduğu anlaşıldığından sanığın olası kasıt ile değil, doğrudan kasıt ile hareket ettiği kabul edilmelidir. Bu kapsamda, bebeği kabul edilmeyen sanık, bebeğinin ölmesi amacıyla onu götürüp ormanlık alana bırakmış, ancak bebeğini icrai bir hareket ile (Vurma, boğma ile ) değil de yapmama biçiminde (terk etme şeklinde ) ihmali bir hareket ile bebeğin ölümünü sağlamıştır.” YCGK çoğunluğunun icrai ve ihmali hareket ayırımına ilişkin bu uyuşmazlık konusu ile ilgili olarak vardığı sonuç somut olayda annenin icrai hareketle ölüm neticesine neden olduğu şeklindedir ve gerekçede şu ifadeler yer almaktadır: “...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.” Mercilerin olayın çözümüne ilişkin yaklaşımlarına bakıldığında meselenin eksik ele alındığını söylemek mümkündür. Görüldüğü üzere tartışma salt eylemin icrai mi yoksa ihmali nitelikte mi olduğuna bağlı olarak oluşan suç tipinin 81. ve 83. Maddelerden hangisi olduğu açısından yapılmıştır. Manevi unsurun kastın hangi türü şeklinde ortaya çıktığı da ayrıca tartışılan konulardan birini oluşturmaktadır; ancak bu tip olaylar bakımından TCK’nın 97. Maddesinde düzenlenen terk suçunun görmezden gelinmesi yargı pratiğimiz bakımından bir noksanlık oluşturmaktadır. Bu madde, “yaşı veya hastalığı dolayısıyla kendini idare edemeyecek durumda olan ve bu nedenle koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bir kimseyi kendi haline terk eden kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis cezası ile” cezalandırılmasını öngörmektedir. Esasında her iki anlama gelebilecek hareketlerin söz konusu olduğu bu olaylar bakımından tartışılması gereken, hareketin hangi anlamının esas alınması gerektiğidir. Bunun çözümünün görünüşte içtima ilkelerinden yararlanılarak bulunması gerektiğini ifade etmiştik. Somut olaya bu yaklaşımı uygulayacak olursak, bebeği bir yerden bir yere bırakmanın icrai hareket teşkil ettiğinde ve terk suçunun icrai hareketle işlenen halini oluşturduğunda şüphe bulunmamaktadır. Bu suçu düzenleyen maddenin ikinci fıkrasında bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış hale yer verilmiş ve terk sonucunda mağdurun bir hastalığa yakalanmış olması, yaralanmış veya ölüm neticesinin meydana gelmiş olması halinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükümlerinin uygulanması gerektiği öngörülmüştür. TCK’nın 23. Maddesinde düzenlenen neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hükmüne bakıldığında meydana gelen ağır netice bakımından en azından taksirin bulunduğu durumlarda bu ağır neticeden failin sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Ancak bu noktada olası kastın varlığı halinde kasten öldürme ve yaralama suçlarının gerçekleşeceği unutulmamalı, dolayısıyla ağır netice bakımından taksirin bulunduğu durumlarda 23. Madde hükmü uygulanırken olası kast ve doğrudan kastın bulunduğu durumlarda kasten öldürme ve yaralama suçlarına ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Bu durumda terk sebebiyle meydana gelen ölüm neticesi yönünden failin olası kastının varlığı ispat edilebildiğinde uygulanması gereken hüküm terkin icrai veya ihmali hareketle gerçekleştirilmesine bağlı olarak 81. Madde veya 83.

Maddedir<sup>353</sup>. Burada terkin icrai hareketle gerçekleştirildiği durumlarda hareketin bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi nedeniyle aynı zamanda ihmali nitelik de gösterdiğini tekrar etmek gerekir. Gerçekleşen suçun ölüm neticesi bakımından en azından olası kastın bulunduğu durumlarda icrai hareketle kasten öldürme ve ihmali hareketle kasten öldürmeden hangisini oluşturduğuna karar vermek gerekmektedir. İhmali hareket ile icrai hareket arasında nitelikleri bakımından gösterdikleri farklılık sebebiyle fikri içtima ilişkisinin kurulması kural olarak mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla hangi normun uygulanacağına ilişkin icra ve ihmal arasında bir tercih yapılmasına bağlı olarak çözülecek bu sorunda görünüşte içtima hükümlerine başvurmak kaçınılmaz hale gelmektedir. Hareketin aynı zamanda icrai nitelik gösterdiği durumlarda özel-genel norm ve tüketen-tüketilen norm ilişkisinin uygulanamadığı olaylar bakımından icrai hareketi cezalandıran normun asli norm olarak dikkate alınması mümkündür. İhmalin ceza hukukunun sahasına icrada olduğu gibi doğrudan değil ancak bir norm vasıtasıyla girmesi ve çoğunlukla cezada indirimi gerektiren bir durum olarak öngörülmesi onun icrai harekete nazaran tali bir nitelikte olduğu düşüncesini doğrulamaktadır. Dolayısıyla aktif bir hareketin bulunduğu yerde hareketsizliğin temel alınarak cezada indirim imkan tanınması yolu tercih edilmemelidir. Sonuç itibarıyla bu tip olaylarda ölüm neticesi bakımından olası kastın varlığı tespit edildiğinde 81. Madde temelinde bir cezalandırma yapılması isabetli olacaktır.

Terk suçuna ilişkin bir değerlendirmeyi de ihtiva etmesi sebebiyle burada ayrıca Y. 1.CD'nin 26.2.2020 tarihli, 2019/4013 E. ve 2020/760 K. sayılı kararına<sup>354</sup> yer verilmelidir. Karara konu olayda, anne doğumdan sonra bebeğin göbek bağına bağlamadan bir poşetin içine koymuş ve poşeti de çöpe bırakmıştır. Yapılan otopside bebeğin hipotermi ve kan kaybına bağlı olarak öldüğü tespit edilmiştir. Yerel mahkeme tarafından anne hakkında kasten öldürme suçundan mahkumiyete ilişkin kararın Daire tarafından çoğunluk oyu ile onandığı görülmektedir. Karşı oy yazısında olayda hem icrai hem de ihmali nitelikte eylemlerin bulunduğu, annenin çöpe bırakma şeklindeki hareketinin icrai nitelikte olmakla birlikte kasten öldürme suçunun unsurunu değil terk suçunu oluşturduğu ifade edilmiş, terk suçu sonunda ölüm neticesi meydana geldiğinden özel hüküm olan 83. Maddenin uygulanması ve ihmali davranışla kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği savunulmuştur. Görüldüğü üzere bu

<sup>353</sup> Aynı yönde Koca, Üzülmüş, **Özel Hükümler**, s. 193, 194.

<sup>354</sup> Karar için bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.kazanci.com.tr>, 09.11.2023.

kararda sadece karşı oy yazısında terk suçuna temas edilmiş; ancak bu durumda da icrai hareketle gerçekleştirilen terk suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hali ve kasten öldürme suçunu düzenleyen 81. Madde arasında nasıl bir ilişki bulunduğu irdelenmeden 83. Maddeden sorumluluk cihetine gidilmiştir.

#### D. İcra Suretiyle İhmal

İlk olarak Merkel<sup>355</sup> tarafından ileri sürülmüş, von Overbeck tarafından geliştirilmiş ve Roxin<sup>356</sup> tarafından savunulmuş olan bu kavram, fail tarafından icrai bir hareketle bulunulmuş olmasına karşın ihmali bir suçun işlenmiş olduğu durumları ifade etmek üzere kullanılmaktadır<sup>357</sup>. İcra suretiyle ihmalin mümkün olmadığını savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>358</sup>.

Bir görüşe göre, icrai davranışın ihmal olarak değerlendirilmesi, yani icra suretiyle ihmal, yalnızca failin kendisinin veya bir üçüncü kişinin elverişsiz (yetersiz) kurtarma girişimini devre dışı bırakma durumunda söz konusu olur. Bu durumu daha iyi açıklayabilmek için kişinin kendi kurtarma girişimi ile üçüncü bir şahsın kurtarma girişiminin sekteye uğraması arasında ayırım yapılması yerinde olur<sup>359</sup>. Elverişsiz kişisel kurtarma girişimi aktif bir hareketle hareketsiz kalma yoluyla da sekteye uğratılabilir. Her iki durumda da hukuken ortada daima bir ihmal vardır<sup>360</sup>. Sözgelimi A yaralıya yardım etmeye çalışırken fail B'nin ilk yardım kutusunu kilitlemesi halinde, fail B elverişsiz kurtarma girişimini icrai hareket ile engellemiştir. Öldürme hareketi burada, kanayan yaraya zorlama nedeniyle müdahale edememekte gerçekleşmektedir, kutunun kilitlenmesinde değil<sup>361</sup>. Öte yandan, elverişli bir kurtarma girişimi söz konusuysa, örneğin, doktorun hastayı solunum cihazından ayırması olayında yapay solunum hastaya belli bir süre daha hayatta kalma imkanı tanır ve elverişli bir kurtarma olarak nitelendirilir, solunum cihazını kapatan kişi bu kurtarma faaliyetini icrai hareketle sekteye uğratmış olur ve icrai

<sup>355</sup> Bkz.: Adolf Merkel, **Kriminalistische Abhandlungen**, C. I, Breitkopf und Härtel, 1867, s. 90 vd.

<sup>356</sup> Bkz.: Claus Roxin, "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", **Festschrift für Karl Engisch**, ed. Karl Engisch, Paul Bockelmann, Frankfurt am Main, Klostermann, 1969, s. 380 vd.

<sup>357</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 92.

<sup>358</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 92. Bu görüşteki yazarlardan biri için bkz.: Samson, "Begehung und Unterlassung", s. 579 vd.

<sup>359</sup> Gropp, **AT**, s. 492.

<sup>360</sup> Gropp, **AT**, s. 493.

<sup>361</sup> Gropp, **AT**, s. 493, 494.

hareketle ölüme neden olur<sup>362</sup>. Burada Ravensburg Eyalet Mahkemesi kararına konu olmuş başka bir solunum cihazı kapatma olayına daha yer verilmektedir. Burada Mahkeme, ölümcül bir hastalığa yakalanmış olan eşinin isteği üzerine solunum cihazını kapatan kişinin, eşinin suni solunumu reddetme ve durdurulmasını talep etme hakkına sahip olduğunu gerekçesiyle mazur görülmesine karar verir<sup>363</sup>. Öğretide bu olayın şunu gösterdiği ifade edilmiştir: Ölümcül bir hastalığa yakalanmış kişinin isteği üzerine tedavisinin sonlandırılması olaylarında sorun icra-ihmal ayrımını yapmak değildir. Önemli olan, hastanın gerçek veya varsayımsal iradesine, yani kendi kaderini tayin hakkına verilen anlamdır. Nasıl ki hiç kimse, kendi isteği olmaksızın kalp pili takmak zorunda değilse, özgür ve ciddi iradesi dışında cihazı kullanmak zorunda da değildir. Aynı şey suni solunum için de geçerlidir<sup>364</sup>.

İcra suretiyle ihmal üç durumda ortaya çıkmaktadır: Bunlardan ilki *omissio libera in causa* olarak ifade edilen ve failin icrai bir hareket yaparak kendisini daha sonra, hareket etmesi gereken anda hareket edemeyecek duruma sokması olarak açıklanmaktadır<sup>365</sup>. Burada öğretideki baskın görüş, failin ihmali hareketinden ötürü cezalandırılması gerektiği yönündedir<sup>366</sup>. Hareket etme yükümlülüğünün doğduğu anda failin hareket kabiliyeti bulunmamakta olduğundan bu anda ne ihmali ne de icrai bir hareketi söz konusudur. Ancak kişinin kabiliyetini ortadan kaldırdığı zamandaki hareketiyle bağ kurulabilecek ve ceza sorumluluğunun dayanağının öne çekilmesi söz konusu olabilecektir. Bu durumda kişinin kendini hareket yeteneği olmayan bir duruma sokması icrai bir hareketle gerçekleşmiştir. Ancak ceza sorumluluğu, hareket kabiliyetini muhafaza etme yükümlülüğünün ihmali üzerinden yani ihmali hareket sebebiyle kurulacaktır<sup>367</sup>.

İkinci durum, “icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirme teşebbüsünden vazgeçme”dir. Burada fail kendisi tarafından başlatılan kurtarıcı nedensel süreci yarıda bırakmaktadır. Bu tip durumlarda, kişinin kendi kurtarma girişiminden vazgeçmesi söz

<sup>362</sup> Gropp, AT, s. 494. Bu olayla ilgili olarak Alman ceza hukuku öğretisinde baskın görüş, bu eylemi pasif ötenazi bağlamında ihmal olarak değerlendirmek gerektiği yönündedir. Bkz.: Gropp, AT, s. 495. Karş.: Roxin, “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, s. 397.

<sup>363</sup> Gropp, AT, s. S. 495.

<sup>364</sup> Gropp, AT, s. 495.

<sup>365</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 92; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 297.

<sup>366</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 93; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 444. Bu yöndeki görüş ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: Samson, “Begehung und Unterlassung”, s. 597, 598.

<sup>367</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 298.

konusu olduğundan durum baştakiyle aynıdır, pozitif ve negatif enerji kullanımı birbirini sıfırlamaktadır, denilmektedir. Dolayısıyla bu görüşe göre, ihmalden cezalandırma söz konusu olacaktır<sup>368</sup>. Burada üzerinde ayrıca durulması gereken husus, kurtarma girişiminin daha ileri aşamalara varmış olması halinde vazgeçme durumunun nasıl değerlendirileceğidir. Bu tip durumlarda, mağdurun kurtulma imkanını elde etmesi anından itibaren vazgeçmenin icra suretiyle ihmal değil, tam bir icrai suç oluşturacağı ileri sürülmektedir. Boğulmakta olan mağdurun simidi tuttuktan sonra simidin geri çekilmesi bu duruma bir örnek teşkil etmektedir. Burada emredilen hareketin yerine getirilmesi tamamlanmış olduğundan, geriye dönüş artık icrai bir suç olarak cezalandırılacaktır<sup>369</sup>.

İcra suretiyle ihmalde üçüncü durumu, failin bir başkasının başlatmış olduğu yardım girişimini engellemesi oluşturmaktadır. Bu duruma örnek teşkil eden olay bakımından hakim görüş, engelleyen kişinin icrai hareketten ötürü sorumlu tutulması gerektiği yönündedir<sup>370</sup>. Sözelimi boğulmakta olan kişiyi kurtarmak için orada bulunan tek sağlam kayığı kullanmak isteyen kimseyi sandalın sahibi engellediği için boğulmakta olan kişi ölürse sandal sahibinin icrai hareketinden sorumlu olacağı söylenecektir. Aksi görüş, sandal sahibinin acil durumlarda malını yardım için kullanmaya müsaade etme mecburiyeti yükleyen Alman Medeni Kanunu md. 904 hükmüne aykırılıktan ötürü cezalandırılması gerektiği yönündedir. Burada sandalın

---

<sup>368</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s.94.

<sup>369</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 95. Ayrıca bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 443, 444. Hilgendorf/Valerius'a göre; icra ve ihmal ayrımı, yardım hareketinin yarıda kesildiği durumlarda özellikle önem arz etmektedir. Burada yardımın mağdura ulaşip ulaşmadığı ve kurtulmasını sağlayacak nitelikte olup olmadığına göre ayırım yapılması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmişse icrai hareket, aksi durumda ihmali hareket söz konusudur. Örneğin bir kuyuya düşmüş olan B'ye kurtulması için ip atan A, B henüz ipi tutmadan geri çekerse ihmali hareketi, B ipi tutup kurtulma şansı elde ettikten sonra geri çekerse icrai hareketi nedeniyle sorumludur. Kalp ve solunum cihazında bağlı olarak hayatta kalabilen O için, cihazların hekim tarafından kapatılması ve O'nun yeğeni tarafından kapatılması durumunda ceza sorumluluğunu farklı olacağı söylenmektedir. Buna göre, hekimin cihazı kapatması bir enerji kullanımını ifade etse de hareketin sosyal anlamı dikkate alınarak normatif bir değerlendirmeye genellikle ihmali bir davranış olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, yeğenin cihazları kapatması durumunda oluşa aktif bir müdahale söz konusu olmakta ve bu nedenle icrai bir hareketten söz edilmektedir. Alman Federal Mahkemesi ise bu ayrımı eleştirmiştir. Mahkemeye göre, tedavinin bu şekilde kesilmesi icrai ve ihmali çok sayıda hareketi içermektedir. Bunların icrai ve ihmali olarak sınıflandırılması oldukça sorunludur ve zaman zaman da tesadüflere bağlıdır. Hasta tedavinin kesilmesini istemişse bunun icrai veya ihmali hareketle yapılması bir fark yaratmayacaktır. Hekimin cihazları kapatması halinde O'nun mefruz rızası dahilinde hukuka uygun icrai bir hareketin varlığından söz edilebilecektir. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 295, 296.

<sup>370</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 443.

verilmemesi sebebiyle ihmali bir hareketin bulunduğu, ancak garantörlük durumunun olmadığı ve dolayısıyla gerçek ihmali suçtan sorumluluğun olacağı söylenmektedir<sup>371</sup>.

*Roxin*'e göre, ihmâl, ancak emrin yerine getirilmesi teşebbüs aşamasından tamamlama aşanmasına geldiğinde, yani kurtarıcı nedensel süreç mağdurun alanına ulaştığında icrai suça dönüşür. Bu aşamaya kadar, failin pozitif ve negatif enerji girdisi birbirini sıfırlayacak ve dolayısıyla fail, en başından beri kurtarmaya isteksiz olandan farklı bir muamele görmeyecektir<sup>372</sup>.

Kurtarma eyleminden vazgeçilmesi durumuyla ilgili olarak *Roxin*'in görüşlerini değerlendiren *Samson*, *Roxin*'in argümanlarının sadece emir normunun neden ihlal edildiğini açıklayabildiğini, buna karşın yasak normunun ihlal edilmediği yönündeki tezin kanıtlanamadığını ifade etmiştir. Kurtarıcı nedensel serinin geri çekilmesinin ne aşamaya kadar ihmâl sayılacağı sorusu sorulduğunda önemli bir zorlukla karşılaşmaktadır. Burada *Roxin* 'in çözümü için bir sınır çizilmesi gereklidir; ancak matematiksel bir sınır çizilmesi imkansızdır<sup>373</sup>.

### III. İHMALİ SUÇLAR

#### A. Genel Olarak

Adaletle yönelmiş beşeri yaşam düzeni olarak tanımlanan hukuk<sup>374</sup>, birçok farklı enstrümanla bu ideyi gerçekleştirmeyi ve birlikte toplumsal barış içinde yaşamayı sağlamak üzere hareket etmektedir. Hukukun bu idesi<sup>375</sup> için kullanılan araçlardan en keskin olan ceza hukuku yaptırımları kaynağını önemli hukuki değerleri korumaya yönelik davranış normlarının ihlalinden alır. *Keyman*'a göre, ceza hukukunun temel amaçları bireysel özgürlükleri güvence altına almak ve toplumun gelişimini sağlamaktır. Bunun için istenmeyen hareketler

<sup>371</sup> Roxin, "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", s. 387; Hakeri, **İhmâl Kavramı**, s. 96.

<sup>372</sup> Haas, **Kausalität und Rechtsverletzung**, s. 126.

<sup>373</sup> Samson, "Begehung und Unterlassung", s. 583, 584.

<sup>374</sup> Orhan Münir Çağır, **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971, s. 24. Hukukun adaletle yönelmiş olma anlamına sahip bir gerçeklik olduğuna dair kaynak tanım için bkz.: Gustav Radbruch, **Rechtsphilosophie**, Leipzig, Verlag von Quelle&Meyer, 1932, s. 32.

<sup>375</sup> "İde, hukukta karşımıza kurulu hukuk düzenlerinin asli örneği anlamında, *hukuk idesi* olarak çıkar ve bu, *adalet*'ten başka bir şey değildir." Bkz.: Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007, s. 31.

yasaklanırken, istenenlerin emredilmesi bu amaçların doğal sonucudur<sup>376</sup>. Dolayısıyla davranış normları yasak normları (*Verbotsnorm*) ve emir normları (*Gebotsnorm*) olarak temelde ikiye ayrılmaktadır. Yasak normları, hukuk düzeninin kişiye belirli bir şeyi yapmasını yasakladığı durumlarda mevcuttur ve bu normların fail tarafından ihlal edilmesi icrai hareket ile gerçekleşmektedir. Emir normları ise hukuk düzenince kişiye belli bir yönde davranma yükümlülüğünün getirilmesi durumunda gündeme gelir ve failin bu emre itaat etmeyip hareketsiz kalmasıyla yani ihmali hareketle ihlal edilir<sup>377</sup>. Dolayısıyla yasak normlarının ihlali icrai suçlara (*Begehungsdelikte*), emir normlarının ihlali ise ihmali suçlara (*Unterlassungsdelikte*) vücut vermektedir<sup>378</sup>. Öte yandan, tüm yasak normlarının aynı zamanda birer emir normu olduğu; her yasağın bir yapmama emri içerdiği<sup>379</sup> ve bu bağlamda emir ve yasak normlarının birbirine indirgenebileceği de ifade edilmektedir<sup>380</sup>.

Ceza kanunlarında icrai suçlar doğal olarak ihmali suçlara kıyasla ağırlıktadır<sup>381</sup>. Bu konuda bir şüphe bulunmamakla birlikte, kanun koyucuların neden icrai suçlara ağırlık verdiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, bunu, prensip olarak cezai yaptırımların amacının yasal muhatapları kişisel yükümlülük yoluyla tehlike altındaki hukuki değerleri kurtarmaya sevk etmek olamayacağı şeklinde açıklamaktadır<sup>382</sup>. Bazı yazarlar, bunu hukuk düzeninde ihmalin hukuka uygun davranışların temel formu olarak tasvir edilmesine dayandırmaktadır. Zira “uyuyan kişi günah işlemez” ve herkes rastgele aktif bir davranışta bulunmakla da yükümlü kılınmaz<sup>383</sup>. Bir diğer görüş, yasakların ağırlıkta olmasının nedenini

<sup>376</sup> Keyman, “Hareket”, s. 132.

<sup>377</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 328. Yasak normlarında ihmalde bulunma yükümlülüğü (*Unterlassungspflichten*), emir normlarında ise harekete geçme yükümlülüğü (*Handlungspflichten*) söz konusudur. Bkz.: Till Zimmermann, **Rescue Killings: Investigations into the Criminal Liability of Tötungshandlungen im Lebensnotstand**, Band 25, Baden-Baden, Nomos, 2009, s. 119.

<sup>378</sup> Karl Binding, **Die Normen und ihre Übertretung**, Band I, Neudruck der 4. Auflage, Leipzig, 1922, s. 108, 109.

<sup>379</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 28.

<sup>380</sup> Zeki Hafizoğulları, **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1987, s. 298.

<sup>381</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 602. Ayrıca bkz. Tosun, **Suç Hukuku**, s. 158; Helmut Frister, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, München, C.H.Beck, 2013, s. 92, 93.

<sup>382</sup> Jescheck/Weigend, **AT**, s. 602.

<sup>383</sup> Gropp, **AT**, s. 466. *Gropp*, icrai suçların ihmali suçlara nazaran ağırlıkta olduğunu, bunun da hukuk düzeninin ihmali hukuka uygun davranışların temel formu olarak tasvir etmesi olduğunu ifade ettikten sonra Jakobs’un ihmali için sorumlulukla icra için sorumluluğu eşit tutan görüşüne yer vermekte ve akabinde şöyle bir değerlendirme yapmaktadır: Jakobs, belirli durumlar için icra ve ihmalin denkliği konusunda kusursuz (içeride karışıklık arz etmeyen) normatif bir gerekçelendirme yaratmayı başarmıştır; ancak bundan bağımsız olarak, önceden olduğu gibi, bir organizasyonel sorumluluğun -ister ihmal, ister icra için- ne zaman kabul edileceğine dair gerekçelendirme ihtiyacı varlığını sürdürmektedir. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 467.



yasak normlarının kişilerin hareket alanlarını emir normlarına göre daha az sınırlandırmaları olarak görmektedir. Şöyle ki yasak normunun muhatabı yasaklanan hareket dışında hukuka uygun sınırsız sayıda hareket alternatifine sahipken emir normunun muhatabı emredilen hareketi gerçekleştirmek dışında bir şansa sahip değildir<sup>384</sup>. Başka bir görüş, yasak normlarının sayısının fazlalığını yasakların adresi belli iken emirlerin adresinin belirsiz olması ve gerekçelendirmenin zor olmasına dayandırmaktadır<sup>385</sup>. Bir başka fikre göre ise, ceza kanunlarında daha çok yasak normlarına yer verilmesinin nedeni, tehlikede olan hukuki değerleri korumak için bireylere yükümlülük yüklemenin ceza hukuku yaptırımlarının görevi olmamasıdır<sup>386</sup>. Ayrıca icrai suçların ihmali suçlara nazaran çoğunlukta olması icrai suçlarda zarar veya tehlikenin daha büyük olacağı düşüncesi ile “yasak olmayan serbesttir” görüşü ile de açıklanmaktadır<sup>387</sup>.

Şimdiye dek yapılan açıklamalar, ihmal kavramının günlük dildeki karşılığının ve akabinde ceza hukuku bakımından ifade ettiği anlamın ortaya konulmasına yöneliktir. İhmalin, ceza hukukunun diğer konuları bakımından bir bağlanma noktası teşkil eden hareket kavramının çatısı altında incelenmesinden sonra, bu safhada, onun ceza hukuku ve pozitif düzenlemeler içindeki somut yerini göstermesi itibarıyla ihmali suçların türleri ve yapısal özellikleri üzerinde durulmalıdır. Burada öncelikle ifade edilmesi gereken husus, ihmali suçların da kendi içinde, çeşitli kriterler dahilinde farklı sınıflandırmalara tabi tutulmuş olduğudur. Temelde ihmali suçlar, gerçek (saf) ihmali suçlar (*delicta omissiva*) ile gerçek olmayan (görünüşte, garantörsel) ihmali suçlar (*delicta commissa per omissionem*) olarak iki gruba ayrılmakta<sup>388</sup> ve fakat bu ayrımın kaynağının ne olduğu konusunda farklı görüşler ortaya

<sup>384</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 30.

<sup>385</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 30.

<sup>386</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 258.

<sup>387</sup> Akyürek, “İhmali Suçlar”, s. 141.

<sup>388</sup> Bu ayrımı kabul eden yazarlardan bir bölümü gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç terimlerini tercih etmektedir. Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 605; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 393; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 291. Hilgendorf/Valerius gerçek ihmali suçlar için sırf ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar için ihmal suretiyle icra suçu ifadesini de kullanmaktadır. Bkz.: s. 50. Bir kısım yazarlar ise gerçek ihmali suç ve görünüşte ihmali suç terimlerini kullanmaktadır. Bkz.: Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 308 vd. Görünüşte ihmali suç terimini tercih eden yazarlardan biri de Erbaş’tır. Erbaş, kullanılan terimlerin bu suçların kavranmasındaki anlayışı yansıttığını ve dolayısıyla sırf bu nedenle önem arz ettiğini ifade etmektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlar için tercih edilen terminoloji ve arkasındaki düşünceler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Bkz.: Erbaş, **Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, s. 9 vd. Hakeri, gerçek ihmali suçlar için saf ihmali suç, gerçek olmayan ihmali suçlar için ise nitelikli (garantörsel) ihmali suç terimlerini tercih etmektedir. Bkz.: Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 107 vd. Yurtlu, farklı alternatifleri de kabul etmekle birlikte nihayetinde saf ihmali suç ve görünüşte (garantörsel) ihmali suç terimlerini tercih etmektedir. Ancak yazar gerçek ve gerçek olmayan

çıkılmaktadır<sup>389</sup>. Gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç ayrımını ilk kez *Luden* yapmış olup aralarındaki farkı şöyle özetlemiştir: Gerçek ihmali suçlar, kanun koyucunun yapılmasını emrettiği hareketin yapılmaması ile işlenmekte ve yabancı sübjektif hakları ihlal etmemektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlar ise, salt bir emre itaatsizlik olmayıp, esasen icrai hareketle gerçekleştirilebilen bir sonucun ihmali hareket ile meydana getirilmesidir. Bu sebeple bu bakış açısıyla bu ikinci grup, aslında icrai suçtur<sup>390</sup>. Bu ayrımın aynı zamanda önemli birtakım sonuçları bulunmaktadır. Bunlardan ilki ihmali suçun unsurlarının belirlenmesi konusunda ortaya çıkmakta olup, yukarıda yer verilen görüşlerden de anlaşılacağı üzere gerçek olmayan ihmali suçlar için garantörlük durumu, suçun maddi (objektif) unsurlarından biri olarak mütalaa edilmektedir<sup>391</sup>. Bir diğer görüşe göre, suçlar hareketin şekline göre icrai suçlar ve ihmali suçlar şeklinde bir ayrıma tabi tutulduktan sonra, bunlar dışında ihmal suretiyle icra suçları şeklinde üçüncü bir gruba daha yer verilmektedir<sup>392</sup>.

---

ihmali suç terimlerinin kullanımını semantik açıdan yerinde görmemektedir. Zira gerçek olmayan ihmali suç ifadesinin bu tür suçlarda gerçekte bir ihmalin bulunmadığını anlamını verdiğini, halbuki bu suçlarda da gerçek ihmali suçlarda olduğu gibi bir ihmalin bulunduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 139. *Özbek/Doğan/Bacaksız*, ihmali hareketle işlenen suçları taksirli suçlar gibi, suçun özel görünüş biçimleri başlığı altında suçun unsurlarına ilişkin açıklamalardan sonra ayrıca ele almaktadır. Yazarlara göre ihmali suçlar, “suçun atipik bir görünüş şekli olarak ayrıca incelenmelidir”. İhmali suçların haksızlık içeriği icrai suçlarınkine nazaran az olduğundan cezası da daha azdır. Yazarlar ihmali suçları gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar olarak iki grupta incelemektedir. Ancak gerçek olmayan ihmali suçlar için ihmal suretiyle icra terimini de kullandıkları görülmektedir. Bu suçların bağlantı noktası icrai suçlardır. Bkz.: *Özbek, Doğan, Bacaksız, Genel Hükümler*, s. 513 vd. *Öztürk/Erdem*, ihmali suçları gerçek ihmal suçu ve görünüşte ihmal suçu olmak üzere ikiye ayırarak incelemektedir<sup>388</sup>. Gerçek olmayan ihmali suçlarda, tipik netice doğa güçleri veya başka bir kimse tarafından gerçekleştirildiğinden, failin hareketsizliği tipikliğin gerçekleşmesi bakımından tek başına nedensel değildir. Neticeyi önlemeyen kişinin, onu icrai davranışla meydana getiren kişiyle aynı şekilde sorumlu tutulması için birtakım koşulların varlığı aranmaktadır<sup>388</sup>. Bkz.: *Öztürk, Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 444, 445. *Centel/Zafer/Çakmut* gerçek olmayan ihmali suçları ihmal benzeri suç başlığı altında ele almakta, icrai bir hareketle işlenebilecek bir suçun ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi durumunda gerçek olmayan ihmali hareket, ihmal benzeri hareket veya görünüşte icrai hareketin mevcut olduğunu, bu tür hareketlerle işlenen suçların ise görünüşte ihmali suçlar veya ihmal benzeri suçlar olarak adlandırıldığını ifade etmektedirler. Bkz.: *Centel, Zafer, Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 257. Akyürek’e göre; icrai ve ihmali suçlar arasındaki ayrım her zaman açık ve net olamamaktadır. Gri alanlar da karşımıza çıkmakta ve bu alanlarda ihmal suretiyle icra suçu, nitelikli ihmali suç veya garantörsel ihmali suç denilen suçlar yer almaktadır. Bkz.: Akyürek, “İhmali Suçlar”, s. 139, 140.

<sup>389</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 99 vd.. Ayrıca bkz: Jescheck/Weigend, **AT**, s. 605 vd.; Günther Stratenwerth, Lothar Kuhlen, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, München, Verlag Franz Vahlen, 2011, s. 276-278.

<sup>390</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 605.

<sup>391</sup> Michael Köhler, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 1997, s. 216; Rolf Schmidt, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen der Strafbarkeit Methodik der Fallbearbeitung**, 11. Auflage, Grasberg bei Bremen, 2012, s. 305 vd.

<sup>392</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 328-330; Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 44. Üçüncü grup için ihmal benzeri suç terimini kullanan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: *Centel, Zafer, Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 255-257.

## B. İhmali Suçların Türleri Arasında Yapılan Ayrımın Kriterleri

İhmali suçların, farklı terminolojiler benimsense de genel kabul gören anlayışa göre ikili bir ayrıma tabi tutulduğuna yukarıda yer vermiştik. İhmali suçların türleri arasında yapılan bu ayrımda hangi kriterlerin kullanılacağı meselesi ise tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen başlıca görüşler aşağıda kısaca ele alınacaktır.

### 1. Maddi Kriter

Öğretide baskın olarak savunulan görüş, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç ayrımını tipikliğin maddi unsurlarına bakarak yapmaktadır. Bu bağlamda, gerçek ihmali suçlar suç tipinde salt bir hareketin yapılmasının emredildiği suçlar iken, gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin kanuni tanımlarda tipik bir neticenin önlenmesi emredilmektedir<sup>393</sup>. Dolayısıyla gerçek ihmali suçlarda salt hareketin gerçekleştirilmemesi tipikliğin maddi unsurlarının gerçekleşmesi için yeterliyen gerçek olmayan ihmali suçlarda garantöre neticeyi önleme yükümlülüğü yüklenmekte ve bu tipikliğin maddi unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>394</sup>. Bu nedenle gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçu niteliğindedir (*reine Tätigkeitsdelikte*)<sup>395</sup>. Buna karşın gerçek olmayan ihmali suçlarda garantöre bir neticeyi önleme yükümlülüğü yüklenmesi sebebiyle bu suçlar neticeli suçlardır (*Erfolgsdelikte*)<sup>396</sup>.

Özgenç'in şu cümlelerinden gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç ayrımını esasen maddi kriteri tercih ederek yaptığı sonucuna varabiliriz: “*Teminat yükümlülüğü (garantörlük) olarak ifade ettiğimiz, kişinin koruma ve gözetim yükümlülüğünü, belirli bir konuya yönelik tehlikenin önlenmesi yükümlülüğünü kasten yerine getirmemesi sonucunda oluşan neticeden dolayı ceza hukuku bakımından sorumlu tutulduğu durumlarda görünüşte ihmali suç söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, kişinin belli bir yönde icrai davranışta bulunma*

<sup>393</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 202; Mezger, Blei, **AT**, s. 82; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 101.

<sup>394</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 101, 102.

<sup>395</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 605.

<sup>396</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 606. Gropp'a göre de gerçek ihmali suçlar ve yasada düzenlenen gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki fark, gerçek ihmali suçların dış dünyada gerçekleşen bir neticenin engellenmesi yükümlülüğünü değil, basit bir hareket yükümlülüğünü öngörmesi ve bir garantörlük durumunu şart koşmamasıdır. Dolayısıyla gerçek ihmali suçlar sırf hareket suçu niteliğindedir. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 505. Avcı/Yerdelen'e göre; gerçek ihmali suçlar, kişinin kanuni tipte yer alan icrai davranışı kasten yerine getirmemesi ile oluşmakta ve ayrıca bir neticenin meydana gelmesi zorunluluğu bulunmamakta iken gerçek olmayan ihmali suçlarda neticeyi engelleme hukuki yükümlülüğü altında bulunan kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumu söz konusudur. Bkz.: Avcı, Yerdelen, “İhmali ve İcrai Davranış Ayrımı”, s. 172.

yükümlülüğüne rağmen, kişinin ortaya çıkabilecek veya çıkan neticeyi önleme hususunda teminat yükümlülüğünün bulunmadığı veya herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek bulunmayan durumlarda ise, gerçek ihmali suç söz konusudur”<sup>397</sup>. Özgenç, bir kimsenin harekette bulunma yükümlülüğüne aykırı olarak hareketsiz kalması durumu ile bu durumda bir neticenin doğması hallerinde başlı başına haksızlık teşkil eden ihmali davranışın niteliği bakımından bir fark bulunmadığını, farkın netice bakımından söz konusu olduğunu ifade etmektedir<sup>398</sup>. Kanun koyucu bu ikinci durum için, yani kişinin icrai davranışta bulunma yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle bir neticenin meydana gelmesi hallerini kanuna açık bir hüküm koymak suretiyle, aslında icrai davranışla işlenebilen bu suçların ihmali davranışla da işlenebileceğini kabul etmiş olmaktadır<sup>399</sup>.

Bazı yazarlara göre, gerçek ihmali suçlar ile gerçek olmayan ihmali suçların birbirinden farkı ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmazken gerçek olmayan ihmali suçlarda neticenin oluşmasının kanuni tipe dahil olması ve neticeyi önleme yükümlülüğünün aranmasıdır. Bu fikre göre, gerçek ihmali suçlar salt icra suçlarının tam tersidir, kanunun öngördüğü hareketin icra edilmemesi ile suç gerçekleşmektedir<sup>400</sup>.

<sup>397</sup> Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 308. Özgenç’e göre, gerçek ihmali suçlarla gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki ayırıcı belirleyici olan teminat yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük failin hukuki statüsünden veya fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkiden doğmaktadır ve kural olarak henüz somut tehlike ortaya çıkmadan mevcuttur. Teminat yükümlülüğü ihmali davranış icrai davranışa eşdeğer kılmaktadır. Bkz.: Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 311.

<sup>398</sup> Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 307, 308.

<sup>399</sup> Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 308. Akyürek, saf ihmali suçlar olarak nitelendirdiği gerçek ihmali suçlarda da nitelikli ihmali suçlar olarak isimlendirdiği gerçek olmayan ihmali suçlarda da faile yüklenen bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi durumunun bulunduğunu, ancak her iki suçun birbirinden netice bakımından ayrıldığını, zira nitelikli ihmali suçlarda suçun tamamlanması için normalde icrai bir suçla meydana getirilebilecek olan bir neticenin doğması gerektiğini ifade etmektedir. Saf ihmali suçlar olarak nitelendirdiği gerçek ihmali suçların hiç yapmama, zamanında yapmama veya yasanın gösterdiği yer dışında yapma biçiminde gerçekleşebileceğini ilave etmektedir. Bkz.: Akyürek, “İhmali Suçlar”, s. 143. Akyürek’e göre, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlarda ortak olan bir husus, hareketin gerçekleştirilmesinde hal ve koşulların elverdiği ölçünün aranmasıdır. Bu, somut olayın koşulları ile failin özel durumu dikkate alınarak hakim tarafından takdir edilecektir. Bu ölçü hareket imkanı olarak nitelendirilmektedir. Ayrıca yasanın öngördüğü yükümlülüğün failden beklenebilir olması da gerekmektedir. Buna göre, failden ancak kendisi için tehlike oluşturmayacak bir şekilde hareket etmesi beklenebilir. Fransız Ceza Kanununun, TCK’nın 98. Maddesine karşılık gelen 223-6. Maddesinin ikinci fıkrasında bu husus, “kendisi veya üçüncü kişiler için risk oluşturmaksızın” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Yazar, 98. Maddenin gerekçesine atıfta bulunmuş, burada hareket olanağı ve beklenebilirlik hususlarına gönderme yapıldığını ifade etmiştir. Akabinde nasıl yüzme bilmeyen failden boğulan kişiyi kurtarması istenemezse az yüzme bilen bir kişiden de kendi yaşamını tehlikeye sokacak biçimde mağduru kurtarması istenemez diyerek bu tür durumlarda işlenemez suçun bulunduğu ileri sürülebileceğini ilave etmiştir. Bkz.: Akyürek, “İhmali Suçlar”, s. 144, 145.

<sup>400</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 258.

Bazı yazarlar ise gerçek olmayan ihmali suçlar için ihmali suretiyle icra suçları terimini tercih etmekte ve neticeli suçlarda neticenin icrai bir davranışla gerçekleştirilebildiği gibi ihmali bir davranışla da gerçekleştirilebileceği, bu durumda esasen icrai bir davranışla gerçekleştirilebilen bir suçun ihmali davranışla gerçekleştirilmesi sebebiyle ihmali suretiyle icra suçunun söz konusu olacağını ifade etmektedirler<sup>401</sup>. Çıkış noktasını icrai suçların oluşturduğu bu suçlarda failin sorumluluğun sebebi “müdahale eksikliği”dir<sup>402</sup>.

Bir görüşe göre, suçlar maddi kritere göre ikiye ayrılmaktadır: İcrai suçlar ve ihmali suçlar olmak üzere. Bununla birlikte bu tasnif bütünü kapsamamakta, belirli bir grup suç dışarıda kalmaktadır. Bunlar ihmali suretiyle icra suçlarıdır<sup>403</sup>.

Maddi kriter öğretide birtakım eleştirilere de uğramıştır. Bu kriterin ayırıcıda esas alınmasının yürürlükteki hukukla bağdaşmadığı, zira tipik bir neticeyi öngören gerçek ihmali suçlara Ceza Kanununda rastlandığı, öte yandan salt bir ihmalden ibaret olarak düzenlenen gerçek olmayan ihmali suçların da bulunduğu ifade edilmiştir<sup>404</sup>. Ayrıca kanun koyucunun gerçek ihmali suçlar için bir ağırlaştırıcı hal öngörebileceği ve neticeye bu suretle madde metninde yer verilebileceği de ifade edilmiştir<sup>405</sup>.

## 2. Şekli Kriter

Pozitivist görüş olarak da adlandırılan bu görüş gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki ayrımın tamamıyla kanundaki şekli görünüm üzerinden yapılması gerektiği

<sup>401</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 330.

<sup>402</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 331.

<sup>403</sup> Dönmezer, “İhmal Suretile İcra Suçları”, s. 473. Bu fikre göre, ceza sorumluluğunun esaslarından biri, failin hareketi ile netice arasında maddi sebebiyet alakasının bulunması, yani failin hareketi olmasaydı netice gerçekleşmeyecekti denilebilmesidir. İhmal suretiyle icra suçlarında ise failin müspet bir hareketi bulunmamaktadır. Bu nedenle cezalandırmada icrai suçlara ilişkin hükümlere başvurulamaması gerekir. O halde ihmali suretiyle icra suçlarının cezalandırılabilmesi için iki yol vardır: Birinci yol bunları cezalandırmanın açıkça düzenlendiği ihmali veya icrai suçlara ilhak ettirmek veya ikinci yol bu hususta yeni bir teori kurarak bu teorinin dayandırılabilmesi için esasları bulmaktır. Öğretide iki eğilim görülmektedir. Bir kısım yazarlar ihmali suretiyle icra suçlarını ihmali suçlara yönelik hükümlerle cezalandırmanın mümkün olduğunu iddia ederken diğer bir kısım yazarlar bunların icrai suçlarla aynı olduğunu savunmaktadır. Bkz.: Dönmezer, “İhmal Suretile İcra Suçları”, s. 474, 475.

<sup>404</sup> Rudolf Schmitt, “Zur Systematik der Unterlassungsdelikte”, **JuristenZeitung**, C. 14, No: 14, 1959, s. 432; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 102, 103. Bu ikinci duruma verilen örnekler, 765 sayılı TCK’nın 476/II maddesi ile Alman Ceza Kanununun 323c maddesidir. Denilmektedir ki, bu maddelerde emredilen herhangi bir faaliyet değil, somut bir tehlike ile bağlantılı bulunan mevcut bir tehdidin önlenmesine yönelik yardım faaliyetidir. Bkz.: Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 103.

<sup>405</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 103.

yönündedir. Buna göre, gerçek ihmali suçlar kanunda düzenlenmiş olmasına karşın, gerçek olmayan ihmali suçlar öğreti ve uygulama tarafından geliştirilmiştir<sup>406</sup>. Burada yapılacak olan ayırım, ceza kanunlarının özel hükümlerinde ihmal veya benzeri (yorum yoluyla ihmal olarak nitelendirilebilecek) bir ifadeye açıkça yer verilip verilmediğidir. Bu şekilde ihmale yer verilen suç tanımları gerçek ihmali suçları düzenlerken, bu ifadeye yer verilmeyen ve genel hükümlerde yer alan bir hüküm vasıtasıyla ihmali hareketle de işlenebileceği söylenen suçlar gerçek olmayan ihmali suçları ifade etmektedir<sup>407</sup>.

*Hilgendorf/Valerius*'un şu cümlelerinden ayırımda şekli kriteri esas aldıkları sonucu çıkmaktadır: “Gerçek ihmali suçlar ceza kanununun özel kısmında yapılması gereken belli bir hareketin yapılmamasını açıkça cezalandıran hükümlerdir. Buna karşılık, gerçek olmayan ihmali suçlar kanunda suç tipinin gerçekleştirilebilmesi için hangi hareketin yapılması gerektiği belirtilmemiş ve somut olayda ihmal suretiyle de gerçekleştirilebilecek suçlardır”<sup>408</sup>. Yazarlar ayrıca gerçek ihmali suçun meydana gelebilmesi için kanunda öngörülen hareketin yapılmamasının yeterli olacağını, gerçek olmayan ihmali suçlar için ise Alman Ceza Kanununun 13. maddesindeki garantörlük ve eşdeğerlik koşullarının gerçekleşmesinin gerekli olduğunu belirtmektedirler<sup>409</sup>.

*Welzel*, ceza hukukunun ihmali farklı şekillerde düzenlediğini dile getirdikten sonra üçlü bir gruplandırma yapmıştır: İlk grupta gerçek ihmali suçlar yer almaktadır. Bunlar, salt bir hareket yükümlülüğüne aykırılığın ceza hukuku ile yaptırım altına alındığı suçlardır. İkinci grupta, bir hareketle neticeye sebebiyet verilmesi gibi bir ihmalle bu neticenin engellenmemesinin de yaptırım altına alındığı suçlar yer almaktadır. Burada icrai suç ve gerçek ihmali suç ile emir tipi ve yasak tipi yan yana durmaktadır. Üçüncü grupta açıkça ceza kanununda düzenlenmemekle birlikte hukuki değer ihlalini önlemeyi hedefleyen emir normları yer almaktadır. Burada aynı hukuki değer ihlaline yol açan icrai suçlar bağlamında cezalandırma yapılır. Bunlara ihmal suretiyle icra suçları veya gerçek olmayan ihmali suçlar denir<sup>410</sup>. Gerçek olmayan ihmali suçlar, ihmali suçların diğer iki grubundan bizzat yasada düzenlenmiş tipler olmamaları suretiyle ayrılır. Bu nedenle aradaki fark materyal değil pozitif

<sup>406</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 607

<sup>407</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 103, 104.

<sup>408</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 291, 292.

<sup>409</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 292.

<sup>410</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 202.

hukuk temelli bir farktır. Bu fark, gerçek ihmali suçlarda yalın bir hareketsizlik gerçek olmayan ihmali suçlarda ise bir neticenin önlenmemesinden kaynaklanmamaktadır<sup>411</sup>.

Şekli kriter ile gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki teknik ayrımın ortadan kaldırıldığı ve kanunda açıkça düzenlenmiş olan gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin kanuni tanımların gözden kaçırılması olasılığının yaratıldığı eleştirileri sunulmuştur<sup>412</sup>.

Diğer taraftan, şekli kriterin, ancak kanunlarının genel kısmında ihmali suçlar bakımından açık bir hüküm bulunan ülke kanunları bakımından uygulanabilir olduğu, TCK gibi genel bir düzenleme ihtiva etmeyen kanunlar bakımından uygulanabilir olmadığı söylenmektedir<sup>413</sup>.

### 3. Davranış Normlarının Niteliği Kriteri

Bu görüş, gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç arasında yapılacak olan ayrımın ihlal edilen davranış normunun yasak normu mu yoksa emir normu mu olduğuna bağlı olduğunu savunmaktadır. Bu itibarla, gerçek ihmali suçlar bir emir normunun ihlali ile ortaya çıkarken gerçek olmayan ihmali suçlar bir yasak normunun ihlaline dayanmaktadır<sup>414</sup>. Böylelikle, icra-ihmal ayrımını ifade etmek üzere kullanılan yasak normu ve emir normu kavramlarının, bu ayırmadan ziyade, ihmali suçların kendi içerisinde bir tasnife tabi tutulmasında kullanılması gerektiği; gerçek olmayan ihmali suçlarda da bir yasak normunun ihlal edildiği ve aslında bu nedenle bu suçların “ihmal suretiyle icra suçları” olarak nitelendirildiği ifade edilmektedir<sup>415</sup>.

Bu başlık altında ele alınabilecek bir görüşe göre, bir hareketin şeklini belirlemede önemli olan vücut hareketi olmamalıdır. İhlal edilen norma, bu normun emir ya da yasak normu olmasına bakılarak bir belirleme yapılmalıdır. İhlal edilen normun bir emir normu olması halinde, diğer bir deyişle, icrai harekette bulunma yükümlülüğünün ihlalinin suç olarak düzenlenmiş olması durumunda, saf ihmali hareketten söz edilir. Buna karşın, yasak normu üzerine kurulu bir suçun oluşumuna, hukuki yükümlülüğüne rağmen pasif kalarak neden olan

<sup>411</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 202, 203.

<sup>412</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 607; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 104.

<sup>413</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 136.

<sup>414</sup> Jürgen Baumann, Ulrich Weber, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage, Bielefeld, 1985, s. 234-236; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 104.

<sup>415</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 137.

kişi ihmal suretiyle icrai harekette bulunmuş olacaktır<sup>416</sup>. Bu görüşe göre, öncelikle bir emir normunun mu yoksa bir yasak normunun ihlal edildiği değerlendirilmesi yapılmalı, suç tipinde yer alan bir emir normuna aykırılığın söz konusu olması durumunda *saf ihmali hareketin* bulunduğu söylenmeli, bir yasak normuna aykırılık söz konusu ise bu aşamada icrai hareket ile *ihmal suretiyle icrai hareket* arasında ayrım yapılmalıdır. Bu bahsedilen ayrım da doğal bir bakış açısıyla hareketin aktif mi pasif mi olduğuna bakılarak yapılacaktır<sup>417</sup>. Bu görüşü savunan Türay, saf ihmali hareket ile ihmal suretiyle icrai hareket ayrımının ihlal edilen normun niteliğine göre yapılamayacağı görüşüne karşı çıkarken şu değerlendirmeleri yapmaktadır: “Kanaatimizce emir-yasak normu ayrımı, saf ihmali hareketle ihmal suretiyle icrai hareketin ayrımı bakımından elverişli ve yeterlidir. Burada saf ihmali hareketin tespitinde dikkate alınacak emir, doğrudan suç tipinde yer almaktadır. Buna karşın ihmal suretiyle icrai harekette failin icrai davranışta bulunmasına yönelik emir, suç tipinde değil, başka bir kaynakta yer almaktadır. O halde saf ihmali hareketle ihmal suretiyle icrai hareketin ayrılması noktasında, failin icrai bir davranışta bulunması gerektiği yönündeki emrin hukuk düzeninde var olmasına odaklanmak yerine, suç tipinin emri barındırıp barındırmadığına odaklanılması gerekmektedir. Nitekim bu görüş ‘suç normunun ayrıca bir kanun hükmü olarak garantörlük kaynağı şeklinde değerlendirilemez niteliği’yle de uyumludur. Buna göre doğrudan suç normundaki emir, başka bir suç bakımından kanundan kaynaklı garantörlüğü teşkil edemeyeceği için, suç normundaki emre aykırılık, yalnızca o suçun saf ihmali hareketle işlenebilmesini sonuçlayacaktır. O halde emir-yasak normu ölçütünde, hukuk düzenindeki herhangi bir emirden ziyade, suç tipini oluşturan normdaki emirin varlığı veya yokluğu dikkate alınmalıdır.”<sup>418</sup>. Yazarın bu değerlendirmeleri gerçek ihmali suç ile gerçek olmayan ihmali suçta harekete geçmek yönündeki hukuki yükümlülüğün kaynağı hakkında yapılacak ayrım bakımından yerindedir. Hakikaten gerçek ihmali suçlarda harekete geçme yükümlülüğü ilgili suç tipinde bizatihi düzenlenmiş olmasına karşılık, gerçek olmayan ihmali suçlarda bu yükümlülük kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeden, dolayısıyla suç tipi dışından doğmaktadır. Ancak bu, gerçek ihmali suçlarla gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki ayrımın normun niteliği kriterinin tek başına yeterli olduğu anlamına gelmemektedir. Ayrıca yazarın her iki suç türü arasında

<sup>416</sup> Aras Türay, “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, *YÜHFD*, C. XVII, No: 3, 2020, s. 118, 119.

<sup>417</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 119, 120.

<sup>418</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 119, 120, dn. 18.



yapılacak ayırırda emir-yasak normu ihlalinden hareket ettiğini ifade etmekle birlikte her iki suç türünde emir normunun kaynağının farklı olduğuna ilişkin değerlendirmeleri gerçek olmayan ihmali suçların bir emir normu ihlali mi yoksa yasak normu ihlali mi teşkil ettiğine dair soru işareti doğurmaktadır.

Bazı yazarlarca, suçların üçlü ya da dörtlü bir tasnife tabi tutulmasının isabetli olmadığı savunulmuştur. Zira bu tasnifler, her suçun mutlaka bir neticesinin bulunduğu ön kabulü üzerinden yapılmaktadır. Oysa ki kanuni tanımında bir neticeye yer verilmeyen suçlar sırf hareket suçları olarak nitelendirilir. Neticeli olsun ya da olmasın icrai ve ihmali suç ayırımının suçun netice unsuru bakımından değil fiil unsuru üzerinden yapılabileceğı ifade edilmektedir. Bu itibarla, burada neticenin icrai ya da ihmali olduğu anlamına gelebilecek ifadelere yer verilen suç tasniflerinin isabetli olmadığı dile getirilmektedir<sup>419</sup>. Bu görüşe göre, suçların kendi içinde yapılacak ayırırda ihlal edilen normun niteliğı kriterinin esas alınması gerekir. Buna göre, gerçek ihmali suçlarda bir emir normunun ihlali söz konusuyken gerçek olmayan ihmali suçlarda aslında bir yasak normunun ihlali ile oluşturulan neticenin önlenmemesi durumu bulunmaktadır<sup>420</sup>.

Davranış normlarının niteliğı kriteri öğretide çokça eleştirilmiş ve ilgili normun maddi içeriğini dikkate almadığı ifade edilmiştir<sup>421</sup>. Öte yandan, bu görüşün niçin salt garantörün ihmali davranışının bir yasak normunu ihlal teşkil ettiğı, herkese yönelmiş harekette bulunma yükümlülüğünün ihlalinde bu durumun söz konusu olmadığını açıklayamadığı da savunulmaktadır<sup>422</sup>.

#### 4. Garantörlük Kriteri

Gerçek ve gerçek olmayan ihmali suç arasındaki ayırırın garantörlük durumunun mevcut olup olmamasına bakılarak yapılabileceğini savunan bu görüş, garantörlüğün gerekli olduğu suçların gerçek olmayan ihmali suç, garantörlük durumunun aranmadığı suçların ise

<sup>419</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 138.

<sup>420</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 142, 143. Yurtlu, ihmali suçların kendi içinde yapılan ayırırda kullanılan maddi kriter ile ihlal edilen normun hukuki niteliğı kriterinin büyük ölçüde birbiriyle örtüştüğü kanaatindedir. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 143, dn. 533.

<sup>421</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 607.

<sup>422</sup> Armin Kaufmann, **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen, Verlag Otto Schwartz Co, 1959, s. 258.

gerçek ihmali suç olduğunu söylemektedir<sup>423</sup>. Bu görüş ile, bizatihi ayırım için sorulan ve hangi suçlarda garantörlüğün tipikliğin bir unsuru olarak aranması gerektiğine yönelik olan soruya cevap verilemediği eleştirisi getirilmektedir<sup>424</sup>.

## 5. İcraya Eşitlik Kriteri

Bu görüş, ihmalin tipikliğin aktif bir hareketle gerçekleştirilmesine eşdeğer kılınabildiği durumlarda gerçek olmayan ihmali suçun var olduğu, bu eşitliğin sağlanamadığı durumlarda ise gerçek ihmali suçtan söz edileceği yönündedir<sup>425</sup>. Burada ihmali suçun özel hükümler kısmında kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır<sup>426</sup>.

## 6. Hukuki Yükümlülüğün Niteliği Kriteri

Bu kriter esas alınarak yapılan ayırma göre, gerçek ihmali suçlarda hareket etme yönündeki hukuki yükümlülük, geniş bir sosyal yaşam alanından doğmakta iken gerçek olmayan ihmali suçlarda bu yükümlülük daha dar bir sosyal alandan çıkmakta, özel bir bağlılık ve yakınlık ilişkisi gerektirmekte ve yüksek sorumluluk ifade etmektedir<sup>427</sup>. Gerçek ihmali suçlarda yükümlülük altındaki kişi ile mağdur arasında gerçek olmayan ihmali suçlardakinin aksine bir bağlılık ve yakınlık bulunmamakta, hukuki yükümlülük daha çok bir tesadüfe dayanmaktadır<sup>428</sup>.

Karma yöntemi benimseyen bir görüşe göre, ayırım, bu suçların kanunun özel hükümler kısmında düzenlenip düzenlenmemesine göre veya bir neticeyi öngörüp öngörmemesine göre yapılabilir. Ayrıca gerçek ihmali suçların bir emir normuna aykırı olması söz konusuysen gerçek olmayan ihmali suçların yasak normuna aykırılık teşkil ettiğini söylemek de mümkün olabilir. Yine garantörlüğün bulunup bulunmadığı da ayırimda bir kriter olarak kullanılabilir. Ancak sonuç olarak farklılığın ardındaki sebep hukuki yükümlülüğün farklı olmasıdır<sup>429</sup>. O

<sup>423</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 105.

<sup>424</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 607.

<sup>425</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 105, 106.

<sup>426</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 106.

<sup>427</sup> Alfons Vogt, "Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 63, No: Jahresband, 1951, s. 399, 400; Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 106.

<sup>428</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 106.

<sup>429</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 106, 107.

halde bu görüş ile, ihmali suçların türleri arasında yapılan ayırmada temel farkın hukuki yükümlülüğün niteliği konusundan kaynaklanmakta olduğu, ancak diğer kriterlerin de ayırmada yardımcı olabilecekleri savunulmaktadır.

Bu görüş ile, aslında garantörlük kriterinden çok farklı bir şeyin söylenmediği, ancak garantörlük durumunu doğuran sosyal ilişki ve bağların vurgulandığı ifade edilmiştir<sup>430</sup>.

## 7. Değerlendirme

Her ne kadar farklı terminolojiler tercih edilse de bugün ihmali suçların artık ikili bir ayırma tabi tutulması genel kabul gören anlayışı yansıtmaktadır. Gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar arasındaki ayırımın hangi ölçütlere göre yapılacağı konusunda ileri sürülen fikirlerden salt birine taraftar olmak, önerilen kriterlerden mutlaka birini tercih etmenin şart olmadığı kanaatindeyiz. Bu bağlamda birden fazla ölçütün ayırmada belirleyici olabileceğini kabul etmek gerektiğini düşünüyoruz.

Gerçek ihmali suçların, gerçek olmayan ihmali suçlardan farklı olarak sırf hareket suçu niteliği taşıdığını söylemek mümkündür. Bu açıdan ihmali suçun iki türü arasındaki ayırmada suçun maddi unsuru olarak netice belirleyici olmaktadır. Dolayısıyla maddi kriter ihmali suçların türleri arasında bir ayırım yapmaya elverişlidir. Garantörlük ve hukuki yükümlülüğün niteliği kriterleri bizce de birbirine yakın nitelik göstermektedir. Bununla birlikte ikisinin tam olarak aynı şeyi ifade ettiğini söylemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Garantörlük ölçütü hukuki yükümlülüğün niteliği ölçütünün daha da somutlaştırılmış bir halini ifade etmektedir. Öte yandan davranış normlarının niteliğinin bir kriter olarak kullanılmasını isabetli bulmadığımızı ifade etmemiz gerekir. Zira gerçek ihmali suçlarda da gerçek olmayan ihmali suçlarda da temelde ihlal edilen bir emir normudur. Gerçek olmayan ihmali suçlarda icrai harekete eşdeğerlik koşulu ihlal edilenin bir yasak normu olmasını sağlamamaktadır. Nihayetinde beklenen hareketin yapılmaması durumu söz konusu olup bu hareketi gösteren norm bir emir içeriği taşımaktadır.

---

<sup>430</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 138.

## C. İhmali Suçların Yapısı

### 1. Gerçek İhmali Suçlar ve Tipiklik Unsurları

İhmali hareketin suçun kanuni tanımında bizzat öngörüldüğü suçlar olan gerçek ihmali suçlar bakımından, gerçek olmayan ihmali suçlardaki gibi bir neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>431</sup>. Suç tipinde öngörülen hareketin yapılmasıyla işlenen bu suçlar sırf hareket suçu niteliğindedir<sup>432</sup> ve gerçek olmayan ihmali suçlardaki garantörlük ve eşdeğerlilik koşulları bu suçlar için aranmamaktadır<sup>433</sup>. Bununla birlikte, bazı gerçek ihmali suçlar için kanunda neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hal düzenlemelerine yer verildiği görülmektedir. Bu durumda gerçek ihmali suçun temel hali için sırf hareket suçu nitelendirmesi yapılmakta ve bu hal bakımından netice ve nedensellik bağı aranmamaktadır<sup>434</sup>.

Gerçek ihmali suçlar, kanuni tanımlarında tipik hareketi açıkça ihtiva ettiğinden yapısal olarak icrai suçlarla uyuşmaktadır. Bu suçlarda da tipikliğin maddi ve manevi unsurları bulunmakta, hukuka aykırılık unsuru yönünden ise gerçek ihmali suçlar, icrai suçlara nazaran bir özellik arz etmemektedir<sup>435 436</sup>.

Tipikliğin maddi unsurlarını üç kategoriye ayırmak mümkündür: Buna göre tipe uygun durumun bulunması, emredilen hareketin yapılması ve harekete geçme imkanı<sup>437</sup> tipikliğin

<sup>431</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 107; Gropp, **AT**, s. 487, 488.

<sup>432</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 394; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 605; Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 145.

<sup>433</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 107; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 292. Özgenç, gerçek ihmali suçları kişinin belli yönde icrai bir harekette bulunma yükümlülüğü bulunmasına karşın, ortaya çıkabilecek neticeyi önleme yönünde bir hukuki yükümlülüğünün bulunmadığı veya herhangi bir neticenin gerçekleşmesine gerek olmayan suçlar olarak tarif etmektedir. Bkz.: Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 308.

<sup>434</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 146. Yurtlu, kanuni tanımında bir neticeye yer verilen suçlar zarar suçu olarak nitelendirildiğinden, sırf hareket suçu niteliğindeki gerçek ihmali suçların temel halini tehlike suçu olarak nitelendirmektedir. Bkz. s. 146, 147.

<sup>435</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 395. Yurtlu, bu hususu sırf hareket suçu olduğunu ifade ettiğimiz gerçek ihmali suçların sırf hareket suçu özelliği gösteren icrai suçlarla benzeştiği şeklinde ifade etmektedir. Bu benzerlik, netice, nedensellik bağı ve garantörlük tartışmasının yapılmasının gerekmemesinden kaynaklanmaktadır. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 145, 146.

<sup>436</sup> Sadece ihmali suçlar bakımından gündeme gelen bir hukuka uygunluk nedeni olarak yükümlülüklerin çatışması (*Pflichtenkollision*) hukuka uygunluk nedeninin temelinde, hukuk düzeninin bir kimseye aynı anda, birbiriyle çatışan birden fazla yükümlülük yükleyemeyeceği düşüncesi yatmaktadır. Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 154. Bu hukuka uygunluk nedenine görünüşte ihmali suçların yapısal unsurları altında ayrıca yer vereceğiz.

<sup>437</sup> Heinrich, bu noktada imkansızlığı objektif imkansızlık, kişisel imkansızlık ve hukuki imkansızlık olarak üç kategoriye ayırmaktadır. Objektif imkansızlık halinde, hiç kimsenin somut olay bakımından emredilen hareketi yapması mümkün değilken kişisel imkansızlık halinde aynı durumda başka birisi o hareketi yapma yeteneğine sahip olmasına karşın failin hareketi gerçekleştirme imkanı bulunmamaktadır. Hukuki imkansızlık hali ise, beklenen hareketi gerçekleştirmenin hukuk kurallarını ihlal niteliği taşıyabileceği durumlarda söz konusudur.

objektif unsurlarını oluşturmaktadır<sup>438</sup>. Burada tartışmalı olan husus, failden norma uygun davranmasının beklenebilirliğinin suçun maddi unsurlarına, bir diğer ifadeyle objektif yapısına dahil olup olmadığıdır. Bizim de benimsediğimiz görüş, beklenebilirliğin suçun objektif unsurlarından biri olmayıp kusurun bir unsuru olduğudur<sup>439</sup>.

Gerçek ihmali suçlarda fail unsuru üzerinde ayrıca durulması gerekir. Zira bu, çalışmamızın ileriki bölümlerinde ele alınacak olan ihmali suçlarla ilişkili kavramlardan özgü suç kavramı ile bağlantılı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Gerçek ihmali suçun faili suçun kanuni tanımına bakılarak belirleneceğinden, herkese yüklenmiş bir harekete geçme yükümlülüğü söz konusuysa o gerçek ihmali suçun özgü suç niteliği göstermeyeceği ifade edilmektedir. Ancak bazı gerçek ihmali suçların ancak belirli hukuki statüde bulunan kimselerce işlenebileceği göz önünde bulundurulduğunda bu suçların aynı zamanda özgü suç niteliğinde olacağı savunulmaktadır<sup>440</sup>.

Gerçek ihmali suçların manevi unsuru kural olarak kasttır ve olası kast yeterlidir; ancak bu suçların kanunda açıkça düzenlenmiş olmak kaydıyla taksirle işlenmesi de mümkündür<sup>441</sup>. Burada üzerinde durulması gereken noktalardan biri ihmal ve taksir arasındaki ilişkidir. Zira suçun maddi unsurlarından biri olan hareketin bir türü olarak ihmal ile suçun manevi unsurlarından biri olarak taksir sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. Bu sorunla salt gerçek ihmali suçlarda karşılaşmamakta, aksine daha da sık bir biçimde gerçek olmayan ihmali suçlarda karşılaşmaktadır<sup>442</sup>. O nedenle bu tartışmayı ileride, gerçek olmayan ihmali suçlarda manevi unsur başlığı altında ele almayı uygun görüyoruz.

---

Bkz.: Bernd Heinrich, **Ceza Hukuku Genel Kısım: Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-İçtima-Hata-Alternatif Tipiklik**, C. II, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 11, 12.

<sup>438</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 395.

<sup>439</sup> Kristian Köhl, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage, München, 2002, §18, kn. 33; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 396.

<sup>440</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 149, 150.

<sup>441</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 396.

<sup>442</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 152.

## 2. Gerçek Olmayan İhmali Suçlar

### a. Genel Olarak

Kural olarak icrai hareketle işlenebilen bir suçun, neticeyi önlemek bakımından hukuki bir yükümlülük altında olan kişi tarafından, bu yükümlülük yerine getirilmemek suretiyle ihmali hareketle işlediği suçlar gerçek olmayan ihmali suçlar olarak adlandırılmaktadır<sup>443</sup>. Burada ihmalde bulunanın gerçekleşen neticeden sorumlu tutulabilmesi için soyut bir ahlaki veya dini yükümlülüğünün bulunması yeterli olmayıp mutlaka tipik neticeyi önlemek yönünde hukuki bir yükümlülüğü bulunmalıdır<sup>444</sup>.

Gerçek olmayan ihmali suçların, gerçek ihmali suçların aksine yasak normunu ihlalden doğduğu kanaati, bu suçları icrai suçların bir yansıması olarak görmeye sebep olmaktadır<sup>445</sup>. Hareket teorilerinin en zayıf noktalarından birini oluşturan ihmal konusu, gerçek olmayan ihmali suçlar mevzu bahis olduğunda daha da tartışmalı hale gelmektedir<sup>446</sup>.

Tartışmalı noktalardan biri ve belki de ilk sırada ele alınması gereken, nedensellik bağı meselesidir. İcrai suçlar söz konusu olduğunda doğal bir olgu olarak mevcudiyet kazanan hareket ile netice arasındaki nedensellik bağı, gerçek olmayan ihmali suçlarda aynı şekilde varlık gösterememektedir<sup>447</sup>. Zira nedensel süreci başlatan veya gelişimine etki eden kişi gerçek olmayan ihmali suçun faili değildir, o sadece nedensel sürecin tipik netice ile sonuçlanmasını engelleme yükümlülüğü altında bulunan kişidir<sup>448</sup>. Dolayısıyla gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından “*conditio sine qua non*” (hareket yapılmıyaydı netice de gerçekleşmeyecekti) formülünün uygulanamayacağı, bunun yerine, “emredilen hareket yapılmıyaydı netice gerçekleşmeyecekti” varsayımı üzerinden farazi nedenselliğin (*varsayımsal*

<sup>443</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 397.

<sup>444</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 398. Ayrıca bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 332; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 258; Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 309, 310.

<sup>445</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 155.

<sup>446</sup> Alman öğretisinde baskın görüş ve içtihat, gerçek olmayan ihmal suçu sorunsalını onu icrai suça dahil ederek ve onun bir alt vakası olarak değerlendirerek çözmeye çalışmaktadır. Yaklaşık 200 yıl boyunca sorunun çözümü nedensellikte aranmıştır. *Beling* ve *M.E. Mayer* neticeyi önleme yükümlülüğünde icrai suçun hukuka aykırılığına ilişkin bir problem görmüşlerdir. Nagler’in temelini attığı bugünün hakim görüşü, garantörlüğü suçun yazılı olmayan ek bir unsuru olarak görmektedir. Ancak gerçek olmayan ihmalin tipe uygun olabilmesi için ek bir unsura ihtiyaç varsa atıfta bulunulan suçun icrai suç değil, başka bir suç olması gerekir: *Garantengebotstatbestand*. Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 210, 211.

<sup>447</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 156.

<sup>448</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 156, 157.

*nedensellik, nedensellik benzeri, hypotetische/Quasi Kausalit t*) söz konusu olacağı ifade edilmektedir<sup>449</sup>.

Gerçek olmayan ihmali suçları tartışmalı hale getiren bir diğer konu garant rl kt r. Garantörlüğün kaynakları ve sınırlarının belirlenmesi ve bu bağlamda kıyas ve genişletici yoruma başvurma imkanının bulunup bulunmadığı meseleleri üzerinde ayrıca durulması gereken konulardandır. Yine garantörlük durumu ile bağlantılı olarak ele alınması gereken hususlardan biri, tipik neticenin meydana gelmesini engellememenin hangi koşullarda icrai hareketle bu neticeye sebebiyet vermeye eşdeğer olacağıdır. Eşdeğerlik şartının sağlanması, failin bu neticeyi önlemek yönünde hukuki bir yükümlülük altında bulunmasına (garantörlük) bağlıdır<sup>450</sup>. Bu nedenle gerçek olmayan ihmali suçlar gerçek özgü suç olarak nitelendirilmektedir<sup>451</sup>.

Bir diğer önemli husus, gerçek olmayan ihmali suçlarda, keza gerçek ihmali suçlarda da varlık gösteren, ihmal ve taksir ilişkisidir. Bu noktada ihmali normatif bir kavram olarak kabul edenlerin ihmal ve taksir ayrımını yapmakta güçlük çektikleri, zira bu anlayışa göre her taksirli davranışın bünyesinde bir ihmali barındırdığının kabul edildiği ifade edilmektedir<sup>452</sup>.

## **b. Gerçek Olmayan İhmali Suçların Unsurları**

Gerçek olmayan ihmali suçlarda ihmalde bulunan kişinin gerçekleşen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, tipik neticeyi engellememenin o neticeye icrai hareketle sebebiyet vermeye eşdeğer olması gerektiğini ifade etmiştik. Eşdeğerlik koşulunun, bir diğer ifadeyle, hangi koşullar altında neticeyi engellememenin ona icrai hareketle neden olmaya eşdeğer olacağının kanunda genel bir hüküm vaz etmek suretiyle düzenlenmesi mümkündür<sup>453</sup>. Nitekim bu yolu tercih eden ve ceza kanunlarının genel hükümler kısmında böyle bir düzenlemeye yer veren ülkeler mevcuttur. Öte yandan bu yöntemin yine de kanunilik prensibi bağlamında belirlilik ilkesini sağlamakta yeterli bir fonksiyon görmesi mümkün

<sup>449</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 292.

<sup>450</sup> Koca,  z lmez, **Genel Hükümler**, s. 398.

<sup>451</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 620; Koca,  z lmez, **Genel Hükümler**, s.398. Gerçek olmayan ihmali suçların özgü suç olduğu hakkında ayrıca bkz.: Gropp, **AT**, s. 469, 470.

<sup>452</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 158.

<sup>453</sup> Koca,  z lmez, **Genel Hükümler**, s. 399.

olmayabilir<sup>454</sup>. Nitekim Alman Ceza Kanununun genel hükmünü değerlendiren *Jescheck/Weigend*'e göre, Paragraf 13'ün neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü ve icrai bir harekete denk olma yönündeki düzenlemesine rağmen bu madde hale belirlilik ilkesi yönünden yeterli değildir. Bu ilkenin tam olarak sağlanabilmesi için bir yandan neticeyi önleme yükümlülüğünden doğan garantörlük durumunun ayrıntılı olarak tanımlanması, diğer yandan denklik değerlendirmesiyle ilgili şartların tespiti gerekir. Ancak doktrinin mevcut durumu iki yönden de Genel Hükümler'de nihai bir belirlemeye müsaade etmemektedir. Bu durumda içtihat ve öğreti tarafından detaylandırılan garantör özelliklerinin belirlilik derecesiyle yetinilmelidir. Hukuk güvenliğini temin etmenin en iyi yolu budur<sup>455</sup>. Bu nedenle en doğru çözüm bizce de, kanun koyucunun hangi suçların ihmali hareketle de işlenebileceğini kanunun özel hükümler kısmında açıkça düzenlemesidir<sup>456</sup>. Bu itibarla Türk Ceza Kanunu'nun benimsediği yöntem yerinde olup mevcut durumda böyle açık bir düzenlemeye yer verilmeyen neticeli suçların ihmali hareketle işlenmesinin mümkün olmayacağı söylenmelidir<sup>457</sup>. Burada vurgulanması gereken hususlardan biri, söz konusu değerlendirmelerin neticeyi engelleme yükümlülüğü içeren yani neticeli suçlar olan gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından yapıldığıdır. Dolayısıyla tipiklikte bir neticeye yer verilmeyen, sırf hareket suçu niteliğindeki suçların ihmali davranışla da işlenmesi mümkündür. Burada dikkat edilmesi gereken husus, ihmali davranışın haksızlık içeriğinin icrai davranışinkine eşdeğer olması gerektiğidir<sup>458</sup>. Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından ayrı bir değerlendirme yapılmasının ve açık kanuni düzenlemelere gerek olduğunun söylenmesinin nedeni, nedensel sürecin bizzat fail tarafından başlatılmamış veya yönetilmemiş olmasına karşın meydana gelen neticeden onun sorumlu tutulmasıdır. Bu sorumluluğun dayanağını oluşturan garantörlük durumu ve onunla birlikte sağlanacak olan eşdeğerlik koşulu kanun tarafından sınırları çizilmesi gereken birer hukuki olgudur. Sırf hareket suçu niteliğindeki suçlarda ise nedensellik sorunu ile karşılaşılmemakta, bizatihi hareketin kendisi cezalandırılmaktadır. Dolayısıyla bu suçlar bakımından, suçun kanuni

---

<sup>454</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 399.

<sup>455</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 609, 610.

<sup>456</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 399.

<sup>457</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 399.

<sup>458</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 400, dn. 1219.



tanımı elverdiği ölçüde, yani tipik hareketin içeriği ihmali bir hareketle doldurulabiliyorsa o suçun ihmali hareketle de işlenebileceğini söylemek mümkündür.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda eşdeğerlik unsurunun belirlenmesi ve dolayısıyla kanunilik prensibi yönünde bu suçların konumu hakkında çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, ceza kanunlarında düzenlenen suçlar kural olarak icrai davranışla işlenebilir. Bu suçlar belli şartlar altında ihmali davranışla da işlenebileceğini söyleyebilmek için açık kanuni düzenlemeye ihtiyaç bulunması kanunilik ilkesinin bir gereğidir<sup>459</sup>. Kanunlarında genel hükümler kısmında bir hükme yer vermek suretiyle bu sorunu çözmeye çalışan ülkeler bakımından da özel hükümler kısmında yer alan hangi suçların ihmali davranışla da işlenebileceği noktasında sorunlarla karşılaşmıştır. Türk Ceza Kanunu bakımından böyle genel bir düzenlemeye yer verilmemesi eleştirilere konu olmakla birlikte uygulamada şimdiye dek önemli bir sorunla karşılaşmamıştır<sup>460</sup>.

Mevcut yasal düzenlememiz gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin genel bir hüküm ihtiva etmediğinden kanunilik ilkesi gereğince, gerçek olmayan ihmali suçların ancak kanuni düzenlemenin varlığı durumunda kabul edilebileceği, bunların da kasten öldürme, kasten yaralama ve işkence suçları olduğu dile getirilmektedir<sup>461</sup>. Bu nedenle gerçek olmayan ihmali suçların ne şekilde cezalandırılacağına kanunda bir genel hükümle düzenlenmesi gerekli olduğu, zira suçun bu şekilde işlenişinin salt kasten öldürme suçuyla sınırlı olmadığı ifade edilmiştir<sup>462</sup>.

*Türey*'a göre; "ihmal suretiyle icrai hareket", hareketin bir şeklidir ve bu nedenle icrai hareketle işlenebilen suçlar, koşulları oluştuğu takdirde ihmal suretiyle icrai hareketle de işlenebilir<sup>463</sup>. Yazarın bu görüşü, ihmal suretiyle icrayı bağımsız bir suç grubu olarak ele

<sup>459</sup> Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", s. 308, 309; Maiwald, "İcrai ve İhmali Davranış", s. 163.

<sup>460</sup> Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", s. 309.

<sup>461</sup> Akyürek, "İhmali Suçlar", s. 148. *Akyürek*'e göre; 83. ve 88. maddelerde kasten öldürme ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi düzenlendiğinden bunun iki sonucu bulunmaktadır. Birincisi, kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarına ilişkin hafifletirici ve ağırlaştırıcı nedenleri uygun düştikleri ölçüde bu suçlara da uygulanabilecektir. İkincisi ise bu hükümler, ihmalin kasti değil taksirli olduğu durumlarda kıyasen uygulanamayacaktır. Bu durumda ihmali hareketin taksirin tanımındaki "dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık" unsuruna denk gelip gelmediği ve böylelikle taksirli suçun kanuni tanımını gerçekleştirip gerçekleştirmediği incelenmelidir. Bkz.: Akyürek, "İhmali Suçlar", s. 149.

<sup>462</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 229.

<sup>463</sup> Türey, "İhmal Suretiyle İcra", s. 135.

almaması ile tutarlılık arz etmektedir. Yazar, kanunilik ilkesi bakımından yaptığı değerlendirmede, bu ilke gereği suçun ve cezasının kanunda açıkça tanımlanması gerektiğini ifade etmekte, hareketin nasıl gerçekleşeceğinin ayrıca tanımlanması zorunluluğunun bulunmadığını, nitekim serbest hareketli suçlarda suçun kanuni tanımında hareket bakımından özel bir tarife yer verilmediğini savunmaktadır. Serbest hareketli suçlarda bu nedenle hareketin icrai şekilde gerçekleştirilmesi mümkün olduğu gibi ihmal suretiyle icra şeklinde gerçekleştirilmesi de mümkündür<sup>464</sup>. Yazar ihmal suretiyle icranın sınırlı sayıda suç bakımından söz konusu olabileceğine ilişkin görüşün dayanak noktalarından biri olan özel düzenlemeler için şu değerlendirmeyi yapmaktadır. Bu düzenlemelerin birtakım farklı işlevleri bulunmaktadır. Sözgelimi 83. maddenin üçüncü fıkrası ve 88. madde bir takdiri indirim sebebi düzenlemiştir. Dolayısıyla bu maddelerle hakime cezada indirim yapabilme olanağı verilmek istenmiştir<sup>465</sup>. İşkence suçu bakımından yapılan düzenlemede ise amaç, lehe kıyası önlemek ve yaralama ile bileşik suç ilişkisi içinde olan işkence için md. 88’de öngörülen takdiri indirim nedeninin lehe kıyas yoluyla uygulanmasını engellemektir<sup>466</sup>. *Türay*, gerçek olmayan ihmali suçların sınırlı sayıda olduğunu savunanların dayanak noktalarından biri olan Orman Kanununun 105. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme için de şu değerlendirmeyi yapmaktadır. Bu madde ile TCK’nın 170. maddesine atıf yapılmaktadır ki bu hüküm açıkça ihmali suç şeklinde düzenlenmiş değildir. Kanun koyucu bu atıf ile, aslında icrai hareketle işlenebilecek olan 170. maddedeki suçun ihmal suretiyle de işlenmesinin mümkün olduğu kabulünden hareketle, sadece yaptırım hükmüne değil hükmün tamamına atıfta bulunmuştur<sup>467</sup>. Kaldı ki Orman Kanununda değişiklik yapan 2008 tarihli ve 5728 sayılı Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun TCK’nın 5. Maddesine uygun olarak, özel ceza kanunları ile ceza içeren özel kanunlar ve Türk Ceza Kanunu’nun genel hükümleri arasında uyum sağlamak amacıyla yapılan düzenlemeleri içermektedir ve TCK’ya ilişkin herhangi bir değişiklik barındırmamaktadır. Dolayısıyla bu değişikliğin kanun koyucunu söz konusu mesele üzerindeki esas iradesini göstermeye elverişli olduğu söylenemez<sup>468</sup>. Öte yandan kanun koyucunun iradesi dolandırıcılık suçuna ilişkin madde gerekçesinden

---

<sup>464</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 141.

<sup>465</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 142.

<sup>466</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 142.

<sup>467</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 143, 144.

<sup>468</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 144, 145.

çıkarılabilir. Gerekçe bağlayıcı olmamakla birlikte kanun koyucunun iradesini belirlemek bakımından yol göstericidir<sup>469</sup>.

Kanaatimizce, gerçek olmayan ihmali suçların kanunda sayılanlarla sınırlı olması meselesini hareket kavramına verilecek anlam ve bu kavramın kapsamını tayin yoluyla ele almak isabetli olacaktır. Hareketi neticeden bağımsız ve icrai ya da ihmali biçimde gerçekleştirilebilen bir kavram olarak nitelendirdiğimizde, gerçek ihmali suçların sırf hareket suçu olarak ihmali hareketle de gerçekleştirilebilmeleri için kanunun lafzından bunun çıkarılabilmesi yeterlidir. Gerçek olmayan ihmali suçlarda ise hareketin yanında, kural olarak icrai hareketle gerçekleştirilmesi öngörülmüş bağımsız bir netice bulunmaktadır. Bu neticenin meydana gelmesini engelleme yönünde hukuki bir yükümlülüğü olan kişinin neticeden sorumlu tutulabilmesi mümkündür. Bu husus eşdeğerlik koşuluna tekabül etmektedir. Eşdeğerliğin sağlanması ise ancak kanunda açıkça bunun belirtilmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından kanunda açık bir düzenleme yoksa ceza sorumluluğunun söz konusu olamaması gerekir. Dolandırıcılık suçu da bu bağlamda değerlendirilebilir. Madde gerekçesinde yazılı hususlar madde metniyle kanunlaştırılmış olsaydı dolandırıcılık suçunun ihmali hareketle de işlenebileceğini kabul etmek gerekirdi; ancak mevcut durumda madde gerekçesi bağlayıcı olmadığından dolandırıcılığın ihmali hareketle işlenebileceğini kabul etmemek kanunilik ilkesi bağlamında daha isabetli görünmektedir<sup>470</sup>. Bu durumda taksirle yaralama ve öldürme suçlarının ihmalle işlenmesinin cezalandırılabilirliği nasıl açıklanacaktır? Kanaatimizce bir neticenin söz konusu olması sebebiyle taksirle yaralama ve öldürme suçlarının bu yönde açık bir hüküm olmaması dolayısıyla ihmali davranışla işlenemeyeceğini söylemek mümkündür. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ve hukuksal yükümlülüğü ihlal kavramları birbiri ile örtüşebilirse de aynı şeyler değildir<sup>471</sup>. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıkta, özene aykırı davranma

<sup>469</sup> Türay, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 145.

<sup>470</sup> Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 91, dn. 417. Öztürk/Erdem’e göre; TCK hangi durumlarda ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer olduğuna yönelik genel bir hüküm getirmemiştir. İhmalin cezalandırılabilirliği belirli suçlarla sınırlı tutulmuştur. Bu nedenle bu suçlar dışındaki suçların ihmali hareketle de işlenebileceğini söylemek mümkün olmamalıdır. Aksini söylemek ceza kanunlarının güvence fonksiyonuna aykırı olur. Zira ihmal suretiyle işlendiği takdirde bir suçun cezalandırılabilirliğini öngören normlar tipikliği genişletici niteliktedir. Bu nedenle, her ne kadar bazı suçların -dolandırıcılık suçu gibi- madde gerekçesinde ihmali hareketle de işlenebilecekleri söylenmiş olsa da, gerekçe bağlayıcı değildir ve bu suçların ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir. Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 452, 453.

<sup>471</sup> Dikkat ve özen yükümlülüğü ile garantörsel yükümlülük özdeş değildir. Taksirdeki dikkat ve özen yükümlülüğü suçun manevi unsuruyla ilişkili olmasına karşın, garantörsel yükümlülük suçun maddi unsuruyla ilişkilidir.

yasağı ihlal edilirken dolayısıyla bir yasak normu ve icrai hareket söz konusuyken, ihmaldeki hukuksal yükümlülüğe aykırılık bir emir normunun ihlalinin teşkil etmektedir. Dolayısıyla taksirin bulunduğu yerde muhakkak ihmali de bulunduğu söylenemeyecektir. Öte yandan taksirle yaralama ve öldürmenin ihmali hareketle gerçekleştirilemeyeceğini kabul ettiğimizde sanıldığı gibi büyük bir cezasızlık alanı yaratılmış olmamaktadır. Zira her iki davranış biçiminin bir arada olduğu suçlara ilişkin klasik örnekler üzerinden değerlendirme yapacak olursak bir tüketen tüketilen norm ilişkisinin<sup>472</sup> bulunduğunu söylemek ve icrai hareketten ötürü sorumluluğu kabul etmek söz konusu olabilecektir. Taksirli suçlarda neticenin haksızlığın bir unsuru olmayıp bir objektif cezalandırılabilirlik koşulu olduğu görüşü<sup>473</sup> benimsendiğinde de aynı sonuca ulaşmak ve taksirli suçların, açık hüküm bulunmayan hallerde ihmali davranışla işlenemeyeceğini söylemek mümkün olacaktır. Zira objektif cezalandırılabilirlik koşulları da kıyas yasağı kapsamında<sup>474</sup> ve kanunilik ilkesi gereği açıkça düzenlenmiş olmaları gerekir<sup>475</sup>.

### **c. Tipikliğin Maddi Unsurları**

#### **aa. Emredilen Hareketin Yapılmaması**

Tipikliğin maddi unsurlarından ilki, failden neticeyi önleme yükümlülüğü kapsamında beklenen, yapılması emredilen hareketin yapılmamasıdır<sup>476</sup>. Bu hareketin ne olduğu somut olayın koşulları çerçevesinde objektif olarak belirlenecektir<sup>477</sup>. Emir normunun muhatabının kendisinden beklenen hareketi yapmamasının haksızlık teşkil etmesi o hareketin yapılmasının imkan dahilinde olmasına bağlıdır. Zira bir kimseden fiziksel olarak mümkün olan bir şey istenebilir ve objektif olarak mümkün olmayan bir şeyin ihmal edildiğinden de söz edilemez<sup>478</sup>.

---

Taksirin unsuru olarak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık genel sosyal davranış kuralları ile ilgiliyen garantörlük daha sıkı ve özel bir ilişkiye dayalı bir yükümlülüğü ifade etmektedir. Bkz.: Türey, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 147.

<sup>472</sup> Her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu durumlarda ceza sorumluluğunun bu ilkeye göre belirlenmesi hakkında bkz.: Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 423.

<sup>473</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 211.

<sup>474</sup> Mustafa Çağatay, “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi, Doktora Tezi, 2021, s. 74.

<sup>475</sup> Uğur Ersoy, **Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilirlik Şartları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 74.

<sup>476</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 400; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 615.

<sup>477</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 401.

<sup>478</sup> Johannes Wessels, Werner Beulke, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**, Heidelberg, 2006, § 16, kn. 708; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 401.

Bu, “gücün üstünde yüküm olamaz” (*ultra posse nemo obligatur*) ilkesinden doğmaktadır<sup>479</sup>. Buna karşılık, kişinin neticeyi önlemeye yönelik icrai harekette bulunma imkan ve iktidarına sahip olmasına rağmen bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve neticenin gerçekleşmesi durumunda, “yükümlülüğe uygun davranışta bulunsaydı bile netice yine de gerçekleşecekti” şeklinde bir varsayımla sorumluluktan kurtarılması mümkün olmamalıdır<sup>480</sup>. Bu imkanın var olup olmadığı objektif kriterler ile somut olayın koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Beklenen hareketin yapılmasında hareket yeteneğinin tespiti bakımından bağımsız dış gözlemcinin *ex ante* değerlendirmesi belirleyici olacaktır. Bu kişinin emredilen hareketi iradi bir hedef olarak görüp görmediği ve dış koşulları bunun için yeterli bulup bulmayacağı sorulacaktır<sup>481</sup>. Bu imkan, haksızlık unsurlarından birini oluşturmaktadır<sup>482</sup>. Kurtarmada birden çok hareketin yapılması mümkünse failin bunlardan birini yapmış olması yeterlidir. Failin etkili hareketi seçmesinin gerekip gerekmediği tartışmalıdır<sup>483</sup>. Öte yandan, neticeyi önleme olanağını ortadan kaldıran durumun gerçekleşmesinde failin kusuru varsa failin, *actio libera in causa* ilkesine göre, gerçekleşen neticeden yine de sorumlu tutulabileceği söylenmektedir<sup>484</sup>.

## **bb. Neticenin Meydana Gelmesi**

Gerçek olmayan ihmali suçlar netice suçudur ve icrai hareketle işlenen bir suç için öngörülmüş olan tipik neticenin onu önleme yükümlülüğü altında bulunan kimse tarafından engellenmemesi halinde oluşur<sup>485</sup>.

## **cc. Nedensellik Bağı ve Objektif İsnadiyet**

Gerçek olmayan ihmali suçlarda en çok tartışılan konuların başında nedensellik meselesi gelmektedir. Netice suçlarında meydana gelen neticeden ötürü failin sorumlu tutulabilmesi için aranan doğal bir olgu olarak nedensellik bağı ve bu bağ üzerine inşa edilen hukuki bir değerlendirme olarak objektif isnadiyet<sup>486</sup>, sırf neticeye engel olmama şeklinde

<sup>479</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 296, 297.

<sup>480</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 334, 335; Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 321.

<sup>481</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 617.

<sup>482</sup> Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 318.

<sup>483</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 13.

<sup>484</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 450.

<sup>485</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 401.

<sup>486</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 140.

tezahür eden gerçek olmayan ihmali suçlarda mevcut mudur<sup>487</sup>? Bu soru ihmali suçlardan ötürü cezalandırılabilirliğin tartışılmaya başlandığı zamanlardan itibaren geçerliliğini sürdürmektedir.

Nedensel süreci harekete geçirmek ve yönlendirmek tabiatı itibarıyla bir enerji kullanımını gerektirmektedir. Bu nedenle, her ne kadar, icra ve ihmal ayrımı konusunda enerji kullanımı kriterini tek başına veya birincil ölçüt olarak dikkate almasak da, bu kullanımın mevcut olmadığı<sup>488</sup> açık olan ihmali suçlarda nedensellik bağının da doğal bir olgu olarak mevcut olmadığını söylemek gerekir. Öğretide yaygın olarak kabul edilen görüş, ihmali suçlarda tam bir nedenselliğin bulunmadığı, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, farazi (varsayımsal) nedensellik ilişkisinin kurulabileceği yönündedir. Diğer bir deyişle, gerçek olmayan ihmali suçlarda hareket yapılmasaydı netice de meydana gelmeyecekti şeklinde ifade edilen *conditio sine qua non* ilkesinin uygulanamayacağı ve fakat emredilen hareket normun muhatabı tarafından gerçekleştirilmiş olsaydı tipik netice meydana gelmeyecekti denilebiliyorsa varsayımsal nedenselliğin tesis edilmiş olacağı savunulmaktadır<sup>489</sup>. Dolayısıyla ihmali suçlarda mekanik, doğal bir nedensellik bulunmayıp normatif bir değerlendirmeye belirlenmektedir<sup>490</sup>. Varsayımsal nedensellik kurgusal nitelikte ve spekülatiftir. Dolayısıyla kesin bir kanaate varılacak şekilde yapılması mümkün olmayıp hukuken emredilen hareket yapılmış olsaydı netice kesine yakın bir ihtimalle gerçekleşmeyecekti şeklinde bir kurguyu ifade etmektedir<sup>491</sup>.

Gropp'a göre; dış dünyada meydana gelen değişiklik bakımından icrai suçlar ile gerçek olmayan ihmali suçlar arasında bir fark bulunmamaktadır; ancak dış dünyada gerçekleşen tipik netice ile ihmal arasında *condicio sine qua non* formülüne zihinsel bir bağlantı olarak başvurulamaması eşyanın doğası gereğidir. Bu sebeple önleyici nedensellik (*Verhinderungs-Kausalität*), *condicio sine qua non* formülünün tersine çevrilmesini temsil eden bir formül haline gelmiştir<sup>492</sup>. Kurtarma eyleminin dış dünyadaki tipik neticeyi kesinliğe yakın bir

<sup>487</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 617, 618; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 402.

<sup>488</sup> *Ex nihilo nihil fit* (Hiçten hiç çıkar). Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 618; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s.402.

<sup>489</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 292; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 450, 451.

<sup>490</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 402.

<sup>491</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 299.

<sup>492</sup> Gropp, **AT**, s. 496.

olasılıkla önleyeceği kanıtlanamazsa, içtihat hukuku *in dubio pro reo* ilkesi uyarınca varsayımsal nedenselliği reddeder<sup>493</sup>.

Kunter, gerçek olmayan ihmali suçlarda nedensellik sorunu konusundaki görüşleri üç gruba ayırarak incelemektedir: İhmalin nedenselliğini kabul edenler, reddedenler ve bazen kabul bazen reddedenler<sup>494</sup>. İhmalin nedenselliğini reddedenlerin çeşitli gerekçeleri

<sup>493</sup> Gropp, AT, s. 497.

<sup>494</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 209. *Alacakaptan*'a göre; ihmalin nedenselliği konusunda belli başlı iki görüş bulunmaktadır. Bir grup yazarlar ihmalin nedenselliğini kabul ederken diğer yazarlar ihmali hareketin nedensel bir değer taşımadığını ileri sürmektedirler. İkinci gruptakilere göre, ihmali hareketin de cezalandırılıyor olmasının nedeni, kanunun ihmale nedensel bir değer tanımakta olması değil, bir neticeyi meydana getirmek ve onu önlememeyi eşit görme ihtiyacı duymasıdır. Birinci gruba dahil olan yazarlara göre, hukukun gözündeki de günlük hayatta da bir neticeyi meydana getirmekle ona engel olmamak aynı şekilde mütalaa edilir. Bu kanun koyucunun iradesi ile yaratılmış bir durum olmayıp toplum nazarında da böyledir. O halde, ihmali suçlarda nedensellik de icrai suçlardaki gibi çözümlenmelidir. Şayet fail neticeyi önleyebilme gücüne sahip olup da onu önlemezse nedensellik bağının var olduğunu söylemek gerekir. Ancak icrai harekette bulunulsa bile neticenin önlenemeyeceği söyleniyorsa nedenselliğin bulunmadığı söylenmelidir. *Alacakaptan*'a göre, ihmalin nedenselliğine ek olarak cezalandırılabilmesi için hukuki bir yükümlülüğün de bulunması gerekmektedir. Bkz.: *Alacakaptan*, **Suçun Unsurları**, s. 78-80. *Dönmezer/Erman*'a göre; gerçek ihmali suçlar, neticesi harekete bitişik suçlardır ve bu suçlarda da bir netice ve nedensellik bağı bulunmaktadır; ancak bu suçlarda nedensellik bağının aranması pratik açıdan önem taşımaz. Gerçek olmayan ihmali suçlarda (ihmal suretiyle icra suçlarında) nedensellik problemi önem kazanmaktadır. Bazı yazarlar ihmalin nedenselliğini kabul etmezler. Bu yazarlardan bir kısmına göre neticenin sebebi olan, ihmalin kendisi değil, onun yerine yapılmış olan başka harekettir. Başka hareket (*aliud actum*) denilen bu teori eleştirilmiş, çocuğunu beslemek yerine çorap ören anne için ölüm neticesi yönünden çorap örmenin nedenselliği şeklinde bir sonuca yol açacağı ifade edilmiştir. Bir başka grup yazar, neticenin sebebini ihmalde değil ondan önceki müspet harekette aramaktadırlar. Bir kısım yazarlar ise ihmalin nedenselliğini kabul etmekte, ihmal suretiyle icra suçlarında failin neticeye engel olabileceğine inanıyorsa ihmal ile netice arasında nedensellik bağının bulunduğunu savunmaktadırlar. İhmal tabiatçı bakış açısıyla bir hareketsizlik olabilir; ancak spiritüel bir yaklaşımla ele alındığında belli bir hareketi yapmayan kişinin belirli bir neticeye sebebiyet verdiği hususunda zihnimizde şüphe duymayız. Hukuken zorunluluk bulunmayan hallerde de ihmal belirli bir neticenin sebebini oluşturabilir. Üçüncü grup yazarlar, ihmalin nedenselliğinden bahsedebilmek için belirli başka birtakım hususların da varlığını aramaktadır. Bu bakımdan, bu yazarlar sebep olmak yönünden icrai ve ihmali davranış arasında bir fark gözetirler. İcrai davranışın nedenselliğini tespit için icrai hareket yapılmasaydı netice gerçekleşecek miydi sorusunu sormak ile yetinilirken ihmali davranış için ikinci bir araştırma yapmak gerektiği söylenmektedir. Bazı yazarlar failin neticenin meydana gelmesine engel olmak hususunda hukuki bir zorunluluğunun bulunmasını ararken, bir kısım yazarlar, failin ihmalden doğacak neticeyi öngörebilmesi ve buna engel olacak imkan ve güce sahip bulunmasını aramaktadırlar. Bu grupta yer verilebilecek bir diğer görüş uyarınca neticenin failin kendi ihmalinden doğması ile başkasının hareketinden doğması durumlarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Buna göre, netice failin kendi ihmalinden doğmuşsa başkaca bir araştırmaya gerek olmaksızın ihmal nedenseldir. Ancak netice failden başka bir kişinin davranışından doğmuş ve fail bu neticenin gerçekleşmesine engel olmamışsa bu durumda failin ihmalinin hukuki bir yükümlülüğü ihlal niteliğinde olup olmadığına bakılması gerekmektedir. *Dönmezer/Erman* da bu son fikre katıldıklarını ifade etmektedirler. Böylelikle, neticenin oluşumuna, nedensel serinin meydana getirilmesine failden başkasının sebebiyet verdiği durumlarda failin ihmalinin nedensel olabilmesi için neticeyi önlemek yönünde hukuki bir yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. Aksi halde kişinin müdahale alanı ölçsüz bir şekilde genişlemiş ve ahlaki yardım görevi hukuken yaptırma bağlanmış olur. Böylesi bir yükümlülüğün aranmaması totaliter bir görüşün ürünüdür. Bkz.: *Dönmezer, Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II*, s. 173-178. *Dönmezer/Erman*'a göre; hukuki yükümü yerine getirme olanağının bulunması şartı "*ultra posse nemo obligatur*" kuralından doğar. Bu imkanın bulunmadığı durumlarda fail hukuka uygun hareket etme imkanından yoksun olduğundan hareketsizliği ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının varlığından söz

bulunmaktadır. Sözelimi *Radbruch*, ihmalî hareketin varlığını kabul etmemekteyken, bazı yazarlar da menfî hareket ve ihmalî hareket arasında ayrım yapmakta ve normatif bir kavram olan ihmal hareketin bir neticeye sebebiyet veremeyeceğini, menfî hareketin ise nedensel olduğunu savunmaktadırlar. Bazı yazarlar ise menfî hareketin fiziki bir realitesinin bulunmayıp tasavvuri bir kavram olması, nedensellik bağı için ise maddî iki şeyin bulunması gerektiğinden bahisle ihmalin nedenselliğini kabul etmemektedirler<sup>495</sup>. Bazı yazarlar ise ihmalin nedenselliğini ikili bir ayrım yaparak ele almaktadırlar. Bir kısım ihmaller neticeye sebep olan ihmallerken bazıları neticeyi önlememekle sınırlıdır. İkinci grupta yer alan ihmaller bakımından nedensellik bulunmamaktadır, kanun nedenselliğinin var olduğunu varsaymaktadır. Nedensel ihmalde, kişi kendisine düşeni yapmamaktayken nedensel olmayan ihmalde kişi başkasının suç teşkil eden ihmalinin sebebiyet verdiği neticeyi önlememektedir. Yani burada neticeyi engellemeyen kişi, ihmal teşkil eden hareketi yapmakla yükümlü değildir. Sözelimi, süt anne bebeği emzirmiyorsa nedensel ihmal söz konusu iken, anne bu durumu kontrol etmiyorsa neticeyi önlememe durumu söz konusudur. İtalyan Ceza Kanunu'nun 40. Maddesinin bu ayrımı ihtiva ettiği, birinci fıkrasının nedensel ihmalî, ikinci

---

edilemez. Bu imkansızlık iki şekilde tezahür edebilir: İlk olarak failin harekete geçmesi çok büyük fedakarlık gerektirebilir. Burada hukuka aykırılığın kalkmış sayılması, yani failden artık hukukî yükümünü yerine getirmesinin beklenmemesi için zorunluluk hali veya mücbir sebep teşkil eden bir halin bulunması gerekmektedir. “Harekete geçmekle hukuken yükümlü olan kişi, gerekirse, kendisini tehlikeye atmakla da yükümlüdür; ancak bu tehlike ıztırar halinin unsurlarını taşıdığı takdirde ki, yükümün yerine getirilmesi söz konusu olamaz; yani ortada kusuru kaldıran bir sebep bulunur.”. İkinci olarak, yapılabilecek herhangi bir hareketin neticenin meydana gelmesini önleyemeyeceğinin anlaşılması halinde de imkan yokluğu söz konusudur. Bu durumda ihmal ile meydana gelen netice arasında nedensellik bağının var olduğu da söylenemez. Bkz.: Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 182, 183. Dönmezer; bütün ihmal suretile icra suçlarında ihmalin nedensel özellikte olduğu düşüncesinin kabul edilemez olduğunu ifade etmektedir. Zira aksi halde her faraziye ihmal suretiyle icranın nedensel olduğunu kabul etmek zorunda kalınır. Böylece denizde boğulmakta olan düşmanını, hiçbir yükümlülüğü olmamasına rağmen, kini dolayısıyla kurtarmayan kimsenin davranışını nedensel kabul etmek ve neticeden onu sorumlu tutmak sonucuna varılır. Bu hususta sorumluluk bakımından bir sınırlama getirmek için ileri sürülen kriterler ise son derece yapaydır. Bkz.: Dönmezer, “İhmal Suretile İcra Suçları”, s. 486. Erem, ihmalin nedenselliğini kabul etmeyenlere göre, kanunun ihmalî suça yer vermiş olmasının bu suçlarda nedensellik bağı olduğuna delalet etmeyeceği fikrindedir. Kanunlar bir neticeye engel olmamayı ona sebep olmakla eşit tutmuş olabilir. Bu sadece kanunî bir faraziye. İhmalin nedenselliğini kabul edenlere göre, ihmalî hareket netice için menfî bir şarttır. Menfî şart gerçekleşecek olursa netice de meydana gelmiş olacaktır ve bu suretle, menfî bir etki müspet hale gelmiş olacaktır. Ümanist doktrine göre, insanın şuur ve iradesi ile belirli bir alana hükmetme imkanı dikkate alındığında ihmalin nedenselliğini reddetmek mümkün değildir. Nedensellik esasen maddî bir bağ sayılmaz. Bu nedenle olumsuz şartların nedensellik dışında tutulmaması gerekir. Neticeyi önleme yükümlülüğü ihmalî hareketlerde nedensellik için yeterliliği sağlayacaktır. Bunun kanunda belirtilmiş olması gerekmemektedir. Erem, selbî hareketle işlenebilen icabî suç ve neticeye mani olmamak şeklindeki selbî suç arasında bir ayrım yapılması gerektiğini dile getirmekte, birinci grup için nedenselliğinin kabulünde bir tereddüt olmadığını, ikinci grupta ise yükümlülük kavramının nedenselliği yeteri kadar açıkladığını ifade etmektedir. Erem, **Ümanist Doktrin**, C. I, s. 306, 307.

<sup>495</sup> Kunter, **Suçun Maddî Unsurları**, s. 210.



fikrasının ise neticeye engel olmama durumunu düzenlediği söylenmektedir<sup>496</sup>. İkinci fıkradaki düzenlemeye yönelik olarak, sorumluluk meselesini nedensellik meselesi şeklinde ele aldığı gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>497</sup>.

İhmalin nedenselliği meselesi hatalı ele alındığı söylenmiştir. Bu görüşe göre, ihmal normatif bir kavramdır ve bir değer hükmü olarak neticeye sebep olması beklenemez. Bunun yerine *menfi hareket* gibi doğacı bir kavram kullanılmalıdır. Dolayısıyla mesele, menfi hareketin nedenselliği meselesidir. Menfi hareketin maddi bir varlığı ve nedensel değeri bulunmaktadır. Menfi hareket ile netice arasında nedensellik bağının bulunması demek, menfi hareketin neticenin menfi şartlarından biri olması demektir<sup>498</sup>. Kunter, ihmal suretiyle icra suçlarında menfi hareketin nedenselliğini kabul etmenin sorumluluğu aşırı derecede genişleteceği fikrine katılmadığını ifade etmektedir. Zira nedensellik bağı, sorumluluğun tek şartı değildir<sup>499</sup>.

Nedensellik bağı üzerine yapılan açıklamalardan sonra objektif isnadiyet konusu üzerinde durulmalıdır. İcrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da neticenin faile yüklenebilmesi için ona objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir<sup>500</sup>. Ancak icra ve ihmal arasındaki fenomenolojik farklılık sebebiyle ihmali suçlarda objektif isnadiyet farklı kriterlere göre belirlenir<sup>501</sup>. Objektif isnadiyet değerlendirmesi için taksirli suçlardaki gibi özel yükümlülüğe aykırılık bağlantısının rolü önemlidir<sup>502</sup>. Burada meydana gelen neticenin failin

<sup>496</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 211.

<sup>497</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 212, 213.

<sup>498</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 213.

<sup>499</sup> Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 213. İhmal suretiyle icra suçlarında, normatif nedensellik de denilen hukuki nedensellik meselesi de gündeme gelmektedir. Bu suçlarda doğal nedenselliği kabul etmeyenler veya kabul etmekle birlikte yetersiz görenler, netice ile menfi hareket arasında hukuki nedensellik bağının mevcut olduğunu ileri sürmüşlerdir. İhmal suretiyle icra suçlarında doğal nedensellik bağını kabul etmekle birlikte onu yetersiz görenler, ayrıca kişinin harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğünün bulunması gerektiğini ifade etmektedirler. Bu suretle hukuki nedensellik ilişkisi de kurulmuş olacaktır. Hukuki nedensellik bağının aranmasına ilişkin görüşler çeşitli gerekçelerle eleştirilmiştir. Bu görüşlerin nedensellik ile kusurluluk veya hukuka aykırılığı birbirine karıştırdığı ifade edilmiştir. Kunter'e göre, menfi hareketin nedenselliğini kabul ettikten sonra, bu bahiste, hukuki yükümlülük ihlali olarak hukuki nedensellik bağını ilaveten aramak yerinde değildir. Bu husus, hukuka aykırılık meselesi ile alakalıdır. İtalyan Ceza Kanununun 40.maddesinin ikinci fıkrası, hukuka aykırılık meselesini nedensellik meselesi olarak addetmesi sebebiyle kusurludur. İhmal suretiyle icra suçlarında neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü hukuka aykırılıktan bahsedecek bir maddede belirtilmelidir. Bkz.: Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 215-222.

<sup>500</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 402; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 451.

<sup>501</sup> Hannes Schürmann, **Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz**, Berlin, Duncker&Humblot, 1986, s. 51.

<sup>502</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 402. Heinrich'e göre; tipik netice yükümlülüğe aykırı ihmalden değil de başka bir nedenden kaynaklanıyorsa objektif isnadiyetten bahsedilemez. Buna şu olay örnek verilebilir: Berta

hukuki yükümlülüğüne aykırı olarak ihmalde bulunması suretiyle mi gerçekleştiği yoksa başkaca olguların mı devreye girdiği araştırılmalıdır. Bu bağlamda, somut tehlike karşısında yükümlülüğe uygun davranılsaydı kesinliğe yakın bir ihtimalle<sup>503</sup>, tehlikedeki hukuki değerlerin korunmasını sağlayacak idiyse netice faile objektif olarak isnat edilebilecektir. Buna karşın, yükümlülüğe uygun davranılmış olsaydı dahi aynı netice veya aynı ağırlıkta bir değer kaybı kesinliğe yakın bir biçimde yine de meydana gelecek idiyse burada netice faile objektif olarak isnat edilemeyecektir<sup>504</sup>.

*Koca/Üzülmez* gerçek olmayan ihmali suçlarda objektif isnadiyet bakımından taksirli suçlarda objektif isnadiyete ilişkin görüşlerine atıfta bulunmaktadır<sup>505</sup>. Bu durumda özel bir yükümlülüğe aykırılık bağlantısı rol oynayacaktır. Bu bağlantı, ihmal ile yükseltilen tehlikenin doğrudan neticede gerçekleşmesi halinde mevcuttur<sup>506</sup>. Taksirli suçlarda yükümlülüğe aykırılık bağlantısı ve objektif isnadiyet konusuna atıf yapılmakla, ihmali suçlar bakımından da kaçınılabilirlik teorisinin objektif isnadiyet ve sorumluluk alanını oldukça daralttığı ve hayali bir sürecin sorumluluk üzerinde etki yapmasının sakıncaları vurgulanmaktadır<sup>507</sup>. Bu nedenle, riskin yükseltilmesi teorisinin neticenin faile isnat edilebilirliği bakımından daha elverişli olduğu ifade edilmektedir. Böylelikle, failin hukuki

---

tedavi edilemez biçimde hastadır. Yaşamak onun için katlanılamaz hale gelmiştir ve ilaç içerek yaşamına son vermek ister. Eşi Anton'a durumu açıklar ve onun bilgisi dahilinde yüksek dozda uyku ilacı olarak uyur. Anton bütün gece uyurken onu izler. Ambulans çağırması durumunda eşinin kurtulması mümkünken o eşinin kararına saygı duymayı tercih eder. Burada ihmal suretiyle iştirakin bütün koşulları gerçekleşmiş olmasına, Anton'un Berta uykuya daldıktan sonra fiile hakim olmasına ve Berta'yı kurtarmakla hukuksal olarak da yükümlü olmasına karşın, Berta kendi sorumluluğu ile hareket ettiği için neticenin Anton'a objektif olarak isnat edilmesi mümkün değildir. Berta'nın ölümü, Anton'un kendi eseri olarak kabul edilemez. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 7, 8.

<sup>503</sup> Bu duruma öğretide şu örnek verilmektedir: Doktor Armin dikkatsizlik nedeniyle, kanser hastası olan Paul'a ilacını vermeyi ihmal eder. Paul ölür. İlacın kanser hastalarının %90'ına etki ettiği ve yaşam süresini uzattığı tespit edilmiştir. Alman öğretisindeki baskın görüş, burada davranışın gerçekleştirilmesi halinde ölümün kesinliğe yakın bir olasılıkla gerçekleşmeyeceği sonucuna varılmadığından ihmal suretiyle taksirle öldürme suçundan cezalandırılmayacağıdır. Heinrich, bu sonucun her ne kadar başlangıçta tatmin edici görünmese de, nihayetinde benimsenmek durumunda olduğunu ifade etmekte, kasıtlı bir suç söz konusu olsaydı teşebbüsten cezalandırmanın söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 6, 7.

<sup>504</sup> Wessels, Beulke, **AT**, § 16, kn. 713; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 403.

<sup>505</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 404.

<sup>506</sup> Taksirli suçlara objektif isnadiyet konusunda Alman doktrininde genel kabul gören yükümlülüğe aykırılık bağlantısının benzer tanımı için bkz: Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 215, 216. Ayrıca bkz.: Kühl, **AT**, § 17, kn. 49.

<sup>507</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 220.

yükümlülüğünü yerine getirmeyerek ihmal suretiyle neticenin meydana gelmesi riskini yükselttiği durumlarda neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi gerekir<sup>508</sup>.

#### **dd. Neticenin Önlenmesi Yükümlülüğünün Bulunması (Garantörlük)**

##### **(a) Genel Olarak**

Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından neticeyi önleme hukuki yükümlülüğüne aykırı olarak ihmalde bulunmanın o neticenin icrai bir hareketle gerçekleştirilmesine eşdeğer olması gerekmektedir. Bu husus Kanunun özel hükümler kısmında düzenlenen üç gerçek olmayan ihmali suç türünden biri olan 83. maddede; *“kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir”* şeklinde açıkça ifade edilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ihmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için gerekli olan koşulları; *“belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturmaması gerekir”* şeklinde ifade etmektedir. Kanunun bu düzenlemesinden çıkan sonuç, gerçek olmayan ihmali suçlarda eşdeğerlik koşulunun kanun, sözleşme veya öngelen tehlikeli davranıştan kaynaklanan bir hukuki yükümlülük ile sağlandığıdır. Böylelikle garantörlük olarak ifade ettiğimiz neticeyi önleme yükümlülüğünün aslında gerçek olmayan suçlar için çifte fonksiyon üstlendiğini söylemek mümkündür. Diğer bir deyişle, garantörlük hem neticeyi önleme yükümlülüğünü ifade etmekte ve harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğün bulunması anlamına gelmekte hem de beklenen hareketin yapılmamasının icrai harekete eşdeğer olmasını sağlamaktadır.

*Hakeri*, gerçek ihmali suçların tipikliğine dahil olan hareket yükümlülüğünden bir garantörlük durumu yaratılamayacağını savunmaktadır. Zira buradaki hukuki yükümlülük herkes için geçerlidir. Sözgelimi yardım ve bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi garantörlük doğurmayacaktır<sup>509</sup>. O halde gerçek ihmali

<sup>508</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s.404 atfı ile s. 220.

<sup>509</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 107.

suçların kanundan kaynaklanan bir yükümlülük teşkil ettiği ve dolayısıyla bu suçlarda öngörülen hareketin gerçekleştirilmemesi nedeniyle meydana gelen ve asıl olarak icrai hareketle gerçekleştirilebilen tipik netice bakımından, kanundan kaynaklanan bir garantörlük durumunun bulunduğu söylenemeyecektir.

Gerçek olmayan ihmali suçlar garantörlük ve eşdeğerlik koşulları suçun objektif tipikliğine aittir ve garantörlük durumunu oluşturan unsurlar da suçun yazılı olmayan maddi unsurlarını oluşturmaktadır<sup>510</sup>.

Garantörlük durumu ve garantörsel yükümlülük kavramları birbirine karıştırılmamalıdır. Garantörlük durumu, bir kişinin özel hukuksal ilişkisini ifade etmekte iken garantörsel yükümlülük bu ilişkiden doğan harekete geçme yükümlülüğünü ifade etmektedir<sup>511</sup>.

### (b) Garantörlüğün Kaynakları

Gerçek olmayan ihmali suçun cezalandırılabilirliği bakımından en büyük sorunun sadece neticeyi önleme yükümlülüğü altında bulunan kişinin fail olabilmesinin hukuki izahı olduğu söylenmektedir<sup>512</sup>. Yukarıda ifade edildiği üzere, ihmali harekette bulunan kişinin meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için neticeyi önlemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olması gerekmektedir. Bu hukuki yükümlülüğün, yani garantörlüğün ne şekilde ve ne zaman oluşacağı çok uzun süredir tartışılan bir konudur. Yükümlülük kaynaklarının daha önceleri kanun, sözleşme, öngelen tehlikeli davranış ve sıkı yaşam ilişkisi olarak kabul edilmesine rağmen<sup>513</sup>, bugün öğretide ağırlıklı olarak maddi kriter<sup>514</sup> esas

<sup>510</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 404; Hakan Hakeri, **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007, s. 83.

<sup>511</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 24. Neticeyi engelleme yükümlülüğü olarak garantörsel yükümlülük, garantörlük durumundan doğmaktadır. Bu sadece ahlaki bir yükümlülük olmayıp hukuki bir yükümlülüktür. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 470.

<sup>512</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 164; Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 309; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 398.

<sup>513</sup> *Feuerbach* neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağı olarak kanun ve sözleşmeyi yeterli görmüştür. *Spangenberg* ve *Henke* ise bunlara ilaveten yakın yaşam ilişkisini de yükümlülük kaynağı olarak kabul etmektedirler. Stübel tarafından ise öngelen tehlikeli hareket yükümlülük kaynakları arasına eklenmektedir. Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 600, 601.

<sup>514</sup> *Armin Kaufmann* tarafından geliştirilen bu kriter, fonksiyon öğretisi (*Funktionenlehre*) olarak da anılmaktadır. Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 621. Yükümlülüğün amacından hareketle yapılan ayırmda bir tarafta belli

alınmak suretiyle bir belirleme yapılmaktadır<sup>515</sup>. Buna göre garantörlük, koruma yükümlülüğü<sup>516</sup> ve gözetim yükümlülüğü<sup>517</sup> olmak üzere iki kanatlı bir yapı üzerine inşa edilmektedir<sup>518</sup>. Bunlardan koruma yükümlülüğü fiilen veya hukuken belli hukuki değerleri belirli tehlikelere karşı koruma yükümünü, gözetim yükümlülüğü ise fiilen veya hukuken sorumluluğu üstlenilmiş olan belli tehlike kaynaklarından üçüncü kişilerin tehlike veya zarara uğramasını önleme yükümünü ifade etmektedir<sup>519</sup>. Belirli tehlike kaynaklarından sorumlulukta garantörsel yükümlülüğün kapsamının, belli bir hukuki değeri koruma yükümlülüğüne göre daha dar olduğu ifade edilmektedir. Çünkü orada garantörün görevi korunan değeri her türlü tehlikeye karşı savunmak iken burada garantör sadece tehlike kaynağının kendisini kontrol altında tutmakla yükümlüdür<sup>520</sup>. Bununla birlikte, bu iki yükümlülüğün sınırlarının çok net bir biçimde birbirinden ayıramayağı ve bunların birbiriyle kesişebileceği de kabul edilmektedir<sup>521</sup>.

Bir görüşe göre, garantörlük kaynaklarının klasik olarak sınıflandırılmasının dezavantajı, hukuki koşullara çok fazla odaklanarak gerçek koşulları ihmal etmesidir. Örneğin sözleşmeyle kararlaştırılan hareketin fiilen gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği, sözleşmenin yerine getirilip getirilmediği gibi<sup>522</sup>. Çocuk bakıcısı, sadece sözleşmeyi imzalamakla çocuğun korunmasından sorumlu olmaz, fiilen işe başladığında garantör olur<sup>523</sup>. Klasik sınıflandırmanın ikinci dezavantajı, ihmalde bulunanın iştirak etme şekli bakımından daha

---

hukuki menfaatleri koruma (*Obhuspflcht*), diğer tarafta belli tehlikelere karşı kişileri ve malları koruma yükümlülüğü (*Sicherungspflcht*) bulunmaktadır. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 300, 301.

<sup>515</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 25, 26; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 404, 405. Centel/Zafer/Çakmut'a göre; "neticeye engel olma yükümlülüğünün doğması için ya ilgililer arasında doğal veya hukuki bağlılık ilişkisi bulunmalı ya da mağdur, bir başkasına (garantör) güvenerek riski göze almış veya başka koruma tedbirinden vazgeçmiş olmalıdır. Neticeye engel olma yükümlülüğü yasalar dışında, doğal bağlılık ilişkisinden, yakın toplumsal ilişkilerden, sözleşmeden veya daha önce yapılan bir hareketten kaynaklanabilir." Bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 260.

<sup>516</sup> *Beschützergarantenpflicht*

<sup>517</sup> *Überwachungsgarantenpflicht*. Mevcut görüşe göre bir gözetim yükümlüsü, üç grup vakadan sorumludur: Yükümlülüğe aykırı tehlikeli önceki davranış, bir tehlike kaynağı üzerinde maddi kontrol ve üçüncü şahısların eylemlerinden sorumluluk. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 478.

<sup>518</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 405; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 446. Özgenç, bu yükümlülüklerin ikisini de kapsayacak şekilde "teminat yükümlülüğü" terimini kullanmaktadır. Bkz.: Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", s. 310.

<sup>519</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 405. Ayrıca bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 301.

<sup>520</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 625.

<sup>521</sup> Maiwald, "İcrai ve İhmali Davranış", s. 164. Ayrıca bkz.: Gropp, **AT**, s. 473.

<sup>522</sup> Gropp, **AT**, s. 472.

<sup>523</sup> Gropp, **AT**, s. 472, 473.

detaylı bilgi vermek üzere tasarlanmamış olmasıdır<sup>524</sup>. Koruma ve gözetim yükümlülüğü şeklindeki sınıflandırmada kabaca, iştirak statüleri, koruma yükümlüsü için ihmal yoluyla faillik, gözetim yükümlüsü için, izlenen kişinin suç işlemesine izin veriyorsa yardım etme (*Gehilfe*) şeklindedir. Açık bir sınır yoksa, ihmalin failin diğer kişinin fiilini (*Tat*) kendi fiili haline getirme iradesinin bir ifadesi olup olmadığına veya iradede ihmalde bulunanın bir diğer kişiye tabi olup olmadığına ve sadece yardım iradesi anlamında içsel iştirak ve ilgi olmaksızın olayın ortaya çıkmasına izin verip vermediğine bağlıdır<sup>525</sup>.

TCK'nın 83. maddesi kasten öldürme ve 88. maddenin atfıyla kasten yaralama suçları bakımından yükümlülük kaynaklarını, şekli kriteri esas almak suretiyle belirlemiştir<sup>526</sup>. Bunlar kanun, sözleşme ve öngelen tehlikeli davranıştır<sup>527</sup>. Bu düzenleme, başkaca icrai suçların da ihmalî hareketle işlenmesi bakımından yol gösterici nitelikte görülmektedir<sup>528</sup>.

Tipik neticeyi önleme yükümlülüğü herhangi bir kanun veya anayasadan kaynaklanabilir<sup>529</sup>. Garantörlük için en kuvvetli yükümlülük nedeninin kişiler arasındaki doğal bağıllık ilişkisi olduğu söylenmekte; ancak garantörlüğün kaynağı sayılabilmesi için bunun salt

---

<sup>524</sup> Gropp, AT, s. 473.

<sup>525</sup> Gropp, AT, s. 473.

<sup>526</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 406.

<sup>527</sup> Neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynakları Common Law sisteminde de benzer şekilde düzenlenmiştir. Buna göre yedi farklı yükümlülük nedeninden bahsedilir: ilişki (aile), yasa, bakım sözleşmesi, bakımı gönüllü olarak üstlenme, tehlike yaratma, başkasının davranışını kontrol yükümlülüğü, mülk sahibinin yükümlülüğü<sup>527</sup>. Alman Ceza Kanununun 13ç maddesi ve Türk Ceza Kanununun 83. Maddesi biçimsel hukuksal yükümlülük öğretisi denilen klasik yaklaşımı benimsemiş ve yükümlülüğün kaynağını yasa, sözleşme ve öngelen tehlikeli davranış olarak düzenlemiştir<sup>527</sup>. Buna karşın yükümlülüğün içeriğini esas alan maddi görüşler “belirli bir hukuksal değer konusundaki koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten in Bezug auf bestimmte Rechtsgüter*)” ve “güvenlik ve denetim yükümlülükleri (*Sicherungs-oder Beherrschungspflichten*)” olmak üzere yükümlülük kaynaklarını ikiye ayırmaktadır<sup>527</sup>. Bkz.: Akyürek, “İhmalî Suçlar”, s. 149, 150.

<sup>528</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 333. Bununla birlikte yazarlar, ceza kanununun özel kısmındaki suçlar bakımından kural olarak icrai davranışların esas alındığını, bu suçların ihmalî davranışla da işlenebileceğinin kanunilik ilkesine uygun olacak şekilde, çağdaş bir hukuk düzeninde açıkça düzenlenmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bkz. s. 332.

<sup>529</sup> *Dönmezer*, kanun, nizamname ve talimatnamelerin bu kapsamda olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: *Dönmezer*, “İhmal Suretile İcra Suçları”, s. 490, 491. *Türey*, kanundan kaynaklanan garantörlük yükümlülüğü için şekli-maddi kanun ayırımından ve garantörlük için hangisinin esas alınacağına ilişkin tartışmadan bahsetmektedir. Yazar, garantörlük kaynağı olarak maddi kanunun esas alınması gerektiği, bu itibarla, erişilebilir ve belirli olan düzenlemelerden kaynaklanan yükümlülüğün ihlali halinde de gerçek olmayan ihmalî suçun oluşabileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda sözelimi Belediye İtfaiye Yönetmeliğinin 6. Maddesinin birinci fıkrasının a bendi kapsamında yangına müdahale etme yükümlülüğüne aykırı olarak hareketsiz kalan bir itfaiye görevlisinin meydana gelen neticeden ötürü gerçek olmayan ihmalî suç bağlamında sorumlu tutulması gerekir. Bkz.: *Türey*, “İhmal Suretiyle İcrai”, s. 126, 127. Öte yandan *Akyürek*’e göre, kanun hükmünde kararname ve idarenin düzenleyici işlemleri garantörlük kaynağı oluşturmaz. Bkz.: Akyürek, “İhmalî Suçlar”, s. 151.

bir manevi, ahlaki yükümlülük olarak kalmayıp hukuki bir temele oturtulması ve hukuki bir bağ haline getirilmesi gerektiği ilave edilmektedir<sup>530</sup>. Bu garantörlük kaynağının çoğunlukla aile hukukuna ilişkin düzenlemelerden doğduğu, aynı evde yaşama durumundan bağımsız olarak ele alındığı ve fakat alanının çekirdek aile ile sınırlandırılmış olduğu ifade edilmektedir<sup>531</sup>. Kardeşlerin, nişanlıların, yakın arkadaşlığın veya akrabalık ilişkisinin doğal bağlılık ilişkisi çerçevesinde bir garantörlük durumu yaratıp yaratmayacağı tartışmalı olmakla birlikte, her somut olay bakımından dar topluluk ilişkisi çerçevesinde garantörlük kaynağı oluşturup oluşturmadığının tartışılması mümkün görülmektedir<sup>532</sup>.

Neticeyi önleme yükümlülüğünün bir diğer kaynağı sözleşmedir<sup>533</sup>. Karşılıklı, tek taraflı, üçüncü kişiler lehine sözleşmeler veya üçüncü kişiler için koruyucu etkisi olan her türlü sözleşme garantörlük durumuna esas teşkil edebilir<sup>534</sup>. Bugün öğretilde daha geniş bir kavram olarak<sup>535</sup> gönüllü üstlenme terimi tercih edilmektedir<sup>536</sup>. Bu kavram, hukuken geçerli bir sözleşmenin<sup>537</sup> varlığı şart olmaksızın<sup>538</sup> bir kimsenin belirli bir tehlikeyi önleme

<sup>530</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 164; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 406; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 332; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 622.

<sup>531</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 27.

<sup>532</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 29.

<sup>533</sup> Sözleşme genel olarak, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı şeklinde tanımlanmaktadır. Necip Kocayusufoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, C. I, 4. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, s. 165. Bununla birlikte sözleşmenin ikiden fazla taraflı hukuki muamele olarak izahına da rastlanmaktadır. Bu tanıma yönelik eleştiri için bkz.: Kemal Oğuzman, Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009, s. 39.

<sup>534</sup> Gropp, **AT**, s. 471.

<sup>535</sup> Bu bağlamda, bir sözleşme ilişkisinin dışında fiili bir üstlenme eylemi de bu kapsama girebilir. Sarhoş olmuş birinin evine getirilmesi, karşıdan karşıya geçerken yardım etme gibi. Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 215.

<sup>536</sup> Heinrich, garantörsel yükümlülük kaynaklarını sınıflandırırken koruma ve yardım yükümlülüğünün ihtiyari olarak fiilen üstlenmesinden ayrı bir başlık altında bahsetmektedir. Bu başlık altında sözleşme, sözleşme benzeri ilişki ve eylemli üstlenme alt başlıklarına yer vermektedir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 35-40. Türey’a göre; Sözleşme yerine gönüllü/iradi üstlenme veya hukuki ilişki kavramlarının kullanımı daha isabetli olurdu. Bkz.: Türey, “İhmal Suretiyle İcra”, s. 127.

<sup>537</sup> Hukuk düzeninin sınırları içinde irade beyanlarının uyusması yoluyla dilenilen hukuki sonuçların meydana getirilebilmesi sözleşme özgürlüğünü ifade etmektedir. Kanuna ve adaba aykırı olmamak kaydıyla ve geçerliliği için kanunda açık bir şekil şartı öngörülmedikçe taraflar diledikleri tip ve içerikte sözleşme yapabilirler. Bkz.: Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, C. I/1, Altıncı Basım, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008, s. 9-11.

<sup>538</sup> 17 yaşındaki bebek bakıcısının imzaladığı sözleşmenin hukuken geçerli olmamasına karşın garantörsel yükümlülük doğurduğu hakkında bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 36. Hatta belli şartların varlığı halinde, yok hükmündeki bir sözleşme de neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağını oluşturabilir. Fakat sözleşme hiçbir şekilde kanun kapsamında bir koruma ifade etmez. Sözgelimi bir suçun müşterek faileri yakalanmaları halinde birbirlerini ihbar etmeyecekleri yönünde bir anlaşma yapmış olsalar ve yakalananlardan biri diğerlerinin ismini verse burada ihmal suretiyle kişiyi özgürlüğünden bırakma suçu gerçekleşmez olmaz, aksi durumda suçluyu kayırma suçu söz konusu olur. Bkz.: Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 165. Öte yandan Akyürek’in verdiği örnekte A ile B aralarında anlaşmışlar ve A uyuşturucu madde sağlanması karşılığında

yükümlülüğünü<sup>539</sup> iradi olarak fiilen üstlenmesini ifade etmektedir<sup>540</sup>. Sözleşmenin kapsamı dışına çıkan bir koruma ve gözetim yükümlülüğünden ise söz edilemez<sup>541</sup>. Bu yükümlülük her zaman görevin fiilen üstlenmesinden sonra ortaya çıkmayabilir. Önemli olan husus, sözleşmenin tarafı olan ve gözetilen kişinin bu anlaşmaya güvenerek olası tehlikelere karşı gereken önlemleri alma gereği görmemesi ve bunun da içinde bulunulan koşullar dahilinde “normal” addedilebilecek bir davranış olmasıdır<sup>542</sup>.

Neticeyi önleme yükümlülüğünün bir diğer kaynağını öngelen tehlikeli davranış<sup>543</sup> oluşturmaktadır. Başkalarına zarar verme yasağına (*nemidem laede*) dayanmaktadır<sup>544</sup>. Burada davranış sebebiyle başkasına ait bir hukuki değeri zarar tehlikesine maruz bırakan kişinin zararın meydana gelmesini engelleme yükümlülüğü doğmaktadır<sup>545</sup>. Azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, öngelen tehlikeli davranış neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağını oluşturmaz. Zira neticeyi önleme yükümlülüğü sosyal konumdan doğan karşılıklı beklentiye dayalı bir ilişkinin varlığını gerektirmektedir ve öngelen tehlike davranışı gerçekleştirilen kişi ile bunun

---

B’nin korumalığını üstlenmiştir. Bu durumda yapılan sözleşme BK’nın 27. Maddesi hükmü çerçevesinde kesin hükümsüz olsa da korunan güven ilişkisi olduğundan koruma yükümünü gerçekleştirmeyen A meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulmalıdır. Bkz.: Akyürek, “İhmalî Suçlar”, s. 152. Sözleşmenin şeklinin ve yapısının bir önemi bulunmamaktadır, önemli olan güven ilişkisidir. Borçlar Kanununun 27. Maddesi uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı bir sözleşme kesin hükümsüz olmakla birlikte gerçek olmayan ihmalî suç bakımından garantörlüğün bir kaynağını oluşturabilir. Bu nedenle, sözleşme yerine “gönüllü üstlenme” kavramının kullanılması gerektiği savunulmaktadır. Bkz.: Akyürek, “İhmalî Suçlar”, s. 152.

<sup>539</sup> Eylemli üstlenme için ev sahibinin evine aldığı evsiz kişiye karşı işlenen yaralama suçu bakımından hukuksal yükümlülük altında olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 39.

<sup>540</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 408; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 303. Garantörün sorumluluğu (sözleşmeden kaynaklanan) yalnızca fiili üstlenme temelinde ve garantörün kontrol etmekle görevlendirildiği tehlikeli durum başladığında ortaya çıkar. Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 214.

<sup>541</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 260. Sözleşme ilişkisinin türü önemli olmayıp önemli olan konuya ilişkin koruma ve gözetim yükümlülüğünün bulunmasıdır. Sözgelimi markette aldığı 9 euroluk içki için 10 Euroluk banknot veren kişiye, satıcı yanlışlıkla 91 Euro para üstü verir ve bu kişi ses çıkarmadan parayı alırsa ihmal yoluyla dolandırıcılık suçu oluşmaz. Çünkü satım sözleşmesi bir garantörlük durumu oluşturmaz. İyi niyet kuralına göre yalnızca uzun süreli ticari ilişkilerde böyle bir güven ilişkisi yaratıldığında sonuç istisnaen farklı olabilirdi. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 36, 37.

<sup>542</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 261. Burada bu normatif değerlendirmenin ölçü alınması gerektiği hakkında: Maiwald, “İcrai ve İhmalî Davranış”, s. 166. Ayrıca bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 333. “... sırf yardım etme vaadinde bulunmak, karşı tarafta koruma yükümü üstlendiğine dair haklı bir güven oluşturulmuşsa ve başka bir kurtarma imkanı bulunmuyorsa bakım ve gözetim yükümü doğurabilir” Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 304. Öte yandan Bebek bakıcısı sözleşilen zamanda gelmez ve buna rağmen bebeğin ebeveyni onu yalnız bırakırsa bakıcı bakımından neticeyi önleme hukuki yükümlülüğü ortadan kalkar. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 36.

<sup>543</sup> *Ingerenz* Bkz.: Gropp, **AT**, s. 472.

<sup>544</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 625.

<sup>545</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 408.



muhabatı arasında bu türden bir ilişki bulunmamaktadır<sup>546</sup>. *Maiwald* bu görüşe, öngelen tehlikeli davranışı işleyen kişinin fiilin işlendiği kişi karşısında herhangi bir insan olmadığı, aksine hukuk düzeninin bu kişiyi, neden olduğu tehlike sebebiyle sorumlu kıldığı gerekçesiyle itiraz etmektedir<sup>547</sup>.

Öngelen tehlikeli davranıştan ötürü neticeyi önleme yükümlülüğünün üç yönden sınırı olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, öngelen tehlikeli davranışın zararın meydana gelmesi yönünden yakın bir tehlike oluşturması gereğidir. İkinci sınır, bu davranışın objektif olarak yükümlülüğe aykırı olması ve son olarak da yükümlülüğe aykırılığın bir norma aykırılık ile, korunmak istenen hukuki değeri ihlal etmesi gerekmektedir<sup>548</sup>.

Öngelen tehlikeli davranışın en azından taksirli bir hareket olması gerekmektedir<sup>549</sup>. Öngelen tehlikeli davranışın hukuka aykırı olması gerekmeyle birlikte suç teşkil etmesi veya failin bu davranış bakımından kusurlu olması aranmamaktadır<sup>550</sup>.

<sup>546</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 166.

<sup>547</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 167.

<sup>548</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 409; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 261; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 625; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 45. Örneğin, siyasi görüşünden hoşlanmadığı için şehrin göbeğinde yolcuyu araçtan indiren taksi şoförü yükümlülüğüne aykırı davranmış olabilir. Ancak yolcu indikten sonra karşıdan karşıya geçerken bir aracın çarpması sonucu hayatını kaybederse, taksi şoförünün bu yolcunun hayatı bakımından sorumluluğu bulunmamaktadır. Zira netice araçtan indirme eyleminden kaynaklanan bir tehlike dahilinde meydana gelmemiştir. Genel yaşam riski içinde gerçekleşen bir netice söz konusudur. Ayrıca yolcu ile yapılan taşıma sözleşmesi, onu karşıdan karşıya geçişte de korumayı kapsamamaktadır. Örnek ve değerlendirmeler için bkz.: Gropp, **AT**, s. 479. Burada şu tartışmaya yer vermek gerekir: Hukuka aykırı olan önceki davranış ile mevcut netice arasında nedensellik bağının bulunması zorunlu mudur? Alman yargı makamlarının kararlarında bunun bir şart olarak aranmadığı, hukuka aykırı davranış ile tehlikenin doğrudan doğruya bağlantılı olmasının yeterli görüldüğü ifade edilmektedir. Örneğin, A yerleşim yerinden geçen karayolunda, hız sınırı 30 km/saat olmasına rağmen 40 km/saat hızla seyredirken bir bisikletliye çarpar ve bisikletli yaralanır. A yardımında bulunmadan yoluna devam eder. Hayati tehlike oluşacak şekilde yaralanan B kısa bir süre sonra ölür. Bilahare, izin verilen hızla gitse bile çarpmanın gerçekleşeceği anlaşılar. Burada Alman Federal Yüksek Mahkemesi, A’nın önceki davranışı sebebiyle koruma yükümlülüğünün doğduğunu ve buna aykırı davranıp ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle ihmal suretiyle öldürmeden sorumlu tutulması gerektiğine karar vermiştir. A’nın özen yükümlülüğüne aykırı olarak hız sınırını aşma şeklindeki hareketi ile B’nin hayatı bakımından oluşan tehlike arasında doğrudan bir bağ görmüştür. Fakat hakim görüşe göre, A’nın önceki davranışından dolayı bir koruma yükümlülüğü ve dolayısıyla ihmal suretiyle öldürme suçundan sorumluluğu olmayıp Alman Ceza Kanununun 323c maddesi uyarınca tehlikede olana yardım etmeme suçundan ceza sorumluluğu bulunmaktadır. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 308.

<sup>549</sup> Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 317, 318.

<sup>550</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 410.

Öğretide aksi yönde görüşler olsa da öngelen tehlikeli davranışın garantörlük kaynağı olabilmesi için hukuka aykırı bir davranış olması gerekmektedir<sup>551</sup>. Bu bağlamda, meşru savunma halinde işlenen fiiller sebebiyle garantörlük oluşmayacaktır<sup>552</sup>. Burada 98. Madde bağlamında yardımın ihmali suçunun da oluşmayacağı<sup>553</sup> ifade edilmekte ise de biz yardım ve bildirim yükümlülüğünün herkese yönelmiş ve esasen öngelen tehlikeli davranışıyla tehlikeye neden olmayan kimseler için düzenlenmiş bir yükümlülük olması sebebiyle sözelimi meşru savunma durumunda da oluşabileceği görüşündeyiz<sup>554</sup>. Hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması durumunda ise artık hukuka uygun bir fiilin varlığından bahsedilemeyeceğinden öngelen tehlikeli davranıştan ötürü garantörlük söz konusu olacaktır<sup>555</sup>.

*Akyürek'e* göre, meşru savunma sınırları içinde kalınmışsa davranış hukuka uygundur, hukuka uygunluk nedeninde sınırın aşılması durumunda eylem hukuka aykırı hale gelecek ve öngelen tehlikeli davranış olarak neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynağını oluşturabilecektir. Dikkat edilmesi gereken bir nokta da şudur ki, 98. Maddedeki yükümlülük

<sup>551</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 409, 410; Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 317; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 306. Aksi yönde: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 448. Türay, öngelen tehlikeli davranışın hukuka uygun olmasının mümkün olduğunu ifade ettikten sonra şu değerlendirmeleri yapmaktadır: “Örneğin ormanlık alanda kendisine saldırıya bacağından vuran kişi, daha sonra yürüyemeyecek durumda olan saldırganı öldürmek amacıyla hastaneye götürmez veya kimseyi durumdan haberdar etmez ve saldırganın ölümüne yol açarsa artık ihmal suretiyle kasten öldürmeden dolayı sorumlu tutulmalıdır. Burada ilk etapta gerçekleştirilen yaralama eylemi, meşru savunma kapsamında hukuka uygun olsa dahi, sonradan saldırganın ölmesi amacıyla kurtulamayacağı bir yerde bırakılması durumunda kişinin ihmal suretiyle kasten öldürmeden sorumlu tutulması gerekmektedir. Zira bu nevi bir durumda hukuka uygunluk sebeplerinde sınırın kasten aşılması söz konusu olacaktır.” Bkz.: Türay, “İhmali Suretiyle İcra”, s. 131, 132. Yazarın verdiği bu örnekte ispatlanması gereken husus öldürme kastının bulunup bulunmadığıdır. Bu da yaralama hareketinin gerçekleştirildiği anda var olması gereken bir husustur. Kişinin kendini koruma amacıyla saldırganı bacağından yaralaması durumunda meşru savunmanın şartlarının gerçekleştiğini söylemek mümkündür. Burada ikili bir ayırım yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Meşru savunmada sınırın aşılması durumu söz konusudur denilebilirse artık 81. Madde veya sınırın taksirle aşılması durumunda 85. Madde sebebiyle sorumluluk söz konusu olmalıdır. Sınır aşımından söz edilemiyorsa, failin yaralama davranışı hukukun kendisine verdiği sınır içindeki hareketi ifade ettiğinden öngelen tehlikeli davranış sebebiyle garantörlük yükümlülüğünden bahsedilememesi gerekir. Bu durumda kişinin uymak zorunda olduğu yükümlülük herkese yönelmiş bulunan yardım ve bildirimde bulunma yükümlülüğüdür. Bu ihtimalde kişinin 98. Madde ve ölüm neticesi gerçekleşmişse neticesi sebebiyle ağırlaşan yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlalden sorumlu tutulması daha isabetli olacaktır.

<sup>552</sup> Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 168; Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 409, 410; Gropp, **AT**, s. 479. Farklı görüşler hakkında bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 51-55.

<sup>553</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 410. Aksi yönde Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 262.

<sup>554</sup> Öngelen tehlikeli davranışın hukuka uygun olması durumunda dahi 98. Madde kapsamında sorumluluğun gündeme geleceği hakkında ayrıca bkz.: Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 317. Benzer şekilde Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 307; Maiwald, “İcrai ve İhmali Davranış”, s. 168; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 626, dn: 55; Gropp, **AT**, s. 479; Welzel, **Strafrecht**, s. 215.

<sup>555</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 334.

herkes için getirilmiş bir yükümlülüktür ve öngelen davranış hukuka uygun olsa dahi kişinin bu madde dolayısıyla sorumluluğu bulunmaktadır<sup>556</sup>.

Öngelen tehlikeli davranış izin verilen risk kapsamındaysa, bundan da neticeyi önleme yükümlülüğü doğacağını savunan yazarlar bulunmaktadır. Bu düşünceye göre, izin verilen risk kişiye sadece riskli davranışta bulunma hakkını tanır; fakat üçüncü kişilere zarar verme hakkı vermez. Dolayısıyla sözgelimi trafik kurallarına uygun araç kullanırken dikkatsiz bir yayanın yola fırlaması sonucu ona çarpan sürücünün yaralıya neticeyi önleme yükümlülüğü çerçevesinde yardım etmesi gerekmektedir<sup>557</sup>. Öte yandan başka bir görüş, karayolu trafik kurallarına aykırı herhangi bir davranışta bulunmamış olmakla birlikte başkasının hatasından ötürü kazaya karışan araç sürücüsünün teminat yükümlülüğünün bulunmadığı, ancak bu kişinin 98. madde bağlamında sorumluluğunun gündeme geleceği yönündedir<sup>558</sup>. Burada konuyla bağlantısı olduğunu düşündüğümüz şu örneğe yer vermek gerekir: Kurallara uygun olarak otomobil kullanan A ile dikkatsiz bisiklet sürücüsü B çarpışır. Bisiklet sürücüsü yere düşer ve ağır yaralanır. Otomobil sürücüsü bunu görmesine karşın yoluna devam eder. Bisiklet sürücüsüne daha sonra başka bir sürücü çarpar ve ölür. Burada A'nın öngelen tehlikeli davranış sebebiyle Alman Ceza Kanununun terk ve taksirle öldürmeye ilişkin hükümleri bağlamında bir hukuksal yükümlülük yüklenemeyeceği ifade edilmektedir. Alman Ceza Kanunun 142 ve 323c maddesi uyarınca sorumluluk ise devam etmektedir<sup>559</sup>. Bu değerlendirme, 323c maddesinden doğan yükümlülüğün bir garantörlük durumunu oluşturduğunun kabul edilmediğini göstermektedir<sup>560</sup>. Aksi halde bu yükümlülük ihlali kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi veya taksirle öldürme suçu bakımından bir garantörsel yükümlülük oluşturacaktı. Benzer şekilde *Hakeri*, gerçek ihmali suçların tipikliğine dahil olan hareket yükümlülüğünden bir garantörlük durumu yaratılamayacağını savunmaktadır. Zira buradaki hukuki yükümlülük herkes için geçerlidir. Sözgelimi yardım ve bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunan kişinin bu yükümlülüğü yerine getirmemesi garantörlük doğurmayacaktır<sup>561</sup>. O halde bu görüşe göre

---

<sup>556</sup> Akyürek, "İhmali Suçlar", s. 153, 154.

<sup>557</sup> Bu görüş için bkz.: Maiwald, "İcrai ve İhmali Davranış", s. 168; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 261.

<sup>558</sup> Bu görüş için bkz.: Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", s. 317. Benzer şekilde Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 307.

<sup>559</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 47.

<sup>560</sup> Ayrıca bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 48.

<sup>561</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 107.

gerçek ihmali suçların kanundan kaynaklanan bir yükümlölük teşkil ettiğı ve dolayısıyla bu suçlarda öngörülen hareketin gerçekleştirilmemesi nedeniyle meydana gelen ve asıl olarak icrai hareketle gerçekleştirilebilen tipik netice bakımından, kanundan kaynaklanan bir garantörlük durumunun bulunduğı söylenemeyecektir.

Öte yandan *Heinrich*'e göre; öngelen tehlikeli davranış bağlamında şu olaylarda yükümlölüğe aykırılığı yok saymak sorunludur: A Kurallara uygun bisiklet kullanırken aniden karşısında çıkan araçtan kaçmak için yaya yoluna girip başka birine çarpar ve yardım etmeden uzaklaşır. Çarptığı kişi ölür. Öğretide hakim olan yükümlölüğe aykırılık teorisine göre burada garantörlük durumu reddedilmek durumundadır ve yalnızca 323c maddesi uyarınca bir sorumluluk söz konusu olabilir<sup>562</sup>. Halbuki bizce burada bir zorunluluk halinin varlığından söz etmek gerekir. Zorunluluk halinde aksi yöndeki görüşlerin varlığına rağmen, bu bağlamda Alman Ceza Kanununun düzenlemelerinden de bağımsız olarak, işlenen fiil hukuka aykırı olma vasfını devam ettirmektedir. Dolayısıyla bir yükümlölüğe aykırılığın var olmaya devam ettiğini ve fakat bu aykırılık sebebiyle kişinin kınanabilirliğinin etkilendiğini söylemek gerekir<sup>563</sup>. Somut olay bakımından yükümlölüğe aykırılık teorisi benimsendiğinde de A'nın çarpmaya rağmen yardım etmeden olay yerinden ayrılmasının Alman Ceza Kanunun 323c maddesi ve Türk Ceza Kanununun 98. Maddesi bağlamındaki sorumluluktan önce kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi bakımından esas alınabileceğı kabul edilmelidir.

Öngelen tehlikeli davranışın kendisi de önlenmesi gereken neticeyi gerçekleştirme kastı içeriyorsa o zaman artık ihmali suçtan dolayı değil, icrai suç sebebiyle ceza sorumluluğı söz konusu olacaktır. Sözgelimi fail öldürme kastı ile yaraladığı kişiye yardım etmez ve ölüm neticesi gerçekleşirse artık 83. Maddeden dolayı değil 81. Maddeden ötürü cezalandırılması gerekmektedir<sup>564</sup>.

Kasten öldürme suçunun faili gerçekleştirdiğı hareket sebebiyle tehlikeye maruz bıraktığı hukuki değeri koruma yükümlölüğü altında değildir. Dolayısıyla öldürme amacıyla

---

<sup>562</sup> Heinrich, *Genel Kısım II*, s. 55.

<sup>563</sup> Elif Bekar, "Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali", İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2011, s. 77. Zorunluluk halinin hukuki nitelendirmesi, bu bağlamda hukuka uygunluk nedeni ve/veya mazeret sebebi olarak kabulü hakkında farklı teoriler ve kapsamlı bir değerlendirme için bkz.: Zeynel Kangal, "Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğına Etkisi", İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, 2006, s. 22 vd.

<sup>564</sup> Akyürek, "İhmali Suçlar", s. 154, 155.

yaraladığı kişiye yardım etmeyen kişinin ayrıca 98. madde uyarınca sorumluluğu bulunmamaktadır<sup>565</sup>.

Öğretide koruma ve gözetim yükümlülükleri bağlamında ele alınan bir diğer garantörlük kaynağı da sıkı yaşam ilişkisi veya yakın toplumsal ilişki adıyla anılmaktadır<sup>566</sup>. Burada belirleyici olan faktör, karşılıklı olarak duyulan güvenin bir bağlılık ilişkisi yaratması, buna bağlı olarak, artan risklerin üstlenilmesi veya diğer güvenlik önlemlerinin alınmamasıdır. Evliliğe benzer birlikte yaşam, bakım ilişkileri ve risk birliktelikleri buna örnek olarak gösterilebilir<sup>567</sup>. Öte yandan arkadaşlıklarda, sevgi ilişkilerinde veya içki arkadaşlığı, mağdur toplulukları veya birlikte uyuşturucu madde satın alma veya bulundurma gibi yalın tesadüfi ilişkilerde ise bir dar birliktelik ilişkisinin bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>568</sup>.

Bu bağlamda ele alınabilecek olan ve giderek yaygın hale gelen bir görüşe göre, aile bağlarından kaynaklanan koruma ve gözetim yükümlülüğü kapsamında neticeyi önleme yükümlülüğü, sadece aile hukuku ilişkilerinden değil fiili ilişkilerden de doğabilmektedir<sup>569</sup>. Devam eden bir evlilikte eşlerden biri aile birliğinden artık yaşamamak amacıyla ayrılırsa bu durum eşler arasındaki neticeyi önleme yükümlülüğünün kalkmasına neden olur<sup>570</sup>. Doğal biçimde kurulan hayat arkadaşlığı ve benzeri sıkı şahsi hayat ilişkilerinden de neticeyi önleme yükümlülüğü doğmaktadır<sup>571</sup>. Hilgendorf/Valerius'a göre; çok yakın ve güvene dayalı dostluk ilişkisi içinde ya da aynı evde uzun zamandır aile gibi yaşamak durumu da neticeyi önleme yükümlülüğünü doğurabilir. Burada önemli olan aynı evde yaşamak değil, karşılıklı gözetme ve yardım iradesi ile güven unsurudur. Birlikte bir tehlikeye göğüs germek üzere bir araya gelmiş kişiler arasında da sıkı bir ilişkinin bulunduğu ve bu suretle neticeyi önleme

<sup>565</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 410.

<sup>566</sup> Garantör üçlüsü (*Garanten-Trias*) olarak bilinen garantörlük kaynaklarına ek olarak yakın kişisel yaşam ilişkisi de garantörlük kaynaklarından biridir. Dağcılık, riskli geziler gibi tehlikeli girişimlere birlikte göğüs germek için kurulan toplulukları buna örnek verebiliriz. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 472. Garantörlüğün son kaynağı özel bir güven ilişkisinin bulunmasıdır. Bu başlık altında Welzel, yaşam birlikteliği, tehlike birlikteliği ve taraflardan birinin diğerinin dürüstlüğüyle bağlı olduğu yakın iş ilişkileri için içtihat ile geliştirilen bilgi verme yükümlülüğünü ele almaktadır. Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 217, 218.

<sup>567</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 622.

<sup>568</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 31-33.

<sup>569</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 302.

<sup>570</sup> Köhl, **AT**, § 18, kn. 58; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 302.

<sup>571</sup> Wessels, Beulke, **AT**, kn. 719; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 302.

yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmektedir; ancak bu bir araya gelişin tesadüf veya kazaen olmaması gerekir<sup>572</sup>.

#### **ee. İhmali Hareketin İcrai Harekete Eşdeğerliği**

Gerçek olmayan ihmali suçlarda meydana gelen neticeden ihmali hareketin failinin sorumlu tutulabilmesi için bu ihmalin icraya eşdeğer olması gerektiğini yukarıda ifade etmiştik. Bu husus kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunu düzenleyen 83. maddede de açıkça ifade edilmiştir<sup>573</sup>.

Serbest hareketli suçlarda ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer sayılabilmesi için neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığı yeterli iken<sup>574</sup> bağlı hareketli suçlarda ek bir koşul olarak, ihmali hareketin haksızlık içeriğinin kanuni tipte gösterilen icrai harekete eşdeğerde olması gerekmektedir<sup>575</sup>. 83. madde serbest hareketli suçlara örnek oluşturmakta ve eşdeğerlik için belirli kaynaklardan doğan garantörlüğün bulunması gerektiğini de açıkça yeterli görmektedir<sup>576</sup>.

#### **d. Tipikliğin Manevi Unsurları**

Öğretide hakim görüş, ihmali suçlarda da icrai suçlardakiyle aynı yapıda olmasa da bir ihmal kastının varlığını kabul ederken<sup>577</sup>, ihmali suçlarda aktüel bir gailiğin bulunmadığı fikrini benimseyen amaçsal hareket teorisi savunucuları ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi bir kastın var olamayacağını savunmaktadır<sup>578</sup>. Bir görüşe göre, icrai suçlarda kasta ilişkin ilkeler ihmali suçlar için doğrudan uygulanamaz. Aksine, gerçekleştirme iradesiyle yüklenmiş pozitif hareketin eksik olduğu gerçeği karşısında bir uyumlama gerekmektedir. İhmali suçlarda bir

<sup>572</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 302, 303.

<sup>573</sup> Aynı koşulun Alman Ceza Kanununun 13. maddesine Gallas'ın etkisiyle dercedildiği hakkında: Maiwald, "İcrai ve İhmali Davranış", s. 169.

<sup>574</sup> Wessels, Beulke, **AT**, kn. 730.

<sup>575</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 411. Benzer şekilde: Maiwald, "İcrai ve İhmali Davranış", s. 170, 171. Alman hukukunda hakim görüşün eşdeğerlik şartının yalnızca bağlı hareketli suçlar bakımından önem taşıdığı yönünde olduğu hakkında: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 309.

<sup>576</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 411.

<sup>577</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 412

<sup>578</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 194.

yandan objektif tip ve kastın konusu farklı yapılandırılırken, diğer yandan kastın yapısı kısmen farklı belirlenmelidir<sup>579</sup>.

İhmali suçlarda kast, suçun maddi unsurlarını bilmekle birlikte hareketsiz kalmaya karar vermek şeklinde tanımlanmaktadır<sup>580</sup>. Bu maddi unsurların neler olduğunu ortaya koymak ihmali suçlarda kastın kapsamını belirlemek açısından önem arz eder. Gerçek ihmali suçlarda tipikliğin maddi unsurları, hareket etme hukuki yükümlülüğünü doğuran durum, emredilen hareketin yapılmaması ve kişisel hareket yeteneğinin bulunması iken gerçek olmayan ihmali suçlarda bunlara bir de netice unsuru ve objektif isnadiyeti bakımından onun kesinliğe yakın bir ihtimalle öngörülebilirliği ile bugün artık kabul gören anlayışa göre garantörlük durumu da maddi unsurlara eklenmektedir<sup>581</sup>. Gerçek olmayan ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğünü doğuran maddi durum, yani garantörlük durumu (*Garantenstellung*) suçun objektif tipikliğine dahil iken garantörsel yükümlülük (*Garantenpflicht*) objektif unsurlar dışındadır ve dolayısıyla kastın kapsamı dışındadır<sup>582</sup>. Bu husus suçun maddi unsurlarında hatanın kastı kaldırdığı düşünüldüğünde suçun oluşması bakımından oldukça önemlidir. Garantörlük durumunun varlığı konusunda düşülen hata kastı kaldıracak ve dolayısıyla suç oluşmayacaktır<sup>583</sup>. Buna karşın, garantörlük yükümlülüğü konusunda düşülen hata kusurluluk bahsini ilgilendiren bir mevzudur ve kaçınılmaz olduğu takdirde suç oluşacak ve fakat bu suçtan ötürü ceza sorumluluğu kalkacaktır<sup>584</sup>. Bir diğer anlatımla, garantörlük yükümlülüğü hukuka aykırılık alanına dahildir ve bu konudaki hata haksızlık bilincini etkiler. Bu bilincin yokluğu icrai suçlardaki yasak hatasının (*Verbotsirrtum*) ihmali suçlardaki karşılığı olarak emir hatasını (*Gebotsirrtum*) oluşturur<sup>585</sup>.

<sup>579</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 630.

<sup>580</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 237; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 18; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 412.

<sup>581</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 412, 413; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 631.

<sup>582</sup> Wessels, Beulke, **AT**, kn. 732; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 413.

<sup>583</sup> Sözelimi A, boğulmakta olan çocuğun kendi çocuğu olduğunu bilmez ve yardım etmezse kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu bakımından kastı kalkar. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 310.

<sup>584</sup> Alman Ceza Kanununun 17. Maddesinin ikinci cümlesi hatanın kaçınılabılır olması durumunda 49. Maddenin birinci fıkrası hükmüne atıfta bulunmakta ve bu suretle cezada indirim yapılması imkanı doğmaktadır. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 311. Bahsi geçen 17. Madde hükmünün Türkçe ifadesi şöyledir: “Fail, fiilin icrası sırasında haksızlık gerçekleştirme bilincine sahip değilse ve bu hatasından kaçınması da mümkün değilse, kusurlu hareket etmiş sayılmaz. Failin hatası kaçınılabılır bir hata ise, ceza 49 uncu maddenin birinci fıkrasına göre indirilebilir.” Bkz.: Feridun Yenisey, Gottfried Plagemann, **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı, İstanbul, Beta, 2015, s. 18.

<sup>585</sup> Wessels, Beulke, **AT**, kn. 732; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 413.

*Jescheck/Weigend*, taksir konusuyla ilgili olarak, kanunda düzenlenmeyen gerçek olmayan ihmali suçların, eşdeğer icrai suç taksire izin veriyorsa her zaman taksirle işlenebileceğini ifade etmektedir.<sup>586</sup> Prensip olarak ihmali suçlarda taksirin yapısı icrai suçlardakiyle aynıdır. Ancak bazı özel taksir olasılıkları bulunmaktadır<sup>587</sup>. Taksir, garantörlük durumunun varlığıyla ilgili de olabilir<sup>588</sup>.

İhmalin hareket yükümlülüğüne aykırılığı, taksirin ise dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlali gerektirmesi sebebiyle bu iki ceza hukuku kurumu sık sık birbiri ile karıştırılmaktadır. Halbuki ihmal hareketin bir şekli iken taksir manevi unsuru oluşturmaktadır. Buna rağmen, yükümlülük ve yükümlülüğe aykırılık kavramlarının ortaklığı sebebiyle zor ayırt edilebilmektedirler<sup>589</sup>. Taksir ve ihmal arasındaki ayrımın netleştirilmesi için Alman öğretisinde yeni bir yaklaşım ortaya atılmıştır: “Taksirli suçları düzenleyen normlar, en azından norm düzeyinde teorik olarak kişiden dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirmesini talep etmemektedir. Bu nedenle kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Burada bulunan yükümlülük, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmayı ihmal etme -dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmama-yükümlülüğüdür<sup>590</sup>. *Erbaş*, taksir-ihmal ayrımı meselesinin yükümlülüğün niteliği, neye hizmet ettiği ve nasıl ihlal edildiğinden hareketle çözülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Taksirde aykırı hareket etmek söz konusu iken ihmalde yerine getirmemek söz konusudur ve her ikisi aynı nitelikte davranış normunu ifade etmemektedir. İhmaldeki yükümlülük taksirdeki yükümlülüğünden daha fazlasını, daha yoğun ve başka yönde bir yükümlülüğü ifade etmekte, yükümlülük sahibi kişi hukuki değerin korunması bakımından garantör olmaktadır. İhmaldeki bu neticeyi önleme yükümlülüğü herkese yüklenmemiştir, istisnaen karşımıza çıkmaktadır<sup>591</sup>.

Bizce de taksir ve ihmal suç teorisi içinde farklı unsurlarla ilişkilidir ve bu iki kurumun kaynağını oluşturan davranış normları aynı değildir. İhmal hareket yükümlülüğüne aykırılık, bu bağlamda dikkat ve özen değerlendirmesinden bağımsız yalın bir faaliyetizliği ifade ederken, taksir hareket veya faaliyetizlik üzerine inşa edilmesi gereken bir dikkat ve özen

---

<sup>586</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 633.

<sup>587</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 633.

<sup>588</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 634.

<sup>589</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 433.

<sup>590</sup> Gropp, *AT*, s. 536; Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 435.

<sup>591</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 437, 438.



yükümlülüğüne aykırılık değerlendirmesini ifade etmektedir. Bu değerlendirme de manevi unsuru ilgilendirir. Bu itibarla, bir davranışın ihmal olup olmadığına ilişkin inceleme daha erken bir safhada gerçekleşmekte, taksir değerlendirmesi davranışın hareket bakımından gösterdiği nitelik üzerine inşa edilmektedir. İhmal ve taksir değerlendirmeleri arasındaki bu öncelik-sonralık ilişkisinden bağımsız olarak, yükümlülüklerin içeriği bakımından bir değerlendirme yapıldığında da ihmal ve taksirin her durumda örtüşen iki kavram olmadığı görülmektedir. Bizce de Alman öğretisinde savunulduğu üzere taksirde ihlal edilen davranış normu, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmanın ihmalidir. Bir diğer söyleyişle, beklenen, dikkat ve özene uygun davranış olmayıp dikkat ve özene aykırı davranmamaktır. İhmalde ise beklenen hareket etme yükümlülüğüdür. Bu perspektiften bakıldığında taksirli suçların yasak normuna aykırı nitelikte ve dolayısıyla mutlak surette icrai suçlar olduğu gibi bir anlam çıkabilir. Bu noktada başta bahsettiğimiz öncelik-sonralık ilişkisi ve değerlendirmelerin suçun farklı unsurlarıyla bağlantılı olduğuna dair açıklamalarımıza dönmek gerekir.

#### e. Hukuka Aykırılık Unsuru

İhmali suçlarda, icrai suçlardaki hukuka uygunluk nedenlerinin dışında, yükümlülüklerin çatışması (*rechtfertigende Pflichtenkollision*<sup>592</sup>) bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir<sup>593</sup>. Burada, aynı anda birden fazla hukuki yükümlülük altında bulunan kişinin bu yükümlülüklerden yalnızca birini yerine getirebilmesi durumu söz konusudur<sup>594</sup> ve yerine getiremediği diğer yükümlülükler bakımından bu çatışma bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmaktadır<sup>595</sup>. Kişinin eşdeğerdeki yükümlülüklerden birini, farklı değerdeki yükümlülüklerden yüksek değerde olanı yerine getirmesi halinde diğeri bakımından hareketsizliği bir haksızlık oluşturmayacaktır<sup>596</sup>. Bu derecelendirmede, tehlike altındaki

<sup>592</sup> Gerçek olmayan ihmali suçlarda kusur ve hukuka aykırılık alanlarında icrai suçlardan farklı bir nokta bulunmamaktadır. Ancak yükümlülükler çatışmasının bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu gözden kaçırmamak gerekir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 20. Burada bir beklenebilirlik (*Zumutbarkeit*) sorunun bulunmadığı ifade edilmektedir. Bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 634.

<sup>593</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 414; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 312; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 452.

<sup>594</sup> Burada üç ihtimal söz konusu olabilir: Bir hareket yükümlülüğü ile ihmal yükümlülüğünün çatışması, birden fazla hareket yükümlülüğünün çatışması veya birden fazla ihmal yükümlülüğünün çatışması. Bkz.: Zimmermann, **Rettungstötungen**, s. 120.

<sup>595</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 414. “Hukuk mümkün olmayı talep etmez” (*ultra posse nemo obligatur*) Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 312.

<sup>596</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 414; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 313. İçtima formülüne göre (*Konkurrenzregel*) yüksek değerdeki çıkarları korumaya yönelik hareket yükümlülüğü, daha düşük değerdeki çıkarları korumaya yönelik hareket yükümlülüğünü askıya alır. Bkz.: Zimmermann, **Rettungstötungen**, s. 139.

menfaatlerin değeri, tehlikenin yakınlığı ile meydana gelme olasılığı ve norm muhatabının hukuki konumu gibi ölçütler dikkate alınmaktadır<sup>597</sup>. Şayet fail daha aşağı değerdeki bir yükümlülüğü tercih etmişse duruma göre kusurluluğu bakımından bir değerlendirme yapılması mümkündür<sup>598</sup>.

#### f. İhmali Suçlarda Kusur

İcrai suçlarda kusurluluğa etki eden sebepler ihmali suçlarda da geçerliliğini devam ettirmektedir<sup>599</sup>. Buna karşın ihmali suçlarda kusur bahsinin iki noktada önem arz ettiğini ifade etmek mümkündür. Bunlardan ilki garantörlük yükümlülüğüne ilişkin emir hatası, ikincisi ise beklenebilirlik meselesidir.

Garantörlük durumu ve buna ilişkin şartlar objektif tipikliğe dahildir; ancak garantörsel yükümlülüğe dair hata emir hatası niteliğindedir<sup>600</sup>. Harekete geçme yükümlülüğü değil, yalnızca tipik durum gerçek ihmali suçun yapısına aittir. Aynı şekilde garantörsel yükümlülüğün kendisi değil, garantörlük durumu gerçek olmayan ihmali suçun yapısına aittir. Bu bağlamda yasak hatası ile emir hatasının aynı şekilde ele alınması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır<sup>601</sup>.

İhmalde bulunan onunla hukuki değer arasında bağlantı kuran yaşam ilişkisini biliyorsa bu durum objektif olarak neticeyi önleme yükümlülüğünü doğurur. Ancak garantörlük durumuna ilişkin bilgisine rağmen neticeyi önlemek yönünde bir yükümlülüğü olmadığını düşünüyorsa burada bir emir hatası bulunmaktadır<sup>602</sup>. Dolayısıyla ihmali suçlarda neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmadığını düşünen kişinin haksızlık bilincinin yokluğu sebebiyle emir hatası veya daha kapsayıcı bir terimle haksızlık yanlılığına düştüğünü söylemek gerekir.

<sup>597</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 313.

<sup>598</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 313. Yazarlar burada Alman Ceza Kanununun kusurluluğu kaldıran zorunluluk halini düzenleyen 35. Maddesi bağlamında norma uygun davranışın failden bekenememesi ve duruma göre, 17. Madde bağlamında yasak hatası bakımından bir değerlendirme yapmak gerektiğini ifade etmektedirler.

<sup>599</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 314; Gropp, **AT**, s. 504.

<sup>600</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 19.

<sup>601</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 636.

<sup>602</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 219.

Bu durumda somut olayın koşulları bu hatanın kaçınılmaz olduğunu gösteriyorsa kişinin kusuru bulunmayacak ve ceza sorumluluğu kalkacaktır<sup>603</sup>.

İhmali suçlarda kusur konusuna ilişkin özellik arz eden bir diğer husus beklenebilirlik meselesidir. Esasen beklenebilirliğin suç teorisi içerisindeki yeri konusunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüş onun haksızlığın bir unsuru olduğu yönünde iken<sup>604</sup> Alman öğretisi ve içtihadında hakim olan görüş beklenebilirliğin kusurun bir unsuru olduğu şeklindedir<sup>605</sup>. Neticeye engel olma hareketi beklenebilir olmalıdır. Kişinin yararlarına önemli biçimde zarar verecek olan hareketler ondan beklenemez<sup>606</sup>. Bu beklenebilirlik değerlendirmesi, harekete geçme yükümlülüğü altında olan kişinin kişisel durum ve yeteneklerine, tehlikenin ağırlığı ve yakınlığına ve korunan hukuki değerın önemine bakılarak yapılmalıdır<sup>607</sup>. Somut olayın şartları itibarıyla, sübjektif bir değerlendirmeyle kişiden o hareketi gerçekleştirmesi beklenemeyecek ise kusurlu addedilmesi de mümkün değildir<sup>608</sup>.

<sup>603</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 414, 415; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 452. İcrai suçlarda yasağın bulunduğuna dair hatanın yasak hatası olarak Alman Ceza Kanununun 17. Maddesi hükmüne tabi olması gibi, ihmali suçlarda da emredilmiş olmaya ilişkin hata emir hatası olarak kabul edilir ve aynı hüküm geçerlidir. Ancak garantörlük durumuna ilişkin koşullardaki bilgisizlik ayrı tutulmalıdır. Bu durumda tipikliğin unsurlarına ilişkin bir hata söz konusudur ve Alman Ceza Kanununun 16. maddesi uyarınca kastı ortadan kaldırır. Yasak hatası varsa 17. maddeye göre kaçınılmazlıkla ilgili özellikler geçerlidir. İhmali suçlarda ise kaçınılmazlık değerlendirmesinin kapsamı daha geniş olabilir. Zira özgürlükçü bir hukuk sisteminin üyeleri bir ihmalin temelde hukuka aykırı olmadığını varsayabilirler. İhmalin failinin ihmalin hukukiliğinden şüphe etmek için bir nedeni yoksa kimse ondan davranışının hukukiliğini özel olarak soruşturmasını bekleyemez. Bu değerlendirme için bkz.: Gropp, **AT**, s. 507.

<sup>604</sup> Heinrich'e göre, norma uygun davranışın beklenebilirliği, kusura etki eden bir neden olarak kabul edilse de tipikliğin objektif unsurları içinde ele alınmalıdır. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 21. *Türay*, beklenebilirliği yükümlülüğü yerine getirme imkanının bulunması imkanını ifade edecek şekilde ele almakta ve bu imkanın tipiklikle ilgili olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Türay, "İhmal Suretiyle İcra", s. 133, 134.

<sup>605</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 415. Ayrıca bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 314. *Welzel* de hareket etme yükümlülüğüne uygun davranmanın beklenebilirliğini kusur bahsinde ele almaktadır. Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 220. *Gropp*, Alman Ceza Kanunu md. 323c'de düzenlenen yardım yükümlülüğünün ihlali suçı bakımından davranışın beklenemezliğinin (*Unzumutbarkeit*) hakim görüşüne göre tipiklik sahasında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bunun gerekçesi, bir hareket fail için beklenebilir (*zumutbar*) değilse harekete geçme yönünde hukuki yükümlülüğün de doğmayacak olmasıdır. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 506.

<sup>606</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 415. Kişinin menfaati kurtarılabilecek menfaate göre daha büyük bir değere sahipse bu durumdan bahsedilir. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 314.

<sup>607</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 415; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 450.

<sup>608</sup> Özgenç, "İhmali Suç Teorisi", s. 320.

#### IV. İHMALİ SUÇLARIN BAZI CEZA HUKUKU KAVRAMLARIYLA İLİŞKİSİ

##### A. Özgü Suç ve Yükümlülük Suçu Kavramları ve Aralarındaki İlişki

Öğretide özgü suça ilişkin asgari müstereklerde buluşabilmekle birlikte farklılık arz eden birçok tanım yapılmaktadır. Bu farklılık, özgü suçta sınırlandırmanın kaynağı ile bağlantılı olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim Türk doktrininde de ağırlıklı olarak savunulan görüş, faili ve fail alanında yapılan bir sınırlandırmayı esas alarak özgü suçu tanımlamakta iken özgü yükümlülük, özgü norm, özgü hukuki değer, özgü suç tipi, özgü haksızlık tipi esas alınarak yapılan tanımlamalar da bulunmaktadır<sup>609</sup>. Bu bağlamda genel kabul gören yaklaşıma göre fail alanına göre suçlar genel suçlar, özgü suçlar ve bizzat işlenebilen suçlar olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır<sup>610</sup>.

Öğretide failin sahip olması gereken özellikleri “ön şart” başlığı altında ele alan yazarlar da bulunmaktadır. *Alacakaptan*’a göre; suçun kurucu unsurlarını genel unsurlar ve özel unsurlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bunlardan genel unsurlar, bütün suçlarda vardır, özel unsurlar ise suçtan suça değişmekte ve her suçta farklı bir şekilde belirlemektedir<sup>611</sup>. Bir kısım yazarlar suçun kurucu unsurları ve ön şartları şeklinde bir ayırım yapmaktadır. Buna göre, suçun unsurlarından bağımsız olan ön şartlar suç teşkil eden hareketin dışında değerlendirilmelidir, denir. Bu şartlar, suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesinden önce var olan şartlardır ve bu nedenle kurucu unsurlardan bağımsız oldukları kabul edilir. Örneğin zimmet suçunda failin kamu görevlisi olması bir ön şarttır. *Alacakaptan*’a göre, ön şart adı verilen ve fakat kurucu unsurlardan ayrı bir varlığı bulunmayan bu şartların suçun kurucu özel unsurları olarak nitelendirilmesi gerekmektedir<sup>612</sup>.

<sup>609</sup> Özgü suç için yapılan farklı tanımlamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Tülay Kitapçıoğlu Yüksel, **Özgü Suç**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 25-56.

<sup>610</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 266; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 371; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 115; Heinrich, **Genel Kısım I**, s. 97. *Öztürk/Erdem* tarafından, fail bakımından suçlar genel suçlar ve belirli hukuksal, doğal veya fiili niteliğe sahip kişilerce işlenebilen suçlar olarak sınıflandırılmaktadır. İkinci grup suçlar da kendi içinde özgü (mahsus) suç, bizzat işlenebilen suç ve yükümlülük suçu olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır. Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 199.

<sup>611</sup> Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 5.

<sup>612</sup> Alacakaptan, **Suçun Unsurları**, s. 6. *Kunter*’e göre; ön şartlar suçun kurucu unsurlarından farklıdır, zira hareketin gerçekleştirilmesinden önce mevcut olmaları gerekir. *Kunter* suçun ve fiilin ön şartı kavramını kabul

*Kitapçıoğlu-Yüksel*, özgü suçu, “suçun kanuni tanımında failin herhangi bir kişi olarak öngörülmediği, haksızlığın özel olarak belirlendiği ve tipik hale getirildiği, ceza tehdidinin ve cezalandırılabilirliğin özel olarak kararlaştırıldığı ve buna tipiklikte yer verildiği, failin belirli bir yükümlülüğünün (özel yükümlülük) ya da özelliğinin (özel nitelik, durum, ilişki) öngörüldüğü, bu yöntemlerle faillik alanının sınırlandırıldığı suçlar” olarak tanımlamaktadır<sup>613</sup>.

Özgü suça ilişkin olarak yapılan tanımlamadan iki sonucun çıktığı ifade edilmektedir. Bunlardan ilki, kanun koyucu tarafından tipiklik kapsamında yer alan özneye bir yetki ihdas edilmiş olmasından ötürü, bu yetkiyi haiz olmadığı halde tipiklik kapsamındaki hareketi gerçekleştiren kişinin korunan hukuki değeri doğrudan değil, dolaylı olarak ihlal ediyor olmasıdır. İkinci sonuç faillik alanındaki sınırlandırmada ancak objektif kişisel unsurların kullanılabilir olması, amaç, töre, saik gibi sübjektif nitelikteki unsurların genel suç-özgü suç ayırımında bir anlam ifade etmemesidir<sup>614</sup>.

Kural olarak suçlar hareket yeteneğine sahip olan herkes tarafından işlenebilmekte, bu husus suç tanımlarındaki “her kim”, “kimse”, “kişi” ifadelerinden anlaşılmaktadır. Herkes tarafından işlenebilen bu suçlar genel suç olarak adlandırılmaktadır. Buna karşın, suçun kanuni tanımında özel bir yükümlülük altında bulunan ve belli bir özelliğe sahip olan kişilerce

---

etmediğini dile getirmekte ve ön şart diye adlandırılan hususlar suçun mevcudiyeti için şartsa zaten bunları suçun unsuru olarak kabul etmek gerektiğini ifade etmektedir. Fail, mağdur, konu ve araç ile ilgili özellikler hareket unsurunun incelenmesi sırasında ele alınmalıdır. Bkz.: Kunter, **Suçun Maddi Unsurları**, s. 70-74. Erem belli sıfatlı kişilerin işleyebilecekleri suçlarda bu sıfatın ön şartı oluşturduğunu ifade etmektedir. Bu önşart bulunmuyorsa suçun vasfı değişir veya fiil suç olmaktan çıkar. Bkz.: Erem, **Ümanist Doktrin**, C. I, s. 312. Öte yandan Öte yandan *Dönmezer/Erman*, fail ve mağduru, “suçlu ve mağdur” şeklindeki ayrı bir üst başlık altında, suçun unsurlarından ayrı olarak ele almışlardır. Yazarlara göre, suçlunun belirli sıfat veya nitelikleri suçun unsurunu oluşturabileceği gibi bazı hallerde bir hukuka uygunluk nedeninin veya ağırlaştırıcı veya hafifletici sebebin uygulanıp uygulanamayacağını da gösterir ve bu nedenle önem taşımaktadır. Yazarlar, suçun işlenebilmesi için failin belli birtakım sıfatları taşımasının arandığı suçları özgü suç (mahsus suç) olarak değerlendirmekte, suçları bu bakımdan genel suçlar ve özgü suçlar olmak üzere iki gruba ayırmaktadır. Özgü suçlar herkes tarafından işlenemez ve failin belli bir sıfat veya niteliğinin olması suçun unsuru veya ön şartıdır. Failde bulunması gereken bu sıfat ve nitelikler doğal ve hukuki olmak üzere ikiye ayrılır. Doğal niteliklere örnek olarak cinsiyet ve belirli bir meslek veya sanatı icra etmek verilebilir. Hukuki nitelikler ise kamu hukukundan veya özel hukuktan doğabilir. Bu bağlamda kamu görevlisi sıfatı kamu hukukundan doğan bir nitelik iken aile ilişkileri özel hukuktan doğan nitelikler kısmında zikredilebilir. Bunun dışında belirli bir fiili durumda bulunma da özgü suçu gündeme getirebilir. TCK’nın 97. Maddesinde düzenlenen terk suçu bakımından durum böyledir. Bu suç, bir kimseyi yaşı veya hastalığı dolayısıyla terk eden kişi tarafından işlenebilir. Yazarlar, failin belirli niteliklere sahip olmasının suçun ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenleri olarak düzenlendiği durumlarda özgü suçun dışında bir durumun bulunduğunu ifade etmektedirler. Bkz.: Dönmezer, Erman, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku II**, s. 691 vd. ve 723-725.

<sup>613</sup> Kitapçıoğlu-Yüksel, **Özgü Suç**, s. 69.

<sup>614</sup> Muhammed Demirel, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 121, 122.

işlenebileceği öngörülmüş olan suçlar özgü (mahsus) suç olarak adlandırılır<sup>615</sup>. Özgü suçlarda failin insan olma dışında birtakım objektif ve özel niteliklere de sahip olması gerekmektedir<sup>616</sup> ve burada hukuka aykırılık değerlendirmesinin olgusal temelini oluşturan, failin kendisi değil, suçun belirli özelliklere sahip biri tarafından işlenmiş olmasıdır<sup>617</sup>. Özgü suçlar kendi için genel olarak iki gruba ayrılmaktadır: Gerçek özgü suçlar (*echten Sonderdelikten*) ve görünüşte özgü suçlar (*unechten Sonderdelikten*). Gerçek özgü suçlar, suçun temel şeklinin gerçekleşmesi bakımından failin belirli özelliklere sahip olmasının arandığı suçlar iken<sup>618</sup> görünüşte özgü suçlar, suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebildiği ve fakat nitelikli halinin ancak kanunda belirtilen özelliklere sahip kişilerce işlenebildiği suçlardır<sup>619</sup>. Dolayısıyla özgü suçlar, failin özel konumunun cezai sorumluluğunun tesis edilmesinde mi yoksa artırılmasında mı etkili olduğuna göre gerçek ve gerçek olmayan özgü suçlar olarak iki gruba ayrılır<sup>620</sup>.

Asıl olarak Alman öğretisinde geliştirilmiş olan yükümlülük suçu kavramının ise Türk ceza hukuku öğretisinde de kullanıldığı ve genel itibarıyla, failin ceza hukuku dışındaki bir hukuk disiplininin doğan özel bir yükümlülüğe tabi kılındığı suçlar şeklinde tanımlandığı görülmektedir<sup>621</sup>. Özgenç, suçun maddi unsurlarından biri olarak ele aldığı fail başlığı altında özgü suç kavramına ilişkin açıklamalara yer verdikten sonra<sup>622</sup> ancak özel bir yükümlülük altındaki kişilerin fail olabileceği suçlara yükümlülük suçu da denildiğini belirtmektedir<sup>623</sup>. Dolayısıyla bu görüş uyarınca yükümlülük suçu ve özgü suç birbiri yerine kullanılabilir

---

<sup>615</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 115. *Centel/Zafer/Çakmut*, suçun unsurları ve bu bağlamda maddi unsurlar başlığı altında fail kavramına ayrıca yer vermemiş, bunun yerine failliği suça iştirak bölümünde ele almayı tercih etmiştir. Yazarlar özgü suçu, yine iştirak bahsi ile bağlantılı olarak ele almış ve “belli nitelikleri taşıyan faillerin işleyebileceği suç” olarak tanımlamışlardır. Bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 498 vd. ve s. 511.

<sup>616</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 371; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 212.

<sup>617</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 63, 64.

<sup>618</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 371.

<sup>619</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 372; Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 212; Jescheck, Weigend, **AT**, s. 266; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 115. *Öztürk/Erdem*, görünüşte özgü suçu, “faildeki kişisel nitelik yüzünden yalnızca korunan hukuksal yararın değişmesini sonuçlayan özgü suçlar” olarak tanımlamaktadırlar. Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 199.

<sup>620</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 64. Gerçek özgü suçlarda fail özelliği cezanın tesis edilmesini sağlarken, gerçek olmayan özgü suçlarda cezayı ağırlaştırıcı bir etkiye sahiptir. Bkz.: Jyh-Huei Chen, **Das Garantensonderdelikt: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte**, Berlin, Duncker&Humblot, 2006, s. 228.

<sup>621</sup> Kitapçıoğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 89.

<sup>622</sup> Özgenç, **Genel Hükümler**, 211-213.

<sup>623</sup> Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 212.

kavramlardır<sup>624</sup>. *Roxin/Greco* da özgü suçta özel bir yükümlülük durumunun olduğunu, bu nedenle yükümlülük suçu kavramının tercih edilmesinin daha yerinde olacağını savunmaktadır<sup>625</sup>. *Kitapçioğlu-Yüksel* ise, özgü suç ve yükümlülük suçunun aynı içeriğe sahip olduğuna dair görüşe katılmadığını, her yükümlülük suçu özgü suç iken her özgü suçun yükümlülük suçu olmadığını ifade etmektedir. Yazara göre, her özgü suçta özel bir yükümlülük öngörülmüş olması şart değildir, aksine fail için özel bir nitelik, koşul, durum yahut ilişki de aranmış olabilir. Bunun ihmal edilerek özgü suç ve yükümlülük suçunun birbirinin karşılığı olarak kullanılması gerek içerik gerekse de Alman ve Türk ceza kanunlarının düzenlemeleri ile uyumlu değildir<sup>626</sup>. *Kitapçioğlu-Yüksel*, suç grupları ve suçun görünüm şekillerinin birbirinden ayrılması gerektiğini ifade etmekte ve özgü suç bir suç grubuyken yükümlülük suçunun özgü suç içinde yer alan bir görünüm şekli olduğunu savunmaktadır<sup>627</sup>.

Bizce, özgü suç ve yükümlülük suçu ilişkisinin bir eşdeğerlik ilişkisi olarak kabulü mümkündür. Esasen meselenin izahı yükümlülük kavramına verilecek anlam üzerinden yapılmalıdır. Ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren diğer kanunlarda düzenlenen tüm suç tiplerinin temelde bir yükümlülük ihlaline dayandığını kabul edecek olursak, yükümlülük suçları şeklinde ayrı bir kategori oluşturmanın gerekli olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. Ancak bu soruya verilecek olan yanıt, yükümlülüğün kaynağı ile bağlantılıdır. Zira yükümlülük suçlarının kaynağını oluşturan yükümlülükler, aslında ceza hukukundan önce var olan ve ilk kez ceza hukuku sahasına girmekle varlık kazanmayan maddi olgularla ilgilidir<sup>628</sup>. Dolayısıyla yükümlülük suçlarının kaynağını ceza hukuku dışında bir alandan doğan yükümlülükler olarak ifade etmek bizce de yerindedir<sup>629</sup>. Bu durumda suçların kanuni tanımlarına bakılarak ihlali suç olarak düzenlenen yükümlülüğün ceza hukuku alanı dışından doğduğu tespit edildiğinde ilgili suçun bir yükümlülük suçu olduğunu, ceza kanunu ile öngörülen bir yükümlülük ihlalinin suç teşkil ettiği durumlarda bu suçun genel bir suç olduğunu

<sup>624</sup> Yükümlülük suçu ve özgü suçun birbirinin aynısı olduğu ve özgü suçlarda özel faillik niteliğinin kendisinin özel yükümlülüğü meydana getirdiği yönünde bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 122. *Demirel* eserinde gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayırımına denk düşecek şekilde sırf yükümlülük suçları-görünüşte yükümlülük suçları ayırımını yapmaktadır. Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 117, 118.

<sup>625</sup> Roxin, Greco, **AT I**, s. 439.

<sup>626</sup> Kitapçioğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 107.

<sup>627</sup> Kitapçioğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 20, 21.

<sup>628</sup> Bunlar, mantıksal olarak ceza normundan önce gelen ve genellikle hukukun diğer alanlarından kaynaklanan yükümlülüklerdir. Bkz.: Claus Roxin, **Täterschaft und Tatherrschaft**, Zweite Auflage, Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1967, s. 354.

<sup>629</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 156.

kabul etmek gerekmektedir. Çalışma konumuz itibarıyla bir sınırlama ile ihmali suçlar alanından örneklandırma yapmak gerekirse, TCK'nın yardım ve bildirim yükümlülüğünü düzenleyen 98. Maddesi metnine bakıldığında *“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”* kişinin bu suçu işlemiş olacağı görülmektedir. Anılan hallerde yardım ve bildirim yükümlülüğü bizatihi Ceza Kanunu tarafından öngörülmüş olup bu nedenle 98. Maddede yer alan suç bir yükümlülük suçu olarak nitelendirilemeyecektir. Buna karşın verileri yok etme suçuyla ilişkin 138. madde *“kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir”* hükmünü içermekte ve anlaşıldığı üzere verileri yok etme yükümlülüğü başkaca kanunlardan, dolayısıyla ceza hukuku dışından doğmakta ve fakat bu yükümlülüğe riayet edilmemesi ceza kanunu ile yaptırıma tabi tutulmaktadır. O halde bu suç bir yükümlülük suçu niteliği göstermektedir. Görüldüğü üzere her ikisi de birer gerçek ihmali suç olan bu iki suçtan biri yükümlülük suçu iken diğeri yükümlülük suçu olarak nitelendirilememektedir. Öte yandan gerçek olmayan ihmali suçlar, bu suçlarda garantörlüğün kaynağı ceza hukuku sahası dışında olduğundan, daima birer yükümlülük suçu özelliği göstermektedir.

Yükümlülük suçları şeklinde bir kategorinin yaratılabileceğini kabul ettikten sonra bunların özgü suçlarla ilişkisini değerlendirmek gerekir. Özgü suçlar için genel olarak kabul edilen yaklaşım esas alındığında, bu suçlarda faillik alanına ilişkin failin niteliği, içinde bulunduğu durum veya söz konusu ilişkiler üzerinden yapılan sınırlandırmalar yükümlülük kavramının bu sınır içinde bir yer teşkil edip etmediği sorusunu doğuracaktır. Ceza hukuku alanı dışından yükselmiş olan bir yükümlülük kuşkusuz her zaman fail için bir özel durum teşkil edecektir. O halde yükümlülük suçları ve özgü suçların bu alanda kesiştiklerini kabul etmek mümkündür. Bu durumda iki ihtimal gündeme gelecek, ya yükümlülük suçları özgü suçun bir görünüm şekli olarak kabul edilecek ya da yükümlülük suçu ve özgü suç içerik itibarıyla aynı iki kavramı ifade edecektir. Özgü suçun varlığından bahsedebilmek için suç tipinde bulunması gereken nitelik, durum ve ilişki de ceza hukukuna öngelen, ondan önce mevcut olan ve ilk kez bu hukukun sahasına girmekle varlık kazanmayan olgular olup özgü suçun genel suçlardan farklı olarak taşınması gereken bu nitelikler herkese yönelmiş yükümlülükleri özgü suç



münhasır kılacak şekilde özelleştirmiştir. Bu itibarla, yükümlülük suçu ve özgü suçun aynı yükümlülük kaynağından doğduğunu ve içerik itibarıyla özdeş olduğunu söylemek bizce de mümkündür. Yukarıda yer verilen ve yükümlülük suçu olup olmadığı değerlendirilen suçların özgü suç niteliğinin sorgulanması da vardığımız kanaatin isabetinin doğrulanmasına yardımcı olacaktır. Bu suçlardan biri olan 98. Madde hükmü herkese yönelmiş bir yükümlülüğü ihtiva ettiğinden özgü suç niteliği bulunmamaktadır. 138. maddede tanımlanan verileri yok etmeme suçu ise ancak ilgili kanunlarda böyle bir yükümlülük altında oldukları öngörülen kişileri ilgilendirdiğinden bu suç özgü suç niteliği göstermektedir. Böylelikle her yükümlülük suçunun, yükümlülüğün kaynağı itibarıyla bir özgü suç olarak nitelendirilebileceğini söylemek mümkün olmaktadır. Fakat burada her iki kavramı ifade edecek şekilde özgü suç teriminin kullanılması gerektiğini düşünmekteyiz<sup>630</sup>. Yükümlülüğün kaynağı bakımından en baştan itibaren yaptığımız ayırım ve özgüleme bizi bu tercihe yönlendirmektedir. Buna ilaveten, normatif metinlerle uyumlu olan da özgü suç teriminin kullanılmasıdır.

## B. İhmali Suç ve Özgü Suç (Yükümlülük Suçu) İlişkisi

Ceza hukuku alanı dışından doğan bir yükümlülüğün ihlali olarak tanımlanan ve özgü suç yerine kullanılabilir bir kavramı ifade eden yükümlülük suçlarının, ihmal veya icra ile gerçekleştirilmesi arasında bir farkın bulunmadığı dile getirilmiştir. Roxin buna örnek olarak mahkumların serbest bırakılmasını göstermektedir. Buna göre, gardiyanın kilidi açması ile kapıyı kasten kilitlememesi aynı manaya gelmektedir<sup>631</sup>.

Öğretide tüm gerçek olmayan ihmali suçların gerçek özgü suç niteliğinde olduğu, zira failin garantörlük durumunun suçun temelini oluşturduğu ifade edilmektedir<sup>632</sup>.

İhmali suçlar ile özgü suçlar arasındaki ilişki incelenirken ihmali suçların türleri arasındaki ayırımın dikkate alınması gerektiğini düşünüyoruz. Zira gerçek ihmali suçlar ve

<sup>630</sup> “Özgü suç” ve “yükümlülük suçu” kavramlarının birbiri yerine kullanılmasında bir sakınca görmeyen, ancak failiğin tespiti bakımından yükümlülük kavramının fiil hakimiyeti ölçütü için gösterdiği önem sebebiyle “yükümlülük suçları” tabirini benimseyen görüş için bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 126.

<sup>631</sup> Javier Sánchez Vera, **Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen**, Berlin, Duncker&Humblot, 1999, s. 38.

<sup>632</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 64. Aynı yönde bkz.: Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 115; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 372. İcrai suçlardan ve gerçek ihmali suçlardan farklı olarak gerçek olmayan ihmali suçların özgü suç niteliğinde olduğu ve ancak garantör sıfatını haiz kimselerce işlenebileceği yönünde bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 446.

gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından söz konusu olan yükümlülük ihlali içerik itibarıyla aynı değildir. Gerçek ihmali suçlarda, herkese yönelmiş bir emir ve harekete geçme yükümlülüğü söz konusu olabilir iken gerçek olmayan ihmali suçlarda bu yükümlülük salt belirli kaynaklardan doğmakta ve bu kaynaklarla belirli bir ilişki içinde olan kimseleri muhatap almaktadır. Bu nedenle gerçek olmayan ihmali suçların ise daima birer gerçek özgü suç olduğu fikrini benimsemekteyiz. Dolayısıyla gerçek olmayan ihmali suçlar özgü suç ile aynı içeriğe sahip olduğunu kabul ettiğimiz yükümlülük suçlarının da örneğini oluşturmaktadır. Bu belirlemeler suç teorisinin birçok konusunu yakından ilgilendirdiği gibi çalışmamızın temel problematiği olan ihmali suçlarda iştirak mevzuu ile de çok yakından ilgilidir. Nitekim çalışmamızın ikinci bölümünde ele alınacak olan faillik ve şeriklik ayrımı, gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından, özgü suç ve yükümlülük suçuna ilişkin kabuller de dikkate alınarak yapılmak durumundadır. Aynı şekilde, çalışmamızın üçüncü bölümünde gerçek olmayan ihmali suçlarda iştirak statüleri ele alınırken özgü suç ve yükümlülük suçlarında özellik arz eden meseleler de dikkate alınmak durumundadır.

### C. Bizzat İşlenebilen Suç Kavramı ve İhmali Suçlarla İlişkisi

Bizzat işlenebilen suç kavramını, faillik alanına göre suçlar sınıflandırmasında, özgü suçun dışında bir suç grubu olarak kabul eden görüşlere Alman ve Türk öğretisinde sıklıkla rastlanmaktadır<sup>633</sup>. Öğreti tarafından geliştirilmiş, kanunlarda tanımlanmayan bu kavram, genel olarak, kanuni tipte yer alan hareketin failin kendi bedensel davranışı ile gerçekleştirilmesi gereken suçlar şeklinde tarif edilmektedir<sup>634</sup>. Bizzat işlenebilen suçlar söz konusu olduğunda unsurları fiziksel olarak veya en azından kişisel olarak gerçekleştirilecek bir hareket bulunmaktadır. Bu unsurlar ancak failin kendisi tarafından bizzat gerçekleştirilirse hareketin haksızlığı sağlanmaktadır<sup>635</sup>.

Fail bakımından yapılan sınıflandırmada suç gruplarından birini teşkil eden bizzat işlenebilen suçların, aynı zamanda, gerçek özgü suçların özel bir şeklini oluşturduğu ifade

<sup>633</sup> Kitapçioğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 107. Bu yöndeki gruplandırma için bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 266; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 370 vd. ; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 115; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 199; Heinrich, **Genel Kısım I**, s. 97; Gropp, **AT**, s. 128. Roxin'e göre, ne fiil hakimiyeti ne de yükümlülük kavramı kapsamına sığabilen bu suç grubu bağımsız kriterlere göre değerlendirilmelidir. Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 399.

<sup>634</sup> Kitapçioğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 108, 109.

<sup>635</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 266.

edilmektedir<sup>636</sup>. Zira bu suçların kanuni tanımında, hareketin özel bir yükümlülük altında olan kişi tarafından bizzat icrası aranmaktadır. Bunun nedeni, suçun hareket bakımından ifade ettiği özel değersizliğin ancak bu şekilde gerçekleşecek olmasıdır<sup>637</sup>. Bu suçlarda davranışla ilgili olumsuz değer yargısı (*Verhaltensunwert*) failin fiili bizzat işlemesi ile gerçekleşmektedir<sup>638</sup>. Bu nedenle, suçun kanuni tanımında düzenlenen tipik hareketi bizzat gerçekleştirmeyen kişi suçun faili, müsterek faili veya dolaylı faili olamayacaktır. İştirak katkıları faillik düzeyinde olsa dahi bu kimseler ancak şerik olarak sorumlu tutulabileceklerdir<sup>639</sup>. *Heinrich*’e göre; bizzat işlenebilen suçlarda belirleyici olan husus, haksızlık unsurunun korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesiyle bağlantısından ziyade, failin davranışının teşkil ettiği özel kınanabilirlik durumudur. Bu suçlar bakımından, varlığı gerekli olan özel süje niteliği bulunmadığında faillik durumu da söz konusu olamayacaktır<sup>640</sup>.

Bizzat işlenebilen suçlara üç gruba ayrılmak suretiyle Alman Ceza Kanununda birçok örnek sunulmaktadır. Bu bağlamda ilk olarak failin kendi bedensel katılımıyla gerçekleştirilen fiiller örnek gösterilmektedir: Kendini bilemeyecek derecede sarhoşluk (prg 323a, *Vollrausch*), izinsiz olarak kaza yerinden ayrılma (prg 142, *das unerlaubte Sichentfernen vom Unfallort*), akrabalar arasındaki cinsel ilişki (prg 173, *Beischlaf zwischen Verwandten*). Bizzat işlenebilen suçların ikinci grubu olarak, bedensel değil kişisel eylem gerektiren suç tipleri gösterilmektedir. Örneğin birden çok evlilik (prg 172, *Doppelehe*), hukuku kasten ihlal ederek yapılan uygulama (prg 339, *Rechtsbeugung*), hakaret (prg 185, *Beleidigung*). Üçüncü grup ise usul hukukunun kişinin kendi şahsında eylem olarak öngördüğü tanıklık suçlarıdır. Örneğin; yemin etmeksizin yapılan tanıklık (prg 153, *Falsche uneidliche Aussage*), yalan yere yemin (prg 154, *Meineid*)<sup>641</sup>. Bizzat işlenebilen suçlara örnek olarak Alman Ceza Kanununun 153. maddesindeki yalan beyanda bulunma suçu ile 316. maddesindeki sarhoş ve uyuşturucu madde etkisi altında araç

<sup>636</sup> *Demirel*’e göre; bizzat işlenebilen suçların da yükümlülük suçu olarak nitelendirilmesi bazı hallerde mümkün olabilir; ancak bu her durumda geçerli değildir. Sözgelimi trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçunun yükümlülük suçu olduğu söylenemeyecektir. Bu suç herkes tarafından işlenebilir bir suçtur ve getirilen yükümlülük ceza normlarından kaynaklanan genel bir yükümlülüktür. Benzer değerlendirmeler yalan tanıklık suçu bakımından da yapılabilir. Bkz.: *Demirel, Bağlılık Kuralı*, s. 155.

<sup>637</sup> Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 116. Bu suçlar özgü suçlardır; ancak tipik hareketi gerçekleştiren kişi olarak failin belirli bir gruba sınırlandırılmamış olması nedeniyle özgü suçtan ayrılırlar. Bu değerlendirme için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Genel Hükümler*, s. 373.

<sup>638</sup> Hilgendorf, Valerius, *Genel Kısım*, s. 51.

<sup>639</sup> Koca, Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 116.

<sup>640</sup> Heinrich, *Genel Kısım I*, s. 99.

<sup>641</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 267. Suç tiplerinin Türkçe karşılıkları için bkz.: Yenisey, Plagemann, *StGB*.

kullanma suçu gösterilebilir<sup>642</sup>. Türk Ceza Kanunu bakımından ise yalan tanıklık (md. 272), yalan yere yemin (md. 275), gerçeğe aykırı bilirkişilik veya tercümanlık (md. 276) örnek gösterilebilir<sup>643</sup>.

Bizzat işlenebilen suçlar öğretilerde genellikle bir suç grubu olarak kabul edilse de hangi suçların bizzat işlenebilen suçlardan olduğu, bu konudaki esas kriterin ne olacağı ve bizzat işlenebilen suçlara ait alt grupların neler olduğu hususları tartışmalıdır<sup>644</sup>. Bu suçları açıklamak için Alman hukukunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Bunlardan yaygın olarak savunulan lafız teorisine (*Wortlauttheorie*) göre, bir suça ilişkin kanun lafzı, o suçun dışarıdan biri tarafından - dahli ne kadar yoğun olursa olsun- işlenemeyeceğini gösteriyorsa bizzat işlenebilen bir suç söz konusudur<sup>645</sup>. Bir diğer teori olan bedeni hareket teorisi (*Körperbewegungstheorie*) bizzat işlenebilen suçları açıklamak için sırf hareket suçları ile neticeli suçlar arasındaki ayrıma odaklanmaktadır. Buna göre, suçun işlenmesi belirli bir neticenin gerçekleşmesine bağlı ise genel faillik kavramı geçerlidir<sup>646</sup>. Bizzat işlenebilen suçları açıklayan teorilerden bedeni hareket teorisinin, bazı suçlar bakımından haksızlığın hareketin icra ediliş şekli üzerinde yoğunlaştığını kabul etmekle isabetli bir tutum gösterdiği savunulmuştur<sup>647</sup>. Bununla birlikte, haksızlık muhtevasının hareketin icra ediliş şekli ve niteliğinde yoğunlaşmasını kabul etmenin hareketin bizzat işlenmesi gerektiği, dolaylı olarak gerçekleştirilemeyeceği görüşünü haklı çıkarmayacağı da ilave edilmektedir<sup>648</sup>. Bizzat işlenebilen suçları açıklamak için geliştirilmiş teorilerden bir diğeri yoğunluk teorisidir (*Intensitätstheorie*). Bu teori savunucuları kanunun gerektirdiği *yoğun hukuka aykırı iradeyi* bizzat gösterme kriterini esas almaktadır<sup>649</sup>. Roxin tarafından geliştirilen yöntemde ise bizzat işlenebilen suçlar hukuki değer ihlalinin bağımsız davranışa bağlı suçlar (*Verhaltensgebundene Delikte ohne Rechtsgüterverletzung*), fail ceza

<sup>642</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 51, 52.

<sup>643</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 116.

<sup>644</sup> Kitapçıoğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 113. Sözelimi Demirel, icbar suretiyle irtikap suçunu bizzat işlenebilen suç olarak nitelendirmektedir. Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 155. Ancak aynı yükümlülük altında olan birden fazla kamu görevlisinin birlikte suç işleme kararına istinaden icbar kullanmak suretiyle yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi pek tabii mümkündür. Bu nedenle bu suçun bizzat işlenebilen suç olarak nitelendirilmesini isabetli bulmuyoruz.

<sup>645</sup> Roxin, **TuT**, s. 402.

<sup>646</sup> Roxin, **TuT**, s. 405.

<sup>647</sup> Bkz.: İzzet Özgenç, **Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik**, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996, s. 174.

<sup>648</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 174.

<sup>649</sup> Roxin, **TuT**, s. 409.

hukuku suçları (*täterschaftliche Delikte*)<sup>650</sup> ve şahsi yükümlülük suçları (*Höchstpersönliche Pflichtdelikte*)<sup>651</sup> olmak üzere üç grupta incelenmektedir. Bizzat işlenebilen suçların en çok rastlanan grubu olan şahsi yükümlülük suçları, Roxin tarafından yükümlülükle bağlantıları bağlamında gerçek olmayan bizzat işlenebilen suç olarak nitelendirilmekte ve yükümlülük suçları başlığı altında ele alınmaktadır<sup>652</sup>. Bu suçlar bakımından da belirleyici olan belli bir davranışın işlenmesi değil, ceza hukuku dışından doğmuş özgü bir yükümlülüğün ihlalidir<sup>653</sup>.

*Kitapçioğlu-Yüksel*'e göre, bizzat işlenebilen suçları açıklamak için ileri sürülmüş olan teoriler, böyle ayrı bir suç grubunun kabulü için yeterli değildir. Alman Ceza Kanunu'nda verilen örneklerin çoğunun Türk Ceza Kanunu'nda bir karşılığı bulunmamakta ya da bunlar Alman Ceza Kanunundan da kaldırılmış bulunmaktadır. Bir kısmı ise öğretide çoğunlukla yükümlülük suçları olarak nitelendirilmektedir. Yazar, faillik alanına göre suç sınıflandırmasında genel suç ve özgü suç dışında bir suç grubuna ihtiyaç bulunmadığını, bizzat işlenebilen suçların ayrı bir suç grubu olarak sınıflandırmada yer alması için yeterli gerekçenin olmadığını ve bu suçların özgü suçun bir görünüm şekli olmadığını savunmaktadır<sup>654</sup>.

Bizzat işlenebilen suçların özgü suç (yükümlülük suçu) ile ilişkisi onun nasıl tanımlandığına bağlı olarak değişiklik gösterebilir. Bizzat işlenebilen suçlar için gösterilen örneklerin birer özgü suç olduğu savunulsa da<sup>655</sup> sözgelimi, bizzat işlenebilen suçlardan biri olarak kabul edilen trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunda, güvenliği tehlikeye atacak davranışlardan kaçınma ve gerekli önlemleri alma yükümlülüğü herkese yönelmiş bir yükümlülüktür. Bu suretle bir genel suç olarak kabul edilmesi gerekir. Dolayısıyla her bizzat işlenebilen suçun bir özgü suç olmadığını söylemek mümkündür<sup>656</sup>.

İhmali suçlarla bizzat işlenebilen suçlar arasındaki ilişki ele alındığında, bizzat işlenebilen suçlar bakımından suçun kanuni tanımındaki hareketin failin bizzat kendi bedensel

---

<sup>650</sup> Roxin, **TuT**, s. 410 vd.

<sup>651</sup> Helmut Satzger, “Die Eigenhändigen Delikte”, **JURA**, C. 33, No: 2, 2011, s. 108.

<sup>652</sup> Chen, **Garantensonderdelikt**, s. 36. Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 392 vd.

<sup>653</sup> Roxin, **TuT**, s. 393.

<sup>654</sup> Kitapçioğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 127.

<sup>655</sup> Kitapçioğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 130.

<sup>656</sup> Aynı yönde bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralları**, s. 155, 156. Bu iki suç kategorisinin birbirini dışlamadığı, bir özgü suçun aynı zamanda bizzat işlenebilen bir suç da olabileceğine dair değerlendirmeler hakkında bkz.: Satzger, “Die Eigenhändigen Delikte”, s. 105.

davranışı ile gerçekleştirilmiş olması şeklindeki genel tanım esas alınır, bu suçların ihmali hareketle işlenip işlenemeyeceğine dair bir kuşku ortaya çıkacaktır. Bizzat işlenebilen suçların tanımlanmasında bedeni hareket teorisini (*Körperbewegungstheorie*) benimseyenler neticeli suçların değil, sırf hareket suçlarının bizzat işlenebilen suç olabileceğini savunmaktadır<sup>657</sup>. Bununla bağlantılı olarak Satzger, neticeli suçlar olan gerçek olmayan ihmali suçların kural olarak bizzat işlenebilen suç şeklinde düşünülemeyeceğini ifade etmektedir<sup>658</sup>. Meseleyi bir örnek üzerinden ele almak gerekirse, kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu gerçek olmayan ihmali suç niteliğindedir ve suçun oluşması için ölüm neticesinin meydana gelmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ihmalin suç teşkil edebilmesi, neticenin engellenmemesi üzerinden yapılacak bir değerlendirmeye bağlıdır. Neticenin meydana gelmesini önlemek bakımından mevcut olan garantörsel yükümlülüğün herhangi bir olayda birden fazla kimse tarafından ihlal edilmesi ve bu bağlamda müşterek faillik mümkündür. O halde her ne kadar bedeni hareket teorisinin bizzat işlenebilen suçları açıklamakta yetersiz olduğunu düşünsek de gerçek ve gerçek olmayan ihmali suçlar için netice unsuru üzerinden yapılan bu ayrıma katılmaktayız. Sonuç itibarıyla gerçek olmayan ihmali suçların bizzat işlenebilen suç şeklinde görünüm arz edemeyeceğini, gerçek ihmali suçların ise bizzat işlenebilen suç teşkil edebileceğini düşünmekteyiz.

---

<sup>657</sup> Kitapçıoğlu Yüksel, **Özgü Suç**, s. 115.

<sup>658</sup> Satzger, “Die Eigenhändigen Delikte”, s. 107.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İHMALİ SUÇLAR İLE ÖZGÜ VE BİZZAT İŞLENEBİLEN SUÇLARDA

#### FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

##### I. SUÇA İŞTİRAKTE FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

###### A. Genel Hatlarıyla İştirak Kurumu

Kanuni tanımları ve nitelikleri gereği tek kişi tarafından işlenebilen suçların birden fazla kişinin bir anlaşmaya dayanan nedensel değeri haiz katkısı ile, birlikte işlenmesi haline “iştirak” adı verilmektedir<sup>1</sup>. Bir suçun işlenmesine katılmayı ifade eden iştirak, faillik ve şeriklik olmak üzere iki alt başlıktan oluşur<sup>2</sup>.

Suçların çoğu, kanuni tanımlarına bakıldığında, tek kişi tarafından işlenebilmekte iken bazı suçlar nitelikleri gereği ancak birden fazla kişinin katılımıyla gerçekleştirilebilmektedir ki bu durumda “zorunlu iştirak”ten bahsedilir<sup>3</sup>. Zorunlu iştirakin söz konusu olduğu suçlar da kendi içinde, suça katılımı zorunlu olan kişinin fail ya da şerik olmasına göre “çok failli suçlar” ve “zorunlu şerikliğin söz konusu olduğu suçlar” olmak üzere iki başlık altında

<sup>1</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 738. İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılanların her birinin tek bir suçu mu yoksa ayrı ayrı suçları mı işlediği konusu tartışmalıdır. Bu hususla ilgili olarak ileri sürülen görüşler, suç birliği teorisi ve suç ayrılığı teorisi olmak üzere iki başlık biçiminde kategorize edilmektedir. Suç birliği teorisine göre birden fazla kişinin katılımıyla işlenen suç bir bütündür. Dolayısıyla tek bir suçun varlığı söz konusudur. Bu görüş için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 744.

<sup>2</sup> Gropp, **AT**, s. 390; Ahmet Gökçen, Murat Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, **CHD**, C. 7, No: 18, 2012, s. 22. Bununla birlikte Alman hukukunda şimdiye kadar baskın olan eğilimin iştirak öğretisi için Beteiligungslehre yerine Teilnahmelehre ifadesini kullanmak yönünde olduğu, ancak bunun yanlış bir kullanım olduğu Gropp tarafından ifade edilmektedir. Bkz.: Gropp, **AT**, s. 390. Bu ifadenin (Teilnahmelehre) kullanıldığı ve Teilnahme olarak ifade edilen iştirakin türlerinin müşterek faillik (Mittäterschaft), azmettirme (Anstiftung) ve yardım etme (Beihilfe) olarak sayıldığı bir eser olarak bkz.: Hugo Meyer, Philipp Allfed, **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, sechste völlig umgearbeitete Auflage, Leipzig, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf, 1907, s. 184 vd.

<sup>3</sup> Özgenç, **Genel Hükümler**, 14. Baskı, s. 517. Zorunlu iştirakin söz konusu olduğu suçların suçun özel görünüş şekli olmadığı, zira birden fazla fail veya şerikin bulunmasının suçun kanuni tanımı bakımından aranan bir husus olduğu hakkında bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 743.

incelenmektedir<sup>4</sup>. Bu itibarla, her ne kadar çok failli suçlara da iştirak mümkün olsa da<sup>5</sup> bir kurum olarak çok failli suçlar ile tek bir kişi tarafından işlenmesi mümkün olan bir suça iştirakin birbirine karıştırılmaması gerekir. Çok failli suçlar öğretide genel olarak kanuni tanımları gereği birden fazla kişinin fail olarak katılımının zorunlu olduğu suçlar olarak tanımlanmaktadır<sup>6</sup>.

## B. Suça İştirakte Cezalandırmaya İlişkin Sistemler

İştirak halinde işlenen suçlarda suça katılanların ne şekilde cezalandırılması gerektiğine ilişkin olarak farklı sistemler benimsenmiştir. Bunlardan ilki eşitlik sistemi (*Einheitstätersystem*) olarak adlandırılan ve suça katılan herkesin ayırım gözetilmeksizin eşit şekilde cezalandırılması prensibine dayanan sistemdir<sup>7</sup>. Bu sistemin benimsenmesinin altında yatan nedenlerden biri olarak, iştirak halinde işlenen suçun bölünmez bir bütün teşkil edeceği düşüncesi gösterilmektedir<sup>8</sup>.

Şerikliğe ilişkin düzenlemeleri cezalandırılabilirliği sınırlandırıcı (*Strafeinschränkungsgründe*) hükümler olarak gören<sup>9</sup> geniş anlamda faillik kavramının (*extensiver Täterbegriff*) ortaya çıktığı<sup>10</sup> bu sistemin tek faillik sistemine karşılık geldiği ifade edilmektedir<sup>11</sup>. Öte yandan *Demirel*, tek faillik sisteminin geniş fail anlayışının en önemli

<sup>4</sup> Özgenç, **Genel Hükümler**, 14. Baskı, s. 517; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap s. 372; Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 448.

<sup>5</sup> Fatih Selami Mahmutoglu, “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHF**, C. LXIII, No: 1-2, 2005, s. 58.

<sup>6</sup> Bkz.: Türkan Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 32. Yazar devam eden kısımda çok failli suça ilişkin daha belirgin bir tanım yapmakta ve bu suçların işlenmesi için birden fazla failin zorunlu faaliyetinin şart olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 32. Ayrıca çok failli suçların kendi içindeki tasnifi için bkz.: Yalçın Sancar, **Çok Failli Suçlar**, s. 109 vd.

<sup>7</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 745. Bu sistem, fail birliği prensibi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz.: Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 449. Eşitlik sisteminin karşılaştırmalı hukukta giderek benimsenmeye başladığı, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarının bunun bir göstergesi olduğu ve burada bahsedilenin nicelik değil nitelik yönünden eşitlik olması hasebiyle bu sistemin benimsenmesinin tüm suç ortaklarına uygulanacak yaptırımların aynı olacağı anlamına gelmediği hakkında bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 490, 491. Eşitlik sisteminin türdeş faillik olarak adlandırılması ve bu sistemde suçun işlenmesine yapılan katkının cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacağı hakkında bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 224.

<sup>8</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 490.

<sup>9</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 66; Gropp, **AT**, s. 393; Harro Otto, **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 2. neuarbeitete Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1982, s. 222.

<sup>10</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 745.

<sup>11</sup> Gropp, **AT**, s. 393. Tek faillik sistemi kendi içinde şekli tek faillik ve fonksiyonel tek faillik sistemi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan şekli tek faillik sistemi her suç ortağının neticeye olan katkısı sebebiyle fail olarak nitelendirilmesini öngörürken, bu sistemin hukuk devleti yönünden maruz kaldığı eleştirileri de bertaraf edecek şekilde geliştirilen fonksiyonel tek faillik sistemine göre faillik türleri arasında bir ayrıma gidilmektedir. Bahsedilen bu ikinci sistemde hareketi doğrudan icra eden fail ile onun icrasına katılan diğer



örneği olduğunu ve fakat ikisinin doğrudan aynı anlama gelmediğini ileri sürmektedir. Bu düşünceye göre, geniş faillik anlayışı içinde failliğin geniş biçimde tanımlandığı ve fakat şeriklik türlerinin de kabul edildiği bir sistem de benimsenmiş olabilecektir<sup>12</sup>.

İştirak bahsinde nedensellik bağlantısını esas alan ve böylelikle geniş fail kavramını benimseyen yazarlardan biri olan *Mezger*'e göre, suça katılanlar arasında öngörülen faillik ve şeriklik ayrımı tamamıyla kanun koyucunun ürünüdür ve tabii bir ayrım değildir<sup>13</sup>. Kanunda öngörülen şeriklik düzenlemeleri cezayı sınırlandıran nedenlerdir; ancak bazı hallerde bu niteliklerinden farklı olarak cezalandırmayı sağlayan düzenlemeler olarak ortaya çıkmaları da mümkündür<sup>14</sup>. Sözelimi bizzat işlenebilen suçlarda hareketi bizzat gerçekleştiren kişi dışında, özgü suçlarda ise özel faillik vasfını taşıyan kişi dışında bir başkasının fail olması mümkün olmadığından bu noktada cezalandırma için azmettirme ve yardım etmeye ilişkin hükümlerden yararlanma imkanı doğmaktadır<sup>15</sup>.

Geniş fail anlayışına karşı birtakım eleştiriler ileri sürülmüştür. Eleştirilerin başında sorumluluk alanını çokça genişlettiğine dair görüşler gelmektedir. Şayet geniş fail anlayışı benimsenirse suç teşkil eden harekete neden olan her katkının failliğe yol açacağı, sözelimi failin mağduru vurduğu silahı üretenin dahi fail olarak sorumlu tutulacağı sonucuna ulaşılabileceği dile getirilmektedir<sup>16</sup>. Aksine, faillik suçu oluşturan hareketin gerçekleştirilmesini gerektirmektedir<sup>17</sup>.

Diğer taraftan bir yanda genel ve hukuki dil kullanımının, diğer yanda ise münferit suçlara ilişkin kanuni tanımların geniş fail kavramı ile uyumluluk göstermediği ifade edilmektedir<sup>18</sup>.

---

failler arasında bir ayrım yapılmakta, hareketi doğrudan icra etmeyen failler dolaylı faillik başlığı altında konumlandırılmaktadır (Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 19-22).

<sup>12</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 14, 15.

<sup>13</sup> Edmund Mezger, **Strafrecht: Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, Berlin-München, Duncker&Humblot, 1949, s. 411, 412; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 54, 55.

<sup>14</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 55.

<sup>15</sup> Mezger, **Strafrecht**, s. 415-417; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 55.

<sup>16</sup> Bkz.: Kristian Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", **JA**, 2014, s. 668.

<sup>17</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 668.

<sup>18</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 66.

Geniş fail kavramının ayrıca hukuk devleti ilkesi bakımından sorunlu olduğu dile getirilmekte; suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri dikkate almayıp onların yerine belirsiz bir nedensellik anlayışını<sup>19</sup> koyduğu söylenmektedir<sup>20</sup>.

Öte yandan geniş fail anlayışı ile, failliğin aslında tali bir kavram olarak görüldüğü ve bir katkının kanunda öngörülen şeriklik statülerinden birine uymadığı hallerde dar anlamda faillik olarak nitelendirildiği de savunulmaktadır<sup>21</sup>.

Geniş fail kavramını esas alan görüşün, “hukuki değer” ihlalini benimsemekle, neticenin oluşturduğu değersizlik üzerinden (*Erfolgsunwert*) bir iştirak değerlemesi yaptığı ve suçun işlenmesine sunulan katkının nitelik ve icra ediliş tarzını, bir diğer söyleyişle hareketin taşıdığı değersizliği (*Handlungunwert*) dikkate almadığı da ifade edilmektedir<sup>22</sup>.

Bir diğer sistem, ikilik sistemi adıyla anılmakta ve bu sistemde suça katılanların sorumlulukları sundukları katkı oranına göre belirlenmektedir. Faillik ve şeriklik arasında yapılan ikili ayrıma dayalı iştirak sisteminin (*dualistische Beteiligungsmodell/differenziertes Beteiligungssystem*), tipiklik öğretisinin bir parçası olarak, sahip olduğu işlev iki hususla özetlenebilir. İlk olarak, böyle bir sistemde amaç, her bir bireyin tipe uygun haksızlık bakımından sorumluluk derecesine göre suça farklı katılım türlerini kavramayı sağlamaktır ve böylece cezayı gerektiren hareketlerin adil bir şekilde cezalandırılması mümkün olur<sup>23</sup>. Diğer

<sup>19</sup> Suça iştirakin hukuki esasını nedensellik bağı üzerinden izah eden ve suça ilişkin katkıların objektif anlamda bir ayrıma tabi tutulamayacağını iddia eden eşdeğerlik teorisi savunucularından biri v. Buri’dir; ancak yazar Hegel felsefesinden etkilenecek iştirak şekilleri arasında subjektif kıstaslar temelinde bir ayrımın yapılabileceğini de kabul etmektedir (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 41). İştiraki nedensellik bağı üzerindne açıklayan görüşlerin daima eşitlik sistemini yansıttığı düşünülmemelidir. Nitekim suçun işlenmesine olan katkıyı nedensellik bağı üzerinden ele alan ve fakat nedensel etkinin farklılığı ekseninde suça katılanların sorumlulukları bakımından da bir ayrım yapan yazarlardan biri olan Horn, nedensellik bağının bağımsız iradeye dayanan her hareketle kesileceği ve bu hareketle yeni bir nedensellik zinciri başlayacağı fikrindedir. Dolayısıyla burada kastedilen nedensellik, yalın bir yapı olmayıp, fiil hakimiyetinin tesis edilmesini sağlayan yönlendirici bir irade ile birlikte değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımın bir sonucu olarak nedensellik bağına kesen ve tipik neticenin oluşumuna neden olan son hareketten önceki katkılar ancak şeriklik olarak nitelendirilmektedir. (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 45). Suça katılanların iştirak bakımından sorumluluğunu nedensellik bağı üzerinden açıklayan görüşler, öğretide birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Bu bağlamda, nedensellik bağının sorumluluk şeklinin belirlenmesinde genel olarak hangi hareketlerin dikkate alınacağını belirlediği, ancak farklı sorumluluk şekilleri açısından, sunulan katkıların icra ediliş tarzının özellik arz ettiği, bu noktada nedensellik bağının değil amaç ve değer mülâhazalarının belirleyici olduğu ifade edilmiştir (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 48).

<sup>20</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 67.

<sup>21</sup> Roxin, **TuT**, s. 29, 30; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 56, 57.

<sup>22</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 57.

<sup>23</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 77.

yanda ise iştirak türlerinin somut formülasyonu cezanın genel önleme fonksiyonunu destekleyen bir kesinlik sağlamaktadır<sup>24</sup>.

Sorumluluğun suça sunulan katkı oranına göre belirlenmesi dar faillik kavramını (*restriktiver Täterbegriff*) gündeme getirir<sup>25</sup>. Dar anlamda fail kavramı, suçun kanuni tanımında yer alan hareketleri bizzat icra eden kişi olarak tanımlanmaktadır<sup>26</sup>. İkilik sistemi<sup>27</sup>, suça katılanların suçun işlenmesinden elde ettikleri menfaatin eşit değerinde olmadığı düşüncesine dayandırılmaktadır<sup>28</sup>. Sakıncasının ise suça iştirak edenlerin rollerinin belirlenmesinin her olay bakımından kolay olmaması olduğu söylenmektedir<sup>29</sup>.

Dar faillik anlayışının benimsendiği bir sistem bakımından iştirake ilişkin hükümler, suça ilişkin kuralı failden başka kimselere de sirayet eder hale getirdiğinden genişletici hükümlerdir<sup>30</sup>. Yine aynı sebeple iştirak hükümleri suç teşkil eden hareketi düzenleyen norma göre tali ve tamamlayıcı niteliktedir<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 77.

<sup>25</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 745.

<sup>26</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 488; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 375.

<sup>27</sup> Bu sistem için Alman öğretisinde şeriklik sistemi (*Teilnahmesystem*) teriminin de kullanıldığı görülebilmektedir. Bkz.: Diethelm Kienapfel, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in programmierter Form**, 3. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983, s. 545, 546.

<sup>28</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 490; Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 60.

<sup>29</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 490; Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 60.

<sup>30</sup> Bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 745. Benzer şekilde Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 59; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 375; Berrin Akbulut, "Bağlılık Kuralı", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, No: 1, 2010, s. 176; Seydi Kaymaz, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, No: 2, 2012, s. 121. Fail suçun kanuni tanımında yer alan unsurları bizzat gerçekleştiren kişi olduğundan, suçta ve cezada kanunilik ilkesinin gereği olarak fail dışında kalıp da suçun işlenmesine katkıda bulunan kişilerin sorumlu tutulabilmesi bu hususta kanunda açık bir düzenleme olmasına bağlıdır. İştirake ilişkin hükümler bu fonksiyonu icra etmektedir. Bu görüş için bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 488; Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 530. *Öztürk/Erdem* de TCK'nın dar faillik anlayışını benimsediğini, azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemeler olmasaydı bu katılımcıların cezasız kalacağını ve dolayısıyla iştirake ilişkin hükümlerin *tipikliği* genişletici hükümler olduğunu savunmaktadır. Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, § 6, s. 406, kn: 718. Alman Ceza Kanununun azmettirme ve yardım etmeyi düzenleyen paragraflarının mülga edilmesi ihtimalinde azmettiren ve yardım edenin cezasız kalabileceği hakkında bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, § 33, s. 227, kn: 1181. Aydın iştirak kurumunun bütünü için bu değerlendirmeyi yapmaktadır. Yazara göre iştirak kurumu ceza içeren normları tamamlayıcı ve ceza sorumluluğunu genişletici nitelikteki hükümleri ihtiva eder. Bkz.: Devrim Aydın, "Türk Ceza Hukukunda İştirak", Ankara, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2008, s. 114.

<sup>31</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 745.

Şerikliğe ilişkin hükümlerin “*tipikliği genişletici hükümler*” olarak nitelendirilmesine bazı yazarlar karşı çıkmakta, bu ifade kullanılırsa azmettirme ve yardım etme niteliğindeki hareketlerin suç tipinde yer alan harekete karşılık geldiği ve böylelikle bu statülerin de aslında faillik olduğu gibi bir anlam çıkacağını ifade etmektedirler. Bu nedenle tipikliği genişletici hükümler ifadesi yerine cezalandırılabilirliği genişletici hükümler ifadesinin tercih edilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>32</sup>.

Alman hukukunda dar faillik anlayışının iki farklı varyantından bahsedilmekte, bu bağlamda ekstrem ve ılımlı dar faillik şeklindeki iki varyantından hangisinin benimseneceğine ilişkin tartışmada içerik açısından benimsenebilir bir sonuca ulaşamadığından, bu tercihin hangi varyantın Alman Ceza Kanununun iştirake ilişkin düzenlemelerinin daha iyi anlaşılmasını sağladığına göre yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>33</sup>. Bu noktada ekstrem dar fail kavramının üç açıdan avantajlı olduğu dile getirilmektedir<sup>34</sup>: İlk olarak, ekstrem dar fail kavramı tüm kasıtlı suçlarda aynı şekilde geçerli olduğu için daha tutarlı görülmektedir. İkinci avantajının doğrudan failliği failliğin en güçlü biçimi olarak tanımladığından daha kesin olması noktasında ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Burada kastedilen, her ne kadar Alman Ceza Kanunu § 25 ile farklı faillik türleri eşitlenmiş olsa da bunların suçun gerçekleşme şekli bakımından farklılık arz ettikleridir. Sözelimi müşterek faillik ve dolaylı faillikte suçun başarıyla işlenmesi başkalarının hareketlerine bağıyken doğrudan faillikte fail hareketi tek başına elinde tutmaktadır. Son olarak, ekstrem dar fail kavramının hukuk devleti ilkesi bakımından da daha tercih edilebilir bir kavram olduğu, zira § 25’te yer alan faillik türlerinden başka bir türün özel hükümlerdeki suç tanımları vasıtasıyla yaratılamayacağının açıkça ortaya konulmuş olduğu ifade edilmektedir.

*Kühl*’e göre, dar fail anlayışının benimsendiğini gösteren ve suç teşkil eden hareketin işlenmesini faillik için gerekli gören kanun koyucu Alman Ceza Kanunu § 25’in devam eden cümlelerinde fail olarak cezalandırılabilirliği genişletecek şekilde iki düzenleme daha öngörmektedir. Bunlardan biri dolaylı failliğe, diğeri ise müşterek failliğe ilişkindir<sup>35</sup>.

<sup>32</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 39, dn. 90.

<sup>33</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 69.

<sup>34</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 69, 70.

<sup>35</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 668.

Son olarak sözü edilmesi gereken sistem, cezanın faile göre tespiti prensibini benimsemektedir. Bu durumda suça iştirak edenlerin ceza sorumlulukları, maddi veya manevi katkılarına göre değil, kötülük derecelerine ve tehlikelilik ölçütüne göre belirlenmektedir ki bu sebeple somut olayda “*fer’i faillerin*” “*asli faillere*” nazaran ağır cezalandırılması imkanı bulunmaktadır<sup>36</sup>.

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda ikilik sistemi ve dar fail anlayışı benimsenmiştir<sup>37</sup>. Buna göre suça katılanların iştirak statüleri, suçun işlenmesine sundukları katkı objektif bir değerlendirmeye tabi tutularak belirlenmektedir<sup>38</sup>.

### C. Suça İştirakte Faillik ve Şeriklik Ayrımı

#### 1. Genel Açıklamalar

Faillik ve şeriklik ayrımının benimsenmesinin birtakım avantajları yanında bir dezavantajı bulunmaktadır ki o da bu ayrımın nasıl yapılacağı konusundaki kriterlerin belirlenmesi zorunluluğudur<sup>39</sup>. Dolayısıyla dar fail kavramının benimsenmesi ile suça iştirakte faillik ve şeriklik ayrımının yapılması gereği doğmuş ve bu doğrultuda ayrıma ilişkin farklı teoriler geliştirilmiştir<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 746.

<sup>37</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 746; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 450. 5237 sayılı TCK’nın, 765 sayılı TCK’dan farklı olarak ikilik sistemi ve cezanın faile göre belirlenmesi sistemi arasında karma bir sistemi benimsediği yönündeki görüş için bkz.: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 534.

<sup>38</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 746.

<sup>39</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 669.

<sup>40</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 451. Suçun işlenmesinde katılımcıların sorumluluğunun faillik ve şeriklik ayrımına göre belirleyen sistemde de bu ayrım genellikle tüm suçlar için değil, kasten işlenen suçlar bakımından yapılmaktadır. Taksirli suçlarda ise bir yandan, bilinçsiz taksirin sıklıkla söz konusu olduğu durumlarda, tipikliğin gerçekleştirilmesi ile failin tasavvuru arasında bir ilişkinin bulunmaması sebebiyle geleneksel teorilere göre bir ayrım yapılamayacağından faillik ve şeriklik arasındaki ayırmadan vazgeçilmektedir. Öte yandan, kasten işlenen suçlara nazaran haksızlık içeriği çok daha az olan taksirli suçlarda iştirakin derecelendirilmesine gerek görülmemektedir (Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 64, 65). Taksirli suçlarda failliğin açıklanmasına yönelik olarak geliştirilmiş farklı görüşler bulunmaktadır. Bunlardan biri Roxin tarafından ileri sürülen ve objektif özen yükümlülüğünün ihlalinin taksirli suçlarda fail olmak için yeterli olacağı yönündeki görüştür; ancak bu görüş pek taraftar bulamamıştır. Taksirli suçların birer yükümlülük suçu olarak nitelendirilmesinin burada ceza hukuku alanı dışından doğan bir yükümlülük ihlalinin bulunmaması gerekçesiyle isabetli olmadığı dile getirilmekte, taksirli suçlar ile kasten işlenen suçlar arasındaki ayırıcı unsurun yükümlülük ihlali olmadığı eleştirisi getirilmektedir. Bu nedenle, şayet yükümlülük ihlali failliğin belirlenmesindeki kıstas olacaksa kasten işlenen suçlarda da aynı kriterin kullanılması gerektiği ileri sürülmektedir (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 179, 180). Taksirli suçlarda faillik konusunda ileri sürülen görüşlerden bir diğeri bu suçlarda tek tip fail sisteminin benimsenmesi gerektiğine yöneliktir. Dolayısıyla

Faillik ve şeriklik ayrımı konusunda öncelikle kanuni düzenlemelerin konuya ilişkin bir veri sağlayıp sağlamadığı incelenmelidir. Alman öğretisinde Alman Ceza Kanununun bu hususta bir açıklık içermediği, yalnızca azmettirme ve yardım etmeye ilişkin düzenlemelerin iştiraki bir başkasının fiiline dahil olma olarak tarif ettiği ifade edilmektedir<sup>41</sup>. Buradan çıkan sonuç, failin kendi fiilini işlediği, şerikin ise başkasının fiiline katıldığıdır; ancak bu halde de kimin kendi fiilini işlediği kimin başkasının fiiline katıldığı ayrımının neye göre yapılacağı sorusu doğmaktadır ki bu hususa ilişkin olarak kanunda ayırıcı kriterler bulunmamaktadır<sup>42</sup>.

---

faillik ve şeriklik ayrımı reddedilmektedir. Öğretide hakim olan bu fikrin kaynağı netice ile nedensellik bağı bulunan her hareketin eşdeğerlik düşüncesi temelinde failliği sonuçlayacağı düşüncesidir. Öte yandan öğretide bazı yazarlar da dar fail kavramından hareketle taksirli suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının yapılamayacağı görüşündedirler (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 181-183). Taksirli suçlarda müşterek failliğin söz konusu olamayacağı genel olarak kabul edilmekle birlikte, aksi görüşte olan yazarlar da bulunmaktadır. Bu görüşün yaygın bir şekilde kabul edilmeye başlandığı hakkında bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, § 9, s. 219, kn:74. Bu yazarlarca, netice öngörülmemiş olmasına karşın, sadece gerçekleştirilen hareket üzerinden bir değerlendirme yapmak suretiyle birlikte suç işleme kararının var olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır (İzzet Özgenç, “Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 190; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 402). Öte yandan bu yaklaşım, birlikte suç işleme kararının sadece objektif özen yükümlülüğünün ihlali teşkil eden hareket bakımından söz konusu olabileceği, öte yandan gerçekleşen netice öngörülmediğinde bu netice bakımından böyle bir karardan söz edilemeyeceği şeklinde eleştirilmektedir (İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 402, 403). Ayrıca birlikte suç işleme kararının salt soyut bir harekete değil, suç teşkil eden fiile yönelik olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz.: Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 190. Taksirli suçlarda müşterek failliğin söz konusu olabileceğini savunan yazarların bunu ceza sorumluluğu noktasındaki boşlukları kapatmak için yaptıkları ileri sürülmektedir (Joachim Renzikowski, “Die fahrlässige Mittäterschaft”, **ZIS**, C. 2, 2021, s. 92). Bu durum Schleswig Yüksek Bökge Mahkemesinin (Oberlandesgerichts) 1981 yılında verdiği bir karar üzerinden örneklendirilmektedir. Karara konu olayda iki sanık birlikte suç işleme kararı ile hırsızlık yapmak için bir fabrika binasına girmişler ve yollarını bulmak için ışık yerine kibrik yakmışlardır. Kibritleri yollarını bulmak için henüz yanarken attıkları ve balyaların ateş almasına neden oldukları bu olayda Yüksek Mahkeme iki sanıktan hangisinin kibritleri dikkatsizce kullanarak yangına sebep olduğunu belirleyemediğinden “in dubio pro reo” ilkesi gereği sanıkların beraatlerine karar vermiştir (OLG Schleswig NStZ 1982, 116 (Renzikowski, “Die fahrlässige Mittäterschaft”, s. 92)). Aksi yöndeki görüşlerin varlığına rağmen ne taksirle bir suça iştirak edilebilir ne de taksirli olarak işlenen bir suça iştirak edilebilir (Meral Ekici Şahin, “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **AÜHFD**, C. 64, No: 3, 2015, s. 649). Benzer şekilde: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 328. Gerek 22. Maddenin beşinci fıkrası ve gerekse 40. Maddenin birinci fıkrasından çıkan sonuç taksirli suçlarda iştirakin mümkün olmadığı, bu suçlara katılan her bir kişinin kendi kusurlu davranışına göre sorumlu tutulacağıdır (Ali Kemal Yıldız, “Taksirle Öldürme”, **ERÜHFD**, C. VIII, No: 2, 2013, s. 275). Çakır benzer bir değerlendirmeyi müşterek faillik için yapmaktadır. Bkz.: Kerim Çakır, **Suçta İştirakte Müşterek Faillik**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 300. Zafer, taksirli suça iştirake ilişkin açıklamalarında fiil kavramının neticeyi kapsamayacak şekilde anlaşılması halinde 40. Maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemenin taksirli suça iştiraki kabul etmeyi engelleyemeyeceğini ifade etmekte, taksirli suçlarda da iradi bir fiilin söz konusu olabileceğini dile getirmektedir. Bkz.: Hamide Zafer, **Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m. 1-75**, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2015, s. 452. Ancak fiil kavramının netice ve nedensellik bağına da içerecek şekilde anlaşılması durumunda taksirli suçlarda neticenin iradi olmaması nedeniyle kasti bir fiilden ve iştiraktan bahsedilemeyeceğini ilave etmektedir. Bkz.: Zafer, **Genel Hükümler**, s. 452, dn: 50. Mahmutoğlu ise taksirli suçlarda iştirak konusunda bir açıdan farklı bir görüş beyan etmektedir. Yazar taksirli suçlarda harekete azmettirmenin mümkün olduğu kanaatindedir. Bkz.: Mahmutoğlu, “Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 67, dn. 19.

<sup>41</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 71.

<sup>42</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 71, 72.

Faillik ve şerikliğe ilişkin ayrım konusunda ölçüt geliştirmeden evvel bu ayrımın amacının ne olduğunun belirlenmesi gerektiği, zira ayırıcı kriterlerin ancak bu amaçla belirlenebileceği ifade edilmektedir<sup>43</sup>.

Faillik ve şeriklik ayrımında Alman ceza hukuku öğretisinde hakim olan anlayış fiil hakimiyeti kriterine odaklanan maddi objektif teoridir<sup>44</sup>. Alman yargı kararlarında ise katılımcının iradesinin esas alındığı subjektif teorinin benimsenmiş olduğu görülmektedir<sup>45</sup>. Ancak ılımlı (yumuşatılmış) subjektif teori olarak isimlendirilen anlayışa göre artık katılımcının iradesinin objektif bir temelde ele alındığı, daha yeni tarihli kararlarda bunun etkisiyle kişinin tipik neticeden çıkarı, fiile iştirakin kapsamı, fiil hakimiyeti veya fiil hakimiyetine yönelik iradenin katılımcının iradesini belirlemekte dikkate alındığı (normatif kombinasyon teorisi) görülmektedir<sup>46</sup>. Aşağıda bu teorilerin her biri genel hatlarıyla ele alınacak ve Türk hukukunda benimsenen anlayışa ayrıca yer verilecektir.

## 2. Subjektif Teori ve Normatif Kombinasyon Teorisi

Subjektif teori, iştirak statülerinin suça katılanların irade, kast, saik gibi subjektif özelliklerinden yola çıkılarak belirlenmesi gerektiği yönündedir<sup>47</sup>. Ayrımın objektif kriterlere göre yapılamayacağı, objektif olarak “neden olan” her bir kişinin fail olabileceği kabulünden hareketle teori objektif açıdan geniş fail anlayışını yansıtmaktadır<sup>48</sup>. Özetle fail ile şerik arasında objektif bakımdan bir fark bulunmadığı ve bu kişilerin katkıları neticenin gerçekleşmesi yönünden eşit görüldüğü için geniş anlamda faillik anlayışı benimsenmiş olmaktadır<sup>49</sup>.

Ayrımda benimsenen subjektif unsurun türüne göre bu görüş içinde de görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Bunlardan biri, failin iradesinin ne yönde olduğunu önemseyen kast teorisi (*Dolustheorie*) iken bir diğeri suç ortağının neticeden çıkarı ve suçun işlenmesinden elde

<sup>43</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 72.

<sup>44</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 669.

<sup>45</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 669.

<sup>46</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 669.

<sup>47</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 451; Roxin, **TuT**, s. 51.

<sup>48</sup> Jakobs, **AT**, Abs: 21, s. 608, kn. 27.

<sup>49</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 403.

edeceği menfaati dikkate alan menfaat teorisi (Interessentheorie)<sup>50</sup>. Sübjektif teori içinde yer alan kast teorisinin 19. yüzyıldaki en etkin savunucusu v. Buri'dir ve bu görüş onun etkisi ile İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht) kararlarına da yansımıştır<sup>51</sup>. Sübjektif teori içinde yer alan menfaat teorisi ise bağımsız bir teori olarak nispeten az bir öneme sahip olmuş ve genellikle kast teorisi ile birlikte ele alınmıştır<sup>52</sup>.

Sübjektif teorinin içinde doğan görüşlerden biri olan kast teorisine göre<sup>53</sup>, fail iradesiyle hareket eden (animus auctoris) kişi fail iken, hareketi başkası için isteyen kişi (animus socii) şeriktir<sup>54</sup>. Teorinin, iradeyi odak noktası yapmakla arkadaki kişi olarak dolaylı failin sorumluluğunu açıklayabildiği ve ihmali suçlarda objektif bir hareket bulunmaması nedeniyle iradenin esas alınmasının isabetli olduğu savunulmaktadır<sup>55</sup>. Öte yandan iradenin ağırlık noktasında yer almasının faillik ve şeriklik kavramlarının kolaylıkla yer değiştirmesine vesile olabileceğinden ve bu nedenle hukuki güvenlik açısından sakıncalı olabileceğinden de söz edilmektedir<sup>56</sup>.

Başından beri sübjektif teorinin hakim olduğu Alman İmparatorluk Mahkemesi kararlarında başlangıçta faillik ve şeriklik arasındaki ayrım, suça katılanın iradesinin bağımsız olup olmadığına göre yapılmaktaydı<sup>57</sup>. Bu yaklaşıma örnek olarak İmparatorluk Mahkemesinin müşterek faillik ve yardım etme arasındaki ayrıma ilişkin 1881 tarihli bir kararını göstermek mümkündür<sup>58</sup>. Kararda geçen ifadelere göre, müşterek fail, kendi hareketini tamamlamak isterken yardım eden ise failin hareketini desteklemekte ve bu da yardım edenin failinkine bağlı bir iradeye sahip olabileceği anlamına gelmektedir. Bir diğer ifadeyle, yardım eden eylemin tamamlanmasını faile bırakarak iradesini failin iradesine tabi kılmaktadır. Yardım edenin

<sup>50</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 64; Wolfgang Joecks, Jörg Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", Band 1, **Münchener Kommentar zum StGB**, ed. Volker Erb, Jürgen Schäfer, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2020, s. rn. 6-8; Roxin, **TuT**, s. 52-57.

<sup>51</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 7.

<sup>52</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 8.

<sup>53</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 64.

<sup>54</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 451; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 491; Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, § 9, s. 202, kn: 14; Heinrich, **Genel Kısım II**, § 33, s. 238, kn: 1205; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78; Kienapfel, **AT**, s. 551. Özbek/Doğan/Bacaksız bu iradi etkileşimi, failin bizzat istediği için hareket etmesi, şerikin ise fail istediği için hareket etmesi şeklinde açıklamaktadır. Bkz.: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 532.

<sup>55</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 238.

<sup>56</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 238, 239.

<sup>57</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78.

<sup>58</sup> RGSt 3, 181 (182 f.) (Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78).



bağımlı iradesine karşın müşterek fail ise kendisine hakim olan başka bir iradeyi tanımamaktadır<sup>59</sup>. Mahkeme içtihadında başlangıçta benimsenen bu iradi bağlılık kriteri zamanla farklı subjektif kriterlerle desteklenmiş ve daha sonra geri çekilmiştir. Bu süreçte fiil çıkarı (*Tatinteresse*) kriteri ön plana çıkmış olup bu anlayışın yansıması olan en önemli kararlardan biri **küvet olayı** olarak anılmaktadır<sup>60</sup>. Karara konu olayda yeni doğum yapan bir annenin isteği üzerine, kız kardeşi bebeği küvette boğarak öldürmüştür. Mahkeme ise, kız kardeşin öldürme suçunun faili olarak cezalandırılmasına ilişkin kararı fail iradesinin bulunup bulunmadığına ilişkin kuşku dolayısıyla bozmuştur. Mahkemeye göre bir kimsenin hareketi kendi hareketi olarak isteyip istemediğini belirlerken özellikle neticeye dair çıkarının derecesine bakılması gerekmektedir<sup>61</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, faillik ve şeriklik ayrımında fail iradesi ve şerik iradesi kavramlarını esas almakla İmparatorluk Mahkemesi'nin subjektif teorisini benimsemiştir<sup>62</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesi faillik ve şeriklik ayrımında 1970'li yıllara kadar İmparatorluk Mahkemesi'nin benimsediği subjektif teoriye bağlı kalmış, belirleyici kriter olarak failin iradesini esas alan kararlar vermiştir<sup>63</sup>. Bu noktada subjektif teorisinin Federal Yüksek Mahkeme kararlarında benimsendiğini gösteren en temel kararlardan biri **Staschynskij kararıdır**<sup>64</sup>. Bu olayda gizli servisi adına sürgündeki iki siyasetçiyi zehirli tabanca ile öldüren kişinin, fiili kendi elleriyle işleyen kişinin bazı koşullarda şerik olarak da sorumlu tutulabileceği belirtilerek öldürme suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulmasına karar verilmiştir<sup>65</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin yakın tarihli kararlarında subjektif teorisinin fiil çıkarı (*Tatinteresse*) ve iradenin bağlılığı (*Willensunterordnung*) ile fiil hakimiyeti öğretisi ve fail iradesinin değerlendirici bir biçimde atfedilmesi amacının birleştirildiği görülmekte ve mahkemenin benimsediği bu yaklaşım *normatif kombinasyon teorisi* olarak adlandırılmaktadır<sup>66</sup>.

<sup>59</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78.

<sup>60</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78. Bu kararla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.: Fritz Hartung, "Der „Badewannenfall“", **JuristenZeitung**, C. 9, No: 13/14, 1954, s. 430-431.

<sup>61</sup> RGSt 74, 84 (85) (Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78)

<sup>62</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 78.

<sup>63</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 20.

<sup>64</sup> BGHSt 18, 87 ff. (Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 242). Ayrıca bkz.: Krey, Esser, **AT**, kn. 821 vd.

<sup>65</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 20.

<sup>66</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 80. Terim için bkz.: Roxin, **TuT**, s. 644.

Sübjektif teori, hakime kontrolsüz bir yetki alanı tanıdığı, bu yolla ulaşılan yargının denetimi imkanının bulunmadığı ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin zedelendiği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>67</sup>.

Öğretide sübjektif teorinin kullandığı menfaat ve iradeye tabi olma kriterlerinin bir hayli belirsiz olduğu<sup>68</sup>, bu durumun özellikle müşterek faillik ve dolaylı faillik bakımından sorun yaratabileceği ifade edilmektedir<sup>69</sup>. Faillik ve şeriklik ayrımında kullanılan bu kriterlerin keyfi uygulamalara yol açacak ve hukuk devleti olmanın gerektirdiği belirlilik ilkesi ile çelişecek sonuçlar doğuracak ölçüde geniş yorumlanmaya müsait olduğu dile getirilmektedir<sup>70</sup>. Diğer taraftan iradeye tabi olma ve menfaat kriterleri ile yardım etmenin bir şekilde açıklanabilmesine rağmen azmettirmeden durumun iyice sorunlu olduğu ifade edilmektedir<sup>71</sup>. Bu bağlamda özellikle kiralık katil vasıtasıyla işlenen suçlar bakımından ortaya iki sorun çıktığı dile getirilmektedir<sup>72</sup>: Sübjektif teoriye göre, kiralık katil tutan kişi kendi menfaatini gözeterek hareket ettiği için fail, buna karşın hareketi bizzat gerçekleştiren kişi şerik olacaktır; ancak kiralık katilin öldürme eylemine karşılık elde edeceği maddi çıkar menfaat olarak kabul edildiğinde mesele her iki şahıs arasında bir müşterek faillik ilişkisinin olup olmadığı noktasına varacaktır. Bir diğer sorun, kiralık katilin kendi menfaati için hareket ettiğinin kabul edilmemesi halinde sorumluluk statüsünün ne olacağıdır.

Sübjektif teorinin dogmatik çıkış noktasının inandırıcı olmadığı ve ilkesel olarak geniş fail kavramıyla aynı itirazlara maruz kalacağı ifade edilmekte, objektif farklılıkların bulunmadığı noktada sübjektif olana kaçışın artık bir dayanağının bulunmadığı savunulmaktadır<sup>73</sup>.

Sübjektif teori ve normatif kombinasyon teorisi, ikili iştirak sisteminin işlevlerini yerine getiremeyecekleri gerekçesiyle de eleştirilmektedir<sup>74</sup>. Fiil hakimiyetine ilişkin iradenin tek başına haksızlıktan sorumluluk için yeterli görülmesi durumunda bunun haksızlığa teşebbüs ile

---

<sup>67</sup> Bkz.: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 81.

<sup>68</sup> Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 36.

<sup>69</sup> von Hippel, *Strafrecht*, s. 459; Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, C. II, München, Verlag C.H. Beck, 2003, § 25, kn. 19.

<sup>70</sup> Heinrich, *Genel Kısım II*, kn. 1205.

<sup>71</sup> Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 37.

<sup>72</sup> Bkz.: Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 37.

<sup>73</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 80.

<sup>74</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 80.

tamamlanmış haksızlık sebebiyle sorumluluğun eşitlenmesi gibi tehlikeli bir sonuca yol açacağı ifade edilmektedir. Ayrıca fiil çıkarı kavramının haksızlıktan ötürü sorumluluk tesis etmek için uygun olmadığı, zira iştirak sisteminin tipiklik öğretisinin bir parçası olmasına karşın fiil çıkarının öncelikle tipikliğin gerçekleştirilmesi ve haksızlıkla değil, kusurla ilgili olduğu savunulmaktadır<sup>75</sup>.

Karma sübjektif teori olarak da adlandırılan ve failliğin tespitinde genel oluşum şekli gibi objektif kriterleri de dikkate alan normatif kombinasyon teorisi ayrıca, yalın sübjektif teoriye göre büyük bir gelişme olarak nitelendirilmekle birlikte sonuç itibarıyla yine de keyfiliğe yol açmakla eleştirilmektedir<sup>76</sup>. Bu teorinin kullandığı fiil üzerinde hakimiyet, menfaat saiki, diğer bir suç ortağının iradesine içsel bağlılık, iştirak katkısının dışsal görünümü gibi kriterler arasında bir öncelik sıralamasının olmayışı teorinin yol açtığı muğlaklık sonucunu pekiştiren bir durum olarak nitelendirilmektedir<sup>77</sup>. Bu teori çerçevesinde dikkate alınan ölçütlerden hangisinin öncelikle dikkate alınacağı, dolayısıyla sıralamanın nasıl olacağı, kriterlerin hepsinin eşit derecede mi önemi haiz olduğu, her biri farklı sonuçlara yol açarsa sonucun ne olacağı, kriterlerin kapsamının ne olduğu noktalarında belirsizlik bulunmaktadır<sup>78</sup>. Ayrıca bu teori kapsamında kullanılan fiil çıkarı kriterinin de belirsizliğini koruduğu ifade edilmektedir<sup>79</sup>.

### 3. Şekli Objektif Teori

Çok daha eski olmasına rağmen adını *Birkmeyer*'den alan<sup>80</sup>, *Von Liszt* ve *von Hippel* tarafından geliştirilen ve fakat günümüzde çok fazla temsilcisi bulunmayan<sup>81</sup> şekli objektif teori, tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının tamamıyla gerçekleştirilmesi ölçütünü esas almaktadır<sup>82</sup>. Bu bağlamda suçun icra hareketlerini<sup>83</sup> gerçekleştiren kişi fail iken, suçun

<sup>75</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 81.

<sup>76</sup> Bkz.: Roxin, *TuT*, s. 110; Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, C. II, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer, 1983, s. 241, 242; Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 82.

<sup>77</sup> Bkz.: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 82.

<sup>78</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 81.

<sup>79</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 81.

<sup>80</sup> Roxin, *TuT*, s. 34.

<sup>81</sup> Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 402.

<sup>82</sup> Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 452.

<sup>83</sup> Suç tanımında yer alan hareketin tamamen veya kısmen gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Genel Hükümler*, s. 747; Kienapfel, *AT*, s. 550; Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 403; Jakobs, *AT*, s.607.)

işlenişine doğrudan katılmayan kişiler şerik olarak nitelendirilmektedir<sup>84</sup>. *Von Hippel*'in müşterek faillik ve yardım etme ayırımına ilişkin açıklamalarında şekli objektif teorinin izleri açıkça görülmektedir. *Yazar*, müşterek faillik için birden fazla kişinin icra hareketlerini birlikte gerçekleştirmesi gerektiğini ifade ettikten sonra yardım etmede bundan farklı olarak tipik hareketin gerçekleştirilmemesi durumunun söz konusu olduğunu ifade etmektedir<sup>85</sup>.

Şekli objektif teori, suçun işlenmesine yönelik katkı harici biçimde değerlendirildiğinden, objektif nitelik göstermekte; suç tiplerine dair kanuni tanımları esas alarak suçun unsurlarını tespit ettiğinden şekli özellik göstermektedir<sup>86</sup>. Teori savunucularına göre, sübjektif ölçütlerle geniş bir değerlendirme yapmak belirsizlik yaratmaya müsaittir ve hukuki güvenlik açısından sakıncalıdır<sup>87</sup>.

Objektif teoriler içinde 20. yüzyılın başlarında Alman öğretisinde hakim konumda olan şekli objektif teori bugün artık savunulmamakla birlikte faillik ve şeriklik ayırımının sorunlu olduğu bazı durumlarla ilgili olarak hala varlık göstermektedir<sup>88</sup>.

Teorinin müşterek faillik<sup>89</sup>, dolaylı faillik<sup>90</sup> ve azmettirme<sup>91</sup> bakımından sorunlu olduğu eleştirisi sunulmaktadır. Güçlü olan yönü ise faillik ve şeriklik arasındaki sınırı net bir biçimde çizmiş olmasıdır<sup>92</sup>. Şekli objektif teorinin faillik için suç tipinde yer alan hareketi bizzat gerçekleştirmeyi arayan yaklaşımına, bu suretle müşterek faillik ve dolaylı failliğe ilişkin sorunların ortaya çıkacağı şeklinde yöneltelen eleştiriler *Mayer* tarafından, “*icra hareketlerini bizzat yerine getirme*” şeklindeki koşulun “*icra hareketlerini kısmen veya tamamen yerine getirme*” şeklinde değiştirilmesiyle telafi edilmeye çalışılmıştır<sup>93</sup>.

---

<sup>84</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 452.

<sup>85</sup> Bkz.: Robert von Hippel, **Deutsches Strafrecht**, C. 2, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 1971, s. 453.

<sup>86</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 452.

<sup>87</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 237.

<sup>88</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 9.

<sup>89</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 452; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 403; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 62.

<sup>90</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 403; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 62. Bu görüşün Alman Ceza Kanununun dolaylı failliği de düzenleyen 25. Paragrafı dikkate alındığında artık savunulacak bir yanının kalmadığı dile getirilmektedir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 237.

<sup>91</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747.

<sup>92</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 403.

<sup>93</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 49, 50, dn. 128.

#### 4. Maddi Objektif Teori ve Geliştirilmiş Hali Olarak Fiil Hakimiyeti Teorisi

Maddi objektif teoride, suçun işlenişine olan katkının neticenin meydana gelmesi üzerindeki etkisi dikkate alınarak faillik ve şeriklik ayrımı yapılmaktadır<sup>94</sup>. Bu teoriye göre ayırimda nedensellik ilişkisi temel alınmalıdır<sup>95</sup>. Maddi objektif teori ile fail ya da şerikin hareketinin tehlikeliliğine odaklanılarak şekli objektif teorinin mahzurları giderilmeye çalışılmış, bu bağlamda dolaylı faillik ve azmettirmede hareketin tamamını veya bir kısmını icra etmeyen kişinin de cezalandırılabilmesi sağlanmıştır<sup>96</sup>.

Günümüzde Alman öğretisinde faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin hakim görüş, kast teorisi ve eski objektif teorilerin kombinasyonu olarak nitelendirilen<sup>97</sup> ve mucidi *Hegler*<sup>98</sup> olarak kabul edilen fiil hakimiyeti teorisidir<sup>99</sup>. Ancak fiil hakimiyeti kavramını faillik ve şeriklik ayırımında ilk kez kullanan kişinin *Hermann Bruns* olduğu ifade edilmektedir<sup>100</sup>.

Kökleri *Maurach*'a kadar uzanan ve *Roxin* tarafından geliştirilmiş olan<sup>101</sup>, sübjektif ve objektif yönler arasındaki uyumu sağlamaya yönelik çabası nedeniyle “*yeni maddi objektif teori*” veya “*final-objektif teori*” adlarıyla da anılan<sup>102</sup> fiil hakimiyeti teorisi, faillik ve şeriklik ayırımının, suç teşkil eden fiil üzerinde kurulan hakimiyete göre belirlenmesi gerektiğini söylemekte, *tipe uygun oluşum sürecini* elinde tutarak fiile hâkim olan yönlendirici irade

<sup>94</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 452; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747.

<sup>95</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 492.

<sup>96</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747.

<sup>97</sup> Fiil hakimiyeti teorisinin savunucularından Jescheck/Weigend, faillik ve şeriklik ayırımının objektif ve sübjektif teorilerin birlikte değerlendirilmesi ile yapılması, bu anlamda bir sentezin gerekliliğini vurgulamaktadır (Jescheck, Weigend, **AT**, s. 651). Fiil hakimiyeti teorisi tarafından aranan ve Alman yargı kararlarında da dikkate alınan fiil hakimiyeti iradesinin kast teorisinin geliştirilmiş hali olduğu da ifade edilmektedir (Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 8). Fiil hakimiyeti teorisine göre, fail sadece özel hükümlerin kanuni tanımını bizzat gerçekleştiren kişi olmayıp aynı zamanda maddi açıdan da faildir. Bir diğer deyişle bu teoriye göre kimin bedensel hareketleri biçimsel olarak gerçekleştirdiğine değil, suçu oluşturan olayın merkezi figürü olduğuna bakılarak faillik tespit edilmektedir (Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 13).

<sup>98</sup> Roxin, **TuT**, s. 60; Kienapfel, **AT**, s. 552. Bununla birlikte Hegler'in faillik, azmettirme ve yardım etme ayırımında hiçbir noktada fiil hakimiyeti kriterini kullanmadığı ve fakat günümüzün terimleri ile onun açıklamaları arasında belirli bir ilişki olduğu dile getirilmektedir. Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 60. Fiil hakimiyeti teorisinin mucidini Lobe olarak gösteren kaynaklar da bulunmaktadır. Bkz.: Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 10. Lobe'un teorisinin kurucusu olarak zikredildiği bir diğer kaynak için bkz.: Jescheck, Weigend, **AT**, s. 651, 65. Roxin ise, Lobe'un görüşünün fiil hakimiyeti teorisinin ilk tam gelişmiş formülasyonu olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 65.

<sup>99</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 10.

<sup>100</sup> Roxin, **TuT**, s. 61.

<sup>101</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 404.

<sup>102</sup> Jakobs, **AT**, s. 612.

sahibinin fail olarak kabulü sonucuna ulaşmaktadır<sup>103</sup>. Buna göre, fail süreci durdurabilen veya yürüten kişi olarak suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesinde asli role sahip kişi iken şerik, tali bir rol üstlenen kimsedir<sup>104</sup>. Dolayısıyla suçun gerçekleştirilmesinde gösterilen katkının derecesi de objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve faillik-şeriklik ayrımında belirleyici olmaktadır<sup>105</sup>.

Teori *Welzel*'in suç teorisine final fiil hakimiyeti (*finale Tatherrschaft*)<sup>106</sup> kavramını eklemesiyle iyice önem kazanmış, *Maurach*<sup>107</sup> ve *Gallas*'ın çalışmalarıyla da desteklenmiş ve nihayetinde faili eylemsel sürecin merkezi figürü olarak nitelendiren<sup>108</sup> *Roxin* tarafından teoriye belirleyici bir etkiye bulunulmuştur<sup>109</sup>.

Fiil hakimiyeti teorisini daha çok subjektif bir perspektiften ele alanlar ile objektif bir perspektiften ele alanlar şeklinde bir ayrım da yapılabilir<sup>110</sup>. *Welzel* gibi teorinin subjektif yönünü vurgulayanlar, onun niteliksel unsuru olarak fiil kararı (*Tatentschluss*) ve fiilin bir plan dahilinde yönlendirilmiş gerçekleştirme iradesi ile şekillendirilmesini görmektedirler<sup>111</sup>. Fiil hakimiyetini objektif bir bakış açısıyla ele alan yazarlar ise tipe uygun oluşum sürecini elinde bulunduran kişinin fiil hakimiyetine sahip olduğunu ifade etmektedirler<sup>112</sup>.

Fiil hakimiyeti teorisini final fiil hakimiyeti<sup>113</sup> bakış açısıyla ele alan *Welzel*, kasten işlenen suçlar bakımından failliği nedensel oluşum sürecini amaca yönelik olarak tipik neticeye yönlendirme şeklinde tanımlamaktadır<sup>114</sup>. *Maurach* da benzer bir tanımlama yapmakta ve kasten işlenen suçlarda fiil hakimiyetini faillik için bir kriter olarak ele alıp onu tipe uygun

<sup>103</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 452; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747; Heinrich, **Genel Kısım II**, § 33, s. 240, kn: 1206; Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 669.

<sup>104</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 201.

<sup>105</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 453.

<sup>106</sup> *Welzel*'in fiil hakimiyeti kavramını çok genel ifadelerle ele aldığı dile getirilmektedir. Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 66.

<sup>107</sup> *Maurach* da fiil hakimiyetini final anlamda ele almakta ve sadece kasten işlenen suçlarda failliğin bir ölçütü olarak kullanmaktadır (Roxin, **TuT**, s. 69).

<sup>108</sup> Roxin, **TuT**, s. 25.

<sup>109</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 11.

<sup>110</sup> Bu ayrım için bkz.: Otto, **Strafrecht**, s. 223.

<sup>111</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 223

<sup>112</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 223. Otto'ya göre ise oluşum sürecine hakimiyet her zaman iradi hakimiyete dayanır; ancak bu hakimiyet objektif sahada tezahür eder. Dolayısıyla ne objektif ne de subjektif unsura öncelik tanınmalıdır. Bkz.: Otto, **Strafrecht**, s. 224.

<sup>113</sup> Welzel, **Strafrecht**, s. 100.

<sup>114</sup> Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 99.

oluşum sürecini bu yönlendirici irade çerçevesinde elinde tutmak şeklinde tanımlamaktadır<sup>115</sup>. Diğer taraftan final hareket teorisinin ceza hukukunun diğer meseleleri gibi iştirak ve bu bağlamda faillik ve şeriklik ayrımı konusunu da hareket teorisi üzerinden açıklamaya çalışması öğretide eleştirilmiştir. Hareket teorisinden iştirak statüleri ve suç ortaklarının birbiri ile ilişkileri konusunda bir sonuç çıkarılamayacağı, amaçsalılık açısından faillik ve şeriklik arasında bir fark bulunmadığı ifade edilmektedir<sup>116</sup>. Zira amaçsalılık bu teoriye göre kast ile aynı manaya geldiğinden fail gibi şerikin de kast ile hareket etmesi zorunludur<sup>117</sup>.

İcrai suçlarda failliği belirleyici kriterin fiil hakimiyeti olduğunu söyleyen yazarlardan bir kısmı, bunun aynı zamanda karar verme hakimiyeti (*Entscheidungsherrschaft*) ve şekillendirme hakimiyeti (*Gestaltungsherrschaft*) olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu ilave etmektedir. Her bir faillik türünde bu unsurlar farklı şekillerde baskın hale gelmektedir. Doğrudan faillikte her iki unsur da baskın bir şekilde mevcut iken, dolaylı faillikte karar verme hakimiyeti, müşterek faillikte ise şekillendirme hakimiyeti baskındır. Bununla birlikte her iki unsur da her bir faillik türünde birlikte mevcuttur<sup>118</sup>. Ancak bu görüş savunucuları ihmali suçlarda icrai suçlardaki ile benzer bir fiil hakimiyetinin bulunmadığını iddia etmektedirler. Zira salt bir ihmal ile şekillendirme hakimiyetinin tesis edilmesi mümkün değildir, karar verme hakimiyeti ise sınırlı bir biçimde gerçekleşmektedir<sup>119</sup>.

Bugün ağırlıklı olarak kabul edilen şekliyle fiil hakimiyeti teorisinin *harekete hakimiyet*, *iradeye hakimiyet* ve *fonksiyonel hakimiyet* şeklinde üç görünüm biçimi bulunmakta ve bunların her biri farklı faillik türlerine referans olmaktadır<sup>120</sup>. Bu bağlamda harekete hakimiyet doğrudan faillik, iradeye hakimiyet dolaylı faillik ve fonksiyonel hakimiyet ise müşterek failliğin yapıtaşdır<sup>121</sup>.

---

<sup>115</sup> Bkz.: Reinhart Maurach, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage, Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1965, s. 533.

<sup>116</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 90.

<sup>117</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 90, 91.

<sup>118</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 186.

<sup>119</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 186.

<sup>120</sup> Roxin, **TuT**, s. 127 vd.; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 453.

<sup>121</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 453; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 749; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 404, 405; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 84. Fiil hakimiyetinin bu üç görünüm şekli ve iştirak statülerine yansımaları hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: Roxin, **TuT**, s. 127.

Fiil hakimiyetinin üç görünüm şeklinden biri olan fonksiyonel hakimiyet ile ilgili olarak şu değerlendirmeler yapılmaktadır: Kişinin harekete olan hakimiyetini fonksiyonel hakimiyete dönüştüren bir suç ortağının suça yönelik katkısı diğer suç ortaklarının katkılarıyla tamamlanmaktadır veya bu suç ortağının katkısı diğer suç ortaklarının katkılarını tamamlayıcı etki göstermektedir. Bu da hareketin birlikte işlenmesi kastına ve fiil hakimiyetinin sübjektif unsuruna tekabül etmektedir<sup>122</sup>. Böylelikle finalist fiil hakimiyeti kavramının oluştuğu ifade edilmektedir<sup>123</sup>.

Fiil hakimiyeti teorisinin ikilik sisteminin fonksiyonlarını yerine getirip getirmediğine dair bir inceleme yapıldığında, teorinin, farklı sorumluluk kategorilerinin belirlenmesi ve genel önleme hedefleri yönünden işlevsel olduğu görülmektedir<sup>124</sup>. Fiil hakimiyeti kıstasının dar faillik anlayışının katılığını yumuşattığı ve bununla birlikte fail ile şerik arasındaki ayrım tespitinde güçlendirici bir etki sunduğu ifade edilmektedir<sup>125</sup>.

Bu teorinin en önemli yanının tüm faillik türleri bakımından genelgeçer bir açıklama yapabilmesi olduğu ifade edilmektedir<sup>126</sup>. Buna karşın fiil hakimiyeti teorisi de birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Burada özellikle, ihmali suçlar bakımından getirilen eleştiriye yer vermek gerekir. İhmali suçlarda, her ikisi de hareketsiz kalan iki kişiden birinin fiil hakimiyetini sağlayamadığı için yardım eden, diğerinin ise bu hakimiyeti sağlamakla fail olarak adlandırılmasının kolay anlaşılabilir olmadığı ifade edilmektedir<sup>127</sup>.

Öte yandan *Mezger/Blei*, fiil hakimiyetinin önemli bir kriter olmakla birlikte suç tanımının kişisel olarak gerçekleştirilmediği hareketler bakımından tek kriter olmasının gerekmediğini ifade etmektedir<sup>128</sup>. Burada suç ortağının irade içeriği faillik ve şeriklik ayrımında tamamlayıcı bir kriter olarak devreye girebilir; ancak bunun temeli sübjektif teori olmayıp münferit suç tanımının mantığıdır<sup>129</sup>.

<sup>122</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 67.

<sup>123</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 67.

<sup>124</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 86, 87.

<sup>125</sup> Bkz.: Zahit Yılmaz, “Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik”, İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2018, s. 97.

<sup>126</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 404.

<sup>127</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 240.

<sup>128</sup> Mezger, Blei, **AT**, s. 278.

<sup>129</sup> Mezger, Blei, **AT**, s. 278.



*Joecks/Scheinfeld*'e göre ise, fiil hakimiyeti teorisine ilişkin kuşkular yükümlülük suçları söz konusu olduğunda teorinin kendi kriteri olan “fiil hakimiyeti”nden sarfınazar etmesi nedeniyle vücut bulmaktadır. Fiil hakimiyeti teorisinin savunucularının yükümlülük suçlarının özelliği olarak bir yükümlülüğün ihlal edilmiş olmasını göstermelerinin haklı olmadığı, zira her suçun cezaya tabi bir hareket etme veya ihmal etme yükümlülüğünün ihlali olması sebebiyle bu anlamda bir yükümlülük suçu olduğu ve her iştirak formunun da yükümlülük ihlali teşkil ettiği ifade edilmektedir. Bu nedenle yükümlülük ihlali failliğin şerikliğe nazaran bir farkı olamaz ve bu nedenle başka bir belirleyici kriter bulunmalıdır. Bu durumda kanun koyucunun sempati duyduğu ve fakat kanunda sabitlemekten kaçındığı “normatif fiil hakimiyeti” kavramına başvurmak yasa uygulayıcıları için bazı durumlarda bir yol olabileceği de dile getirilmektedir<sup>130</sup>.

## 5. Fiil Hakimiyeti Teorisine Yakın Diğer Teoriler ve Bağımsız Teoriler

Faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin, Alman hukukunda uygulamaya hakim olan subjektif teori ve öğretilerde baskın olan fiil hakimiyeti teorisi dışında farklı teoriler de bulunmaktadır. Bu teorilerin fiil hakimiyeti teorisine yakın ve ondan bağımsız teoriler olmak üzere bir ayrıma tabi tutulabileceği ifade edilmektedir<sup>131</sup>. Failin sorumluluğunu özerklik (*Autonomie*)<sup>132</sup> veya öz sorumluluk (*Selbstverantwortungsprinzip*)<sup>133</sup> ilkelerinden yola çıkarak açıklamaya çalışan görüşler fiil hakimiyeti teorisine yakındır. Bu kavramlar öncelikle dolaylı faillik kurumunu ilgilendirmektedir<sup>134</sup>. Failliği karar üstlenmeciliği (*Entscheidungsträgerschaft*) olarak açıklama önerisi de fiil hakimiyeti teorisine yakın görüşlerden biridir. Bu durumda doğrudan faillikte asıl karar vericilik (*originäre Entscheidungsträgerschaft*), dolaylı faillikte kararın üstlenilmesi (*Entscheidungsubernahme*) ve müşterek faillikte birlikte karar verme (*Entscheidungsverbund*) söz konusudur<sup>135</sup>.

<sup>130</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 34.

<sup>131</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 88.

<sup>132</sup> Bkz.: Maria Katharina Meyer, **Ausschluss der Autonomie durch Irrtum: ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung**, Heymann, 1984.

<sup>133</sup> Heribert Schumann, **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr, 1986.

<sup>134</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 88.

<sup>135</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 88.

Bağımsız nitelikteki görüşlerden biri, faillik ve şeriklik ayrımını hangisinin uygulanacağı her somut olaya göre değişebilecek şekilde bir dizi objektif ve sübjektif noktaya bağlı kılmayı amaçlamaktadır ki bu yaklaşım farklılaştırılmış iştirak sisteminin işlevlerinin yerine getiremeyeceği, uygulamasının çok belirsiz olduğu ve keyfi kararların alınmasına neden olabileceği gerekçeleriyle eleştirilmektedir<sup>136</sup>.

Bağımsız görüşlerden bir diğeri *Stein* tarafından savunulan ve farklı bir perspektiften hareketle faillik ve şerikliğe ilişkin davranış normlarının öncelik (*Dringlichkeit*) yönünden farklılaştırıldığının ileri sürüldüğü yaklaşımdır. Bu görüşün, sonuçları itibarıyla fiil hakimiyeti teorisinden neredeyse hiçbir sapma göstermediği savunulmaktadır. Öte yandan bu yaklaşımın davranış yükümlülüğü ile kendi başına ölçülebilir olmayan bir kavrama odaklandığı ve neticenin ifade ettiği haksızlığı gözardı ettiği gerekçesiyle fiil hakimiyeti teorisine kıyasla faillik ve şeriklik ayrımında daha iyi bir kriter sunup sunmadığı konusunun şüpheli olduğu dile getirilmektedir. Bu nedenle, fiil hakimiyeti teorisinin haksızlıktan ötürü sorumluluğun ölçüsünü davranış normlarının önceliği kriterine kıyasla daha iyi gösterdiği ifade edilmektedir<sup>137</sup>.

## 6. Türk Hukuku Bakımından Durum

765 sayılı TCK döneminde öğretide ve Yargıtay kararlarında faillik ve şeriklik ayrımı konusunda sistematik bir yol izlenmediği, aksine Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında olduğu gibi daha çok somut olay bağlamında birden fazla kriterin birlikte dikkate alınması suretiyle bütüncül bir değerlendirme yapılarak sonuca ulaşıldığı söylenebilir<sup>138</sup>. Ancak bu yöntem hakime tanıdığı takdir sahasının genişliği sebebiyle hukuki güvenlik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir<sup>139</sup>. Aynı dönemde, öğretide ve Yargıtay kararlarında özel bir yükümlülük ihlalinin şart koşulduğu suçlar bakımından bu yükümlülüğü haiz olmayan kişinin de suça iştirak edebileceği değerlendirmesi yapılırsa da iştirak statüsünün ne olacağı konusunda bir izahat bulunmaması yine eleştiri konusu yapılmıştır<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> Schmidhäuser, AT, § 10, kn. 46; Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 89.

<sup>137</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 89, 90.

<sup>138</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 120, 121.

<sup>139</sup> Bkz.: Claus Roxin, "Ein 'neues Bild' des Strafrechtssystems", *ZStW*, C. 83, 1971, s. 395; Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 122.

<sup>140</sup> Bkz.: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 122. 765 sayılı TCK'da yer alan zorunlu fer'i iştirak düzenlemesi, nitelik itibarıyla yardım etme özelliği taşıyan bir katkının suçun işlenmesi bakımından önemli bir role sahip olması ve dolayısıyla bu katkı olmasaydı suçun işlenmesinin imkansız olacağı söylemine dayanmaktadır.

5237 sayılı TCK'nın 37. maddesi hükmüne bakıldığında ise hukuk sistemimizde faillik ve şeriklik ayrımı için benimsenenin fiil hakimiyeti teorisi olduğu açıkça görülmektedir<sup>141</sup>. Madde gerekçesi, “yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hakimiyet ölçü alınarak belirlenecektir”<sup>142</sup> demek suretiyle bu hususu daha açık bir dille ortaya koymaktadır<sup>143</sup>.

Öğretide TCK'nın benimsediği anlayışa paralel olarak, faillik ve şeriklik ayrımında kullanılacak kritere ilişkin genel yaklaşımın, bazı şerhler düşülmekle birlikte, fiil hakimiyeti teorisinden yana olduğu görülmektedir.

Özgenç'e göre, bütün suçlar için geçerli genel bir fail kavramının oluşturulması mümkün olmamakla birlikte failliğin belirlenmesini sağlayacak asgari kriterleri tayin etmek mümkündür<sup>144</sup>. Bu kriterlerden her biri somut olaya göre tek başına veya diğer kriterlerle farklı kombinasyonlar halinde uygulama alanı bulabilir. Genel olarak suçların çoğunda fail, fiil hakimiyeti kriteri ile belirlenecektir; ancak belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin emredildiği ihmali suçlarda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen kişi faildir. Özgü suçlarda ise faillik için özel bir yükümlülüğün varlığının yanı sıra fiil hakimiyeti de bir şart olarak aranacaktır<sup>145</sup>.

Özbek/Doğan/Bacaksız, bugün artık iştirak halinde sorumlulukların belirlenmesi konusunda karma bir görüşün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu anlayışa göre sorumlulukların belirlenmesinde, harekete objektif olarak katılımın şekli ile ağırlığı ve suça

---

Öğretideki bu tür katkıların asli faillik olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş, bu anlayışın suçun işlenişine sunulan katkının neticenin meydana gelmesine nedensel etkisini dikkate alan hatalı bir metodun yansıması olduğu eleştirisi sunulmaktadır. Katkısı bu seviyede önemli olan bir kimsenin her halükarda neticeyi önleme imkanına sahip olacağı, ancak bunun olayların yönetilmesi bakımından negatif bir noktayı oluşturduğu ve fiil hakimiyetini karşılamayacağı ifade edilmektedir (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 123, 124).

<sup>141</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 748; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 453.

<sup>142</sup> Bkz. madde gerekçesi

<sup>143</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 453.

<sup>144</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 140. Özgenç'e göre, iştirak türleri insan davranışının değişkenliği göz önünde bulundurulmak suretiyle, somut olaya uygun ve hakkaniyetli bir sonuç sunacak ve belirliği azami ölçüde sağlayacak biçimde tanımlanmalıdır. Bu tanımlama kanunun normatif düzenlemelerinden yola çıkılarak teleolojik bir yöntem izlenmek suretiyle yapılabilir. Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 138, 139.

<sup>145</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 140. Bazı davranış normlarının muhatabı özel bir yükümlülüğü haiz olan kimselerdir; ancak bu yükümlülük altında olmayan kişilerin de tamamıyla söz konusu davranış normlarından muaf oldukları sonucu çıkmamakta, extraneus olarak adlandırılan bu kimseler ilgili davranış normlarının tali muhatabı olarak bu normların ihlaline katkıda bulunmama yükümlülükleri vardır (Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 130, dn. 8).

katılanın iradesinin esas alınması gerekir<sup>146</sup>. Bu ifadelerde de maddi objektif teorinin geliştirilmiş bir şekli olan fiil hakimiyetinin izlerine rastlanılmaktadır.

## II. ÖZGÜ SUÇLAR İLE YÜKÜMLÜLÜK SUÇLARINDA FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

### A. Ayrım Konusunda İleri Sürülen Görüşler

Özgü suçlar ile yükümlülük suçları arasındaki ilişkiye dair farklı görüşlere ve bu konudaki değerlendirmemize çalışmanın birinci bölümünde yer vermiştik. Kısaca tekrar ifade etmek gerekirse bizce, özgü suç ile yükümlülük suçu kavramları aynı yükümlülük kaynağından doğmaktadır ve içerik itibarıyla özdeş kavramlardır. Bu itibarla öğretide yükümlülük suçları ile özgü suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin olarak ileri sürülen görüşlere bu başlık altında birlikte yer verilecektir. Çalışmada esasen özgü suç terimi benimsenmiş olmakla birlikte, öğretide bu iki kavramı özdeş görmeyen yahut terminolojik açıdan yükümlülük suçları kavramının kullanılmasını isabetli bulan yazarların yaklaşımlarını değişiklik yapmaksızın yansıtabilmek için bu kısımda her iki terim de -birbiri yerine geçebilecek şekilde- kullanılacaktır.

Özgü suçlarda faillik için aranacak koşulların ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Azınlıkta kalan eski bir fikre göre, suç tanımında öngörülen özel faillik vasfına karşılık gelen özel bir yükümlülük altında olmayan kişilerin müstakil fail olarak özgü suçu işlemeleri mümkün olmamakla birlikte bu kişiler özel faillik vasfını taşıyan *intraneus* ile birlikte suçu işlerse fail olarak sorumlu tutulmaları mümkün olabilecektir<sup>147</sup>. İzahı dolaylı faillik kurumu üzerinden gerçekleştiren ve ön plandaki kişinin özel yükümlülük altında olmasını, arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilmesi için yeterli görenler de aynı yaklaşımı benimsemiş olmaktadır<sup>148</sup>. Bu görüş, özel yükümlülük ihlalinde harekete hukuka aykırılık içeriğini kazandıranın bu yükümlülük olduğu ve böyle bir yükümlülük altında

<sup>146</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 532.

<sup>147</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 166. Suçun kanuni tanımında yer alan özel faillik vasfını veya özel yükümlülüğü haiz kişi *intraneus* olarak adlandırılırken, bu özellikleri taşımayan suç ortağı *extraneus* olarak isimlendirilmektedir (Kienapfel, **AT**, s. 549).

<sup>148</sup> Bu görüş için bkz.: von Hippel, **Strafrecht**, s. 483; von Liszt, **Strafrecht**, s. 209. Bu görüşe yer veren bir eser olarak bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 127.

olmayan kişinin hiçbir zaman için bu tür bir haksızlığı gerçekleştiremeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>149</sup>.

Öte yandan “yükümlülük suçları teorisi” (*Pflichtdeliktslehre*) olarak adlandırılan bir başka görüş uyarınca, özgü suçlarda faillik için aranan yegane şart özel bir yükümlülük altında olmaktır<sup>150</sup>. Bu görüş, *Roxin* tarafından savunulmakta ve “*yerine koyma tezi*” olarak da adlandırılmaktadır<sup>151</sup>. *Roxin*, suçlar arasında faillik ve şeriklik ayrımı bakımından *yükümlülük suçları* ve *hakimiyet suçları* ayrımı yapmakta, yükümlülük suçları için özel bir yükümlülüğün ihlalini faillik açısından yeterli görürken hakimiyet suçlarında fiil hakimiyetini faillik için kriter olarak kullanmaktadır<sup>152</sup>. Buna göre, suça katılan kişinin suçun işlenmesine katkısının düzeyi failliğin belirlenmesinde hiçbir önemi haiz değildir ve ne koşulda olursa olsun özel yükümlülük altında olan kişinin katkısının maddi düzeyi esas alınarak şerik olarak nitelendirilmesi mümkün değildir<sup>153</sup>.

Yükümlülük suçlarının temel özelliği, bu suçların faili olabilmek için yükümlülük ihlalinin sadece şart değil aynı zamanda yeterli de olmasıdır ve böylelikle hakimiyet suçlarından farklı olarak, yükümlülük suçlarında faillik için fiil hakimiyeti şartı aranmamaktadır<sup>154</sup>. Yükümlülük suçlarında fiil hakimiyeti kriterinden feragat edilmesi üç temel neden üzerinden gerekçelendirilmektedir<sup>155</sup>: İlk olarak, tipe uygun sürecin merkezi figürünün fail olduğu, genel suçlarda bu merkezi figürün fiil hakimiyeti ile belirlenmesine karşın yükümlülük suçlarında özel bir yükümlülük altında bulunan kişinin bu figürü oluşturduğu ifade edilmektedir. Diğer yandan, yükümlülük suçlarında yasa koyucu belirli bir yükümlülüğün ihlalini suç olarak tanımlayarak kendisi için önemli olanın dışsal davranış değil, bu yükümlülük olduğunu ortaya koymaktadır. Son olarak, yükümlülük suçu öğretisi sayesinde vasıfsız bir aracın (*qualifikationslos-doloses Werkzeug*) kullanımı vasıtasıyla dolaylı failliğin açıklanabildiği savunulmaktadır.

<sup>149</sup> Bkz.: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 167; Winrich Langer, *Die Sonderstraftat: Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen*, 2. Vollständig neu bearbeitete Auflage des Werks “Das Sonderverbrechen”, Berlin, Duncker&Humblot, 2007, s. 208-210.

<sup>150</sup> Roxin, *TuT*, s. 352 vs.; Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 168.

<sup>151</sup> Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 129, 130.

<sup>152</sup> Roxin, *TuT*, s. 354, 355.

<sup>153</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 168.

<sup>154</sup> Roxin, *AT*, C. II, s. 267; Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 166.

<sup>155</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 166, 167.

Yükümlülük suçları teorisi, hangi suçların yükümlülük suçları çemberine dahil edileceği ve yükümlülük ihlalinin kapsamının ne olduğu noktalarında belirsizlik arz ettiği gerekçeleriyle itiraza uğramaktadır<sup>156</sup>.

*Jakobs* da faillik konusunu ele alırken suçlar arasında hakimiyet suçları (*Herrschaftsdelikte*) ve yükümlülük suçları (*Pflichtsdelikte*) ayrımı yapmaktadır<sup>157</sup>. Kendi organizasyonel çevresini (*Organisationskreis*) başka birini olumsuz yönde etkileyerek şekillendirme biçiminde tanımlanabilecek olan hakimiyet suçlarında faillik, fiil hakimiyeti ile karakterizedir. Bununla birlikte, sadece kendi organizasyon sahasında bir değeri ihlal etmekten kaynaklanmayıp bir değeri korumakla sorumlu olunan suç tipleri de bulunmaktadır ki bunlar yükümlülük suçlarıdır. Bu suçlarda iştirakçinin değerle ilişkisi doğrudandır, yani bağlılığa dayanmamaktadır ve daima faillğe ilişkindir<sup>158</sup>.

Öğretide bazı yazarlar ise yükümlülük suçları arasında bir ayrıma gitmekte ve faillğe ilişkin şartları bu ayrım çerçevesinde belirlemektedir. Buna göre sırf yükümlülük suçlarında yükümlülük ihlali tek başına fail olmak için yeterli görülürken, hakimiyet ve yükümlülük suçları olarak adlandırılan kategoride yer alan suçlar bakımından ayrıca fiil hakimiyeti koşulunun gerçekleşmesi gerekmektedir<sup>159</sup>. Bu görüş birtakım eleştirilere maruz kalmıştır. Bu bağlamda ileri sürülen eleştirilerden biri, fiil hakimiyetinin aranmadığı sırf yükümlülük suçlarında fiilin işlenmesine çok uzak bir katkıda bulunan kimsenin dahi fail olarak kabul edilmesi sebebiyle kanunsuz ceza olmaz ilkesine aykırı davranılmış olacağı yönündedir<sup>160</sup>.

Özgenç'in daha önceki fikirlerine göre, özgü suçlarda faillik için özel yükümlülük altında olmanın yanı sıra fiil hakimiyetinin de tesis edilmiş olması gerekmektedir<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 168, 169.

<sup>157</sup> Jakobs, *AT*, s. 603 vd.

<sup>158</sup> Jakobs, *AT*, s. 655.

<sup>159</sup> Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 132, 133. Demirel, sırf yükümlülük suçları ve görünüşte yükümlülük suçları ifadelerini kullanarak bu ayrımı yapmakta, görünüşte yükümlülük suçlarını ise gerçek olmayan özgü suçlara karşılık gelecek şekilde kullanmaktadır. Bkz.: Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s.136 vd. Kanaatimizce bu ayrım tam olarak Özgenç'in sırf yükümlülük suçları ve hakimiyet-yükümlülük suçları ayrımına denk düşmemektedir. Zira her iki ayrımın amacı ve hareket noktası farklılık arz etmektedir. Gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayrımı, suçun temel halinin oluşması için özel faillik vasfına gerek olup olmadığı noktasına odaklanmaktadır. Sırf yükümlülük suçu ile hakimiyet ve yükümlülük suçları ayrımında ise odak noktası özel faillik vasfının suçun kurucu unsuru olup olmadığı değil, failliğin kurucu unsuru olup olmadığıdır.

<sup>160</sup> Demirel, *Bağlılık Kuralı*, s. 135.

<sup>161</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 171. Öztürk/Erdem de benzer şekilde özgü suçlarda suçun kanuni tanımında yer alan özel niteliği taşımayan kişinin, fiil hakimiyetini sağlasa bile, fail olarak sorumlu

Dolayısıyla özel yükümlülük altında olmasına karşın fiil hakimiyetini sağlayamayan kişinin suçun işlenmesine ancak şerik olarak katılabileceğini söylemek gerekmektedir<sup>162</sup>. Ancak *yazar* daha sonra bu görüşünü revize etmiş, sırf yükümlülük suçları ile hakimiyet ve yükümlülük suçları ayrımı ekseninde konuyu ele almıştır. Buna göre sırf yükümlülük suçlarında faillik için özel yükümlülük ihlali yeterli iken hakimiyet ve yükümlülük suçlarında kanuni tanımda belirli bir fiilin gerçekleştirilmesi öngörüldüğünden özel yükümlülük ihlaline ek olarak fiil hakimiyetinin de sağlanmış olması gerekmektedir<sup>163</sup>.

Kamu görevlileri kamusal bir faaliyete katılmış olmakla birlikte ceza hukuku dışında başka bir alandan (idare hukukundan) doğan özel bir yükümlülük altına girmektedir<sup>164</sup>. Kamu görevlilerinin asli muhatabı olduğu yükümlülük suçlarında özel yükümlülük altındaki kişi ile işlediği hareketin haksızlık muhtevası arasında özel bir ilişki bulunmaktadır<sup>165</sup>. Bu nedenle bu suçlar bakımından fail olabilmek için özel yükümlülük altında olmanın şart olduğu ifade edilmektedir<sup>166</sup>. Ancak yükümlülük suçları arasında yapılan ayırmada hangi suçların sırf yükümlülük suçu olduğu konusunda farklı görüşler ortaya çıkabilmektedir. Sözgelim görevi kötüye kullanma suçunun sırf yükümlülük suçu olarak kabul edilip edilmemesine göre fiil hakimiyeti şartının aranıp aranmayacağına dair kabul de değişecektir. *Özgenç*'e göre, görevi kötüye kullanma, genel, tali ve tamamlayıcı bir norm olarak sırf yükümlülük suçlarından sayılmakta ve bu nedenle bu suçta faillik için özel yükümlülük ihlalinin varlığı yeterli görülmekte, ayrıca fiil hakimiyeti bir kriter olarak aranmamaktadır<sup>167</sup>. *Akbulut* da, sırf yükümlülük suçları olarak tarif edilen suçlara görevi kötüye kullanma suçunu örnek olarak göstermektedir<sup>168</sup>. *Akbulut*'a göre TCK'nın 40. maddesinin gerekçesine bakıldığında özgü suçlarda yükümlülük sahibi olmanın faillik için tek başına yeterli olmayabileceği, fiil hakimiyetinin de gerekli olduğu yönündeki ifadeler yükümlülük suçlarında sırf yükümlülük

---

tutulmasının mümkün olmadığı, bu kişinin ancak şerik olarak sorumlu kılınabileceği görüşündedirler. Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 408.

<sup>162</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 171.

<sup>163</sup> Bkz.: Özgenç, **Genel Hükümler**, s. 622. Aynı doğrultuda: Ahmet Gökcen, **Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212)**, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 363.

<sup>164</sup> İzzet Özgenç, "Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 344; Tayyip Eroğlu, "Suça İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik", İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2022, s. 321.

<sup>165</sup> Özgenç, "Yükümlülük Suçları", s. 344.

<sup>166</sup> Özgenç, "Yükümlülük Suçları", s. 344, 345.

<sup>167</sup> Özgenç, "Yükümlülük Suçları", s. 345.

<sup>168</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 185.

suçu ve hakimiyet-yükümlülük suçları ayırımına göre failliği belirleyen görüşün benimsenmiş olduğunu göstermektedir<sup>169</sup>. Öte yandan Üzülmaz tarafından, özgü bir suç olarak icrai hareketle görevi kötüye kullanma suçunun işlendiğini söyleyebilmek için failin kamu görevlisi olmasının yanı sıra görevin gereklerine aykırı bir davranışın da gerçekleştirilmesinin gerektiği, bu itibarla kamu görevlisi sıfatını haiz olmakla birlikte fiil hakimiyetini sağlayamayanların bu suç bakımından fail olamayacağı dile getirilmektedir<sup>170</sup>.

Öğretide, gerçek olmayan ihmali suçlar, faillik belirlemede etkili olacak şekilde yükümlülük suçları olarak sınıflandırılmakta ve bunun nedenleri şöyle izah edilmektedir<sup>171</sup>: Öncelikle bir gerçek olmayan ihmali suçun karakteristik özellikleri tipik neticenin meydana gelmesine ek olarak, bu neticeyi bir hareketle önleme olasılığının ve bu yönde hukuki bir yükümlülüğün bulunmasıdır. Faillik için tipikliğin gerçekleştirilmesinden başka bir şeye ihtiyaç duyulmayacağından, ihmali suçlarda neticeyi önleme olasılığı ve garantörsel yükümlülük failliğin oluşmasını sağlar. Ayrıca ihmali suçlarda gerçek anlamda bir fiil hakimiyeti söz konusu olmadığından isnadiyet için neticeden kaçınma olasılığı dışında bir neden kalmamakta ve olayın ihmalde bulunan tarafından bu şekilde negatif yönlendirilmesi farklı bir vurguya izin vermemektedir.

İhmali suçlarda yükümlülük suçu teorisinin uygulanmasına, bu teorisinin faillik ve şeriklik arasında bir ayırım yapmaktan uzak olduğu, tüm bir suç grubu için failliği esas aldığı ve böylelikle faillik ve şeriklik arasında yasal olarak öngörülen ayrımı reddetmiş olduğu gerekçeleriyle itiraz edilmektedir<sup>172</sup>.

Öğretide bazı yazarlar ihmali suçların yükümlülük suçları olarak sınıflandırılmasına bir yanda yükümlülük suçları teorisinin ikna edici olmadığı, diğer yanda ise tüm garantörsel

---

<sup>169</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 185.

<sup>170</sup> Bkz.: İlhan Üzülmaz, “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, No: 1, 2012, s. 212.

<sup>171</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 171, 172

<sup>172</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 175. Bu teorisinin kendi alanında geniş fail anlayışını yansıttığına dair bkz.: Marco Deichmann, **Grenzfälle der Sonderstrafat: Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten**, Berlin, Duncker&Humblot, 1994, s. 20.



yükümlülüklerin bu teori çerçevesinde failliği kurucu yükümlülükler olarak ele alınmasının şüphe yarattığı gerekçesiyle karşı çıkmaktadırlar<sup>173</sup>.

## B. Türk Ceza Kanununun Benimsediği İlke ve Buna Yönelik Eleştiriler

5237 sayılı TCK'nın bağıllık kuralı başlıklı 40. maddesinin ikinci fıkrasında özgü suçlarda iştiraki düzenleyen ve 765 sayılı TCK'da karşılığı olmayan özel bir hüküm bulunmaktadır: *“Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. Bu suçların işlenişine iştirak eden kişiler ise, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulur.”* Bu hüküm ile özel faillik vasfı bulunmayan kişilerin özgü suçun faili olamayacağı açıklığa kavuşturulmuş olmakta ve fakat fiil hakimiyetinin faillik ve şeriklik ayrımında bir koşul olarak aranıp aranmayacağı sorunu varlığını sürdürmektedir. Maddenin gerekçesinde yer alan şu ifadeler ise özgü suçlarda özel faillik vasfının yanı sıra fiil hakimiyetinin faillik değerlendirmesinde gündeme gelebileceğini göstermektedir: *“Sadece özel faillik niteliğine sahip olmak, özgü suçun faili olarak sorumluluk için yeterli olmayabilir. Bunun için, özel faillik niteliğinin yanı sıra, ayrıca fiil üzerinde hakimiyet kurulması gerekir.”* Bu ifadeden fiil hakimiyetinin tüm özgü suçlarda mutlak bir şart olarak aranacağı sonucu çıkmamaktadır. Gerekçenin devam eden cümlelerinde fiil hakimiyetinin aranacağı durumlardan birine örnek olarak resmi belgede sahtecilik suçu gösterilmiştir. Bu suçun kanuni tanımı belirli bir fiili içermekte olduğundan yukarıda zikredilen ve özgü suçlar arasında sırf yükümlülük suçu-hakimiyet ve yükümlülük suçu ayrımını esas alan görüşü akla getirmektedir. Buna göre, kanun koyucunun belirli bir fiilin tanımlandığı hakimiyet ve yükümlülük suçları olarak ifade edilen kategoriye dahil olan özgü suçlar için özel faillik vasfının yanı sıra fiil hakimiyetini de bir koşul olarak aradığı sonucu çıkarılabilecektir.

---

<sup>173</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 176. Ancak Mosenheuer, bundan bağımsız olarak, farklı bir şekilde gerekçelendirilmek suretiyle yükümlülük suçları teorisinin savunulabileceğini ifade etmektedir. Yazar bu bağlamda, ihmal ve netice arasındaki dolaysız isnadiyet yapısı dikkate alındığında, ihmalde bulunanın tipiklik unsurlarını şahsında gerçekleştirdiği durumlarda ihmalin doğrudan faillik olarak değerlendirilmesini mümkün olduğunu savunmaktadır. Bu görüş, hukuki değere yönelik tehlikenin bir insan tarafından mı yoksa doğal güçler tarafından mı oluşturulduğunun garantörlük bakımından bir fark yaratmayacağı yönündeki argümanla desteklenmektedir. Ancak sonuçları itibarıyla fail teorisi (*Tätertheorie*) olarak adlandırılabilir olan ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin bu teorinin (yükümlülük suçları teorisi), özellikle ihmali suçlar aracılığıyla, farklılaştırılmış iştirak sisteminin yuvarlanmasına yol açacak şekilde, icrai haksızlıkla yarışan ihmali iştirak formlarını düzleştirerek uygulamada değer çelişkilerine neden olacağı ifade edilmektedir (Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 176).

Özgü suça ilişkin bu düzenleme öğretide büyük ölçüde benimsenmiştir. Bu bağlamda gerçek ve görünüşte özgü suçlar arasında bir ayırım yapılmakta ve gerçek özgü suçlarda özel faillik vasfını haiz olmayan kişinin müşterek fail veya dolaylı fail olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı, görünüşte özgü suçların ise bu sıfatı taşıyan ve taşımayan kişilerce müşterek faillik şeklinde işlenebileceği; ancak bu durumda özel faillik vasfını taşımayan kişinin suçun temel halinden diğerinin ise nitelikli halinden fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>174</sup>. Buna göre gerçek özgü suçlarda özel faillik vasfını taşımayanların ne doğrudan, ne de müşterek veya dolaylı fail olabileceği ifade edilmektedir<sup>175</sup>.

40. maddenin ikinci fıkrasındaki ilkeye paralel olarak *Gökçen*, bağlılık kuralı kapsamında resmi belgede sahtecilik suçları üzerinden verdiği bir örnekte, kamu görevlisi tarafından bu sıfatı haiz olmayan bir kişiyi sahte tahsilat makbuzu düzenlemeye azmettirmesi durumunda bu hareketi gerçekleştiren kişinin özel faillik vasfını haiz olmaması sebebiyle 204. maddenin birinci fıkrasındaki suçun faili olarak cezalandırılacağını, arka plandaki kamu görevlisinin ise bu suça azmettiren olarak sorumlu tutulacağını ifade etmektedir<sup>176</sup>.

*Evik* kamu görevlisi sıfatını taşımakla beraber o konuda görevi olmayan kişilerin de görevi kötüye kullanma suçu bakımından müşterek fail olamayacağını ifade ettikten sonra, görevin olmaması sebebiyle söz konusu kişilerin fiil hakimiyetini de sağlayamayacaklarından ötürü müşterek fail olamayacaklarını ilave etmekte ve yine 40. maddenin ikinci fıkrasına işaret etmektedir<sup>177</sup>. Bu görüş *Welzel* ve *Gallas*'ın fiil hakimiyetinin tesisi ile özel unsurlar arasındaki

<sup>174</sup> Bkz.: Eroğlu, “Şeriklik”, s. 315, 316; Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 278. Balcı da özgü suçlarda iştirak konusunun gerçek ve gerçek olmayan özgü suçlar için ayrı ayrı değerlendirme yapmak suretiyle ele alınması gerektiğini, aksinin hatalı bir sonuca yönlendirebileceğini ifade etmektedir. Bu bağlamda değerlendirmelerine devam eden yazar gerçek olmayan özgü suçlarda suçun temel şeklinin herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli halinin ancak özgü niteliği haiz kişiler tarafından işlenebiliyor olması sebebiyle bu suçlarda faillik için fiil hakimiyetinin de aranması gerektiğini ifade etmektedir. Balcı gerçek özgü suçları ise bizzat işlenebilen gerçek özgü suçlar ve bir başkası aracılığıyla da işlenebilen gerçek özgü suçlar olmak üzere iki gruba ele almaktadır. Bu bağlamda sözelimi denetim görevinin ihlali ilk gruba örnek teşkil ederken zimmet suçu ikinci grup için verilen örneklerdendir. Bkz.: Meral Balcı, “Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme”, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi, Doktora Tezi, 2021, s. 456.

<sup>175</sup> Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 277. Zafer'e göre, özgü suçlarda müşterek faillik kuralı olarak mümkündür ve fakat kanun koyucu md. 40/f. 2 ile iradesini bu yönde kullanmamış, özel faillik niteliğini haiz olmayanların özgü suçun faili olamayacağını öngörmüştür. Bu suçlarda özel faillik vasfını taşıyan kişilere korunan hukuki değeri ihlal etmeme yükümlülüğü yüklenmiş olmakla birlikte 40. Maddenin ikinci fıkrası ile de bu nitelikleri taşımayan kişilere faillik vasfını taşıyanlarla işbirliği yapmama yükümlülüğü yüklenmiştir. Bkz.: Zafer, **Genel Hükümler**, s. 454.

<sup>176</sup> Gökçen, **Belgede Sahtecilik**, s. 365, 366.

<sup>177</sup> Vesile Sonay Evik, **Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK M. 257)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 201, 202. Benzer şekilde Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 276.

ilişki konusundaki görüş farklılıklarını akla getirmektedir. Zira *Welzel*, fiil hakimiyetinin tesis edildiğini tespit ettikten sonra suç tipinde öngörülen objektif ve sübjektif faillik vasıflarının aranması gerektiğini ifade ederken<sup>178</sup> *Gallas*, ancak bu özel vasıfların bulunması halinde fiil hakimiyetinin tesis edileceği fikrindedir<sup>179</sup>.

Özgü suça iştirake ilişkin, bu suçlarda ancak özel faillik vasfını taşıyanların fail olabileceği, bu vasfı taşımayan kişilerin ise azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabileceği yönündeki bu düzenleme öğretide aynı zamanda birtakım eleştirilere de uğramıştır. Bu sınırlamanın yerinde olmadığı, zira her özgü suçta icra hareketlerini mutlaka özel faillik vasfını taşıyan kişinin yapmasının mantıken zorunlu olmadığı dile getirilmiştir. Sözgelimi zimmet suçunda mal edinmenin, diğer bir deyişle icra hareketlerinin kamu görevlisi tarafından başkasına yaptırılması da mümkündür<sup>180</sup>.

40. maddenin ikinci fıkrasındaki hüküm ayrıca bazı yazarlarca eksik ve sistemi bozan bir hata olarak nitelendirilmiştir<sup>181</sup>. Bu bağlamda somut olayda faili tespit etmekten vazgeçilip kanunen varsayma yoluna gitmenin TCK sistemi ile çelişmekte olduğu dile getirilmektedir<sup>182</sup>.

Öğretide bir görüşe göre, suça iştiraki failin hareketine katılmak olarak tanımlayan ve iştirakin söz konusu olabilmesi için tipe uygun bir fiilin ve cezalandırılabilir bir asıl failin varlığını aramak yerinde değildir<sup>183</sup>. “Çok failli suç tipi anlayışı” olarak ifade edilen bu yaklaşıma göre bir suçun işlenmesine katkı sağlayan her katılımcının hareketi tipik hareketin bir parçası haline gelmekte ve bu bağlamda bağımsızlığını yitirmektedir<sup>184</sup>. Böylelikle her bir katılımcı hem kendi davranışından hem de tipik hareketin bütünü itibarıyla diğer katılımcıların davranışından sorumlu olmaktadır<sup>185</sup>. Bu görüşe göre dolaylı failin cezalandırılması için iştirake ilişkin hükümlerden yararlanmak mümkündür ve kanunda bu hususta ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek bulunmamaktadır<sup>186</sup>. İştirak halinde özel ceza normu ile iştirake

<sup>178</sup> Bkz.: *Welzel*, **Strafrecht**, s. 100.

<sup>179</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 96.

<sup>180</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 511.

<sup>181</sup> Bkz.: Yener Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, No: 1, 2006, s. 70.

<sup>182</sup> Bkz.: Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 70.

<sup>183</sup> Bkz.: Hasan Sınar, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 6, No: 15, 2011, s. 61.

<sup>184</sup> Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 61.

<sup>185</sup> Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 61.

<sup>186</sup> Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 61. Sınar bu görüş çerçevesinde, cezalandırılabilir durumda olmayan, sözgelimi kusur yeteneği olmadığı için cezalandırılmayan bir kişi ile bir başkasının iştirak ilişkisi içerisinde hareket edebileceğini, böylelikle ön plandaki kişinin cezalandırılabilir olmadığı dolaylı faillik hallerinde arka plandaki

ilişkin genel hükmün biraraya gelmesiyle teşekkül eden yeni bir çok failli suçun söz konusu olduğu ve bu bağlamda özel faillik vasfını haiz olmayan kişinin de müşterek fail olarak bu suçtan sorumlu tutulabileceği yönündeki görüş öğretide eleştirilmekte, tek failli bir suçun kanunda açıkça düzenlenmemiş çok failli bir suça dönüştüğünün kabulünün suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir<sup>187</sup>.

Bir görüşe göre, üçüncü kişiler tarafından da işlenebilecek olan (yani bizzat işlenebilen suç niteliğinde olmayan) özgü suçlarda tipik davranışın mutlaka özel faillik vasfını taşıyan kişi tarafından işlenmesi şart olmayıp özgü suçun parçalara ayrılmış biçimde işlenmesi mümkün olabilir<sup>188</sup>. Bu görüş savunucuları TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyi isabetli bulmamaktadırlar<sup>189</sup>. Aydın'a göre, ortak fiil hakimiyetini sağlayan ve fakat özel faillik vasfını haiz olmayan kişinin fail olarak kabul edilmemesini anlamak güçtür<sup>190</sup>. Yine özel faillik vasfını taşımamakla birlikte bu vasfı taşıyan birini suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin de işlenen özgü suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulması gerektiği yazar tarafından savunulmaktadır. Bu sonucun TCK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrası hükmünden çıktığı ifade edilmektedir<sup>191</sup>.

40. maddenin ikinci fıkrasının cezalandırmada adaletsizliğe yol açabilecek nitelikte olduğu da dile getirilmektedir<sup>192</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre sözelimi azmettiren ve özel faillik vasfını taşıyan kamu görevlisinden daha çok fiil üzerinde katkısı ve hakimiyeti olan ve sırf özel faillik vasfını taşımadığı için yardım eden olarak kabul edilen kişi adaletsiz bir biçimde daha az ceza ile cezalandırılmaktadır<sup>193</sup>.

---

kişinin iştirake ilişkin genel ilkeler çerçevesinde dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir. Bkz.: Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 61. Ancak yazar eserinin ilerleyen kısımlarında fiil hakimiyeti teorisine ilişkin açıklamalara yer vermiş, dolaylı faillikte faillik statüsünün bu teoriye göre iradeye hakimiyet kıstası üzerinden belirlendiğini ifade etmiştir. Bkz.: Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 61, 62. Bizce faillik ve şeriklik ayrımını kabul edip, bu ayrımın fiil hakimiyeti teorisi üzerinden yapılabileceğini ifade ettikten sonra artık çok failli suç tipi anlayışının benimsenmesi bir çelişkiyi ortaya koymaktadır. Zira çok failli suç tipi anlayışı çerçevesinde yapılan ve yukarıda metin içinde yer verilen açıklamalar, şerikliğe ilişkin bir değerlendirme içermemekte ve iştirak için tipik ve faili cezalandırılabilir esas bir fiilin bulunmasının gerekmediğine dair ifadeler bu anlayışın faillik ve şeriklik ayrımı yapmayı geniş fail anlayışını benimsediği izlenimini doğurmaktadır.

<sup>187</sup> Eroğlu, "Şeriklik", s. 314.

<sup>188</sup> Bkz.: Aydın, "İştirak", s. 435.

<sup>189</sup> Aydın, "İştirak" s. 435.

<sup>190</sup> Aydın, "İştirak" s. 437.

<sup>191</sup> Aydın, "İştirak" s. 440, 441.

<sup>192</sup> Bkz.: Özkan, "Azmettirme", s. 247, 248.

<sup>193</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 247, 248.

Öğretide bazı yazarlar ise kamu görevlisi olmayan kişilerin 40. maddenin ikinci fıkrası gereği görevi kötüye kullanma suçunun doğrudan veya müşterek faili olamayacağını; ancak azmettiren, şerik veya dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır<sup>194</sup>. Bu durumda kamu görevlisi olmadığı halde, cezalandırılmayan özgü suç failinin yerine sanki kendisi kamu görevlisiymiş gibi cezalandırılacağı ifade edilmektedir<sup>195</sup>.

### C. Suç Teşkil Eden Hareketin Yalnız Extraneus Tarafından İşlenmesi

#### Halinde Suça Katılanların Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi Sorunu

Araç konumundaki *extraneus* üzerinde hakimiyet kuran arka plandaki *intraneus*'un işlenen suçtan ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir<sup>196</sup>. Niteliksiz araç (*qualifikationslos-doloses Werkzeug*) kavramı altında, ön plandaki kişinin arka plandaki kişi aksine suçun kanuni tanımında öngörülen faillik vasfını taşımadığı, ancak bunun dışında cezalandırılabilirliği bakımından bir eksikliğin olmadığı durumlarda dolaylı failliğin söz konusu olup olamayacağı hususu ise tartışılmaktadır<sup>197</sup>.

Özel faillik vasfını taşımayan ve hareketi kusur yeteneksizliği, hata veya zorlama etkisi altında gerçekleştirmeyen *extraneus*'un arkasındaki *intraneus*'un ceza sorumluluğunun ne olacağı meselesi<sup>198</sup> konusunda Alman öğretisindeki hakim fikre göre, suçu arka planda kalarak işleten *intraneus*'un dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerekir. Gerekçe olarak, yükümlülük suçlarında suç tanımında yer alan özel yükümlülüğün herhangi bir şekilde ihlalinin yeterli olduğu fikri gösterilmektedir<sup>199</sup>. Öte yandan bu görüş, fiil hakimiyeti kriterinden tamamen vazgeçilmiş olduğu şeklinde eleştirilmektedir<sup>200</sup>. Burada arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin reddedilmesi gerektiği, böylelikle sorumluluk bakımından bir hukuki boşluk doğacağı ve bunun kanun koyucu tarafından doldurulması gerektiği savunulmaktadır<sup>201</sup>.

<sup>194</sup> Bkz.: Evik, **Görevi Kötüye Kullanma**, s. 100.

<sup>195</sup> Evik, **Görevi Kötüye Kullanma**, s. 100.

<sup>196</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 474.

<sup>197</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 112. Bu gibi durumlarda arka plandaki kişinin öncelikle özel yükümlülüğünü ihlal ederek hareketsiz kalmasından ötürü ihmali suçun faili olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Schmidhäuser, **AT**, s. 528.

<sup>198</sup> Burada ön plandaki kişinin özel faillik vasfını taşınamaması sebebiyle hareketinin tipikliğe uymayacağı ve dolayısıyla arka plandaki kişinin şerik olarak da kabulünün mümkün olamayacağı ve ceza sorumluluğu konusunda tereddüt bulunduğu hakkında bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 209.

<sup>199</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 209.

<sup>200</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 209.

<sup>201</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 209.

*Roxin*, niteliksiz aracın suçun işlenmesinde kullanıldığı durumlarda arka plandaki niteliği haiz kişinin irade üzerinde hakimiyet kuramaması durumunda fiil hakimiyetini de sağlayamadığını savunmaktadır<sup>202</sup>. Öte yandan *Gallas* tarafından geliştirilen çözüm, arka plandaki kişinin sahip olduğu özel nitelikte olayın gelişimini elinde tuttuğu ve bir tür psikolojik hakimiyet türü olduğu yönündedir<sup>203</sup>. Bu fikre *Nowakowski* tarafından farklı değerlendirme yaklaşımlarını birbirine karıştırdığı gerekçesiyle karşı çıkmış, arka plandaki kişinin belli bir yükümlülüğü ihlal etmiş olmasının bir değersizlik teşkil ettiği ve fakat bunun onu fiilin hakimi yapmayacağı ifade edilmiştir<sup>204</sup>. *Balcı*'nın da *normatif fiil hakimiyeti* kavramı üzerinden *Gallas* ile benzer bir sonuca ulaştığını söylemek mümkündür. *Balcı*'ya göre, özgü suçlarda dolaylı faillik farklı bir şekilde tezahür etmektedir ve burada dolaylı faillikten ötürü sorumluluğun esası ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulması olmayıp, özgü niteliğe sahip olmaktan veya özgü yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanan normatif hakimiyettir. Bu suçlar bakımından yükümlülük ihlali ile suçun icrai hareketlerinin yan yana değil iç içe geçmiş olduğu *yazar* tarafından ifade edilmektedir<sup>205</sup>. Fiil hakimiyeti kendi hareketine hakim olsa da ön plandaki kişide değildir; bu kişi icra hareketleri bakımından sağladığı katkı ile sadece neticenin gerçekleşmesinde bir etkidir. Halbuki arka plandaki kişi özel nitelik veya yükümlülüğü vasıtasıyla kurduğu normatif hakimiyet dolayısıyla olayın merkezi figürüdür<sup>206</sup>. Ancak bu görüşü, normatif fiil hakimiyeti isimlendirmesi altında tipe uygun oluşum sürecini elinde bulundurmayan, dolayısıyla fiil hakimiyetinin harekete hakimiyet, iradeye hakimiyet veya fonksiyonel hakimiyet kıstaslarından hiçbirini gerçekleştirilmeyen *intraneus*'u işlenen hareket sebebiyle özgü suçun dolaylı faili olarak kabul etmenin fiil hakimiyeti teorisinin genel ilkeleriyle hiçbir şekilde uyumlu olmadığı eleştirisi sunulabilir. Her ne kadar yazar tarafından burada söz konusu olanın fiili değil tipik olay seyrine hakimiyet olduğu, bu anlamda normatif fiil hakimiyetinin özgü suçlara özgü fiil hakimiyetini oluşturduğu şeklinde bir açıklamada bulunulmuş olsa da tipik olay hakimiyetinden anlaşılması gerekenin tam olarak ne olduğu bizce belirsizdir. Ayrıca tipe uygun olayın gidişatı üzerinde kurulması gereken hakimiyeti ontolojik

---

<sup>202</sup> Roxin, *TuT*, s. 254.

<sup>203</sup> Roxin, *TuT*, s. 254.

<sup>204</sup> Bkz.: Friedrich Nowakowski, "Tatherrschaft und Täterwille", *JuristenZeitung*, C. 11, No: 18, 1956, s. 549.

<sup>205</sup> Balcı, "Azmettirme", s. 458.

<sup>206</sup> Balcı, "Azmettirme", s. 459.

mahiyetinden tamamen arındırıp salt normatif bir niteliğe büründürmenin de isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Arka plandaki *intraneus*'un aracın özel yükümlülüğe sahip olmadığı durumlarda sorumluluğunun ne olacağı meselesi konusunda, *Otto* yükümlülük sahibi olmanın ön plandaki kişi üzerinde bir hakimiyet kurmayı sağlamayacağını belirtmekte ve hakimiyet kurmayı sağlayacak başka bir nedenin yokluğu halinde arka plandaki kişiyi fail olarak sorumlu tutmanın mümkün olmadığını savunmaktadır<sup>207</sup>.

*Kitapçioğlu-Yüksel*, niteliksiz araç olarak *extraneus*'un kasten hareket edip etmediğine göre bir ayırım yapılmasını gerekli görmemekte, özel faillik vasfını taşıyamaması sebebiyle hareketinin tipikliği gerçekleştirmediğini ve bu suretle arka plandaki *intraneus*'un dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir<sup>208</sup>. Ancak yazarın *extraneus*'un araç olarak kullanıldığı suçlarda tipikliğin oluşmayacağı, *intraneus*'un dolaylı fail olarak kabul edilmesi yönündeki fikri pratik açıdan faydalı bulunmakla birlikte *intraneus*'un ne suretle fiili hakimiyeti sağladığı hususunu izah edemediği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>209</sup>.

Bizce özgü suçlarda cebir/tehdit ya da hata gibi bir halin etkisinde olmadan suç teşkileden hareketi doğrudan gerçekleştiren *extraneus*'un ve arka plandaki *intraneus*'un sorumluluğu belirlenirken öncelikle sırf yükümlülük suçu ve hakimiyet ve yükümlülük suçu ayrimından hareket edilmelidir. Değerlendirmeye konu suçun bir hakimiyet ve yükümlülük suçu olduğu belirlendiğinde ise gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayırımı çerçevesinde incelemeye devam edilmelidir. Bu vesile gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayırımı ile sırf yükümlülük suçu ve hakimiyet-yükümlülük suçu ayırımının farklılık arz ettiğine dair görüşümüzü burada tekrar hatırlatmakta fayda görüyoruz. Her iki ayırımın amacı, işlev ve hareket noktası farklılık arz etmektedir. Gerçek ve gerçek olmayan özgü suç ayırımında odaklanılan husus özel faillik vasfının suçun kurucu unsuru olup olmadığı hususu iken sırf yükümlülük suçu ve hakimiyet-yükümlülük suçu ayırımında odak noktası özel faillik vasfının failliğin kurucu unsuru olup olmadığıdır. Biri tipikliği ilgilendirirken kanaatimizce diğer husus tipiklik değerlendirmesi üzerine inşa edilen iştirak incelemesini ilgilendirmektedir. Hakimiyet

<sup>207</sup> Otto, *Strafrecht*, s. 226.

<sup>208</sup> Bkz.: Kitapçioğlu Yüksel, *Özgü Suç*, s. 282.

<sup>209</sup> Bkz.: Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 474, 475, dn. 1573.

ve yükümlölük suçü niteliği gösteren özgü suçlar bakımından bu ayrımı ve sonuçlarını şöyle izah edebiliriz: Gerçek özgü suçlarda o suç tipik hareketin özel faillik vasfını taşıyan kimselerce gerçekleştirilmesi halinde oluşmaktadır. Bu itibarla tipik hareket ile özel faillik vasfı arasında bir kurucu ilişkinin bulunduğu söylenebilir. Sözelimi zimmet suçü bu suçlardandır. Tipik hareket olan zimmete geçirmenin gerçekleşebilmesi için bir kamusal görevin varlığı şarttır. Zimmet suçü gibi aynı zamanda hakimiyet ve yükümlölük suçü niteliği arz eden suçlarda özel faillik vasfını haiz olmayan bir kimsenin cebir, tehdit veya hatadan faydalanma gibi haller söz konusu olmaksızın suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması mümkün değildir. Ayrıca bu kimse tarafından gerçekleştirilen herhangi bir eylem söz konusu gerçek özgü suçü oluşturmayacağından bu suçü şerik olarak katılım da mümkün olmayacaktır. Söz konusu durumda ancak ön plandaki kişinin eylemi başka bir suçun tipikliğine uyuyorsa bu suç sebebiyle kendisinin fail, arka plandaki kişinin ise şerik olarak sorumlu tutulması mümkün olabilir. Diğer yandan gerçek olmayan özgü suçlarda suçun temel şekli herhangi bir kimse tarafından işlenebilmekte ve dolayısıyla temelde suçun oluşumu için özel faillik vasfının herkes bakımından kurucu bir etkisi bulunmamaktadır. Resmi belgede sahtecilik gibi temel şekli herkes tarafından işlenebilmekle birlikte nitelikli hali ancak özel faillik vasfına sahip olan kimselerce işlenebilen gerçek olmayan özgü suçlarda *extraneus*'un tipik hareketi gerçekleştirmesi mümkündür. Yalnız kendisi özel faillik vasfını taşımadığı için suçun temel halinden sorumlu tutulmalıdır. Arka plandaki kişi de iradeye hakimiyet yoluyla fiil hakimiyetini kuramadığından *extraneus* tarafından işlenen suçun temel halinin azmettiren veya yardım edeni olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu itibarla şunu vurgulamak gerekir: Arka plandaki kişinin özel niteliği haiz olması tek başına, ön plandaki niteliksiz kişinin iradesine hakimiyet üzerinden fiil hakimiyetini tesis etmesini sağlamaz. Öte yandan, fiil hakimiyetinin sağlanmasının şart olmadığı yönündeki görüşe bizim de katıldığımız sırf yükümlölük suçü özelliği gösteren özgü suçlar için farklı bir değerlendirme yapılması gerekir. Bu suçların kanuni tanımında belirli bir hareket tanımlanmış değildir. O nedenle salt özel yükümlölük ihlalinin faillik için yeterli olduğu söylenir. O halde bu tür suçlarda arka planda yer alan ve ön plandaki *extraneus*'u suçü yönlendiren *intraneus*'un başka bir koşula gerek bulunmaksızın dolaylı fail olduğu söylenebilecek midir? Bizce bu durumda ilgili suçun doğrudan faillik şeklinde işlendiğini söylemek gerekir.



Bu bağlamda sırf yükümlülük suçlarında faillik için özel yükümlülüğün ihlalinin kafi olduğunu savunan *Demirel* tarafından verilen zimmet suçuna ilişkin örneğin yükümlülük suçunun türünün, işlenen suç tipinin ve sorumluluk statülerinin tespiti bakımından yerinde olmadığını düşünüyoruz<sup>210</sup>. Söz konusu örnekte araçla ATM'lere para taşıyan bir banka görevlisi, bir arkadaşına aracın önünü kesip paraları alırsa daha sonra bu parayı bölüşebilecekleri yönünde fikir vermektedir. Yazar somut olay bakımından bankacılık zimmeti suçunun işlendiği ve banka görevlisinin fiil hakimiyeti kriterine gerek olmaksızın bu suçun faili olduğu görüşündedir. Bu itibarla, aracın önünü kesen ve özel bir yükümlülük altında bulunmayan kişinin işlemiş olduğu hırsızlık suçuna azmettirmeden sorumluluğun geri planda kalacağı savunulmaktadır<sup>211</sup>. Bu örnekte yer alan olay bakımından işlenmiş olan suçun bankacılık zimmeti değil hırsızlık suçu olduğu fikrindeyiz. Zimmet suçu sırf yükümlülük suçu niteliği göstermemekte, bu suçun kanuni tanımında belirli bir fiile yer verilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla özel yükümlülüğün yanı sıra fiil hakimiyetinin de sağlanması gerekir. Fiil hakimiyetinin tesisi için ise ya kişinin doğrudan kendisinin bu hareketi gerçekleştirmesi, ya bir başka kimseyle fonksiyonel hakimiyet kurarak hakimiyet sağlaması ya da araç olarak kullanılan bir kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak fiilin işlenmesini sağlaması gerekmektedir. Burada ilk iki ihtimalin bulunmadığı açıktır. Banka görevlisi zimmet suçunun işlenmesi bakımından önemli ve fonksiyonel bir rol üstlenmediği için müsterek faillik gündeme gelmeyecektir. Suç teşkil eden hareketi doğrudan kendi eliyle gerçekleştirmemesi sebebiyle doğrudan faillik durumu da söz konusu değildir. Arka plandaki kişinin davranışı icrai bir hareketle gerçekleştirilebilecek olan zimmet suçunun tipikliğine uymamaktadır; zira bu suçun işlenmesi için mal üzerinde tevdi amacına uymayacak şekilde tasarrufta bulunmak gerekmektedir<sup>212</sup>. Dolayısıyla incelemenin dolaylı faillik kurumu üzerinden yapılması ve bu bağlamda cebir, tehdit veya aldatma gibi iradi hakimiyetin tesis edilmesini sağlayan bir durumun söz konusu olup olmadığına göre zimmet suçunun dolaylı faillik şeklinde işlenip işlenmediğinin belirlenmesi gerekmektedir.

---

<sup>210</sup> Burada yazar yükümlülük suçları teorisinin özgü suçlarda faillik şeriklik ayrımının nasıl yapılacağı yönündeki kabulüne dayanmaktadır.

<sup>211</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 140.

<sup>212</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmöz, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2023, s. 492, 493, dn. 1647.

*Demirel*, yukarıda yer verilen örnek bakımından parayı çalan kişinin zimmet suçuna yardım eden, hırsızlık suçu yönünden ise fail olarak sorumlu olacağını ifade etmekte; ancak failliğin şerikliğe nazaran önceliği prensibi uygulanarak hırsızlık suçunun faili olmaktan sorumlu tutulmak yerine zimmet suçuna yardım eden olarak sorumlu tutulması ve fiil hakimiyetinin bulunması sebebiyle cezasının üst sınıra yakın belirlenmesinin daha doğru olacağını belirtmektedir. *Yazar* yükümlülük suçu kapsamında yapılacak bir değerlendirmede *asli-tali norm* kuralından önce *genel-özel norm* kuralına başvurmak gerektiğini savunmaktadır<sup>213</sup>. Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki asli-tali norm karşılaştırmasına konu olan norm ile genel-özel norm karşılaştırmasına konu olan normlar aynı nitelikte değildir. İlkinde iştirak statülerine ilişkin bir karşılaştırma yapılmakta, ikincisinde ise suç tipleri üzerinden bir kıyaslama yapılmaktadır. Genel-özel norm ilişkisinin devreye girebilmesi için öncelikle her iki norm bakımından da failliğin söz konusu olması gerekmektedir. Fakat bu örnekte normlardan biri (zimmet suçu) bakımından şeriklik, diğeri (hırsızlık) suçu bakımından faillik söz konusudur.

*Yazar* benzer bir değerlendirmeyi bu sefer yükümlülük suçlarının ihmali hareketle işlenmesi bahsiyle ilgili olarak yapmış, görevi gereği zilyetliği kendisine devredilmiş olan malın özel yükümlülük altında olmayan bir başka kimse tarafından zilyetliğinin ele geçirilmesi durumunda ihmali hareketle yükümlülüğe aykırılığın yeterli olacağı, ilaveten fiil hakimiyetinin sağlanmasının aranmayacağı ileri sürülmüştür<sup>214</sup>. Dolayısıyla koruma ve gözetimle yükümlü olduğu parayı çalmaya sevk ettiği özel yükümlülük altında bulunmayan arkadaşının bu eylemi sebebiyle kamu görevlisi zimmet suçunun doğrudan faili olarak sorumlu tutulacaktır<sup>215</sup>. *Demirel* tarafından verilen bu örnek kapsamında yapılan değerlendirmeler de yukarıda izah ettiğimiz üzere bizce isabetli değildir. Öte yandan zimmet suçunun ihmali hareketle gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabulünden hareket edilmiş olmasını ayrıca değerlendirmek gerekir. Tezimizin birinci bölümünde ihmali hareketin cezalandırılabilirliği ve kanunilik ilkesi çerçevesinde yaptığımız açıklamalara burada atıfta bulunmakla yetiniyoruz. Bu açıklamalar ışığında zimmet suçunun neticeli bir suç olduğu da düşünüldüğünde ihmali

<sup>213</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 146.

<sup>214</sup> Fakat ifade etmek gerekir ki, ilk örnekten farklı olarak burada ihmali harekette bulunmak suretiyle yükümlülük ihlalinin faillik için yeterli görülmemesi ihtimalinde parayı alan kişinin işlediği suçun zimmet değil, hırsızlık olduğu açıkça belirtilmiştir. Böylece bu ihtimalde kamu görevlisinin ancak hırsızlık suçunun azmettirenini olarak sorumlu tutulabileceği ilave edilmiştir. Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 145.

<sup>215</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 144.

hareketle işlenmesinin cezalandırılabilmesi için kanunda açıkça bir düzenlemeye ihtiyaç bulunduğunu düşünüyoruz. Böylesi bir düzenleme olmadığından, her ne kadar gerekçe bu suçun ihmali hareketle de işlenebileceği belirtilmiş olsa da, gerekçe madde metnine dahil olmadığından zimmet suçunun ihmali hareketle cezalandırılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Burada denetim görevinin ihmali suçunun ise ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini ilave etmek gerekir<sup>216</sup>.

Son olarak resmi belgede sahtecilik suçu üzerinden verilen örneği ele almak gerekir. Kamu görevlisi olan bir kişinin kendisinin düzenlemesi gereken bir belgeyi, durumun farkında olan kamu görevlisi sıfatını taşımayan bir başkasına düzenletmesi halinde öğretide baskın olarak savunulan görüş arka plandaki kamu görevlisinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı, ön plandaki kişinin ise resmi belgede sahtecilik suçunun yardım edeni (şeriki) sıfatıyla sorumlu olacağı yönündedir<sup>217</sup>. Bu örnekteki olay için ileri sürülen görüşlerden bir diğeri ise, *intraneus*'un *extraneus* 'un gerçekleştirdiği hareketten ihmali suç faili olarak sorumlu tutulması gerektiği yönündedir<sup>218</sup>. Bu görüşe, denklik şartı üzerinden eleştiri getirilmekte, bu şart sağlansa bile *intraneus*'un ihmali suç nedeniyle değil, icrai hareketten ötürü cezalandırılmasının söz konusu olacağı ifade edilmektedir<sup>219</sup>. Bu eleştiriye yöneltilebilecek bazı itirazlar olduğu da dile getirilmiştir. Buna göre, *intraneus* için fiil hakimiyeti yerine garantörlük durumunun ikame edilebileceği ve fakat bunun birtakım mahzurları olduğu, bu durumda bütün özgü suçların sırf yükümlülük suçu haline getirilmiş olacağı ifade edilmektedir<sup>220</sup>. Özgenç ise bu olay bakımından *intraneus* 'un dolaylı fail olarak kabul edilmesinin ancak *extraneus* 'un cebir veya tehdit gibi bir etki altında hareket etmesi durumunda mümkün olabileceğini, zira bu halde *intraneus*'un fiil hakimiyetini sağladığını savunmaktadır<sup>221</sup>. Burada bir ayırım yapmak gerektiği kanaatindeyiz. Öncelikle *intraneus* tarafından gerçekleştirilen ve iki anlama da gelebilecek, bir diğer deyişle hem icrai hem de ihmali nitelik arz eden bir davranışın varlığının söz konusu olduğu olaylarda meselenin görünüşte içtima ilkelerine göre çözülmesi gerektiğini çalışmamızın birinci bölümünde ortaya koymuştuk. Görevli memurun kendisinin düzenlemesi gereken belgeyi bir

<sup>216</sup> Demirel, söz konusu kabulden hareket edildiğinde 251. Maddedeki gibi bir düzenlemeye de ihtiyaç kalmayacağı kanaatindeyiz. Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 151.

<sup>217</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 250. Bu sonuca sübjektif teori vasıtasıyla ulaşan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz.: Nowakowski, "Tatherrschaft und Täterwille", s. 549.

<sup>218</sup> Schmidhäuser, **AT**, § 14, kn. 51; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 253.

<sup>219</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 253; Stratenwerth, **AT**, kn. 798.

<sup>220</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 253.

<sup>221</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 253, 254.

başkasına düzenletmesi halinde iki anlama gelebilecek bir davranışın olduğunu söylemek mümkündür. Intraneus hem icrai bir hareketle belgenin düzenlenmesini sağlamakta hem de ihmali bir hareketle belgenin başkası tarafından düzenlenmesini engelleme yükümlülüğünü yerine getirmemektedir. Burada özel-genel norm ilişkisi ekseninde bir değerlendirme yapıldığı vakit icrai hareketin referans verdiği suç tipinin (resmi belgede sahtecilik) ihmali hareketin yöneldiği suç tipine (görevi kötüye kullanma) nazaran özel norm teşkil ettiği ve dolayısıyla ceza sorumluluğu belirlenirken öncelikle bu norma, başka bir ifadeyle icrai harekete başvurmak gerekecektir. Bu kabul de bizi yukarıda yaptığımız değerlendirmelere götürür.

#### **D. Extraneus'un Özgü Suçun Faili Olarak Sorumlu Tutulup Tutulamayacağı Sorunu**

Yükümlülük suçlarını sırf yükümlülük suçları ile hakimiyet ve yükümlülük suçları şeklinde iki gruba ayıran görüş, sırf yükümlülük suçlarında özel yükümlülük altında olmanın faillik için yeterli olacağı düşüncesinden hareketle böylesi bir yükümlülük altında olup da birlikte suç işleme kararına istinaden yükümlülüğünü yerine getirmeyen birden fazla kişinin müşterek fail olarak sorumlu tutulabileceği sonucuna varmaktadır<sup>222</sup>. Buna karşılık hakimiyet ve yükümlülük suçları olarak nitelendirilen kategoride faillik için özel yükümlülüğün yanı sıra fiil hakimiyeti de aranacağından, suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesinde fonksiyonel hakimiyetin tespiti de gerekmektedir<sup>223</sup>.

Özgü suçlarda hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurmakla birlikte özel faillik vasfını taşımayan kimselerin suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda ancak yardım eden olarak sorumluluk söz konusu olabilir<sup>224</sup>.

Bizzat işlebilen suçlarda ve özgü suçlarda dolaylı failliğin söz konusu olmayacağı öğretide savunulan görüşlerden biridir<sup>225</sup>. Fakat bizce burada özgü suçların ayrılması gerekir. Zira suçun kanuni tanımında yer alan özel faillik vasfını bünyesinde barındıran ve arka planda kalarak araç konumundaki kişi üzerinde iradi hakimiyet tesis eden kişinin işlenen suç bakımından pekala dolaylı fail olarak sorumlu tutulması mümkündür. Özgü suçlarda dolaylı

<sup>222</sup> Bkz.: Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 188.

<sup>223</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 188, 189.

<sup>224</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 760.

<sup>225</sup> Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 419.

faillik konusunun tartışmalı olduğu bir gerçektir; ancak bu daha çok tartışma arka plandaki kişinin özel faillik vasfını haiz olmadığı durumlarda gündeme gelmektedir.

Gerçek olmayan ihmali suçlar özgü suç ve dolayısıyla -benimsediğimiz yaklaşıma göre- yükümlülük suçu niteliği gösterdiğinden, bu suçlarda dolaylı faillik konusunun özgü suçlarda iştirak hükümlerinin de dikkate alınarak incelenmesi gerekmektedir. Özgü suçlarda dolaylı faillik konusu öğretide ikili bir ayrım üzerinden ele alınmaktadır. Buna göre suçun, özel faillik vasfını taşıyan kişinin (*intraneus*) bu niteliği taşımayan kişinin (*extraneus*) iradesi üzerinde hakimiyet kurarak suçu işletmesi ihtimali ile özgü faillik vasfı bulunmayan bir kişi (*extraneus*) tarafından bu niteliği haiz olan kimse (*intraneus*) üzerinde iradi hakimiyet kurmak suretiyle suç işletilmesi ihtimali ayrı değerlendirilmektedir<sup>226</sup>. Birinci ihtimale yukarıdaki başlıkta yer vermiş bulunuyoruz.

Özgü suçlarda özel faillik vasfını taşımayan arka plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak ön plandaki özel faillik vasfını taşıyan kişiye suç işletmesi halinde arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak işlenen suçtan sorumlu tutulup tutulamayacağı konusunda öğretide farklı görüşler savunulmaktadır.

Bazı yazarlar, cebir veya tehdit kullanarak iradeye hakimiyet durumunda TCK'nın 28. maddesindeki düzenlemenin özgü suçlarda iştiraki düzenleyen 40. maddenin ikinci fıkrası hükmüne bir istisna teşkil edeceği ve arka plandaki *extraneus*'un işlenen özgü suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>227</sup>. Bu görüşü savunan *Ekici Şahin*, açıklamalarına özgü suçlarda iştirake ilişkin genel hükmün kapsam ve niteliğine dair ifadelerle devam etmektedir. Bu bağlamda *yazar*, bu hükümle iştirak türleri bakımından bir düzenleme öngörülmediği, dolaylı failliğin ise bu kapsamda olmadığını ifade etmekte, hükmün yanlış okunması suretiyle hatalı bir sonuca varılarak dolaylı failin de özgü niteliği haiz olması gerektiği düşüncesinin savunulduğunu ileri sürmektedir. *Yazara* göre faillik başkasının suçuna iştirak olmayıp fail kendi suçunu işlemektedir<sup>228</sup>. Ancak *Ekici Şahin*'in bu açıklamalarında iştirak kurumu ile şerikliği özdeş kabul ettiği açıkça görülmekte, halbuki iştirak daha önce de ifade ettiğimiz gibi öğretide tek bir kişi tarafından işlenebilen bir suçun birden fazla kişinin

<sup>226</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 474.

<sup>227</sup> Bkz.: Meral Ekici Şahin, "Dolaylı Failliğe İlişkin Bazı Sorunlar", **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 109-110, 2013, s. 12.

<sup>228</sup> Ekici Şahin, "Dolaylı Faillik", s. 13.

katılımıyla işlenmesi şeklinde tarif edilmekte, bu katılım ise ikilik sisteminde faillik ve şeriklik biçiminde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır.

Öğretide bazı yazarlar ise, *extraneus* tarafından *intraneus*'a işletilen özgü suçtan arka plandaki *extraneus*'un da dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğine dair fikri TCK'nın 37. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin kendisiyle gerekçelendirmektedir<sup>229</sup>.

Arka plandaki kişi özel faillik vasfını haiz değilken ön plandaki kişi bu niteliğe sahip ise bu durumda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini savunan Özyüksel'e göre ise, ön plandaki kişinin bu niteliği şahsında barındırması tipikliğin gerçekleşmesi için yeterlidir. Arka plandaki kişide bu özelliğin olmaması ise onun fiil hakimiyetini sağlamasını engellemektedir<sup>230</sup>.

Yılmaz da özel faillik vasfını haiz olmayan bir kişi tarafından bu sığata sahip olan bir kimsenin araç olarak kullanılması suretiyle işletilen bir suçta, arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği kanaatindedir; ancak yazar tersi durumda, yani özel faillik vasfını haiz olmayan bir kişiye bu vasfı haiz arka plandaki kişi tarafından suç işletilmesi halinde dolaylı failliğin söz konusu olamayacağını savunmaktadır<sup>231</sup>.

Özel yükümlölük altında olmayan *extraneus* tarafından böylesi bir yükümlölük altında bulunan *intraneus*'un bir suçun işlenmesinde vasıta olarak kullanılması durumunda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği yönündeki görüş Demirel tarafından eleştirilmiştir. Yazara göre, bu yaklaşım yükümlölük suçlarının ihdas edilme amacına aykırı olacağı gibi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına da neden olabilecektir. Ayrıca söz konusu görüşün hem Alman hem de Türk ceza hukuku normatif metinlerine açıkça aykırılık taşıdığı, bu hususun Alman Ceza Kanunu § 271 ile TCK'nın 99. ve 100. maddeleri dikkate alındığında görülebilir olduğu yazar tarafından ifade edilmektedir<sup>232</sup>. Bu düzenlemeler, adeta arka plandaki *extraneus*'un dolaylı fail olamamasının telafisine yönelik olarak getirilmiştir<sup>233</sup>. Yazar, arka

<sup>229</sup> Bkz.: Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 78.

<sup>230</sup> Özgün Özyüksel, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", İstanbul, Galatasaray Üniversitesi, Doktora Tezi, 2020, s. 259, 260.

<sup>231</sup> Yılmaz, "Dolaylı Faillik", 270.

<sup>232</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 136, 137.

<sup>233</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 137. Ayrıca bkz.: Herman Roeder, "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, C. 69, No: 2, 1957, s. 240.

plandaki *extraneus* 'un bu gibi hallerde şerik olarak sorumlu tutulmasının mümkün olduğunu, suçla korunan hukuki değerin fail tarafından doğrudan ihlal edilmesine karşın şeriklik hallerinde özel yükümlülük altında olan fail üzerinden dolaylı olarak ihlal edildiğini ifade etmektedir<sup>234</sup>.

Öğretide çoğunlukla, TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemeye paralel olarak arka plandaki *extraneus* 'un dolaylı failliğine karşı çıkmaktadır. *Akbulut* 'a göre gerçek özgü suçlarda suçun kanuni tanımında yer alan özelliği haiz olmayan kişinin dolaylı fail olması da mümkün değildir<sup>235</sup>. *Eroğlu* da TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme karşısında özel faillik vasfını haiz olmayan bir kişinin bu sıfatı haiz birini araç olarak kullanarak suç işlemesi halinde arkadaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasının mümkün olmadığını, aksi yöndeki görüşlerin kanuna aykırılık teşkil ettiğini ileri sürmektedir<sup>236</sup>. *Erbaş*, belirli bir suç tipi üzerinden benzer bir değerlendirme yapmakta ve kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensuplarının gerçeğe aykırı belge düzenlemesi suçuna (md. 210/2) iştirak bağlamında yaptığı açıklamalarda 40. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme gereği bu suçun dolaylı faili olabilmek için de kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensubu olma şartının bulunduğunu ifade etmektedir<sup>237</sup>. *Yazar* bunun kanunilik ilkesinin bir gereği olduğunu ilave etmektedir<sup>238</sup>. *Canpolat* da özel yükümlülük altında olmayan dolaylı failin böyle bir yükümlülüğü bulunan kişiyi araç olarak işlettiği özgü suçlar -ayrıca birer özgü suç olan gerçek olmayan ihmali suçlar da bu kapsamdadır- bakımından ancak azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği fikrindedir<sup>239</sup>.

Öte yandan böyle bir düzenlemenin yer almadığı Alman hukuku bakımından da benzer değerlendirmelerin yapıldığı görülmektedir. *Mezger/Blei* da dolaylı failin suçun kanuni tanımında yer alan faillik özelliklerini taşıması gerektiğini ifade etmektedirler<sup>240</sup>.

---

<sup>234</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 137, 138.

<sup>235</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 185.

<sup>236</sup> Eroğlu, "Şeriklik", s. 320.

<sup>237</sup> Rahime Erbaş, "Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md. 210/2)", **İÜHFM**, C. LXXI, No: 1, 2013, s. 349.

<sup>238</sup> Erbaş, "Gerçeğe Aykırı Belge", s. 349.

<sup>239</sup> Can Canpolat, **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 276.

<sup>240</sup> Mezger, Blei, **AT**, s. 279.

*Roeder*'in sunduğu çözüm ise özetle şöyledir: *Extraneus* ceza sorumluluğu bulunan bir *intraneus*'un işlediği suça iştirak ederse *extraneus* özel cezaya, *intraneus* özgü suçun cezasına tabi olur<sup>241</sup>. *Extraneus* sorumluluğu olmadan hareket eden *intraneus*'un eylemine iştirak ederse *extraneus* özel cezaya tabidir, *intraneus* ise sorumsuzdur<sup>242</sup>. Sorumlu olarak hareket eden bir *extraneus*'un eylemine iştirak eden *intraneus* özgü suçun cezası ile cezalandırılırken *extraneus* özel cezaya tabidir<sup>243</sup>. Sorumlu olmadan hareket eden *extraneus*'un eylemine katılan *intraneus* özgü suçun cezasıyla cezalandırılırken *extraneus* cezasız kalacaktır<sup>244</sup>.

Meselenin Yargıtay kararlarına nasıl yansıdığına ilişkin şu örnekleri vermek mümkündür: Y. 11. CD'nin kararına<sup>245</sup> konu olayda sanık, kardeşi sağ olmasına rağmen ölmüş gibi köy muhtarına bildirimde bulunarak ölüm tutanağı düzenletmiştir. Bu olay bakımından Ceza Dairesinin ölüm tutanağını düzenleyen sanığın TCK'nın 204. maddesinin birinci fıkrasında yer alan suçtan, tutanağını gerekli araştırmayı yapmadan düzenleyen köy muhtarının ise görevi kötüye kullanma suçundan sorumlu tutulması gerektiğine dair görüşünün isabetli olduğu dile getirilmekte, bu durumda 204. maddenin birinci fıkrası bakımından dolaylı failliğin söz konusu olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>246</sup>.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 12.03.2019 tarihli 2015/584 Esas ve 2019/183 Karar sayılı kararına konu teşkil eden olayda bir kişi, diğer iki kişinin imzasını taklit ederek onlar adına hazırladığı dilekçeler ile dava açar ve davanın reddedilmesi üzerine aynı yolu takip ederek temyiz başvurusunda bulunur. Bu olayla ilgili olarak tartışılan hukuki mesele dolaylı faillik şeklinde işlenen bir resmi belgede sahtecilik suçunun bulunup bulunmadığıdır<sup>247</sup>. Kararla ilgili olarak öğretilde yapılan analizde, öncelikle mahkeme tarafından verilen kararın sahte olup olmadığının iki yönden değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir: Buna göre bir hükmün bir olgunun maddi gerçekliğe uygun şekilde tespiti ve bu tespite dayanılarak yapılan hukuki

<sup>241</sup> Herman Roeder, "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, C. 69, No: 2, 1957, s. 267.

<sup>242</sup> Roeder, "Täterbegriff", s. 267.

<sup>243</sup> Roeder, "Täterbegriff", s. 267, 268.

<sup>244</sup> Roeder, "Täterbegriff", s. 268.

<sup>245</sup> Y. 11. CD. 20.02.2012 T., 2009/18475 E., 2012/1863 K. Karar metni için bkz.: Gökçen, **Belgede Sahtecilik**, s. 361.

<sup>246</sup> Gökçen, **Sahtecilik Suçları**, s. 361.

<sup>247</sup> İzzet Özgenç, "Resmi Belgede Sahtecilik Suçunun Dolaylı Faillik Suretiyle İşlenmesi", s. 1, (Çevrimiçi) <https://izzetozgenc.com/data/contents/resm%C3%AE-belgede-sahtecilik-sucunun-dolayli-faillik-suretiyle-islenmesi.pdf>, 08.10.2023.



değerlendirme olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Söz konusu örnekte verilen sahte dilekçenin karara esas alınması ile kararın maddi gerçekliği hakimın yanılgısına bağlı olarak sahte bir biçimde tespit edilmiştir. Dolayısıyla bu karar, sonuç olarak davanın reddi şeklinde olsa da, sahte bir resmi belge olarak kabul edilmelidir ve dolaylı faillik şeklinde işlenmiş olan bir resmi belgede sahtecilik suçu oluşmuş bulunmaktadır<sup>248</sup>. Ancak bir kararın sahte resmi belge olduğunun tartışma konusu yapılabilmesi için bu kararın ilgili kanun yollarına gidilerek ortadan kaldırılmasının gerekli olduğu, hukuken geçerliliği bulunan bir kararla ilgili olarak ilgili kanun yollarına başvurulup karar ortadan kaldırılmadan ceza soruşturması yapılmasının mümkün olmadığı ilave edilmektedir<sup>249</sup>.

Özgü suçlarda, kasten hareket etmeyen *intraneus*'un *extraneus* tarafından suç işlemeye sevk edildiği durumlarda *extraneus*'un sorumluluğu meselesi daha da önem kazanmaktadır. Bu konuda benimsenecek olan çözüm muhtemel bir ceza boşluğuna zemin hazırlayabilecektir. Sözelimi Koca/Üzülmez'e göre, ön plandaki *intraneus*'un kastının bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme yapılmalı, kastın bulunmadığı hallerde arkadaki *extraneus*'un bağlılık kuralı gereğince şerik olarak sorumlu tutulamayacağı, özgü faillik vasfını taşıyamaması sebebiyle dolaylı fail olarak da sorumluluğuna gidilemeyeceğini söylemek gerekmektedir. Bu durumda *intraneus* aracılığıyla gerçekleştirilen hareket müstakil bir suçu oluşturuyorsa o suç sebebiyle *extraneus*'un ceza sorumluluğuna başvurmak gerekir<sup>250</sup>. Savunulan görüşlerden biri *extraneus*'un yukarıda yer verildiği üzere dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğine yönelikken bu tip durumlarda bir başka şeriklik türü olarak *müsebbipliğin* kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>251</sup>. Öte yandan bu gibi hallerde istisnai bir tutum olarak tek tip fail sisteminin benimsenerek *extraneus*'un fail olarak kabul edilmesi de ileri sürülen fikirlerden biri olmuştur<sup>252</sup>. Öğretide bazı yazarlar ise konuyu bağlılık prensibi üzerinden ele almakla birlikte burada bu prensipten ayrılarak kast olmaksızın işlenen bir harekete de şerik olarak katılımı kabul etmek gerektiği fikrindedirler<sup>253</sup>. Bu son görüş, suç teşkil eden fiilin haksızlık muhtevasının gerçekleştiğini söyleyebilmek için hareketin kasten

<sup>248</sup> Özgenç, "Dolaylı Faillik", s. 4.

<sup>249</sup> Özgenç, "Dolaylı Faillik", s. 4, 5.

<sup>250</sup> Koca, Üzülmez, **Genel Hükümler**, s. 474, 475.

<sup>251</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 207.

<sup>252</sup> Bkz.: Christian Schöneborn, "Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 87, No: 4, 1975, s. 911 vd.

<sup>253</sup> Roxin, **TuT**, s. 367 vd.; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 207.

işlenmesinin zorunlu olduğu, şeriklik için de haksızlık muhtevası aynı hareket üzerinden sağlanacağı gerekçesiyle kasten işlenmiş bir hareketin varlığının gerektiği şeklinde eleştirilmektedir. Aksine bu gibi durumlarda iştirake ilişkin genel ilkelerden yola çıkıldığında *extraneus*'un ceza sorumluluğu konusunda bir boşluğun bulunduğu ve suç politikası tercihlerine göre özel suç tipleri ihdas edilmek veya genel bir müsebbiplik suçu düzenlemesi ile doldurulması yoluna gidilebileceği ifade edilmektedir. Burada gerçekleşen haksızlığın özgü suçun teşkil ettiği bir haksızlık olmadığı, *extraneus*'un kendi davranışından doğan başka bir haksızlık olduğu dile getirilmektedir<sup>254</sup>. Bizce de burada sözü edilen durumda *extraneus*'un ceza sorumluluğu ile ilgili olarak bağlılık kuralı üzerinden hareket edildiğinde ön plandaki kişinin kast olmaksızın gerçekleştirdiği harekete şerik olarak katıldığını söylemek mümkün değildir.

Meseleyi dolaylı faillığe ilişkin ilkeler çerçevesinde değerlendirdiğimizde, önümüzde iki yol bulunmaktadır: Bunlardan ilki, bildiğimiz yoldur ve dolaylı faillik için de suçun kanuni tanımında yer alan özel faillik vasıflarının sağlanmasını aramaktadır. Bir diğer yol, dolaylı faillik için özel faillik vasıflarının aranmasının gerekli olup olmadığını sorgulamaktır. Bu yolun seçilmesi şimdiye dek suç teorisi alanında üretilen fikirlerin bütünlüğü içinde hayli zor bir tercih olacaktır. Bu yolda öncelikle diğer faillik türleri ile dolaylı faillik arasında bizi özel faillik vasıflarını aramaktan vazgeçirecek ne tür bir farklılığın bulunduğunu belirlemek gerekir. Doğrudan faillik ve müşterek faillikte iradeye hakimiyet unsurunun geri planda kaldığı, dolaylı faillikte ise bir araç konumuna indirgenen kişinin iradesi üzerinde tam bir hakimiyet kurulduğu açıktır. Bu iradi hakimiyet sayesinde ki suç teşkil eden hareket üzerinde fiziksel herhangi bir dahli olmayan kimse fail olarak cezalandırılabilir. Bu suretle tipiklik açısından bir köprüünün kurulduğu, suçun maddi unsurlarının bu köprü üzerinden arka plandaki kişiye isnat edilebilir hale geldiği söylenebilir. Bu maddi unsurlar içinde özel faillik vasıfları da yer almaktadır. Dolayısıyla bu vasıfların da aynı köprü üzerinden dolaylı faile atfedilebilir olduğunu söylemek dolaylı failin bu gibi durumlarda cezalandırılabilirliğini sağlamak açısından bir seçenek olabilir. Öte yandan gerçekleştirilen haksızlık, ihlal edilen hukuki değer üzerinden bakıldığında da, arka plandaki kişinin kendi davranışına dayanmakla birlikte bu haksızlık ön plandaki kişinin sahip olduğu özel faillik vasıflarından bağımsız değildir. Bu değerlendirmeler

---

<sup>254</sup> Bkz.: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 208, 209.

ışığında arka plandaki kişinin özel faillik vasıflarını haiz olmadığı halde değil, bu vasıfları iradi hakimiyet üzerinden kullanabilir durumda olduğu için dolaylı fail olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Bu sonuç iştirake ilişkin benimsenmiş genel ilkelerle paralellik arz etmemekte ve yürürlükteki özgü suça ilişkin normatif düzenlemeyle de uyum göstermemektedir. Zira TCK'nın bağlılık kuralını düzenleyen 40. maddesinin ikinci fıkrasına göre özgü suçlarda ancak özel faillik vasfını taşıyan kişi fail olarak sorumlu tutulabilecek, bu sıfatı taşımayan kişiler suça azmettirme veya yardım eden olarak iştirak edebilecektir. Bu nedenle *de lege lata* sonuç bu gibi hallerde arka plandaki kişinin, hareketi müstakil bir suç oluşturmuyorsa cezasız kalması olacaktır. Önerimiz bağlılık kuralına ilişkin maddede söz konusu kural bakımından dolaylı failliğin dışarıda tutulması yönündedir. Ancak burada özgü suç niteliği taşıyan ihmali suçlar bakımından bir ayırım yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Bu suçlar birer özgü suç olarak özgü suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin genel esasları gerçekleştirmeyi gerektirmekle birlikte, ihmali suçlarda iştirakin tamamıyla özgü suçlarda iştirake ilişkin ilkelere tabi olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira ihmali hareketin yapısından kaynaklanan ve icrai hareketten ayrımı noktasında belirginleşen birtakım farklı prensiplerin ihmali suçlarda iştirake ilişkin genel ilkelere son halini verdiğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda garantörlük sıfatını haiz olmayan arka plandaki kişinin garantör olan bir aracı kullanarak suç işlemesi halinde sorumluluğu kendi icrai davranışına göre belirlenmelidir. Garantörlük de özgü nitelik taşımakla birlikte hareketin yapısından bağımsız bir niteliği bulunmamakta, bu nedenle garantörlüğün söz konusu olduğu suçlarda ihmali hareketi mutlak surette göz önünde bulundurarak iştirak ilkelerini belirlemek gerekmektedir. Bu söylenenler salt garantörlüğün söz konusu olduğu gerçek olmayan ihmali suçlar için değil, ihmali bir hareketin varlığına dayanması sebebiyle, özgü suç niteliği taşıyan gerçek ihmali suçlar için de geçerlidir.

Sonuç itibarıyla biz de 40. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin aksine olarak olması gereken bakımından dolaylı failin özgü niteliği haiz olmasının gerekmediğini savunsak da *Ekici Şahin*'in dolaylı failliğin bir iştirak şekli olmadığı yönündeki gerekçesine katılmıyoruz. Ancak bu kısımda 28. maddenin özgü suçlarda iştirake ilişkin düzenlemenin bir istisnası mahiyetinde olduğu şeklindeki görüşün isabetli olduğunu, en azından cebir veya tehdit ile ön plandaki kişinin iradesine hakim olunan durumlarda arka plandaki *extraneus*'un dolaylı fail olarak sorumlu tutulması yönünde normatif bir engel olmadığını düşünüyoruz. Tabii burada 28.

maddenin ifade ettiği faillik halinin doğrudan faillik olmasının şart olup olmadığı bir soru olarak karşımıza çıkmaktadır; ancak cebir veya tehdit ile kendisine suç işletilen kişinin işlediği suçtan ötürü arka plandaki kişinin ancak doğrudan fail olarak sorumlu tutulabileceğinin kastedilmiş olması ihtimalinde dolaylı failliğe ilişkin alan oldukça daralacaktır. Bu nedenle dolaylı failliğe ilişkin kanuni düzenleme ve öğretide yapılan açıklamara uygun olarak 28. maddedeki düzenleme ile dolaylı failliğin kastedildiği kanaatindeyiz. 28. maddenin 40. maddenin ikinci fıkrası için istisna teşkil eden bir hüküm olduğunu ifade ettikten sonra sorgulanması gereken bir diğerk husus bizce 40. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin gerçekten faillik şeklindeki katılımları da kapsayıp kapsamadığıdır. Her ne kadar hükümde iştirak ifadesi kullanılmış olsa ve bu yönüyle açıkça dolaylı failliği de kapsar bir nitelik arz etse de faillik ve şeriklik arasındaki ayrıma ve bu bağlamda hakim konumdaki fiil hakimiyeti teorisinin kabullerine odaklanıldığında dolaylı failliğin bu düzenlemenin kapsamı dışında tutulması gerektiği fikrindeyiz. Zira yukarıda da ifade ettiğimiz üzere dolaylı failliğin içerdiği fiil hakimiyeti, iradeye hakimiyete dayanmasından ve ön plandaki kişiyi bir araç ve dolayısıyla obje pozisyonuna indirgemesinden ötürü müşterek faillikten daha yoğun bir içeriğe sahiptir. Bu hakimiyet derecesi aracı kullanan kişinin aracın kişiliğinden ayrılamayacak olan özel niteliğini de kullanması anlamına gelmektedir ve korunan hukuki değerk de en nihayetinde bu özel vasfın kullanılmasından ayırt edilemez durumdadır.

### **III. BİZZAT İŞLENEBİLEN SUÇLARDA FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI**

Tanımı konusunda farklı görüşler olmakla birlikte, bizzat işlenebilen suçların genel hatlarıyla, unsurları fiziksel olarak veya en azından kişisel olarak gerçekleştirildiğinde hareketin haksızlığının sağlandığı suçlar olarak tarif edilmesi mümkündür<sup>255</sup>. Bu suçların tanımı ve niteliği konusundaki tartışmalar hakkında ise çalışmanın birinci bölümünde yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

---

<sup>255</sup> Jescheck, Weigend, AT, s. 266.

Bizzat işlenebilen suçlara iştirak konusunda ağırlıklı olarak benimsenen ilke, bu suçlarda ancak tipik fiili bizzat gerçekleştiren kişinin fail olabileceği şeklindedir<sup>256</sup>. Bu suçlarda dolaylı faillik ve müşterek faillik mümkün olmayıp<sup>257</sup> suç tipindeki fiili bizzat gerçekleştirmeyen kişi ancak şerik olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>258</sup>.

Bizzat işlenebilen suçların dolaylı faillik ya da müşterek faillik şeklinde işlenemeyeceğini savunan yazarlar, aldatma ile birinin böyle bir suça yönlendirilmesi durumunda ne dolaylı failliğin, ön plandaki kişinin kasten hareket etmemesi nedeniyle, ne de azmettirmenin söz konusu olacağını, dolayısıyla Alman Ceza Kanunu § 160'taki<sup>259</sup> gibi özel bir düzenlemeye yer verilebileceğini ifade etmektedirler<sup>260</sup>.

Bir görüşe göre, her ne kadar TCK'nın 40. maddesinin ikinci fıkrası ile özgü suçlara ilişkin bir düzenleme öngörülmüş olsa da, bizzat işlenebilen suçlar ve yükümlülük suçlarında da faillik ve şeriklik ayrımı konusunda durum aynıdır<sup>261</sup>. Dolayısıyla bizzat işlenebilen suçlarda suçun kanuni tanımını bizzat gerçekleştirmeyen kişi, yükümlülük suçlarında ise kanunda öngörülen özel yükümlülüğü haiz olmayan kişi hareket üzerindeki hakimiyetine bakılmaksızın, ancak şerik olarak sorumlu tutulabilecektir. Burada özgü suç ve yükümlülük suçunu ayrı kavramlar olarak nitelendiren görüşün yansıması söz konusudur. Bizim benimsediğimiz görüş uyarınca, özgü suç ve yükümlülük suçu içeriksel olarak aynı kavramı ifade etmektedir. Bu konuda çalışmamızın birinci bölümünde yapılan açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

Bu bağlamda *Özyüksel*, bizzat işlenebilen suçlar şeklinde bir kategorinin varlığını reddetmekte ve bu suçlar için özgü suçlarda dolaylı faillığe ilişkin açıklamalarının öğretide

<sup>256</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 229; Kienapfel, **AT**, s. 550; Schmidhäuser, **AT**, s. 512.

<sup>257</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 234; Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 55; Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 188; Günther Jakobs, **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, Belin-New York, Walter de Gruyter, 1983, s. 605; Dennis Bock, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage, Berlin, Springer, 2021, s. 48, kn. 69.

<sup>258</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 462; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 408; Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 188.

<sup>259</sup> Bu maddede gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirme suçu (Verleitung zur Falschaussage) düzenlenmiştir. Madde metni şöyledir: "(1) Her kim, diğer bir kişiyi gerçek dışı yemin etmeye yönlendirirse, iki yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır; her kim, diğer bir kişiyi yemin yerine geçen gerçek dışı yemin etmeye veya yemin etmeden gerçek dışı beyanda bulunmaya yönlendirirse, altı aya kadar hapis cezası veya 180 gün birimine kadar adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır." Maddenin Türkçe çevirisi için bkz.: Yenisey, Plagemann, **StGB**, s. 258.

<sup>260</sup> Bkz.: Balcı, "Azmettirme", s. 471, 472.

<sup>261</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 409.

bizzat işlenebilen suç olarak isimlendirilen suçlar için de geçerli olduğunu ifade etmektedir<sup>262</sup>. Yazar verdiği örneklerde ise bu suçlar bakımından dolaylı failliğin söz konusu olabileceğini kabul etmektedir<sup>263</sup>.

*Akbulut* da bizzat işlenebilen suçlarda failliğin söz konusu olabilmesi için suçun kanuni tanımında yer alan hareketin bedensel davranışla bizzat gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade ettikten sonra TCK'nın 40. Maddesinin ikinci fıkrasına atıf yapmakla özgü suçlara ilişkin bu düzenlemenin bizzat işlenebilen suçlar için de geçerli olduğunu kabul etmiş görünmektedir<sup>264</sup>.

Suçta katılanların fail veya şerik olma yönündeki iradesine göre sorumlu tutulması gerektiği fikrini ileri süren ve dolaylı faillığe dair açıklamalarda bulunan *Binding*'e göre dolaylı faillik kurumu, kusur ehliyetine sahip olan bir kimsenin bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda gündeme gelir. Fakat bizzat işlenebilen suçlarda ve gerçek özgü suçlarda kusur ehliyeti olan veya olmayan herhangi bir şahsın araç olarak kullanılması mümkün değildir. Bunlardan gerçek özgü suçlarda özel faillik vasfını taşımayan extraneus'un arka planda yer alarak bir suçun işlenmesini sağladığı durumlarda arka plandaki bu kişi fail olamamaktadır; ancak hukuk düzenini ihlal ettiği için cezasız da kalmamalıdır. Bu nedenle *Binding* "müsebbiplik" (*Urheberschaft*) şeklinde üçüncü bir iştirak türünü daha önermektedir<sup>265</sup>. Bu statünün kabul edilmesiyle Alman İmparatorluk Ceza Kanununun benimsediği sistemin bir sonucu olarak doğan katı bağlılık anlayışının yarattığı cezai boşlukların giderilebileceği düşünülmüştür<sup>266</sup>.

Özel faillik vasfını taşıyan, dolayısıyla özel bir yükümlülük altında bulunan bir kişinin işlenen bir suçta dolaylı fail olarak katılmasının mümkün olduğu düşüncesinden hareketle, *Roxin*'in gerçek olmayan bizzat işlenebilen suçları ancak kanunda yer alan hareketin bizzat gerçekleştirilmesi halinde söz konusu yükümlülüğün ihlal edilmiş olacağı birer yükümlülük suçu olarak tanımlaması öğretide eleştirilere muhatap olmuştur. Bu bağlamda hareketin bizzat işlenebilirliği ile belli bir yükümlülüğün ihlaline dayalı faillik vasfının aynı suç bakımından bir

<sup>262</sup> Özyüksel, "Dolaylı Faillik", s. 263.

<sup>263</sup> Özyüksel, "Dolaylı Faillik", s. 263.

<sup>264</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 194. *Eroğlu* da bizzat işlenebilen suçlar için de TCK'nın 40. Maddesinin ikinci fıkrasının geçerli olduğu fikrindedir. Bkz.: *Eroğlu*, "Şeriklik", s. 322.

<sup>265</sup> Karl Binding, *Grundriß des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, 1913, s. 146 vd. (aktaran: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 43, 44).

<sup>266</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 44.

arada bulunabileceği, ancak sadece yükümlülük veya özel faillik vasfı kriterlerine dayanarak bizzat işlenebilirliği açıklamanın doğru olmayacağı dile getirilmiştir<sup>267</sup>.

Bizzat işlenebilen suçlar konusunda çoğunluk tarafından benimsenen anlayışla bir değerlendirme yapıldığında, garantörün önlemekle yükümlü olduğu netice bizzat işlenebilen bir suça işaret ediyorsa ve garantörün ihmali davranışı bu suç tipinin bizzat gerçekleştirilmesi olarak nitelendirilemiyorsa garantör bu suça ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılabilecektir<sup>268</sup>. Tutuklu veya hükümlünün kaçmasını engellemeyen infaz memurlarının sorumlulukları açısından bu durum geçerlidir<sup>269</sup>. Bu bağlamda mevzuatın ilgili hükümleri bağlamında bir değerlendirme yapmak mümkündür. TCK'nın 292. maddesinde hükümlü veya tutuklunun kaçması suçu düzenlenmektedir. CGTİHK'nun 97. ve 105/A maddesinin sekizinci fıkrasında tanımlanan hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde TCK'nın 292. maddesinin uygulanacağı öngörülmüştür. Dolayısıyla bu hükümler 292. maddedeki suçun uygulama sahasını genişletici niteliktedir<sup>270</sup>. 292. maddede düzenlenen kaçma eylemi icrai davranışla gerçekleştirilebilecek olmasına karşın, ona atıf yapan maddelerde yer alan ve yükümlülüklerin yerine getirilmemesini öngören düzenlemelerin ihlali ihmali davranışla gerçekleşmektedir<sup>271</sup>. 292. maddede düzenlenen suç ancak hükümlü veya tutuklu sıfatını haiz kişiler tarafından işlenebilir, bu nedenle özgü suç niteliğindedir<sup>272</sup>. Bu özel faillik vasfını taşımayan kişilerin suça müşterek fail düzeyinde katkı sağlamaları durumunda müşterek fail olarak cezalandırılmaları mümkün olmayıp ancak 294. madde uyarınca kaçmaya imkan sağlama suçunun faili olarak ceza sorumluluklarını söz konusu olacaktır<sup>273</sup>. 292. madde hükmüne atıf yapan CGTİHK'daki ilgili hükümlerin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi söz konusu olduğundan bu ihmali davranışlara da aynı ilkeler çerçevesinde iştirak etmek mümkündür<sup>274</sup>.

<sup>267</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 176.

<sup>268</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 193.

<sup>269</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 193.

<sup>270</sup> Ahmet Gökçen, Zafer İçer, "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması, Öngörülen Sürede İlgili Mercilere Teslim Olmaması Suçları (TCK m. 292, 293; CGTİHK m. 97/1, 105/A8, 58/3)", **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 16, 2020, s. 732.

<sup>271</sup> Gökçen, İçer, "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması", s. 733.

<sup>272</sup> Gökçen, İçer, "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması", s. 748.

<sup>273</sup> Gökçen, İçer, "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması", s. 757.

<sup>274</sup> Gökçen, İçer, "Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması", s. 758.

Öğretide bazı yazarlar bizzat işlenebilen suçların da hataya düşürmek veya mecbur etmek suretiyle dolaylı faillik şeklinde işlenebileceği kanısındadırlar<sup>275</sup>. Burada verilen örneklerden biri, bir mahkumun kaçmasını sağlamak için uyuşturucu verilerek tünel kazdırılması olayıdır<sup>276</sup>. Bu görüş, bizzat işlenebilen suçların yapısal özellikleri dikkate alındığında isabetli olup olmadığı konusunda tereddüt doğacak olsa da, suça iştirak için kasten işlenen bir fiilin varlığının arandığı durumlarda azmettirme hükümlerinin uygulanamamasının doğurduğu boşluğu kapatabilecek niteliktedir. Zira sözgelimi taksirli bir bizzat işlenebilen suç söz konusu olduğunda arka plandaki kişinin azmettiren olarak da sorumlu tutulması mümkün olmayacaktır. Halbuki bizzat işlenebilen suçlarda dolaylı faillik kabul edilecek olursa böylesi bir boşluğun doğma ihtimali bertaraf edilmiş olacaktır. *Yılmaz*, bizzat işlenebilen suçlara fail olarak iştirakin mümkün olmadığına dair görüşler karşısında bir kimseyi uyuşturucu madde veya telkin ile yalan yere yemin ettiren kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini savunmaktadır<sup>277</sup>.

#### IV. İHMALİ SUÇLARDA FAİLLİK VE ŞERİKLİK AYRIMI

##### A. Genel Açıklamalar

*“İhmali suçlar alanında kesin olan tek husus, hiçbir şeyin kesin olmadığıdır”*<sup>278</sup>. Çalışmamızın birinci bölümünden itibaren bu sözü doğrulayan birçok tartışmaya yer vermiş bulunuyoruz. Ancak ihtilafli hususlar bu kadarla sınırlı değildir. İhmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı da üzerinde en çok konuşulan sorunlardan birini ve çalışmamızın belkemiğini oluşturmaktadır. Bu itibarla, bu konuda herhangi bir görüş beyan etmeden önce şimdiye kadar ileri sürülmüş olan görüşleri genel hatlarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

<sup>275</sup> Bkz.: Aydın, “İştirak”, s. 250. Bir görüşe göre, Alman Ceza Kanunu § 316’da düzenlenen suç bir bizzat işlenebilen suç olarak görülmemelidir; zira bu madde sürücünün hatalı tutumunun bir ifadesi olduğu için değil, öncelikle soyut olarak karayolu trafiğinin güvenliğini tehlikeye soktuğu için davranışı suç olarak tanımlamaktadır. Bunun sonucu olarak, bir kişi araç kullanabilir durumda olmayan bir sürücüyü araç kullanmaya zorlarsa da karayolu trafiği tehlikeye girecektir ve bu durumda zorlayan kişi kendisi araç kullanabilir durumda olsa bile bu suç bakımından dolaylı fail olarak kabul edilmelidir Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 120.

<sup>276</sup> Aydın, “İştirak”, s. 250.

<sup>277</sup> Yılmaz, “Dolaylı Faillik”, s. 268.

<sup>278</sup> Hakeri’nin Gimbernat’tan naklettiği bu söz için bkz.: Hakeri, **İhmal Kavramı**, Önsöz.



İhmali suçlarda iştirak konusunda ileri sürülen görüşleri iki grupta toplamak mümkündür: Bir grup icrai suçlarda iştirake ilişkin genel esasların ihmali suçlarda iştirak konusunda da benimsenmesi yönünde bir yaklaşım sergilerken, bir diğer grup ihmali suçların yapısı dikkate alınmak suretiyle birtakım esasların belirlenmesi gerektiğini ifade etmektedir<sup>279</sup>. Sözgelimi *Joecks/Scheinfeld*, ihmali hareketle suça iştirak bakımından faillik şeriklik ayrımının yine genel ilkelere göre yapılması gerektiğini, zira Alman Ceza Kanununun 25. Paragrafının “işlemek” (Begehen) ifadesinin tüm davranış biçimlerini kapsadığını savunmaktadır<sup>280</sup>.

İhmali suçlarda fail şerik ayrımı konusunda özellikle Alman literatüründe çok farklı görüşlerin ileri sürüldüğü görülmektedir. Bazı yazarlar fiil hakimiyeti teorisinin kriterlerini kullanmakta, garantörün kendisi neticeyi önleme gücüne sahipse fail, bu güce sahip değilse şerik olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadırlar<sup>281</sup>. Bazı yazarlar garantörü daima icrai suça yardım eden olarak kabul etme eğiliminde iken diğer bir kısım yazar garantörsel yükümlülüğün ihlalden ötürü daima failliği savunmaktadırlar<sup>282</sup>. Öte yandan öğretide garantörsel yükümlülüğün türüne göre bir ayrım yapılarak koruma yükümlüsünün daima fail, gözetim yükümlüsünün ise şerik olduğu sonucuna ulaşanlar da bulunmaktadır<sup>283</sup>.

## **B. İcrai Suçlarda Faillik ve Şeriklik Ayrımına İlişkin Görüşlerin İhmali Suçlar Alanında da Uygulanmasına İlişkin Yaklaşımlar**

### **1. Sübjektif Teori ve Bu Bağlamda Fail İradesi ile Kişisel Çıkar Kavramlarının Kullanımı**

Alman yargı kararlarında neticenin meydana gelmesini önlemeyen garantörün sorumluluğunun tayininde, bu bağlamda fail mi yoksa şerik mi olduğunun belirlenmesinde *animus teorisinin* genel kurallarına göre hareket edilmektedir<sup>284</sup>. Sözgelimi koruduğu kişi başkaları tarafından darp edildiğinde duruma müdahale etmeyen kişi “içsel tutum”una bağlı

<sup>279</sup> Balcı, “Fail-Şerik Ayrımı”, s. 846.

<sup>280</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 286.

<sup>281</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 285.

<sup>282</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 285; Karsten Gaede, “Begehen durch Unterlassen”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, ed. Urs Kindhäuser vd., 6. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023, rn. 26.

<sup>283</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 285.

<sup>284</sup> BGH 12.2.1952 – 1 StR 59/50, BGHSt 2, 150; BGH 15.5.1959 – 4 StR 475/58 (Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 284).

olarak kasten yaralama suçuna yardım eden veya ihmali davranışla kasten yaralamanın faili olarak sorumlu tutulabilir<sup>285</sup>. Yahut yüzme bilmediği için kurtarmakla yükümlü olduğu kişiyi kurtaramayan garantör A, garantör B'yi de kurtarmaya teşvik etmediğinde kendisi için mi hareket etmektedir yoksa başkası adına mı? Bu soruya başkasına adına hareket ettiği yanıtı verilecek olursa A yalnızca B'nin işlediği gerçek olmayan ihmali suçun yardım edeni olarak sorumlu tutulacaktır<sup>286</sup>.

Sübjektif teori, ihmali harekette bulunanın bu hareketsizliği faillik iradesiyle mi yoksa şeriklik iradesiyle mi gerçekleştirdiği ayrımına gitmekte iken ihmali suçlar bakımından bu yönde yapılacak değerlendirmelerin spekülasyon niteliğinde olacağı eleştirisi getirilmektedir<sup>287</sup>.

## 2. Şeriklik Teorisi

İhmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin görüşlerden biri de yardım etme teorisi (*Gehilfentheorie*) olarak adlandırılmaktadır. Bu teori savunucularına göre, potansiyel fiil hakimiyeti ihmalde bulunanın fail olarak sorumlu tutulmasını haklı çıkarmaya yetmemektedir ve garantör, icrai suçun faili yanında bu suçun işlenmesine yardım etme rolünü üstlenmektedir<sup>288</sup>. Bu teorinin, diğer görüşlerle karşılaştırıldığında, uygulanması halinde çelişkilerden arınmış sonuçlara yol açacağı ifade edilmektedir. Ancak diğer yanda, teori ihmal yoluyla fiil hakimiyetinin nasıl sağlanacağına ilişkin somut veriler sunmaksızın fiil hakimiyeti teorisine yaslandığı ve potansiyel fiil hakimiyetine yapılan atfın zaten gerekli olan neticeyi önleme olasılığı önkoşulunun yeniden formüle edilmesinden ibaret olduğu gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Teori ayrıca, korunması gereken hukuki değere yönelmiş olan tehlikenin bir insandan mı yoksa doğal güçlerden mi kaynaklandığının neden fark yarattığına yönelik yeterli gerekçe sunamadığı itirazına da uğramaktadır<sup>289</sup>.

<sup>285</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 284.

<sup>286</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 284.

<sup>287</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 246.

<sup>288</sup> Jescheck, Weigend, **AT**, s. 696; Otfried Ranft, "Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung: Ein Beitrag zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 94, No: 4, 1982, s. 845 vd.; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 187.

<sup>289</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 190.

Şeriklik teorisine göre de ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı olanaklı olmayıp bir başkasının hareketini engelleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi yalnızca şerik olarak sorumlu tutulabilir. Bu kimse, sadece icrai harekette bulunan kişinin fiil hakimiyetini kaybetmesi durumunda fiil üzerinde hakimiyet sağlayabilecektir<sup>290</sup>. Bu teori de çeşitli yönlerden eleştirilmiş ve her ne kadar ihmalde bulunarak başkasının icrai hareketini engellemeyen kişinin olayın gidişatında bir yan figür olması söz konusu olsa da, ona yönelik emir normlarından doğan bir garantörlük altında bulunduğundan artık merkezi bir figür haline geleceği ifade edilmiştir<sup>291</sup>. Bu teori Alman Ceza Kanunu § 13'ün düzenlemesiyle çatıştığı şeklinde de eleştirilere maruz kalmaktadır<sup>292</sup>.

*Gallas*'a göre, ihmalde hiçbir zaman gerçek anlamda fiil hakimiyetini sağlayan bir aktivite olmayıp, daima potansiyel fiil hakimiyetinin aktive edilmemesi söz konusudur. Bu nedenle ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı fiil hakimiyeti kıstası üzerinden icrai suçlardaki şekilde yapılamaz. Ayrım eşdeğerlik prensibi üzerinden, aktif bir hareketle faillik ve aktif bir hareketle şerikliğe eşdeğerlik üzerinden yapılabilir. Nasıl ki icrai suçlarda bizzat işlenebilme, kişisel nitelik, belirli bir amaç gibi faillığe ilişkin belirli şartlar olduğunda bu şartları gerçekleştirmeyen kişi şerik oluyorsa ihmalde de durum böyledir. Kasten icrai bir suç işleyen karşısında garantörlükten kaynaklanan neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi ancak yardım eden olarak sorumlu tutulabilir<sup>293</sup>.

Garantörsel yükümlülüğün ihlali merkezinde faillik ve şeriklik ayrımını ele alan *Ranft*, icrai hareketle işlenen bir suçun garantör tarafından önlenmemesi durumunda garantör için failliğin değil ihmal suretiyle yardım etmenin söz konusu olacağını savunmaktadır. Bu sadece gözetim garantörü için değil koruma garantörü için de geçerlidir ve bu durum tipe uygun objektifleştirilebilir ihmali haksızlığın, kasten ve hukuka aykırı olarak işlenen aktif ana fiile maddi açıdan bağlılığına dayanmaktadır<sup>294</sup>.

Fail yanında hareketsiz kalan garantörün yalnızca yardım eden olarak sorumlu tutulabileceğini savunan yazarlar bu durumda garantörün fiil hakimiyetinin bulunmamasından

<sup>290</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 249.

<sup>291</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 249.

<sup>292</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 249.

<sup>293</sup> Wilhelm Gallas, "Strafbares Unterlassen Im Fall Einer Selbsttötung", **JuristenZeitung**, C. 15, No: 22, 1960, s. 686, 687.

<sup>294</sup> Ranft, "Garantiepflichtwidriges Unterlassen", s. 862, 863.

yola çıkmaktadırlar. Bu görüşe ise bu kriterin ihmali suçlar için yapısal olarak uygun olmadığı, onun yerine yükümlülük suçları olarak ihmali suçlarda garantörsel yükümlülük kriterinin koyulabileceği şeklinde itirazda bulunulmuştur<sup>295</sup>. Bu durumda harekete geçebilme imkanına rağmen hareketsiz kalan garantör yükümlülük durumu nedeniyle yan fail olarak nitelendirilmelidir<sup>296</sup>. Yardım eden olarak sorumluluk ise ancak işlenen suçun bizzat işlenebilen bir suç olduğu veya özel bir amaç ya da faillik niteliği gerektirdiği ve ihmalde bulunanın bunlara sahip olmadığı durumlarda söz konusu olacaktır<sup>297</sup>.

## C. Yükümlülük Durumuna Odaklanan Teoriler

### 1. Yükümlülük Suçları Teorisi (Pfliehtdeliktslehre)

Çıkış noktası icra ve ihmalin farklı yapılara sahip olduğu ve tipiklik öğretisinin bu farklılığı dikkate alması gerektiği düşüncesidir. Bu fark dolayısıyladır ki nedensel oluşum sürecinin pozitif biçimde yönlendirilmesini ifade eden ve icrai hareket sahası için geliştirilen fiil hakimiyeti teorisi ihmali suçlara tatbik edilemez<sup>298</sup>. *Roxin* tarafından geliştirilen yükümlülük suçları teorisine göre gerçek olmayan ihmali suçlar da birer yükümlülük suçudur ve bu suçlarda da faillik kriteri olgusal anlamda fiil hakimiyeti değil, neticeyi önleme yükümlülüğünün ihlali ve suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilmesidir<sup>299</sup>.

*Roxin*, ihmali hareketle şerikliğin mümkün olduğunu ve bunun için neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunmasının gerekmediğini ifade etmekte, ihmali suçun faili olarak cezalandırılabilirliğin iki koşula bağlı olduğunu, bunlardan birinin ihmali suç tanımının (*Unterlassungstatbestand*) olması, diğerinin ise neticeyi önleme yükümlülüğünün olması olduğunu, bunlardan birinin bulunmaması halinde faillik değil şerikliğin söz konusu olabileceğini dile getirmektedir<sup>300</sup>. Yazar ihmali hareketle şerikliğin mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevapta şerikliğin ikincil niteliğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini,

<sup>295</sup> Gaede, “Begehen durch Unterlassen”, rn. 26.

<sup>296</sup> Gaede, “Begehen durch Unterlassen”, rn. 26.

<sup>297</sup> Gaede, “Begehen durch Unterlassen”, rn. 26.

<sup>298</sup> Roxin, *TuT*, s. 764; Sheng-Yen Feng, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen*, Berlin, Duncker&Humblot, 2023, s. 43, 44.

<sup>299</sup> Roxin, *AT*, II, § 31, kn. 140; Mario Bachmann, Matthias Eichinger, “Teilnahme und Unterlassen”, *JA*, 2011, s. 107; Feng, *Beteiligung durch Unterlassen*, s. 44.

<sup>300</sup> Roxin, *TuT*, s. 477.

şerikliğin suç tipinin gerçekleştirilmesi anlamında failliğin dışında kalan bir katılım anlamına geldiğini ifade etmektedir<sup>301</sup>

*Roxin*’e göre, ihmalî suçlarda fiil hakimiyetine ilişkin hususların yeri bulunmamaktadır; zira bir eylemsel süreç tek başına hiçbir şey yapılmayarak kontrol altına alınamaz ve olayın kontrolü meydana gelen netice ile failin kişiliği arasında aktif yönlendirici davranışa dayalı bir ilişkiyi gerektirir ki olayları kendi haline bırakma durumunda bu eksiktir<sup>302</sup>. Öte yandan *yazar* sosyal fiil hakimiyetinin (*soziale Tatherrschaft*) de ihmalde bulunanı fail yapmayacağı, fail olabilmek için neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir<sup>303</sup>.

## 2. Yükümlülüğün İçeriğine Göre Yapılan Ayrım

İhmalî suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin görüşlerden biri de garantörsel yükümlülüğün fonksiyonuna göre bir ayrımın gerekliliği yönündedir<sup>304</sup>. Bu görüşe göre, koruma yükümlülüğü (*Beschützergarantenpflicht*) ve gözetim yükümlülüğü (*Überwachergarantenpflicht*) şeklinde ikili bir ayrım yapılmalı, korunan hukuki değerle daha yakın bir ilişki içinde bulunan koruma yükümlüsünün işlenen ihmalî suç bakımından fail, gözetim yükümlüsünün ise şerik olarak sorumlu tutulması sonucuna varılmalıdır<sup>305</sup>.

*Herzberg* gerçek olmayan ihmalî suçlarda faillik ve şerikliği garantörlüğün türüne göre bir ayrım yapmak suretiyle belirlemekten yanadır<sup>306</sup>. Bu bağlamda bir kişinin suç teşkil eden hareketini engellemeyen gözetim garantörü yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır. Ancak gözetim garantörü, failin kasıtlı-aktif bir şekilde azmettirilmesi ya da dolaylı failliğin söz konusu olacağı şekilde desteklemesi halinde, yani istisnaen fail olabilecektir. Koruma garantörü ise daima fail olarak değerlendirilmelidir ve fakat bunun mutlaka kanıtlanması mümkün değildir<sup>307</sup>.

*Jakobs* gerçek olmayan ihmalî suçlar başlığı altında, ihmalî hareketle iştirak konusuna ilişkin açıklamalarını organizasyonel yetkiden doğan yükümlülüğün (*Pflicht kraft*

<sup>301</sup> Roxin, *TuT*, s. 476, 477.

<sup>302</sup> Roxin, *TuT*, s. 462, 463.

<sup>303</sup> Roxin, *TuT*, s. 467.

<sup>304</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 176.

<sup>305</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 177.

<sup>306</sup> Herzberg, *Unterlassung*, s. 259 vd.

<sup>307</sup> Herzberg, *Unterlassung*, s. 259-261.

*Organisationszuständigkeit*) söz konusu olduğu ihmali suçlar ve kurumsal yetkiden doğan yükümlülüğün (*Pflicht kraft institutioneller Zuständigkeit*) söz konusu olduğu ihmali suçlar şeklindeki bir ayırım çerçevesinde yapmaktadır<sup>308</sup>. Bu bağlamda ilk kategori bakımından iştirak formları arasındaki ayırımın icrai suçlarda olduğu gibi yapılması gerektiği savunulmaktadır<sup>309</sup>. Müşterek faillik ve yardım eden ayırımının yapılmasında, ihmalde bulunanın organizasyonel çevresinde bulunan ve olayın akışına ilişkin olan noktaların suç teşkil eden fiilin şekillendirilmesinde icrai suç failinin katkısına eşit bir katkıyı oluşturması aranmalıdır. Daha zayıf bir katkı ise yardım etme olarak nitelendirilecektir<sup>310</sup>. Sözelimi tehlikeli nesneleri gözetim altında tutan kişinin kural olarak yardım eden sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>311</sup>. İhmal yoluyla dolaylı faillik için *Jakobs*, apartmanda kilitli kalan bir kişiyi fark eden ve fakat kasıtlı olarak serbest bırakmayan apartman görevlisinin, içerideki kişinin kapıyı kırması halinde dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı örneğini vermektedir<sup>312</sup>. Kurumsal yetkiden doğan yükümlülüğün ihlal edildiği ihmali suçlar yükümlülük suçlarıdır ve bu suçlarda sorumluluğun nedeni değer ile olan kurumsal bağıdır. Bu bağ daima vasıtasızdır ve koparılması faillığe işaret eder<sup>313</sup>. *Jakobs*'un organizasyonel yetkiden doğan yükümlülükler ve kurumsal yetkiden doğan yükümlülükler ayırımının kullanılan ifadeler itibarıyla konunun anlaşılmasını zorlaştırdığı eleştirisi yapılmış ve haklı olarak koruma ve gözetim yükümlülüğü şeklindeki temel ayırmadan hareket edildiği ifade edilmiştir<sup>314</sup>.

İhmali suçlarda faillik ve şeriklik ayırımını garantörsel yükümlülüğün kapsam ve niteliği kıstası ile yapan görüş çeşitli yönlerden eleştirilmektedir. Bu ayırım, koruma ve gözetim yükümlülüğü arasındaki sınırın her zaman net olmadığı, bir olayda her ikisinin birlikte gündeme gelebileceği gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>315</sup>. Ayrıca kanunun böyle bir yükümlülük derecelendirmesi yapmadığı, önemli olanın neticeyi önleme yükümlülüğü olduğu söylenmektedir<sup>316</sup>. İlk olarak, neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığını tespit ettikten sonra bu yükümlülüğün böylesi bir ayırma tabi tutulması isabetsiz bulunmakta, yükümlülüğün varlık

---

<sup>308</sup> *Jakobs, AT*, s. 802 vd.

<sup>309</sup> *Jakobs, AT*, s. 845.

<sup>310</sup> *Jakobs, AT*, s. 845, 846.

<sup>311</sup> *Jakobs, AT*, s. 846.

<sup>312</sup> *Jakobs, AT*, s. 847.

<sup>313</sup> *Jakobs, AT*, s. 849.

<sup>314</sup> Bkz.: Erbaş, *Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, s. 249, 250.

<sup>315</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 179.

<sup>316</sup> Roxin, *AT*, II, § 31, kn. 162; Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 179.

sebebinin her halükarda bir hukuki değer olduğunun yadsınamaz olduğu ifade edilmektedir<sup>317</sup>. Diğer bir deyişle, koruma yükümlülüğünün bir hukuki değerle olan ilişki üzerinden tanımlanması, gözetim yükümlülüğünde ise böylesi bir ilişkinin varlığının inkar edilmesi eleştirilmiş olmaktadır. Öte yandan bir yükümlülüğün hem koruma hem de gözetim yükümlülüğü niteliği göstermesi de mümkündür<sup>318</sup>.

## **D. Objektif-Normatif Fiil Hakimiyeti Teorileri**

### **1. Genel Olarak**

İhmali doğrudan faillik, tipik neticenin meydana gelmesi riskinin önlenmesi imkanı olarak tanımlanırsa, neticeyi önleme imkanı neticeli ihmali suçlarda faillığe ilişkin bir ön koşul oluşturacaktır<sup>319</sup>. Öte yandan, ihmali suçlarda tipe uygun neticenin meydana gelmesinin önlenmesi imkanının nedensellik ve objektif isnadiyet bakımından bir ön koşul olduğu doğrulanmakla birlikte bunun tek başına failliğin gerekçelendirilmesi için yeterli olmayacağı, zira icrai suçlar alanında bile tipikliğin gerçekleşmesi için vazgeçilmez olan hareketlerin bulunduğu, ancak bu hareketlerin failliğin tespiti için yeterli olmayabileceği ileri sürülmektedir. Sözelimi bir suikastçıya, onsuz suçun işlenmesi şansının olmadığı bir tüfeği satan kişinin fail olarak kabul edilmesi fiili kontrol eden o olmadığı için mümkün olmamaktadır. Dolayısıyla ihmali suçlarda da ihmal edilen hareketin neticenin önlenmesi bakımından vazgeçilmez olmasının ihmalde bulunanı fail olarak kabul etmek için yeterli olmayabileceği ifade edilmektedir<sup>320</sup>.

İcrai suçlarda tipikliğin tamamının bizzat gerçekleştirilmesinin doğrudan failliği temellendirmesinin nedeni, tipe uygun oluşum süreci bakımından karar verme ve yaratım hakimiyetinin failin elinde bulunmasıdır<sup>321</sup>. İhmali suçlarda ise hareket yükümlülüğü olan kimsenin pozitif açıdan böyle bir hakimiyeti bulunmamakta, bu neviden bir hakimiyet ancak neticeyi önleme imkanı bakımından negatif olarak var olabilmektedir. Dolayısıyla ihmalde

<sup>317</sup> Kaufmann, *Unterlassungsdelikte*, s. 297, dn. 207; Roxin, *TuT*, s. 507; Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 152, 153.

<sup>318</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 153.

<sup>319</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 96; Stratenwerth, *AT*, kn. 1062.

<sup>320</sup> Bkz.: Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 96, 97.

<sup>321</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 97.

bulunan, suçun konusunun bir riske maruz kalıp kalmayacağına kendisi karar verememektedir<sup>322</sup>.

Hareketi doğrudan gerçekleştiren kişinin bu hareket üzerindeki hakimiyeti kaybettiği durumlarda, fiil hakimiyetinin ihmalde bulunana geçmesi ve bu hakimiyet değişimi neticesinde ihmalde bulunanın doğrudan fail olarak kabul edilmesine ilişkin olarak iki noktada itirazda bulunmaktadır. İlk itiraz, icrai harekette bulunan kişinin eylemini tamamlamasından sonra, hukuki değeri kurtarmanın hala mümkün olup olmaması durumunun, ihmalde bulunanın sorumluluğu üzerinde nasıl bir etkisinin bulunacağı açık olmayacak şekilde rastgele sonuçlara yol açabileceği yönündedir. İhmalde bulunanın tipik neticenin meydana gelmesinden sorumluluğu meselesinde, neticeyi önleme imkanının zamanının neden önemli olduğunun teorik olarak da anlaşılabilir olmadığı ileri sürülmektedir. Zira icrai suçlardan farklı olarak ihmali suçlarda hareketin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceği ve şekillendirmesine ilişkin hakimiyet gibi olayın kontrolü ile ilgili değişiklikler belirgin değildir<sup>323</sup>.

İhmali suçlarda doğrudan failliğe ilişkin olarak icrai suçlardaki kriterlerin doğrudan aktarılamayacağı, zira icrai hareketle işlenen suçlardaki karar verme (*Entscheidungsherrschaft*) ve şekillendirme hakimiyeti (*Gestaltungsherrschaft*) kriterlerinin ihmali suçlarda aynı şekilde etki doğurmadığı dile getirilmektedir. Ancak bundan ihmali suçlarda fiil hakimiyeti teorisinin fonksiyonsuz kalacağı sonucunun çıkmayacağı, ihmali suç alanında fiil hakimiyeti için farklı kriterlerin belirlenmesi gerektiği ilave edilmektedir<sup>324</sup>.

## 2. Potansiyel Fiil Hakimiyeti Teorisi

İhmal alanında fiil hakimiyeti, ihmal edenin harekete geçseydi tipik neticenin meydana gelmesini önleyebilecek olması fikrine dayanmaktadır ve icrai suçlardan farklı olarak ihmali harekette bulunan olayın seyrini elinde tutmamaktadır; ancak harekete geçerse bu seyri eline

---

<sup>322</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 97.

<sup>323</sup> Bkz.: Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 97, 98.

<sup>324</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 98.



alabilir<sup>325</sup>. Bu nedenle en uygun çözümün potansiyel fiil hakimiyeti olduğu ileri sürülmektedir<sup>326</sup>.

Bu başlık altında ele alınabilecek olan görüşlerden biri Busse'ye aittir. Busse, ihmali suçlarda fiil hakimiyeti kavramının geçerli olup olmadığını sorgularken nedensel oluşum sürecinde üstlenilen rol üzerinde durmakta<sup>327</sup>, merkezi figür rolü üstlenen garantörün fail, yan figür olmakla kalan garantörün ise şerik olarak sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşmaktadır<sup>328</sup>.

*Satzger*'e göre, icrai suçlar alanında faillik ve şeriklik ayrımı için kullanılan fiil hakimiyeti kriteri, birtakım uyarlamalara ihtiyaç olmakla birlikte ihmali suçlar alanı için de uygulanmaya müsaittir<sup>329</sup>. Yazar fiil hakimiyetinin ihmali suçlarda potansiyel fiil hakimiyeti şeklinde tezahür edebileceğini ifade etmektedir<sup>330</sup>.

*Mosenheuer* bu noktada ayrıntılı bir yöntem izlemektedir: Mosenheuer'in önerisine göre, ihmali suçlarda ihmalde bulunanın sorumluluğunun belirlenmesi için öncelikle korunan hukuki değere yönelik tehlikenin hangi kaynaktan doğduğunun önem arz edip etmediği sorusunun ele alınması gerekmektedir. Bu soru öncelikle icrai suçlar alanı için sorulmalı, sorumluluğun farklı olması gerektiği sonucuna varıldığında bunun nedeni tespit edilmeli ve aynı nedenin ihmali suçlar alanında da belirleyici olup olamayacağına yönelik bir karşılaştırma yapılmalıdır. Sözgelimi, bir daireyi tahrip etmesi için bir insanı içeri alan kişinin sorumluluğu ile bir köpeği içeri alan kişinin sorumluluğu karşılaştırıldığında, insanı içer alan kişinin, hukuki değeri doğrudan ihlal eden riski kendisi yaratmadığı, içeri giren kişinin hareketini kontrol etmediği ve katkısı işbölümü niteliğinde olmadığı için fail olamayacağı söylenebilir. Köpeği içeri alan kişinin ise, köpek ve dolayısıyla doğa karşısında insanlığın tek temsilcisi o olduğu için mala zarar verme suçu bakımından da doğrudan fail olarak sorumlu tutulabileceğinden söz edilmektedir. Ancak bu noktada ihmali suçlar alanı ile bir karşılaştırma yapılamayacağı, zira

<sup>325</sup> Klaus Hoffmann-Holland, "Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen", *ZStW*, C. 118, No: 3, 2006, s. 624.

<sup>326</sup> Hoffmann Holland, "Die Beteiligung des Garanten", s. 624.

<sup>327</sup> Klaus Henning Busse, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, Göttingen, 1974, s. 258 vd.

<sup>328</sup> Busse, *Täterschaft und Teilnahme*, s. 296, 297.

<sup>329</sup> Bkz.: Helmut Satzger, "Beteiligung und Unterlassen: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen", *JURA - Juristische Ausbildung*, C. 37, No: 10, 2015, s. 1064.

<sup>330</sup> Bkz.: Satzger, "Beteiligung und Unterlassen", s. 1063, 1064.

ihmalde bulunanın hareketsizliği ile netice arasında doğrudan bir bağın bulunduğu ve ihmali suçlarda isnadiyet yapısının icrai suçlardakinden farklı olduğu dile getirilmektedir. Mosenheuer bir sonraki adımda, ihmal yoluyla fiil hakimiyetinin hangi perspektiften değerlendirilmesi gerektiği üzerinde durmaktadır. Bu bağlamda takip edilebilecek iki yoldan biri tipik durum üzerindeki hakimiyetin esas alınması, diğeri ise isnadiyet bağlamında potansiyel fiil hakimiyetinin esas alınmasıdır. Tipikliğe uygun durum üzerindeki hakimiyete göre hareket edilmesi ve bu durumda sorumluluk derecelerinin belirlenmesi bakımından ölçütün ihmalde bulunanın suçun ana figürü mü (*Zentralgestalt*) yoksa tali figürü mü (*Randfigur*) olduğuna bakılması gerektiği ifade edilmektedir. Mosenheuer, ihmali suç failliği için üstün engelleme hakimiyeti yoluyla fiil hakimiyeti kriterini önermektedir. Bu görüşe göre oluşum sürecinin kontrolü bakımından önemli olan karar verme hakimiyetidir. Sözgelimi çocuğunu döven anneyi engellemeyen babanın karar verme gücü anneninki ile aynı derecede değildir ve baba bu açıdan anneye bağlıdır. Ancak doğal güçlerden kaynaklanan tehlikenin engellenmemesi durumunda aynı şey söz konusu değildir. Burada neticenin ortaya çıkması bakımından bir başkasının iradesine bağıllık bulunmamaktadır. Dolayısıyla icrai hareketi gerçekleştiren kişi ile onun gerçekleştirdiği neticeyi engellemeyen kişinin sorumluluk durumları karşılaştırıldığında karar verme gücü zayıf olan ihmalde bulunanın tali bir figür olarak şerik sıfatıyla sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Öte yandan, çocuğu döven anne değil de beş yaşındaki erkek kardeş olursa bunu engellemeyen babanın sorumluluğun değişeceğini söylemek gerekecektir. Zira bu durumda da baba bir başka insanın iradesi ile bağlıdır; ancak karar verme gücü hareketi gerçekleştireninkine kıyasla baskındır. Beş yaşındaki çocuk ne eylemlerinin yanlışlığını görebildiği ne de bu doğrultuda hareket edebildiği için babanın sahip olduğu engelleyici güdülerden yoksundur. Bu engelleme gücü (*Hemmungsherrschaft*), diğer bir deyişle olumsuz bir bileşen olarak karar verme gücü bakımından babanın üstünlüğü onu suç teşkil eden fiil bakımından merkezi figür haline getirmektedir<sup>331</sup>.

### 3. Neticeyi Önleme Gücü Işığında Normatif Fiil Hakimiyeti Teorisi

*Otto*'ya göre, ihmalde bulunan kişi olayın gelişimini nedensel olarak yönlendiremediğinden durumun aktif kontrolüne dayalı olarak fiil hakimiyetini elinde

---

<sup>331</sup> Mosenheuer tarafından yapılan bütün bu değerlendirmeler için bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 191-195.

bulunduramaz; ancak neticeyi önleme imkanına sahip olan bu kişi sosyal sorumluluk pozisyonu (*soziale Verantwortungsposition*) nedeniyle oluşum sürecinin merkezi figürü ve dolayısıyla - şayet icrai harekette bulunanın fiil hakimiyeti yoluyla olayın dışına itilmezse- faildir<sup>332</sup>.

İhmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı konusunda geliştirilen görüşlerden biri de isnadiyet temellidir. Buna göre, isnat edilebilir olay, suç tipini gerçekleştiriyorsa ihmalde bulunan fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Öte yandan isnadın temeli azmettirme veya yardım etmenin özelliklerini taşıyorsa ihmalde bulunan sadece şerik olarak sorumlu tutulabilir<sup>333</sup>. Bu bağlamda *Haas*'a göre belirleyici olan, garantörün nelerden sorumlu olduğu ve kendisine neticeyi önleme yükümlülüğünün ihlali kapsamında neyin isnat edilebileceğidir<sup>334</sup>. Sözelimi gözetim veya koruma garantörü belirli bir kişinin üçüncü kişileri tehlikeye atmamasından veya zarara uğratmamasından sorumluysa ve doğrudan failin davranışını önleyebilecek durumdaysa hukuki değerın zarar görmesine neden olmak da dahil olmak üzere meydana gelen netice ona isnat edilir<sup>335</sup>. Yargı kararlarında müşterek faillik olarak nitelendirilen bu durumda ihmalde bulunanın doğrudan failliği söz konusu olmalıdır<sup>336</sup>. Garantörün sorumlu olduğu kişi bir isnadiyet kusuru ile hareket ederse yeni tarihli yargı kararlarına göre bu durumda ihmalde bulunan dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>337</sup>. Ancak *Haas* bu kurumlara ihtiyaç olmadığını, zira ihmalde bulunanın neticeyi önlemekle yükümlü olduğunu ve bu nedenle kontrolü altındaki kişinin davranışının ona isnat edileceğini ifade etmekte ve fakat bazı durumlarda ihmal suretiyle dolaylı faillik ve müşterek failliğin yine de düşünülebileceğini dile getirmektedir. Sözelimi garantörün sorumlu olduğu kişinin bir başka kişiyi suçun işlenmesinde kullanması ve garantörün buna karşı hareketsiz kalması veya bu kişinin müşterek fail olarak bir suçun işlenmesine katılması durumunda buna karşı bir şey yapmayan garantörün sorumluluğu bakımından bu durum geçerlidir<sup>338</sup>. Isnadiyet anlayışına göre, gözetim veya koruma garantörünün sorumlu olduğu kişi bir başkasını suç işlemeye azmettiriyorsa suç işlemeye yönelik karar oluşturma eyleminin garantöre isnat edilmesi mümkündür<sup>339</sup>.

---

<sup>332</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 229.

<sup>333</sup> Volker Haas, "Die Beteiligung durch Unterlassen", **ZIS**, C. 5, 2011, s. 396.

<sup>334</sup> Haas, "Beteiligung", s. 396.

<sup>335</sup> Haas, "Beteiligung", s. 396.

<sup>336</sup> Haas, "Beteiligung", s. 396.

<sup>337</sup> Haas, "Beteiligung", s. 396.

<sup>338</sup> Haas, "Beteiligung", s. 396, 397.

<sup>339</sup> Haas, "Beteiligung", s. 397.

*Hoffmann-Holland*, ihmal yoluyla faillik ve şeriklik arasındaki ayrıma ilişkin kriter, hukuki değere yönelik saldırının doğrudan kontrol edilmesidir<sup>340</sup>. Buna bağlı sonuçları yazar şu şekilde özetlemektedir<sup>341</sup>: İcrai harekette bulunan ve kusurlu olan bir failin varlığı halinde garantörün ihmali hukuki değere saldırı yönünden dolaylı niteliktedir ve bu durumda ihmalde bulunan yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır. Fakat icrai harekette bulunan kusurlu hareket etmiyorsa bu durumda garantörün olayı şekillendirmesi engellenemeyecek ve ihmalden ötürü fail olarak sorumlu tutulacaktır. Garantör suç teşkil eden harekete icrai harekette bulunan ile birlikte hakimse müşterek faildir. Öte yandan garantör her koşulda hukuki değeri korumakla yükümlü ise yan faildir. Zira bu durumda garantörün hukuki değer ile doğrudan bir ilişkisi vardır ve icrai harekette bulunanın fiil hakimiyetini elinde bulundurması garantörü ikincil pozisyona itemez. Holland'ın değerlendirmelerini kısmen kabul etmek mümkündür. İtiraz edilebilecek olan nokta bizce icrai hareketle gerçekleştirilen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmanın koşulsuz bir biçimde mümkün görülmüş olmasıdır.

Bu başlık altında ele alınabileceğini düşündüğümüz bir diğer görüş *Feng* tarafından savunulan kişiler arası fiil hakimiyeti teorisidir (*interpersonale Tatherrschaftslehre*). *Feng*'e göre ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı için ikili bir ayırmadan hareket edilmelidir: Şayet garantörsel yükümlülük neticeyi önlemeye yönelikse, yani ihlal edilen davranış normu tipik neticeye yönelmişse hareketsiz kalan garantör faildir. Öte yandan garantörün yükümlülüğü yalnız ana fiilin riskini artırmaktan kaçınma, diğer bir deyişle onu zorlaştırmaya yönelikse hareketsiz kalan garantör şerik olarak sorumlu tutulmalıdır. Burada iştirak formları arasındaki ayrım iki aşamada gerçekleştirilmelidir: İlk adımda ihmalde bulunan taraf ile mağdur arasında bir bağımlılık ilişkisi olup olmadığı ve eğer varsa bu ilişkinin içeriği belirlenmelidir. İkinci adımda ihlal edilen garantörsel yükümlülüğünün kapsamı ve amacı belirlenmelidir. İcrai harekette bulunan bir failin araya girdiği durumlarda belirleyici olacak soru, failin icrai hareketinin söz konusu garantörsel yükümlülüğünün kapsamı ve amacı üzerinde bir etkiye sahip olup olmadığı ve eğer etkili ise bunun derecesinin ne olduğudur. Bu çerçevede yazar öncelikle şeriklik hareketinin engellenmemesi durumunu ele almaktadır. Burada sözelimi çocuğunun bir suça teşvik etmesini veya yardımını engellemeyen babanın ihmali hareketle şerik olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmekte ve bu tip olayların çözümü nispeten basit

<sup>340</sup> Hoffmann-Holland, "Die Beteiligung des Garanten", s. 637.

<sup>341</sup> Bkz.: Hoffmann-Holland, "Die Beteiligung des Garanten", s. 637, 638.

örnekleri oluşturduğu dile getirilmektedir. Bunun nedeni babanın sadece suçun yarattığı tehlikeden, yani ana fiili mümkün kılmaktan veya riskini artırmaktan sorumlu olmasıdır. Burada babanın gözetim yükümlülüğünün yöneldiği amaç, asıl suçluya suçu işlememesini tavsiye etmek ya da çocuğu tarafından sunulan yardımı geri çekmektir<sup>342</sup>. *Feng*, koruma garantörüne göre sorunlu olan gözetim garantörünün ihmali bakımından faillik ve şeriklik ayrımı konusunda öğretideki diğer teorilerin yardımına başvurmanın mümkün olup olmadığını da incelemektedir<sup>343</sup>. *Yazara* göre savunduğu ve mağdura karşı diğer tarafın yükümlülüğünü dikkate alan kişilerarası fiil hakimiyeti teorisi uyarınca gerek icrai gerek ihmali hareket bakımından temel soru, diğer kişinin kişisel sorumluluğuna rağmen iştirakçinin fail olarak tipikliğin gerçekleşmesini kontrol edip edemeyeceği veya ne ölçüde edebileceğidir. İhmal yoluyla şeriklik, garantörün ihmalinin tipik neticenin meydana gelmesi için *ex ante* bir değerlendirmeye göre yeterli olmaması ve tipe uygun bir tehlikenin ortaya çıkması için üçüncü kişinin ihlal niyetinin hala mevcut olması halinde söz konusudur<sup>344</sup>.

#### E. Bağımsız Kombinasyonel Teoriler

*Schwab* ihmali suçlar bakımından faillik ve şeriklik ayrımında hareket noktasının eşdeğerlik şartı olması gerektiğini savunmaktadır. Bu bağlamda ayrımın Alman Ceza Kanunu § 13 I kapsamında eşdeğerlik unsuru çerçevesinde yapılması gerektiğini, icrai bir hareketle suç işleyen kişinin yanında ihmalde bulunanın, rolü tali figür olmakla sınırlı ise yardım eden, fakat ana figür boyutuna erişmekteyse fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>345</sup>.

İhmali hareketle şeriklik konusunda dikkate alınması gereken öncelikli husus, ihmalde bulunanın suçun konusu veya faili ile bir garantörsel ilişki içinde bulunup bulunmadığıdır<sup>346</sup>. *Schmidhäuser*, ihmali hareketle iştirak konusu bağlamında yapılacak ayrım için şu yöntemi önermektedir: Tehlikeli bir kişinin eylemlerinden ötürü gözetim garantörlüğü (*Sicherungsgarantie*) söz konusu ise garantörün müdahale etmemesi durumunda, neticeyi

<sup>342</sup> Bkz.: *Feng*, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 383, 384.

<sup>343</sup> *Feng*, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 412 vd.

<sup>344</sup> *Feng*, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 432.

<sup>345</sup> Hans Jörg Schwab, **Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996, s. 227.

<sup>346</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 707.

engelleme imkanı bulunuyorsa fail olduğunu söylemek gerekir. Öte yandan suçtan etkilenene karşı koruma yükümlülüğü (*Obhutsgarantie*) söz konusu ise bir ayırım daha yapmak gerekir: Aktif olarak hareket eden fail hareketini tamamlamış ve fakat netice gerçekleşmemişse, tehlike hali sanki başka türlü meydana gelmiş gibi mevcutsa (örneğin bir doğa olayı nedeniyle) neticeyi engellemeyen garantör, fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Ancak garantörün kurtarma girişimi failin hareketine müdahale edip neticeyi önlemeyi gerektiriyorsa o zaman sadece ihmali hareketle yardım etme söz konusu olur. Bu durumda fiil hakimiyeti kavramı gerçek bir içeriğe sahip olur. Zira icrai harekette bulunan fiil hakimiyeti içinde oluşum sürecini şekillendirmekte iken ihmalde bulunan garantör sadece neticeyi önleme imkanına sahiptir ve bu nedenle sadece yardım eden olarak sorumlu tutulabilir<sup>347</sup>. Bu bağlamda *yazara* göre, ihmali hareketle yardım etme ve icrai hareketle yardım etme eşdeğerdir; ancak bir noktada farklılık ortaya çıkmaktadır. İcrada asıl fiile salt destek olmak yeterli olup bu fiilin söz konusu yardım olmadan işlenemez olması gerekli değil iken, ihmal yoluyla yardımın söz konusu olabilmesi için emredilen hareket yapılsaydı engellenebilir olması gerekmektedir. Dolayısıyla ihmali hareketle yardım etmenin cezalandırılabilir olması için emredilen hareketin yapılması halinde neticenin önlenmesinin mümkün olması gerekmektedir (yoksa asıl fiilin zorlaştırılması değil) ve ancak bu durumda objektif isnadiyet sağlanabilecektir<sup>348</sup>. *Schmidhäuser*, ihmali hareketle faillik ve yardım etme ayırımına ilişkin şu örnekleri vermektedir: Dağ yürüyüşü sırasında E'nin eşi F'yi uçuruma iten A'ya engel olmaması halinde A'nın kasten öldürme suçunun faili, E'nin ise ihmali hareketle yardım eden olarak sorumlu tutulması gerekir. Zira E'nin davranışı fiile ilişkin menfaatten tamamiyle bağımsız olarak yalnızca A'nın domine hareketi ile ilişki içinde ona bir yardım etme niteliği taşımaktadır. Ancak E'nin müdahalesi ile A'nın hareketi zorlaşabilecek ise bu durumda E'nin cezasız kalması gerekir; çünkü akim kalmış yardım etme § 30 kapsamında cezalandırılmamaktadır<sup>349</sup>. Konuyla ilgili olarak verilen bir diğer örnekte A, yüzme bilmeyen F'yi suya itip kaçar. F'nin eşi E ise onu kurtarma şansı olmasına rağmen herhangi bir müdahalede bulunmaz. Bu durumda A artık aktif olmadığı ve olay F'nin suya kendisinin düşmesi ile aynı seyrettiği için bağımsız bir değerlendirme yapılması gerekir. E, neticeyi

---

<sup>347</sup> Schmidhäuser, *AT*, s. 708, 709.

<sup>348</sup> Schmidhäuser, *AT*, s. 709.

<sup>349</sup> Schmidhäuser, *AT*, s. 709.

engelleyebilecek idiyse artık fail olarak sorumlu tutulması gerekmektedir ve önceki yardım etme niteliğindeki katkılar ikincil nitelikte olup failliğin arkasına çekilir<sup>350</sup>.

*Kreuzberg*’e göre ihmal alanında maddi anlamda bir bağıllık (*materielle Akzessorietät*) ve dolayısıyla bağlı bir garantörsel ihmal bulunmamaktadır<sup>351</sup>. İcrai harekette bulunanın fiili yönlendirmesi engellenmemiş olsa bile ihmal yoluyla kasten onay vermiş olmaya dair kararın yapısı daima orijinaldir. Zira aktif hareket gerçekleştiren tarafın hukuki değer ihlalini engellemeyen kişinin bu değere dolaylı bir saldırısı değil, değerın saldırıya uğramasına yönelik ilksel bir onayı (*originäre Zulassung*) söz konusudur<sup>352</sup>. Hareketin haksızlığı açısından nasıl veya neden değil, hareket etme yükümlülüğünün bulunması önemli olduğundan farklı garantörsel yükümlülüklerin işlevi ve nedenine göre bir ayırım da bu anlamda gözardı edilmektedir<sup>353</sup>.

İhmali suçlarda faillik ve şeriklik arasındaki sınırı çizmek icrai suçlardakine kıyasla daha da zordur<sup>354</sup>. Alman Federal Mahkemesi bu konuda ılımlı sübjektif teori ile bağlantı kurarak failin içsel tutumunu ve aynı zamanda fiil hakimiyetini belirleyici ölçütler olarak kabul etmektedir<sup>355</sup>. Bu bağlamda ihmali davranış failin diğer kişinin eylemini kendi eylemi haline getirme iradesinin bir ifadesi ise müşterek faillik, öte yandan ihmalde bulunan içsel bir katılım olmadan ve neticeye yönelik çıkar söz konusu olmaksızın sadece suçun gerçekleşmesine izin vermişse yardım etme söz konusu olacaktır<sup>356</sup>.

## F. Türk Hukukunda İleri Sürülen Görüşler

Türk ceza hukuku öğretisinde ihmal alanında faillik ve şeriklik ayırımının mümkün olup olmadığı ve şayet böyle bir ayırım mümkünse kullanılacak kriterin ne olduğu konusunda Alman hukukunda olduğu kadar hararetli tartışmalara ve ayrıntılı değerlendirmelere

<sup>350</sup> Schmidhäuser, AT, s. 709.

<sup>351</sup> Bkz.: Bastian Kreuzberg, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre*, Berlin, Duncker&Humblot, 2019, s. 671.

<sup>352</sup> Kreuzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, s. 671.

<sup>353</sup> Kreuzberg, *Täterschaft und Teilnahme*, s. 671.

<sup>354</sup> Rudolf Rengier, “Täterschaft und Teilnahme-Unverändert aktuelle Streitpunkte”, *JuS*, 2010, s. 284.

<sup>355</sup> Rengier, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 284. Bu yöndeki bir karar için bkz.: BGH, NStZ 2009, 321 (322) (Rengier, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 284).

<sup>356</sup> Rengier, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 284.

rastlanmamaktadır. Bununla birlikte burada ele alabileceğimiz bazı değerlendirmeler mevcuttur.

Bir görüşe göre fiil hakimiyeti teorisinin diğer teoriler karşısında bir adım önde olduğu; ancak bazı noktalarda eksikliklerinin bulunduğu, sözgelimi ihmali suçlarda fail şerik ayrımını yapmakta uygulanmasının mümkün olmadığı, zira bu kriter uygulanırsa ihmalde bulunanın daima şerik olduğu sonucuna ulaşılabileceği ileri sürülmektedir<sup>357</sup>. Halbuki garantör hareket etme yükümlülüğü sebebiyle her zaman fail olması gereken kişidir<sup>358</sup>. Özkan’a göre, Alman uygulamasında olduğu gibi, birden fazla teori karma bir biçimde uygulanarak faillik ve şeriklik ayrımı cezalandırmada boşluğa imkan tanımayacak şekilde yapılmalıdır. Bu bağlamda fiil hakimiyeti teorisi esas alınarak yola çıkılmalı, yetersiz kaldığı yerde ise sınırlı subjektif teori ve maddi objektif teoriye başvurulmalıdır<sup>359</sup>. Sözgelimi ihmali suçlarda fiil hakimiyeti teorisi yerine, şerikin katkısının tehlikeliliğini dikkate alan maddi objektif teori yardımıyla faillik ve şeriklik ayrımı yapılmalıdır<sup>360</sup>.

İhmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı konusunda fiil hakimiyeti teorisinin en uygun çözümü sunduğunu savunan yazarlar<sup>361</sup> arasında olan Çiçek’e göre her somut olayda ihmalde bulunanın fiil hakimiyetine sahip olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir<sup>362</sup>. Sözgelimi V’nin yatalak annesiyle birlikte yaşadığı evi kundaklayan B’nin olay yerini terk etmesi durumunda artık olayın gidişatına hükmetme yeteneği V’dedir ve bu ihtimalde kurtarma davranışını gerçekleştirmeyerek hareketsiz kalan V’nin fail olarak sorumlu tutulması gerekir<sup>363</sup>. Yazar tarafından verilen örnekte yukarıda yer verdiğimiz ve Schmidhäuser tarafından savunulan anlayışın izlerine rastlandığı söylenebilir. Zira burada da icrai harekette bulunan aradan çekildiğinde ihmalde bulunanın olayın gidişatını şekillendirme ihtimali belirmektedir.

<sup>357</sup> Bkz.: Halid Özkan, “Ceza Hukukunda Azmettirme”, Konya, Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2013, s. 22. Özkan bizzat işlenebilen suçlarda da fiil hakimiyeti teorisinin yetersiz kaldığı görüşündedir. Bkz.: Özkan, “Azmettirme”, s. 22.

<sup>358</sup> Özkan, “Azmettirme”, s. 22.

<sup>359</sup> Özkan, “Azmettirme”, s. 22.

<sup>360</sup> Özkan, “Azmettirme”, s. 22.

<sup>361</sup> Bu yönde bkz.: Özyüksel, “Dolaylı Faillik”, s. 267.

<sup>362</sup> Mustafa Çiçek, “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik”, **EBYÜ-HFD**, C. 26, No: 2, 2022, s. 580.

<sup>363</sup> Çiçek, “Yan Yana Faillik”, s. 578-580.



*Çelen*'e göre, ihmali bir suçun faili olabilmek için kanuni düzenleme ve neticeyi önleme yükümlülüğünün yanı sıra gerçekleşen olayın akışına hakim olmak da gerekmektedir<sup>364</sup>. Bu hakimiyetin sağlanmadığı durumlarda ihmali harekette bulunan ancak yardım etmeden sorumlu tutulabilir<sup>365</sup>.

Bir görüş göre ise gerçek olmayan ihmali suçlarda sübjektif teorinin salt hareketsizlik durumunda fail ve şeriklik isteğinin anlaşılamayacağı, fiil hakimiyeti teorisinin ise aktif bir gerçekleştirme bağlamında olayın akışına hakim olmanın ihmalde söz konusu olmaması sebebiyle yetersiz kaldığı savunulmaktadır<sup>366</sup>.

*Akbulut*, gerçek olmayan ihmali suçlarda failliğin belirlenmesi noktasında neticenin gerçekleşmesini önlemeyen herkesin değil, neticenin gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü altında olan kişinin fail olabileceğini savunmaktadır<sup>367</sup>.

*Yurtlu*'ya göre ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı mümkündür. Bu ayırmda bu suçların kendine has yapısı dikkate alınarak toptancı bir yaklaşımdan uzak durulmalıdır. Yazar farklı bir değerlendirmeye, gerçek olmayan ihmali suçlarda faillik için fiil hakimiyeti ve garantörlük şartlarının birlikte gerçekleşmesi ve buna ilaveten, bağlı hareketli suçlarda ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer nitelikte olması da aranması gerektiği kanaatindedir<sup>368</sup>.

## G. Değerlendirme

Faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin olarak geliştirilen teorilerin mahsurlarından ve eksikliklerinden şimdiye kadar öğretilde sıklıkla söz edilmiştir. Bunların bir kısmına biz de çalışmamızda yer vermeye çalıştık. Bu nedenle aynı hususları tekrar etmekte bir fayda olmadığını düşünüyoruz. Bununla birlikte fiil hakimiyeti teorisini şimdiye kadar geliştirilen teoriler içinde ayrı bir yere koymak gerekir. Faillik ve şeriklik arasında bir ayrımın yapılabileceğini ve dahası böyle bir ayrıma ihtiyaç olduğunu belirledikten sonra bunun için en

---

<sup>364</sup> Ömer Çelen, “Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)”, Konya, Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2015, s. 208, 209.

<sup>365</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 209.

<sup>366</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 187.

<sup>367</sup> Bkz.: Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 188.

<sup>368</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 330.

uygun teori, halihazırda birtakım eksiklikleri bulunsa da fiil hakimiyeti teorisidir. Bu teorinin *Roxin* tarafından getirildiği seviye itibarıyla birçok olayda sorunsuz veya en az tartışmayla iştirak statüleri arasındaki ayrımı yapmaya yeteceğini söylemek mümkündür. Bu bağlamda suçun işlenmesine giden nedensel oluşum sürecinin ana aktörü (merkezi figürü) ve suç teşkil eden harekete üç hakimiyet türünden biriyle hakim olan kişi suçun faili olmalıdır. Kuşkusuz burada irade de önemlidir ve bu nedenle dolaylı faillikte buna yönelik iradenin olmaması halinde fiil hakimiyetinin objektif olarak tesis edildiğinden ve fakat iradeye ilişkinin koşulunun gerçekleşmediğinden bahsedilir.

İhmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağı konusuna dair Alman hukukunda çeşitli fikirler ileri sürülmüş ve uzun tartışmalar yapılmış olmasına karşın Türk hukukunda gerek öğretide gerek yargı kararlarında kapsamlı bir tartışmaya ve fikir çeşitliliğine ne yazık ki rastlanmamaktadır.

Öncelikle ihmali suçların türleri arasındaki farkları dikkate alarak bir ayrım yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Sırf hareket suçu niteliği arz eden gerçek ihmali suçlarda kanunda öngörülen hareketin yapılmaması suçun oluşumu için yeterliken gerçek olmayan ihmali suçlarda kişinin doğrudan kendi eliyle gerçekleştirilmeyen bir neticenin engellenmesi yükümlülüğü söz konusudur. Elbette her iki ihmali suç türü arasındaki farkı sırf hareket suçu-netice suçu ayrımına indirgemek mümkün değildir; ancak bu ayırmadan hareket ederek faillik ve şeriklik konusunda birtakım belirlemeler yapılabilir. Kanuni tanımda öngörülen ve yapılması emredilen hareketin yapılmamasıyla gerçekleşen gerçek ihmali suçlarda kanaatimizce faillik ve şeriklik ayrımına gerek bulunmamaktadır. Bu suçlarda kendisi yükümlülük altında bulunan ve bunu yerine getirme imkanına sahip olan kişinin hareketsiz kalması durumunda suç işlenmiş olacaktır ve faili ihmalde bulunandır. Gerçek olmayan ihmali suçlarda ise meydana gelmesi olası bir neticenin önüne geçmek yönünde hukuki bir yükümlülük bulunmaktadır ve fakat burada doğal kaynaklar veya bir başka kişi araya girdiğinden garantörün neticenin meydana gelmesindeki katkısı farklılık arz edebilecektir.

Çalışmamızın birinci bölümünde icra ve ihmal arasındaki ayrıma ayrıntılı olarak yer vermiştik. Burada tekrar ifade etmek gerekir ki -bu konudaki süregelen tartışmalarla birlikte- ihmalin de ontolojik bir varlığı bulunmaktadır ve fakat icrai hareketten farklı olarak ceza hukuku sahasına girişi normatif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. O halde icrai hareketle

işlenen suçlardan farklı olarak ihmalin faillik mi yoksa şeriklik mi teşkil ettiğini belirlemek için bu ihmalin (yarı) ontolojik ve normatif karakterini yansıtacak bir ayırım kriteri geliştirmek gerekir. İhmalin ceza hukukunun konusu haline gelmesi için gereken normatif değerlendirme, harekete geçmek yönündeki hukuki yükümlülük üzerinden yapılmaktadır. O halde faillik ve şeriklik ayırımında bu yükümlülüklerin yöneldiği amaç dikkate alarak değerlendirmeye başlanmalıdır. Bu bağlamda *Feng*'in yukarıda yer verdiğimiz yaklaşımı bizce de isabetlidir. Yükümlülük neticeyi önlemeye mi odaklanmıştır yoksa suçun işlenmesi riskini artırmamaya mı, bu hususta bir değerlendirme yapılmalıdır. Fakat ihmal alanında faillik ve şeriklik ayırımı konusunda geliştirilen ve yükümlülük durumunu esas alarak bir çözüm üretmeye çalışan teorilerden farklı olarak burada yükümlülüğün kapsam ve niteliği ayırım için yeterli bir argüman değildir. Bu kapsam belirlendikten sonra şayet yükümlülüğün yöneldiği amaç itibarıyla faillik varsayımı yapılabiliyorsa bu noktada ikinci bir kriter devreye girmeli ve neticeyi engelleme gücünün somut olayda garantörde bulunup bulunmadığı değerlendirmesi yapılmalıdır. Bu, icrai suçlarda faillik ve şeriklik ayırımında kişinin ana aktör olup olmadığı değerlendirmesiyle paralellik arz etmektedir. Somut olayın koşulları göz önünde bulundurularak, ihmalde bulunanın neticeyi engelleme gücünün var olup olmadığı konusunda ex ante bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirmede esas alınabilecek birden çok faktör bulunabilir. *Mosenheuer*'in belirttiği gibi icrai harekette bulunan bir kimse yoksa ve doğal kaynaklardan doğan bir netice söz konusu ise harekete geçmeyen garantör fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu noktada neticeyi engelleme gücü ifadesinin ihmali suçun tipikliğine ait bir unsur olarak neticeyi önleme imkanı ile özdeşletirilmemesi gerektiğini ifade etmeliyiz. Fiziksel olarak neticeyi engelleme imkanının bulunmadığı durumlarda hareketsiz kalan garantörün suçtan hiçbir şekilde sorumlu tutulması mümkün değilken, neticeyi engelleme gücü bulunmayan kişinin onun gerçekleşmesi riskini artırmamak üzere de harekete geçmediği durumlarda şerik olarak sorumlu tutulması mümkündür. Sözgelimi oğlunun denizde boğulmakta olduğunu gören fakat kolu ampute olduğu için yardım edemeyen baba ölüm neticesinden sorumlu tutulamaz. Ancak aynı babanın oğlunu elleriyle boğan bir kişiye hiçbir şekilde müdahale etmeye çalışmaması durumunda neticeyi tek başına engelleme gücü bulunmadığından fail olarak sorumlu tutulması mümkün değilken icrai hareketle işlenen öldürme suçuna şayet iştirak iradesi de tespit edilebiliyorsa ihmali hareketle yardım eden olarak katıldığını söylemek mümkün olabilecektir.

Garantörsel yükümlülüğün türüne ve içeriğine göre yapılan ayırmadan farklı bir yol izlediğimizi ifade etmiştik. Hakikaten salt türe veya içeriğe göre bir ayırım yapıyor olsaydık gözetim garantörünün her halükarda yardım eden, koruma garantörünün ise kural olarak fail olduğu sonucuna ulaşmamız gerekirdi. Ancak bir örnek üzerinden yukarıda önerdiğimiz ayırım kriterlerini somutlaştıracak olursak: Gözetim garantörü olan hastabakıcının gözetimi altındaki ağır ruhsal bozukluğu olan hastanın bir başka hastayı öldürmesini izlemesi durumunda yükümlülüğünün amacı neticeyi önlemeye yönelmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla her ne kadar gözetim yükümlüsü olsa da meydana gelen neticeden gerçek olmayan ihmali suç hükümlerine göre fail olarak sorumlu tutulması gerekir. Öte yandan silahını masada bırakan ve bulunduğu ortamda çıkan kavgada kullanılabilecek olması ihtimalini öngörmesine rağmen tehlikeli olabilecek silahı yerinden almayan kişi de gözetim garantörüdür; ancak bu silah kullanılarak bir suç işlenirse yükümlülüğü suçun işlenmesini önlemek değil, işlenmesi riskini artırmamak olduğundan icrai hareketle işlenen suçun şeriki olarak sorumlu tutulması gerekir. Ancak birinci adımda failliğin gündeme geldiği olaylar bakımından incelemeyi burada kesmemek, ihmalde bulunan kişinin neticeyi engelleme gücünün bulunup bulunmadığını somut olayın koşulları içinde değerlendirmek gerekmektedir. Sözgelimi ruhsal bozukluğu olan birden fazla hastanın başka birine saldırmaması durumunda olay yerinde bulunan hastabakıcının onları fiziksel olarak engelleme gücü bulunmamakla birlikte telkinde de bulunmayıp tam bir hareketsizlik halinde kalması durumunda işlenen suç bakımından yardım eden olarak sorumlu tutulması isabetli olacaktır. Burada ihmali suçlar bakımından kusurluluğu ilgilendiren bir mesele olarak beklenebilirlik ile neticeyi engelleme gücünün de birbirine karıştırılmaması gerekir. Neticeyi engelleme gücüyle kastedilen yukarıda verilen örneklerden de anlaşıldığı üzere olayın gelişimi içinde üstlenilebilecek olan rolün büyüklüğüdür. Beklenebilirlik ise bu rolü üstlenmesinin kişinin kendisinden beklenip beklenemeyeceğidir. Son örnek üzerinden bir somutlaştırma yapacak olursak hastaların hasta bakıcıyı da sessiz olup kafalarını karıştırmaması için silahla tehdit etmeleri halinde telkinde bulunup onları yatıştırmak hasta bakıcıdan beklenebilir bir rol olmayacaktır.

Sonuç itibarıyla biz de neticeyi engelleme gücü ışığında normatif fiil hakimiyeti teorisini ihmal alanında faillik ve şeriklik ayırımında faydalı buluyoruz. Fakat ayırmada iki basamaklı bir inceleme yapılması gerektiğini düşünüyor ve ilk basamakta Feng tarafından kullanılan garantörsel yükümlülüğünün kapsam ve amacı kriterinin benimsenmesi gerektiğini

düşünüyoruz. Garantörsel yükümlülüğün amacının failliğe işaret ettiği durumlar bakımından ikinci adım incelemesine geçilmesi ve bu adımda ise neticeyi engelleme gücü bağlamında suçun işleniş süreci içinde üstlenilen rolün dikkate alınması gerektiği fikrindeyiz.

## V. İHMALİ SUÇLARDA ŞERİKLERİN CEZALANDIRILABİLİRLİĞİNİN ESASI (BAĞLILIK KURALI) VE NİTELİKLİ HALLERİN SUÇ ORTAKLARINA SİRAYETİ

### A. Genel Hatlarıyla Şerikliğin Temeli ve Bağlılık Kuralı

Suç tipinde yer alan hareketi doğrudan icra etmemekle birlikte bu hareketin icrasına çeşitli şekillerde katkı sunan şerikin bu katkısının niteliği ve cezalandırılabilirliğinin temeli uzun süre tartışılmıştır. Bugün öğretilde ve yasal metinlerde şeriklerin cezalandırılabilirliğinin bağlılık kuralı ile açıklanması konusunda bir ölçüde uzlaşa sağlanmış olsa da şerikin haksızlığının bağımsız bir karakter arz edip etmediği hususu hala tartışılmaktadır.

Şerikin haksızlığını tamamıyla bağımsız olarak nitelendiren görüşler bulunmakla birlikte, bu haksızlığı failin fiili üzerinden temellendiren görüşler de bulunmaktadır. Bu bağlamda Alman öğretisinde baskın şekilde savunulan<sup>369</sup> ve bağlılık merkezli olan teorilerden biri olan bağlılığa dayanan neden olma teorisine (*akzessorietätsorientierte Verursachungstheorie*)<sup>370</sup> göre, şerikliğin haksızlığı asıl fiilin haksızlığına bağlıdır<sup>371</sup>. Bu teoriye göre şerikin cezalandırılmasının temeli, onun faildeki kastı harekete geçirerek veya failin hareketini destekleyerek tipik ve hukuka aykırı bu harekete sebebiyet vermiş olmasıdır<sup>372</sup>. Bu şekilde fail üzerinden hukuki değere yönelik nedensel bir ihlal gerçekleştirmiş olan kişi

<sup>369</sup>Thomas Rönau, “Grundwissen-Strafrecht: Anstiften”, *JuS*, 2020, s. 920. Alman Ceza Kanununun ilgili hükümlerini tamamen olmasa da en iyi açıklayan şerikliğin temeline ilişkin teorinin bağlılığa dayanan neden olma teorisi olduğu ifade edilmektedir. Buna göre şerikliğin haksızlık içeriği asıl fiilin haksızlığından doğmalı ve ona bağlı olmalıdır. Ancak Kühl, şerikliğin bir hukuki değere yönelik bağımsız ve dolaylı bir saldırıyı da içermesi gerektiği düşüncesinin ikna edici olduğunu, bu durumda karma neden olma teorisi (*gemischte Verursachungstheorie*) gündeme geleceğini ifade etmektedir (Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 669).

<sup>370</sup> Akbulut bu teoriyi “bağlılık kuralına dayalı sebebiyet veya nedensellik teorisi” olarak adlandırmaktadır. Bkz.: Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 178. Özkan teoriyi “bağlılık kuralı merkezli nedensellik teorisi” olarak isimlendirmektedir. Bkz.: Özkan, “Azmettirme”, s. 50. Demirel ise “bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisi” terimini tercih etmektedir. Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 220.

<sup>371</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 178.

<sup>372</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 220, 221.

şerik olarak adlandırılmaktadır<sup>373</sup>. Bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisinin gerek Türk gerek Alman ceza kanunlarındaki bağlılık kuralına ilişkin düzenlemeler ile uyumlu olduğu ve bu yönüyle özellikle gerçek özgü suçlarda şerikliğin cezalandırılabilirliği konusunun izah edilebildiği ifade edilmektedir<sup>374</sup>. Teori, azmettirenin kendisine karşı bir suçun işlenmesini azmettirdiği durumlarda kendisine karşı işlenen hareketten sorumlu olacağı gibi garip bir sonucun doğacak olması nedeniyle eleştirilmiştir<sup>375</sup>. Bu eleştiriye cevaben teori savunucularının, suç tipi ile korunan hukuki değerin şerike karşı da korunup korunmadığı şeklinde bir kıstas geliştirdikleri görülmektedir<sup>376</sup>. Teori ayrıca bağlılık kuralına uyma hedefiyle sadece failin hareketinin ve gerçekleştirdiği neticenin haksızlığına önem verilmesi, şerikin hareketinin sahip olduğu haksızlığın ihmal edilmiş olması nedeniyle de eleştirilmektedir<sup>377</sup>.

Şerikin haksızlığına bağımsız nitelik atfeden görüşlerle bağlılığa dayanan neden olma teorisinin arasında bir yerde olduğunu söyleyebileceğimiz<sup>378</sup> hukuki değerin ihlaline bağlı olarak şeriklik teorisine (*Teilnahme als akzessorischen Rechtsgutangriff*)<sup>379</sup> göre, şerikin haksızlığının ikili bir yönü bulunmakta, bu bağlamda bu haksızlığın bir kısmı failin gerçekleştirdiği haksızlıktan diğer kısmı ise şerikin kendi hareketinin korunan hukuki değere yönelik ihlalinden oluşmaktadır<sup>380</sup>. Dolayısıyla teori şerikin cezalandırılabilirliğinin temelini sadece bağlılık kuralına dayandırmamakta, şerike karşı korunan hukuki değerin ihlalini bir kıstas olarak görmekle karma bir yol izlemektedir<sup>381</sup>. Akbulut'a göre, şerikin ceza sorumluluğu suçun kanuni tanımındaki hareketi gerçekleştirmeden o suçla korunan hukuki değere dolaylı olarak saldırıda bulunması sebebiyledir<sup>382</sup>. Şerikin kendisine karşı da korunan bir hukuki değeri ihlal etmiş olması gerekmektedir<sup>383</sup>. Dolayısıyla şerikin haksızlığının önemli ölçüde asıl fiilin haksızlığı üzerinden belirlenmesine karşın, tamamıyla bağlılık kuralına ve salt ana fiilin

<sup>373</sup> Ekici Şahin, "Suça Etki Eden Nedenler", s. 643; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 221, 222.

<sup>374</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 224, 225.

<sup>375</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 226.

<sup>376</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 227.

<sup>377</sup> Roxin, **AT**, II, § 26, kn. 27; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 228, 229.

<sup>378</sup> Nitekim Alman öğretisinde "*gemischte Verursachungstheorie*" olarak da isimlendirilmektedir. "Karme nedensellik teorisi" şeklindeki karşılığı için bkz.: Ekici Şahin, "Suça Etki Eden Nedenler", s. 644.

<sup>379</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, "bağlı hukuki değere saldırı teorisi" ifadesini tercih etmektedir. Bkz.: Beril Taşkın Kapusuzoğlu, **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 66.

<sup>380</sup> Ekici Şahin, "Suça Etki Eden Nedenler", s. 644; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 235.

<sup>381</sup> Krey, Esser, **AT**, kn. 988; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 236.

<sup>382</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 177.

<sup>383</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 177.

haksızlığına dayandırılması isabetli değildir<sup>384</sup>. Hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisi öğretide bazı yönlerden eleştirilmiş olup bu eleştirilerden biri de ilişkisiz iki esasın yan yana getirildiği ve gerekçesi izah edilmeden bir sentez yapılmış olduğu yönündedir. Burada eleştirilen, şerikin haksızlığının bir kısmının failin hareketi üzerinden diğer kısmının ise şerike karşı da korunan hukuki değerlerin şerikin kendi hareketi ile ihlal edilmesi biçiminde gerçekleştiğine dair düşüncedir<sup>385</sup>. Bu eleştiri yapanlar özetle, haksızlığın hem failin hareketinden bağımsız hem de ona bağlı bir haksızlık olarak nitelendirilmesinin çelişkili olduğunu savunmaktadırlar<sup>386</sup>.

Suç tipinde yer alan haksızlığı doğrudan gerçekleştirmemekle birlikte, fail ile doğrudan ilişki halinde olan ve tipik haksızlığın işlenmesine katkı sağlayan şeriklerin ceza sorumluluğunun temeli yukarıda sözü edilen teorilerin hareket noktasını oluşturan bağıllık kuralı vasıtasıyla açıklanabilmektedir<sup>387</sup>. Suçun icrasına katkı sağlamakla birlikte suç tanımında yer alan haksızlığı doğrudan icra etmeyen kişilere şerik denilmektedir<sup>388</sup>. Dolayısıyla bu kişiler suç teşkil eden hareket üzerinde fiil hakimiyeti kuramamaktadır<sup>389</sup>. Fail haksızlıkla ve suçun konusu ile doğrudan bir temas içinde iken şerik için bu söz konusu değildir<sup>390</sup>. Müşterek failler suç teşkil eden haksızlıkla doğrudan temas içinde olduklarından, cezalandırılmaları için bağıllık kuralına ihtiyaç bulunmamaktadır<sup>391</sup>. Buna karşın *Mezger/Blei* bağıllık kuralından bahsederken azmettiren ve yardım edenin bağıllığına ilaveten müşterek failin de bağıllığını kabul

<sup>384</sup> Akbulut, “Bağıllık Kuralı”, s. 177.

<sup>385</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 242.

<sup>386</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 242. Ayrıca hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisi savunucularının azmettirme ile yardım etme arasındaki ceza farkını izah etmek üzere ileri sürdüğü azmettirmede azmettiren failin hareketi ve neticenin haksızlığı yüklenirken yardım edene sadece neticenin haksızlığının yüklendiği yönündeki fikir Demirel tarafından eleştirilmektedir. Yazar yardım edene sadece neticenin haksızlığının yüklenmesi şeklindeki ayrımı yardım edenin failin hareketinin haksızlığının oluşmasında da etkili olduğu gerekçesiyle itiraz etmektedir. Nitekim yardım eden, failin icra hareketlerine başlamış olup da neticeyi gerçekleştiremediği durumlarda da sorumlu kabul edilmektedir. Ayrıca yardım edene salt neticenin haksızlığının yüklenmesi fikri, sırf hareket suçları bakımından netice söz konusu olmadığından yardım edenin sorumsuz kalması gibi bir sonuca neden olabilecektir. Yazara göre burada yapılması gereken, hareketin haksızlığı ile neticenin haksızlığı üzerinden bir ayrıma gitmek değil, azmettiren ve yardım edenin davranışlarını dikkate alarak hareketlerinin haksızlığı ve neden oldukları neticenin haksızlığı arasındaki farka odaklanmaktır. Böylelikle hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisi çerçevesinde ileri sürülen ve şeriklerin failden bağımsız olarak da bir haksızlık gerçekleştirdikleri görüşü haklı çıkarılmış olmaktadır. Bkz.: Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 247, 248.

<sup>387</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 483, 484.

<sup>388</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 747.

<sup>389</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 482.

<sup>390</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 375.

<sup>391</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 377.

etmektedir<sup>392</sup>. Nitekim TCK'nın bağıllık kuralı başlığını taşıyan 40. maddesindeki ifadeler dikkate alındığında bağıllık kuralının iştirakin her türü için esas olduğu şeklinde bir anlam çıkarmak mümkündür<sup>393</sup>. Ancak bağıllık kuralına dair açıklamalar ve birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer verilen “*her kişi*” vurgusu dikkate alındığında bu düzenlemeden bağıllık kuralının sadece şerikler için uygulama alanı bulacağı sonucunun çıkarılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>394</sup>. Bağıllık kuralı çerçevesinde aranan bağıllık ilişkisi çift taraflı olmayıp mutlak surette tek taraflıdır<sup>395</sup>. Bu itibarla müşterek faillikte taraflar arasındaki karşılıklı etkileşim ve tamamlayıcılık bağıllık olarak nitelendirilemeyecek, dolaylı faillik için ise evleviyetle bağıllık kuralının reddi gerekecektir<sup>396</sup>.

Şerikin katkı sunduğu suç sebebiyle sorumluluğu, onun fail ile olan şahsi bağlantısı üzerine kurulmaktadır<sup>397</sup>. Öte yandan şerikin failin şahsına da bağlı olduğu yönündeki ifadelerin özellikle sınırlı bağıllık kuralı bakımından yerinde olmadığı, zira faile bağıllık denildiğinde şerikin failin kusurundan ve şahsa bağlı cezasızlık nedenlerinden de etkileneceği yönünde bir sonuç çıkacağı ve bu sonucun katı bağıllık kuralına işaret ettiği ifade edilmektedir<sup>398</sup>. Bununla birlikte şerikin failin fiilinin neticesine bağlı olduğu da söylenmemelidir. Zira neticeye bağlı olması söz konusu olursa teşebbüs aşamasında kalan asıl fiilden ötürü şerikin cezalandırılması mümkün olmayacak ve niceliksel bağıllık kuralı uygulama alanını kaybedecektir<sup>399</sup>. Dolayısıyla şerikin failin fiiline bağıllığı esastır; ancak şerikin cezası belirlenirken failin hareketinin geldiği nokta ve netice ile neticenin boyutu da dikkate alınmalıdır<sup>400</sup>.

765 sayılı TCK döneminden farklı olarak 5237 sayılı TCK'da bağıllık kuralı açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle kanun koyucunun şeriklerin cezalandırılma temeli bakımından bağıllık kuralını esas alan bir anlayış benimsediğini söylemek gerekir. Bununla birlikte benimsenen teorinin akim kalmış azmettirmeyi cezasız bırakmış olması sebebiyle bağıllığa

---

<sup>392</sup> Mezer, Blei, AT, s. 287.

<sup>393</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 304, 305.

<sup>394</sup> Bkz.: Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 305.

<sup>395</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 372.

<sup>396</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 309.

<sup>397</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 375.

<sup>398</sup> Bkz.: Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 651; Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 264.

<sup>399</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 264.

<sup>400</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 265.



yönlendirilmiş neden olma teorisini benimsediğini söylemek mümkündür<sup>401</sup>. Buna karşın öğretide ağırlıklı olarak hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinin benimsendiği ifade edilmektedir<sup>402</sup>.

TCK'nın 40. maddesi yanında 38. ve 39. maddelerinde azmettiren ile yardım edenin cezasının failin işlediği suça göre belirleneceğinin düzenlenmiş olması şerikin sorumluluğunun belirlenmesinde yine bağıllık kuralından hareket edildiğini göstermektedir<sup>403</sup>.

Şeriklerin sorumluluğunun failin gerçekleştirdiği asıl fiile bağlı olması, mecburen bu sorumluluğu asıl fiilin birtakım özelliklerine, hal ve koşullarına bağlı hale getirmektedir<sup>404</sup>. Burada sözü geçen asıl fiilin hangi niteliklere sahip olması gerektiğinden hareketle bağıllık kuralının farklı görünüm biçimleri ortaya çıkmıştır.

Bağıllık kuralının, şeriklerin sorumlu tutulması için aranan koşullar yönünden dört farklı türü bulunmaktadır: Tipikliğin gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu asgari bağıllık kuralı (minimaler Akzessorietät), failin hareketinin tipe uygun ve hukuka aykırı olmasının arandığı sınırlı bağıllık kuralı (limitierter Akzessorietät), failin hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olmasının gerekli olduğu ekstrem bağıllık kuralı (extreme Akzessorietät) ve failin hareketinin tipe uygun, hukuka aykırı, kusurlu ve cezalandırılabilir olmasının arandığı aşırı bağıllık kuralı (Hyperakzessorietät)<sup>405</sup>. TCK'nın 40. maddesindeki bağıllık kuralına ilişkin düzenlemede, şeriklerin sorumlu tutulması için failin kasten ve hukuka aykırı hareketinin

<sup>401</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, Serra Karadeniz, **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017, s. 950; Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 257.

<sup>402</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 257. Şerikin haksızlığının kısmen failin hareketinden kısmen ise kendisinin hukuki değere yönelik saldırısından kaynaklandığını ifade eden Gökçen'in de bu görüşü benimsediği ifade edilebilir. Bkz.: Gökçen, **Belgede Sahtecilik**, s. 362. Aynı yönde bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 783. Balcı, hem şerikliğe ilişkin kanuni düzenlemeler ile uyumu hem de konuya ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlara sunduğu çözümler dikkate alındığında "bağıllığa dayanan hukuki değere yönelik saldırı" teorisinin şerikliğin temelini açıklayan teoriler içinde ön plana çıktığını ifade etmektedir. Bkz.: Balcı, "Azmettirme", s. 151. Akbulut'a göre şeriklik bağlı hukuki değere saldırıdır. Bkz.: Akbulut, "Bağıllık Kuralı", s. 177. Özkan da karma nedensellik teorisi olarak adlandırdığı hukuki değer in ihlali olarak şeriklik teorisini bağıllık kuralını da dikkate aldığından hukukumuzla uyum gösterdiğini ifade etmektedir. Bkz.: Özkan, "Azmettirme", s. 51.

<sup>403</sup> Akbulut, "Bağıllık Kuralı", s. 182.

<sup>404</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 485.

<sup>405</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 486; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 783; Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 313, 314; Akbulut, "Bağıllık Kuralı", s. 180, 181; Taşkın Kapusuzoğlu, **Bağıllık Kuralı**, s. 95, 96.

varlığı yeterli görüldüğünden ve suçun teşebbüs aşamasına varmış olması arandığından<sup>406</sup> sınırlı bağlılık kuralının benimsendiğini söylemek gerekir<sup>407</sup>.

Hangi tür bağlılık kuralı benimsenirse benimsensin objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesinin şerikin sorumluluğu için de gerekli olduğu, zira objektif cezalandırılabilirlik koşulunun gerçekleşmesi hareketin haksızlığından ve failden bağımsız olarak beklenmekte, bu durum şerik açısından da geçerli olmaktadır<sup>408</sup>.

Sınırlı bağlılık kuralı tipik fiilin aynı zamanda mutlaka kasten işlenmiş olması gerekliliğini de içermemekte, buna ilişkin tercih kanun koyucuya ait olmaktadır<sup>409</sup>. Kanunlarında şerikliğin cezalandırılabilmesi için ayrıca kasten işlenmiş bir hareketin varlığının arandığı hukuk sistemlerinde dahi -Almanya örneği gibi- bu düzenlemeler öğretideki taksirle işlenmiş bir harekete yönelik kasten gerçekleştirilmiş azmettirme ve yardım etmenin de cezaya layık olduğu yönündeki fikirlerin önüne geçememiştir<sup>410</sup>. Türk öğretisinde de bu eleştirilerin haklı olabileceğini savunan yazarlar bulunmaktadır<sup>411</sup>. Bu durumun özgü suçlarda kasten hareket etmeyen veya hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hataya düştüğü için bu hatanın kastı kaldırıp kaldırmayacağı noktasında tartışma bulunan kişilerin araç olarak kullanılması suretiyle işlenen suçlarda arka plandaki kişinin ceza sorumluluğu konusunda boşluğa sebebiyet verdiği dile getirilmektedir. Bu boşluğu aşmak için kanun koyucunun bu tür olayları çözüme kavuşturabilecek bir düzenleme yapması gerektiği ifade edilmektedir<sup>412</sup>. Akbulut hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarındaki hata durumlarında cezalandırılabilir bir kast olmadığı yönündeki görüşü tercih ederek ancak bu yolla arka plandaki kişinin ceza sorumluluğunu temellendirmenin mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Bu durumda faillik niteliğine sahip olan ve fakat hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında

<sup>406</sup> Öğretide 40. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan bu düzenleme niceliksel bağlılık kuralı (*quantitative Akzessorietät*) olarak adlandırılmaktadır. (Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 487, 488).

<sup>407</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 783.

<sup>408</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 329. Ayrıca bkz.: Elif Bekar, **Objektif Cezalandırılabilirlik Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu'nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 158.

<sup>409</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 323.

<sup>410</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 323, dn. 493.

<sup>411</sup> Bkz.: Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 195.

<sup>412</sup> Bkz.: Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 197, 198.

hataya düşen kişiyi suçun işlenmesinde kullanan arka plandaki kişi azmettiren olarak sorumlu tutulacaktır<sup>413</sup>.

Bağlılık kuralının işlevlerinden biri, özel faillik vasfını taşımayan ve bu nedenle fail olarak sorumlu tutulamayan kişinin, gerçekleştirilen haksızlıktan şerik olarak sorumlu tutulmasını sağlamaktır<sup>414</sup>. Bağlılık kuralının fiil hakimiyeti ve özgü suçlarda özel faillik vasfının ikamesi olması öğretide bağlılık kuralının çifte fonksiyonu olarak isimlendirilmektedir<sup>415</sup>.

Bağlılığın failin fiilinin niteliğine ilişkin kurallardan oluşan niteliksel bağlılık (*qualitative Akzessorietät*) ve failin fiilinin bulunduğu aşamaya ilişkin kuralları ifade eden niceliksel bağlılık (*quantitative Akzessorietät*) olmak üzere çifte gerekliliği bulunmaktadır<sup>416</sup>.

Niteliksel bağlılık kuralı 40. maddenin birinci fıkrasının ilk cümlesinde şöyle ifade edilmiştir: “Suça iştirak için, kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı yeterlidir.” Görüldüğü gibi TCK’da iştirakin varlığı için tipe uygun ve hukuka aykırı bir fiilin varlığı aranmakla sınırlı bağlılık kuralı benimsenmiş olmaktadır. Böylelikle sözgelimi failin kendisine karşı korunmayan bir hukuki değer ihlali söz konusu olduğunda tipik bir fiilin varlığından söz edilemeyecek ve şeriklik de söz konusu olamayacaktır. Sözgelimi ülkelerin mevzuatlarında intihara ikna veya yardıma suç olarak yer vermesinin altında yatan neden, asıl hareketin kişinin kendisine karşı işlemesi sebebiyle suç teşkil etmemesi, bu nedenle iştirakin de mümkün olmaması karşısında insanın yaşam hakkını korumaya yönelik gerekliliktir<sup>417</sup>.

Bağlılık kuralı gereği işlenen suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olmasının aranması, suçun işlenmesine dair niyetini ortaya koyan şeriklerin icra hareketlerine başlanmadığı takdirde cezalandırılmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu sakıncayı önlemek için TCK’nın 214. Maddesi ile “suç işlemeye tahrik” suçu ihdas edilmiş ve ayrıca 216. Maddenin

<sup>413</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 198.

<sup>414</sup> Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 783.

<sup>415</sup> Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 783; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 375, 376; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 142; Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 190; Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 270, 271.

<sup>416</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 310; Kienapfel, **AT**, s. 563, 564; Taşkın Kapusuzoglu, **Bağlılık Kuralı**, s. 95; Sercan Tokdemir, “Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme”, Erzincan, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Doktora Tezi, 2021, s. 38.

<sup>417</sup> Mehmet Emin Artuk, “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 137, 138.

birinci fıkrasında yer alan “halkı kin ve düşmanlığa alenen tahrik” gibi bazı müstakil suçlar ile hazırlık hareketi sayılabilecek hareketler yaptırım altına alınmıştır<sup>418</sup>.

*Demirel*, failde suç işleme kararının oluşturulması veya yardım etme niteliğindeki hareketlerin mevcudiyetine karşın failin icra hareketlerine başlamadığı durumlarda akim kalmış şeriklikten söz edileceğini belirttikten sonra, teşebbüs aşamasında kalmış şeriklik ile akim kalmış şeriklik ifadeleri arasındaki ilişkiye dair açıklamalarda bulunmaktadır<sup>419</sup>. Bu bağlamda, teşebbüs kelimesinin söz konusu durumlarda kullanılmasının şeriklerin haksızlığının tamamıyla kendi hareketlerinden kaynaklandığının kabul edilmediği ve failin hareketinin esas fiil olarak nitelendirildiği bağıllık kuralını benimsemiş bir sistemde bir çelişkiye neden olacağı ifade edilmektedir<sup>420</sup>. Öte yandan *Tokdemir*, başarısız, akim kalmış ve neticesiz kavramlarının azmettirmeye teşebbüsün türleri için kullanıldığını belirtmekte ve azmettirmeye teşebbüs kavramının tüm türleri kapsayan daha genel bir ifade olduğunu dile getirmektedir<sup>421</sup>.

## **B. Nitelikli Hal ve Özel Kişisel Unsur İlişkisi Bağlamında Garantörsel Yükümlülüğün Şeriklerin Ceza Sorumluluğuna Etkisi**

TCK’da nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti konusunda ayrıca bir hükme yer verilmiş değildir. Bağıllık kuralından hareketle meselenin izah edilmesi gerekir ki bunun “bağıllık kuralıyla sınırlı uygulama” olarak isimlendirildiği görülmektedir<sup>422</sup>. Şeriklerin sorumluluğu failin şahsına ve işlenen fiile bağıllık arz ettiğinden nitelikli hallerden sorumluluk da aynı esasa göre belirlenecektir. Dolayısıyla şerikler katkı sağladıkları asıl fiile göre sorumlu tutulacaklardır<sup>423</sup>. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, şerikin iradesinin de bu noktada belirleyici olduğudur<sup>424</sup>. Yargıtay’ın bazı kararlarında<sup>425</sup> azmettiren bulunan kan gütmeye saikin failde de sirayet ettirilmesini hukuka aykırı bulmaması öğretide eleştirilmektedir<sup>426</sup>. İhmali suçlar özelinde bir örneklendirme yapmak gerekirse, 82. maddedeki nitelikli hallerin 83.

<sup>418</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 785.

<sup>419</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 340.

<sup>420</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 341, 342.

<sup>421</sup> Tokdemir, “Akim Kalmış Azmettirme”, s. 178. *Tokdemir*’in azmettirmeye teşebbüse ilişkin kanuni düzenleme önerisi için bkz.: Tokdemir, “Akim Kalmış Azmettirme”, s. 468-473.

<sup>422</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 488.

<sup>423</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 489.

<sup>424</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 489.

<sup>425</sup> Y. 1. CD., 01.07.2009, 5808/4145 (Mahmut Koca, “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, **CHKD**, C. 3, No: 2, 2015, s. 111).

<sup>426</sup> Koca, “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, s. 111.

madde yönünden de uygulanabilir olduğu kabul edildiği takdirde, çocuğunu beslemeyerek ölüme terk etmesi yönünde azmettirdiği kişinin işlemiş olduğu kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun alt soya yönelik olması nitelikli halinden azmettiren de sorumlu tutulacaktır.

Nitelikli hallerin şeriklere sirayeti konusunda öğretide bağlılık kuralına ilişkin düzenlemenin yetersiz kaldığı eleştirisi yapılmaktadır<sup>427</sup>. Buna karşın bir diğer fikre göre, iştirak ve özellikle bağlılık kuralına ilişkin hükümlerin bir bütün halinde değerlendirilmesi durumunda nitelikli hallerin sirayeti konusunda bir sorun yaşanmayacaktır<sup>428</sup>.

TCK'nın 40. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre “suçun işlenişine iştirak eden her kişi, diğerinin cezalandırılmasını önleyen kişisel nedenler göz önünde bulundurulmaksızın kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılır”. Her ne kadar madde metninde cezada indirim gerektiren kişisel nedenlerden söz edilmemişse de indirim gerektiren kişisel nedenlerin bu kapsamda olduğu öğretide dile getirilmektedir<sup>429</sup>. Akbulut’a göre, 40. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemede sözü edilen kişisel nedenler suçun maddi unsurlarından değildir. Bu nedenle suçun maddi unsurları kapsamında olan nitelikli hallerin sirayeti konusunda tamamıyla bu düzenlemeden hareket edilmesi mümkün değildir. Kastın suçun maddi unsurlarını kapsamaması gerektiği ve şeriklerin de işlenen suça iştirak edebilmek için kasten hareket etmeleri gerektiğinden kanuni tanımda yer alan nitelikli unsurları bilmeyen şeriklere bu hallerin uygulanması imkanı bulunmamaktadır<sup>430</sup>. Görülmektedir ki nitelikli unsurların şeriklere sirayeti konusunda ayrı bir düzenleme yapılmamasının nedeni bu belirlemenin iştirak kastı kapsamında yapılabiliyor olmasıdır<sup>431</sup>. Ancak bu konuda bir düzenleme yapılmamasının birtakım sakıncaları olduğu, sözgelimi kendi kardeşini öldürmesi

<sup>427</sup> Bu yöndeki eleştiri için bkz.: Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s.546, 547. Koca/Üzülmmez, bağlılık kuralına ilişkin düzenlemeye ilaveten nitelikli hallerin şeriklere sirayeti konusunun ayrıca düzenlenmesine gerek olmadığını ifade etmektedirler. Bu konu öğreti ve uygulama ile geliştirilmelidir. Aksi, kazuistik kanun tekniğine olan alışkanlıktan doğan bir beklentidir. Bkz.: Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 489, dn. 1632.

<sup>428</sup> Bu görüş için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 786. Gökçen de bağlılık kuralı ve iştirake ilişkin diğer hükümler vasıtasıyla nitelikli hallerin sirayeti konusunda çıkan sorunların adil bir biçimde ve kolayca çözülebileceğini savunmaktadır. Bkz.: Gökçen, **Belgede Sahtecilik**, s. 368. Taşkın Kapusuzoğlu da bağlılık kuralının benimsendiği iştirak sisteminde nitelikli hallerin sirayeti konusunda özel bir düzenlemeye gerek olmadığı fikrindedir. Bkz.: Taşkın Kapusuzoğlu, **Bağlılık Kuralı**, s. 154, 155. Eroğlu da nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti meselesinin bağlılık kuralı ve iştirake ilişkin genel ilkeler çerçevesinde çözülebileceği kanaatindedir. Bkz.: Eroğlu, “Şeriklik”, s. 247, 248.

<sup>429</sup> Bkz.: Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 203.

<sup>430</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 208, 209.

<sup>431</sup> Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, s. 209.

için faile yardım eden kişinin, failin kardeşini öldürmesi için yardım ettiğinde alacağı cezadan daha azı ile cezalandırılması gibi durumların söz konusu olacağı dile getirilmektedir<sup>432</sup>. Akbulut özgülikle ilgili nitelikli hallerin ancak bu nitelikli hal kendisinde bulunan kişiye karşı, bunun dışındaki nitelikli hallerin ise bu hali bilen şeriklere uygulanabileceğini savunmakta, en doğru çözümün tereddütleri ortadan kaldırmak için bu noktada bir düzenlemenin yapılması olduğunu dile getirmekte ve Alman Ceza Kanunu § 28'i örnek olarak göstermektedir<sup>433</sup>. Aydın, daha az cezayı gerektiren nitelikli hallerden suça katılan tüm kişilerin etkileneceğini, daha ağır cezayı gerektiren nitelikli hallerin ise ancak bu nitelikli bilen veya öngören kişilere sirayet edeceğini ifade etmekte; ancak nitelikli hallerin sirayetine ilişkin bu sorunun çözümü için kanunda açık bir düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>434</sup>. Bahsi geçen Alman Ceza Kanunu § 28 hükmü, cezayı artıran veya indiren şahsa bağlı unsurların bu unsurları kendi şahsında bulunduran şeriklere uygulanabileceğini öngörmektedir<sup>435</sup>. Dolayısıyla Alman hukukunda şahsa bağlı nitelikli haller ve fiile bağlı nitelikli haller ayrımının yapıldığı görülmektedir. Fiile bağlı nitelikli hallerin şeriklere sirayeti bakımından ise bağlılık kuralına riayet edilecektir<sup>436</sup>. Demirel'e göre, Alman Ceza Kanununun 28. Paragrafının ikinci fıkrasında düzenlenen hüküm kapsamına yalnızca şahsi cezasızlık sebepleri ile cezada indirim yapılmasını gerektiren şahsi sebepler girmemekte, bunların yanında Türk hukuku bakımından suçun daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli halleri olarak ifade edilen unsurlar da hüküm kapsamına girmektedir<sup>437</sup>.

Öğretide bazı yazarlar, § 28 ile Alman hukukunda da yer alan, 765 sayılı TCK dönemindeki faile özgü nitelikli haller ve fiile özgü nitelikli haller ayrımını devam ettirmektedir<sup>438</sup>. Bu bağlamda bir görüşe göre, kişiye özgü nitelikli halleri bünyesinde

<sup>432</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 210.

<sup>433</sup> Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 213.

<sup>434</sup> Yazar burada nitelikli hallerden etkilenecek kişilerden bahsederken "iştirakçi" terimini kullanmaktadır. Bkz.: Aydın, "İştirak", s. 203. Eserin bu kısmında iştirakçi teriminin kapsamına kimlerin girdiği net bir biçimde anlaşılamıyor olsa da daha önceki açıklamalar konuyu aydınlatmaktadır: "*Biz, iştirakçiler arasında asıl (birincil) failler (müşterek failler ve azmettiren) - fer'i (ikincil) failler (maddi ve manevi yardımda bulunanlar) ayrımını kabul ediyoruz. Ancak TCK'daki fail, azmettiren ve yardım edenler biçimindeki ayrıma uygun olarak bu terimleri kullanacağız*". Bkz.: Aydın, "İştirak", s. 73.

<sup>435</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 243.

<sup>436</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 243, 244; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 373.

<sup>437</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 479.

<sup>438</sup> Sözgelimi Zafer'e göre, iştirakin koşullarından biri olan iştirak iradesinin bir gereği olarak, failde veya şerikte bulunan ve cezayı ağırlaştıran fiili ve şahsi nitelikli hallerin diğer ortaklara sirayet edebilmesi için bu kimselerin söz konusu nitelikli hali bilmesi gerekmektedir. Bkz.: Zafer, **Genel Hükümler**, s. 451.

barındırmayan şerike bu halin uygulanması ve dolayısıyla cezanın bu sebeple indirilmesi, artırılması veya ortadan kaldırılması mümkün değildir. Fiile ilişkin nitelikli haller ise tüm şeriklere uygulanmalıdır<sup>439</sup>. Bir diğer görüş ise, fiile bağlı nitelikli haller ve kişiye bağlı nitelikli haller ayrımını yaptıktan sonra, her iki nitelikli hali de kendi içinde cezayı hafifleten nitelikli haller ve ağırlaştırıcı nitelikli haller şeklinde bir ayrıma daha tabi tutmaktadır. Bu ayrımın sonucu olarak, cezayı hafifleten fiile bağlı nitelikli hallerin şeriklere de sirayet edeceği, cezayı ağırlaştırıcı fiile bağlı nitelikli hallerin ise şerik tarafından bilinmesi şartıyla ona sirayet edeceği ileri sürülmektedir<sup>440</sup>. Bu görüş çerçevesinde, kişiye bağlı cezayı hafifleten nitelikli hallerin yalnızca kendisinde bu nitelikli hal bulunan şerik için geçerli olacağı, cezayı ağırlaştırıcı kişiye bağlı nitelikli hallerin ise şerikin bu hali bilmesi ve bu nitelikli halin suçun işlenmesinde etkili olması veya suçun işlenmesini kolaylaştırması halinde şerike de sirayet edeceği savunulmaktadır<sup>441</sup>.

*Ekici Şahin* de nitelikli haller bakımından fiili ve şahsi nedenler ayrımına bağlı kalmıştır ve yazar kanun koyucunun da 40. maddenin gerekçesinde yer alan “*cezayı hafifleten kişisel nedenler*” ifadesine yer vermesinin bu terminolojiden henüz tam olarak vazgeçemediğini gösterdiğini dile getirmektedir<sup>442</sup>. Bu bağlamda yazar cezayı hafifleten fiili nedenlerin tüm suç ortakları (fail veya şerikler) hakkında uygulanması<sup>443</sup>, cezayı ağırlaştırıcı fiili nedenlerin bilme şartıyla tüm şerikler hakkında uygulanması<sup>444</sup> gerektiği ifade edilmektedir. *Yazar*, 40. maddenin iştirak halinde işlenen suçlar bakımından nitelikli hallerin şeriklere sirayetine ilişkin bir düzenleme içermemesi nedeniyle yetersiz olduğu kanaatindedir ve şahsa bağlı olan nedenlerin sirayeti konusunda kanunda açık bir düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir<sup>445</sup>. Ancak mevcut durum itibarıyla şahsa bağlı hafifletici veya ağırlatıcı nedenlerin bu neden kendisinde bulunmayan fail ve şeriklere uygulanmaması gerektiğini savunmakta, bağlılık

<sup>439</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 440, 441.

<sup>440</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 549, 550.

<sup>441</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 549, 550.

<sup>442</sup> Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 641, 642.

<sup>443</sup> Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s.666. Yazar “suç ortağı” ifadesini kullandıktan sonra, devam eden başka bir cümlede “fail ve şerikler” ifadesini de kullanmıştır. Ancak diğer taraftan cezayı ağırlaştırıcı fiili nedenlerin sirayetinden bahsederken kurulan şu cümle suç ortakları ile kastedilenin sadece şerikler olduğu anlamını da çıkarmamıza neden olmaktadır: “bütün suç ortakları yani azmettiren ve yardım eden hakkında da uygulanır”. Bkz.: Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 667.

<sup>444</sup> Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 667.

<sup>445</sup> Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 678.

kuralının failin fiiline bağıllığı ifade ettiğı, sınırlı bağıllık kuralının benimsendiğı bir sistemde bu kuralla şahsa bağı nitelikli hallerin sirayetinin açıklanamayacağını ileri sürmektedir<sup>446</sup>.

*Demirel*'e göre, faile ve fiile bağı nitelikli haller ayrımı her ne kadar çokça eleştirilmiş olsa da nitelikli halin haksızlığa mı yoksa haksızlığın yanında kusura da mı etki ettiğinin tespiti bakımından bu ayrımın yapılması gerekmektedir. *Yazara* göre, sınırlı bağıllık kuralının gerektiğı gibi uygulanabilmesi, bu bağlamda haksızlığa ilişkin unsurların şeriklere sirayet etmesi, ancak failin şahsına bağı unsurların şeriklere etki etmemesi ya da şahsa bağı unsur kendisi için gerçekleşmemiş olan şerikin cezasının indirilmesi için böyle bir ayrım zorunludur<sup>447</sup>. *Demirel*'e göre, bütün nitelikli hallerin faile ya da fiile bağı nitelikli haller olması fark etmeksizin, mutlaka haksızlığı etkilediğinden hareketle sınırlı bağıllık kuralının bir gereğı olarak haksızlıkla birlikte şeriklere sirayet edeceğini söylemek gerekir ve fakat söz konusu nitelikli halin şahsa bağı olması halinde bu durum şerike verilecek cezanın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır<sup>448</sup>. Dolayısıyla *yazar* Türk hukukunda da Alman Ceza Kanunu § 28'deki şeriklerin cezasının indirilmesini öngören düzenlemeye benzer bir düzenlemeye yer verilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>449</sup>.

*Mahmutoğlu* da Alman Ceza Kanunu § 28 II'deki gibi bir düzenlemenin bizim kanunumuzda bulunmamasının uygulamada tereddütler yaratabilecek olduğı görüşündedir<sup>450</sup>. Bununla birlikte mevcut düzenlemeler vasıtasıyla belirli sonuçlara ulaşılabilceğı ifade edilmektedir. Bu bağlamda cezayı ağırlaştıran nitelikli hallerin sirayeti için diğ fail veya şeriklerin nitelikli halin varlığına dair bilgiye sahip olmaları gerekmektedir<sup>451</sup>.

Şahsa bağı nedenlerin salt nitelikli hallerden ibaret görülmemesi gerektiğı ifade edilmekte, kusura etki eden nedenler ile şahsi cezasızlık sebepleri veya cezayı azaltan şahsi sebeplerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğı dile getirilmektedir<sup>452</sup>. Bu noktadan hareket ederek *Demirel* faile bağı nedenlerin “özel kişisel nedenler ve genel kişisel nedenler”

<sup>446</sup> Ekici Şahin, “Suça Etki Eden Nedenler”, s. 682.

<sup>447</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 489, 490.

<sup>448</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 494.

<sup>449</sup> Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 520.

<sup>450</sup> Mahmutoğlu, “Azmettirenin Ceza Sorumluluğı”, s. 107. Benzer bir düzenlemeyi gerekli gören yazarlardan biri için bkz.: Kaymaz, “Nitelikli Haller”, s. 164.

<sup>451</sup> Mahmutoğlu, “Azmettirenin Ceza Sorumluluğı”, s. 107.

<sup>452</sup> Bkz.: Baumann, Weber, Mitsch, **AT**, § 32, kn. 18; Demirel, **Bağıllık Kuralı**, s. 501.



şeklinde bir ayrıma tabi tutulabileceğini, nitekim Alman Ceza Kanununda böyle bir ayrımdan hareketle § 28 hükmünde özel kişisel nedenlere ilişkin bir düzenlemenin öngörülmüş olduğunu ilave etmektedir<sup>453</sup>. Bu bağlamda yaş küçüklüğü, akıl hastalığı gibi kusura etki eden nedenlerin genel kişisel nedenler olduğu, özel hükümlerde yer alan şahsa bağlı nedenlerin ise özel kişisel neden kapsamında mütalaa edileceği ifade edilmektedir<sup>454</sup>. Bu ayrımdan hareketle genel kişisel nedenler kusurluluğa ilişkin olmaları hasebiyle sınırlı bağlılık kuralı gereğince şeriklere sirayet etmeyecek, buna karşın özel kişisel nedenler haksızlığı da ilgilendirdiğinden şeriklere bir ölçüde sirayet edecektir<sup>455</sup>.

*Kaymaz* da 40. maddedeki düzenlemenin nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti konusu bakımından yeterli olmadığı görüşündedir. *Yazara* göre bu maddede kanuni tarife uygun olmayan katkıların cezalandırılabilirliğini sağlamakta, ancak nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayeti konusunda bir belirleme yapmamaktadır<sup>456</sup>. *Kaymaz* da her ne kadar bu ayrımı yapmak bazı duraksamalara sebep olabilecek olsa da fiili ve kişisel nitelikli haller ayrımını benimsemektedir<sup>457</sup>. *Yazara* göre, cezanın hafifletilmesine ilişkin fiile bağlı nitelikli haller bilmelerine gerek olmaksızın bütün şerikler hakkında uygulanmalıdır. Cezayı ağırlaştıran fiile bağlı nitelikli hallerin ise bu hali bilen suç ortaklarına uygulanması bu nedenlerin objektif nitelikte olup, suça bağlı olması karşısında isabetlidir ve kusur ilkesi ile de uyumludur. Öte yandan Kanunda kişisel nitelikli hallerin diğer fail veya şeriklere sirayetine dair bir düzenleme bulunmadığından cezanın ağırlaştırılmasına ilişkin kişisel nitelikli haller sadece bu hal kendisinde bulunan kişi için uygulanmalıdır. *Yazara* göre 40. maddenin birinci fıkrasındaki her bir suç ortağının kendi kusurlu fiiline göre cezalandırılacağına dair hüküm cezayı artıran veya indiren nitelikli haller için de geçerlidir. *Yazar* azmettiren veya yardım edende bulunan şahsa bağlı nitelikli halin bu kişilerin ceza sorumluluğunu belirlemede kullanılabileceği, kendisinde bu neden olmayan faile ise uygulanamayacağını ifade etmektedir<sup>458</sup>.

Bazı yazarlar ise nitelikli hallerin sirayeti konusunda mevcut düzenlemede teorik bakımdan bir sorun olmamakla birlikte bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların

---

<sup>453</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 501.

<sup>454</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 501, 502.

<sup>455</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 502.

<sup>456</sup> Kaymaz, “Nitelikli Haller”, s. 148.

<sup>457</sup> Kaymaz, “Nitelikli Haller”, s. 126.

<sup>458</sup> Kaymaz, “Nitelikli Haller”, s. 150-153.

doğabileceğinden hareketle bilme şartıyla failde bulunan nitelikli hallerin şeriklere sirayet etmesi yanında failin de şerikte bulunan nitelikli halden etkilenmesi gerektiğini savunmakta, 765 sayılı TCK’da yer alan “*vukuf*” şartının 5237 sayılı TCK’ya da konulmasının isabetli olacağını ileri sürmektedirler<sup>459</sup>.

Bağlılık kuralının katı uygulanmasının sorun yaratabileceği durumlarla karşılaşmak mümkündür. Sözgelimi eşini öldürmesi için azmettirdiği kişinin işlediği suça aynı zamanda müşterek fail olarak katılan kimsenin sorumluluğu failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesine istinaden TCK’nın 81. maddesine göre belirlenecektir. Halbuki bu kişi müşterek fail olarak suça katılmasaydı, azmettiren olarak sorumluluğu TCK’nın 82. maddesindeki kasten öldürmenin eşe karşı işlenmesi nitelikli hali üzerinden tesis edilecekti<sup>460</sup>. Öğretide bu gibi durumlarda müşterek failin de suçun nitelikli halinden cezalandırılmasına izin veren bir düzenlemenin yapılmasının gerekli olduğu ifade edilmektedir<sup>461</sup>.

TCK’nın bağlılığa yönlendirilmiş neden olma teorisini benimsemesi ve bu nedenle şerikliğin failin gerçekleştirdiği haksızlıktan bağımsız bir haksızlığı olmadığı kabulüyle akim kalmış azmettirmeyi de cezaya layık görmemesinden yola çıkan *Demirel*, mevcut sistemde şerik için söz konusu olan nitelikli halin faile sirayetinin kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Ancak yazar, olması gereken yönünden de bir inceleme yapmakta ve hukuki değerlere saldırı olarak faile bağlı şeriklik teorisinin kabullerinden hareket edildiğinde, şeriklerin failden bağımsız olarak kendi hareketlerinin oluşturduğu haksızlığın da dikkate alınması gerektiği sonucuna varıldığını ifade etmektedir. Böylelikle yazar bu bağımsız haksızlığı belirli bir dereceden itibaren cezaya layık görülen şerik için söz konusu olan nitelikli hallerin fail için de görmezden gelinmemesi gerektiği sonucuna varmaktadır. Ancak bağlılık kuralı gereği salt şerikin faile bağlılığı söz konusu olduğundan Demirel bu durumda söz konusu nitelikli halin sadece şerik bakımından uygulanmasını çözüm önerisi olarak sunmaktadır<sup>462</sup>. Failin kendisine uygulanmayacak bu nitelikli halin ise onun cezasının belirlenmesinde dikkate alınması gerektiği ayrıca ifade edilmektedir<sup>463</sup>.

---

<sup>459</sup> Bkz.: Özkan, “Azmettirme”, s. 148.

<sup>460</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 787, 788.

<sup>461</sup> Bu görüş için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 788.

<sup>462</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 521, 522.

<sup>463</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 528.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda azmettirenin Alman Ceza Kanununun 28. Paragrafının birinci fıkrasında öngörülen ceza indiriminden yararlanıp yararlanamayacağı tartışmalıdır. Bu soruya verilecek cevap failin özgü yükümlülüğünün bu madde kapsamında cezada indirimi gerektiren cezayı temellendiren özel kişisel unsur olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine bağlıdır<sup>464</sup>. Garantörsel yükümlülüğün bu bağlamda özel kişisel bir unsur olarak değerlendirilmeyeceğini savunan yazarlar arasında *Freund* da bulunmaktadır<sup>465</sup>. Garantörsel yükümlülüğü özel kişisel unsur olarak nitelendirilmesi sadece ceza indirimi sağlamakla kalmayacak, kendisinde bu unsur bulunmayan kişinin extraneus olmasına rağmen gerçek olmayan ihmali suçun şeriki olarak sorumlu tutulmasına da cevaz verecektir. Yani özgü suçlarda özel faillik vasfı ve özel yükümlülüğü haiz olmayan kişinin özgü suçun işlenmesine şerik olarak katılıp katılamayacağı sorusuna olumlu yanıt verilmiş olacaktır. Bu tartışmaya aşağıda ayrıca yer verilecektir.

Alman hukukunda düzenlenmiş olmakla birlikte hukukumuzda kendisine yer bulamayan hükümlerden biri de Alman Ceza Kanunu § 14'tür ve burada zikredilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu madde başkası için hareket etme kurumunu düzenlemekte ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesinden doğan boşluğu, tüzel kişinin organ veya temsilcisinin ceza sorumluluğunu düzenleyerek doldurma yoluna gitmektedir<sup>466</sup>. Bu madde ayrıca gerçek bir kişinin kanuni temsilcisi tarafından gerçekleştirilen hareketler bakımından ceza sorumluluğunu da düzenlemektedir. Madde hükmüne göre, temsilci tarafından gerçekleştirilen hareket, özel niteliği gerektiriyorsa ve bu özel nitelik temsilcide değil de temsil edenin şahsında gerçekleşiyorsa temsilci hakkında da aynı hüküm uygulama alanı bulacaktır<sup>467</sup>. Benzeri bir düzenlemeye Türk Ceza Hukukunda rastlanmamaktadır. Bu nedenle özgü suçlar bakımından kanuni temsilcinin ceza sorumluluğunun iştirake ilişkin genel hükümler ve bağlılık kuralına dair düzenleme çerçevesinde belirlenmesi gerekecektir<sup>468</sup>. Bu madde kapsamında üzerinde durulması gereken bir husus da, hangi niteliklerin aktarılmasının mümkün olduğudur.

<sup>464</sup> Georg Freund, "Begehen durch Unterlassen", C. Band 1, **Münchener Kommentar zum StGB**, ed. Volker Erb, Jürgen Schäfer, 4. Auflage, München, Verlag C.H. Beck, 2020, rn. 261.

<sup>465</sup> Freund, "Begehen durch Unterlassen", rn. 263.

<sup>466</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, § 9, s. 226, kn. 93.

<sup>467</sup> Maddenin Türkçe karşılığı için bkz.: Yenisey, Plagemann, **StGB**, s. 16, 17.

<sup>468</sup> Nitekim Alman Ceza Kanunu § 14 ile, özel niteliği taşımayan kişilerin fail olarak sorumlu tutulmasına olanak sağlandığı, aksi halde bu kimselerin ilgili suçun faillik tanımı dışında kalacağı ve iştirake ilişkin hükümler çerçevesinde ceza sorumluluklarının belirleneceği ifade edilmektedir. Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 226.

Şahsa daha sıkı surette bağlı niteliklerin temsilciye aktarılmasının mümkün olmadığı ifade edilmekte, kamu görevlisi olma vasfının da aktarılamayacağı Alman öğretisinde ifade edilmektedir<sup>469</sup>.

Bizce de nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayetine ilişkin meselenin iştirake ilişkin genel hükümler ve özelde bağlılık kuralı vasıtasıyla çözüme kavuşturulması mümkündür. Ancak ifade etmek gerekir ki şeriklerin ceza sorumluluğunun belirlenmesi bağlamında bağlılık kuralına uygun davranmanın uygulamada adaletsiz birtakım sonuçlara yol açabileceği yönündeki kaygı oldukça gerçekçidir ve mutlaka değerlendirilmesi gerekir. Diğer yandan, hareketin ve bu bağlamda şerikin hareketinin haksızlık içeriği belirlenirken, suçun aynı zamanda psiko-sosyal bir kavram da olduğunu gözden kaçırmadan bir değerlendirme yapılması gerektiği görüşündeyiz. Meseleye bu açıdan bakıldığında, üst soyunun öldürülmesi talimatını veren bir azmettirenin bu eylemi kendi elleriyle gerçekleştirmesi ihtimaline kıyasla psikolojik ve sosyolojik anlamda daha az “kınanabileceğini” söylemek mümkündür. Örneği tam tersinden ele alırsak, birine babasını öldürmesi talimatını veren azmettirenin suçun üst soya karşı işlenmesi nitelikli halinden sorumlu tutulması ilk bakışta inkar edilemez bir adaletsizlik hissi uyandırmaktadır; ancak bir kişide kendi babasını öldürmeye yönelik güdüyü oluşturmak failin ilişki halinde olmadığı herhangi birini öldürmek kararını oluşturmaya nazaran güçlü bir haksızlık içeriği oluşturabilecektir. Bağlılığa dayanan neden olma teorisinin yanı sıra hukuki değere bağlı saldırı olarak şeriklik teorisi de aynı sonuçlara ulaşmamızı sağlamaktadır. Zira özellikle ikinci teori, şerikin kendi hareketinden kaynaklanan bir haksızlığın da bulunduğunu kabul etmekle yukarıda verilen örnekler bağlamında yapılan açıklamaları doğrulamaktadır. Sonuç itibarıyla bağlılık kuralı ve iştirake ilişkin genel ilkelerden yola çıkılarak nitelikli hallerin suç ortakların sirayeti meselesinin çözüme kavuşturulabileceğini ve sonucun adaletsiz olduğu izlenimini uyandıran olayların, şerikin haksızlığının içeriği psiko-sosyal etmenlerle birlikte ele alındığında aslında adaletsiz olmayabileceğini düşünüyoruz.

Nitelikli hallerin sirayeti konusunda Türk Ceza Kanununa bir benzerinin eklenmesi istenen düzenleme Alman Ceza Kanunu § 28’dir. Bu madde iki fıkradan oluşmakta ve birinci fıkroda ceza sorumluluğunu tesis eden özel kişisel nedenlerin varlığı halinde kendisinde bu neden bulunmayan şerikin cezasında Aynı Kanunun 49. Paragrafı uyarınca bir indirime

---

<sup>469</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 228, 229.

gidileceği düzenlenmektedir. İkinci fıkrada ise cezayı artıran, indiren veya faile ceza verilmemesini sağlayan özel kişisel unsurlardan söz edilmekte, bunların bu unsurları şahsında gerçekleştirmiş bulunan suç ortağı hakkında uygulanacağı öngörülmektedir. Madde kapsamı dışında bulunan diğer unsurlar fiile bağlı unsurlardır. Dolayısıyla böyle bir düzenlemenin Türk hukukunda da yer alması için şahsa bağlı ve fiile bağlı nitelikli unsurlar ayırımına yasal olarak dönülmesi icap etmektedir. Bunun ise Alman hukukunda da halihazırda devam eden ayırım tartışmaları göz önünde bulundurulduğunda isabetli olmayacağını düşünüyoruz. Esasında yukarıda nitelikli hallerin sirayeti konusunda yaptığımız açıklamalara atıfta bulunarak böyle bir ayırımın ve § 28 minvalinde bir düzenlemenin gerekli de olmadığı kanaatindeyiz. Öte yandan bu maddede yer alan ve kapsam itibarıyla nitelikli halleri aşan diğer hususlar ise halihazırda 40. Maddenin birinci fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla şu an mevcut olan düzenlemeler dikkate alındığında Alman Ceza Kanunu § 28 benzeri bir düzenlemeye hukukumuz bakımından gerek yoktur.

Madde metninde yer alan özel kişisel unsur ifadesinin kapsamı yukarıda yer verildiği üzere nitelikli unsurlar ile sınırlı değildir. Bu bağlamda gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörsel yükümlülüğün Alman Ceza Kanunu § 28'in birinci fıkrası bağlamında ceza sorumluluğunu kuran bir özel kişisel neden teşkil edip etmediğine ilişkin tartışmaya yukarıda yer vermiştik. Bu tartışmada garantörsel yükümlülüğün özel kişisel unsur olarak kabul edilmesi yönündeki fikir tercih edilirse, Alman hukuku bakımından gerçek olmayan ihmali suça azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak eden kişilerin kendileri böylesi bir yükümlülük altında olmadığına maddede öngörülen ceza indiriminden yararlandırılması gerekmektedir. Türk hukukunda ise böyle bir düzenleme mevcut değildir; ancak her ne kadar garantörsel yükümlülük nitelikli unsur olmasa da nitelikli unsurların sirayeti konusunda yaptığımız açıklamalar bağlamında, şerikin hareketinin haksızlık içeriğinin böyle bir ceza indirimini gerektirmeyebilecek boyutta olduğunu ifade etmek istiyoruz.

### **C. İhmal Alanında Şeriklerin Cezalandırılabilirliğinin Esası ve Özel Yükümlülük Şartının Şerikin Sorumluluğu Bakımından Gerekli Olup Olmadığı Meselesi**

İcrai hareket ile ihmali hareket arasındaki yapısal farklılık bu iki hareketin birbirine bağlanmasına engel teşkil etmemelidir. Zira şerikin cezalandırılabilirliğinin temeli olarak

bağlılık kuralı özünde, suçun kanuni tanımında yer alan hareketi doğrudan gerçekleştirmemekle birlikte fail tarafından bu hareketin gerçekleştirilmesine katkı sağlayan kişilerin cezalandırılabilmesini sağlamaktadır. Bu durumda suçun kanuni tanımında yer alan icrai hareketi gerçekleştirmeyen ve fakat ihmali ile onun işlenmesine yardımcı olan şerikin bu eylemin cezalandırılabilirliği kendi eylemsizliğinden de kaynaklanmaktadır ve fakat daha çok failin hareketinin haksızlığına bağlıdır. Dolayısıyla gerek ihmali hareketle bir suça iştirak edilmesi ve gerekse ihmali bir suça iştirak edilmesi durumunda icrai ya da ihmali hareketle suça katkı sağlayan şerikin ceza sorumluluğunun temelini de bağlılık kuralı oluşturmaktadır. Nitekim *Mosenheuer*'e göre, ihmâl yoluyla şerikliğin mümkün olup olmadığı sorusuna verilecek cevapta belirleyici olan, bağlı bir hukuki değer saldırısının ihmâl yoluyla gerçekleştirilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Bu husus, netice ve ihmâl arasında doğrudan bir ilişkiden müteşekkil olan ihmali suça ilişkin isnadiyet yapısı yönünden sorgulanabilir. Tipe uygun neticenin gerçekleşmesini engellemeyerek bir başkasının hareketi yönünden teşvik edici olan ve böylelikle bu hareketin gerçekleşmesine varsayımsal olarak neden olan kişinin ihmali hareketi bir hukuki değere yönelik bağlı saldırı olarak nitelendirilebilir<sup>470</sup>.

Öncelikle ihmali hareketle şeriklik konusunda şerikin cezalandırılabilirliğinin harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülük altında olup olmadığı meselesini ele almak gerekir. Bu konuda harekete geçme yükümlülüğünü bir koşul olarak arayan yazarlar bulunmakla birlikte aksi yönde düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Sözgelimi *Mahmutoğlu*'na göre gerçek ihmali suçlar bakımından azmettirmede esas itibarıyla aktif bir davranış gerekmeyle birlikte bazı durumlarda, sözgelimi birbirini çok iyi tanıyan ve susmaya anlam atfedebilecek olan kişiler arasında suskunlukla azmettirme de mümkün olabilir<sup>471</sup>. Buradan yazarın ihmali hareketle şeriklik için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü şart olarak görmediği sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçek olmayan ihmali suçlarda garantörün ihmali bir davranışla azmettirmede bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Zira bu hareketsizlik zaten garantörün fail olmasını sağlamaktadır<sup>472</sup>. Ancak birden çok garantörün bulunduğu durumlarda bu garantörlerden birinin diğerini yükümlülüğü yerine getirmemeye yönlendirmesi durumunda hem azmettirme hem de faillik söz konusu olabilir<sup>473</sup>. *Özkan* ise ihmali hareketle azmettirmede garantörlük

<sup>470</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 144.

<sup>471</sup> Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 79.

<sup>472</sup> Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 79.

<sup>473</sup> Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 79, 80.

koşulunu arayan yazarlardandır<sup>474</sup>. Dolayısıyla yazar ihmali hareketle şeriklik -en azından azmettirme için- özel yükümlülük altında olmayı bir koşul olarak kabul etmiş olmaktadır.

TCK'nın 39. maddesi yardım edenin ceza sorumluluğu bakımından failin suç tipine uygun hareketi üzerinden tipikliği sağlayan bir işlev görmektedir ve bu nedenle bir katkının yardım etme niteliğinde kabul edilebilmesi için bu maddede sayılan davranış biçimlerinden birini oluşturması gerekmektedir<sup>475</sup>. Aynı şeyi azmettirme bakımından da tekrar etmek gerekir. Ancak tipiklik ve kanunilik değerlendirmesinden önce, bir gerçekliği olduğunu kabul etmemize rağmen ihmali davranışın ceza hukuku sahasına girip burada bir varlık kazanabilmesi için harekete geçme yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. İhmalin ceza hukuku anlamında kendisine değer atfedilebilir bir hareket olabilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülük bulunmalıdır; ancak bu yükümlülük, ihmali suç haline getirmek için yeterli olmayıp bu noktada tipiklik devreye girmektedir. Sonuç olarak ihmali hareketin suç teşkil eden bir haksızlığı oluşturabilmesi için ya gerçek ihmali suçlarda olduğu gibi yükümlülük ihlalinin doğrudan suç olarak düzenlenmiş olması ya da gerçek olmayan ihmali suçlarda olduğu gibi bir eşdeğerlik koşulu etrafında neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlalin suç olarak tanımlanması gerekir. Hareketsizliğin tipikliği genişleten hükümler şeklinde nitelendirilen şeriklik kapsamında ceza hukuku alanına girebilmesi için de benzer bir yol izlenmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda bir hareketsizliğin şeriklik kapsamında nitelendirilebilmesi, bu bağlamda ceza hukuku alanında şerik kisvesi altında bir varlık kazanabilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğün varlığı aranmalıdır. Böyle bir yükümlülük ceza hukuku alanından doğabileceği gibi başka bir hukuk alanından da da doğabilir ve varlığı tespit edildiğinde, ihmalde bulunanın suça katkısının doğrudan suç tanımındaki hareketi gerçekleştirmeyip şeriklik boyutunda kaldığı da tespit edildiğinde şerikliğe ilişkin hükümler tipikliği genişletecek ve ihmalde bulunanın suça iştirak sebebiyle sorumlu tutulmasını sağlayacaktır.

İhmali suça iştirak bağlamında **icrai hareketle şerik olarak katılan kişinin** garantörsel yükümlülük altında bulunmasının gerekip gerekmediği tartışması üzerinde ayrıca durmak gerekmektedir. Bu konu birer gerçek özgü suç olan gerçek olmayan ihmali suçlar söz konusu

<sup>474</sup> Bu sonuca yazarın şu cümlesinden ulaşıyoruz: “... ihmali hareketle azmettirmeden farklı olarak, aktif bir hareketin varlığı nedeniyle garantörlük şartının aranmasına gerek bulunmamaktadır.” Bkz.: Özkan, “Azmettirme”, s. 89, 90.

<sup>475</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 207.

olduğundan, özgü suçlarda *extraneus* şerikin cezalandırılabilirliği sorununun da ilgilendirmektedir.

*Artuk/Gökcen/Alşahin/Çakır* tarafından özgü bir suçun kanuni tanımında yer alan özellikleri taşımayan kimsenin suça manevi katkısı azmettirme düzeyinde değilse veya maddi bir katkıda bulunmuşsa yardım eden olarak sorumlu tutulması söz konusu olacağı ifade edilmektedir<sup>476</sup>. Böylelikle özel faillik vasfı veya özel yükümlülük sahibi olmayan kişinin özgü suçun şeriki olarak sorumlu tutulabileceği sonucuna ulaşılabilmektedir.

Alman hukukunda *extraneus*'un özgü suça şerik olarak katılabilirliğini ve bu anlamda kanunilik ilkesine uygunluğu sağlayan hükmün § 28 olduğu ifade edilmekte, bu hüküm olmaksızın § 26 ve § 27'nin *extraneus*'un bu suçtan azmettiren veya yardım eden olarak da sorumlu tutulmasına yetmeyeceği ifade edilmektedir<sup>477</sup>. Ancak Türk hukukundaki durum ile bir karşılaştırma yapıldığında azmettirme ve yardım etmeye dair düzenlemelerin benzer içeriklere sahip olduğu görülmektedir. Türk hukuku bakımından farklı olan husus ise 40. maddenin ikinci fıkrasındaki hükümle özgü faillik vasfını taşımayan kişilerin özgü suça ancak azmettiren veya yardım eden olarak katılmalarının mümkün olduğunun düzenlenmiş olmasıdır. O halde şu soru ortaya çıkmaktadır? TCK'nın 40. Maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme olmasaydı hukukumuz bakımından da özgü suça *extraneus*'un şerik sıfatıyla iştirak etmesi azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümler çerçevesinde mümkün olmayacak mıydı? Bu soruya olumsuz yanıt verilmesi bir başka sorunu daha gündeme getirecektir: Azmettirme ve yardım etmeye dair genel hükümler şerikin ceza sorumluluğu açısından kanunilik ilkesinin gereklerini tek başına yerine getirmemekte midir? Zira bu ilkenin gerekleri yerine getirilmiş olursa özgü suçlar bakımından ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın *extraneus*'un azmettiren veya yardım eden olarak suça iştirakini de kabul etmek gerekmektedir. Bu husus şerikliğin tali niteliği ve ana fiile bağılılığı prensiplerinden de çıkarılabilir. Şeriklik suçun kanuni tanımındaki fiili bizzat gerçekleştirmemekle birlikte bu fiile sunulan katkı ile ana fiile bağlı olarak suça katılımı ifade etmektedir. Faile dair özellikler de suçun maddi unsurlarından biri olarak suç teşkil eden fiil ile bağlantılıdır ve bu unsuru sağlamayan kişilerin katkısı şeriklik niteliğindedir. Dolayısıyla (icrai hareketle) şerik olabilmek için suçun kanuni tanımında yer alan özel vasıfları

<sup>476</sup> Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 776.

<sup>477</sup> Bkz.: Langer, **Sonderstrafat**, s. 414, 415.



haiz olmanın gerekli olmadığı, bunun için ayrı bir düzenlemeye de ihtiyaç olmadığı görüşündeyiz.



## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### İHMALİ SUÇLARDA İŞTİRAKİN GÖRÜNÜM BİÇİMLERİ

#### I. GENEL HATLARIYLA İŞTİRAK FORMLARININ İCRAİ HAREKET VE İHMALİ HAREKET BAKIMINDAN ORTAK ÖZELLİKLERİ

##### A. Genel Olarak

Çalışmamızın üçüncü bölümü ihmal alanında iştirak türlerinin ne şekilde tezahür ettiği konusuna hasredilmiştir. Yöntem olarak ihmalin iştirak ilişkisi içinde varlık gösterdiği olayların ikili bir ayrım çerçevesinde ele alınması yolu tercih edilmiştir. Bu bağlamda “ihmalî hareketle iştirak” ve “ihmalî suça iştirak” biçiminde iyi ayrı başlık altında farklı iştirak şekilleri incelemeye tabi tutulmuş; birinci başlıkta, icrai bir suça ihmalî bir hareketle iştirak ele alınırken ikinci başlık altında ihmalî bir suça icrai veya ihmalî hareketle iştirak konusu üzerinde durulmuştur. Görüldüğü üzere çalışma konumuz ve özellikle üçüncü bölüm içinde icra ve ihmalin birlikte bulunduğu olaylar önemli bir yer işgal etmektedir. Bu nedenle iki kanatlı bir yapı üzerine inşa ettiğimiz ve ihmalin yer aldığı iştirak örneklerinde iştirak statülerinin nasıl belirleneceğine ilişkin bu incelemelere geçmeden önce ihmalî ve icrai davranışta iştirak şekillerinin gösterdiği ortak özellikler üzerinde durmayı gerekli görüyoruz. Dolayısıyla bu başlık altında ilk olarak ele alınacak olan konu, faillik ve şeriklik türlerinin her iki davranış formu için de müşterek olan temel kurallarıdır.

##### B. Faillik

#### 1. Doğrudan (Müstakil) Faillik

Suç teşkil eden hareketi tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail (müstakil fail) denilmektedir<sup>1</sup>. Doğrudan faillik suçun tek bir kimse tarafından fail olarak işlenmesi şeklinde

---

<sup>1</sup> Baumann, Weber, Mitsch, AT, s. 669 vd.; Haft, AT, s. 199, 200; Roxin, AT, II, § 25, kn. 38; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, Genel Hükümler, s. 749; Koca, Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 454; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, Suç Teorisi, 2. Kitap, s. 376.

tezahür edebileceği gibi birden fazla failin aralarında iştirak iradesi olmaksızın hareket etmesi şeklinde de ortaya çıkabilir<sup>2</sup>.

Doğrudan faillğe ilişkin bir diğer tanım da, kanuni tarifte yer alan hareketi, yine bu tarifte yer alan maddi ve manevi faillik özelliklerini bünyesinde taşıyacak şekilde, kasten ve hiçbir hata bulunmaksızın doğrudan doğruya gerçekleştirmek şeklindedir<sup>3</sup>.

Doğrudan faillikte fiil hakimiyeti tipe uygun hareketin icrasına dayandığı için doğrudan failin fiil hakimiyeti (Tatherrschaft) çoğunlukla hareket hakimiyeti (Handlungsherrschaft) olarak isimlendirilir<sup>4</sup>.

*Kühl*, fiili bizzat icra eden ve suçun tüm objektif unsurlarını kendisi doğrudan gerçekleştiren doğrudan faile ilişkin düzenlemenin genel hükümlerde yer almasına gerek olmadığını, zaten özel hükümlerdeki münferit suç tanımlarından bu sonucun çıkacağını ifade etmektedir<sup>5</sup>. Ancak kanun koyucunun ünlü “küvet olayı”nda olduğu gibi mahkemelerin fiili bizzat icra eden kişinin şerik olarak sorumlu tutulmasına yönelik kararlar vermesinin önüne geçmek için bu düzenlemeye açıkça yer vermiş olduğu ve bu nedenle isabetsiz olmadığı ifade edilmektedir<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Baumann, Weber, Mitsch, **AT**, s. 670 vd.; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 749. İkinci ihtimalde öğretilde yan yana faillik olarak isimlendirilen durum gerçekleşir (*Nebentäterschaft*). Bu faillik türü daha çok taksirle işlenen suçlarda görülmektedir; ancak kasten işlenen suçlarda da aynı konu üzerinde aynı hareketin eş zamanlı olarak gerçekleştirildiği hallerde de söz konusu olur. Bkz.: Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 481, 482. Birden fazla kişinin aralarında iştirak iradesi olmaksızın aynı kişiye karşı aynı suçu işlemeleri durumunda faillerden her birinin tek failli suçtan sorumlu olacağı hakkında bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 494. Her bir failin kendi hareketi sebebiyle ve o oranda sorumlu tutulup dolayısıyla müstakil fail gibi cezalandırılacağından kanunda bu faillik türünün düzenlenmemiş olması makul karşılanmaktadır. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 229, kn. 1187.

<sup>3</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 197; Roxin, **TuT**, s. 446 vd.; Rolf Dietrich Herzberg, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 99, No: 1, 1987, s. 50.

<sup>4</sup> Roxin, **AT**, II, § 25, kn. 38; Jakobs, **AT**, Abs.: 21, kn. 35; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 93.

<sup>5</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 670.

<sup>6</sup> Bkz.: Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 670.

## 2. Müşterek Faillik

Suçun kanuni tanımında yer alan haksızlığın birden fazla kişi tarafından birlikte suç işleme kararına istinaden, suç teşkil eden hareket üzerinde müşterek hakimiyet kurulmak suretiyle işlenmesi halinde müşterek faillik (*Mittäterschaft*) söz konusu olur<sup>7</sup>.

Müşterek failliğe ilişkin kanuni düzenlemede “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren*” ifadesinin kullanılmış olması bu itibarla “*kanundaki unsur*” ifadesi yerine “*fil*” tabirinin kullanılmış olmasının yoruma bağlı birtakım sorunlara yol açabileceği ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

Bir suçun müşterek faillik şeklinde işlendiğini söyleyebilmek için birtakım koşulların varlığı aranmaktadır. Bunlardan biri birlikte suç işleme kararının bulunmasıdır ki bundan anlaşılması gereken tek taraflı bir kararın değil, bir anlaşmanın varlığıdır<sup>9</sup>. Bu husus 37. maddenin gerekçesinde açıkça belirtilmiş ve suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında tek taraflı bir iradeyle suçun işlenmesine katkı sağlanması durumunda müşterek failliğin değil, yardım etmenin söz konusu olacağı ifade edilmiştir<sup>10</sup>. Bu anlaşmanın muhakkak açık bir anlaşma olması gerekmemekte, örtülü bir irade uyuşması da yeterli görülmektedir<sup>11</sup>. Suça katılanların işlenecek suç bakımından müşterek olarak hareket ettiklerini bilmeleri ve bunu istemeleri gerekmektedir<sup>12</sup>. Dolayısıyla birlikte suç işleme kararı, buna dair iştirak iradesi kast kapsamında mütalaa edilmektedir<sup>13</sup>. Ancak bu, tüm müşterek faillerin kastının aynı türde olmasının zorunlu olduğu anlamına gelmemektedir. Bu bağlamda müşterek faillerden biri olası kast ile hareket ederken diğerlerinin doğrudan kast ile hareket etmesi müşterek failliğin var olmadığı sonucunu doğurmayacaktır<sup>14</sup>.

<sup>7</sup> Haft, **AT**, s. 203; Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 77; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 750; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 376; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 454, 455.

<sup>8</sup> Mustafa Özen, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun İştirak Kurumuna Bakışı”, **TBB Dergisi**, No: 70, 2007, s. 243, 244.

<sup>9</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 751. Birlikte suç işleme bakımından açık veya örtülü bir onayın, anlaşmanın olması gerektiği hakkında bkz.: Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 456.

<sup>10</sup> Bkz. madde gerekçesi.

<sup>11</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, § 9, s. 219, kn.73; Heinrich, **Genel Kısım II**, § 34, s. 254, kn. 1223.

<sup>12</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 752.

<sup>13</sup> Erem, Danişman, Artuk, **Genel Hükümler**, s. 365; Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 174; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 389.

<sup>14</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 174; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 455; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 389.

Birlikte suç işleme kararının suçun işlenmesinden önce veya en geç suçun işlendiği sırada var olması gerekmektedir<sup>15</sup>. Bu itibarla, işlenmek istenen suçun tamamlandığını düşünerek hareketlerini sonlandıran müşterek failler, suçun tamamlanmadığını fark ederek hareketlerine devam eden ve suçu tamamlayan failin eklenen davranışlarından ötürü sorumlu tutulamayacaktır<sup>16</sup>.

Hareketin gerçekleştirildiği sırada birlikte suç işleme kararının ortaya çıkması durumunda *sukzessif (art arda) müşterek faillik* kavramı gündeme gelir<sup>17</sup>. Suçun işlenmesi sürecine sonradan dahil olan kişinin müşterek failliği konusunda Alman hukukunda tartışma bulunmaktadır. Bu bağlamda, hareketin teşebbüs aşamasına geldiği andan tamamlanma anına kadar mı yoksa suçun tamamlanma anından bitme anına kadar mı müşterek fail olarak katılmanın mümkün olabileceği hususu tartışılmaktadır<sup>18</sup>. Alman yargı kararlarında hareketin tamamlanmasından sonra bitme anına kadar müşterek fail olarak katılmanın mümkün olduğu kabul edilirken öğretide bu görüşe karşı, tipe uygun hareketin suçun tamamlandığı anda son bulunduğu, hareketin bitme anının zamansal olarak belirlenmesi zor bir an olduğu gerekçesiyle, hareketin tamamlandığı andan sonra bu harekete müşterek fail olarak katılımın mümkün olamayacağı savunulmaktadır<sup>19</sup>. Bu konuyla bağlantılı olarak, birden fazla hareketin gerçekleştirildiği suçlar bakımından bir ayırım yapılması gerektiği ifade edilmekte, suça katkının henüz sona ermemiş olduğu ve dolayısıyla güncel olduğu durumlarda buna müşterek fail olarak katılmanın mümkün olabileceği savunulmaktadır<sup>20</sup>.

Müşterek faillerden her birine diğer müşterek faillerin gerçekleştirdikleri hareket de isnat edilir, dolayısıyla her bir müşterek fail suç teşkil eden hareketin bütününe ilişkin

<sup>15</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 254, 255; Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 753.

<sup>16</sup> Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 753. Bu durumda eklenen hareketler bakımından birlikte suç işleme kararının varlığından bahsedilemeyeceği hakkında bkz.: Koca, Üzülmaz, **Genel Hükümler**, s. 457.

<sup>17</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 255.

<sup>18</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 265, 266.

<sup>19</sup> Bu noktada, hırsızlık için girilen evden eşyaların çalınarak çıkılması sonrasında bekçi izlerken yoldan geçen bir tanıdığa durumun anlatılması ve çalınan eşyaların paylaşılması karşılığında arabasına binilmesi örneği verilmekte, hırsızlık hareketinin tamamlandığı ve fakat henüz bitmediği bu durumda arabaya alan kişinin hırsızlık suçu bakımından müşterek fail olarak kabul edilmesinin mümkün olmayacağı söylenmektedir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 266.

<sup>20</sup> Bu ihtimalde sözelimi yağma suçunda tehdit hareketi devam ederken buna katılan ve malların alınması sırasında da katkısını devam ettiren kişi yağma suçunun müşterek faili olarak kabul edilmiştir. Öte yandan yine yağma suçu bakımından verilen bir örnekte cebir hareketi tamamlandıktan sonra malların alınması aşamasında suça katılan kişinin yağma suçunun müşterek faili olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 266, 267.

haksızlıktan sorumludur<sup>21</sup>. Öte yandan müşterek faillerden birinin başta verilen birlikte suç işleme kararının dışına çıkması halinde (*Mittäterexzess*) diğer müşterek faillerin sınırın dışına çıkan hareketten sorumlu tutulabilmeleri için bu harekete katlanmalarının tek başına yeterli olmayacağı, kendilerine yüklenebilen bir katkının bulunmasının ve bunun -örtülü de olsa- birlikte suç işleme kararı kapsamında olması gerektiği söylenmektedir<sup>22</sup>.

Birlikte işlenmesi kararlaştırılan suçun nitelikli halinin veya bu suça yakın ve fakat ondan bağımsız başka bir suçun müşterek faillerden biri tarafından işlenmesi halinde diğer müşterek faillerin işlenen bu hareketten sorumlu tutulmaları, bu halin kendileri tarafından öngörülebilir olmasına ve bir kabullenme durumunun bulunmasına bağlıdır<sup>23</sup>. İşlenmesi kararlaştırılan suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hallerinden birinin ortaya çıkması durumunda ise meydana gelen ağır neticeden ötürü diğer müşterek faillerin sorumluluğu ağır neticeye yönelik taksirlerinin bulunmasına bağlıdır<sup>24</sup>.

Müşterek faillikten söz edebilmek için varlığı aranan bir diğer koşul, suç teşkil eden hareketin birden fazla kişinin hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurması suretiyle işlenmesidir<sup>25</sup>. Fonksiyonel hakimiyet kavramını ilk olarak kullanan Roxin'dir ve fakat kavram daha sonra öğreti tarafından büyük ölçüde benimsenmiştir<sup>26</sup>. Fonksiyonel hakimiyetin belirlenmesinde üstlenilen roller ve suçun gerçekleştirilmesine sunulan katkının önemi dikkate alınmaktadır<sup>27</sup>. Sunulan katkının suçun icrasında doğrudan doğruya etkili olacak hareketleri içermesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Ancak öğretilde fonksiyonel hakimiyet ve zorunluluk teorisinin birbirine karıştırılmaması gerektiği yönünde de bir uyarı yapılmaktadır<sup>29</sup>. Buna göre, fonksiyonel hakimiyete ilişkin açıklamalardan, müşterek failliğin belirlenmesinde, suçun işlenişine sunulan katkının nedensellik bakımından zorunluluk gösterip göstermediğine ilişkin

<sup>21</sup> Kienapfel, **AT**, s. 554.

<sup>22</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 255.

<sup>23</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 753; Özgenç, "Müşterek Faillik", s. 177.

<sup>24</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 754; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 457; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 411.

<sup>25</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 755.

<sup>26</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 379, dn. 15.

<sup>27</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 756; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 263, 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 378; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 458; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 501; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 405.

<sup>28</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 500.

<sup>29</sup> Bu görüş için bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 380.

bir değerlendirmenin yapılmasının gerekli olduğu anlamı çıkarılmamalıdır<sup>30</sup>. Zira suçun işlenişine dair tüm katkılar meydana gelen netice bakımından zaten nedenseldir ve ex post bir değerlendirme ile katkının nedensellik bakımından zorunlu olup olmadığını tespit etme uğraşı yerinde değildir<sup>31</sup>. Burada, somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak bir değerlendirme ile suçun işlenmesine sunulan katkının objektif anlamının belirlenmesi mümkün olabilecektir. Bu doğrultuda, söz konusu katkı olmasaydı suç hiçbir şekilde işlenemeyecekti şeklinde bir değerlendirmeye başvurulmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>32</sup>. Dolayısıyla hareket üzerinde hakimiyet kurmamakla birlikte suçun işlenmesi bakımından katkısı zaruri olan kişilerin sırf bu nedenden ötürü fail olarak kabul edilmemeleri gerektiği ifade edilmektedir<sup>33</sup>.

Müşterek faillik için, harekete yönelik katkının ne derece ve nitelikte olması gerektiğine ilişkin soruya verilecek cevap faillik ve şeriklik ayrımı bakımından hangi teorinin benimsendiğine göre değişecektir<sup>34</sup>.

Müşterek faillikte fiilin birlikte işlenmesi şartının, sağlanan katkının sadece hazırlık aşamasında gerçekleşmesi durumunda gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tartışmalıdır. Suç teşkil eden haksızlığın gerçekleştirilmesine sunulan katkının kapsamı, bu bağlamda hazırlık aşamasındaki hareketlerin müşterek failliğin fonksiyonel hakimiyet veya hareketin birlikte gerçekleştirilmesi koşulunu sağlayıp sağlamayacağı konusunda farklı görüşler ileri sürülmektedir. Alman öğretisinde azınlıkta olan katı fiil hakimiyeti teorisine göre, her ne kadar olay yerinde bulunma şartı aranmasa da, icra aşamasında diğer katılımcılarla irtibat halinde olmak ve bunları yönlendirmek, dolayısıyla esaslı bir katkıda bulunmak şarttır<sup>35</sup>. Baskın görüş olan fiile ılımlı hakimiyet teorisine göre ise, sunulan katkı hareketin gerçekleştirilmesi sırasında da güncelse ve belli bir ağırlığa sahip olan bu katkı hareketin gerçekleştirilmesi kararını kuvvetlendiriyorsa hazırlık aşamasındaki katkı da müşterek faillik için yeterli olacaktır<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 380.

<sup>31</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 380.

<sup>32</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 264, 265; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 380.

<sup>33</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 380, dn.18.

<sup>34</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 254.

<sup>35</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 257, 258. Ayrıca bkz.: Krey, Esser, **AT**, kn. 978; Gropp, **AT**, § 10, kn. 85a.

<sup>36</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 258, 259. *Öztürk/Ertem* hareketin gerçekleştirilmesi aşamasına katılmamış, ancak planlanması ve organize edilmesinde belirleyici bir katkı sunmuş olan kişinin de müşterek fail olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır. Bkz: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 412.

Alman yüksek yargı kararlarında faillik ve şeriklik ayrımında sübjektif teoriyi esas alan yaklaşıma göre ise, hareketi kendisi için isteyen kişi fail, başkası için isteyen kişi ise şeriktir. Dolayısıyla katkı niteliğindeki eylemlerin hareketin icrası sırasında gerçekleştirilmesi faillik için şart olmayıp salt manevi nitelikteki katkılar da faillik için yeterli olabilmektedir<sup>37</sup>. Alman yargı kararlarında sübjektif teorinin benimsenmesinin bir sonucu olarak suça katılan kişinin iradesinin yönü dikkate alınmakta, hazırlık aşamasında dahi olsa hareketi kendisi için gerçekleştirmiş olan kişinin müşterek fail olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır<sup>38</sup>. Bununla birlikte, Alman öğretisinde bu hususta bir görüş birliği bulunmamakta, katı fiil hakimiyeti teorisini benimseyen yazarlarca, müşterek faillikten bahsedebilmek için suça katkı sunan kişilerin en azından, hareketin gerçekleştirilmesi anında orada bulunarak faille temas halinde olması aranmaktadır<sup>39</sup>. Dolayısıyla suça ilişkin katkının teşebbüsün başlangıç anından suçun tamamlanması anına kadar sunulması gerektiği savunulmaktadır<sup>40</sup>. Ancak tam da bu noktada, teşebbüsün başlangıç anının sorumluluğun tesisinde elverişli olmadığı, sözgelimi bir hırsızlık suçunun işlenmesi için kapıyı kırarak daha fazla katkı sağlamayan birinin, suçun hazırlık aşamasında eylemi ayrıntılı ve koordineli bir biçimde planlayan kişiden daha fazla şekillendirici etkide bulunacağının söylenemeyeceği iddia edilmektedir<sup>41</sup>. Bu görüşün temel argümanı, kişinin suçun icrası sırasında hazır bulunmaması ve işleniş sırasında yaratıcı rol üstlenmezse tipikliğin meydana gelmesini yönetemeyeceğidir<sup>42</sup>. İlmli fiil hakimiyeti teorisini temel alanlar ise istisnai durumlarda, hazırlık aşamasındaki katkıyı da müşterek failliğin fiilin birlikte işlenmesi şartı bakımından yeterli görmektedir<sup>43</sup>. Bu bakış açısının altında yatan temel fikir, icra aşamasındaki karar verme hakimiyeti bakımından zayıflığın hazırlık aşamasındaki yaratıcı hakimiyetin çokluğuyla ikame edilebileceğidir<sup>44</sup>.

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin yakın geçmişte verdiği bazı kararlarda müşterek faillik için objektif kriterler üzerinde dururken bazı kararlarında ise fail iradesine odaklandığı

<sup>37</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 259.

<sup>38</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 221.

<sup>39</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 221.

<sup>40</sup> Ingeborg Puppe, “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, **ZIS**, C. 6, 2007, s. 241; Roxin, **TuT**, s. 292 vd.

<sup>41</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 132.

<sup>42</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 132.

<sup>43</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 222. *Kühl*'e göre, hazırlık aşamasındaki katkı suçun başarıyla işlenmesi için büyük önem taşıyorsa müşterek faillik için esas alınabileceğini belirtmekte, burada önemli olanın planın ağırlığının suçun başarısı için en azından fiili işleyenlerin katkılarıyla aynı öneme sahip olması olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 672.

<sup>44</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 132.



görülmektedir<sup>45</sup>. Sözgelimi müşterek faillik için mutlaka olayın icra aşamasına katılımın gerekli olmadığı hazırlık aşamasında sunulan katkının da yeterli olabileceğine ilişkin kararları mevcuttur<sup>46</sup>. Yine eylemin örneğin dolandırıcılık suçunun işlenmesinden önce yapılan hazırlık niteliğindeki katkılardan olup suçun işlenmesi bakımından önemli olması ve suçun işlenmesinden diğer faillerle aynı payın alınacak olması halinde müşterek faillğe vücut verebileceği ifade edilmiştir<sup>47</sup>. Bu yöndeki kararlardan birinde Mahkeme tarafından şu değerlendirmeler yapılmıştır: “Sanık, müşterek failler S. ve St. ile birlikte suçun işlenmesine yönelik ortak kararın uygulanmasında kendi çıkarları doğrultusunda çalışmış ve dolandırıcılık eylemlerinin neticesine önemli katkılarda bulunmuştur. Sanık, bilgisine göre en başından beri dolandırıcılık yapmak üzere tasarlanmış olan limited şirketin kuruluşunda, organizasyonunda ve işleyişinde önemli görevler üstlenmiştir. Noter senediyle sahte bir isim altında limited şirketin hisselerini satın alan genel müdürü işe almakla kalmamış, aynı zamanda suçun işlendiği tüm süre boyunca limited şirket içinde oldukça lider bir işlev görmüştür... Dolayısıyla, suçun beyni odur. Sanık, brüt ciroda ve dolayısıyla GmbH'nin genel başarısında %10'luk bir paya sahip olduğundan, hileli sistemin işleyişinde önemli bir kişisel çıkara sahiptir.”<sup>48</sup>. Son yıllarda ise Mahkeme müşterek faillğe ilişkin incelemelerinde fiil hakimiyeti ve fiil hakimiyeti iradesi kriterini kullanmaktadır<sup>49</sup>.

Müşterek faillikte suçun işlenişine olan katkı her zaman faillerin davranışlarının birbirini tamamlayıcı nitelik göstermesi şeklinde ortaya çıkmayabilir. Bir diğer anlatımla, müşterek faillerden her birinin suçun kanuni tanımında yer alan unsurları işleyeceği, bu yolla suçun tamamlanması ihtimalinin artırılacağı yönünde bir anlaşma yapılmış olabilir<sup>50</sup>. Bu gibi durumlarda, meydana gelen neticenin kimin hareketinden kaynaklandığı belirlenemiyorsa her bir müşterek failin ne şekilde sorumlu tutulacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Sözgelimi bir kişiyi öldürmek üzere anlaşılan yirmi kişinin birlikte ateş etmelerine rağmen mermilerden bir kısmının isabet etmemesi; ancak neticenin yine de meydana gelmesi durumunda birden fazla kişinin ortak bir suç işleme kararına istinaden birlikte icra hareketlerini gerçekleştirdikleri

<sup>45</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 25.

<sup>46</sup> Bkz.: BGH 12.8.2021 – [3 StR 441/20](#) (Frank Saliger, “Totschlag”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, ed. Urs Kindhäuser vd., 6. Auflage, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023, s. rn. 26); BGHSt 32, [165](#); BGHSt 35, [347](#) (Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 26).

<sup>47</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 28.

<sup>48</sup> BGH 14.2.2001 – [3 StR 461/00](#), wistra 2001, [217](#) (Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 28).

<sup>49</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 29.

<sup>50</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 382.

görülmektedir<sup>51</sup>. Bu durumda ortada tamamlanmış bir kasten öldürme suçunun ve bu suçun yirmi kişilik bir fail grubunun olduğu, bunların her birinin gerçekleştirdiği hareketin hukuken tek bir hareket olarak mütalaa edilmesi ve sonuç olarak her bir katılımcının tamamlanmış kasten öldürme suçunun müşterek faili olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>52</sup>. 765 sayılı TCK'nın 463. maddesi, “faili belli olmayan adam öldürme ve müessir fiil” başlığı altında kasten öldürme ve kasten yaralama suçları için ceza indirimi öngörmekte<sup>53</sup>, öğreti ve uygulama da bu indirim sebebinin uygulanması yönünde fikir birliği içinde bulunmaktaydı<sup>54</sup>. Ancak aksi yöndeki düşünceye göre, her ne kadar bu indirim 463. maddenin *ratio legis*'i ile uyuşsa da böylesi bir indirimin yapılmasının suç teorisine ilişkin ilkeler ile uyumlu olmadığı ve hareketi doğrudan gerçekleştiren müşterek failer lehine bir ayrıcalık yarattığı söylenebilecektir<sup>55</sup>.

Müşterek faillikte suçun birlikte işlenmesi koşulu ile ilgili olarak iki sorun gündeme gelmektedir. Bunlardan biri, müşterek failerin katkılarının nedensel olmasının gerekip gerekmediği iken diğer soru ise müşterek failerin icra aşamasında bir katkıda bulunmalarının zorunlu olup olmadığıdır<sup>56</sup>. Alternatif müşterek faillik (*alternative Mittäterschaft*) ve bütüncül müşterek faillik (*additive Mittäterschaft*) olayları bu noktada nedensellik sorununun ortaya çıktığı durumlardır<sup>57</sup>. Alternatif müşterek faillik olaylarında, birkaç kişiden her biri ortak suç işleme kararı çerçevesinde suçu işlemeye hazırdır; ancak bunlardan sadece biri sonuçta suç işleyebilmektedir<sup>58</sup>. Ekllemeli müşterek faillikte ise müşterek faillerden her biri üzerine düşen katkıyı sunar; ancak bunların hepsi tipik neticenin ortaya çıkması bakımından nedensel değildir<sup>59</sup>. Bu tür vakalarda, fiilin bir bütün olarak tipik netice için nedenselliği temin ettiği ve

<sup>51</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 166.

<sup>52</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 166, 167.

<sup>53</sup> “448, 449, 450, 456, 457 inci maddelerde beyan olunan fiilleri iki veya daha çok kimse birlikte yapmış olup da failin kim olduğu belli olmazsa bunlardan her birisi hakkında, fiilin için tâyin edilmiş ceza üçte birden yarıya kadar indirilerek hükmolunur.” Madde metni için bkz.: Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, **Gerekeçli Ceza Kanunları**, 8. Bası, Ankara: Turhan kitabevi, 2009, s. 956.

<sup>54</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap s. 383.

<sup>55</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 384. Şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği bu tip durumlarda, neticeyi kimin hareketinin gerçekleştirdiği belirlenemiyorsa her bir müşterek faili teşebbüsten ötürü sorumlu tutmak gerektiği, 5237 sayılı TCK'da da 765 sayılı TCK'nın 463. Maddesine benzer bir düzenleme yapılmasının isabetli olacağı fikri için bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 501, dn.44.

<sup>56</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 129.

<sup>57</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 130.

<sup>58</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 130.

<sup>59</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 130.

ex-ante bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde belki de bu katkıların nedensel olabilecek durumda olduğu dile getirilmektedir<sup>60</sup>.

Sosyal hayatın gerektirdiği veya bir mesleğin icrası bağlamında olan hareketler birlikte suç işleme kararının göstergesi olarak kabul edilemez. Örneğin hırsızlık yapacağını bildiği kişinin kolunu tedavi eden hekimin hırsızlık suçuna yönelik birlikte suç işleme kararının bulunduğundan söz edilemez<sup>61</sup>.

Suç örgütü üyelerinin işledikleri suçlarda örgüt yöneticisinin sorumluluğu da üzerinde fikir birliği tesis edilememiş konulardan biridir. Burada örgüt liderinin suçun planlanması aşamasında faaliyet gösterip icrası aşamasında uzaktan da olsa herhangi bir katkı sunmaması durumunda müşterek fail olarak değil, azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulması gerektiği savunulan görüşlerden biridir<sup>62</sup>. Örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan, örgüt yöneticinin, katkısının niteliğine bakılmaksızın dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği yönündeki yaklaşım, örgüt liderinin üyeler arasında en tehlikelisi olduğu yönündeki düşünceye dayanmaktadır<sup>63</sup>.

Ortak suç planı ve birlikte suç işleme kararının bugünlerde müşterek faillik için gerekli olup olmadığı tartışılmakta ve müşterek failliğin öncelikle neticenin objektif isnadiyeti sorunu olarak görülmesi için çalışılmaktadır<sup>64</sup>. Ancak bu görüşe, fiil hakimiyetinin karar alma ve şekillendirme hakimiyeti olarak anlaşılması durumunda, suça katılanlardan birinin diğerinin de aynı yönde iş bölümü içinde hareket edeceğini bilmesi şeklinde gerçekleşen ortak suç işleme kararının, suçun tamamı üzerinde olumlu karar alma hakimiyetinin tesis edilmesi için vazgeçilmez bir ön koşul olduğu gerekçesiyle itiraz edilmektedir<sup>65</sup>.

Faillik ve şeriklik arasındaki ayrıma dair tartışmalar en azından iki yüz yıllık bir geçmişe sahiptir<sup>66</sup>. Uzun bir süre tartışmanın odak noktası müşterek faillik ve yardım etme ayrımı

<sup>60</sup> Puppe, “Tatplan der Mittäter”, s. 240, 241; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 130.

<sup>61</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 750.

<sup>62</sup> Bkz.: Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 172.

<sup>63</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 173.

<sup>64</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 127. Ayrıca bkz.: Heiko H. Lesch, “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 105, No: 2, 1993, s. 271 vd.

<sup>65</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 128, 129.

<sup>66</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 4.

olmuşken artık daha çok örgütsel güç yapılarında ve şirketlere faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağı sorusu üzerinde durulmaktadır<sup>67</sup>. Bazı yargı kararlarında dolaylı failliği varsayma eğilimi söz konusu iken daha kısıtlayıcı yaklaşımlar hiyerarşinin tepesindekiler için azmettirme ve yardım etmeyi kabul etme eğilimindedirler<sup>68</sup>. Bu konuda ortaya atılan bir diğer çözüm önerisi ise yatay müşterek failliğin (horizontale Mittäterschaft) yanı sıra dikey müşterek failliğin (vertikale Mittäterschaft) de tanınması yönündedir<sup>69</sup>.

### 3. Dolaylı Faillik

Dolaylı faillik (*mittelbare Täterschaft*), iradesi üzerinde hakimiyet kurduğu bir başka kişiyi araç olarak kullanmak suretiyle suçun işlenmesi halini ifade etmektedir<sup>70</sup>. Bu iradi hakimiyet kişinin kusur yeteneğinin olmamasından veya hatasından yararlanmak yoluyla kurulabileceği gibi zorlama yoluyla da tesis edilebilir<sup>71</sup>. Burada iradenin üstünlüğünün karar verme hakimiyetini, iradenin kontrolünün ise şekillendirme hakimiyetini sağladığı ifade edilmektedir<sup>72</sup>. İşlenen suç ön plandaki kişi ve arka plandaki kişi için farklı olabilecektir<sup>73</sup>. Dolaylı failliğin, iştirak kurumunun çözemediği olaylarda, ceza sorumluluğu yönünden oluşan boşluğu doldurmak için geliştirildiği ifade edilmektedir<sup>74</sup>.

Kasten işlenmeyen bir harekete yardımda bulunan kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı konusu tartışmalıdır. Burada bir görüş, kasten işlenmeyen suça şerik

<sup>67</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 4.

<sup>68</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 4.

<sup>69</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 4.

<sup>70</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 761, 762; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 464. Dolaylı faillik durumunda iştirakin söz konusu olmadığı, bu gibi durumlarda suçu işleyeni araç olarak kullanan kişinin ceza sorumluluğunun tesis edilmesi için iştirake ilişkin hükümlerin değil, dolaylı faillik düzenlemelerine başvurulması gerektiği hakkında bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 502. Bu görüş, kast ve taksirin kusurun birer görünüş biçimi olduğu düşüncesine dayanmaktadır. Zira iştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için kasten işlenen bir hareketin varlığı arandığından, kastın kusur şekli olarak mütalaa edildiği durumlarda, iradesi üzerinde hakimiyet kurulan kişinin kusurunun, bir diğer deyişle kastının bulunmadığı ve dolayısıyla iştirak hükümlerinin uygulanamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

<sup>71</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 762; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 464; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 272.

<sup>72</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 99.

<sup>73</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 525.

<sup>74</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 763. *Centel/Zafer/Çakmut*, TCK'nın 40. Maddesinde iştirak sebebiyle sorumluluk için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir hareketin gerçekleştirilmesi arandığından geniş kapsamlı bağlılık kuralının benimsendiğini, bu nedenle suçu bizzat işleyen kişinin kusurunun (kastının) bulunmadığı durumlarda onu araç olarak kullanan dolaylı failin ceza sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için dolaylı faillik düzenlemesine ihtiyaç duyulduğunu ifade etmektedirler. Bkz.: Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 502.

olarak iştirak etmek mümkün olmadığından söz konusu boşluğu doldurmak için yardımda bulunan kişinin fail olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündedir<sup>75</sup>. Bir başka fıkre göre ise, dolaylı failliğin mevcudiyeti için ön plandaki kişinin açık veya örtülü bir biçimde aldatılması gerekmektedir. Araç konumundaki kişide böyle bir aldatmanın neticesi olmayan, kendiliğinden gelişen yanılğı durumunda dolaylı faillikten bahsetmek mümkün değildir<sup>76</sup>. Bazı yazarlar bu tip durumlarda, bağlı hareketli suç ve netice suçu ayrımı üzerinden hareket etmekte ve kanuni tarifte belirli bir hareketin gerçekleştirilmesinin arandığı suçlar bakımından söz konusu yardımın suçun gerçekleşmesinin bu yardıma bağlı olması halinde fiil hakimiyetini sağlayacağı ve dolaylı failliği kuracağı fikrindedirler. Buna karşılık, neticeli suçlarda nedensel etkiyi sağlayan her katkının ön plandaki kişinin kastsız davranışı üzerinde hakimiyet tesisi için yeterli olacağı savunulmaktadır<sup>77</sup>. Ancak şunu belirtmek gerekir ki ön plandaki kişinin hareketinin meydana getireceği neticelerden bihaber olmasına rağmen arka plandaki yardımda bulunan kişinin bunların farkında olmasına rağmen yardımda bulunmaktan geri kalmadığı durumlarda dolaylı failliğin oluşacağı birçok yazar tarafından kabul edilmektedir<sup>78</sup>. Buna karşılık somut olayda ön plandaki kişinin bilinçli taksirle hareket ettiği hallerde ona yardım eden arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin söz konusu olup olmayacağı da tartışmalıdır. Burada bilinçli taksirle gerçekleştirilen hareketin amaca yönelik olmadığını kabul eden yazarlar tarafından arka plandaki kişinin fiil hakimiyetini tesis ettiği ve dolaylı fail olduğu savunulmaktadır<sup>79</sup>. Diğer taraftan, neticenin gerçekleşmesinin bilinçli taksir halinde istenmemesine karşılık gerçekleşme ihtimalinin öngörülmüş olduğu, dolayısıyla bu hareketin amaca yönelik bir hareket olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan yazarlar ön plandaki kişinin fiil hakimiyetini sağladığını savunmaktadır<sup>80</sup>.

Dolaylı faillik, doğrudan faillikten farklı olarak, neticeyi meydana getiren nedensel oluşum süreci üzerinde yönlendirici olarak hakimiyette bulunmak şeklinde değil, bir başkasının hareketini yönlendirerek onun üzerinde hakimiyet kurmak ve şahsi sorumluluk ilkesi hilafına

<sup>75</sup> Nowakowski, “Tatherrschaft und Täterwille”, s. 549; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 203.

<sup>76</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 203.

<sup>77</sup> Bkz.: Wilhelm Gallas, **Beitrage zur Verbrechenslehre**, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1968, s. 105. Bilgi için bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 204.

<sup>78</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 204. Bu yazarlardan bazıları için bkz.: Roxin, **TuT**, s. 174; Stratenwerth, **AT**, kn. 767; Jescheck, **AT**, s. 603.

<sup>79</sup> Gallas, **Beitrage zur Verbrechenslehre**, s. 149 vd.; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 205.

<sup>80</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 205, 206.

onun hareketinden sorumlu tutulmak esasına dayanmaktadır<sup>81</sup>. Ön plandaki kişinin davranışı ceza hukuku anlamında hareket teşkil etmiyorsa bu takdirde arka plandaki kişinin dolaylı failliği değil doğrudan failliği söz konusu olur<sup>82</sup>.

Dolaylı faillikte de failliğin fiil hakimiyeti kriterine göre belirlenmesi gerektiği; ancak bu hakimiyetin neticeyi sonuçlayan nedensellik serisi üzerinde kurulan soyut bir hakimiyet olmayıp araç olan kişinin hareketi üzerinde kurulan bir hakimiyet olduğu ifade edilmektedir<sup>83</sup>. Dolayısıyla her somut olay bakımından olayın meydana geliş şekli dikkate alınarak böylesi bir hakimiyetin tesis edilip edilmediğine karar verilecektir<sup>84</sup>.

Bir görüşe göre dolaylı faillik bakımından aranan hakimiyet (yönetme, Beherrschung), arka plandaki kişi tarafından tipikliğin gerçekleştirilmesinde araç haline getirilmiş kişinin engelleme güdülerinin (*Hemmungsmotiven*) başarısızlığı halinde sağlanmaktadır. Dolayısıyla, yalnızca kasıtsız olarak hareket eden ve fakat taksirli sorumluluğu devam eden kişi araç olarak kabul edilmemekte, aynı zamanda, yanılığının kaçınılmaz olup olmadığına bakılmaksızın haksızlık hatası içinde hareket eden kişinin de araç olarak kabul edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Buna karşın, ön plandaki kişinin hareketinin somut anlamını etkileyen koşullarda hataya düştüğü durumlarda hatadan yararlanmak suretiyle fiil hakimiyetinin tesis edildiği söylenemeyecektir. Zira bu tür hatalar -sözelimi suçun konusunun kimliği ile ilgili bir hata- yasak olan bir şeyi yapmak veya yapmamakla ilgili olmadığından engelleme güdülerinin başarısız olduğu varsayılacaktır<sup>85</sup>.

Dolaylı faillikte fiil hakimiyeti olarak iradeye hakimiyet, doğrudan faillikteki hareket hakimiyetinden ayrılmaktadır. Doğrudan fail tipikliğin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine tek başına karar vermekte ve dolayısıyla suçun işlenmesi üzerinde tam karar verme yetkisine sahipken dolaylı failin karar verme yetkisi daha sınırlıdır<sup>86</sup>. Bunun yanı sıra dolaylı failin şekillendirme hakimiyeti de karar verme hakimiyeti gibi doğrudan failliktekine kıyasla düşüktür<sup>87</sup>.

---

<sup>81</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 203.

<sup>82</sup> Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 416.

<sup>83</sup> Bkz.: Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 197, 198. Ayrıca bkz.: Maurach, Gössel, Zipf, *AT*, II, s. 264.

<sup>84</sup> Maurach, Gössel, Zipf, *AT*, II, s. 264; Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 198.

<sup>85</sup> Bkz.: Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 105, 106.

<sup>86</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 100, 101.

<sup>87</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 101.

*Yılmaz*, dolaylı failliğin bir iştirak şekli olup olmadığı noktasındaki tartışmaya yer verdikten sonra dolaylı failliğin kasten ve hukuka aykırı hareket eden kişinin iradesinin zorlanarak bir suç işletilmesi durumunda bir iştirak türü olarak değerlendirilebileceğini; ancak ön plandaki kişinin kastının olmadığı, hareketinin tipik olmadığı veya hukuka uygun olduğu hallerde dolaylı failliğin “arka plandaki kişinin iştirak ilişkisi olmaksızın cezalandırılabilmesine zemin hazırlayan bir faillik türü” olduğu yönünde görüş beyan etmektedir<sup>88</sup>. Bizce dolaylı failliğin bir iştirak türü olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğine ilişkin söz konusu tartışma “iştirak”e yüklenen anlamla ilgilidir. Daha önce tanımına yer verildiği üzere iştirak, normal şartlar altında tek bir kişi tarafından işlenebilecek olan bir suçun birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesini ifade etmektedir. İştirak türlerinden biri olan faillikte şeriklikten farklı olarak sorumluluk bir başkasının suç teşkil eden hareketi üzerinden değil, bizzat failin kendi hareketinin haksızlığından doğmaktadır. Bu nedenle dolaylı faillikte de ön plandaki kişinin 40. Maddede düzenlenen bağıllık kuralının öngördüğü gibi kasten ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirdiği bir harekete ihtiyaç bulunmamaktadır.

Dolaylı failliğin söz konusu olabilmesi için fiil hakimiyetinin yanı sıra ilgili suça ait genel unsurların ve özel niteliklerin arkadaki kişi için de gerçekleşmiş olması gerekmektedir<sup>89</sup>. Bu bağlamda hakim kaniye göre bizzat işlenebilen suçlar bakımından dolaylı faillik mümkün değildir<sup>90</sup>. Özgü suçlar ve yükümlülük suçları bakımından ise, arkadaki kişi o suç için öngörülen yükümlülük altında bulunmadığı sürece dolaylı faillik söz konusu olamayacaktır<sup>91</sup>.

Arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak kabul edilebilmesi ancak kasten hareket ettiği hallerde mümkündür. Bu kast bir başkasını araç olarak kullanmak suretiyle işlenmek istenen suçun bütün unsurlarına yönelik olmalı, dolaylı fail ayrıca bir başkasını araç olarak kullandığını da bilmelidir<sup>92</sup>. Bu bağlamda araç konumundaki kişiye dair özellikler ile araç olarak kullanma yönteminin de kastın kapsamında olduğu söylenebilir<sup>93</sup>. Bazı yazarlar tarafında bu konuda

<sup>88</sup> Yılmaz, “Dolaylı Faillik”, s. 135.

<sup>89</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 272, 273.

<sup>90</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 272, 273.

<sup>91</sup> Arnd Koch, “Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB”, **JuS**, 2008, s. 400; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 272, 273.

<sup>92</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 19; Frister, **AT**, § 27, kn. 44; Roxin, **AT**, II, § 25, kn. 89.

<sup>93</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 19.

düşülen hatanın TCK'nın 30. maddesinin birinci fıkrası kapsamında bir hata olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>94</sup>.

Dolaylı failliğin söz konusu olduğu durumlardan biri olarak hipnotik telkinler altında bir kimseye suç işletilmesi de gösterilmektedir<sup>95</sup>. Ancak hipnozun ceza sorumluluğuna etkisi konusunda öğretide bir fikir birliği bulunmamakta, genel olarak “bir sağlık çalışanı veya araştırmacısının müşteri, hasta ya da bir süjeye algı, idrak, düşünce ya da davranışında bir değişiklik telkin ettiği işlem” şeklinde tanımlanan<sup>96</sup> hipnoz için küçük hipnoz ve büyük hipnoz şeklinde bir ayrım yapıldığı da görülmektedir<sup>97</sup>. Bu ayrım çerçevesinde birbirinden bağımsız üç hali bulunan büyük hipnoz üçüncü halinde uyutulan kişi beyni üzerinde oluşturulan etki ile mutlak bir otomatizme girmektedir<sup>98</sup>.

Hatadan yararlanmak suretiyle iradeye hakimiyet hallerinde hata içinde hareket eden ön plandaki araç kişi, davranışının sosyal anlamını hiç veya en azından tam olarak kavrayamamaktadır<sup>99</sup>. Araç konumundaki kişiye kastını kaldıracak bir hataya düşmesini sağlamak suretiyle suç işletilmesi durumunda ön plandaki bu kişinin hareketinin neticelerini bütünüyle öngöremediği için suçun işlenmesine yönelik engelleyici saikin mevcut olduğundan söz edilemeyeceği ifade edilmektedir<sup>100</sup>. Bu tip durumlarda fiil hakimiyeti arkadaki kişidedir ve bu kişi dolaylı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>101</sup>.

Dolaylı failliğin görünüm şekillerinden biri olan hatadan yararlanmak suretiyle hakimiyete ilişkin Alman hukukundaki klasik örneklerden biri **Sirius Olayı** olarak anılmaktadır. Bu davaya konu olan olayda fail kız arkadaşına kendisinin aslında bir sirius yıldızı sakini olduğunu, isterse kendisinin de bir sirius yıldızı sakini olarak uyanabileceğini, ancak bunun için kendisini geçici olarak öldürmesi gerektiğini söylemiştir. Kız arkadaşını içine girdiği su dolu küvete prize takılı saç kurutma makinesini bırakması yönünde ikna etmiş olan failin kız

<sup>94</sup> Bkz.: Yılmaz, “Dolaylı Faillik”, s. 284.

<sup>95</sup> Aydın, “İştirak”, s. 326.

<sup>96</sup> Tahir Özakkaş, Ahmet Çorak, “Hipnoz”, **Temel Psikiyatri Kitabı**, ed. Ertuğrul Köroğlu, Ankara, HYB Basım Yayın, 2007, s. 613.

<sup>97</sup> Naci Şensoy, “Akli Maluliyetin İlmî Cepheden Tetkiki”, **AÜHFD**, C. 7, No: 1-2, 1950, s. 174.

<sup>98</sup> Taner, **Umumi Kısım**, s. 171, 172. Hipnotik telkinler ve ceza sorumluluğu üzerindeki etkisine dair açıklamalar için bkz.: Özge Bozkurt, “Türk Ceza Kanununda Akıl Hastalarına İlişkin Sorumluluk Rejimi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi Tezi, 2016, s. 55-57.

<sup>99</sup> Roxin, **TuT**, s. 232; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 103.

<sup>100</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 202.

<sup>101</sup> Roxin, **TuT**, s. 173; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 202.



arkadaşını kandırarak onun üzerinde sanrısız bir kontrol sağladığı ifade edilmektedir<sup>102</sup>. Burada kişinin kendisini öldürmesi kasten öldürme suçunun tipikliğine uymamakta, arka plandaki kişi bu durumdan yararlanarak söz konusu suçu dolaylı fail olarak gerçekleştirmektedir<sup>103</sup>.

Ön plandaki kişinin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hataya düşmesi durumunda onu suça sevk eden arka plandaki kişinin sorumluluğu konusunda da farklı fikirler ileri sürülmektedir. Bunlardan birine göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hata kastı ortadan kaldırmakta<sup>104</sup> ve kasten işlenen bir hareket söz konusu olmadığından bu harekete şerik olarak iştirak etmek de mümkün olmamaktadır<sup>105</sup>. Burada dolaylı faillik hükümlerinin uygulanması mümkün olmakla birlikte, özgü suçlarda extraneus'un dolaylı fail olarak da sorumlu tutulamayacağı kabul edilmektedir<sup>106</sup>. Biz bu konuda yukarıda ifade ettiğimiz üzere arka plandaki kişinin araç konumundaki kişi üzerinde kurduğu hakimiyet vasıtasıyla özel faillik vasıflarıyla bir bağlantı kurduğunu ve böylelikle dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceğini kabul ediyoruz. Bir diğer görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarındaki yanılmanın kastı ortadan kaldırmayacağı ve bu nedenle dolaylı failliğin yanı sıra şerikliğin de mümkün olacağı yönündedir<sup>107</sup>.

Yasak hatası içinde bulunan bir kimseye onu araç olarak kullanmak suretiyle bir suç işletilmesi durumunda da hatadan yararlanmak suretiyle iradeye hakimiyet ve dolaylı faillik gündeme gelebilmektedir. Bunun klasik örneklerinden biri Alman yargısına intikal etmiş olan Kedi Kralı (Katzenkönig) olayıdır<sup>108</sup>. Bu olayda bir kadın, erkek arkadaşına dünyanın kaderini kontrol eden Kedi Kralının çok sayıda insanın kurban edilmesini talep ettiğini ve bir çiçek satıcısını öldürerek bunu engelleyebileceğini söyler. Araç konumundaki kişi de bu eylemi gerçekleştirirse çok sayıda insanın hayatını kurtarabileceğine inanarak gerçekleştireceği eylemin caiz olduğunu düşünür. Ancak burada bir yasak hatası olsa da hatanın kaçınılmaz nitelikte olduğu, bu nedenle eylemi gerçekleştiren kişinin sorumlu olacağı ve onu bu eyleme

<sup>102</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 670.

<sup>103</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 670.

<sup>104</sup> Baumann, Weber, AT, s. 415 vd.

<sup>105</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 219, 220.

<sup>106</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 220.

<sup>107</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası*, s. 220.

<sup>108</sup> BGHSt 35, 347. Karar için bkz.: Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 671.

yönlendiren kişinin ancak fail arkasında fail kurumu bağlamında dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği ifade edilmiştir<sup>109</sup>.

Haksızlık bilinci olmayan kişinin bu halinde faydalanarak ona suç işletilmesi durumunda da dolaylı faillik gündeme gelmekte; ancak bu halde haksızlık yanılığının kaçınılabilir nitelikte olması halinde arka plandaki kişinin sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususunda tartışma bulunmaktadır. Bir görüş, kaçınılabilir haksızlık yanılığı içinde olan kişiyi suç işlemeye sevk eden arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunurken<sup>110</sup>, bir diğer görüş bu yönde bir ayırım yapmaksızın her halükarda dolaylı failliğin söz konusu olacağını ifade etmektedir<sup>111</sup>. Kaçınılabilirlik açısından bir ayırım yapmayan yazarlardan biri olan Herzberg, kast ve taksiri ilgilendiren ikili bir ayırım yaparak ele alan bazı yazarlar ise, kaçınılabilir haksızlık yanılığı içinde olan ve bu nedenle meydana gelen suçtan ötürü taksirli sorumluluğu bulunan ön plandaki kişiyi suçun işlenmesinde araç olarak kullanan arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasının önünde bir engel olmadığı fikrindedir<sup>112</sup>.

Cebir veya tehdit kullanılarak suç işlemeye sevk edilen kişinin zorlanmış da olsa bir iradesi bulunduğu, suç teşkil eden hareketi kasten gerçekleştirdiği ve böylelikle fiil hakimiyetini sağlamak suretiyle doğrudan fail olduğu söylenmektedir<sup>113</sup>. Bununla birlikte bu bu kimse iradesi zorlanarak suç işlemeye mecbur edildiği için kusursuz durumdadır ve onu suç işlemeye zorlayan kişi, işlenen suçun ana figürü konumunda olup hareketi gerçekleştiren şahıs üzerinde kurulan iradi hakimiyet vasıtasıyla fiil hakimiyetini sağladığı için dolaylı fail olarak sorumlu tutulacaktır<sup>114</sup>.

Zorlama yoluyla iradeye hakimiyet durumunda öndeki kişinin ne derecede bir zorlama ile araç konumuna indirildiği sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Alman hukukunda

<sup>109</sup> Bkz.: Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 671.

<sup>110</sup> Bkz.: Stratenwerth, **AT**, s. 779, 780.

<sup>111</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 218. Bu görüşteki yazarlardan bazıları: Roxin, **TuT**, s. 204, 205; Maurach, Gössel, Zipf, **AT**, II, s. 277, 278; Herzberg, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, s. 23.

<sup>112</sup> Herzberg, “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, s. 23. Bu görüş, kaçınılabilir haksızlık yanılığını taksirle eşdeğer bir durum olarak kabul ettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 218, 219, dn. 101.

<sup>113</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 225-228.

<sup>114</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 227.

bu cevap için kusurluluğu ortadan kaldıran zorunluluk haline ilişkin Alman Ceza Kanununun 35. Paragrafının birinci fıkrasında yer alan düzenlemeden hareket edilebileceği ifade edilmektedir<sup>115</sup>.

28. madde öğretide cebir, şiddet, korkutma ve tehdidin birine suç işletmek maksadıyla uygulanmasının ve işlenen suçla neden sonuç ilişkisi bulunmasının arandığı açıkça belli olacak şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştirilmektedir<sup>116</sup>.

TCK'nın 28. Maddesindeki düzenleme, cebir veya tehdit ile iradesine müdahalede bulunulan kişiye bu suretle bir suç işletilmesi amacıyla hareket edilmesinin açıkça ifade edilmemiş olması öğretide eleştirilmektedir<sup>117</sup>. Bu görüşe göre, bir kimsenin cebir veya tehdit altında suç işlediği her durumda dolaylı faillikten bahsetmek mümkün olmayabilir ve cebir veya tehdit uygulayan kişi işlenen suçtan her halükarda sorumlu tutmak objektif sorumluluğa yol açabilir<sup>118</sup>.

Cebir veya tehdit ile işletilen suç bir sırf yükümlülük suçu ise fiil hakimiyetinin failin belirlenmesinde bir rolü bulunmadığından sadece özel yükümlülük altında olan kişinin belirlenmesi failin de tayini için yeterli olacak; arka plandaki extraneus ancak azmettiren olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>119</sup>. Fakat işlenen karma yükümlülük - hakimiyet suçu ise faillik için özel yükümlülüğün yanı sıra fiil hakimiyeti de aranacaktır. Bu ihtimalde ön plandaki kişinin hareket üzerinde hakimiyet kurduğu, arka plandaki kişinin de iradeye hakimiyet yoluyla fiil hakimiyetini sağladığı ve fakat özel yükümlülüğünden yoksun olduğu için ancak azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir<sup>120</sup>.

<sup>115</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 107. İlgili hükmün Türkçe karşılığı şöyledir: “Her kim, hayat, vücut veya özgürlüğe yönelik, halihazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi, ailesine mensup bir kişi veya diğer kendisiyle samimi olan biri bakımından def etmek için, bir hukuka aykırı bir fiili gerçekleştirirse, kusurlu sayılmaz. Olaydaki şartlara göre, özellikle tehlikeye bizzat kendisinin sebebiyet vermiş bulunması veya özel bir hukuki ilişki içinde bulunması nedeniyle, tehlikeye katlanması failden beklemek mümkün idiyse, yukarıdaki hüküm uygulanmaz; ancak cezanın 49 uncu maddenin birinci fıkrası uyarınca indirilebilmesi için, failin özel bir hukuki ilişki dolayısıyla, tehlikeye katlanmak mecburiyetinin bulunmaması gerekir.” Madde metni için bkz.: Yenisey, Plagemann, **StGB**, s. 26.

<sup>116</sup> Bkz.: Ünver, “YTCK’da Kusurluluk”, s. 61.

<sup>117</sup> Bkz.: Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 63.

<sup>118</sup> Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 63, 64.

<sup>119</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 231.

<sup>120</sup> Bkz.: Welzel, **Strafrecht**, s. 103; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 231.

TCK'nın 28. maddesinde cebri uygulayanın işlenen suçun faili olarak sorumlu olacağı düzenlenmiş olmasına karşın bu sorumluluğun doğrudan faillik mi yoksa dolaylı faillik şeklinde mi tezahür edeceğine dair bir açıklık bulunmamaktadır. Öğretide bazı yazarlar cebri uygulayanın doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunurken bir diğer görüş dolaylı failliğin uygulama alanı bulması gerektiği yönündedir ve fakat bu iki temel görüşe ek olarak meselenin iştirak kurallarına göre çözülmesi gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır<sup>121</sup>. Bizce de 28. maddenin öngördüğü sorumluluğun dolaylı faillığe dair olduğunu kabul etmek gerekir, zira zorlayıcı cebrin şartları ile 37. Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenleme de dikkate alındığında dolaylı failliğin temel yapısının uyum içinde olduğu açıkça görülmektedir<sup>122</sup>.

Araç konumundaki kişinin hareketinin hukuka uygun olduğu durumlarda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulayacağı konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar araç konumundaki kişinin hukuka uygun hareket etmekle artık arka plandaki kişinin aracı olamayacağını savunmaktadır<sup>123</sup>. Öğretide hakim görüş ise araç konumundaki kişi hukuka uygun hareket etse de arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin söz konusu olabileceği yönündedir<sup>124</sup>.

Öğretide araç durumunda olan kişinin hareketinin hukuka uygun olması hali ile ilgili olarak tartışılan bir durum, arka plandaki kişinin araç konumundaki kişiyi meşru savunma haline sokarak bir netice oluşumuna sebebiyet vermesidir. Bu noktada savunulan görüşlerden biri arka plandaki kişinin her halükarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği şeklindedir<sup>125</sup>. Öğretide çoğunlukta olan görüşe göre ise, arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulabilmesi için meşru savunma haline düşürdüğü ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurması yeterli olmayıp aynı hakimiyeti saldırıyı gerçekleştiren kişi üzerinde de tesis etmesi gereklidir<sup>126</sup>.

Amirin bağlayıcı emrini yerine getiren kişinin hareketinin hukuka uygun olduğu durumlarda veya bir kimsenin memur tarafından hukuka aykırı olarak verilen izne göre hareket

<sup>121</sup> Bu görüşler için bkz.: Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 250 vd.

<sup>122</sup> Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 252, 253. Ayrıca bkz.: Jakobs, **AT**, 21/84; Frister, **AT**, 27/26.

<sup>123</sup> Bkz.: Mezger, **Lehrbuch**, s. 426.

<sup>124</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 211.

<sup>125</sup> Bkz.: Maurach, Gössel, Zipf, **AT**, II, s. 275.

<sup>126</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 211.

etmesi durumunda da dolaylı faillik söz konusu olabilir<sup>127</sup>. Burada bahsedilen ikinci ihtimalle ilgili olarak akla, deprem yönetmeliğine uygun yapılmayan binaya ruhsat verilmesi ihtimalinde bu ruhsatı veren ve yönetmeliğine uymaksızın binayı inşa edenlerin sorumluluğunun ne olacağı sorusu gelebilir. Bu durumda yönetmeliğe uygun önlemleri almayarak ihmali davranışta bulunan müteahhitin aracı, ruhsatı veren yetkililerin ise dolaylı fail olduğu mu söylenmelidir? Ancak araç ile dolaylı fail ayrımını yapabilmek için yukarıda müteahhit defalar ifade edildiği üzere, iradi hakimiyetin arkadaki kişide bulunması gerekmektedir. Halbuki böyle bir olayda iradi hakimiyet ve dolayısıyla fiil hakimiyeti her iki kişide de bulunmaktadır. Bu nedenle birlikte suç işleme kararının varlığı halinde müşterek faillikten, böyle bir kararın varlığının ispat edilemediği durumlarda müstakil faillikten bahsedilmesi yerinde olacaktır.

Amirin hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrinin yerine getirildiği durumlarda dolaylı faillik ayrıca incelenmelidir. Anayasanın ve TCK'nın ilgili hükümlerinden yola çıkıldığında bu haller emri yerine getiren kişiye bir hukuka uygunluk sebebi sağlamamakta, ancak kusurluluk bakımından bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir<sup>128</sup>. Konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesine ise hukukumuzda hiçbir şekilde cevaz verilmemekte ve bu emri yerine getiren kişi doğrudan fail olarak sorumlu tutulurken, emri veren azmettiren olarak sorumlu tutulmaktadır<sup>129</sup>.

Konusu suç teşkil eden bir emrin yerine getirilmesi durumunda emri verenin işlenen suçtan sorumluluğu hususunda fiil hakimiyeti teorisinden hareket edilmesi gerektiği ifade edilmekte, emri verenin bu aşamadan sonra suç oluşturan sürece hükmetme yeteneği sona ermekte ve emir verilenin emri yerine getirip getirmemek konusunda özgür iradesiyle karar vermesi söz konusu olmaktadır<sup>130</sup>. Bu nedenle emri vereni artık azmettiren olarak sorumlu tutmak gerektiği savunulmaktadır<sup>131</sup>.

---

<sup>127</sup> İkinci ihtimalle ilgili olarak verilen örnekte, zararlı maddelerin nehre dökülmesine yönelik olarak verilmiş izinle bu maddelerin fabrika sahibi tarafından nehre dökülmesi halinde Alman Ceza Kanununun 324. Paragrafı anlamında hukuka uygun bir hareketin gerçekleştirildiği söylenmektedir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 277.

<sup>128</sup> Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emrin yerine getirilmesinin bir hukuka uygunluk nedeni teşkil etmediği hakkında bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 221, 222.

<sup>129</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 224.

<sup>130</sup> Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 77.

<sup>131</sup> Bkz.: Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 77.

Azmettirme ve dolaylı faillik arasındaki sınırın çizilmesi bazı olaylar bakımından özellikle zorluk teşkil etmektedir. Her iki iştirak statüsü bakımından da bir başkasının bir suçun işlenmesine sevk edilmesi ortak noktayı oluşturduğundan 19. yüzyıl ceza hukukçuları tarafından bu iki sorumluluk şekli azmettirme olarak manevi faillik (intellektuelle Urheberschaft) başlığı altında mütalaa edilmiştir<sup>132</sup>.

Araç olarak kullanılan kişinin kusursuz olduğu durumlarda azmettirme ve dolaylı faillik ayrımı önem taşımaktadır. Bu tip durumlarda, bir görüşe göre, araç konumundaki kişinin hareket üzerindeki hakimiyetinin arka plandaki kişinin araç üzerindeki iradi hakimiyetine nazaran üstün olup olmadığına bakılmalıdır<sup>133</sup>.

Kusur yeteneği olmayan kişilerin suça yönlendirilmesi durumunda azmettirme ve dolaylı faillik ayrımının nasıl yapılacağı meselesi karşımıza çıkmaktadır. Azmettirme kurumunu düzenleyen 38. Maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin azmettirme ve dolaylı faillik kavramlarının birbirine karıştırılmasına neden olabileceği ileri sürülmektedir<sup>134</sup>. Bahse konu hüküm, çocukların suça azmettirilmesi halinde cezanın artırılmasını sonuçlamaktadır. Bu hüküm dikkate alındığında, çocuk olması sebebiyle kusur yeteneği olmayan veya azalmış olan kişinin suça yönlendirilmesi durumunda bir araç olma durumunun ve dolaylı faillik kurumunun mu yoksa azmettirme kurumunun mu gündeme geleceği sorusu doğmaktadır. Bir çözüm önerisine göre, 0-12 yaş aralığındaki çocuklar ile 12-15 yaş aralığında olup da hareketinin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmayan çocuklara suç işletilmesi durumunda dolaylı faillik, diğer durumlarda azmettirme söz konusu olmalıdır<sup>135</sup>.

Yaş küçüklerinin bir suçun işlenmesine sevk edilmesi durumunda sevk eden kişinin azmettiren mi yoksa dolaylı fail mi olduğu üzerinde durulması gereken konulardan biridir. Bu durumda çocuğun algılama ve irade yeteneğinin bulunmadığı durumlarda onu suç işlemeye sevk edenin dolaylı fail, algılama ve irade yeteneğinin bulunduğu durumlarda azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>136</sup>.

---

<sup>132</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 198, 199. Benzer bir görüş için bkz.: Ernst Joachim Lampe, “Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 77, No: 2, 1965, s. 289 vd.

<sup>133</sup> Bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 419.

<sup>134</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 541.

<sup>135</sup> Özbek, Doğan, Bacaksız, **Genel Hükümler**, s. 542.

<sup>136</sup> Bkz.: Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 70, 71.

Aracı kişinin de gerçekleştirilen hareket sebebiyle sorumluluğunun devam ettiği durumlarda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışmalıdır<sup>137</sup>. “Fail arkasında fail” kurumu<sup>138</sup> olarak nitelendirilen bu hallere Alman öğretisinde üç grup olay üzerinden açıklama getirilmeye çalışılmaktadır: organize edilmiş güç mekanizmaları, aracı kişinin kaçınılabılır haksızlık yanılığı ve aracının zorlanması<sup>139</sup>. Bu bağlamda, araç konumundaki kişinin kaçınılabılır haksızlık yanılığı üzerinde özel olarak durmak gerekir. Sözgelimi, oğlu boğulmakta olan bir kimsenin boğulanın oğlu olduğunu bilmesine rağmen, onu kurtarmak yönünde bir hukuki yükümlülüğünün bulunmadığına ikna edilmesi durumunda, onu ikna eden ve kendisi de kurtarma yükümlülüğü altında bulunan arka plandaki annenin ceza sorumluluğunun tartışılması gerekir. Kaçınılabılır haksızlık yanılığının bulunduğu durumlarda Alman öğretisinde baskın olan görüş, sınırlı sorumluluk teorisidir ve bu teoriye göre, aracı olan kişinin kaçınılabılır haksızlık yanılığı içinde bulunduğu durumlarda arka plandaki kişinin hile suretiyle fiil hakimiyetini ele geçirmiş olabileceği, dolayısıyla dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği savunulmaktadır<sup>140</sup>. Bu teorinin karşısında sıkı sorumluluk teorisi yer almakta ve tam aksine, kendi sorumluluğunun bilincinde hareket eden bir kişinin hiçbir zaman arka plandaki kişinin aracı konumuna indirgenemeyeceği ve bu nedenle arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>141</sup>. Bu teorilerden ilki benimsenecek olursa, somut olayda arka plandaki kişi olarak annenin kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunun dolaylı faili olduğu, ikinci teori benimsenecek olursa bu suçun azmettirenini olarak sorumlu tutulacağı sonucuna varılacaktır. Bizce kaçınılabılır nitelikte olsa da haksızlık yanılığı içinde hareket eden bir kimsenin kusur yeteneğinin etkilendiği ve bu nedenle araç konumuna indirgenmesinin mümkün olduğu söylenebilir. Öte yandan, annenin aynı zamanda kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunun doğrudan faili de olacağı hususu gözden kaçırılmamalıdır, Zira çocuğunu kendisi de kurtarmamaktadır. Bu durumda her ne kadar akla, iki yükümlülük sahibinin birlikte yükümlülüğü ihlal etmesi ve dolayısıyla müşterek faillik ihtimali gelecek olsa

---

<sup>137</sup> Kastan işlenen, hukuka aykırı bir hareketten ötürü kusurlu olarak da addedilebilen bir kişinin, bir başkasının iradi egemenliğinde ve dolayısıyla onun aracı olduğunun kural olarak söylenemeyeceği, ancak fail arkasında fail olarak nitelendirilen birtakım istisnai durumların söz konusu olduğu yönünde bkz.: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, § 6, s. 415, 416, kn. 739.

<sup>138</sup> Thomas Rönnau, “Grundwissen – Strafrecht: Der „Täter hinter dem Täter“”, **JuS**, 2021, s. 923 vd.

<sup>139</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 279-288.

<sup>140</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 287.

<sup>141</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 286.

da burada babanın haksızlık yanlılığı sebebiyle birlikte suç işleme kararının varlığından söz edilemeyecektir. Bu durumda, annenin biri ihmal ve biri icra şeklinde iki hareketinin söz konusu olduğu, ihmali davranışıyla kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun müstakil faili olduğu, icrai davranışıyla ise aynı suçun dolaylı faili veya azmettireni olarak sorumlu tutulacağı söylenebilir. Esasen icrai hareket ve ihmali hareketin içtima bağlamında hukuken tek bir hareket olarak nitelendirilemeyeceği savunulsa da<sup>142</sup> *Jescheck/Weigend*'in şu önerisinden bahsetmek gerekir: İhmali suçun belirli bir süre devam ettiği durumlarda icrai hareket ihmali suçun işlenmesine hizmet ediyorsa bu durumda hukuki anlamda hareket tekliğinden bahsedilebilecektir<sup>143</sup>. O halde annenin ihmali davranışla kasten öldürmen suçunun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerekmektedir.

Dolaylı faillğe örgütsel mekanizma içinde işlenen suçlar bağlamında verilen örneklerden biri de **duvar muhafızları** olarak anılan olaylarda ve sınırdan eski Batı Almanya'ya geçmeye çalışan kişileri vur emri üzerine ateş ederek öldüren kişilerin doğrudan fail, emri verenlerin ise fail arkasında fail olarak sorumlu tutulmalarına dair kararlardır<sup>144</sup>.

Organize suç örgütü bünyesinde işlenen suçlar bakımından kural olarak önemli olan suçun işlenmesine yönelik kararın verilmesi olduğu, bu kararı verenin suçun merkez figürü olduğu ve karar bir kez verildikten sonra ikame edilebilirlik sayesinde suçun kim tarafından işlendiğinin pek bir öneminin bulunmadığı ve bu nedenle kararı veren örgüt yöneticisinin işlenen suç sebebiyle dolaylı fail olarak sorumlu olacağı ifade edilmektedir<sup>145</sup>. Ancak örgüt yöneticisi tarafından verilen suç emri örgüt mekanizması içinde otomatik bir biçimde icra edilmiyorsa, dolayısıyla örgüt yöneticisinin fiil hakimiyetini sağladığı söylenemiyorsa artık ancak kural olarak azmettiren sıfatıyla sorumlu tutulabileceği de ilave edilmektedir<sup>146</sup>. Öte yandan *Sarıtaş*, suç örgütü adına suç işleme suçunda (TCK md. 220/f.6) iştirak bağlamında yaptığı açıklamalarda suçun ancak bir örgüt mensubunun istemi üzerine işlenmesi gerektiğinden suçun işlenmesini isteyen örgüt yöneticisinin suç örgütü adına suç işleme suçuna azmettiren olarak kabul edilemeyeceğine yer vermektedir<sup>147</sup>. Örgüt liderinin bu kapsamda

<sup>142</sup> Erbaş, “Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, s. 425.

<sup>143</sup> Jescheck, Weigend, *AT*, s. 723.

<sup>144</sup> Köhl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 670.

<sup>145</sup> Bkz.: Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 80, 81.

<sup>146</sup> Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 81.

<sup>147</sup> Erkan Sarıtaş, *Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 570.



işlenen suç bakımından (sözgelimi kasten öldürme) azmettirmeden sorumluluğunun genel iştirak hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiği de eklenmektedir<sup>148</sup>.

### C. Şeriklik

#### 1. Azmettirme

TCK'nın 38. maddesinde düzenlenmiş olan azmettirme, madde gerekçesinde, “*belli bir suçu işleme hususunda henüz bir fikri olmayan bir kişinin başkası tarafından bu suçu işlemeye karar verdirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır<sup>149</sup>. Burada önemli olan, suçun işlenmesi kararını uyandırmak ve bu kararın uygulamaya geçirilmesini sağlamaktır<sup>150</sup>. Azmettirme, özgür iradesiyle hareket edebilen bir kimseye suç işleme kararı verdirilmesi halinde söz konusu olurken dolaylı faillikte özgür iradesiyle hareket edemeyen bir kimsenin iradesi üzerinde hakimiyet kurulmak suretiyle ona bir suç işletilmesi durumu söz konusudur<sup>151</sup>. Azmettirmenin varlığından söz edebilmek için değiştirilemez bir kararın oluşturulmasının şart olmadığı ifade edilmektedir<sup>152</sup>.

Azmettirme bakımından günümüz ceza hukukunun benimsediği yaklaşıma en yakın tanımı Bauer'in yaptığı söylenmektedir<sup>153</sup>. Yazar her ne kadar azmettirmeyi manevi faillik başlığı altında ele alsa da<sup>154</sup>, onu kasten bir başkasında bir suçun işlenmesi iradesinin oluşturulması olarak tanımlamaktadır<sup>155</sup>.

<sup>148</sup> Sarıtaş, **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme**, s. 570.

<sup>149</sup> Bkz. madde gerekçesi

<sup>150</sup> Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 503.

<sup>151</sup> Artuk, Gökcen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 765; Centel, Zafer, Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, s. 503.

<sup>152</sup> Bkz.: Muhammed Demirel, Melik Kartal, “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, No: Özel Sayı, 2019, s. 471.

<sup>153</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 33.

<sup>154</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 33.

<sup>155</sup> Anton Bauer, **Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse; Die Theorie des Anzeigenbeweises, nebst vorausgeschickter Darstellung der Theorie des Criminalbeweises überhaupt**, C. I, Lozan Üniversitesi, 1840, s. 430.

Failin suç işlemeye yönelik bir kararı zaten vermiş olduğu hallerde artık azmettirmeden bahsedilemez (*omnimodo facturus*)<sup>156</sup>. Bu gibi hallerde azmettirmeye teşebbüsün cezalandırıldığı sistemlerde bu halden veya manevi yardımdan söz edilebilir<sup>157</sup>.

*Demirel*'e göre azmettirme üç aşamadan müteşekkil bir kavramdır ve bunlar bir kimsede suç işleme kararını oluşturmaya yönelik çaba, kararın oluşturulması ve fail tarafından suçun icra hareketlerine başlanması şeklindedir<sup>158</sup>. Bu itibarla yazar, öğretide dile getirilen azmettirmenin çift neticesi olduğuna, bunlardan birinin suç işleme kararı verdirilmesi, diğerinin ise suçun işlenmesi olduğu şeklindeki görüşe katılmadığını ifade etmektedir<sup>159</sup>. Akim kalmış azmettirme bağlamında azmettirmenin hangi boyutundan itibaren cezalandırılabilirliğinin başladığı sorusunu soran yazar, bu soruya fail tarafından suçun işlenmesine dair kararın verilmesi anından itibaren suçun işlenmesine sevk etme hareketinin cezalandırılabilir olduğu, yani azmettirmenin ikinci boyutundan itibaren cezalandırmanın söz konusu olacağı şeklinde cevap vermektedir<sup>160</sup>. Bu itibarla tüm çabaya rağmen failde suç işleme kararını oluşturamayan kişinin cezasız kalmasının daha isabetli olacağı ifade edilmektedir<sup>161</sup>.

Azmettiren ile azmettirilen kişinin direkt temas halinde olması şart değildir. Bu itibarla azmettirmeye azmettirme mümkündür<sup>162</sup>. Azmettirme sebebiyle ceza sorumluluğunun doğabilmesi için azmettirmenin kasten gerçekleştirilmesi gerekir ki bu kast belirli bir kimsede belirli bir suçun işlenmesi kararını uyandırma kastını ve işlenecek olan suçun unsurlarına ilişkin kastı ifade etmektedir<sup>163</sup>. Bu nedenle azmettirme için çifte kastın varlığından söz edilir<sup>164</sup>. Her iki kastın da olası kast şeklinde gerçekleşmesi yeterlidir<sup>165</sup>. Azmettirmenin var olduğunu söyleyebilmek için azmettirilen suçun tamamlanmasına yönelik bir kastın bulunması

<sup>156</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 320; Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 672; Kienapfel, **AT**, s. 570; Mezger, Blei, **AT**, s. 307; Arnd Koch, Katrin Wirth, "Grünfälle zur Anstiftung", **JuS**, 2010, s. 205.

<sup>157</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 234.

<sup>158</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 343.

<sup>159</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 343.

<sup>160</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 348.

<sup>161</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 349.

<sup>162</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 767; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 496; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **İçel Suç Teorisi**, s. 408; Mahmutoğlu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 66; Koch, Wirth, "Grünfälle zur Anstiftung", s. 209.

<sup>163</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 767; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 497, 498; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 406.

<sup>164</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 236; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 329, 330; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 428.

<sup>165</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 330; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 428.

gerekmektedir. Bu itibarla suçun teşebbüs aşamasında kalmasına yönelik bir kastın varlığı durumunda azmettirme kastından bahsedilemez<sup>166</sup>.

Azmettirme bakımından gerekli olan, bir kimseye suç işleme kararının aldırılması şartının gerçekleştiğini söyleyebilmek için suçun işlenmesine sunulan alelade nedensel bir katkının varlığı yeterli değildir<sup>167</sup>. Burada belirli bir hareketin gerçekleştirilmesine yönelik bilinçli ve amaca yönelik bir faaliyet bulunmalıdır<sup>168</sup>. Azmettirmenin söz konusu olabilmesi için suçun, gerçekleştirildiği yer, zaman ve şekle ilişkin tüm ayrıntıların bilinmesine gerek olmaksızın somut olarak bireyselleştirilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>169</sup>. Azmettirenin gerçekleştirilen suç teşkil eden harekete ilişkin hangi hususları bilmesi gerektiği konusunda ileri sürülen görüşlerden biri haksızlık boyutu görüşüdür<sup>170</sup>.

Alman öğretisinde azmettirme için çoğunlukla iletişimsel bir etkinin varlığı aranmakla birlikte, yargı kararlarında suça teşvik eden bir durumun yaratılması yeterli görülmektedir<sup>171</sup>. Bahsedilen ikinci anlayışa göre sözgelimi takip edilen bir mücevher hırsız kendisini takip edenleri vazgeçirmek için bilinçli olarak bir kısım mücevheri düşürür ve takipçileri bunları alarak takibi bırakırsa § 246'da düzenlenen malı hukuka aykırı olarak edinme suçuna azmettirme söz konusu olacaktır<sup>172</sup>.

Özkan, azmettirmenin söz konusu olup olmadığının tespitinde aşamalı bir değerlendirme yapılması ve birden fazla teorinin dikkate alınması gerektiği fikrindedir. Bu bağlamda öncelikle azmettirmenin nedensel değerde olduğunun tespiti bakımından şart teorisine uygun hareket ederek incelemeye başlanması önerilmektedir. Ardından iletişim teorisi çerçevesinde azmettiren ile azmettirilen arasında kısmi oranda bir iletişimsel etkileşimin bulunması aranmalı, daha sonra ise azmettirme hareketinin azmettirene yüklenip yüklenemeyeceği hususu değerlendirilmelidir<sup>173</sup>.

<sup>166</sup> Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 237.

<sup>167</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 313.

<sup>168</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 313.

<sup>169</sup> Bkz.: Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 672.

<sup>170</sup> Bu görüş için bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 446.

<sup>171</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 672.

<sup>172</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 672.

<sup>173</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 27, 28.

Azmettirenin sorumlu tutulabilmesi için korunan hukuki değerin kendisine karşı da korunuyor olması gerekmektedir<sup>174</sup>. *Heine/Weißer*’e göre de, şerikliğin haksızlığı asıl fiilin haksızlığına bağlı olsa da kendi haksızlığını da bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla azmettiren asıl failin hukuki değere saldırısını başlatmakla kalmamakta, kendisi de bu hukuki değere dolaylı olarak saldırıda bulunmaktadır<sup>175</sup>

İştirak hükümlerinin uygulanabilmesi için suçun en azından teşebbüs aşamasına varmış olması, bir diğer deyişle icra hareketlerine başlanmış olması gerekmekte olduğundan failin icra hareketlerine başlamadığı durumlarda, suç işlemeye yönelik niyetini ortaya koymuş olan şeriklerin cezasız kalması sonucu doğacaktır<sup>176</sup>. Azmettirme asıl fiilin teşkil ettiği haksızlıktan bağımsız bir haksızlığa sahiptir. Bu nedenle azmettirilen suçun icrasına başlanmayan halleri ifade eden akim kalmış azmettirme durumunda sonuçsuz kalmış azmettirmenin cezalandırılması gerekir<sup>177</sup>. Ancak 40. maddenin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca şeriklerin cezalandırılabilmesi için en az teşebbüs aşamasına gelmiş bir fiilin varlığı aranmaktadır. Dolayısıyla hukukumuz bakımından akim kalmış azmettirmenin cezalandırılabilmesi için genel bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmaktadır<sup>178</sup>. Bunu ihmali suçlar özelinde bir örnek üzerinden değerlendirecek olursak, çocuğunu beslemeyip açlıktan ölmesi için azmettirilen bir annenin bu suçun icra hareketlerine başlamaması halinde azmettirenin sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiği sonucuna varılacaktır. Kuşkusuz burada, ihmali suçlarda teşebbüs konusundaki tartışmalar gündeme gelmekte<sup>179</sup> ve teşebbüsün mümkün olabileceği yönünde görüşler bulunan gerçek olmayan ihmali suçlarda icra hareketlerinin ne zaman başlayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>180</sup>.

<sup>174</sup> Koch, Wirth, “Grünfälle zur Anstiftung” s. 204.

<sup>175</sup> Günter Heine, Bettina Weißer, “Anstiftung”, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, 30. Auflage, 2019, rn. 3.

<sup>176</sup> Centel, Zafer, Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, s. 495.

<sup>177</sup> Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 502.

<sup>178</sup> Koca, Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 502, 503. Akim kalmış azmettirme durumunda azmettirenin belli oranda cezalandırılabilmesine yönelik olarak hakime takdir yetkisi tanıyan bir kanuni düzenlemenin yerinde olacağı görüşü için bkz.: İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu, Ünver, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, s. 407.

<sup>179</sup> Azmettirilen anne çocuğunu beslememesine rağmen babanın çocuğu beslemesi nedeniyle ölüm engellenmiş ise, ihmali hareketle işlenen suça teşebbüsün mümkün olmaması nedeniyle burada annenin 83. maddeden cezai sorumluluğunun doğmayacağı, azmettirenin de bağlılık kuralı gereğince cezalandırılmayacağı hakkında bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, *Genel Hükümler*, s. 772.

<sup>180</sup> Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.: Zafer İçer, *Suç Teşebbüsünde Hazırlık Hareketleri ile icra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 254 vd.

Azmettirmede faillik türlerinden farklı olarak fiil hakimiyeti kurulmamış olmasına rağmen azmettirenin failin cezasıyla cezalandırılmasının nedeni, onun katkısı olmaksızın hukuki değerin tehlikeye düşmeyecek olmasıdır<sup>181</sup>.

Alman Ceza Hukuku öğretisinde azmettirmenin yardım etmeden daha fazla cezayı gerektirmesi ve yardım etmeden farklı olarak azmettirmeye teşebbüsün de cezalandırılması, azmettirmenin özel tehlikeliliğine bağlanmaktadır. Kastedilen, suçun fail tarafından işlenmesi olasılığının azmettirmede yardım etmeye kıyasla çok daha yüksek olmasıdır. Bu tehlikede, yalnızca işlenecek olan suçun somutlaştırılmasının değil, aynı zamanda suçun azmettiren için de işleniyor olması anlamında bir bağlayıcı etkinin de belirleyici olduğu ifade edilmektedir. Bu bağlayıcı etki müşterek faillik durumundaki kadar güçlü olması şart değildir ve ancak failin azmettirildiğini bilmesi halinde gerçekleşmesi mümkündür<sup>182</sup>.

Akim kalmış azmettirmenin de cezalandırılması gerektiğini savunan yazarlardan bir kısmı bunun ancak belirli ağırlıktaki suçlar bakımından kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır<sup>183</sup>.

Azmettiren aynı zamanda suçun işlenişine müşterek fail olarak katılmışsa bu durumda failliğin şerikliğe nazaran önceliği prensibi gereğince müşterek fail olarak sorumluluk söz konusu olur. Bu durumda TCK'nın 38. Maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen üstsoy veya altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle azmettirme ve çocuğun suça azmettirilmesi hallerine ilişkin ceza artırımı uygulanmamalıdır<sup>184</sup>.

## 2. Yardım Etme

Bir diğer şeriklik türü olan yardım etme, başkasının kasten işlediği bir suça kasten maddi veya manevi olarak destekte bulunma durumunu ifade etmektedir<sup>185</sup>.

Yardım etme niteliğindeki bir katkı, suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesini mümkün hale getiren, kolaylaşmasını sağlayan veya failin hukuksal değere yönelik saldırısını

<sup>181</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 425.

<sup>182</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 146, 147.

<sup>183</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 350.

<sup>184</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 773.

<sup>185</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 774; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 506; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 408, 409.

kuvvetlendiren her türlü katkı olarak tanımlanmaktadır<sup>186</sup>. Failin bu katkı olmaksızın hareketi gerçekleştirebildiği durumlarda veya sonradan yapılan değerlendirme ile katkının aslında suçun işlenmesinde etkisiz olduğunun anlaşıldığı hallerde yardım etmeden sorumluluğun söz konusu olup olmayacağı tartışılmaktadır<sup>187</sup>. Bu gibi durumların yardımın nedenselliği açısından bir değişiklik yaratmayacağı savunulan görüşlerden biridir<sup>188</sup>.

Azmettirmede olduğu gibi yardım etme için de çifte kast gereklidir ve olası kast yeterlidir<sup>189</sup>. Suç teşkil eden harekete ilişkin kast, bu hareketin tamamlanmasına yönelik olmalıdır<sup>190</sup>. İşlenecek olan suçun unsurlarıyla alakalı olarak ise azmettirmeye kıyasla daha sınırlı bir tasavvurun varlığı yeterlidir<sup>191</sup>. Yardım etmede azmettirme için aranandan daha düşük yoğunluklu bir somutlaştırma gerekli görülmektedir<sup>192</sup>. Alman yargı kararlarında yardım etme için yardım edenin failin hareketi bakımından temel haksızlık içeriğini ve saldırı yönünü kavraması yeterli görülmektedir<sup>193</sup>. Burada kastın belirli bir suçun işlenmesine yönelik olması gerekmektedir. Aksi halde, örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlara yardım bakımından TCK'da özel bir düzenleme bulunmaktadır<sup>194</sup>. Failin ise kendisine yardım edildiğini bilmesi, yardım edenin sorumluluğunun doğması için gerekli değildir<sup>195</sup>.

Yardım etme durumunda müşterek faillikten farklı olarak hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurulmuş değildir<sup>196</sup>. Bir kimsenin suçun failine suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında, onun bilgisi olmaksızın herhangi bir şekilde yardımcı olması durumunda katkının önemine bakılmaksızın yardım etme durumu söz konusudur. Zira müşterek faillikten farklı olarak yardım etmede suçun birlikte işleneceğine yönelik ortak bir iradenin varlığı aranmamaktadır<sup>197</sup>. Müşterek faillik ve yardım etme arasındaki ayrımında birçok faktör rol oynayabilir<sup>198</sup>. Bunlardan bazıları, fiilin başarıya ulaşması açısından katkının önemi, fiilin katkı

---

<sup>186</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 348.

<sup>187</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 348.

<sup>188</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 436.

<sup>189</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 363.

<sup>190</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 364.

<sup>191</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 364. Benzer şekilde: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 436.

<sup>192</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 673.

<sup>193</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 673.

<sup>194</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 775.

<sup>195</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 776.

<sup>196</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 775.

<sup>197</sup> İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 391.

<sup>198</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 134.

ile ne ölçüde şekillendirildiği, suçun fiilen gerçekleştirilmesine olan zamansal mesafe -bu noktada icra aşamasındaki bir eksinin hazırlık aşamasındaki bir artı ile telafi edilmesi gerektiği söylenmektedir- ve suça katılan kişi sayısıdır<sup>199</sup>.

Yardım etme niteliğindeki eylemlerin, suç teşkil eden asıl hareketin icrasından önce ve hatta bu hareketin gerçekleştirilmesine karar verilmeden evvel de yapılması mümkündür. Burada önemli olan, gösterilen katkının suç teşkil eden hareketin icrasına etki ediyor olmasıdır<sup>200</sup>.

Yardım etmenin suç teşkil eden hareket bakımından nedenselliği mevzuu oldukça tartışmalıdır. Esasen bu noktada tartışılan, yardım etmeden ötürü ceza sorumluluğunun tesis edilip edilemeyeceğidir. İleri sürülen görüşlerden bir kısmı nedenselliğin yardım etme için aranması gerektiği yönünde iken bir kısım görüşler nedenselliği bu sorunun çözümünde temel etken olarak dikkate almamakta, yardım etmenin varlığından söz edilebilmesi için riskin yükseltilmesi, teşvik etme gibi kriterleri benimsemektedirler<sup>201</sup>. Bir görüşe göre, yardım etmenin asıl hareket bakımından nedensel olması aranmaz ise, bu durum, yardım şeklindeki katkının asıl hareketten bağımsız bir biçimde tehlike suçu gibi cezalandırılmasını sonuçlar<sup>202</sup>. Bu sorun, ihmali hareketle yardım etmenin söz konusu olduğu hallerde ihmalin nedenselliği meselesini tekrar gündeme getirmektedir.

Alman yargı kararlarında yardım edenin sorumluluğu için katkısının neticenin gerçekleşmesi bakımından nedensel olmasının gerekmediği şeklinde bir yaklaşım baskındır ve sadece teşvik edici nedenselliğin (*Förderkausalität*) yeterli olduğu kabul edilmektedir<sup>203</sup>. Ancak öğretide içtihatları bu yaklaşıma karşı bazı yazarlar tarafından suçun icrasını ekleyici ya da güçlendirici nitelikteki katkılarla etkileyen veya şekillendiren herkesin neticenin meydana gelmesinde bir neden olduğu ve bunun normal nedensellik formülüne (*condicio sine qua non*) göre yeterli olduğu ifade edilmektedir<sup>204</sup>. *Aydın* da iştirak kapsamında suçun işlenmesine icrai veya ihmali yolla sağlanan her katkının suçun işlenmesi bakımından nedensel değeri haiz

<sup>199</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 134.

<sup>200</sup> Heinrich, *Genel Kısım II*, s. 351.

<sup>201</sup> Bu konudaki görüşler için bkz.: Heinrich, *Genel Kısım II*, s. 353-358.

<sup>202</sup> Bkz.: Öztürk, Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 436.

<sup>203</sup> Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 672.

<sup>204</sup> Bkz.: Kühl, "Täterschaft und Teilnahme", s. 672.

olması gerektiği fikrindedir<sup>205</sup>. Çelen ayrıca ihmali hareketin yardım etme niteliğinde olduğunun kabul edilebilmesi için maddi veya manevi nitelikte nedensel bir katkı teşkil etmesi gerektiğini ifade ederek yardım etmenin nedensel olması gerektiğini kabul etmektedir<sup>206</sup>.

Yardım etme niteliğindeki katkının cezalandırılabilmesi için suçun işlenmesi bakımından nedensel değeri haiz olması gerektiğini savunan yazarlardan bazıları, aksi takdirde yardım etmeye teşebbüsü cezalandırmayan kanunun bu tutumuyla çelişen bir durumun ortaya çıkacağını ileri sürmektedirler<sup>207</sup>.

Yardım etme maddi ve manevi yardım olmak üzere iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan maddi yardım da suçun işlenmesinde kullanılan araçları temin etmek veya suçun işlenmesi esnasında maddi yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak şeklinde cereyan edebilir<sup>208</sup>. Manevi yardım da suç işlemeye teşvik, suç işleme kararını kuvvetlendirme, suçun işlenmesinden sonra yardımda bulunmayı vaat etme veya suçun nasıl işleneceği konusunda yol göstermek biçiminde gerçekleşebilir<sup>209</sup>.

Maddi yardımda failin bu yardımın farkında olması zorunlu değil iken manevi yardımda bu farkındalığın olması gerekir. Zira fail bu yardımın ayırdında olduğu müddetçe yardımın etkisinden söz edilebilir<sup>210</sup>.

Bir görüşe göre, bedensel katkının doğrudan maddi yardım olarak nitelendirilmesi mümkün olmayıp hareketin yarattığı etkiye bakılması ve manevi bir etki yaratıyorsa manevi yardım olarak nitelendirilmesi gerekmektedir<sup>211</sup>.

Bir suçun işlenmesinde kullanılması için faile temin edilen aracın suçun işlenmesinde kullanılmaması durumunda artık maddi yardımdan söz edilemeyecek; fakat suç işleme kararını

---

<sup>205</sup> Aydın, “İştirak”, s. 148.

<sup>206</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 210.

<sup>207</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 152.

<sup>208</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 776; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 507, 508.

<sup>209</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 780; Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 508.

<sup>210</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 351.

<sup>211</sup> Bkz.: Muhammed Demirel, “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 5, No: 2, 2017, s. 124, dn. 7.



kuvvetlendirme veya suç işlemeye teşvik kapsamında manevi yardım olarak nitelendirilmesi mümkün olacaktır<sup>212</sup>.

Suç işlemeye sevk etme şeklindeki manevi yardım türünün azmettirmeden ayrımı noktasında suç işlemeye yönelik fail tarafından halihazırda verilmiş olan kararın ancak küçük tereddütler içermesi durumunda yardım etmenin, suçu işlemeye yönelik zayıf bir karar olması halinde azmettirmenin söz konusu olacağı ifade edilmektedir<sup>213</sup>. Bu anlamda kişideki kararsızlığın derecesinin değerlendirilmesi ise hakim tarafından yapılacaktır<sup>214</sup>. Bir diğer manevi yardım türü olan suç işleme kararını kuvvetlendirmede ise suç işlemeye yönelik olarak tam anlamıyla verilmiş bir karar bulunmakta olup yardım eden tarafından bu karar pekiştirilmektedir<sup>215</sup>.

Akim kalmış azmettirmeden farklı olarak Alman hukukunda da akim kalmış yardım etmenin cezalandırılmadığı görülmektedir. Bir görüş akim kalmış yardım etmenin cezalandırılmaması gerektiği yönündedir<sup>216</sup>. Bu görüşe göre akim kalmış azmettirme ile akim kalmış yardım etme arasındaki temel ayrım akim kalmış yardım etmede akim kalmış azmettirmedeki kadar cezaya layık olan bir hukuki değer ihlali tehlikesinin bulunmamasıdır<sup>217</sup>.

---

<sup>212</sup> Demirel, “Yardım Etme”, s. 125.

<sup>213</sup> Bkz.: Demirel, “Yardım Etme”, s. 139.

<sup>214</sup> Demirel, “Yardım Etme”, s. 139.

<sup>215</sup> Demirel, “Yardım Etme”, s. 140, 141.

<sup>216</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 353.

<sup>217</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 355.

## II. İHMALİ HAREKETLE İŞTİRAK

### A. İhmali Hareketle Faillik

#### 1. Müşterek Faillik

Öğretide ağırlıklı olarak savunulan görüş icrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmayacağı yönündedir<sup>218</sup>. Çünkü bu durumda fiil üzerinde fonksiyonel hakimiyet kurulmadığı ifade edilmektedir<sup>219</sup>.

Bazı yazarlara göre ise icrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla müşterek faillik mümkündür. Ancak burada iştirak statüsü belirlenirken ihmali davranışta bulunan kişinin davranışının suçun işlenmesine olan katkısına bakılmalıdır. Dolayısıyla yine fiil hakimiyeti aranmakta ve fakat fiil hakimiyeti bakımından icranın her durumda ihmalden önde olduğu peşin kabulü reddedilmektedir<sup>220</sup>. Şayet ihmali davranışta bulunan kişinin katkısı fiil üzerinde hakimiyet kurma boyutuna ulaşmışsa ve müşterek faillik kabul edilirse, bu kişi aynı zamanda ihmali suçun doğrudan faili olacağından sorumluluğunu belirlemek noktasında içtima hükümlerine başvurmak gerekecektir. Birçok ceza kanununda, bir suçun ihmali davranışla işlenmesi halinde suç için öngörülen cezadan indirim yapılacağı veya yapılabileceği düzenlendiğinden burada icrai suça öncelik tanımak yerinde olacaktır<sup>221</sup>. Tüm bu ihtimallerin söz konusu olabilmesi için kişinin garantör konumunda olması, yani harekete geçme yükümlülüğünün bulunması gerekir. Kişinin garantör konumunda olmaması durumunda ihmalinin icrai suça katkısının ne olduğunun kural olarak bir önemi yoktur. Aksi halde ihmali davranışta bulunan kişi, ancak hareketi gerçek ihmali suç tanımına uyuyorsa sorumlu tutulabilecektir<sup>222</sup>.

İhmali hareketin ceza sorumluluğunu doğurması hukuken beklenen bir yükümlülüğün ihlaline dayanmaktadır. Müşterek failliğin söz konusu olabilmesi için dolaylı faillikten farklı

<sup>218</sup> Bkz.: Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 463; Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 760; Gökçen, Balci, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi”, s. 26; Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 288; Eroğlu, “Şeriklik”, s. 353; Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 190; Koca, “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, s. 113.

<sup>219</sup> Bkz.: Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 463.

<sup>220</sup> Bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 337.

<sup>221</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 338, 339.

<sup>222</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 339.

olarak, faillerin her birinin aynı suçu işlemesi gerekmektedir. 81. Madde ve 83. Maddede düzenlenen suçlar ise farklı suçlardır. Hal böyle olunca ihmalde bulunan için de ihmali hareketin cezalandırılabilirliğini sağlayan kanun hükmü yerine icrai hareketin suç olarak öngörüldüğü kanun hükmüne başvurulması mümkün değildir. Bu nedenle icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmak mümkün görülmemelidir. Ancak hem icrai hem de ihmali hareketle işlenen suçlarda icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmak mümkün görülmelidir. Zira burada aynı suçun işlenmesinden bahsedilmekte ve ihmali davranıştan ötürü ceza sorumluluğunun dayanağı da icrai davranıştan ötürü ceza sorumluluğunu tesis eden aynı suç tanımı olmaktadır<sup>223</sup>.

Sözgelimi Anayasa Mahkemesinin 30.06.2011 tarihli 2010/52 Esas ve 2011/113 Karar sayılı kararında<sup>224</sup> ayrıntılarına yer verilen ve Genç Asliye Ceza Mahkemesindeki davaya konu olan olayda 15 yaşını doldurmamış olan çocuğa karşı kardeşleri tarafından zincirleme şekilde işlenen cinsel istismar suçuna durumu bilmesine karşın sessiz kalan annenin cinsel istismar suçuna ihmali davranışla müşterek fail olarak katıldığını söylemek mümkün değildir. Zira bu suçun ihmali hareketle işlenmesi mümkün değildir. Anne burada ancak cinsel istismar suçuna ihmali hareketle yardım eden olarak katılmaktan sorumlu tutulabilir. Zira annenin ihmali davranışının suç teşkil eden hareketi gerçekleştiren çocuklar nezdinde en azından destekleme biçiminde suç işleme kararının kuvvetlendirilmesini ve dolayısıyla manevi yardımı teşkil edebilecektir. Diğer yandan eziyet suçunun kanuni tanımı kavramsal bir değerlendirmeye tabi tutulduğunda -bu suçun netice suçu olmadığı da göz önünde bulundurularak- birinci bölümde yaptığımız açıklamalar çerçevesinde eziyetin ihmali hareketle de işlenebileceği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu durumda şayet çocuklar kardeşlerine eziyette bulunurken annenin sessiz kalması durumu söz konusu olsaydı eziyet suçunun ihmali ve icrai hareketlerin birleşmesi suretiyle müşterek faillik şeklinde işlendiği söylenebilirdi. Dolayısıyla bu ihtimalde anneyi icrai

<sup>223</sup> Benzer şekilde Özgenç de suçun ihmali hareketle de işlenebildiği durumlarda müşterek faillik söz konusu olacağını ifade etmiştir. Yazar ayrıca haklı olarak icrai hareketle işlenen suç bakımından garantörsel yükümlülük altında bulunan kişinin bu suçun işlenmesini önlememesi halinde bu suç sebebiyle fail olarak sorumlu tutulacağının açıkça kanunda öngörüldüğü hallerde de müşterek faillik söz konusu olacağını ifade etmektedir. Bkz.: Özgenç, “İhmali Suç Teorisi”, s. 365. Roxin de müşterek faillik için ortak bir isnadiyet kriterinin bulunması gerektiğini, ancak ihmali hareketle icrai hareketin farklı faillik tanımlarına tabi olduğunu dile getirmektedir. Öte yandan hem icrai hem de ihmali hareketi birlikte içeren suç tanımları bakımından (Begehungs-Pflichtdelikte) bunların ihmalde bulunan ve icrai hareket gerçekleştiren kişiler tarafından müşterek fail olarak işlenmesi mümkündür. Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 470, 471.

<sup>224</sup> Karar metni için bkz.: (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim: 06.11.2023.

hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak sorumlu tutmak mümkün olurdu. Burada vurgulanması gereken husus hareketsizliğin iştirak iradesini barındırıp barındırmadığıdır ki bu da bir ispat meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

## 2. Dolaylı Faillik

İhmali suçlarda dolaylı faillik konusu tartışmalıdır. Neticeyi önleme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, araç konumundaki kişinin ceza sorumluluğu doğuracak nitelikteki davranışları karşısında harekete geçmeyen ve yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiği fikri Alman uygulamasında yaygın olarak savunulmaktadır<sup>225</sup>. Buna karşın öğretide ihmal yoluyla dolaylı faillik kabul edilmemekte ve söz konusu olaylar bakımından, garantör durumunda olan kişinin ihmali suçun doğrudan faili olarak cezalandırılacağı savunulmaktadır<sup>226</sup>. Bu konuya verilen temel örnek bir hastabakıcının gözetim ve denetimi altındaki akıl hastasının diğer bir akıl hastasına yönelik öldürme amaçlı davranışları karşısında hareketsiz kalması ve ölüm neticesini önlememesi olayıdır<sup>227</sup>. Burada ancak hasta bakıcının akıl hastasını bu suçu işlemeye sevk eden icrai bir harekette bulunmuş olması halinde dolaylı fail olarak sorumlu tutulabileceği ifade edilmektedir<sup>228</sup>.

Neticeyi önleme yükümlülüğü altındaki bir kimsenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve neticenin meydana gelmesi halinde dolaylı faillikten değil, gerçek olmayan ihmali suç bakımından doğrudan faillikten bahsedilebileceği öğretide savunulan görüşlerden biridir<sup>229</sup>. Bu noktada salt ihmali nitelikteki hareketlerle bir kimse üzerinde hakimiyet kurulmasının söz konusu olamayacağı ilave edilmektedir<sup>230</sup>.

<sup>225</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 473.

<sup>226</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 473. Bu görüş için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 763. Benzer şekilde: Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 419. *Heinrich*'e göre, dolaylı faillik için dolaylı failin aracı üzerinde bir etkisinin olması gerekir ki bu da ihmal ile olamayacaktır. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 244.

<sup>227</sup> Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 79.

<sup>228</sup> Bkz.: Sınar, "Dolaylı Faillik", s. 79.

<sup>229</sup> Bkz.: Zahir Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, No: 1, 2018, s. 128. Yılmaz, öğretide ihmali dolaylı faillik olarak nitelendirilen ve yükümlülük altındaki kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmesini icrai hareketiyle engelleyen kişinin ölümünden ötürü gerçek olmayan ihmali suçtan dolaylı fail olarak sorumlu tutulmasını ise mümkün görmektedir. Bkz.: Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik", s. 129.

<sup>230</sup> Bkz.: Yılmaz, "Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik", s. 128.

*Otto*'ya göre, tamamen hareketsiz kalan bir garantörün aracı kişinin hareketi üzerinde hakimiyet kurması mümkün olmadığından bu suretle dolaylı faillik de söz konusu olamaz<sup>231</sup>. Garantörsel yükümlülük altında bulunan bir kişinin yükümlülüğüne aykırı olarak hareketsiz kalması ve gözetimi altındaki akıl hastasının bir başkasını öldürmesine mani olmaması durumunda da dolaylı faillik değil, doğrudan faillik söz konusudur<sup>232</sup>. Burada belirleyici olan başkası üzerindeki hakimiyet değil, garantörsel yükümlülük temelinde sorumluluk pozisyonu ve bununla bağlantılı olarak yükümlülüğün ihlalidir<sup>233</sup>.

İhmal yoluyla dolaylı faillik tartışmasının söz konusu olduğu tipik vakalar, kusur ehliyeti olmayan bir kişinin kendisini gözetlemekle yükümlü kişinin bunu engelleme yükümlülüğü ve imkanı olmasına rağmen suç işlediği durumlardır<sup>234</sup>.

Alman öğretisinde ileri sürülen bir görüşe göre, garantörsel yükümlülüğün ihlali suretiyle ihmali davranışla dolaylı faillik de mümkündür<sup>235</sup>. Bu fikri savunanların verdiği klasik örnek gözetimi altındaki akıl hastalarından birinin diğerine zarar vermesini önlemeyen hasta bakıcı olayıdır<sup>236</sup>. Öte yandan ihmali bir suç bakımından icrai davranışla dolaylı failliğin söz konusu olup olamayacağı sorusu da sorulmuş ve buna cevaben sözgelimi boğulmakta olan bir kişiye yardım etmek üzere acele eden bir kişiyi engelleyen kimsenin ihmali suçun dolaylı faili olmayacağı ifade edilmiştir<sup>237</sup>.

*Kreuzberg*'e göre, Alman Ceza Kanunu § 13 ile § 25 I Alt 2'nin düzenleyici alt yapıları birbirine uygun değildir ve bu nedenle gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından ihmali hareketle dolaylı faillik söz konusu olmaz<sup>238</sup>.

İhmal yoluyla dolaylı failliğin yapısal olarak mümkün olmadığını iddia edenler, dolaylı failliğin netice ile dolaylı failin hareketi arasındaki nedensel zincire dahil olan bir başka kişinin varlığını gerektirdiğini, ancak ihmalin nedensel süreci harekete geçiremeyeceğini ileri

---

<sup>231</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 229.

<sup>232</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 229.

<sup>233</sup> Otto, **Strafrecht**, s. 229.

<sup>234</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 115.

<sup>235</sup> Bkz.: Mezger, Blei, **AT**, s. 283.

<sup>236</sup> Mezger, Blei, **AT**, s. 283.

<sup>237</sup> Bkz.: Mezger, Blei, **AT**, s. 283.

<sup>238</sup> Bkz.: Kreuzberg, **Täterschaft und Teilnahme**, s. 651.

sürmektedirler<sup>239</sup>. Ancak bu görüşe Feng, belirleyici olanın hukuki değer ihlaline uzanan nedensel süreç üzerindeki fiili kontrol (*faktische Beherrschung*) değil, mağdurla olan hukuki ilişki üzerindeki normatif hakimiyet (*normative Herrschaft*) olduğunu dile getirmektedir<sup>240</sup>.

İhmal yoluyla dolaylı failliğin gündeme getirildiği olaylarda yükümlülüğü ihlal edenin zaten doğrudan fail olduğu ve bu nedenle ihmal yoluyla dolaylı failliğin gereksiz olduğu itirazı da sunulmaktadır<sup>241</sup>. Bu kabule göre *Feng*, bir suçun işlenmesini önleme yükümlülüğü fail olarak sorumluluğu tesis etse de tek başına iştirak formları, yani garantörün suçu kendi eliyle mi yoksa bir başkası aracılığıyla mı işlediği yönünde bir bilgi sağlamayacağı itirazını sunmaktadır<sup>242</sup>. Bu noktada ihmali hareketle icrai hareket arasındaki yapısal farklılık ve farklı davranış normlarına muhatap olmak bakımından sorumluluğun kaynağı konusundaki ayrımdan yola çıkarak, icrai harekette bulunan bir kişi vasıtasıyla ihmali hareketle dolaylı failliğin söz konusu olamayacağını düşünüyoruz. Ünlü akıl hastası ve onu gözetimi altında tutması gereken bakıcı örneğinden hareket edilirse, akıl hastasının bir başka hastaya icrai hareketle zarar vermesi halinde onu engellemeyen bakıcının ihmali hareketinin, gerçekleşen kasten öldürme veya yaralama suçunun tipikliğini oluşturmadığı açıktır. Öte yandan kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunun bir vasıta kullanılarak işlenmesi de söz konusu değildir. Burada ihmali harekette bulunanın dahli olmaksızın kendiliğinden gerçekleşen bir nedensel oluşum süreci bulunmaktadır. İhmalde bulunanın bu sürece müdahale etmemesi tipik bir gerçek olmayan ihmali suç örneği teşkil etmektedir.

İhmal yoluyla dolaylı faillige, “başkası aracılığıyla” ifadesinin başkasının aktif bir hareketini gerektirdiği gerekçesiyle itiraz edilmektedir<sup>243</sup>. Bir başka görüşe göre, suç teşkil eden hareketi gerçekleştiren kişi engelleyici saiklerden (*Hemmungsmotive*) yoksunsa ve arka plandaki ihmalde bulunan kişi olayı bir dereceye kadar şekillendiriyorsa ihmal yoluyla dolaylı faillik mümkün olabilecektir<sup>244</sup>. Ancak şekillendirmenin ihmal yoluyla nasıl gerçekleşeceğini belirlemek bakımından yeni bir formülasyona ihtiyaç duyulduğu, bu formülasyona göre, dolaylı

---

<sup>239</sup> Gerald Grünwald, “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *GA*, 1959, s. 122; Feng, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 435.

<sup>240</sup> Bkz.: Feng, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 436.

<sup>241</sup> Feng, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 437.

<sup>242</sup> Bkz.: Feng, **Beteiligung durch Unterlassen**, s. 438.

<sup>243</sup> Roxin, **TuT**, s. 471; Grünwald, “Die Beteiligung durch Unterlassen”, s. 122; Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 116.

<sup>244</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 117.

failliği tartışılan kişinin bu tür tehlikeli eylemler bakımından kontrol etme ve yönlendirme yönünde bir yükümlülüğünün bulunmasına rağmen bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olması gerektiği savunulmaktadır<sup>245</sup>.

*Akbulut*'a göre, ihmali hareketle dolaylı faillik söz konusu olamaz. Zira ihmalde hukuken tesis edilmiş bir hareket yükümlülüğü failliğin kaynağı iken dolaylı failliğin dayanağı fiil hakimiyetidir<sup>246</sup>.

*Özyüksel*'e göre, önlemekle yükümlü olduğu neticenin meydana gelmesine engel olmayan kişi gerçek olmayan ihmali suçun doğrudan faili olacak, garantör konumunda olmayan bir kimsenin kurtarma girişimini engelleyen garantör ise hem gerçek olmayan ihmali suçun doğrudan faili hem de gerçek ihmali suçun dolaylı faili olacak, bu durumda ise özel norm olması sebebiyle gerçek olmayan ihmali suçun faili olarak ceza sorumluluğu tesis edilecektir. *Yazara* göre neticeyi önleme yükümlülüğü altındaki kişinin bazı olaylarda istisnaen gerçek olmayan ihmali suçun dolaylı faili de olabileceğini ileri sürmektedir<sup>247</sup>. Yazarın verdiği örnekte aile meclisinin öldürme kararı aldığı kızının öldürülmesine razı olmayan ve fakat karşı çıkma cesareti de bulamayan babanın öldürme eylemini gerçekleştirecek olan kişiyi tehdit ederek olaya engel olamaması için ondan elini kolunu bağlamasını istemesi halinde kendisini neticeyi önleme imkanından fiziken başkası aracılığıyla yoksun bırakan babanın gerçek olmayan ihmali suçun dolaylı faili olduğunu ifade etmektedir<sup>248</sup>. Ancak verilen bu örnek bakımından tehditle babanın elini kolunu bağlayıp onu neticeyi önleme imkanından yoksun bırakan kişinin eyleminin icrai nitelikte olduğu görülmektedir. Öte yandan dolaylı failliğin söz konusu olabilmesi için araç olarak kullanılan bir kişi ve onu kullanan arka planda yer alan başka bir kişinin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Olayda ise gerçek olmayan ihmali suçun dolaylı failinin baba olduğunu kabul etmek güçtür, zira baba tehdit yoluyla bir başkasının neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlal etmesine neden olmamakta, kendisi üzerinde bu engeli yaratmaktadır. Şayet tehdit edilen kişi babanın elini kolunu bir tehdit olmaksızın kendi hür iradesiyle bağlamış olsaydı bu durumda da gerçek olmayan ihmali suçun değil, icrai hareketle öldürmenin dolaylı faillik şeklinde gerçekleştirildiğini söylemek mümkün olabilirdi.

<sup>245</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 117.

<sup>246</sup> Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016, s. 608.

<sup>247</sup> Özyüksel, "Dolaylı Faillik", s. 271, 272.

<sup>248</sup> Özyüksel, "Dolaylı Faillik", s. 272.

*Joecks/Scheinfeld* ihmal yoluyla dolaylı failliğin mümkün olmadığına ilişkin genel bir kanı olmakla birlikte sözelimi garantörün ön plandaki kişinin hatasını açıklığa kavuşturmadığında bunun mümkün olduğunu dile getirmektedir<sup>249</sup>. Yazarlar buna daha açık bir örnek vermemekle birlikte bizce daha önce ifade ettiğimiz gibi yargılama makamını suskunluğu ile yanıltıp hatalı bir karar verilmesine neden olan kişinin işlenen suçtan dolayı fail olarak sorumluluğu özgü suçlarda extraneus'un dolaylı failliğine ilişkin tartışmaları da beraberinde getirerek gündeme gelebilir.

*Yurtlu*'ya göre, ihmali davranışla dolaylı faillik kural olarak mümkün olmamakla birlikte bazı olaylarda durumun ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin acil ameliyata girecek olan ve özel bir cihaza ihtiyacı olan hekimin yardımcısından bu cihazı ameliyathaneye getirmesini istemesi durumunda yardımcı kişi hastane müdüründen bunu talep eder ve fakat müdür hastanın sevmediği biri olduğunu öğrendiği için cihazı vermezse hastane müdürünün ihmali suça dolaylı faillikten ötürü sorumlu tutulması düşünülebilir. Burada hastane müdürü, ameliyet üzerinde doğrudan hakimiyet kuramadığından doğrudan fail olarak sorumlu tutulması mümkün olmamalıdır. Bu olayda müdürün hastanın hayatı bakımından garantör konumunda olup olmadığı ayrıca tartışılmalıdır<sup>250</sup>.

İhmal yoluyla dolaylı faillik kurumunun bir hukuki figür olarak gerekli olup olmadığı meselesine ilaveten, iştirak sisteminden beklenen işlevleri yerine getirip getirmediği de sorgulanmıştır<sup>251</sup>. İhmalin yapısı nedeniyle bu tür bir katılım şeklinin gerekliliğinin kuşku olduğu ve ihmal ile netice arasındaki doğrudan isnadiyet bağlantısının yapısı sebebiyle uygun da olmadığı dile getirilmektedir<sup>252</sup>. Buna karşın Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin iki kararında bu katılım biçimini tanıdığı görülmektedir. Bunlardan ilki 1. Ceza Dairesinin 13 Eylül 1994 tarihli kararıdır ve karara konu olayda bir doktor ve bakıcının, bakım personeline bakıcının annesi için yapay beslenme yerine çay konulmasına yönelik yazılı talimat vermiştir<sup>253</sup>. Öğretide, bu olayda ihmal yoluyla dolaylı failliğin kabul edilmesine yönelik itirazlar bulunmaktadır. Olayda yazılı talimatın verilmesinin aktif bir vücut hareketi olduğunu gösterdiği, doktor ve bakıcının bakım personeline bir araç olarak kullanmak yönünde bir

<sup>249</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 288.

<sup>250</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 333.

<sup>251</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 120-123.

<sup>252</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 123.

<sup>253</sup> BGHSt 40, 257 ff. Karar için bkz.: Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 123.



kastlarının bulunmaması sebebiyle dolaylı failliğinin ön koşullarının da gerçekleşmediği savunulmaktadır<sup>254</sup>. Öte yandan bakımevinin örgütsel yapısı içinde doktor ve bakım personeli arasındaki rol dağılımının bu suçun örgütün gücünden yararlanarak dolaylı faillik şeklinde işlendiğini kabul etmek bakımından tek başına yeterli olmadığı da ilave edilmektedir<sup>255</sup>. İhmal yoluyla dolaylı faillik tespitini içeren bir diğer karar Federal Yüksek Mahkemenin 5. Ceza Dairesinin 6 Kasım 2002 tarihli kararıdır<sup>256</sup>. Karara konu olay bakımından, Almanya Sosyalist Birlik Partisi Merkez Komitesi polit büro üyeleri, sınırda meydana gelen ölümler nedeniyle, ateş emrinin kaldırılması için kampanya yürütmemekle suçlanmışlardır. Ceza Dairesi, ateş emrinin yenilendiği tarihe kadar meydana gelen ölümler bakımından örgüt mekanizması içinde işlenen öldürme suçları için polit büro üyelerinin ihmal yoluyla dolaylı fail olarak sorumlu tutulmaları gerektiği yönünde karar vermiştir. Ateş emrinin yenilendiği tarihten sonra meydana gelen öldürmeler için ise icrai hareketle öldürmeden sorumluluk söz konusudur<sup>257</sup>. Ancak burada merkez komitenin eski üyeleri ile yeni üyeler arasındaki ilişkinin de gündeme geleceği ve bu durumda emrin geri alınmaması ile ilgili değerlendirmenin o kadar da net olmayabileceği öğretide ifade edilmektedir<sup>258</sup>. Alman Federal Yüksek Mahkemesinin polit büro üyelerinin ateş etme emrini iptal etmedikleri gerekçesiyle toplu olarak ihmal yoluyla dolaylı faillikten sorumlu tuttuğu kararda da fail arkasında fail kavramının uygulandığı görülmektedir<sup>259</sup>.

*Schmidhäuser*'e göre, ihmali dolaylı faillik sadece saf netice suçlarında ve ihmalde bulunanın başkalarına yönelik tehlikeye karşı koruma görevi bulunması halinde söz konusu olabilir. *Yazar* burada meşhur akıl hastası-hasta bakıcı örneğini vermekte, hasta bakıcının yükümlülüğünü ihlal etmekle, işlenen kasten öldürme suçunun faili haline geleceğini ifade etmektedir<sup>260</sup>. İki kişinin de hareketsiz kaldığı durumlarda ise dolaylı faillik söz konusu olmayıp müşterek veya yan yana faillik gündeme gelebilir. Sözelimi çocuk bakıcısı çocuğu beslemez ve anne de buna karşılık hareketsiz kalırsa doğrudan fail olarak sorumluluğu söz konusu olur<sup>261</sup>.

<sup>254</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 123.

<sup>255</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 123, 124.

<sup>256</sup> BGHSt 48, 77 ff. Karar için bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 124.

<sup>257</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 124.

<sup>258</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 125.

<sup>259</sup> BGH 6.11.2002 – [5 StR 281/01](#), BGHSt 48, [77](#) (Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 147).

<sup>260</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 706.

<sup>261</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 706.

Cebrin ihmali hareket yoluyla da gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği önemli bir tartışma konusudur ve öğretide bu konudaki tartışma cebir suçu üzerinden yapılmaktadır<sup>262</sup>. Öğretide azınlıkta olan görüş, cebrin genel olarak aktüel bir kavram olmasından ötürü pasif bir davranış biçimi olarak ihmal suretiyle gerçekleştirilmesinin mümkün olmayacağı yönündedir<sup>263</sup>. Bu görüş sahiplerinden bazılarına göre cebir failin belli bir amaçla hareket ettiği sırf hareket suçlarındandır ve bu nedenle ihmal suretiyle işlenmesi mümkün değildir<sup>264</sup>. Ancak öğretide baskın görüş cebrin ihmal suretiyle de işlenmesinin mümkün olduğu yönündedir<sup>265</sup>. Cebrin amaç ihtiva etmesi nedeniyle ihmal suretiyle işlenemeyeceğine ilişkin gerekçeye, amacın kastla ilgili bir mesele olduğu ve gerçek olmayan ihmali suçlar yönünden de failin belirli bir amaçla hareket etmesinin mümkün olduğu gerekçesiyle itiraz edilmektedir<sup>266</sup>. Öte yandan cebrin neticeli bir suç olmamasına rağmen mağdurun zorlanması şeklinde somut bir etkinin ortaya çıkması nedeniyle ihmal suretiyle işlenebileceği, bu bağlamda neticeli olmayan bir suçun ihmal suretiyle işlenemeyeceği yönündeki gerekçenin de yerinde olmadığı ifade edilmektedir<sup>267</sup>. Dolayısıyla failin sözgelimi cebri veya etkisini engellemeye yönelik garantörsel bir yükümlülük altında olmasına rağmen yükümlülüğüne aykırı olarak hareketsiz kalmış ve böylelikle yağma suçu işlenmiş olursa yağma suçundan sorumluluğunun söz konusu olabileceği savunulmaktadır<sup>268</sup>. İhmal suretiyle cebrin mümkün olduğu noktasında verilen örneklerden biri de şudur: F, A'ya karşı cebir uygulayarak hırsızlık suçunu işlemesini sağlar. A'nın eşi C bu durumun farkında olmasına rağmen irade birliği içinde cebri engellemez. Bu durumda C kasten yaralama suçu bakımından aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğüne aykırı olarak ihmalde bulunduğu için fail sıfatıyla sorumlu tutulacak, öte yandan F'nin fiiline yardım eden olarak da sorumluluğu gündeme gelecek ve fakat burada failliğin şerikliğe nazaran asliliği prensibi devreye girecektir<sup>269</sup>.

<sup>262</sup> Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 83.

<sup>263</sup> Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 83. Bu görüş için bkz.: Arnd Sinn, “StGB § 240 Nötigung”, **Münchener Kommentar zum StGB**, 4. Auflage, 2021, s. rn. 67.

<sup>264</sup> Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 84.

<sup>265</sup> Friedrich Toepel, “StGB § 240 Nötigung”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger**, 6. Auflage, 2023, s. rn. 72. Bu yönde bkz.: Martin Heger, “StGB § 240 Nötigung”, **Lackner/Kühl/Heger, StGB Kommentar**, 30. Auflage, 2023, s. rn. 9a; Jörg Eisele, “StGB § 240 Nötigung”, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Auflage, 2019, s. rn. 20a; Mahmut Koca, **Yağma Cürümleri**, Ankara: Seçkin, 2003, s. 161.

<sup>266</sup> Bkz.: Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 88.

<sup>267</sup> Bkz.: Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 91.

<sup>268</sup> Bkz.: Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 91.

<sup>269</sup> Canpolat, **Zorlayıcı Cebir**, s. 91, 92.

Failin neticeyi önlemek yönünde garantörsel bir yükümlülük altında olduğu hallerde hareketsiz kalması durumunda ihmal suretiyle cebir veya tehdidin söz konusu olabileceği ifade edilmektedir<sup>270</sup>. Dolayısıyla yağma kural olarak icrai hareketle işlenebilen bir suç iken yağma suçunu oluşturan cebir veya tehdidin ihmal suretiyle de gerçekleştirilmesi mümkündür ve fakat bu durumda yağmanın söz konusu olması için cebrin amaç araç bağlantısını gerçekleştirip gerçekleştirmediği dikkate alınmalıdır<sup>271</sup>.

Arka plandaki kişinin ön plandaki kişiyi zorunluluk haline düşürmek suretiyle bir suç işlemesini sağlaması durumunda, arka plandaki bu kişinin işlenen suçtan ötürü dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı ifade edilmektedir<sup>272</sup>. Zorunluluk haline sebebiyet veren hareketin ihmali bir davranış şeklinde gerçekleşmesi de mümkündür. Bu ihtimalde, ihmali suçun doğrudan faili olan kişinin, aynı zamanda zorunluluk haline düşürdüğü kişinin işlediği suç bakımından da dolaylı failliği gündeme gelir. Burada mesele suçların içtimaina ilişkin genel prensipler çerçevesinde çözümlidir.

Ön plandaki kişinin eyleminin hukuka uygun olduğu durumlarda onu bu hareketi gerçekleştirmeye sevk eden arka plandaki kişinin dolaylı failliğinin tartışıldığı hallerden biri de bir hukuk davasında taraflardan birinin asılsız delillerle kendi lehine bir karar çıkmasını sağlamasıdır<sup>273</sup>. Bu ihtimalde dolandırıcılık suçunun işlendiği kabul edilmekte ve fakat gerçeği yansıtmayan deliller sunan tarafın doğrudan mı yoksa dolaylı fail mi olduğu meselesi tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, davanın hakimi aldatılmaktadır ve dolayısıyla araç değil mağdur konumundadır<sup>274</sup>. Bu nedenle aldatan kişi doğrudan fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Öte yandan baskın görüş, aldatanın dolaylı fail olduğunu savunmakta, hakimın doğru bir karar verdiğini zannetmesine karşın hatalı bir karar verdiği için arka plandaki kişinin elinde bir araç konumuna indirgendiği ifade edilmektedir<sup>275</sup>. Benzer bir tartışmayı ihmali hareketle

<sup>270</sup> Bkz.: Koca, **Yağma Cürümleri**, s. 161; Urs Kindhäuser, **Strafrecht Besonderer Teil 2 : Straftaten gegen Vermögensrechte**, 5. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2008, § 13, kn. 25.

<sup>271</sup> Koca, **Yağma Cürümleri**, s. 161.

<sup>272</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 232.

<sup>273</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 212.

<sup>274</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 213. Bu görüş için bkz.: Horst Schröder, “Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 60, No: 1, 1941, s. 70, dn. 41.

<sup>275</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 213. Bu yönde: Roxin, **TuT**, s. 231; Maurach, Gössel, Zipf, **AT**, II, s. 275. *Sınar* iftira sonucu mağdurun gözaltına alınması veya tutuklanması durumunda bu işlem için karar veren savcı veya hakimın hareketinin hukuka uygun olduğunu, bununla birlikte arka plandaki kişinin kişiyi

gerçekleştirilen dolandırıcılık suçu için yapmak mümkündür. Taraflardan özellikle biri lehine sonuçlanacak olan davada kendisi de kazançlı çıkacak olan birinin tanık olarak dinlenilmesi ihtimalini düşünecek olursak, bu tanığın davayı kazanmasını istediği taraf lehine önemli bir hususu beyan etmekten imtina etmesi, dolayısıyla ihmali bir harekette bulunması ve bu delile anlam atfedilerek karar verilmesi durumunda davayı kaybeden tarafa karşı dolandırıcılık suçunun işlendiğini söylemek mümkündür. Bu durumda yanıltılarak hatalı bir karar veren hakim baskın görüş esas alınarak dolandırıcılık suçu bakımından araç olarak kullanıldığı ve tanık olarak dinlenen kişinin dolaylı fail olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla burada ihmali davranışla dolaylı failliğin bir örneği karşımıza çıkmaktadır. Tabii bu senaryo bakımından tartışılması gereken bir diğer husus, lehine karar verilen tarafın dolandırıcılık suçu bakımından bir iştirak katkısının bulunup bulunmadığıdır.

İhmal yoluyla dolaylı failliğin, ihmalin nedensel süreci harekete geçirecek güce sahip olmaması nedeniyle mümkün olmadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Mahkeme tarafından tanık olarak söylemesi gereken bir hususu söylemekten kaçınmak suretiyle yanlış bir karar verilmesine neden olan kişinin suskunluğu resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faili olup olmayacağı tartışmasında nedensel bir değere sahiptir. Ancak icrai hareketle işlenen bir suça ihmali bir hareketle dolaylı fail olarak iştirak etmenin mümkün olamayacağını düşünüyoruz. Zira bu iki eylem her ne kadar hareket başlığı altında birlikte ele alınabilecek olsa da yapısal birtakım farklılıkları bulunmaktadır. Her iki hareketin ceza hukuku sahasına girişi farklı kaynaklardan doğmakta, ihmali harekette bu bakımdan harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğün varlığı arandığından ceza hukuku anlamında bir hareketin varlığı normatif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Kaynağı farklı davranış normları olan icra ve ihmalin aynı norm üzerinden cezalandırılabilmesi için suç teşkil eden harekete ilişkin kanuni tanımın ya kavramsal olarak ihmali de kapsaması veya aynı kanuni tanımın suçun ihmali hareketle de işlenebileceğini açıkça öngörmesi gerekir. Aksi halde ihmali harekette bulunan kişi, emir normuna riayet etmediği halde yasak normuna aykırı bir hareketten cezalandırılmış olacaktır. Yukarıda yer verilen resmi belgede sahtecilik suçu örneği bunu açıkça göstermektedir. Resmi belgede sahtecilik suçunun ihmali hareketle işlenmesi suçun kanuni tanımı dikkate alındığında mümkün değildir. Arkadaki ihmali davranışta bulunan kişiyi bu suçtan sorumlu tutmak için

---

özgürlüğünden yoksun bırakma suçunun dolaylı faili olacağını ifade etmektedir. Bkz.: Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 67.

kanuni bir dayanak bulunmamaktadır. Araç olarak kullanılan doğrudan failin korunan hukuki değere ilişkin ihlali icrai hareketle gerçekleştirilebilen bir ihlaldir. Öte yandan görevi kötüye kullanma suçu gibi her iki hareketle de işlenebilen, yani kaynağı hem emir hem de yasak normu olan bir suç tipi üzerinden meseleyi ele aldığımızda aynı sorunla karşılaşmamaktayız. Çünkü doğrudan failin icrai hareketle ihlal ettiği bir hukuki değer ihmal hareketle ihlali de kanun koyucu tarafından mümkün görülmüş olmaktadır. Ancak TCK md. 28 bu anlamda ihmal hareket için de özel bir cezalandırılabilirlik kaynağı ihdas ettiğinden ihmal hareketle cebir veya tehdidin söz konusu olduğunun söylenebildiği ölçüde ihmalde bulunan kişinin icrai hareketle işlenen suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulması da bu madde üzerinden mümkün olabilecektir. Bu noktada 28. maddenin fonksiyonu, harekete geçme yükümlülüğü ihdas eden normların sahip olduğu işlevle benzerdir.

## B. İhmal Hareketle Şeriklik

### 1. Azmettirme

Genel kabul gören anlayışa göre, ihmal bir hareketle azmettirme mümkün değilken ihmal bir suça azmettirme mümkündür<sup>276</sup>. İhmal yoluyla azmettirme, faili psikolojik olarak etki altına almanın ihmal davranışla gerçekleşmesi söz konusu olmayacağı için mümkün görülmemektedir<sup>277</sup>. İhmal hareketle azmettirme, azmettirmede fail ile azmettiren arasında zihinsel bir temasın varlığı koşulundan yola çıkılarak reddedilmektedir<sup>278</sup>.

Garantörün gözetimi altındaki bir kişinin suç işlemeye yönelik bir karar vermesini engellemediği durumlarda ihmal yoluyla azmettirmenin söz konusu olup olmayacağı

<sup>276</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 502; Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 321; Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 428. Sözelimi TCK'nın 278 ve 279. maddeleri bağlamında bir kimse öğrendiği suçu bildirmemesi için azmettirilebilir (Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 771).

<sup>277</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 320. Benzer şekilde: Gökçen, Balcı, "Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmal Davranışla İşlenmesi", s. 24; Kienapfel, **AT**, s. 570; Yurtlu, "İhmal Suçları", s. 344. Ayrıca intihara azmettirme konusunda benzer yaklaşım için bkz.: M. Emre Tulay, "Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, No: 2, 2020, s. 820; Zafer İçer, "İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, No: 1, 2020, s. 303. İçer'e göre, kişi kendisi için intihar kararı almış ve bir diğer kişinin de bu kararı almasını sağlamışsa intihara azmettirme söz konusu değildir. Bu gibi hallerde kişiler arasında bir koruma ve gözetim ilişkisi söz konusu ise intihar kararı alan kişinin intihar etmesinin önlenmemesi durumunda ihmal davranışla intihara yardım etme şeklindeki seçimlik hareket yönünden ceza sorumluluğu doğabilir. Bkz.: İçer, "İntihara Yönlendirme", s. 306, 307.

<sup>278</sup> Bkz.: Bachmann, Eichinger, "Teilnahme und Unterlassen", s. 510.

tartışılmıştır. Varılan sonuç, suç işleme kararının garantörün önlemekle yükümlü olduğu neticeyi ifade etmediği ve azmettirme kurumu için gerekli olan yönlendiricilik şartının ihmal yoluyla sağlanamayacağı gerekçeleriyle teorik olarak ihmali hareketle azmettirmenin bu şekilde gerçekleşmesinin mümkün olmadığı yönündedir<sup>279</sup>.

*Bock* ise ihmali hareketle azmettirmenin mümkün olduğunu düşünen yazarlardandır. Verdiği örnek üzerinden on dört yaşındaki oğlunun aynı yaştaki komşu çocuğunu ehliysiz araba kullanmaya ikna eden oğlunu engellemeyen babanın ihmali hareketle azmettirmeden sorumlu tutulabileceğini ifade etmektedir<sup>280</sup>.

Garantörün gözetimle yükümlü olduğu kişinin bir suçun işlenmesinde azmettirici olması durumunda, garantörün bu azmettirmeyi engellemekle ihmali hareketle azmettirmeden sorumlu tutulup tutulamayacağına dair tartışmada bir görüşe göre azmettirme için gerekli olan yönlendirme unsurunun eksik olduğu dile getirilmekte ve bu nedenle sonuç itibarıyla bu halde de ihmali hareketle azmettirmeden sorumluluğun söz konusu olamayacağı savunulmaktadır<sup>281</sup>.

İhmali hareketle azmettirme bakımından akla gelebilecek olan hallerden biri de garantör tarafından taksirle bir suç işleme kararına neden olup da bu kararın geri alınması bakımından ihmal gösterilmesi durumudur. Bu ihtimalde ihmali hareketle azmettirmenin iki gerekçeyle mümkün olamayacağı ifade edilmektedir: İlk olarak, kanuni düzenlemeye göre azmettirmenin kasten gerçekleşmesi gerekirken uygulamada taksirle azmettirmeye neden olunabileceği ileri sürülmektedir. Diğer yandan, garantörün, suçun failinin suç teşkil eden bir hareketi gerçekleştirmeye karar vermesinden sonra bir ihmalle suçlandığı, burada *omnimodo facturus* durumunun söz konusu olduğu, dolayısıyla suç işlemeye zaten karar vermiş olan birinin bu kararının geri çevrilmemesi nedeniyle ihmali hareketle azmettirmenin söz konusu olamayacağı savunulmaktadır<sup>282</sup>.

*Demirel/Kartal*'a göre, azmettirmenin varlığından söz edebilmek için salt nedensel oluş yeterli değildir. Diğer taraftan arka plandaki kişi ile fail arasında açık veya gizli bir anlaşmanın

---

<sup>279</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 147-149.

<sup>280</sup> Bkz.: Dennis Bock, "Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)", **JA**, 2007, s. 601.

<sup>281</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 150, 151.

<sup>282</sup> Bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 149, 150.

varlığı yeterli kabul edilebilirken şart da koşulmamalıdır. Yazarlar arka plandaki kişi ile fail arasında bir iletişimin varlığını aramakta; ancak bu iletişimin doğrudan irtibat kurma şeklinde anlaşılmasının gerekmediğini ilave etmektedirler<sup>283</sup>. Bu iletişim azmettirme bakımından objektif isnadiyeti de temellendiren bir unsur olarak kabul edilmektedir<sup>284</sup>. Bu bağlamda, garantör konumundaki kişinin susarak faille iletişim kurmasından söz edilemeyeceği, dolayısıyla ihmali hareketle azmettirmenin mümkün olmayacağı savunulmaktadır<sup>285</sup>.

İhmali hareketle azmettirmenin mümkün olup olmadığı noktasında *Schmidhäuser*, ihmalde bulunanın asıl fiilin neticesinin meydana gelmesini önlemek bakımından garantörsel bir yükümlülüğünün olması ve failin karar aşamasına zihinsel temas yoluyla katılması halinde ihmali hareketle azmettirmenin de mümkün olabileceğini savunmaktadır<sup>286</sup>. Bu koşullar gerçekleşirse failin karar verme sürecini engellemeyerek ihmalin icrai hareketle azmettirmeye denk hale geleceği ve buna göre cezalandırmanın söz konusu olacağı ifade edilmektedir<sup>287</sup>. Sözelimi B, A'nın babası V'den nefret ettiğini ve onun öldürüp öldürmemek konusunda düşünceli olduğunu A'ya söylediğinde A'nın babası V'nin hayatı bakımından garantör durumunda olduğu düşünüldüğünde B'nin böyle bir karara varmasını engelleme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde, B bu suçu işlediğinde, şayet A'nın kararı engelleme imkanı var idiyse, A kasten öldürme suçunun azmettirenini olarak sorumlu olacaktır<sup>288</sup>. Ancak bu ve benzeri örnekler ihmali hareketle azmettirmenin mümkün olduğuna dair görüşü tam olarak desteklememektedir.

*Freund*'a göre ihmal yoluyla azmettirme teorik olarak düşünülebilir; ancak azmettirmenin özel değersizlik içeriği (*Unwertgehalt*) dar bir biçimde tanımlandığında, davranışın açıklayıcı içeriğinin eksik olması sebebiyle pratikte bununla karşılaşılması zordur<sup>289</sup>.

*Özkan* da ihmali hareketle azmettirmenin mümkün olmadığını düşünen yazarlardandır; ancak ihmali hareketle yardım etmenin söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. İhmali hareketle azmettirmenin teorik olarak akla gelebileceği iki ihtimalin bulunduğu, bunlardan

---

<sup>283</sup> Demirel, Kartal, “Suça Sevk Etme”, s. 480, 481..

<sup>284</sup> Demirel, Kartal, “Suça Sevk Etme”, s. 481.

<sup>285</sup> Demirel, Kartal, “Suça Sevk Etme”, s. 482.

<sup>286</sup> Schmidhäuser, **AT**, Kapitel 17, s. 707, kn. 10.

<sup>287</sup> Schmidhäuser, **AT**, Kapitel 17, s. 707, kn. 10.

<sup>288</sup> Schmidhäuser, **AT**, Kapitel 17, s. 707, kn. 10.

<sup>289</sup> Freund, “Begehen durch Unterlassen”, rn. 285.

birinin garantörün suç işlemeye karar veren faile müdahale etmemesi, diğerinin üçüncü kişinin azmettirmesine engel olmaması olduğu ileri sürülmektedir<sup>290</sup>. *Özkan*, oğlunun üçüncü bir kişi tarafından suç işlemeye azmettirilmesine göz yuman babanın azmettirmeye yardım eden olarak yardım eden sıfatıyla sorumluluğunun söz konusu olacağını savunmaktadır<sup>291</sup>. *Özkan*'ın ihmali hareketle azmettirmenin gündeme gelebileceği olaylardan biri olarak örnek gösterdiği ölüm listesi olayında<sup>292</sup> A bir barda sarhoşken tanıştığı kişinin kiralık katil olduğuna inanmaz. K onu kendisine inandırmak için ölmesini istediği kişilerin bir listesini yapmasını ister. A listeyi yapar ve lavaboya gider. Bu esnada K listeyi alarak bardan çıkar ve bir süre sonra listedeki kişileri sırayla öldürmeye başlar. Bu olayda A'nın meydana gelen ölümler bakımından sorumluluğu konusunda yazar öldürme iradesinin gerçek anlamda dış dünyaya yansımadığı, K'nın kiralık katil olduğunu bilmediği, dolayısıyla ilk ölüm bakımından azmettirme iradesinin bulunmadığı fikrindedir; ancak ilk ölümden sonra K'nın kiralık katil olduğunu anlamış ve duruma müdahale etmemişse A öngelen tehlikeli davranışı sebebiyle diğer ölümler bakımından garantör konumuna gelmiştir ve bu ölümleri önlemekle yükümlüdür<sup>293</sup>.

Bizce ihmali hareketle azmettirme mümkün değildir. Verilen klasik örneklerden biri olan, sözüne değer verilen bir dostun kendisine fikri sorulduğunda suskun kalması ve bu suskunluğa suçun işlenmesinden yana olduğuna dair bir değer atfedilmesi durumunda da ihmali hareketle azmettirmenin varlığından söz edilemez. Zira burada aklında suç işlemeye dair bir karar bulunmayan kişiye bu kararın verdirilmesi söz konusu değildir. Aksine suç işleme düşüncesi zihnini yoklayan kişi bu hususta bir karara varmak için karşı tarafın görüşüne başvurmaktadır. Dolayısıyla suskunluk suçun işlenmesi bakımından itici bir güç oluşturabilecek nitelikte olsa bile ancak suç işlemeye teşvik veya suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi anlamında manevi yardım olarak nitelendirilebilir.

Ancak ihmali hareketle azmettirmenin mümkün olmadığına ilişkin düşüncemizin tek gerekçesi salt azmettirmeyi oluşturan hareketin yapısı itibarıyla ihmali hareketle barışık olmaması değildir. Gözetim altındaki bir kimsenin başka birini suç işlemeye azmettirdiğini

<sup>290</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 91.

<sup>291</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 92.

<sup>292</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 92.

<sup>293</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 92. Yazarın görüşünün burada A'nın ihmali hareketle azmettiren mi yoksa 83. Maddenin faili olarak mı sorumlu tutulması gerektiğine ilişkin olarak bir netlik içermediğini, kullanılan ifadelerden fail olarak sorumluluğu kabul ettiği yönünde bir izlenim yaratıldığını düşünüyoruz.



gören garantörün buna kayıtsız kalması durumunda ihmali hareketle azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği yönündeki görüşe de katılmamatayız. Zira bu durumda ihmali hareketle azmettirmenin bir arada bulunması mümkün görünmekle birlikte, ihmalde bulunan garantörün harekete geçmek yönündeki yükümlülüğünün kapsamı gözetimi altındaki kişinin gerçekleştireceği haksızlığı önlemekle sınırlıdır. Azmettirme ve yardım etme ise başlı başına bir haksızlık teşkil etmemekte, en azından hukukumuz bakımından ancak failin suçun icra hareketlerine başlamasıyla bir anlam kazanmaktadır. Dolayısıyla sürece bir başka kişinin de katılımı söz konusu olmaktadır. Garantörün önlemekle yükümlü olduğu şey, tek başına, gözetimi altındaki kişinin azmettirme veya yardım etme eyleminde bulunması değil, bu eylemlerle bir suçun işlenmesine katkı sağlamasıdır. Burada ihmalde bulunanın hareketsiz kalarak icrai hareketle işlenen suça şerik olarak katılımı elbette mümkündür; ancak bu hareketsizliğin hangi şeriklik statüsünün gereklerine uyduğunu belirlemek gerekmektedir. İhmalde bulunanın gözetimi altındaki kişinin azmettirme ve yardım etme şeklindeki davranışlarını engellememesi doğrudan ihmali hareketle manevi yardım kapsamında mütalaa edilebilecek bir hareketsizliktir. Daha açık bir şekilde ifade etmek gerekirse, gözetim altında bulundurulmuş kişinin şeriklik niteliğindeki hareketlerini engellemek garantörü otomatik olarak o şeriklik statüsüne sokmayacak, bu engellememe davranışı icrai hareketle işlenen suçun kolaylaştırmak anlamına geldiğinden manevi yardım kapsamında değerlendirilebilecektir<sup>294</sup>. Diğer taraftan, akim kalmış azmettirmeyi düzenleyerek azmettirmeden sorumluluğu icra hareketlerinin başlamasından önceki safhaya çeken sistemler, bu bağlamda Alman hukuku bakımından farklı bir değerlendirme yapmak mümkündür. Bu durumda ihmali hareketle azmettirme mümkün olabilecektir.

## 2. Yardım Etme

Öğretide yardım etmenin ihmali davranışla da gerçekleştirilebileceği, ancak bunun için ihmalde bulunanın garantör olması<sup>295</sup> ve neticenin ona objektif olarak isnat edilebilir olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>296</sup>. İhmal yoluyla yardım etmenin mümkün olduğunu ifade eden *Joecks/Scheinfeld* bunun için yardım edenin hareket etmekle yükümlü olması gerektiğini, bu

<sup>294</sup> Benzer bir görüş için bkz.: Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 344.

<sup>295</sup> Bkz.: Kienapfel, *AT*, s. 575; Gaede, “Begehen durch Unterlassen”, rn. 28; Heinrich, *Genel Kısım II*, s. 349; Schmidhäuser, *AT*, s. 707, 708.

<sup>296</sup> Bkz.: Schmidhäuser, *AT*, s. 707, 708.

yükümlülüğün Alman Ceza Kanunu §13'ten kaynaklanan bir yükümlülük olması gerektiğini ve öngelen tehlikeli eylemden de doğabileceğini ilave etmektedir<sup>297</sup>. İhmali hareketle yardım etmenin mümkün olabilmesi için ihmalde bulunan kişinin hareket etme yükümlülüğünün bulunması ve failin hareketini engellemek veya zorlamak yönünde bir girişimde bulunma imkanına sahip bulunması gerekmektedir<sup>298</sup>.

Sözgelimi Alman Ceza Kanunu § 142'de düzenlenen kaza mahallinden izinsiz ayrılma suçu özgü suç niteliğindedir ve faili ancak kazaya karışan bir kişi olabilir<sup>299</sup>. Bu suça ihmal yoluyla yardım etme, buna karşılık gelen bir garantörsel yükümlülük varsa mümkündür, denmektedir<sup>300</sup>. Yine Alman yargı kararlarında, bir konut veya mülkün sahibinin orada bir suçun işlenmesi durumunda salt pasif kalması durumunun bu haliyle işlenen suça ihmalî yardım etme olarak nitelendirilemeyeceği, ancak özel koşullar varsa, örneğin konut konumu veya durumu gereği özel bir tehlike kaynağı teşkil ediyorsa sahibinin § 13 I anlamında harekete geçmek için özel bir yükümlülük altında olduğu kabul edilmektedir<sup>301</sup>.

Öte yandan ihmal yoluyla yardım etmenin, ihmalde bulunanın kendi şahsında taşıması gereken özel bir niteliği haiz olmaması veya tipikliğin bir unsurunu yerine getirememesi sebebiyle işlenen suçun failin olamadığı tüm durumlarda söz konusu olacağı da ifade edilmektedir<sup>302</sup>. Sözgelimi dokuz yaşındaki oğlunun hırsızlık yapmasını engelleyebilecek durumda olan annenin, *mal edinme niyeti olmaksızın* bu hırsızlığı engellememesi durumunda ihmalî hareketle hırsızlık suçunun faili olması mümkün olmamakla birlikte Alman Ceza Kanununun 19. Paragrafı uyarınca kusur olmaksızın işlenen suça yardımdan sorumlu tutulması mümkündür<sup>303</sup>.

İhmali hareketle yardım etme ve faillik arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı da çeşitli olaylar üzerinden tartışılmaktadır. *Otto*'ya göre ihmalî hareketle yardım etme ihmalde bulunanın harekete geçerek suçun başarıya ulaşmasını zorlaştırabileceği ve fakat bunu

<sup>297</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme ", rn. 114.

<sup>298</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 434.

<sup>299</sup> Hans Kudlich, "Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort", **BeckOK StGB**, ed. Bernd von Heintschel Heinegg, 58. Edition, 2023, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 28.11.2023, rn. 68.

<sup>300</sup> Bkz.: Kudlich, "Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort", rn. 69.

<sup>301</sup> Freund, "Begehen durch Unterlassen", rn. 280.

<sup>302</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 152, 153.

<sup>303</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 152, 153. Başkaca örnekler için bkz.: Roxin, **TuT**, s. 479 vd.

yapmadığı durumlarda söz konusu olacaktır. Dolayısıyla ihmalde bulunan hareketsizliğiyle failin başarıya ulaşma şansını artırmaktadır<sup>304</sup>. Yapılması gereken hareketin gerçekleştirilmesi neticenin meydana gelmesini engellemeyecek olmakla birlikte, onun meydana gelme olasılığını azaltacaksa ihmali hareketle yardım etmeden söz edilebilir<sup>305</sup>.

Gözetim yükümlülüğü altındaki bir kişinin bir suça yardım etmesini engellemeyen garantörün bu suç bakımından ihmali hareketle yardım eden olarak sorumlu tutulması makul kabul edilmektedir. Aynı şey, tehlike kaynaklarından sorumluluk durumlarında da söz konusudur<sup>306</sup>. Ancak bu durumda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin sorunu gündeme getiren olaylara rastlanabilmektedir. Sözgelimi bir başkasının vurulacağı umuduyla silahını ortada bırakan kişinin işlenen suç bakımından yardım eden olarak kabulü mümkündür; ancak suçu işleyecek olan kişinin üç yaşında bir çocuk olması durumunda dolaylı faillik ihtimali de gündeme gelir<sup>307</sup>. Bu ihtimalde, yardım etmenin söz konusu olabilmesi için, suç teşkil eden hareketi gerçekleştiren kişinin hareketinden tamamıyla sorumlu tutulabilecek durumda olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>308</sup>.

Bir görüşe göre manevi yardım sadece olay yerinde bulunmanın söz konusu olduğu her durumda gerçekleşmez. Sözgelimi bir ortak diğerine karşı dolandırıcılık suçunu işlerken aynı masada oturan avukat sessiz kalırsa yardım eden olarak sorumluluğu gündeme gelmemelidir<sup>309</sup>. Zira aksi durumda ihmal aktif yardım etme olarak yeniden yorumlanmış olur<sup>310</sup>. Salt olay yerinde bulunan, olayla ve faille ilgisi olmayıp olayı seyreden kişinin bu hareketsizliğinin suç işleme kararını kuvvetlendirme kapsamında yardım etme olarak nitelendirilmemesi gerektiği; ancak yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali ve suçu bildirmeme suçu gibi hükümler vasıtasıyla bu kişinin cezalandırılmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>311</sup>. Yardım etmeden bahsedebilmek için çfte kastın bulunması gerektiğini, ancak failin yardım edenin hareketinden haberdar olmasının gerekmediğini daha önce ifade etmiştik. Suçun işlendiği yerde izleyici olarak bulunan ve hareketsiz olan bir kişinin bu suçun işlenmesine yardım etmek

<sup>304</sup> Harro Otto, “Beihilfe durch Unterlassen”, *JuS*, 2017, s. 295.

<sup>305</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 156.

<sup>306</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 153.

<sup>307</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 153, 154.

<sup>308</sup> Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, s. 154.

<sup>309</sup> Bkz.: Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 673.

<sup>310</sup> Kühl, “Täterschaft und Teilnahme”, s. 673.

<sup>311</sup> Bkz.: Demirel, “Yardım Etme”, s. 145.

yönünde bir kastının bulunup bulunmadığı öncelikle tespit edilmelidir. Hareketsizliği ile failin suç işleme kararını kuvvetlendirme bilinç ve iradesine sahip olup olmadığını tespit ise kolay olmayacak ve bu durumda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince kişiyi yardım eden olarak sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Öte yandan failin de kendisini izleyen ve fakat tasvip edip etmediğine dair bir ifadede bulunmayan kişinin varlığı karşısında kararının mutlak surette pekişeceğini söylemek mümkün değildir, bu durum tam tersi bir etki yaratarak failin izlendiği için tedirgin olması ve suçu işlemeye son vermesi sonucunu da doğurabilecektir. Buna karşın suçun işlenmesi esnasında olay yerinde hareketsiz bulunan kişinin faille ve olayla ilgili biri olması durumunda farklı bir değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir<sup>312</sup>. Bu kişilerin işlenen suç bakımından yardım eden olarak sorumlu tutulup tutulmayacakları somut olayın koşulları dikkate alınarak yapılacak ex ante bir değerlendirme ile belirlenmelidir<sup>313</sup>.

İhmal yoluyla yardımda bulunma bir garantörün, hareket etmekle yükümlü olan başka bir kişiyi kurtarıcı müdahalede bulunmaya yönlendirmesinin ve böylelikle neticenin önlenmesinin mümkün olmasına rağmen bunu yapmaması durumunda da söz konusu olabilir<sup>314</sup>. Sözgelimi hayati tehlikesi bulunan çocukları için babanın harekete geçebileceği, ancak annenin ise içinde bulunduğu koşullar nedeniyle bir şey yapamayacağı durumda, anne babayı sözgelimi polise ihbar etmekle tehdit ederek çocuğu kurtarmaya yönlendirebilir. Bunu yapmaz ve baba da neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmezse babanın kasten öldürme suçundan (burada kastedilen ihmali davranışla kasten öldürme olmalı), annenin de bu suça ihmali davranışla yardım etmeden sorumluluğu söz konusu olur<sup>315</sup>.

Kişinin kendi yaşamına son vermesi gönüllü değilse ancak o zaman garantör kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu tutulabilir<sup>316</sup>. Ayrıca Dölling hayata son verme kararının gönüllü olarak verilmiş ve değiştirilmemiş olması durumunda, intihar eden kişi hareket edemez hale gelir ve garantör onu kurtarmazsa yine kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçunun oluşmayacağını ifade etmektedir<sup>317</sup>. Bu bağlamda

---

<sup>312</sup> Bkz.: Demirel, “Yardım Etme”, s. 146.

<sup>313</sup> Demirel, “Yardım Etme”, s. 146.

<sup>314</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 709, 710.

<sup>315</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 710.

<sup>316</sup> Dieter Dölling, “Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid”, **Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag**, ed. René Bloy vd., Berlin, Duncker&Humblot, 2010, s. 130.

<sup>317</sup> Dölling, “Suizid”, s. 130.

intihara yönlendirme suçu üzerinden bir değerlendirme de yapılabilir. İhmali hareketle intihara yardımın söz konusu olabilmesi için ihmalde bulunanın intiharı engellemek yönünde bir hukuki yükümlülüğünün var olması gerekmektedir<sup>318</sup>.

Bir görüşe göre ise ihmali hareketle yardım eden kişinin ayrıca hukuki bir yükümlülük altında olması durumunda hareketi bağımsız bir suçu oluşturuyorsa burada failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereği ihmali suçun faili olarak ceza sorumluluğu doğacaktır<sup>319</sup>.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ihmali hareketle şerikliğin cezalandırılabilirliği bakımından harekete geçme yükümlülüğünün şart olup olmadığına dair görüşümüzü ayrıntılı olarak açıklamıştık. Suçun işlenmesi sırasında pasif kalan kişinin bu hareketsizliğinin yardım etme kapsamında mütalaa edilemeyeceği, zira aksinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğine yönelik eleştirileri salt bu gerekçe yönünden isabetli bulmuyoruz. Esasen tipiklik ve kanunilik değerlendirmesinden önce, daha önce de ifade ettiğimiz üzere ihmalin ceza hukuku anlamında kendisine değer atfedilebilir bir hareket olarak kabul edilmesi, ona ceza hukuku sahasında bir varlık kazandırılabilmesi için hukuken harekete geçmek yönünde bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir. Bu yükümlülük varlığı tespit edildiğinde tipiklik incelemesine geçilebilecek ve kanunilik ilkesi bakımından bir değerlendirme yapılabilecektir. Şerikliğe ilişkin hükümler dar faillik kavramının benimsendiği bir sistemde tipikliği genişletici nitelikteki düzenlemelerdir. Bu hükümlerin olmaması halinde suçun kanuni tanımında yer alan hareketi doğrudan gerçekleştirmeyen kişinin ceza sorumluluğunun bulunması mümkün olmayacaktır. Bu ilkeler ışığında şerikliğe ilişkin düzenlemeler icrai hareket alanında olduğu gibi ihmali hareket alanında da tipikliği genişletici bir işlev görmektedir.

Meseleyi salt hareketsizliğin manevi yardım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasından ele alırsak, harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü bulunan kimsenin bu hareketi gerçekleştirmeyerek suça yardımda bulunmasının teorik olarak mümkün olduğunu, hatta bu nedenle ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının bir mesele olarak ele alındığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda, çalışmamızın ikinci bölümünde ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar çerçevesinde her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. İhmali suçların türleri bağlamında birer

---

<sup>318</sup> Mahmut Koca, “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, **CHD**, C. 5, No: 12, 2010, s. 33.

<sup>319</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 775.

örnek vermek gerekirse: Issız bir yerde kaza yapmış bir araca rastlayan iki kişiden birinin cep telefonu bulunmaktadır. Kazayı bildirme olanağına sahip olmayan ve yardım da edemeyecek durumda olan kişi, diğerinin polisi arayıp aramamakta kararsız olduğunu söylemesi üzerine sessiz kalır ve karşısındaki buna olumsuz bir anlam yükleyecek olursa ihmali hareketle manevi yardımın gerçekleştiğini söylemek mümkün olabilecektir. Buradaki mesele tamamıyla iştirak iradesinin bulunup bulunmadığını tespit bakımından ispat meselesidir. Bir diğer örnekte annenin acıkan çocuğu beslememesine, kendisi yatalak olan ve hareket edemeyen babanın sözlü olarak dahi müdahale etmemesini gösterebiliriz.

Öte yandan şu noktayı ayrıca açıklığa kavuşturmak gereği duyuyoruz. Salt bir yerde bulunmak ihmali hareket teşkil etmeyebilir. Bu bağlamda, suç mahalline birlikte gidip suçun işlenmesi esnasında hiçbir şey yapmadan orada bekleyen kişinin icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek failliği tartışılmamalıdır. Zira burada asıl olan hiçbir şey yapmamak değildir, kişi oraya gitmiştir, hareket orada bulunma eyleminin kendisidir ve icrai hareket teşkil etmektedir. Buna karşın suç mahallinde önceden bulunan ve suçun işlenmeye başlamasından sonra da oradan ayrılmayan ve hiçbir eylemde de bulunmayan kişinin ihmali hareketinden söz etmek mümkündür. Bu hareketin hukuken harekete geçmek yönünde bir yükümlülüğün bulunması durumunda ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin ilkeler çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir.

### III. İHMALİ SUÇA İŞTİRAK

#### A. Faillik

##### 1. Müşterek Faillik

Bir görüşe göre ihmali suçlarda hareket etme yükümlülüğü altında bulunan birden fazla kişi birlikte suç işleme kararına istinaden yükümlülüklerini yerine getirmediğinde müşterek faillik olarak sorumlulukları söz konusu olur<sup>320</sup>. İhmali suçların müşterek faillik halinde işlenmesi mümkündür; ancak bunun için suça katılanların birlikte suç işleme kararının bulunması, bu karara istinaden hareket üzerinde fonksiyonel hakimiyet tesis etmeleri ve her

---

<sup>320</sup> Koca, Üzülmmez, **Genel Hükümler**, s. 462; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu, Ünver, **Suç Teorisi**, 2. Kitap, s. 401, 40; Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 279, 280; Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 334.

birinin özel faillik vasfını taşıması gerekmektedir<sup>321</sup>. İhmali suçlarda müşterek failliği kabul eden yazarlar bunun için yükümlülük ihlalinin birlikte suç işleme kararına dayanması gerektiğine vurgu yapmaktadır<sup>322</sup>. En azından fiilin işlendiği anda kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirilmeme yönünde bir ortak iradenin oluşması gerekmektedir<sup>323</sup>. İlâveten, icrai suçlarda olduğu gibi, müşterek faillik için fiil üzerinde hakimiyet, bu bağlamda istenmeyen neticenin önlenmesine yönelik olarak faillerin her birinin maddi-fiziki imkanının bulunması gerekmektedir. Bu itibarla Yurtlu'ya göre, evlilik dışı ilişkiden doğan çocuğu beslemeyerek ondan kurtulma düşüncesini çocuğun yurt dışında bulunan babasıyla paylaşan ve onayını alan anne ihmali suçun faili iken babanın fiil üzerinde hakimiyeti bulunmaması sebebiyle şerik olarak sorumlu tutulması isabetli olacaktır<sup>324</sup>.

Gerçek ihmali suçların müşterek faillik halinde işlenmesi kural olarak mümkündür<sup>325</sup> ve bu suçların aynı zamanda özgü suç niteliğinde olması halinde iştirak için bağıllık kuralına ilişkin hükümleri de dikkate almak gerekmektedir<sup>326</sup>. Gerçek olmayan ihmali suçlarda da müşterek faillik mümkün olmakla birlikte bunun için birlikte suç işleme kararına istinaden yükümlülük altında olan birden çok kişinin fiil hakimiyetini de sağlar şekilde suça iştirak etmiş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>327</sup>. Bu suçlar yükümlülük suçu niteliğinde olduğundan özel yükümlülük altında olmayan kişinin doğrudan fail olamadığı gibi müşterek fail de olamayacağı kabul edilmektedir<sup>328</sup>. Neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan kişinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi yönünde azmettirilmesi durumunda şayet azmettiren de neticeyi önleme yükümlülüğü altındaysa bir görüşe göre burada müşterek faillik kurumunun dikkate alınması gerekir<sup>329</sup>.

<sup>321</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 760.

<sup>322</sup> Bkz.: Gökçen, Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi”, s. 23. Ancak yazarların ihmali suçlarda müşterek failliğin söz konusu olabileceğini belirttikten sonra verdikleri örneklerden birinde infaz koruma memuru birlikte suç işleme kararına istinaden kapalı tutması gereken kapıyı açık bırakmakta ve kapıdan çıkan B, C'yi öldürmektedir. Burada memurun 83. Madde, B'nin ise 81. Madde bağlamında sorumluluğunun söz konusu olacağı belirtilmişse de kanaatimizce bu olayda müşterek faillik değil, iki ayrı suçun müstakil faili olarak sorumluluk söz konusudur.

<sup>323</sup> Gökçen, Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi”, s. 23; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 292; Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 334.

<sup>324</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 334, 335.

<sup>325</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 282; Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 335.

<sup>326</sup> Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik”, s. 125.

<sup>327</sup> Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik”, s. 126.

<sup>328</sup> Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik”, s. 126.

<sup>329</sup> Bkz.: Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik”, s. 127.

Bir görüşe göre ise gerçek olmayan ihmali suçlarda müşterek faillik mümkünken gerçek ihmali suçlarda her bir kişinin kendisi adına ihmali söz konusudur<sup>330</sup>.

*Kaufmann*'a göre, ihmalde bir hareketin ve ihmal kastının varlığından söz edilemez. Dolayısıyla ihmali suçlarda ortak bir suç işleme kastının varlığı da söz konusu değildir<sup>331</sup>. Sözgelimi elli yüzücü, bir çocuğun boğulmasını hareketsiz izler ve dolayısıyla her biri ihmalde bulunursa da bunu birlikte yapmazlar. Her biri ihmali suçun failidir ve yan fail olarak nitelendirmek mümkündür<sup>332</sup>.

İhmali suçlarda müşterek failliğin, ihmal üzerinde hakimiyetin mümkün olmaması ve ceza sorumluluğunun özel yükümlülüğünün ihlaline dayanması sebebiyle toplu yükümlülük ihlallerinde söz konusu olabileceği de ifade edilmekte, ihmali davranış sahibinin suça katkısının türünün önemli olmadığı dile getirilmektedir<sup>333</sup>. Ayrıca ihmali davranış sahiplerine ihmalden ötürü sorumluluğun karşılıklı olarak isnat edilebilmesi gerekmektedir<sup>334</sup>. Ancak gerçek olmayan ihmali suçlarda müşterek failliğin bir koşulu olan suça sunulan katkıların müşterek faillere karşılıklı olarak isnat edilebilmesine gerek bulunmadığı, çünkü ihmalde bulunan her bir kişinin bütün olarak suçtan sorumlu olduğu ifade edilmektedir<sup>335</sup>.

İhmal yoluyla müşterek faillikte her bir müşterek failin eyleminin diğerine isnadiyeti, ortak suç işleme kararının anlamı ve fiilin ihmal yoluyla birlikte işlenmesi konusunda yapısal zorluklar karşımıza çıkmaktadır<sup>336</sup>. Birden fazla kişinin ortak suç işleme kararına istinaden hareket yükümlülüğünü yerine getirmemeleri halinde ilk etapta ortak karar bakımından bir sorun yok gibi görünmektedir<sup>337</sup>. Ancak burada bakılması gerekenin, ortak suç işleme kararının icrai suçlarda müşterek faillikte olduğu gibi bir işlev gerçekleştirip gerçekleştirmediği, bu karar olmasaydı da kişilerin aynı şekilde sorumlu tutulup tutulmayacakları olduğu söylenmektedir. Bir diğer deyişle, anlaşmanın faillerin ihmali hareketlerinden ötürü sorumlulukları bakımından değişiklik yaratacak herhangi bir işleve sahip olup olmadığı değerlendirme konusu

<sup>330</sup> Bkz.: Meyer, Allfed, **Strafrecht**, s. 196.

<sup>331</sup> Kaufmann, **Unterlassungsdelikte**, s. 189.

<sup>332</sup> Kaufmann, **Unterlassungsdelikte**, s. 189.

<sup>333</sup> Bkz.: Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 281.

<sup>334</sup> Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 281.

<sup>335</sup> Bkz.: Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 282, 283.

<sup>336</sup> Bu konularda ayrıntılı değerlendirme için bkz.: Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 135 vd.

<sup>337</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 136.



yapılmaktadır<sup>338</sup>. Ortak suç işleme kararının, ihmal yoluyla müşterek faillik vakaları bakımından ya önemsiz olduğu ya da icrai hareket yoluyla müşterek faillik vakalarındaki gibi karşılaştırılabilir bir işleve sahip olmadığı savunulmakta ve bu durumun ihmal yoluyla müşterek failliğin bir hukuki kurum olarak tanınmasının önüne geçtiği ifade edilmektedir<sup>339</sup>.

Bazı yazarlarca ihmali suçların her iki türü bakımından da müşterek failliğin mümkün olduğu savunulmakta, gerçek olmayan ihmali suçlarda bunun için her failin neticeyi önleme yükümlülüğü altında olması gerektiği ilave edilmektedir<sup>340</sup>. Tartışmalı olan bir husus, ihmali hareket ve icrai hareketin müşterek faillığe birlikte vücut verip veremeyeceğidir. Bu noktada öğretilde ifade edilen bir görüş, gerçek olmayan ihmali suçlarda kimin yardım eden kimin ise fail iradesiyle hareket ettiğinin ve fiil hakimiyetinin ne şekilde anlaşılacağına kolay olmaması sebebiyle faillik ve şeriklik arasında ayırım yapmanın da kolay olmayacağı yönündedir<sup>341</sup>.

Müşterek failliğin oluşum sürecinin birlikte şekillendirilmesi unsuru ihmali suçlarda söz konusu olmamaktadır; ancak birden fazla yükümlülük sahibinin ortak bir kararla yükümlülüklerini yerine getirmemesi durumunda ihmali suçun müşterek faillik şeklinde işlendiğini söylemek mümkün olacaktır<sup>342</sup>. Burada müşterek faillik harekete geçmemek yönündeki ortak karar ve buna karşılık gelen bir olayın gerçekleşmesine izin verilmesi yönündeki mutabakat şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>343</sup>. İhmali müşterek failliğin (*Unterlassungsmittäterschaft*) cezai sorumluluk için önemli olanın bireysel ihmal olması karşısında gereksiz görülebileceği ve muhtemelen sadece § 30 II anlamında hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılabilirliği ile bağlantılı olarak bir anlam ifade edeceği dile getirilmektedir. Sözgelimi bir anne ve baba çocuklarını beslememek üzere anlaşılırsa bu

<sup>338</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 136, 137.

<sup>339</sup> Mosenheuer, **Unterlassen und Beteiligung**, s. 138.

<sup>340</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, § 6, s. 414, kn. 737.

<sup>341</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, § 6, s. 414, kn. 737.

<sup>342</sup> Schmidhäuser, **AT**, Kapitel 17, s. 705, kn. 3. Y.12.CD.'nin 21.1.2021 tarihli, 2019/3783 E. ve 2021/511 K. sayılı kararına konu olayda, yirmi gündür hasta olduğunu beyan ettikleri bebeği sağlık kuruluşuna götürmemiştir. Otopsi raporuna göre bebeğin beslenme yetersizliğine bağlı olarak öldüğü anlaşılmaktadır. Bu olay bakımından yerel mahkeme anne ile babanın taksirle öldürmeden sorumlu tutulmasına karar vermiş, ancak CD. Suçun niteliğinin ihmali davranışla kasten öldürme olduğu gerekçesiyle söz konusu hükmü bozmuştur. Daire'nin kararında iştirak konusuna ilişkin herhangi bir değerlendirmeye ise rastlanmamaktadır. Karar için bkz.: (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim:17.11.2023.

<sup>343</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 705. Karş. Maurach, **AT**, s. 661; Roxin, **TuT**, s. 469.

§ 212 ve §13 için § 30 II anlamında bir suç işleme anlaşması (*Verabredung des Verbrechens*) olarak kabul edilebilecektir<sup>344</sup>.

İhmali müşterek faillik ihmalin salt bir yardım etme niteliğinde kalmadığı hallerde mümkündür<sup>345</sup>. Ayrıca azmettiren kişi de yükümlülük altında ise artık müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerekir<sup>346</sup>.

Garantörsel yükümlülük altında bulunan birden fazla kişinin müşterek bir karara istinaden yükümlülüklerine aykırı olarak tipik neticenin meydana gelmesini engellemediği durumlarda, ihmali suç müşterek faillik şeklinde işlenmiş olur<sup>347</sup>. Aynı değerlendirmeyi gerçek ihmali suçlar bakımından da yapmak mümkündür. Sözgelimi yol kenarında yatan bir yaralıya tesadüf eden iki kişi ortak bir karar ile yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmezler ise TCK'nın 98. Maddesi müşterek faillik halinde işlenmiş olacaktır. Buna karşın icrai davranışla işlenen bir suça ihmali davranışla müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmadığı hakim düşüncedir<sup>348</sup>. Bu durumda ihmali davranış icrai hareketle işlenen suça yardım niteliği arz ettiğinden ihmalde bulunan yardım eden olarak şerik sıfatıyla sorumlu tutulacaktır<sup>349</sup>. Anayasa Mahkemesinin 30.06.2011 tarihli 2010/52 Esas ve 2011/113 Karar sayılı kararında<sup>350</sup> ayrıntılarına yer verilen ve Genç Asliye Ceza Mahkemesindeki davaya konu olan olayda 15 yaşını doldurmamış olan çocuğa karşı kardeşleri tarafından zincirleme şekilde işlenen cinsel istismar suçuna durumu bilmesine karşın anne sessiz kalmıştır. Suçu bildirmeme suçunun işlendiği iddiasıyla anne hakkında açılan davada Cumhuriyet Savcısı tarafından TCK'nın 278. Maddesinde düzenlenen suçu bildirmeme suçunun Anayasanın 38. Maddesinin beşinci fıkrasında yer alan nemo tenetur ilkesine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle somut norm denetimi yoluna başvurulmuştur. Öğretide ise bu olayla ilgili olarak annenin sorumluluğunun suçu bildirmeme suçu ile ilişkili biçimde incelenmesi eleştirilmiş<sup>351</sup>, burada annenin suçun

<sup>344</sup> Schmidhäuser, AT, s. 705.

<sup>345</sup> Schmidhäuser, AT, s. 705.

<sup>346</sup> Çakır, **Müşterek Faillik**, s. 287.

<sup>347</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 189.

<sup>348</sup> Bkz.: Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 190; Koca, “Suçun Özel Görünüş Şekilleri”, s. 113.

<sup>349</sup> İzzet Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, No: 1-2, 2014, s. 6.

<sup>350</sup> Karar metni için bkz.: (Çevrimiçi) <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, Erişim: 06.11.2023.

<sup>351</sup> Suçu bildirmeme suçu işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması hala mümkün olan suçlar bakımından söz konusudur. Suçun işlenmesini önleme yükümlülüğü bulunmamasına rağmen suçu bildirme yükümlülüğü bulunabilir. Bkz.: Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak”, s.9.

işlenmesini önleme yükümlülüğü olması sebebiyle icrai hareketle işlenen cinsel istismar suçuna ihmali hareketle yardım eden olarak iştirak ettiği ifade edilmiştir<sup>352</sup>.

İhmali suçlarda aynı yükümlülük altında bulunan kişilerin müşterek fail olarak sorumlu olabileceğini kabul etmek gerekir. Bunun için her bir katılımcının hareketsizliğinin suçu oluşturabilmek açısından bir diğerinin hareketsizliğine katı bir biçimde bağlı olması gerekmemelidir. Zira müşterek faillik için fonksiyonel hakimiyet gerekmele birlikte bu katı bir işbölümü yapılması gerekliliğini doğurmamakta, aynı hareketin birden fazla kişi tarafından yapılması ve böylelikle suçun başarıya ulaşma şansının artırılması da müşterek faillik için yeterli olmaktadır. Sözgelimi aynı kişiye karşı silahla birden fazla kişinin ateş etmesi durumunda gerçekleştirilen hareketler normal şartlar altında bir kişi tarafından da gerçekleştirildiğinde kasten yaralama/öldürme suçu için yeterli olmakta ve fakat suçun başarıya ulaşması için bu hareketi birden fazla kişi müşterek faillik şeklinde gerçekleştirebilmektedir. Benzer şekilde ihmali hareket açısından bir değerlendirme yapacak olursak, olay yerinde birden fazla kişinin bulunduğu durumlarda birinin yardım veya bildirimde bulunma yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda diğerinin yardımı ile kurtarılma şansı nispeten azalacak veya en azından azalma ihtimali olacaktır. Bu nedenle yazarların belirttiği gibi yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali durumunda her bir kişinin yükümlülüğünün birbirinden bağımsız olduğu yönündeki değerlendirmeye katılmıyor, bu yükümlülük ihlallerinin birlikte suç işleme kararına istinaden gerçekleştirilmesi durumunda müşterek faillik için söz konusu olan suçun başarıya ulaşma ihtimalini artırmaya yönelik işbirliği şartını gerçekleştirebileceğini düşünüyoruz.

İhmali suçlarda müşterek faillik konusunda örnek verilebilecek olan olaylardan biri Y. 1. CD.'nin 23.6.2021 tarihli, 2020/164 E. Ve 2021/11082 K. Sayılı kararına konu olmuştur. *“Maktul ...'in sanık ...'nin eşi, diğer sanıklar ... ve ...'in de sanık ...'nin anne ve babaları oldukları, sanıklar ve maktulün aynı ikamette yaklaşık 8 yıl birlikte yaşadıkları, maktulün ikinci çocuklarına hamile olduğu sırada rahatsızlıklarının başladığı, söz konusu dönemde sanık ...'nin maktulü Kasım 2010 ve Mart 2011 tarihlerinde maktulün belini doğrultamaması nedeni ile Erzurum Bölge Eğitim ve Araştırma Hastanesine tedavi yaptırmak amacı ile götürdüğü, maktule hastanede bir takım tedavilerin uygulandığı, ancak maktulün sağlık durumunun*

---

<sup>352</sup> Bkz.: Özgenç, “İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak”, s. 8-10.

zamanla kötüleşmeye başladığı ve maktulün zaman ile hiç yürüyemez ve sınırlı biçimde hareket edebilecek hale geldiği, aynı evde yaşayan sanıkların maktulün sağlık durumunun iyi olmamasına rağmen herhangi bir tıbbi müdahale uygulatmadıkları, maktulü evin tuvaletine sert bir tahta parçasının üzerine yatırarak söz konusu müdahale anına kadar yaklaşık 3 ay süre ile tuvalette yaşamasına zorladıkları, maktulün tuvalette geçirdiği süre içerisinde "zaman zaman" yiyecek ihtiyaçlarının giderildiği, ancak son 3 ay içerisinde hiç bir şekilde banyo ve diğer temizlik ihtiyaçlarının giderilmediği, bu koşullarda hareketsiz bir yaşam süren maktulün durumunun giderek kötüleşmeye başladığı ve vücudunda ölümü ile nedensellik bağı oluşturabilecek derecede yaralar oluştuğu, olayın ihbarı üzerine kolluk kuvvetlerince maktulün ve Karaaslan soyadlı sanıkların ikamet ettiği yere gidildiği, 18.07.2012 tarihli kolluk kuvvetleri tarafından tutulan tutanağa göre maktulün tuvalette kırmızı renkli bir sandalyede hareketsiz bir biçimde oturduğunun tespit edildiği, maktulün alınan ilk adli muayene raporunda "genel durumunun kötü, yatmaya bağlı ayak üstlerinde, bilek kısımlarında, kalça kısmında yatmaya bağlı oluşan yaraların mevcut olduğu, hayatı tehlikesinin bulunması nedeni" ile ... Dışkapı Yıldırım Beyazıt Eğitim ve Araştırma Hastanesinde tedavisine devam etmesi için sevk edildiği, ancak maktulün söz konusu hastanede 25.07.2012 tarihinde vefat ettiği" olayla ilgili olarak eş ile kayın valide ve kayın peder hakkında yerel mahkeme tarafından kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçundan mahkumiyet hükmü kurulmuş; ancak bu hüküm CD.'nce cezanın alt sınırdan belirlenmiş olması sebebiyle bozulmuştur. Görüldüğü üzere kararda tartışılan hukuki mesele suç vasfının tayinine ilişkin olmayıp, somut cezanın belirlenmesi ile alakalıdır. Öte yandan merciler tarafından gerek kayınpeder ve kayınvalidenin garantörlük sıfatının bulunup bulunmadığı, gerekse iştirak bağlamında bir incelemenin yapılmadığı görülmektedir. Kayınpeder ve kayınvalidenin uzun yıllar maktulle birlikte aynı çatı altında yaşamış olması ile fiili hayat birlikteliği ve toplumsal ilişkiler bakımından birinci dereceden kayın hısımlığının ifade ettiği anlam da dikkate alındığında, garantörlüğün temelinde yatan yakın bağı kurulduğunu söylemek ve bu kişileri garantör olarak kabul etmek bizce mümkündür. Bunu tespit ettikten sonra neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyen birden fazla kişinin bu olay bakımından fail mi yoksa şerik olarak mı sorumlu tutulacaklarını belirlemek gerekmektedir. Çalışmanın ikinci bölümünde yaptığımız açıklamalara da atıfta bulunarak burada iki adımdan oluşan bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. İlk adım, garantörsel yükümlülüğün kapsamını ve amacını tayin etmekle ilgilidir. Yükümlülüğün amacının neticenin meydana gelmesini önlemek mi yoksa meydana gelmesi riskini artırmamak

mı olduğu tespit edilmelidir. Olay bakımından yükümlülüğün amacı bakıma ve tedaviye muhtaç olan kişinin bu tedaviyi almasını sağlamak ve meydana gelebilecek olan yaralanma veya ölüm neticesini önlemektir. Bu belirleme yapıldıktan sonra ikinci aşamaya geçilmeli ve garantörlerin nedensel akış içinde neticeyi önleme güçlerinin bulunup bulunmadığı ile ilgili bir inceleme yapılmalıdır. Maktülün en azından beslenme ve bakımı için yeterli güce sahip olan her bir sanığın hareketsiz kalmakla meydana gelen ölüm neticesinin faili olarak sorumlu tutulması gerektiğini söylemek mümkündür. Bu noktada failliğin türü üzerinde ayrıca durulmalı, iştirak açısından bir inceleme yapılmalıdır. Maktule gereken bakımın verilmemesi yönünde fiilen oluşmuş zımni bir uyuşmanın söz konusu olduğu, dolayısıyla birlikte suç işleme kararının örtülü de olsa mevcut olduğu söylenebilecektir. Müşterek failliğin ikinci koşulu olan suçun birlikte işlenmesi, bu bağlamda fonksiyonel hakimiyetin ihmalî suçlarda söz konusu olup olmayacağı meselesi gündeme gelmektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, neticeyi önleme yükümlülüğü altında olan kişilerden her birinin aktif hareketi neticenin meydana gelmesi riskini biraz daha azaltacaktır. Bu nedenle birlikte suç işleme kararına istinaden girilen hareketsizlik hali neticenin meydana gelme riskini de bir o kadar artırmaktadır ve bizce bu birliktelik hali icrai suçlarda aynı hareketin birden fazla kişi tarafından yapılarak sonucun meydana gelme olasılığının artırılmasına benzer. Ayrıca suçun birden fazla kişi tarafından işlenmesi halinde başarıya ulaşma olasılığının yüksek olması, suça katılanların suçu işleme yönündeki kararlılıklarını da artırmaktadır.

## 2. Dolaylı Faillik

İhmalî suçlarda dolaylı faillik konusu altında ele alınması gereken bir diğer husus ihmalî dolaylı faillik denilen statüdür. Fakat bazı yazarlar “ihmalî dolaylı faillik” ifadesini, ihmalde bulunanın arka plandaki değil ön plandaki kişi olması sebebiyle hatalı bulmaktadır<sup>353</sup>. Bu durumda, hareket etme yükümlülüğü altında bulunan kişinin bir başkası tarafından engellenerek neticenin meydana gelmesine neden olunmaktadır<sup>354</sup>. Bu noktada arka planda kalan ve hareket yükümlülüğü bulunan kişinin harekete geçmesini engelleyen kimsenin ne şekilde sorumlu tutulacağı konusu tartışmalıdır<sup>355</sup>. Bir görüşe göre, bu tip olaylarda arka plandaki kişi

<sup>353</sup> Özyüksel, “Dolaylı Faillik”, s. 268, dn. 1291. Aynı yönde Merve Selin Şohoğlu, “Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, (Yayımlanmamış) Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2016, s. 40.

<sup>354</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 473.

<sup>355</sup> Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 473.

garantördür ve araç konumundaki kişi onun etkisiyle hareketsiz kaldığında arka plandaki kişi pozitif hareketiyle fiil hakimiyetini üstlenmektedir<sup>356</sup>. Bir başka fikre göre, bu tür olaylarda ihmali hareketle dolaylı faillik değil, icrai hareketle doğrudan faillik söz konusudur<sup>357</sup>. Sözgelimi *Özyüksel*, garantör sıfatı bulunmayan bir kişinin bu sığata sahip olan ve yükümlülüğünü yerine getirmek isteyen bir kimseyi engellemesi durumunda arka plandaki kişinin icrai bir davranış gerçekleştirdiğı için icrai suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulması gerektiğı görüşündedir<sup>358</sup>. *Koca/Üzölmez*, bu olaylarda *extraneus*'un işlenen gerçek olmayan ihmali suçta, dolayısıyla özgü suçta azmettiren olarak katıldığını kabul etmek gerektiğini savunmaktadır. Ancak burada *extraneus*'un hareketinin başkaca bir suç oluşturup oluşturmadığının araştırılması gerektiğı ifade edilmekte, sözgelimi cebir ve tehdit ile garantörün ölüm neticesinin meydana gelmesini önlemesine engel olma durumunda, meydana gelen ölüm neticesi arkadaki kişiye objektif olarak isnat edilebiliyorsa 81. madde uyarınca fail olarak kasten öldürmeden sorumluluğun da gündeme geleceğı dile getirilmektedir. Bu ihtimalde failliğın şerikliğı önceliğı prensibi gereğince 81. maddeden fail olarak sorumluluk söz konusu olacaktır<sup>359</sup>.

*Yurtlu*'ya göre, ihmali suçta icrai davranışla dolaylı faillik bakımından, bunu mümkün gören görüşün de Alman doktrininde baskın olan ve bu durumda icrai davranışın doğrudan failliğının söz konusu olacağını söyleyen görüşün de haklı yönleri bulunmaktadır. Garantör konumundaki kimsenin kurtarma sürecini icrai davranışıyla sekteye uğratan kişi hem ihmali suç bakımından dolaylı fail hem de icrai davranışıyla fiil üzerinde hakimiyet sağladığı için icrai suçun doğrudan failidir. Bu durumda icrai suç sebebiyle doğrudan faillige öncelik tanımak gerekir. Zira özgü suçlarda dolaylı faillik için özel faillik vasfının taşınması gerektiğı dikkatten kaçırılmamalıdır<sup>360</sup>. O halde bu durumda cebir, tehdit veya hile ile kurtarma sürecini sekteye uğratan kişinin ihmali suçun dolaylı faili olabilmesi için garantör konumunda olması gerekmektedir. Kurtarmaya yönelik süreci icrai davranışıyla sekteye uğratan bu kişi aynı

<sup>356</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 284. *Koca/Üzölmez* de eserlerinin 14. Basısına kadar bu fikri benimsediklerini, ancak özgü suçlarda dolaylı faillige ilişkin açıklamalar karşısında bu fikirden ayrıldıklarını dile getirmektedirler. Bkz.: Koca, Üzölmez, **Genel Hükümler**, s. 479, dn. 1586. Arka plandaki kişinin işlenen ihmali suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulması gerektiğı yönündeki görüş için ayrıca bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 763.

<sup>357</sup> Koca, Üzölmez, **Genel Hükümler**, s. 479; Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 254.

<sup>358</sup> Özyüksel, "Dolaylı Faillik", s. 268.

<sup>359</sup> Koca, Üzölmez, **Genel Hükümler**, s. 479.

<sup>360</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 331.

zamanda garantör ise bu durumda iştirak bakımından üç ihtimal doğar. Bu kimse garantör konumunda olup neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmediği için ihmali suçun doğrudan faili olur. Diğer yandan, özel fail vasfını taşıdığı için ihmali suçun dolaylı failiği de gündeme gelir. Son olarak kurtarma sürecini icrai davranışıyla bizzat engellediği için icrai suçun doğrudan faili olarak sorumluluğu gündeme gelir. Bu ihtimalde biz bu kişinin icrai davranışla işlenen suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulmasına öncelik tanınması gerektiği kanaatindeyiz<sup>361</sup>.

Gerçek olmayan ihmali suçlarda dolaylı faillik incelemesi de özel faillik vasfını taşıyan intraneus'un kasten hareket edip etmemesi ihtimaline göre değişiklik gösterecektir<sup>362</sup>. Sözgelimi B'nin sevk ve idaresindeki otomobil yaya C'ye çarpar ve yaralanmasına neden olur. Araçtan inerek C'yi kontrol eden A, onun yaşadığını görür; ancak hastaneye götürmek istemediği için B'ye ölmüş olduğunu söyler<sup>363</sup>. Bu durumda öngelen tehlikeli hareketten ötürü garantörsel yükümlülük altında olan B'nin kasten hareket ettiğini söylemek mümkün olmayacağından A'nın kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçuna şerik olarak katıldığını söylemek de söz konusu olamayacaktır. A garantör konumunda da olmadığından 83. Maddenin dolaylı faili olarak sorumluluğu da doğmayacaktır. Bu durumda hareketinin başka bir suçu oluşturup oluşturmadığına bakılmalıdır ki somut olay bakımından 98. Maddenin ikinci fıkrası uyarınca ceza sorumluluğu gündeme gelmektedir<sup>364</sup>.

Öğretide gerçek ihmali suçların bir kimsenin araç olarak kullanılması suretiyle işlenemeyeceği için bu suçlarda dolaylı failliğin mümkün olmadığı, ihmali suçlar bakımından dolaylı faillige ilişkin tartışmaların ancak gerçek olmayan ihmali suçlar yönünde bir değeri olduğu da ifade edilmektedir<sup>365</sup>.

Arka plandaki kişi ön plandaki kişinin harekete geçme yükümlülüğünü yerine getirmesini zorlama veya aldatma yoluyla engelliyorsa dolaylı fail olarak sorumluluğu söz konusu olur<sup>366</sup>. Sözgelimi X boğulmak üzeredir ve B onu kurtarmak ister; ancak kendisi yüzme bilmeyen ve başka bir şey de yapamayacak durumda olan T, B'yi silah zoruyla kurtarma

<sup>361</sup> Yurtlu, “İhmali Suçlar”, s. 332.

<sup>362</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 478.

<sup>363</sup> Hakeri, **İhmal Kavramı**, s. 285.

<sup>364</sup> Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 478.

<sup>365</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 8.

<sup>366</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 710. Ayrıca bkz.: Roxin, **TuT**, s. 472.

eyleminden alıkoyar. Bu durumda T, X'in kasten öldürülmesinden dolayı fail olarak sorumlu tutulmalıdır<sup>367</sup>. Schmidhäuser tarafından verilen bir diğer örnekte yangına müdahale etmek için yola çıkan itfaiye görevlileri A tarafından aldatılarak yolun uzamasına neden olunur. Bu nedenle çok geç kalınır ve yangın söndürülemez. Bu örnekte A'nın dolaylı fail olarak kundaklama suçunu işlediği dile getirilmiştir<sup>368</sup>. Bu gibi durumlarda, ön plandaki kişiyi engelleyemediği oluşum sürecinin arka plandaki kişiye kendi fiili olarak objektif olarak isnat edilebileceği ifade edilmektedir. Yazara göre bu olaylar, neticeye karşı savunmanın aktif olarak engellendiği olaylara paralellik arz etmektedir; ancak aradaki fark, aktif engel olmada failin kurtarma hareketini fiziksel olarak imkansız hale getirmesi söz konusu iken dolaylı failliğin devreye girdiği yukarıda örnek verilen olaylar bakımından failin harekete geçmeye istekli bir kimsenin ruhsal olarak etkilemesi ve karar verme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlandırmasının mevzu bahis olmasıdır<sup>369</sup>. Yazar burada bahsedilen hallerde dolaylı bir ihmali suçun değil, icrai suçun dolaylı failliğinin söz konusu olduğunu ifade etmektedir<sup>370</sup>.

İhmali hareketle dolaylı failliğin mümkün olup olmadığı konusunda yukarıda ihmal ve icranın doğdukları kaynak ve ceza hukuku sahasına girdikleri an itibarıyla farklılık arz ettiğini dile getirmiştik. Bu farklılık dolayısıyla ihmali hareketle dolaylı failliğin belirli koşullar altında mümkün olabileceğini burada kısaca tekrar etmekte fayda bulunmaktadır. Bu bağlamda kaynağı farklı davranış normları olan icra ve ihmali aynı norm üzerinden cezalandırılabilmesi için suç teşkil eden harekete ilişkin kanuni tanımın ya kavramsal olarak ihmali de kapsamı veya aynı kanuni tanımın suçun ihmali hareketle de işlenebileceğini açıkça öngörmesi gerekir. Aksi halde ihmali harekette bulunan kişi, emir normuna riayet etmediği halde yasak normuna aykırı bir hareketten cezalandırılmış olacaktır. Burada TCK'nın 28. Maddesinin işlevinden bahsetmek ve söz konusu hükümle ihmali hareketle dolaylı failliğin cebir veya tehdidin söz konusu olduğu durumlarda teorik olarak mümkün hale geldiğini tekrar ifade etmek gerekir. Öte yandan icrai hareketle garantörsel bir yükümlülüğün gerçekleştirilmesine engel olması durumunda, arka plandaki kişinin icrai bir hareketi olmakta ve ontolojik bir varlığı bulunan bu hareketin ceza hukuku sahasına girmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğe ihtiyaç bulunmamaktadır. Arka plandaki kişinin söz konusu suçla korunan hukuki değeri ihlal etmesi

<sup>367</sup> Schmidhäuser, AT, s. 710, 711.

<sup>368</sup> Schmidhäuser, AT, s. 711.

<sup>369</sup> Schmidhäuser, AT, s. 711.

<sup>370</sup> Schmidhäuser, AT, s. 711.



icrai hareketle de mümkün olmakta ve fakat harekete bağı maddi bir unsur olarak özel yükümlölük altında olmamak, bir diğ er deyiş le özgü niteliğı haiz olmamak onun gerçek olmayan ihmali suçun dolaylı da olsa faili olmasını engellemektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlar bir gerçek özgü suç niteliğı gösterse de garantörsel yükümlölüğün özel faillik vasfından bir noktada farklılaştığını düşünmekteyiz. Zira bu yükümlölük hareketi ceza hukuku sahasına dahil etme işlevi görmekte ve bu anlamda harekete bağı bir nitelik göstermektedir. Bu nedenle özgü suçlarda iştirak ve bu bağlamda dolaylı faillğe ilişkin benimsediğimiz görüşten burada bir ölçüde ayrılmak gereğı görüyoruz. Bu itibarla garantörsel yükümlölük altında olmayan arka plandaki kişinin ön plandaki garantörün işlediğı gerçek olmayan ihmali suçun prensip olarak faili değıl ancak şeriki olabileceğini, ancak bu noktada TCK md. 28'deki hüküm gereğı dolaylı faillik vasfını kanunla kazanabileceğini düşünüyörüz. Bu bağlamda 28. maddenin özgü suçlarda dolaylı faillik bakımından çifte fonksiyonu bulunmaktadır: Özel faillik vasfını ve harekete bağı bir unsur olarak garantörlüğü sağlamaktadır.

## **A. Şeriklik**

### **1. Azmettirme**

İhmali suç a azmettirmenin mümkün olduğı genel olarak savunulmaktadır; ancak burada dikkat edilmesi gereken, azmettirenin kendisinin de bir yükümlölük altında olup olmadığı, bu bağlamda işlenen suçun faili olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir<sup>371</sup>. Bir görüşe göre ihmal yoluyla azmettirmenin mümkün olup olmadığı ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağına bağıdır. Bu bağlamda öncelikle azmettirenin de asıl failin ihlal ettiğı hukuki değ er bakımından garantör durumda olması gerektiğı ifade edilmektedir<sup>372</sup>. Bir kimsenin asıl faile garantörlüğü altındaki bir kişinin öldürölmesine sevk eden ifadeler içeren bir mektup yazması, daha sonra fikrini değıştirmesi, ancak yok edildiğı düşünölen mektubun yola çıkmış olması ihtimalinde mektubu yazan kişi onun muhatabına varmasını engelleyecek bir şey yapmaz da söz konusu öldürme suçu mektubun muhatabı tarafından işlenirse, mektubu yazan kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulabileceğı, ihmali suçun faili olamayacağı, zira

---

<sup>371</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 98.

<sup>372</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 100.

neticenin asil failin tamamen suç teşkil edecek şekilde hareket etmesine bağlı olduğu ileri sürülmektedir<sup>373</sup>.

*Tezcan/Erdem/Önok*'a göre, yapısı gereği yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali suçuna ancak azmettirme veya yardım etme şeklinde iştirak mümkündür<sup>374</sup>. Aynı yükümlülük altında olan birden fazla kişinin yükümlülüğü birbirinden bağımsız olduğu için bunlar yan faillik halindedir<sup>375</sup>. Öte yandan yardım ve bildirim yükümlülüğü altında olan bir kimsenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesini engelleyen kişi bu suçtan değil, tamamlanmış veya teşebbüs aşamasında kalmış kasten öldürme ya da yaralama suçundan sorumludur<sup>376</sup>.

*Kaufmann* ihmale azmettirmenin de mümkün olmadığını, zira bir ihmal kastının mevcut olmadığını ve bu nedenle bir suç işleme kararının oluşturulması şeklindeki azmettirmeye ilişkin unsurun gerçekleşmeyeceğini ifade etmektedir<sup>377</sup>.

Öğretide ihmali suça icrai hareketle azmettirmenin de mümkün olmadığını, zira ihmalde icrai suçlardaki gibi bir kastın bulunmadığını savunan yazarlara karşı, bunun böyle olmadığı, ihmali hareketi gerçekleştiren kişide bir müdahale etmeme kararı bulunduğunu ve dolayısıyla kastının olmadığının söylenemeyeceği itirazında bulunulmakta ve bu suçlara da azmettirmenin mümkün olduğu dile getirilmektedir<sup>378</sup>. Bunun için azmettirenin karar aldirmaya yönelik aktif hareketi ile ihmalde bulunanın hareketsizliği arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekmektedir<sup>379</sup>.

Hem gerçek olmayan ihmali suçlara hem de gerçek ihmali suçlara azmettirme kuralı olarak mümkündür. Ancak gerçek ihmali suçlarda azmettirmenin söz konusu olabilmesi için azmettiren kişinin normun doğrudan muhatabı olmaması gerekir<sup>380</sup>. Her biri hareket etme

<sup>373</sup> Joecks, Scheinfeld, "Täterschaft und Teilnahme", rn. 100.

<sup>374</sup> Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok, **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016, s. 327. Bu suça azmettirmenin mümkün olduğuna dair ayrıca bkz.: Özlem Yenerer Çakmut, "Türk Ceza Yasası'nda Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)", **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, No: 2, 2007, s. 95. Özbek, Kanbur, Doğan, Bacaksız, Tepe ise bu suç açısından iştirakin ortaya çıkmasının pek mümkün olmadığını ifade etmektedirler. Bkz.: Veli Özer Özbek, Mehmet Nihat Kanbur, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, Güncellenmiş ve Geliştirilmiş 5. Baskı, Ankara: Seçkin, 2013, s. 288.

<sup>375</sup> Tezcan, Erdem, Önok, **Özel Hükümler**, s. 327.

<sup>376</sup> Tezcan, Erdem, Önok, **Özel Hükümler**, s. 327.

<sup>377</sup> Kaufmann, **Unterlassungsdelikte**, s. 191.

<sup>378</sup> Bkz.: Özkan, "Azmettirme", s. 89.

<sup>379</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 90.

<sup>380</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 340.

yükümlülüğü altında bulunan kişilerden biri diğerini azmettirirse bu durumda azmettirmeden değil fail statüsünden sorumluluk söz konusu olur<sup>381</sup>.

Gerçek olmayan ihmali suçlara icrai bir davranışla azmettirme de mümkündür. Doktrinde bunun mümkün olabilmesi için azmettiren kişinin garantör olmaması, aksi halde ihmali suçun faili olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak bize göre böyle bir genel geçer kabulden ziyade her olayda durum ayrıca değerlendirilmelidir. Sözgelimi aynı zamanda garantör durumunda olan azmettiren kişi fiil/süreç üzerinde hakimiyet kuramamışsa azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkündür<sup>382</sup>. Burada, azmettirenin garantör olması cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından dikkate alınmalıdır<sup>383</sup>. Garantör olmayan kişinin gerçek olmayan ihmali suçun azmettirenini olarak sorumlu tutulamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira özel faillik vasfı sadece faillik bakımından aranacaktır<sup>384</sup>. Öte yandan sözgelimi ölüm neticesini önleme yükümlülüğü altında olanlardan biri diğerini yükümlülüğü ihlale azmettirirse bu durumda azmettiren olarak değil, fail olarak sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>385</sup>.

Sonuç itibarıyla hareket etme yükümlülüğü olan birinin zihinsel temas yoluyla davranış önerisinde bulunmak suretiyle harekete geçmemeye sevk edilmesi, hareket etmekten caydırılması durumunda ihmali suça azmettirme söz konusu olabilir<sup>386</sup>. Alman hukukunda bu durum için verilen örneklerden birine göre, yürüyüş esnasında bir çocuğun boğulmakta olduğunu gören A hazırda bulunan botla ona yardım etmek ister ve fakat B onu sözleriyle bu kararından vazgeçirirse TCK md. 98'in karşılığı olan Alman Ceza Kanunu § 323 c uyarınca yardımın ihmali suçuna azmettirme söz konusudur<sup>387</sup>. Fakat B'nin kendisi de aynı suçun asıl muhatabı olarak yardımda bulunma yükümlülüğünü yerine getirebilecek durumda olmasına rağmen yardım etmediği için aynı zamanda fail konumundadır<sup>388</sup>. Burada failliğin şerikliğe nazaran önceliği ilkesi gereğince söz konusu yardım yükümlülüğünün ihlali suçunun faili

<sup>381</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 772; Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 329.

<sup>382</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 341, 342.

<sup>383</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 342.

<sup>384</sup> Yurtlu, "İhmali Suçlar", s. 342, 343.

<sup>385</sup> Bkz.: M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin, Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 157.

<sup>386</sup> Schmidhäuser, **AT**, Kapitel 17, s. 711, kn. 17; Kaufmann, **Unterlassungsdelikte**, s. 190 vd.; Welzel, **Strafrecht**, s. 206.

<sup>387</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 711, 712.

<sup>388</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 712.

olarak ceza sorumluluğuna gidilir. Dolayısıyla B, ancak hareket imkanı olmadığı için yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumdaysa, sözgelimi kolu ampute olduğu için kürek çekemeyecek durumdaysa ve bu nedenle ihmali suçun faili olamıyorsa, azmettiren olarak sorumlu tutulabilir<sup>389</sup>. Ancak başkasının sözü üzerine hareket yükümlülüğünü ihlal eden kişi garantör konumundaysa, sözgelimi somut olay bakımından A çocuğunu kurtarmaktan B'nin sözleriyle vazgeçiyorsa, B'nin bu durumdan etkilenmesi söz konusu olmayacak, o § 323c'ye azmettiren olarak sorumlu olmaya devam edecektir<sup>390</sup>. Zira genel bir ihmalin söz konusu olduğu her yerde bir başkasının garantörlük durumuna şeriklik devre dışı kalmaktadır<sup>391</sup>. Örnekte yer alan ve yardımı sabote eden B boğulan çocuğun babası ise ve yardımda bulunmak için gereken hareket imkanına sahip değilse bu durumda B'nin garantör olarak öldürme suçunun azmettirenini sıfatını kazanacağı ileri sürülmektedir<sup>392</sup>. Ancak bu durumda bağlılık kuralı gereği şerikin kendisine bağlanacağı bir asıl fiil bulunmamaktadır. Zira diğer kişi olan A garantörsel yükümlülük altında olmadığından onun eylemi ancak § 323c uyarınca yardım yükümlülüğünün ihlali suçunu teşkil edecek, onu hareketsiz kalmaya azmettiren B ise garantör olması ve kendisi hareket imkanına sahip olmamakla birlikte olası bir yardımı da bertaraf etmesi sebebiyle kasten öldürme suçunun ihmali davranışla işlenmesi bakımından fail olacaktır. Son tahlilde A ile B'nin iki farklı ihmali suçun müstakil faili olarak sorumlu olacağını söylemek gerekir.

## 2. Yardım Etme

İhmali davranışla kasten öldürme suçuna maddi yardımın mümkün görünmediği, manevi yardımda bulunarak suça iştirak etmenin ise mümkün olduğu dile getirilmektedir<sup>393</sup>. Alman öğretisinde hakim olan görüşe göre, harekete geçmekle yükümlü olan bir kimsenin

---

<sup>389</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 712.

<sup>390</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 712.

<sup>391</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 712. *Schmidhäuser* burada ihmali suçlar bakımından yapılan *Wortlautunterlassen* ve *Auslegungsunterlassen* şeklindeki ayırma, bu bağlamda yorum ihmali (*Auslegungsunterlassen*) olarak da nitelendirilen ve bir icrai suçla denklik ilişkisi çerçevesinde gündeme gelen gerçek olmayan ihmali suçlara ilişkin açıklamalara atıfta bulunmaktadır. Söz konusu açıklamalar için bkz.: Schmidhäuser, **AT**, Kapitel 16, kn. 11 vd.

<sup>392</sup> Bkz.: Schmidhäuser, **AT**, s. 712.

<sup>393</sup> Koca, Üzülmöz, **Özel Hükümler**, s. 146.

hareketsiz kalmaya yönelik kararını kuvvetlendirmek suretiyle ihmali suça yardım mümkündür<sup>394</sup>.

İhmali suça icrai bir hareketle yardım eden olarak katılma durumunda bu katkının her suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi bağlamında manevi yardım olarak nitelendirilmesi yönündeki görüşe karşın Çelen, verdiği örnek üzerinden kimi durumlarda maddi yardımın da söz konusu olabileceğini savunmaktadır<sup>395</sup>. Bu örneğe göre, bir kamu görevlisi olan A kendisine verilen dilekçeyi işleme koymama kararı alır ve B amirinin dilekçeyi görerek bu karardan vazgeçmesini önlemek için onu başka bir mesai arkadaşının çekmecesine koyar, A da bundan haberdar olmasına rağmen duruma itiraz etmezse dilekçenin saklanması şeklindeki icrai hareket ihmali suçun işlenmesini kolaylaştırmış olur ve maddi yardım teşkil eder<sup>396</sup>.

Kaufmann ihmali suça yardım etmenin de “haklı olarak” reddedildiğini, zira ortada gerçek anlamda desteklenecek bir hareket bulunmadığını ve psişik olarak bir suç işleme kararının varlığından da söz edilemeyeceğini savunmakta, yalnızca bir yönlendirme mümkün olabileceğini ifade etmektedir<sup>397</sup>. Mezger/Blei ise ihmale yardım etmenin mümkün olduğunu ve ceza sorumluluğu bakımından genel ilkelere tabi olduğunu ifade etmektedir<sup>398</sup>.

Bir görüşe göre ise ister gerçek ister gerçek olmayan ihmali suç söz konusu olsun, bu suçtan şerik olarak sorumlu tutulabilmesi için o kişinin emredici bir normla ihdas edilen bir yükümlülük altında bulunmaması gerekmektedir<sup>399</sup>. Sözgelimi bir suç planını yetkili mercilere bildirme kararı alarak mektup yazan ve bu mektubu postaya veren kişinin daha sonra başka birinden mektubu geri almasını istemesi durumunda, şayet TCK’nın 278. maddesi kapsamında herkese yönelmiş bir bildirim yükümlülüğü söz konusuysa mektubu geri alan kişi de bu suçun faili olacaktır; ancak md. 279 ve 280 uyarınca bir yükümlülüğün söz konusu olduğu durumlarda bu yükümlülük altında bulunmayan mektubu alan kişi ancak bu suça yardım eden olarak sorumlu tutulabilecektir<sup>400</sup>.

<sup>394</sup> Joecks, Scheinfeld, “Täterschaft und Teilnahme”, rn. 117.

<sup>395</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 293.

<sup>396</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 293.

<sup>397</sup> Kaufmann, **Unterlassungsdelikte**, s. 190, 191.

<sup>398</sup> Mezger, Blei, **AT**, 313.

<sup>399</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 294.

<sup>400</sup> Çelen, “Yardım Etme”, s. 294.

Bu bağlamda *Schmidhäuser*, neticeyi engelleme girişiminin aktif bir hareketle engellenmesi, aynı zamanda bir yükümlünün neticeyi engellemesi anlamına geleceğinden ihmali suça icrai hareketle yardımın gündeme gelmeyeceğini savunmaktadır<sup>401</sup>. Örneğin boğulmak üzere olan çocuğunu kurtarmayan ve cankurtaran A'nın da kurtarma girişimini engelleyen babanın sorumluluğu ihmali suça yardımdan olmayacaktır<sup>402</sup>.

Harekete geçmek ve neticeyi önlemek bakımından hukuki bir yükümlülük altında bulunan kişinin ihmali bir suça icrai hareketle yardım eden olarak katılmasının söz konusu olmayacağı, zira bu kişinin yükümlülüğünü ihlal dolayısıyla ihmali suçun doğrudan faili olacağı yönündeki kabule katılmıyoruz. Yükümlülüğü ihlal ile ihmali suçun doğrudan faili olunacağı muhakkaktır; ancak diğer yandan icrai hareketle ihmali suça yardımda bulunulmuş olması da mümkündür. Bu durumda meselenin suçların içtimasına ilişkin ilkeler çerçevesinde çözüme kavuşturulması gerekir. Sorunu bir örnek üzerinden ele alacak olursak, boğulmakta olan oğlunu kurtarmayan baba, onu kurtarmakla kurtarmamak arasında bocalayan yüzücüyü suyun soğuk, denizin dalgalı olduğu gibi sözlerle kurtarmamaya teşvik ederse manevi yardımda bulunmuş olacaktır. Böylelikle aynı zamanda görülmektedir ki ihmali suça icrai hareketle maddi olarak yardımda bulunmak esasen mümkün değildir. Zira bir gerçekliği bulunmakla birlikte maddi bir varlığı bulunmayan ihmalin araç sağlamak, hareketin gerçekleştirilmesini kolaylaştırmak gibi maddi yollarla desteklenmesi de mümkün değildir. İcrai hareketin maddi bir varlığının bulunması onun ihmali suç bakımından ifade ettiği katkının da maddi nitelikte olmasını sonuçlamayacaktır. Bu nevi hareketler ancak hareketsiz kalmaya teşvik veya bu yöndeki kararı kuvvetlendirme şeklinde bir katkıyı gerçekleştirebilir.

---

<sup>401</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 712.

<sup>402</sup> Schmidhäuser, **AT**, s. 713.

#### **IV. DOĞAL AFETLER VE İŞLETMESEL FAALİYETLER ÇERÇEVESİNDE MEYDANA GELEN ZARARLARIN İHMALİ SUÇLARDA İŞTİRAKE İLİŞKİN İLKELER BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ**

##### **A. Doğal Afetlerin Bir Örneği Olarak Depremın Meydana Getirdiği Zararlar ve İştirak Meselesi**

Gözetim garantörünün sorumluluğu altındaki tehlike kaynağını kontrol etmeyi ihmal ettiği ve böylelikle tipik neticenin meydana gelmesini önlemediği durumlarda işlenen suçta taksirli ihmalî hareketle iştirak edip etmediği konusu tartışılabilir. İştirak için kasten işlenen bir hareketin varlığı zorunlu görüldüğünde bu soruya verilecek yanıt olumsuz olacaktır ve yürürlükteki hukukumuz için durum böyledir. Kast veya taksir değerlendirmesine öngelen bir mevzu vardır ki o da söz konusu hareketin icrai mi yoksa ihmalî nitelikte mi olduğudur. Deprem olayı özelinde bir değerlendirme yapmak gerekirse, deprem yönetmeliğine ve ilgili mevzuata uygun hareket edilmemesi, sözgelimi mevzuata aykırı olmasına rağmen eksik hususlar giderilmeden yapı ruhsatı verilmesi durumunda bu hareketin gerekli unsurların tamamlanmamış olması sebebiyle ihmalî hareket mi, yoksa bu unsurlar tamamlanmadan ruhsatın düzenlenmiş olması sebebiyle icrai hareket mi teşkil ettiğini belirlemek gerekmektedir. Burada çalışmanın birinci bölümünde ele alınan farklı görüşler gündeme gelmektedir. Bizce daha önce de ifade ettiğimiz gibi bu tip durumlarda iki anlama da gelebilecek hareketler söz konusudur ve meselenin görünüşte içtima ilkelerine göre çözülmesi en uygun yoldur. Bu açıdan, en azından olası kast düzeyinde de olsa bir kastın bulunduğu ihtimali üzerinden bir değerlendirme yapıldığında, ruhsat düzenleme eylemi icrai hareket olarak ele alındığında kasten öldürme suçunun tipik hareketi kapsamında yer aldığını söylemek güçtür. Zira deprem gibi bir doğa olayının aktive ettiği bir nedensel süreç söz konusudur. Ancak yönetmeliklere aykırı ruhsat veren kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma suçunu işledikleri söylenebilecektir. Meseleyi ihmalî hareket yönünden ele aldığımızda, gerçekleştirilen kamusal veya sözleşmesel faaliyet, bu bağlamda tehlike kaynaklarından da sorumluluk çerçevesinde doğan neticeyi önlemeye dair garantörsel bir yükümlülük bulunduğu açıktır ve bu yükümlülüğün ihlaline yol açacak şekilde gerekli tedbirler alınmadan söz konusu faaliyetin sürdürülmesi kasten öldürme veya yaralama suçlarının ihmalî davranışla işlenmesi teşkil

edecektir. Dolayısıyla iki anlama da gelebilecek bir hareketin görevi kötüye kullanma ve şayet kast varsa öldürme ve yaralama suçlarının ihmali davranışla işlenmesinin tipikliğini gerçekleştirdiği görülmektedir. Bu durumda görevi kötüye kullanma genel norm olma özelliği gereği geriye çekilecektir. Öte yandan deprem, maden veya iş kazaları sebebiyle meydana gelen ölüm ya da yaralanma neticelerinden sorumluluk bakımından, söz konusu neticenin meydana gelmesine taksirle sebep olunduğunun kabul edildiği durumlarda mesele taksirli suça taksirle iştirak etmenin mümkün olup olmadığı sorunu haline gelecektir. Bu noktada mevcut düzenlemelerimiz dikkate alındığında ise taksirli suçlarda iştirak hükümlerinin uygulanmasının *de lege lata* olarak mümkün olmadığı açıktır.

Yargıtay'ın bir kısım kararlarında, deprem sebebiyle meydana gelen ölüm ve yaralanmalardan depremde yıkılan veya hasar alan binanın yapım sürecine dahil olan kişilerin sorumluluğu bakımından nedensellik bağının kesildiği ve objektif olarak meydana gelen neticelerin ilgili sanığa isnat edilemeyeceği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir<sup>403</sup>. Bu durum

<sup>403</sup> “Olay tarihinde, Zeytinburnu ilçesi modabağ sokaktaki, 6 katlı çöken bina için 16.05.1986 tarihinde müteahhit A.. A.. ile Teknik Uygulama Sorumlusu olan sanık Z.. A.. adına yapı ruhsat izni verildiği ve 1987 yılından itibaren oturulmaya başlanıldığı, sözkonusu binanın 2. derece deprem bölgesine göre projelendirildiği ve yürürlükte olan 1975 tarihli deprem yönetmeliği kapsamı içinde yapıldığı, sanığın çizdiği projede dükkan olarak belirlenen bölümde bilgisi dahilinde olmadan fırın yapıldığı, herhangi bir ısı yalıtım sistemi yapılmaksızın, 1989 yılından 1999 yılına kadar binanın bodrum ve zemin katının ekmek fırını olarak işletildiği, 17 Ağustos 1999 depreminden sonra 21.08.1999 tarihinde Zeytinburnu Belediyesi tarafından yapılan tespitlerde hasarlı görülerek mühürlendiği ve tahliye edildiği, ancak bir ay sonra Bayındırlık ve İskan İl Müdürlüğünce hasarsız binalar arasında gösterilmesi üzerine tekrar oturulmaya başlanıldığı, İstanbul Belediye Başkanlığı'nın 23.11.1999 tarihli "apartman sakinlerine" başlıklı resmi yazısı ile oturanların binayı güçlendirmesi ve bunun yasa gereği olduğu, aksi takdirde oturmalarının riskli olacağına apartman sakinlerine bildirildiği, 1999 depreminden sonra maliklerin Belediye Başkanlığının uyarı yazısına rağmen anılan binada oturmaya devam ettikleri ve ayrıca kat maliklerince teras kata 20 cm kalınlığında beton atıldığı, kömürlük ve çatı yapıldığı böylece hasarlı binaya yeni bir yük yükledikleri ve binanın 21.02.2007 tarihinde bu aşamalardan sonra çöktüğü, çökme sonucu 3 kişinin ölümü ve 21 kişinin yaralandığı olayda; Binanın olay tarihinde çökmesi üzerine İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı'nın 28.02.2007 tarihli yazısında, üniversite öğretim üyeleri tarafından binanın deprem performans puanı tespitinin yaptırıldığı ve binanın 37 puanla riskli binalar sınıfına dahil edildiği, soruşturma aşamasında alınan bilirkişi kurulu teknik raporunda her ne kadar binanın 1975 deprem yönetmeliğine uygun olarak yapılmadığı, beton basınç mukavemetinin düşük olduğu ve yönetmeliğe aykırı birçok hususun tespit edildiği hususlarına değinilmiş ise de; sözkonusu binanın büyük deprem sonrası hasarlı olarak ayakta kaldığı, hasarlı binalar sınıfına dahil edildiği, binada güçlendirme yapılmasının zaruri olduğu ve belirtilen hususun apartman sakinlerine bildirilmesi karşısında; 21.02.2007 tarihinde binanın çökmesi olayında, binanın yapım aşamasında sanığa yükletilecek kusurlar açısından illiyet bağının 17 Ağustos 1999 depremi ile kesildiği, sanığın binayı yapıp teslim ettiği ve 20 yıl boyunca bina ile ilgisinin olmadığı, binada oturanların tüm uyarılara rağmen binayı güçlendirmeden oturmaya devam etmeleri ve çatı katına beton atarak fazla yük bindirmeleri hususları dikkate alındığında; binanın çökmesi şeklinde gerçekleşen netice ile teknik uygulama sorumlusu olan sanığın hareketleri arasında nedensellik (illiyet) bağının mevcut olmadığı ve ayrıca meydana gelen neticenin objektif olarak sanığa yüklenebilir olmadığı gözetilmeden beraati yerine yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi,...” (12. CD., E. 2013/8258 K. 2014/4319 T. 20.2.2014, (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023). Bu bağlamda 12. CD.'nin 4.2.2016 Tarihli 2015/15159 E. Ve 2016/1395 K. Sayılı kararına



özellikle 1999 yılında meydana gelen depremden sonra hasarlı olduğu bildirilmesine rağmen binada oturmaya devam eden sakinlerin ölümü ve yaralanmaları açısından gündeme gelmiştir.

Nedensellik bağı ile objektif isnadiyet koşuluna takılmayan kararlarda ise ülkemizin deprem kuşağında bulunmasından ötürü depremin öngörülebilir bir doğa olayı olduğu dile getirilmekle birlikte<sup>404</sup> taksir ve bilinçli taksir değerlendirmesi yapıldığı görülmektedir<sup>405</sup>. Bu

---

ilişkin muhalefet şerhine de yer vermekte fayda bulunmaktadır: “Söz konusu binanın bulunduğu yer, İstanbul ili, Zeytinburnu ilçesi olup, 2. derece deprem bölgesidir. Proje ve inşaat sorumlusu olan sanık, 1987 yılında iskan izni verilen binayı, o tarihte yürürlükte bulunan 1975 tarihli deprem yönetmeliğine uygun olarak projelendirmiştir. Ancak; soruşturma aşamasında teknik bilirkişi kurulunun, çöken binadan kolon, kiriş ve karot örnekleri alarak yaptığı incelemede; binanın, projeye rağmen beton basınç mukavemetinin deprem yönetmeliğine göre B 160 vafında olması gerekirken, 48-132 kg/cm<sup>2</sup> ile son derece düşük olduğu, kolon kiriş ve etriye aralıklarının birbirine bağlanmadığı, binanın geometrik merkezi ile ağırlık merkezinin farklı olduğu, düşey-yatay yük hesaplarının yönetmeliğe aykırı olarak yapıldığı, döşeme kalınlığının yürürlükteki deprem yönetmeliğine göre 15 cm olması gerekirken 12 cm olduğu, bağlantı kirişlerinin etriye aralıklarının 20 cm.'yi geçmemesi gerekirken, çöken binada 25-35 cm olarak tespit edildiği hususlarına değinerek; binanın yapı sahibi ve teknik proje sorumlusu olan sanıkların birinci derecede kusurlu oldukları yönündeki rapor ile kovuşturma aşamasında alınan 16.06.2010 tarihli bilirkişi kurulu raporunda da aynı tespitlerin yapılarak sanık Z.. A..’ın 2/8 oranında kusurlu olduğu yönündeki raporlarının dosya kapsamına uygun olduğu anlaşılmakla; Binanın yapım aşamasında sanık tarafından gerçekleştirilen tüm bu olumsuzluklara rağmen, 1999 depreminde hasarlı olarak ayakta kalmasında, ikinci derece deprem bölgesi kuşağında yer almasının etken olduğu, depremden sonra oturanlar tarafından binanın teras katına 20 cm. kalınlığında beton şap atılmasının ve binanın zemin katına 1989 yılında fırın yapılmasının, sağlam yapılmış bir binada çökme nedeni olamayacağı, sanık tarafından malzemelerin yeterli kullanılması ve 1975 deprem yönetmeliğine uygun olarak yapılması halinde, Zeytinburnu ilçesinde 1999 depreminde hiç hasar görmeden ayakta kalan diğer eski binalardan biri olabilecek iken; sanığa 1999 depremi ve depremden sonra bina sakinleri tarafından binaya eklenen yüklerin, sanığın binanın yapım aşamasındaki eylemi ile olay arasındaki illiyet bağı kestigiinden bahisle kusur izafe edilmemesine ve 3 kişinin öldüğü 21 kişinin yaralandığı olayda, beraat kararı verilmesine ilişkin sayın çoğunluk görüşüne muhalifim.” ((Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

<sup>404</sup> “Sanığın fenni sorumlu ve müteahhit olarak inşa ettiği on katlı yapının 17 Ağustos 1999 tarihinde meydana gelen depremin de etkisiyle yıkılarak ellibeş kişinin ölümüne neden olduğundan bahisle hakkında TCK'nun 455/2. maddesi gereğince cezalandırılması için kamu davası açılmış ve eylemin bu maddeye uyduğu kabul edilerek cezalandırılmasına karar verilmiştir. Depremin de etkisiyle bir yapının yıkılması olayında, hukuki durum saptanırken 1475 sayılı İş Kanunu ile bu kanuna dayalı olarak çıkartılan "Yapı İşlerinde İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Tüzüğü" ve İmar Kanunu ile bu kanuna göre çıkartılan "Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar ile İlgili Yönetmelik" hükümleri de göz önünde tutulmalıdır. Ülkemizin konumu, içinde bulunduğu deprem kuşağı ve bu coğrafyada sürekli olarak depremlerle beraber yaşanması gibi bilinen gerçekler dikkate alındığında, doğa olaylarından biri olan ve öngörülebilen deprem olgusuna göre ve bu olgunun gerektirdiği kurallara uygun yapılaşma zorunludur. Bir yapı için, plan ve projenin hazırlanması, özellikle statik hesapların sağlıklı yapılması, bu plan ve projeye uygun olarak, kalite ve miktar bakımından ve uygun malzeme kullanılmak suretiyle inşa edilmesi ve bu hususların yürürlükte olan mevzuata uygunluğunun denetlenmesi gereklidir. Bu silsile içerisindeki kişi veya kişilerin yapının yıkılmasına etkisi bulunan kusurlu hareketlerinden dolayı sorumlu tutulacakları kuşkusuzdur. Harici bir olay olan depremin illiyet bağıni kesecek derecede kaçınılmazlık hali sayılarak ceza sorumluluğunu bertaraf edebilmesi için, oluşan zararlı sonucu insan faktörünün etkilememesi, yani yapının kurallara uygun olarak yapılması ve sonradan değişiklikte bulunulması halinde de bu değişikliklerin statik değerlere aykırı ve esaslı müdahale niteliğinde olmaması gereklidir.” (2. CD. E. 2001/7015 K. 2001/4778 T. 21.03.2001, (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

<sup>405</sup> 23 Ekim 2011 tarihinde yerel saatle 13:41 sıralarında Van şehir merkezinin yaklaşık 20 km. kuzeyinde, Erçek Gölünün batısında, Kasımoğlu Köyü civarlarında, değişik kuruluşlara göre şiddeti 7.1 ila 7.3 arasında değişen yıkıcı bir deprem meydana gelmiş, Van İl merkezinin yanı sıra Erciş İlçesi ve civar köylerde önemli hasara

yol açmıştır. Depremi birinci haftasında, bölgede büyüklüğü 4.0-4.9 arasında toplam 114 deprem meydana gelmiş olup; şiddeti 5.0 'dan büyük olan deprem sayısı ise 7 dir. İlk deprem sonrası artçı şoklar devam ederken, 9 Kasım 2011 tarihinde şiddeti 5.7 olan ve farklı bir faydan kaynaklanan ikinci bir deprem meydana gelmiştir. Bu depremin merkez üssünün Van İl merkezinin güney batısında kalan Edremit ilçesi olduğu anlaşılmıştır. Sanığın sahibi ve işleteni olduğu Bayram Otel bu deprem sonucu yıkılarak çökmüş, göçük ve enkaz altında kalan A. Y., . . ölmüştür. Toplam 24 kişinin öldüğü, katılan M.. D..’in ise yaralandığı olayın yargılaması sırasında alınan ve hükme esas tutulan Karadeniz Teknik Üniversitesi Mühendislik Fakültesi öğretim üyelerinden kurulu Nisan 2012 tarihli bilirkişi raporunda da işaret edildiği üzere, otelin 19/09/2003 tarihinden itibaren işletmecisi olan “sanığın işlettiği otel binasının 1964 yılında inşa edilen, 1978, 1998 ve 2007 deprem yönetmeliklerine göre güçlendirilmemiş eski bir bina olduğu, otele sonradan ilave edilen kısımların bulunduğu, proje dışı yapılan ek kısımların binalarda deprem güvenliği açısından son derece tehlike oluşturduğunun bilindiği, otel binasının babası tarafından inşa ettirilmiş olması nedeniyle sanığın, otelin eski bir bina olduğu, sonradan yapılan esaslı değişikliklerden ve otele ek yük yükleyen çelik konstrüksiyon çatıdan haberdar olduğu, otel binasının dış cephesinin amerikasyding denilen bir kaplama malzemesi ile kaplanarak yenilenmesi, kolonların alçıpanlarla giydirilmiş olması, tavanlara asma tavan ve alçıpan kartonpiyer uygulamalarının yapılması nedeniyle dışarıdan yapılacak basit bir gözlemlerle çatlakların görünmeyeceği ve hasar tespiti yapılmasının mümkün olmadığı hususunun sanık tarafından bilindiği, kaplama yapılmış binalarda kaplamanın altına bakılarak, matkaplarla bu kaplamalar açılarak sıvalarda, kolonlarda çatlaklar olup olmadığının incelenmesi, taşıyıcı sistemden numuneler alınıp test edilmesi gerektiği, sanığın kesin hasar tespit raporu hazırlanması için inceleme yaptırmak, işin uzmanlarından görüş almak, bilimsel analizler yaptırmak bir yana gözleme dayalı olarak hazırlanan ön hasar tespit çalışmasını dahi yaptırmadan, 120 kişilik barınma kapasitesi olan, toplu olarak yaşayan insan sayısının fazla olduğu eski bir binayı, 23 Ekim 2011 tarihinde gerçekleşen 7,2 büyüklüğündeki depremden sonra ara vermeksizin işletmeye devam ettiği, sanığın Bayram Otel binasının evveliyatını çok iyi bilen ve uzun yıllardır da bu binada faaliyet gösteren otelin işletmeciliğini yapan tecrübeli bir tacir olduğu, binanın eski olması, sonradan yapılan esaslı değişikliklerin binaya ek yük yüklemesi, yenileme faaliyeti kapsamında yapılan kaplama işlemi nedeniyle duvar ve kolonlardaki çatlakların dışarıdan gözle bakılarak tespit edilememesi nedeniyle binanın 23.10.2011 tarihinde gerçekleşen depremde hasar görmüş olabileceğinin, ileride yaşanacak herhangi bir depremde, otel binasının daha önce aldığı hasar nedeniyle yıkılabileceğinin sanık tarafından da öngörülmesi gereken bir husus olduğu, otelin alt katında faaliyet gösteren Albaraka Türk Bankası için hazırlanmış, gözleme dayalı ön hasar tespit raporunda güçlendirme projesi ve iyileştirme çalışmaları yapılması gerektiği, binanın risk taşıdığı belirtilmesine rağmen, sanığın bir daha deprem yaşanmayacağına inanması, geçmiş deneyimlerinin şanslı sonuçlanması gibi nedenlerle bu riski göze aldığı ve oteli, kesin hasar tespit çalışmaları sonuçlandırılıp güvenli olduğu anlaşılan kadar işletmeye ara vermesi gerekirken, depreme dayanıklılık testi yaptırmak bir yana ön hasar tespit çalışması dahi yaptırmadan ve 23.10.2011 tarihindeki depremden sonra hiç ara vermeden işletmeye devam ettiği anlaşıldığından, sanığın meydana gelen neticeyi 5237 sayılı TCK'nun 22/3. maddesi kapsamında öngördüğünün, dolayısıyla da olayda bilinçli taksir halinin bulunduğu” kabul edilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir. (12. CD., E. 2014/8620 K. 2014/16069 T. 27.6.2014, (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023). “23 Ekim 2011 tarihinde yerel saatle, 13.41’de Van Şehir Merkezinin yaklaşık 20 kilometre kuzeyinde, Erçek Gölünün batısında A1 Köyü civarlarında, değişik kuruluşlara göre şiddeti 6.7 ile 7.3 arasında değişen yıkıcı bir depremin meydana geldiği, meydana gelen depremin, Van İl merkezinin yanı sıra Erciş İlçesi ve civar köylerde de önemli hasarlara yol açtığı, depremin birinci haftasında, bölgede büyüklüğü; 4.0-4.9 arasında toplam 114 deprem meydana gelmiş olduğu; şiddeti 5,0'dan büyük olan deprem sayısının ise 8 olduğu, bu ilk deprem sonrası artçı şoklar devam ederken bu sefer 9 Kasım 2011 tarihinde şiddeti 5.6 olan ve farklı bir faydan kaynaklanan ikinci bir depremin meydana geldiği, bu depremin merkez üssünün Van İl Merkezinin güney batısında kalan Edremit ilçesi olduğu, 9 Kasım 2011 tarihinde meydana gelen depremin tetiklemesi sonucu, Van il merkezinde faaliyet gösteren X1 otel’in yıkıldığı, göçük ve enkaz altında kalan 11 kişinin yaşamını yitirdiği olayda, ön hasar tespiti başlıklı AFAD il müdürlüğü tarafından dosyaya gönderilen, hangi personel tarafından hangi tarihte düzenlendiği belli olmayan ön hasar tespit raporunda "otel binasının sağlam olduğunun" belirtilmesi, ilk deprem sonrası il yetkililerin, büyük bir depremden sonra fay hattının enerjisini boşalttığını, bu nedenle yıkıcı bir deprem beklenmediğini bildirip, evlere girilebileceğini basın yolu ile ifade etmeleri karşısında, binanın yapımında herhangi bir sorumluluğu bulunmayan sanığa yüklenebilecek kusurun sadece ilk deprem sonrası bina ile ilgili tespitleri yaptırmamaktan ibaret olduğu, sanığın ikinci depremin meydana gelmesi sonucu binanın yıkılabileceği neticesini öngördüğüne ilişkin delil bulunmadığı anlaşılmakla, bilinçli taksirin koşulları oluşmayan olayda, sanık hakkında TCK'nun 22/3. maddesinin tatbiki ile fazla ceza tayini...” (12. CD., E. 2018/8545 K.

itibarla taksirli suçlara iştirakin mümkün olmadığı yönündeki ilkeye de ayrıca vurgu yapılmaktadır<sup>406</sup>. Yargıtay 12. C.D.'nin ruhsat verme gibi kamusal faaliyetlerle sürece katılan kamu görevlilerinin görevi kötüye kullanma suçunu işleyip işlemediklerine dair değerlendirmelerde de bulunduğu görülmektedir<sup>407</sup>. Öte yandan 12. C.D.'nin depreme bağlı ölüm veya yaralanmalardan sorumluluk konusundaki taksir türlerinden birinin söz konusu olduğuna ilişkin istikrarlı içtihadının bazı başka olaylar bakımından değiştiğini görmek de mümkündür. Bu bağlamda şu karar zikredilebilir: *“sanıkların dosya içeriği ve tüm bilirkişi raporlarındaki belirlemelere göre yukarıda sayılan olumsuzluklara rağmen muhtemel tehlikeli neticeleri göze almak ve hatta kabullenmek suretiyle yapıları hatalı ve hileli olarak inşa ettikleri, idarece şartnameye uygun yapılmadığı tespit edilen taşkın koruma duvarlarının 2 kez yıktırılmasına rağmen kullanılmış kötü malzemeyi örtmek için bentlere beton sıva yaparak idarenin denetimini engelledikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmemekte, bunun da ötesine geçilerek ve bilinçli taksir unsurları aşılarak, bu şekildeki imalatın projede öngörülen debiyi dahi aşmayan böyle bir taşkına sebep olabileceğini öngörmelerine rağmen "olursa olsun" düşüncesi ile hareket ederek hatalı ve hileli inşai faaliyetlerine devam ettikleri; gerekçeleşen bu neticeden olası kasıtlarıyla sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu” şeklindeki bozma gerekçesinin sonucu bakımından usul ve Kanuna uygun*

---

2019/3577 T. 14.3.2019, (Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023). Ayrıca bkz.: 12. CD., E. 2016/4242 K. 2016/10443 T. 17.6.2016; 12. CD., E. 2020/4147 K. 2022/9940 T. 13.12.2022 ((Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

<sup>406</sup> Bkz.: 12. CD., E. 2020/4147 K. 2022/9940 T. 13.12.2022 ((Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

<sup>407</sup> “... Apartmanına verilen yapı ruhsatını onaylayan Belediye Başkanı olduğu; yapı ruhsatının verildiği 2000 yılında yürürlükte bulunan 1580 sayılı Belediye Kanununa göre; Belediye Başkanının belediye teşkilatının en üst amiri olduğu, görevleri arasında belediye teşkilatını sevk ve idare etmek ve Kanunda yazılı diğer görevlerinin bulunduğu anlaşılmakla; 22.12.2000 tarihli yapı ruhsatını düzenleyen kişinin Belediye fen işleri memuru sanık ... olduğu, ruhsatı kontrol eden kişinin ise Belediye fen işleri müdür vekili sanık ... Aldeşer olduğu; en son ruhsatı onaylayan ve mühürleyen kişinin ise Belediye Başkanı sanık ... olduğunun anlaşıldığı, ilgili imar mevzuatı gereği yapı ruhsatı ekinde bulunması gereken belgelerin olup olmadığını kontrol etmeden önüne gelen evrakı imzalayarak onaylayan sanığın, görevinin gereklerini yapmakta ihmal göstermesi nedeni ile bu sanığın eyleminin görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğu ve anılan suçun zamanaşımına uğradığı görülmekle yapılan incelemede;...” (12. CD., E. 2020/4551 K. 2022/4600 T. 13.6.2022). “İmar Kanununa, 1975 Afet Bölgelerinde Yapılacak Yapılar Hakkında Yönetmelik hükümlerine ve dönem itibarıyla bilim ve fennin gerektirdiği teknik şartlara aykırı davrandıkları, üzerilerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, mevcut sonucun gerçekleşmesinde etkili oldukları, bu nedenle meydana gelen ölümler bakımından sanıkların eyleminin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturacağı gözetilmeksizin, görevi kötüye kullanma suçu bakımından değerlendirme yapılarak, suçun zamanaşımına uğradığı gerekçesi ile sanıklar ..., ..., ..., ... ve ... hakkında düşme kararları verilmesi,...” (12. CD., E. 2020/4645 K. 2022/8754 T. 17.11.2022) ((Çevrimiçi) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

*olduğundan,...* ". Karara konu olayda gerekli tedbirler alınmaksızın inşa edilen yapıların suyun yüksek debisi karşısında yetersiz kalması ve yıkımı ile meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinden inşa sürecinde ana aktör olarak görev alan kişilerin birlikte suç işleme kararına istinaden hareket ettikleri de görüldüğünden müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları mümkün görülmelidir. Bu bağlamda ihmali suçların müşterek faillik şeklinde işlenebileceğine ilişkin görüşümüzü burada tekrar ifade etmemiz gerekir. İnşaatta çalışan işçilerin meydana gelen neticelerden sorumlu olup olmadıkları bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerekir. Olağan ve sürece katılanlar arasında net bir işbölümünün bulunduğu inşa faaliyetlerinde işçinin uymak zorunda olduğu kurallar da belirlidir ve yapı malzemesinin seçilmesi, ölçü biriminin belirlenmesi gibi hususlar işçinin çalıştığı projeyi yöneten kişilerin sorumluluğunda olup işçi yalnız kendisine verilen direktiflere uygun biçimde hareket etmekle yükümlüdür. Ancak hem projenin çıkarılması hem de yapım sürecinde aktif rol alan kişilerin sorumluluğunun genel esaslara göre belirlenmesi gerekir.

Çalışmamızın konusu suçun manevi unsur türleri arasındaki tartışmaları kapsamadığından bu noktada Ceza Dairesinin kararlarında yer alan taksir-bilinçli taksir ayırımına dair değerlendirmelerine ayrıntılı olarak yer vermeyi ve bu konuda kastın söz konusu olup olmadığına ilişkin olarak ayrıca bir değerlendirme yapmayı uygun görmüyoruz. Ancak şu kadarı ifade edilebilir ki bu tartışmada benimsenecek olan görüş, iştirake ve nihayetinde ceza sorumluluklarının belirlenmesine yukarıda ifade edildiği üzere doğrudan etki edecektir. Bu nedenle manevi unsurun belirlenmesine ilişkin söz konusu değerlendirmenin somut olayın özellikleri ve suçun manevi unsuruna ilişkin teorik ilkeler konusunda hassasiyet gösterilerek yapılması gerekir. Biz burada somut olayda suça katılanların kasten katkı sunmaları ihtimali üzerinden hareket ederek iştirake ilişkin değerlendirmelere bulunacağız.

Depremde yıkılan veya hasar alan binalarda ya da bina çevresinde bulunan kişilerin ölüm veya yaralanmalarından söz konusu binanın ruhsat ve inşa sürecinde herhangi bir aşamada katkı sunmuş kimselerin ceza sorumluluğunun belirlenmesine öncelikle tipiklik incelemesi ile başlanmalıdır. Bu bağlamda özellikle tipikliğin manevi unsuruna ilişkin tespit teşebbüs ve iştirak konusundaki değerlendirmeleri de doğrudan etkileyecektir. Zira taksirli suça teşebbüs ve iştirak gerek kanun koyucu gerekse öğretinin çoğunluğu tarafından mümkün görülmemektedir. Süreçte rol alan kişilerin, ilgili alana ilişkin mevzuat ve teknik prensiplerin her somut olayda

ayrıntılı bir biçimde değerlendirilmek suretiyle sorumlulukları tipiklik unsuru yönünden ayrı ayrı belirlenmeli, kasten işlenen bir suç veya suçların varlığı durumunda, ilgili kişi açısından hukuka uygunluk nedeni de söz konusu değilse iştirak incelemesine geçilmelidir. Bu aşamada meydana gelen ölüm veya yaralama neticelerinin kendilerine objektif olarak isnat edilebildiği kişilerin, neticeye yönelik olarak en azından olası kastları söz konusu ise kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarından sorumlulukları gündeme gelecektir. İştirak hükümlerinin uygulanabilirliği bu noktada önem arz etmektedir; zira gerçekleştirdiği katkı tek başına ölüm neticesinin meydana gelmesi için yeterli olmayan kişilerin ortak bir irade ile hareket etmeleri ve hareket üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurmaları durumunda bu katkı onları suçun müşterek faili haline getirecek, aksi halde yardım eden olarak sorumlulukları söz konusu olacaktır. Öte yandan süreçte görev alan bir başka kişiyi, sözgelimi binanın yönetmeliğe uygun olduğuna inandıracak şekilde rapor düzenleme yetkisi olan bir görevlinin bu yolla hataya düşürdüğü kişinin binayı inşasını sağlayarak dolaylı fail statüsüne yerleşmesi de mümkün olabilecektir. Yine bağlılık kuralı ve şeriklerin sorumluluğuna ilişkin ilkelerden yola çıkıldığında, katkısı ancak yardım etme boyutunda kalan bir kimsenin eylemi sebebiyle sorumlu tutulması ancak suç teşkil eden bir ana fiilin varlığına bağlı olacaktır. Süreçte rol alan kişilerden biri böyle bir ana fiili gerçekleştirmedikçe yardım niteliğindeki katkıların da cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Bu suçlara iştirak bakımından yükümlülük suçları olarak da ifade edilebileceğini düşündüğümüz özgü suçlara ve genel olarak ihmali suçlara iştirak ilkelerinin nazara alınması gerektiği kanaatindeyiz. İhmali suçlarda ve özgü suçlarda faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin olarak benimsediğimiz ilke gereği gerçek olmayan ihmali suçlarda faillik için özel bir yükümlülüğün ihlaline ilaveten garantörsel yükümlülüğün yöneldiği amaç ve neticeyi önleme gücü kriteri ışığında normatif fiil hakimiyeti bağlamında iki adımdan oluşan bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu husustaki açıklamalarımıza çalışmanın ikinci bölümünde ihmali suçlarda faillik ve şeriklik başlığı yer vermiştik. Burada kısaca tekrar etmek gerekirse garantörsel yükümlülüğün somut olay bakımından neticeyi önlemeye mi yoksa suçun işlenmesi riskini artırmamaya mı yöneldiği öncelikle incelenmesi gereken hususu oluşturmaktadır. Bu aşamada neticeyi önleme amacına yönelmiş bir yükümlülüğün bulunduğu sonucuna ulaşıldığında yine somut olay bakımından *ex ante* bir değerlendirme ile kişinin bu neticeyi önleme gücünün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Burada bahsedilen güç,

haksızlığın bir unsuru olarak neticeyi önleme imkanı veya kusurluluk değerlendirmesinin bir parçası olarak beklenebilirlikten farklıdır. Bu ayrımlara daha önce yer verdiğimiz için tekrar aynı hususlar üzerinde durma gereği görmüyoruz. Neticeyi önleme gücünün bulunup bulunmadığı, yani garantörün somut olay bakımından suçu oluşturan sürecin ana aktörü olup olmadığı belirlenirken sürece dahil olan başka bir kişinin icrai hareketinin bulunmadığı tespit edildiğinde ihmalde bulunan kişiyi fail olarak nitelendirmek daha kolay olacaktır. Zira fiziki imkanın bulunduğu ölçüde süreç onun elinde olacaktır. Deprem gibi doğal afetlerde durumun böyle olduğu söylenebilir. Bu gibi hallerde ana aktör durumunda olan birden fazla kimsenin en azından olası kasta tekabül eden bir iştirak iradesi kapsamında birlikte hareket etmeleri durumunda müşterek faillik gündeme gelir. Bu durumda ihmali hareketler hemzaman olmasa bile suçun müşterek faillik şeklinde işlendiğini söylemek mümkün olacaktır. Bununla birlikte müşterek faillik için birlikte suç işleme kararı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer hususun suça iştirak edenlerin bir diğeri tarafından gerçekleştirilecek eylem üzerinden birbirlerine karşı iradi bir bağlılık içinde olduğunun araştırılması olduğu unutulmamalıdır. Yani faillerden birinin diğerinin gerçekleştireceği harekete ihtiyacı olmakta, tek başına bir failin yükümlülüğünü ihlal etmesi neticenin meydana gelmesi ve suçun başarıya ulaşması bakımından çoğunlukla yeterli olmamaktadır. Depreme dayanıklı olmayan bina inşası olaylarında da böyle bir fonksiyonel hakimiyet ve bağlılıktan söz etmek mümkündür. Ruhsatı hukuka aykırı olarak vermek tek başına neticenin meydana gelmesi bakımından yeterli olmayıp buna binanın yönetmeliğe aykırı olarak inşasının da eklenmesi gerekmektedir.

## **B. İşletmesel Faaliyetler Çerçevesinde Meydana Gelen Zararlardan Sorumluluğun İştirake İlişkin İlkeler Bağlamında Değerlendirilmesi**

Belirli bir meslek alanına ilişkin faaliyetlerin bünyesinde barındırdığı tehlikeden yola çıkılarak bu faaliyetin yürütülmesine katılan sùjelerin ceza sorumluluğunun ihmali suçlarda iştirake ilişkin ilkeler bağlamında ayrıca ele alınması gerekir. Yukarıda deprem özelinde doğal afetler sonrasında meydana gelen zararlardan ötürü sorumluluğa dair yaptığımız açıklamalardan bu kısımda da faydalanmak mümkündür. Öncelikle mesleki faaliyet kapsamında bir haksızlık teşkil ettiği izlenimi uyandıran hareketin niteliğinin tespit edilmesi gerekir. Burada da her iki anlama gelebilecek hareketlerle karşılaşma ihtimali yüksektir. Sözelimi atık naklini gerçekleştiren bir şirketin yetkililerinin bu nakli gereken koşullarda

yapmayarak ihmalde bulundukları söylenebileceği gibi nakil eylemini gerçekleştirmekle icrai bir harekette bulundukları da söylenebilecektir. Yukarıda olduğu gibi burada da görünüşte içtima hükümleri ışığında bir değerlendirme yapmak ve akabinde şayet kasten işlenen bir suçun varlığından söz edilebiliyorsa iştirak incelemesine geçmek gerekmektedir. İlave etmek gerekir ki suçun mesleki faaliyetin icrasında rol alan kişilerin tamamının aynı suçu işlemiş olması şart değildir. Bu kişilerin bir kısmı kasten olmakla birlikte suç tipi itibarıyla farklı bir hareketi gerçekleştirmiş olabileceği gibi manevi unsurların farklı olması sebebiyle de işlenen suçun değişim göstermesi mümkündür. Bu durumda iştirak değerlendirmesinin salt kasten hareket eden kişiler arasında yapılması gerekmektedir.

Bu başlık altında işletmesel faaliyetlerin en yaygın örneklerinden birini oluşturması sebebiyle özellikle madencilik faaliyetleri sonucunda meydana gelen zararlardan doğan sorumluluk üzerinde durulacaktır. Bu bağlamda ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımı konusunda daha önce yaptığımız açıklamalara burada tekrar yer verme gereği görmüyoruz. Benimsemiş olduğumuz iki adımdan oluşan ayrım prosedüründen hareketle ihmalde bulunan kişinin fail mi yoksa şerik mi olduğu belirlenmeli, sonrasında ise bu iştirak formları kendi içinde bir ayrıma tabi tutularak faillik veya şeriklik türlerinden hangisinin söz konusu olduğu ortaya konulmalıdır.

Yargıtay kararlarında, madenlerde meydana gelen kazalardan sorumluluk konusunda, deprem sonrası meydana gelen neticelerden sorumluluk bağlamında yapılan değerlendirmelere paralel bir değerlendirme yapıldığı ve çoğunlukla meydana gelen neticelerden taksirli veya bilinçli taksirle sorumluluk yoluna gidildiği görülmektedir<sup>408</sup>. Burada işletmesel faaliyete

<sup>408</sup> “Türkiye Taşkömürü Kurumu ile İnşaat Sanayi A.Ş. arasında 30.03.2005 tarihinde yapılan sözleşme ile yüklenici şirket olan Yapı Tek şirketinin yükümlendiği işlerinin ifası sırasında Türkiye Taşkömürü Kurumuna bağlı Müessesesi yer altı maden ocağında 17.05.2010 tarihinde meydana gelen grizu patlaması sonucu 30 kişinin hayatını kaybettiği 11 kişinin ise yaralandığı, alınan bilirkişi raporlarında Türkiye Taşkömürü Kurumu Karadon Müessese Müdürlüğü görevlilerinin, asli kusurlu olduğu ifade edilen yüklenici şirketin ... güvenliği ve sağlığına ilişkin eksiklik ve yetersizliklerini giderme konusunda harekete geçmemeleri, çalışmaları durdurmamaları ve yüklenici firmayı gerektiği şekilde uyarmamaları sebebiyle tali kusurlu olduklarının belirtildiği ve Türkiye Taşkömürü Kurumu Genel Müdürlüğü . Taşkömürü İşletme Müessese Müdürlüğünde, müessese müdürü olarak görev yapan sanık ..., müessese müdür yardımcısı olarak görev yapan sanık ... ve . Etüd Şube müdürü teknik nezaretçi ve yapı denetim ekibi başkanı olarak görev yapan sanık ... hakkında 4483 sayılı Kanun’un 2. maddesine göre soruşturma izni alınmaksızın doğrudan yürütülen soruşturma neticesinde taksirle birden fazla kişinin ölümüne ve yaralanmasına neden olma suçundan kamu davası açıldığı, Yerel Mahkeme tarafından da sanıkların mahkûmiyetlerine karar verildiği anlaşılan olayda; ...” (CGK., E. 2017/262 K. 2022/516 T. 4.7.2022 ); “Sanıklardan H.. K..’ın maden mühendisi ve işletme müdürü, sanık Ö.. Y..’in vardiya başçavuşu, sanık H.. K..’nın vardiya çavuş olarak görevli olduğu, Ş.. madencilik tarafından işletilen linyit ocağında, olay tarihinde meydana gelen grizu



katılan tüm sjeler bakımından teknik özellikler ve ilgili mevzuata uygun bir değerlendirme yapılarak olayın hangi sebeple meydana geldiği ve bunun hangi yükümlülük ihlaline dayandığı ile söz konusu yükümlülüğün kime ait olduğu hususlarının açıklığa kavuşturulması bakımından özellikle bilirkişi incelemesine başvurulduğu görülmektedir<sup>409</sup>.

Taksir ve bilinçli taksir değerlendirmesini aşıp olası kast düzeyinde de olsa kasta ilişkin değerlendirmeler içermesi sebebiyle “*Soma Maden Faciası*” olarak bilinen olaya dair Y.12.CD kararına<sup>410</sup> burada ayrıca yer verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Karara konu olayda, Soma Kömür İşletmeleri A.ř. tarafından işletmesi devralınmış olan Soma Eynez Karanlıkdere mevkindeki yer altı kömür ocağında çıkan yangında 301 maden işçisi hayatını kaybederken 162 işçi hayatı tehlike doğuracak şekilde yaralanmıştır. Akhisar Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından sanıklar hakkında 301 kişi için ayrı ayrı olası kastla öldürme ve 162 ayrı neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama neticesinde sanıklardan bir kısmı hakkında beraat, diğer bir kısmı hakkında ise taksirle öldürme ve bilinçli taksirle öldürme suçlarından mahkumiyet kararı verilmiş, bu kararlar önce istinafa taşınmış ve

---

patlaması nedeniyle, 18 kişinin ölümü, 13 kişinin yaralanması ile sonuçlanan olayda, ocağın grizulu bir ocak olduğunun dosya kapsamından anlaşıldığı, olayın meydana geldiği işletmede deneyimli personel istihdam edilerek, gerekli eğitimlerin verildiği, kullanılan ekipmanların antigrizu özellikli olduğu, ikisi sabit noktada sensörlerle sürekli olmak üzere, her vardiyada düzenli gaz ölçümlerinin yapılarak kayıtların muntazam biçimde tutulduğu, çalışanlara gerekli koruyucu malzeme ile yeter nitelikte gaz maskesinin verildiği, olay sırasında daimi nezaretçi maden mühendisi . S.’in gaz ölçüm cihazı olduğu halde çalışmanın başında bulunduğu, ayrıca vardiya başçavuşu olan . Y.’in yine gaz ölçüm cihazı olduğu halde maden mühendisi . S. tarafından 402 alt taban yolunda çalışma yapması için görevlendirildiği, diğer bir gaz ölçüm cihazının ise olaydan yaralı olarak kurtulan vardiya avuşu H. K..da bulunduğu, bahsi geçen ocakta alışma Bakanlığı iş müfettişlerince 2006 yılından 18-19 Ocak 2010 tarihine kadar yapılan incelemelerde, ocağın genel olarak çalışma şartları ve iş güvenliği yönünden genel riskler dışında çalışma koşullarına uygun olmayan bir durumun bulunmadığının anlaşıldığı, patlamanın meydana geldiği 70 metre uzunluktaki 418 üst tavan yoluna atılan lağım deliklerinin olay günü 16:00 vardiyasında yapılan çalışma ile delindiği ve bu deliklerden metan intiaşarı olduğunun olaydan sonra anlaşıldığı, patlamanın aynı gün 17:45 sıralarında meydana geldiği, H. K.’nin dosya içerisinde bulunan ifadesinden patlama sırasında ölen elektiki İ. S.’nin vantilatörü amaya gittikten hemen sonra vantilatörün açılmasını müteakip patlama olduğuna ilişkin beyanı da nazara alındığında, 418 üst tavan yolunda aynı vardiya sırasında açılan lağım deliklerinden intiaş eden metan gazının anti grizu özellikli tesisat ve malzeme kullanılmasına rağmen bu tesisat ve malzemenin arıza bakım ve onarım çalışmaları sırasında, bu özelliklerini yitirmesi nedeniyle vantilatörün açılması sırasında oluşan ısı kaynağı ile teması sonucu patlamanın meydana geldiği olayda, önlenemezlik riskinin asıl etken olup işletme müdürü ve teknik nezaretçi H. K.’in tali kusurlu bulunduğu anlaşılmakla;...” (12. CD., E. 2013/12792 K. 2014/6385 T. 13.3.2014). Ayrıca bkz.: 12. CD., E. 2013/13917 K. 2014/9162 T. 15.4.2014; 12. CD., E. 2013/23368 K. 2014/16968 T. 10.7.2014; 12. CD., E. 2014/4463 K. 2015/3004 T. 18.2.2015) (evrimii) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

<sup>409</sup> Bilirkişi raporlarındaki açıklamalara ayrıntılı olarak yer verilen kararlardan biri için bkz.: CGK., E. 2017/640 K. 2022/677 T. 2.11.2022 ((evrimii) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).

<sup>410</sup> 12. CD., E. 2020/200 K. 2020/4732 T. 30.9.2020 ((evrimii) <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim: 17.11.2023).



istinaf incelemesinin akabinde dosya Y.12. CD'nin önüne gelmiştir. Dairenin somut olayın şartlarını, başta maden işletme ile iş sağlığı ve güvenliğine dair düzenlemeler olmak üzere ilgili mevzuat ve bilirkişi raporları ışığında bir değerlendirmeye tabi tuttuğu görülmektedir. Bu değerlendirme bağlamında suçun manevi unsuru olarak taksir, bilinçli taksir, olası kast ve doğrudan kasta dair ilkeler de ortaya konulmuş ve bu ilkeler bağlamında sanıkların bir bölümünün olası kast ile hareket ettikleri sonucuna varılmıştır. Kazanın meydana gelmesindeki en önemli etkenin üretim haddinin aşılmış olması olduğunun dile getirildiği kararda ihmal gösterilen konular ise şöyle sıralanmıştır: “ ...ocaktaki nakliye yolunun 1050 metrelik kısmının kömür içerisinde sürülmüş olması ana nefeslik yolunda 250 metrelik kısmının kömür içinde sürülmüş olması ve bu durumun olası bir yangın ve kıvılcık halinde güç ve tehlikeli durumlar yaratacağı ayrıca metan sorunu ile uğraşılacak bu tür ocaklarda en kısa ve en kolay şekilde çalışanların yerüstüne tahliyesi için yeryüzüne bağlantılı yeni bir acil çıkışın gerekli olduğuna karar verilmiş ve anılan proje 22/02/2011 tarihli TKİ yönetim kurulu tarafından onaylanmış ise de, projenin onay tarihinden kazanın meydana geldiği tarih olan 13/05/2014 tarihine kadar S panolarının yeryüzüne bağlantısını sağlayacak yeni bir acil çıkış açılmadan, her ne kadar Yüklenici Şirketin gerekli olduğunu olay tarihinden yaklaşık 3 yıl önce kabul ederek uygulama projesine dahil edip ancak uygulama projesini hayata geçirmeyerek çalışmalara devam etmesi sonucunda ölen 301 kişiden 269 kişinin S panosunda ölümüne neden olan gerekliliği kabul edilen acil çıkış yolunu yapmadan, karatumba yöntemi adı verilen çalışma sahasına yalnızca tek yoldan ulaşılabilen, ikinci bir çıkışı olmayan, tali olarak havalandırılan, üretim sahasını dolaşan kirlenen havanın başka bir yoldan dışarı çıkması mümkün olmayan ve böylelikle başka yoldan dışarı çıkamayan ortamda sirküle eden kirli ve ısınan hava neticesinde ocak içerisinde yüksek risk oluşturan projede belirtilmeyen çalışma yönetimi tercih edilip, üretim faaliyetine devam edilerek projeye uygun çalışma yapılmadan, ocak içi kavşak bölgelerinde hava ölçüm istasyonları bulundurmaktan, panoların yerüstündeki izdüşümlerinde meydana gelen tasmanlar göz önünde bulundurulmadan bu konu hakkında risk analizleri yapılmadan, alevsizedirmaz olan elektrik kabloları ve teçhizatlar kullanılmadan, ocak içinde acil durumlarda tüm ocakta çalışan işçileri durumdan haber edecek şekilde megafon ve alarm sistemi kurulmadan, maden işçilerine yaptıkları işin niteliğine yönelik kanun ve yönetmeliklerde belirtilen süre kadar iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmeden, anılan ocağın özellikleri dikkate alınmaksızın ocak şartlarına uygun olmayan maske tedariki ile işçilerin kullanımına verilen maskelerin, yapılması gereken sürede denetimleri yapılmadan, işçilere kullanıma uygun maskeler verilmeden, ocak içinde risk

değerledirmesi ve kriz dönemlerine ilişkin hazırlık yapmadan devam edildiği,...”. Dairenin olası kastla hareket ettikleri sonucuna vardığı kişiler hakkındaki değerlendirmeleri şöyledir: “Uzun yıllardır bu iş kolunda çalıştıkları, tehlikeli iş kollarının başında gelen maden işletmeciliği konusuna ilişkin hukuk normları ve olmazsa olmaz haline gelen herbiri yüzyıllar içinde gerçekleşen acı olaylar sonucu oluşan müşterek tecrübeye sahip oldukları kabul edilen ve Yüklenici Şirketteki konumları gereğince diğer tüm çalışanlar üzerinde emir ve talimat verme yetkileri bulunan Soma Kömürleri İşletmeleri A.Ş.’de maden mühendisi olup, 2009 yılından kaza tarihine kadar genel müdür ve işveren vekili görevinde bulunan ...’nun, anılan şirkette maden mühendisi olan, 1996 yılında vardiya mühendisi olarak çalışmaya başlayan, 2001 yılında iş güvenliği mühendisi olarak çalışmaya devam eden ve 2005 yılında iş güvenliği ve sağlığı başmühendisi olan işletme müdürü ve işveren vekili sanık ...’in yine maden mühendisi olan 2001 yılında anılan şirkette çalışmaya başlayan ilk önce 1.5 yıl vardiya amirliği yaptıktan sonra 6 yıl boyunca vardiya mühendisliği görevinde bulunan daha sonra 2.5 yıl vardiya mühendisliği görevi yapan şirket müdür yardımcısı, teknik müdür ve işveren vekili sıfatlarını taşıyan sanık ...’nın ve yukarıda aktarıldığı şekilde sanık ...’ın, anılan iş kolundaki çalışma usul ve şartlarına aykırı şekilde gerçekleştirilen hızlı ve durmaksızın kömür çıkarma faaliyetlerinin, işçilerin iş sağlığı ve güvenliği açısından yüksek risk oluşturduğunu ve dönülmez sonuçlara yol açabileceğini bildikleri halde sayılan olumsuzluklara rağmen muhtemel gerçekleşebilecek tehlikeli neticeleri göze almak ve hatta kabullenmek suretiyle kömür çıkarma faaliyetinin hatalı ve usulüne aykırı şekilde devam etmesini görmezlikten geldikleri, TKİ tarafından onaylanan, açılması halinde Spanosunda bulunan işçilerin kurtarılmasını sağlayacak olan Yüklenici Şirket tarafından gerekli görülerek acil kurtarma yolu açılmasına karar verilen nefesliğin yaklaşık 3 yıl boyunca açılmadan programlanan üretim miktarından daha fazla kömür üretimi yapacak şekilde çalışmaya devam ettikleri böyle bir olayda, öngörmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmemekte, bunun da ötesine geçilerek ve bilinçli taksir unsurları aşılarak, bu şekildeki kanun, yönetmelik ve işin olurlarına aykırı çalışmalar ile açılması gerekli görülen nefesliğin açılmadan kömür üretim faaliyetine devam edilmesinin yüksek risk oluşturduğunun bilinmesine ve bu durumun geri dönülmez sonuçlara yol açabileceğini öngörebilmelerine rağmen ” olursa olsun ” düşüncesi ile hareket ederek yüksek risk içeren faaliyetlerine uzun süre devam ettikleri, sanıkların tamamının karar alma süreci içerisinde bulunmaları ve şirketteki pozisyonları gereği ocak içerisindeki yüksek riskleri bilmelerine rağmen, “ olursa olsun ” mantığı ile hareket ederek bu risklerin önüne geçmek

*için her hangi bir girişimde bulunmayarak, gerçekleşen bu neticeden olası kasıtlarıyla sorumlu tutulmaları gerektiği, böylece sanıklar hakkında 301 kez olası kastla adam öldürme suçundan ve 162 kez olası kastla yaralama suçundan mahkumiyet hükmü kurulması gözetilmeden, sanıklar ..., ... ve ... haklarında bilinçli taksir ile sanık ... hakkında ise basit taksirle öldürme suçundan hüküm kurulması,... ”.*

Görüldüğü üzere kararda olası kasta ilişkin belirlemeler yapılmış olmakla iştirake ilişkin bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır. Daha açık ifade etmek gerekirse olası kastla öldürme suçundan sorumlu tutulması gerektiği söylenen kişilerin aralarında bir iştirak iradesinin bulunup bulunmadı, neticeye giden hareketler üzerinde birlikte hakimiyet kurup kurmadıkları veya sözgelimi bir dolaylı faillik halinin söz konusu olup olmadığı tartışma konusu yapılmamıştır. Kararın bu halinden ancak her bir kişinin müstakil ve yan fail olarak sorumlu tutulduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak meselenin özü bu kadar basit değildir. Öncelikle incelemeye esasında faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin ilkelerin de dahil edilmesi, hareketin niteliğinin ihmal olduğu tespit edilirse ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin özel kıstasların olaya tatbik edilmesi gerekirdi. Bu aşamadan sonra hangi faillik ve şeriklik statüsünün söz konusu olduğunun ayrıca değerlendirilmesi icap etmektedir ve bu inceleme aslında salt teorik bir gerekliliği ifade etmemekte, pratik açıdan da faydası bulunmaktadır. Örneğin suça katılan ve üzerine düşen yükümlülükleri ihlal edip gerekli önlemleri almayan kişilerin her birinin eyleminin tek başına gerçek olmayan ihmali suçun tipikliğini karşıladığını ifade etmek mümkün olmayabilir. Bir diğer ifadeyle her bir ihmal, neticenin meydana gelmesi bakımından tek başına yeterli olmamakla birlikte çok önemli bir katkı sayılabilir. Bu durumda söz konusu ihmalde bulunan kişiyi müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için en azından olası kasta tekabül eden bir iştirak iradesinin varlığı gerekmektedir. Öte yandan sözgelimi sürece dahil olan ve kontrol görevi bulunan sorumlu bir kişinin işletme ile ilgili konularda gerekli önlemleri alması gereken diğer kişileri olumlu rapor vermek suretiyle yanıltması ve faaliyete olduğu gibi devam edilmesine neden olması halinde bu kişinin icrai hareketiyle dolaylı fail olarak sorumlu tutulup tutulmayacağı da tartışılması gereken konulardan birini oluşturmaktadır.

Bu noktada Alman yargı kararlarından birine örnek kabilinden başvurmak faydalı olacaktır. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin bir kararına<sup>411</sup> konu olan olayda Alman Ceza Kanunu § 326 I deki suç bakımından, özel tehlikeli atık depolama tesisinde bulunan ve evsel atık depolama tesisine nakli mümkün olmayan atığın nakledilmesine izin verilmiştir. Nakil öncesinde bu işlemin uygun olup olmadığına ilişkin olarak Hessen Çevre İşleri Başkanlığından görüş alınmış ve burada çalışan görevli sanık naklin yapılabileceğine dair rapor düzenlemiştir. Federal Yüksek Mahkemenin sanığın sorumluluğuna ilişkin değerlendirmeleri şu hususları ihtiva etmektedir: “Birlikte faillik, kişinin sadece hazırlık hareketlerine katılması halinde de mümkün olur. Ancak bunun için, destekleyici fiilde bulunan kişinin ortak iradeye dayalı olarak, suçun gerçekleştirilmesi bakımından destekleyici bir katkısının olması ve bu katkının da münhasıran başkasının fiilinin desteklenmesi niteliğinde değil, tüm fiilin bir parçası olarak ortaya çıkması ile diğer kişilerin suç tipinde yer alan hareketlerinin kendi hareketinin tamamlayıcısı görünümünü kazanması gerekir. Bu halin somut olayda söz konusu olması için kapsamlı değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi şarttır. Yapılacak bu değerlendirmedeki esaslı hareket noktaları, netice bakımından kişinin şahsi menfaatinin bulunmasına yönelik ağırlık, tipik fiile iştirakin kapsamı, fiil üzerinde hakimiyet veya hakimiyet iradesidir. Böylece, suç tipindeki fiilin icrası ve sonuçlanması ağırlıklı olarak bu kişinin iradesine bağlıdır.”<sup>412</sup>. Mahkeme somut olayda sanığın katkısının esaslı olduğuna, zira onun olumlu görüşü olmasa idi idarenin nakile onay vermeyeceği sonucuna ulaşmıştır<sup>413</sup>. Mahkemenin atık naklini yapan şirket yetkililerinin idarece verilen onayın hukuka uygun olduğuna inanmış olması ihtimalini ayrıca değerlendirdiği ve bu durumda şirket yetkililerinin kastı kaldıran hata hali olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığı konusunda hata veya yasak hatasına düşmüş olacaklarından hareketle sanığın dolaylı fail haline geleceği tespitini yaptığı görülmektedir<sup>414</sup>.

Burada özetle doğal afetler sebebiyle meydana gelen neticelerden sorumluluk bahsinde yaptığımız açıklamalara paralel olarak şunu ifade etmek gerekir. Her faaliyet sahasının kendine özgü teknik bir mevzuatı bulunmaktadır ve bu faaliyetin icrası ile meydana gelen neticelerin hangi yükümlülüğün ihlalden kaynaklandığı, kim veya kimlerin bu ihlalden ötürü ne şekilde

---

<sup>411</sup> BGH 3.11.1993- 2StR 321/93, BHGSt 39/381 (Kararın çeviri için bkz.: M. Emin Artuk, R. Barış Atladı, “Federal Yüksek Mahkeme’nin Çevre Suçlarında Faillik Konulu Önemli Bir Emsal Kararı”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 16, 2020, s. 1375 vd.).

<sup>412</sup> Artuk, Atladı, “Çevre Suçları”, s. 1381, 1382.

<sup>413</sup> Artuk, Atladı, “Çevre Suçları”, s. 1382.

<sup>414</sup> Artuk, Atladı, “Çevre Suçları”, s. 1383.

sorumlu tutulacağıının belirlenmesi somut olayın şartları göz önünde bulundurularak bu mevzuatın ayrıntılı bir biçimde incelenmesini gerektirir. Bu bağlamda işveren faaliyet alanı ile ilgili olarak alınması gereken tedbirler konusunda eksik veya hatalı bilgilendirilmiş ya da hiç bilgilendirilmemiş ve işverenin niteliği gereği bu tedbirlerle ilgili olarak açıkça bilgilendirilmesi gerekiyorsa tedbirlerin alınmaması sonucu meydana gelen neticelerden işverenin sorumlu tutulmaması gerekir<sup>415</sup>. Maden işletme alanına ilişkin mevzuat bu sahada çalışan kişilerden kimlerin hangi yükümlülük altında olduğunu düzenlemektedir. Bu nedenle meydana gelen maden kazalarında bu mevzuatı incelenmesi ve kimin üzerine düşen yükümlülüğü ihlal ettiğinin ve kazanın hangi ihlalden kaynaklandığının belirlenmesi gerekmektedir<sup>416</sup>.

İşletmesel faaliyetler, bu bağlamda maden çıkarma işlemleri özelinde ele alınması gereken bir diğer husus, işletme sahasında görev alan ve sözcüleri iş sağlığı ve güvenliğinden mesul olan çalışanların kendileri açısından meydana gelen yaralanma neticelerinden sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Bu gibi kazalardan söz konusu kişilerin sağ olarak kurtulması durumunda ihmali hareketlerinden kaynaklanan neticelerden ne ölçüde sorumlu olacakları, bir diğer ifadeyle kendi yaralanmalarından da sorumlu olup olmadıkları ayrıca ele alınması gereken bir konudur. Bu durumda mağdur ve fail kavramlarının aynı kişide birleşip birleşmeyeceği meselesi gündeme gelir. Bu tip durumlarda, yani müşterek fail olarak nitelendirilebilecek kişilerin işlenen hareket sebebiyle kendilerinin de bir zarar veya tehlikeye maruz kaldığı hallerde meydana gelen bu zarar ya da tehlikeden sorumlu tutulup tutulamayacakları mevzuu tartışmalıdır ve bu tartışmaya yukarıda müşterek faillik bahsinde yer verilmiştir. Bu bahiste gerekçeleriyle birlikte ifade ettiğimiz görüş ile bu tür durumlarda meydana gelen netice bakımından söz konusu kişinin müşterek fail sıfatıyla katılabileceği bir tipikliğin gerçekleşmediğini savunuyoruz. Bir diğer deyişle, birlikte suç işleme kararına istinaden hareketin birlikte gerçekleştirilmesi şartları beraber ele alındığında öncelikle meydana gelen neticeden kendisi etkilenmiş olan kişinin o netice bakımından tipikliği sağlamadığını ve dolayısıyla iştirak bahsine bu netice bakımından hiç geçilemeyeceğini düşünüyoruz.

---

<sup>415</sup> Mahmut Koca, İlhan Üzülmüş, “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler”, **Adalet Dergisi**, No: 64, 2020, s. 247.

<sup>416</sup> Koca, Üzülmüş, “Taksirli Suçların Teorik Yapısı”, s. 249, 250.

### C. Ekskurs: Deprem Sonucu Meydana Gelen Neticelerden Sorumluluk

Müteahhit M, arsa maliklerinin talebi ile bir apartman inşası için proje hazırlamak üzere mimar A ve B ile anlaşır. Deprem yönetmeliğine uygun olarak hazırlanması gereken projede müteahhit M'nin talebi üzerine bütçenin küçültülmesi için binanın olası bir deprem karşısında ayakta kalmasını sağlayacak bazı unsurlara yer verilmez. Mimari projenin ardından zemin durumu değerlendirilerek inşaat mühendisleri tarafından statik proje hazırlanır. Binanın yapımına ilişkin elektrik projesi, makine projesi gibi diğer belgeler de hazırlanarak projeler belediyenin ilgili birimlerine inceleme için sunulur. Zeminin iyileştirme olmadan inşaatı uygun olmadığını tespit etmelerine rağmen K ve G müteahhitten aldıkları para karşılığında statik proje için, T ve H de mimari projenin gereken unsurları barındırmamasını belirledikleri halde inşaatın yapılması için onay içeren raporlar düzenlerler. Belediyenin yapı ruhsatlarını düzenleyen birimi bu onayları dikkate alarak söz konusu yapının inşası için ruhsat verir. İnşa sürecinde görev alan şantiye şefi inşaat mühendisi Ş, kendisine mevzuat tarafından yüklenen yükümlülüklerle uygun davranarak süreci yönetir, malzeme niteliği, kullanım biçimleri ve gerekli standartlara uyulması konusunda yapılması gerekenleri yapar. Binanın tamamlanması ve dairelerde oturma başlanmasından kısa bir süre sonra meydana gelen depremde bina yıkılır ve enkaz altında kalanlardan ölenler ve yaralananlar olur.

Öncelikle binanın depreme dayanıklı olarak inşasından kimlerin hangi sözleşmesel ve yasal dayanaklar ile sorumlu olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.

Müteahhit, arsa malikleri ile yapılan inşaat sözleşmesi çerçevesinde TBK'nın ilgili hükümleri uyarınca ifanın eksiksiz ve ayıpsız gerçekleştirilmesinden sorumludur. Bunun dışında müteahhidin imar mevzuatı kapsamında sorumluluğunu doğuran hükümler bulunmaktadır. Bunlardan biri olan ve müteahhidin faaliyet ve sorumluluk alanını belirleyen Yapı Müteahhitlerinin Sınıflandırılması ve Kayıtlarının Tutulması Hakkında Yönetmelik'in 6. Maddesinin birinci fıkrasına göre; "Yapı müteahhidi; yapıyı, tesisatı ve malzemeleriyle birlikte ilgili mevzuata, uygulama imar planına, ruhsata, ruhsat eki etüt ve projelere, standartlara ve teknik şartnamelere uygun olarak inşa etmek, neden olduğu mevzuata aykırılığı gidermek mecburiyetindedir. Yapı müteahhidi, ilgili fenni mesullerin denetimi olmaksızın inşaat ve tesisatlarına ilişkin yapım işlerini sürdüremez, inşaat ve tesisat işlerinde yetki belgesi olmayan usta çalıştıramaz." Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre; "yapı müteahhidi, yapım işinin ruhsata

ve ruhsat eki etüt ve projelere uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan inşaat ve iş organizasyonunu sağlamak, mevzuatın öngördüğü her türlü tedbiri almak, uygulamak ve uygulatmaktan sorumludur.” Bu maddede de atıfta bulunulan ve müteahhidin uymak zorunda olduğu mevzuatın içinde Deprem Yapı Yönetmeliği de yer almaktadır. Dolayısıyla müteahhidin bu yönetmeliğin öngördüğü tedbirleri alması ve kurallara riayet etmesi beklenmektedir. Buna aykırı olarak hareket ederek ölüm ve yaralama neticelerinin doğmasına sebebiyet veren müteahhidin, yukarıda yer verilen hükümlerde tanımlanan geniş yetki ve sorumluluk alanı esas alındığında, meydana gelen neticelerden fail olarak sorumlu tutulması gerekmektedir. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi burada hem icrai hem de ihmali anlama gelebilecek hareketler söz konusudur. İcrai hareketin kasten öldürme ve yaralama suçunun hareket unsurunu oluşturup oluşturmadığı değerlendirildiğinde binanın mevzuata aykırı yapılması 81. Maddede düzenlenen suçun doğrudan doğruya icrası anlamına gelebilecek bir hareket olarak nitelendirilmekten uzaktır. Bu nedenle ihmali hareketle kasten öldürme suçuna ilişkin hüküm uyarınca bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Öte yandan ilgili ortada bir dikkat ve özene aykırılığın bulunduğu fikrinden hareket edilerek taksirle öldürme suçunun işlendiği de savunulabilecektir ki yukarıda yer verildiği üzere Yargıtay içtihadı büyük ölçüde bu yönde gelişmiştir. Ancak çalışmamızın konusu ihmali suçlarda iştirak olduğu ve iştirakin en azından yürürlükteki hükümler uyarınca ancak kasten işlenebilen suçlarda mümkün olduğu kabul edildiğinden olayda suça katılanların en azından olası kastla hareket etmiş oldukları ihtimali üzerinden incelemeye devam edilecektir.

Projelerin çiziminden inşa sürecinin sonuna kadar çeşitli roller üstlenen mimar ve mühendislerin sorumlulukları da kendi meslek alanlarına ilişkin mevzuattan yola çıkılarak belirlenmelidir. Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği Mimarlar Odası Serbest mimarlık Hizmetlerini Uygulama, Tescil ve Mesleki Denetim Yönetmeliği özellikle serbest çalışan mimarların görev tanımlarını ve sorumluluklarını düzenlemekte, bu bağlamda 15. Madde hükmü mimarın “*zorunlu standart ve normlara*”, “*genel olarak bilinen fen, yapı ve sanat kurallarına*”, “*mimari proje çizim ve sunuş standartlarına*” uygun hareket etmekle yükümlü olduğunu öngörmektedir. Diğer taraftan Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği İnşaat Mühendisleri Odası Serbest İnşaat Mühendisliği Hizmetleri Uygulama, Tescil, Denetim ve Belgelendirme Yönetmeliğin 7. Maddesi mühendisler için benzer hükümler ihtiva etmekte ve bu kimselerin “*Serbest inşaat mühendisliği hizmetlerinin yürütülmesi sırasında, standartlar,*

*fen, sanat ve sağlık kuralları ile ilgili bütün mevzuat hükümlerine uymak” ile “mesleki esaslar ile ülke ve toplum yararlarını gözetmek” ile yükümlü olduklarını öngörmektedir. Ayrıca şantiye şefliği görevini üstlenenler için Şantiye Şefleri Yönetmeliği hükümleri devreye girmekte, bu Yönetmelik uyarınca şantiye şefi, “yapı müteahhidi adına, yapım işinin ruhsata ve ruhsat eki etüt ve projelere uygun olarak gerçekleştirilebilmesi için gerekli olan inşaat ve iş organizasyonunu sağlamak, mevzuatın öngördüğü her türlü tedbiri almak, uygulamak ve uygulatmakla” sorumlu olmaktadır.*

Bü hükümlerin olaya uygulanması durumunda müteahhit, mimar, mühendis ve kamu görevlilerinin gerek sözleşmesel faaliyet gerek kanun ve ilgili mevzuattan kaynaklanan yükümlölükleri sebebiyle inşaatın kurallara uygun yapılmamasından doğan zararlar bakımından garantör pozisyonunda olduklarını söylemek gerekir.

Neticenin meydana geldiği süreci başlatan müteahhidin öncelikle azmettirme hükümleri bağlamında sorumluluğu irdelenmelidir. Mimarlara eksik proje çizimleri yönünde bir istekte bulunan müteahhitin karşı tarafta suç işleme düşüncesini oluşturması sebebiyle icrai hareketle ihmali bir suça azmettirdiği görölmektedir. Müteahhit aynı zamanda kendisi de garantör durumundadır ve gereken önlemleri almaması dolayısıyla kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu yönünden müşterek fail olarak değerlendirilmelidir. Nitekim genel prensiplere göre, azmettiren kişi aynı zamanda suçun işlenişine müşterek fail olarak katıldığında failliğin şerikliğe nazaran asliliği ilkesi gereğince azmettiren olarak değil müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerekmektedir. müteahhidin yapı inşa sürecinin yüklenicisi olarak yükümlölüklerini yerine getirmediği, mevzuata ve genel ilkelere uygun olarak yapılmayan binanın depremde yıkılmasından sorumluluğunun kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi hükmüne göre kurulması gerektiği söylenebilecektir. Müteahhit ile mimarlar arasındaki anlaşmanın binanın standartların altında yapımına ilişkin olduğu göz önünde bulundurulduğunda, mevzuattan doğan yükümlölüklerine uygun hareket etmeyen mimarların üstlendikleri rolün yapı ruhsatının alınması ve inşa için temel teşkil eden projenin çizimi olduğu ve böylelikle fail statüsünde kabul edilmeleri gerektiği söylenebilir. Bu durumda müteahhit ile mimarlar arasında kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu bakımından bir müşterek faillik söz konusudur.

Statik projenin zeminin durumu inşaya izin vermediği halde aksi yönde düzenlenmiş olması projeden sorumlu olan statik mühendisinin olası kastla mı yoksa taksirle mi hareket



ettiği yönünde net bir fikir vermemektedir. Mühendisin olası kastla hareket etmesi durumunda onun da mimarlar ile aynı şekilde sorumlu tutulması gerektiği söylenmelidir.

Zeminin uygun olmamasına rağmen aldıkları rüşvet karşılığında projeleri onaylayan belediye çalışanları için ayrı bir değerlendirme yapmak gerekir. Bu çalışanlar kamu görevlisi sıfatını taşımaktadır ve gereken red işlemini yapmayıp onay işlemini gerçekleştirmeleri yine her iki anlama gelebilecek bir hareket teşkil etmekte, bu noktada icra ve ihmalden hangisinin esas alınması gerektiği problemi yine karşımıza çıkmaktadır. İcrai hareketleri rüşvet suçu dışında ölüm neticeleri yönünden görevi kötüye kullanma suçunu teşkil etmektedir. Hareket ihmal olarak kabul edilirse bu yine görevi kötüye kullanma ve kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesine temel oluşturmaktadır. Öncelikle şu hususu belirlemek önemlidir: Kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi bakımından kamu görevlilerinin iştirak statüsü nedir? Bu kişilerin onay içeren raporlarına istinaden belediyenin yetkili birimleri tarafından yapı ruhsatı verildiğinden neticeyi engelleme gücü tam olarak bu raporları veren kişilerde bulunmaktadır ve bu da onları fail konumuna getirir. Dolayısıyla kamu görevlilerinin kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçu bakımından da fail olduklarını söylemek mümkündür. Bu durumda hangi harekete (icrai veya ihmali) dayanılarak ceza sorumluluğunun tesis edileceği belirlenmelidir. Zira daha önce de ifade edildiği üzere icrai ve ihmali hareket arasında fikri içtmanın varlığı kabul edilmemektedir. Olayda rüşvet alınması ayrı bir hareketle gerçekleştirilmekte olduğundan incelemenin görevi kötüye kullanma ve ihmali davranışla öldürme suçları arasında yapılması gerekir. Görevi kötüye kullanma kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi karşısında bir genel norm olduğundan geri çekilecektir ve sorumluluk 83. Madde çerçevesinde tayin edilmelidir. Burada eklenmesi gereken husus, kamu görevlilerinin rüşvet karşılığında projelere onay vermiş olmaları sebebiyle birlikte suç işleme kararı koşulunun apaçık bir şekilde gerçekleşmiş olduğudur. Proje onayları bir işbölümü ilişkisi içinde önemli bir rol olarak nitelendirilebileceğinden fonksiyonel hakimiyet çerçevesinde suçun birlikte işlenmesi şartının da gerçekleştiğini söylemek mümkündür.

Öte yandan projeyi gerekli koşulları taşıdığını gerekçe göstererek onaylayan kamu görevlilerinin belediyenin ilgili birimine sundukları bu onay raporları söz konusu birimin çalışanlarını yanıltıcı niteliktedir. Dolayısıyla ruhsat veren birimde çalışan kişiler de suç işlemiş olmakta, ancak raporun hukuka uygun olduğunu düşündüklerinden bir haksızlık yanılgısı içine düşmüş bulunmaktadır. Bu kişilerin ruhsat talebini reddetmemeleri şeklindeki ihmali

davranışlarından hataları kaçınılmaz nitelikte olduğundan sorumlulukları olmayacaktır. Burada aslında şartları taşımadığı halde olumsuz rapor düzenlememe şeklinde de nitelendirilebilecek olan, dolayısıyla hem icrai hem de ihmali nitelik gösteren onay raporu düzenlenmesi hareketi ile yetkili kişilerin hataya düşürüldüğü görülmektedir. Bu hareketin sonuç itibarıyla ihmal olarak nitelendirildiği olayımızda ihmali davranışla ihmali bir suça dolaylı fail olarak katılmanın da mümkün olduğu sonucu çıkmaktadır. Ortada hukuken tek bir hareketin bulunması dolayısıyla bu olayda onay raporlarını düzenleyen kamu görevlilerinin kasten öldürmenin ihmali davranışla gerçekleştirilmesi suçu bakımından müşterek fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini söylemek mümkündür. Dolaylı faillığe ilişkin hükümler ön plandaki belediye yetkili birimi çalışanlarının sorumlu tutulmamaları bakımından bir değer ifade etmektedir.

## **V. İCRAİ VE İHMALİ HAREKETLE İŞTİRAK KONUSUNA İLİŞKİN ORTAK SORUNLAR**

### **A. Genel Olarak**

İştirak bahsinde ele alınan konular içinde hata ve sapma halleri ile neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda iştirak hükümlerinin ne şekilde uygulanacağı meseleleri de yer almaktadır. Çalışmamızın ihmal alanında iştirake odaklanması dolayısıyla, iştirakin bir kolu olarak sayılan bu konuları da kısaca ele almanın gerekli olduğunu düşünüyoruz. Zira sözgelimi dolaylı failin hatasına ilişkin prensip ve değerlendirmeler ihmali hareketle gerçekleştirilen dolaylı faillik durumu için de önem arz etmektedir. Bu gereklilik ışığında aşağıda ihmalin bir davranış biçimi olarak iştirak bahsinde varlık gösterdiği durumlarda hata, sapma veya neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç hallerine ilişkin örneklerle yer verilmeye gayret edilmiştir.

### **B. Dolaylı Faillikte Hata Halleri**

Arka plandaki kişi, ön plandaki kişi üzerindeki etkisi ve iştirak statüsü konusunda yanılıp, ceza sorumluluğu olmadığını bilmediği ön plandaki kişiyi azmettiren sıfatıyla hareket ettiğini düşünmüş olabilir. Bir görüşe göre, bu tip durumlarda her ne kadar objektif olarak fiil üzerinde hakimiyet tesis etmiş olsa da dolaylı faillığe yönelik bir iradesi olmadığından arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulamayacağı, azmettiren olarak kabul edilmesi

gerektiği savunulmaktadır<sup>417</sup>. Zira dolaylı faillik için hakimiyet unsurlarının objektif olarak gerçekleştiğinin bilincinde de olmak gerekmektedir<sup>418</sup>. Öte yandan bir diğer görüş, ön plandaki kişinin kusur yeteneksizliğinden habersiz olan arka plandaki kişinin fiil hakimiyetini sağlayamadığı, bu nedenle azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği yönündedir<sup>419</sup>. Hata konusunda gündeme gelebilecek ihtimallerden biri de arkadaki kişinin ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurduğunu düşünmesine rağmen, ön plandaki kişinin aslında ne yaptığını biliyor olması halidir. Bu durumda, objektif olarak azmettirme, sübjektif olarak ise dolaylı failliğin bulunduğu, dolaylı faillığe ilişkin kastın azmettirmeyi de kapsamaması nedeniyle arka plandaki kişinin azmettiren olarak sorumlu tutulması gerektiği savunulmaktadır<sup>420</sup>.

Arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin kusur yeteneğinin bulunduğunu zannettiği olaylar bakımından bir görüşe göre ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulmuştur ve fakat bu hakimiyet kasta dayanmamaktadır<sup>421</sup>. Halbuki dolaylı failliğin söz konusu olabilmesi için ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurmak suretiyle fiil hakimiyetini sağladığını ve bu kişiyi suçta araç olarak kullandığını bilmesi ve buna yönelik isteğinin olması gerekmektedir<sup>422</sup>. Bu nedenle böyle bir hatanın varlığı halinde arka plandaki kişi dolaylı fail olarak değil, şerik olarak cezalandırılabilir<sup>423</sup>.

Dolaylı faillikte ön plandaki kişi ile arka plandaki kişi arasında kurulu olduğunu söylediğimiz köprünün tek taraflı oluşu bu tip durumlarda mevcut hukuki düzenlemeler karşısında soru işareti doğmasını da engellemektedir.

<sup>417</sup> Bkz.: Hilgendorf, Valerius, **Genel Kısım**, s. 214, 215; Kienapfel, **AT**, s. 559. Bu ve tersi örnekte arka plandaki kişinin ceza sorumluluğunu farklı teorilerin bakış açılarına göre değişik formülasyonlarla inceleyen bir eser için bkz.: Jürgen Baumann, “Mittelbare Täterschaft Oder Austiftung Bei Fehlvorstellungen Über Den Tatmittler?”, **JuristenZeitung**, C. 13, No: 8, 1958, s. 232 vd.

<sup>418</sup> Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 256.

<sup>419</sup> Bkz.: Koca, Üzülmöz, **Genel Hükümler**, s. 480; Özyüksel, “Dolaylı Faillik”, s. 239; Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 82. Sınar bu ihtimalde kusur yeteneği bulunmayanların azmettirilmesi halinde daha ağır ceza verilmesini öngören düzenleme bakımından da bir değerlendirme yapmakta ve nitelikli halde düşülen bir hatanın söz konusu olduğunu ve TCK’nın 30. Maddesinin ikinci fıkrası hükmü gereğince bu hatasından yararlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 82. Heinrich de bu ihtimalde azmettirmeden sorumluluğun söz konusu olacağını savunmakta ve fakat farklı bir gerekçe sunmaktadır. Yazara göre, dolaylı failliğin ağır şekli, haksızlık içeriği yönünden azmettirmeyi içkindir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 292, 293.

<sup>420</sup> Bu görüş için bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 291, 292; Kienapfel, **AT**, s. 560.

<sup>421</sup> Bkz.: Özyüksel, “Dolaylı Faillik”, s. 238.

<sup>422</sup> Özyüksel, “Dolaylı Faillik”, s. 238.

<sup>423</sup> Özyüksel, “Dolaylı Faillik”, s. 238.

Kasten hareket ettiğini düşündüğü birini azmettirme iradesiyle suça sevk eden kişinin ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği meselesi tartışmalıdır. Kasten hareket ettiğini zannederek suçun işlenmesinde kullandığı kişinin aslında kastının bulunmaması durumunda arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulamayacağına ilişkin görüş farklı şekillerde gerekçelendirilmektedir. Bir görüşe göre, araç konumundaki kişinin kastı olmadığından failliğin kurucu unsuru da eksiktir ve bu nedenle arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması mümkün olmaz<sup>424</sup>. Burada arka plandaki kişinin ön plandaki kişinin kasten hareket ettiğini zannetmesi sebebiyle dolaylı faillığe ilişkin bir iradesi bulunmamaktadır. Şayet ön plandaki kişi gerçekte kastı olmaksızın hareket ediyor ve fakat arka plandaki kişi onun kasten hareket ettiğini düşünüyor ise bu durumda mevcut iştirak hükümleri şeriklik için kasten işlenen bir hareketin varlığını aradığından arkadaki kişinin azmettiren olarak kabul edilmesi baskın görüş tarafından mümkün görülmemektedir<sup>425</sup>. Ön plandaki kişinin hareketi sınırlı bağlılık kuralı ile aranan özellikleri bu bağlamda kasten işlenmiş bir fiil olma özelliğini de haiz olmadığından meselenin şerikliğe ilişkin hükümler çerçevesinde de çözülmesi imkanı bulunmamaktadır<sup>426</sup>. Ayrıca Türk Ceza Kanununda Alman Ceza Kanunundaki gibi azmettirmeye teşebbüse ilişkin bir düzenleme de bulunmadığından<sup>427</sup> arka plandaki kişinin sorumluluğu bir soru işareti olarak kalmaktadır<sup>428</sup>. Fiil hakimiyetini kurucu şartlarda hataya düşülmesi durumunda -bunlardan biri de ön plandaki kişinin kast olmaksızın hareket ettiği örneklerdir- arka plandaki kişinin ceza sorumluluğuna ilişkin özellikle Alman hukukunda gerek öğretide gerek yargı kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda bazı yazarlar arka plandaki kişinin dolaylı fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini savunurken, bazı yazarlar tarafından ve Alman yargı kararlarında tamamlanmış şeriklikten (azmettirme veya yardım etme) sorumluluğu benimsenmekte, bazı yazarların görüşlerinde ise akim kalmış şeriklik ve

<sup>424</sup> Bkz.: Sınar, “Dolaylı Faillik”, s. 83.

<sup>425</sup> Bkz.: Özgenç, **İştirakin Hukuki Esası**, s. 257.

<sup>426</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 18.

<sup>427</sup> Alman Ceza Kanununda cürümler bakımından (Verbrechen) söz konusu olan düzenleme sebebiyle bu ihtimalde azmettirmeye teşebbüsten ceza sorumluluğunun olması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz.: Kienapfel, **AT**, s. 560.

<sup>428</sup> *Ekici Şahin* bu duruma bir örnek üzerinden çözüm üretmekte, kasten hareket ettiğini ve içinde zehir olduğunu bildiği iğneyi hemşiresine verip bir hastaya enjekte etmesini isteyen doktorun TCK md. 83 anlamında neticeyi önleme yükümlülüğü bulunduğunu ve bu suçtan doğrudan fail olarak sorumlu tutulması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz.: Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 19. Fakat arka plandaki kişinin her zaman garantörsel yükümlülüğünün bulunmayabileceğini gözden uzak tutmamak gerekir. Dolayısıyla bu durumda Yılmaz arka plandaki kişinin cezasız kalmasını hakkaniyete aykırı bulduğunu ve fakat bunun suç politikasını ilgilendiren bir mesele olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Yılmaz, “Dolaylı Faillik”, s. 288.

taksirli faillikten sorumluluğa ilişkin açıklamalara rastlanmaktadır<sup>429</sup>. *Roxin*, ön plandaki kişinin araç konumunda olduğunu bilmeyen arka plandaki kişinin fiil hakimiyetine sahip olmadığını ve bu nedenle dolaylı fail de olamayacağını dile getirmektedir<sup>430</sup>.

Taksirli suçlara da iştirakin mümkün olduğunu savunan yazarların hareket noktalarından biri, kasten hareket etmeyen ön plandaki kişinin kasıtlı olduğunu düşünen ve onu suça sevk eden arka plandaki kişinin ne azmettiren ne de dolaylı fail olarak cezalandırılabilmesi şeklindeki sonuçtur<sup>431</sup>. *Demirel*, taksirli suçlara iştiraki kabul eden görüşü bunun fiil hakimiyeti kıstası ile uyumlu olmadığı gerekçesiyle eleştirmekte, kasten hareket eden şerikin taksirle hareket ettiğini bildiği ana fiili işleyen faile göre fiil üzerindeki hakimiyetinin daha fazla olduğunu ifade etmektedir. *Yazar*, failin kasten hareket etmediği ve arka plandaki kişinin bunu bilmediği durumlarda azmettiren olarak değil, dolaylı fail olarak sorumlu tutulması sonucunun doğacağını ifade etmektedir<sup>432</sup>. Ancak bizce burada dolaylı faillikte hataya ilişkin sorunun dikkate alınmadığı görülmektedir. Zira arka plandaki kişi azmettiren olarak hareket ettiğini düşünmekte, dolaylı faillığe ilişkin iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla fiil hakimiyetini sağlayamadığı söylenmekte ve dolaylı fail olarak da sorumlu tutulamayacağı savunulmaktadır. Temel sorun burada arka plandaki kişi için ne azmettiren ne de dolaylı fail olarak sorumluluğun koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır.

### C. Failin Hatası, Sapma ve Sınırı Aşımı Hallerinde Suç Ortaklarının Sorumluluğu

Müşterek faillerden biri, işlenmesi kararlaştırılan suçun aynı zamanda mağduru olursa onun ceza sorumluluğunun nasıl belirleneceği hususu da tartışılmıştır. İşleyecekleri suç planlayan ve yakalanmaları durumunda öldürme pahasına da olsa takip eden kişiye ateş edecekleri konusunda anlaşılan iki kişiden biri, kaçtıkları esnada arkasından gelen diğer suç ortağını polis zanneder ve ateş ederse yaralanan kişinin kasten yaralama veya kasten öldürmeye teşebbüs suçu bakımından müşterek fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacağı meselesi buna örnek olarak gösterilmektedir<sup>433</sup>. Bu bağlamda, kasten yaralama ve öldürme suçunda bir

<sup>429</sup> Roxin, **TuT**, s. 262-270.

<sup>430</sup> Bkz.: Roxin, **TuT**, s. 264.

<sup>431</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 377.

<sup>432</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 380.

<sup>433</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 269, 270.

başkasının vücut bütünlüğüne veya hayatına yönelmiş bir hareketin söz konusu olması gerektiği, suçun mağduru ve failinin aynı kişi olamayacağı ve dolayısıyla bu kişinin işlenen suçtan ötürü müşterek fail olarak cezalandırılamayacağı fikri ileri sürülmektedir<sup>434</sup>. Öte yandan, müşterek faillikte tüm faillere birbirlerinin hareketlerinin isnat edildiği ve dolayısıyla mağdur olan kişiye kendi hareketinin değil diğer müşterek failin hareketinin isnat edildiği ve bu nedenle işlenen suçtan ötürü müşterek fail olarak sorumlu tutulabileceği de savunulmaktadır<sup>435</sup>.

Müşterek faillerden birinin suçun konusu üzerindeki hatası veya sapma durumunun diğer müşterek faillerin ceza sorumluluğuna etkisinin ne olacağı meselesi de tartışmalıdır. Bu noktada ileri sürülen bir görüşe göre, bu davranışın objektif olarak birlikte suç işleme kararı kapsamı dışında kaldığı için diğer faillere isnat edilemeyeceği yönündeyken bir diğer görüş, önemsiz nitelikteki hata veya sapmaların diğer müşterek faillerin ceza sorumluluğu üzerinde bir değişiklik yaratmayacağı yönündedir<sup>436</sup>.

Hedefte sapma halinde ortada bir hata olmadığı için hata hükümlerinin değil, fikri içtima hükümlerinin uygulanması gerekir ki Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>437</sup>.

Birlikte suç işleme kararına istinaden hareket eden müşterek faillerden birinin suçun konusunda hataya düşerek diğer müşterek faile zarar vermesi durumunda zarara uğrayan kişinin bu suç bakımından sorumlu tutulup tutulamayacağı, tutulacaksa sorumluluk statüsünün ne olacağı hususu tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden biri, faillik için azmettirme ve yardım etmeden farklı olarak bir somutlaştırmaya gerek olmaksızın kanuni tanımda yer alan hareketin soyut bir şekilde gerçekleştirilmesinin yeterli olduğu yönündedir<sup>438</sup>. Bu durumda suç teşkil eden hareket kendisi üzerinde gerçekleşmiş olan suç ortağının söz konusu suça müşterek fail sıfatıyla ve fakat elverişsiz teşebbüsten sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmektedir<sup>439</sup>.

<sup>434</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 269, 270.

<sup>435</sup> Bu durumda, her ne kadar şahısta söz konusu olsa da, hareketi bizzat gerçekleştiren müşterek failin bu hatadan yararlanamayacağı, yaralanan müşterek failin ise suç birlikte suç işleme kararı çerçevesinde işlendiğinden bu hatadan yararlanmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz.: Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 269, 270.

<sup>436</sup> Öztürk, Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku**, s. 411.

<sup>437</sup> Mahmut Koca, “Fikri içtima”, **CHD**, No: 4, 2007, s. 211, 212.

<sup>438</sup> Bkz.: Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 181.

<sup>439</sup> Özgenç, “Müşterek Faillik”, s. 182.

Dolaylı faillikte araç konumundaki kişinin dolaylı failin işlemek istediği suçun mağduru veya konusunda hataya düşmesi ya da hedefte sapma yaşaması durumunda dolaylı failin sorumluluğunun ne olacağı da tartışılan hususlardan biridir. Bir görüşe göre, dolaylı faillikte sapma ve hatanın bir önemi yoktur. Zira dolaylı fail ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurarak onu kendi eli veya aracı gibi kullanmaktadır<sup>440</sup>. Öte yandan ön plandaki kişinin bilinçli olarak sınır aşımında bulunduğu hallerde dolaylı failin aşkın kısımdan sorumlu tutulamayacağı ifade edilmektedir<sup>441</sup>. Bir görüşe göre, araç konumundaki kişinin mağdurun şahsında hataya düşmesi durumunda sapmaya (*aberratio ictus*) ilişkin hükümlerin uygulanması daha isabetlidir<sup>442</sup>. Zira araç olarak kullanılan kişinin hataya düşmesi sebebiyle dolaylı failin aslında istediğinden başka birini öldürmesi ile bizzat işlenen bir fiilde sözcelimi kurşunun sekip başkasını öldürmesi arasında bir fark bulunmamaktadır ve her iki durumda da suçun işlenme sürecinde meydana gelen bir sapma söz konusudur<sup>443</sup>.

Azmettirilenin şahısta hataya düşerek öldürülmesi istenilen kişiden başka birini öldürmesi durumunda azmettirenin sorumluluğunun ne olacağı konusunda farklı teoriler geliştirilmiştir.. Bunlar önemsizlik teorisi, önemlilik teorisi, bireyselleştirme teorisi ve hedefte sapma teorisi olarak sayılabilir<sup>444</sup>.

Azmettirilen kişinin şahısta hataya düşerek başka birini öldürmesi durumunda bir görüşe göre, bu hata fail için de azmettiren için de etkisizdir<sup>445</sup>. Azmettirilenin şahısta hataya düşmesi durumunda azmettirenin bundan nasıl etkileneceği sorusunun bireyselleştirme teorisi ve hedefte sapma çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır<sup>446</sup>. Bu bağlamda düşülen hata tamamıyla failden kaynaklanıyorsa azmettirenin sorumluluğunun hedefte sapma hükümleri çerçevesinde belirlenmesi gerektiği, azmettirenin hedeflediği netice bakımından hareketin teşebbüs aşamasına gelmediği, dolayısıyla teşebbüs aşamasında kalmış bir azmettirmenin söz konusu olduğu, Türk hukuku bakımından ise bunun cezalandırılabilir olmadığı ifade edilmektedir<sup>447</sup>.

<sup>440</sup> Bkz.: Aydın, “İştirak”, s. 326.

<sup>441</sup> Aydın, “İştirak”, s. 327.

<sup>442</sup> Bkz.: Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 16; Kienapfel, **AT**, s. 560.

<sup>443</sup> Ekici Şahin, “Dolaylı Faillik”, s. 16.

<sup>444</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 413, 414.

<sup>445</sup> Eroğlu, “Şeriklik”, s. 419.

<sup>446</sup> Bkz.: Balcı, “Azmettirme”, s.373.

<sup>447</sup> Balcı, “Azmettirme”, s. 373, 374.

Azmettirilenin şahısta hataya düşmesinin azmettiren açısından da önemsiz olduğu yönündeki Türk hukukunda hakim olan görüş<sup>448</sup>, ön plandaki kişinin bu hatasının arka plandaki kişi bakımından her zaman önemsiz olarak nitelendirilemeyeceğinden bahisle eleştirilmektedir<sup>449</sup>.

Failin azmettirenin kendisini yönlendirdiği fiilden daha azını veya fazlasını işlediği durumlar “*ayrılma/sapma*” olarak nitelendirilmektedir<sup>450</sup>. Bu gibi hallerde azmettirenin ceza sorumluluğunun tespitinde azmettirenin tasavvuru ile gerçekleşen hareketin eşdeğer olması, bu eşdeğerliliğin tespiti bakımından ise “*önemlilik kriteri*”nin esas alınması gerektiği ifade edilmekte<sup>451</sup>, bu bağlamda sapmanın önemli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır<sup>452</sup>. Sapmanın önemi konusundaki tespitte ise haksızlık oranındaki artış ile fiilin belirliği ile ilgili kriterler esas alınacak, sözgelimi azmettirmeden bahsedilebilmesi için somutlaştırılmasına gerek olmayan detaylardaki sapma azmettirmeden sorumluluğun kabul edilmesine engel olmayacaktır<sup>453</sup>. *Demirel*, pozitif yönlü sapmaya işaret eden sınır aşımı durumlarında<sup>454</sup> niteliksel sınır aşımı ve niceliksel sınır aşımı şeklinde bir ayırmadan hareket eden Türk öğretisindeki hakim görüşü isabetli bulmadığını ifade etmektedir. *Yazara* göre böyle bir ayrıma girilmeksizin doğrudan dikkate alınması gereken husus, aşkın kısım bakımından kastın bulunup bulunmadığıdır. Bunun nedeni bazı durumlarda niteliksel sınır aşımı ile niceliksel sınır aşımı ayırımının yapılamaması ihtimali ile niteliksel sınır aşımalarında kademeli geçiş olarak ifade edilen hallerde aşkın kısmın azmettirenin kastı kapsamında yer alabilecek olmasıdır. Öte yandan fail tarafından sınır aşımı yapılarak suçun neticesi sebebiyle ağırlaşan halinin işlendiği durumda şerikin de ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından kastının varlığını arayan hakim görüş de yazar tarafından eleştirilmektedir. Alman hukukunda bu hususa dair açık bir düzenleme olduğu, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlardan sorumluluğu düzenleyen maddede (§ 18) şeriklerin de ağır neticeden sorumlu tutulabilmeleri için bu netice yönünden en azından taksirlerinin bulunması gerektiğinin açık bir biçimde düzenlenmiş olduğu, bu yönüyle Alman öğretisine atıfta

<sup>448</sup> Bkz.: Mahmutoglu, “Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, s. 106.

<sup>449</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 428.

<sup>450</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 383, 384.

<sup>451</sup> Bernd Schünemann, **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte : Zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre**, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1971, § 26, kn. 79.

<sup>452</sup> Bkz.: Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 384, 385.

<sup>453</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 385.

<sup>454</sup> Demirel, **Bağlılık Kuralı**, s. 389.



bulunularak meselenin çözümünün isabetli olmadığı yazar tarafından dile getirilmektedir<sup>455</sup>. Ayrıca *Demirel*, TCK'nın 23. maddesinde yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşan suç düzenlemesinin içerdiği ifadeler itibarıyla sadece faile yönelik olmadığı şeklindeki görüşü eleştirmekte, bu anlayışın benimsenmesi halinde başka sorunlar çıkacağı, sözgelimi teşebbüs düzenlemesinin de şerikler hakkında uygulanmasının kabulü sonucunun doğacağını ifade etmektedir. *Yazar* ayrıca 23. maddenin gerekçesinden hareketle de bu yorumun yapılamayacağını dile getirmektedir<sup>456</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki 23. madde metni ile teşebbüse ilişkin 35. madde metninde yer alan ifadeler benzer şekilde yorumlanmaya müsait değildir. *Demirel*, Türk hukuku bakımından Alman Ceza Kanununun § 18'deki türden bir düzenlemeye yer verilmediğinde azmettirenin neticesi sebebiyle ağırlaşan suç bağlamında ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından olası kastının bulunması gerektiğini savunmaktadır. *Yazara* göre azmettirenin hareketi temel suç bakımından kasıtlı azmettirme, gerçekleşen ağır netice yönünden ise taksirli yan faillik oluşturacaktır<sup>457</sup>. Ancak bu görüşün azmettirenin hareketinin fiil hakimiyeti prensibi de dikkate alındığında bağımsız icrai bir suç için failliği oluşturabilecek nitelikte olmadığı eleştirisini yapmak mümkündür.

Öte yandan failin şerikin kastettiği suçtan daha hafif bir suç işlemesi halinde bu fark salt niceliksel yönden ortaya çıkıyor, bir diğer deyişle niteliksel açıdan bir fark doğmayıp farklı bir suç işlenmiyorsa çoğa ilişkin kastın azı da kapsamı sebebiyle şeriki işlenen suçtan sorumlu tutmak gerekmektedir<sup>458</sup>.

#### **D. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda İştirak**

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda da şerikliğin mümkün olduğu söylenmekte, gerekçe olarak Alman Ceza Kanunu § 18'nin neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda şerikin sorumluluğunu da açıkça öngören lafzı gösterilmektedir<sup>459</sup>.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda, şeriklik temel suç tipi olan kasıtlı suç bakımından bağlılık kuralı çerçevesinde belirlenecek, ağırlaşmış netice yönünden sorumluluk

<sup>455</sup> Bütün bu değerlendirmeler için bkz.: *Demirel*, **Bağlılık Kuralı**, s. 392-397.

<sup>456</sup> *Demirel*, **Bağlılık Kuralı**, s. 398.

<sup>457</sup> *Demirel*, **Bağlılık Kuralı**, s. 401.

<sup>458</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, **Bağlılık Kuralı**, s. 146, 147.

<sup>459</sup> Heinrich, **Genel Kısım II**, s. 307.

ise TCK'nın neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara ilişkin genel hükmü olan 23. madde çerçevesinde ağır veya başka neticeye ilişkin en azından taksirin bulunması şartı çerçevesinde belirlenecektir<sup>460</sup>. Bu bağlamda öğretide failin gerçekleşen ağır veya başka netice yönünden taksirinin bulunmamasının şerikin bu neticeden sorumlu tutulması bakımından bir etkisinin bulunmadığı savunulmuştur<sup>461</sup>.

*Doğan*, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlardan ağır netice bakımından suça katılan diğer kişilerin sorumluluğunun tespiti noktasında genel bir kural ortaya koymak yerine her bir iştirak statüsü açısından ayrı bir inceleme yapmayı yerinde görmüştür<sup>462</sup>. Bu bağlamda sözgelimi dolaylı failin gerçekleşen ağır neticeden sorumlu tutulması ihtimali oldukça yüksektir, zira dolaylı fail araç konumundaki kişi üzerinde baskı kurmakta ve suçun tüm yönlerini planlamaktadır<sup>463</sup>. Bununla birlikte yazar, dolaylı faillikte ağır neticenin meydana gelme riskinin de daha düşük olduğunu belirtmektedir<sup>464</sup>. Azmettirenin ve yardım edenin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için ise ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerektiği ifade edilmektedir<sup>465</sup>.

*Özkan*, TCK'nın 23. maddesinin kullanılan dil itibarıyla sadece faile yönelik olmadığı, şerikler için de geçerli olduğunu ileri sürmekte ve neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlara azmettirmenin mümkün olduğunu dile getirmektedir<sup>466</sup>.

*Taşkın Kapusuzoğlu* da neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçlarda ağır neticeden şerikin sorumlu olabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirinin bulunması gerektiği kanaatindedir. Ağır netice bakımından taksirin aranması yazara göre neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suçun manevi unsurunun taksir olduğunu göstermemekte, temel suçun manevi unsurunun kast olması bağlılık kuralının gerekleriyle uyusmaktadır<sup>467</sup>.

<sup>460</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 792; Koca, Üzülmüş, **Genel Hükümler**, s. 513; Mahmutoglu, "Azmettirenin Ceza Sorumluluğu", s. 100-104; Akbulut, "Bağlılık Kuralı", s. 199.

<sup>461</sup> Bu görüş için bkz.: Artuk, Gökçen, Alşahin, Çakır, **Genel Hükümler**, s. 792.

<sup>462</sup> Koray Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar**, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, s. 281 vd.

<sup>463</sup> Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar**, s. 283.

<sup>464</sup> Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar**, s. 283.

<sup>465</sup> Bkz.: Doğan, **Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar**, s. 284 ve 286.

<sup>466</sup> Özkan, "Azmettirme", s. 114.

<sup>467</sup> Taşkın Kapusuzoğlu, **Bağlılık Kuralı**, s. 149, 150.

Neticesi sebebiyle ağırlaşmış ihmalî suçlara örnek olarak yardım ve bildirim yükümlülüğünün ihlali sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi bakımından daha ağır bir ceza öngören 98. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemeyi verebiliriz. Kendisi yardım veya bildirimde bulunamayacak durumda olan birinin bir başkasını bu yükümlülüğünü ihlale azmettirmesi durumunda meydana gelen ağır netice bakımından en azından taksirinin bulunması durumunda ağır neticeden sorumlu tutulması mümkündür.



## SONUÇ

“İhmali Suçlarda İştirak” başlığını tercih ettiğimiz çalışmamız üç bölümden oluşmakta, birinci bölümde çalışmanın bütününe ilişkin bir temel mahiyeti taşıması için kavramsal çerçeve çizilmiş bulunmaktadır. İkinci ve üçüncü bölümler iştirak bahsine hasredilmiş olup faillik ve şeriklik ayrımı gibi icrai suçlarda dahi çokça tartışılmış bir konunun ihmali suçlar bakımından gösterdiği özellikler ele alınmaya çalışılmış, son bölümde ise iştirak türlerinin her biri ihmal sahası için özel olarak irdelenmeye gayret edilmiştir. Bu çerçevede ulaştığımız sonuçlar aşağıda sıralanmaktadır:

*i.* İcrai hareket ile ihmali hareket arasında bir farklılığın olduğu daha başlangıçta anlaşılmaktadır. İcrai hareket başka bir araca gerek olmaksızın tespit edilebilirken ihmali hareketin görünür kılınması için bir vasıtaya ihtiyaç bulunmaktadır ve bu vasıta normdur. Bu itibarla ihmalin salt ontolojik bir kavram olarak nitelendirilmesi onun normatif niteliğinin göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir; ancak ihmalin salt normatif bir olgu olarak kabulü de onun norm dışındaki varlığını gözden kaçırmak demek olacaktır. Zira ihmal de icra gibi hukuk öncesinde mevcuttur, dışarıdan gözlemlenebilir niteliktedir ve fakat hareketsizlik sınırsız bir alanı ifade ettiği için nerede ceza hukukunun konusu haline geleceğini tespit etmek için norma başvurma ihtiyacı doğmaktadır.

*ii.* İhmal ve icra birbirinin tam zıttı olarak değerlendirilemeyecek iki kavramı ifade etmektedir. Zira her iki davranış normu ontolojik sahada bir müşterekliğe sahiptir; ancak ihmalin ceza hukukunun konusu haline gelmesi ve ceza sorumluluğuna temel teşkil etmesinde bir normun aracılığı gerekmektedir. Aralarındaki ortak payda dikkate alınarak ihmal ve icranın ortak bir üst terim olarak “hareket” kavramı altında ele alınması mümkündür. Her ne kadar sözlük anlamı itibarıyla hareketin bir devinimi ifade ettiği ve bu nedenle hareketsizlik hali olarak ihmali kapsamayacağı dile getirilse de ceza hukuku sahasına normatif bir değerlendirme ile dahil edilebilen ihmalin aynı normatif değerlendirme ile “hareket” terimi içine sığdırılması da mümkündür. Öte yandan “fiil” teriminin de aynı amaçla “hareket” terimi yerine kullanılmasında bir mahzur bulunmamaktadır.

*iii.* Niteliği konusundaki tartışmaların dışında ihmalin icradan ayrımı hususu da ihtilaflı konulardan birini oluşturmaktadır. Burada sorun esasen ihmal ve icranın birbirinden ayrılması olmayıp her iki anlama birden gelen davranış biçimlerinin varlığı söz konusu olduğunda ceza sorumluluğunun hangisine dayandırılacağıdır. İhmal ve icranın her ikisinin de bütün koşullarıyla birlikte vücut bulduğu durumlarda hiçbir ayırım kriteri bu iki davranış formundan birinin diğerine tercih edilmesini haklı çıkarmaya yetmemektedir. Bu durumda yapılması gereken, görünüşte içtima ilkeleri olaya uygulanarak normatif bir değerlendirme yapılması ve ceza sorumluluğunun hangi hareket üzerine inşa edileceğinin belirlenmesidir.

*iv.* Hukuken beklenen hareketin gerçekleştirilmemesi dolayısıyla ihmal, emir normunun ihlali niteliği taşımakta ve ihmali suçlar kaynağını bu davranış normlarının ihlalinde bulmaktadır. Bugün genel kabul, ihmali suçların kendi içinde gerçek ihmali suçlar ve gerçek olmayan ihmali suçlar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulması yönündedir; ancak kullanılan terminolojinin değişkenlik gösterdiği de görülmektedir. Bu ayrımın hangi kıstaslara göre yapılabileceği konusunda ileri sürülen pek çok fikir arasında mutlaka birinin tercih edilmesi bizce gerekli değildir. Esasen ihmali suçların bu iki türü arasındaki ayırım birden fazla noktayı birlikte ilgilendirmektedir. Gerçek olmayan ihmali suçlarda neticenin meydana gelmesini engellememe suçun maddi unsuru olan neticeye işaret etmekte ve salt beklenen hareketin gerçekleştirilmemesi halinde vücut bulan gerçek ihmali suçlardan maddi yönü itibarıyla ayrılmaktadır. Bunun yanında gerçek olmayan ihmali suçlarda gerçek ihmali suçlara nazaran daha dar bir çevre ve yakın bir bağ olduğunu, gerçek ihmali suçlarda yükümlülüğün tesadüfi olarak oluştuğunu söyleyen hukuki yükümlülüğün niteliği kriteri ve onun somutlaştırılmış bir hali olarak garantörlük kriteri de her iki suç türü arasında ayırım yapmaya elverişlidir. Bu noktada davranış normlarının niteliği ölçütüne ayrıca değinmek gerekir. Bu ölçütün gerçek ihmali suçların emir, gerçek olmayan ihmali suçların yasak normunu ihlal teşkil ettiği yönündeki argümanına katılmadığımızı ifade etmeliyiz. Zira gerçek olmayan ihmali suçlarda icrai harekete eşdeğerlik ölçütü ihlal edilenin bir yasak normu olmasını sağlamamakta, nihayetinde hukuken beklenen hareketin yapılmaması nedeniyle yine bir emir normu ihlal edilmiş olmaktadır.

*v.* Gerçek ihmali suçun maddi unsurlarını üç kategoriye ayırmak mümkündür: Tipe uygun durumun bulunması, emredilen hareketin yapılması ve harekete geçme imkanının bulunması. Failden norma uygun davranmasının beklenebilirliğinin ise objektif unsurlar ve bu bağlamda haksızlık içinde değil kusurluluk değerlendirmesinde dikkate alınması gerektiğini

düşünüyoruz. Neticeyi önleme yükümlülüğünün ihlali ile oluşan gerçek olmayan ihmali suçlarda ise neticenin meydana gelmesinin maddi unsurlar içinde ele alınmasıyla birlikte nedensellik problemi doğmaktadır. Gerçek olmayan ihmali suçlarda nedensellik icrai suçlardakinden farklı biçimde görünüm arz etmektedir. Zira gerçek olmayan ihmali suçun faili nedensel süreci başlatan ve gelişimine etki eden bir kişi olmayıp yükümlü olduğu şey bir şekilde harekete geçen nedensel süreç içinde meydana gelmesi muhtemel neticenin önlenmesidir. Bu nedenle genel olarak kabul gördüğü üzere “emredilen hareket yapılsaydı netice gerçekleşmezdi” şeklindeki bir varsayıma dayalı olarak farazi nedensellik ilkesine göre hareket edilmesi yerinde olacaktır.

**vi.** İhmali suçlar alanında tartışmalı olan hususlardan biri de gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından garantörlüğün kaynağı, sınırları ve bu bağlamda genişletici yorum veya kıyasa başvurma olanağının bulunup bulunmadığıdır. Gerçek olmayan ihmali suçta neticeyi önleme yükümlülüğünün ihlalin icrai harekete eşdeğer olup olmadığının nasıl belirleneceği yine bu kapsamda ortaya çıkan sorulardan birini oluşturmaktadır. Mevcut yasal düzenlemelerimiz gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından genel bir hüküm ihtiva etmemekte, ancak bazı özel hükümlerle gerçek olmayan ihmali suç tipleri ihdas edilmiş bulunmaktadır. Kanunilik ilkesi gereğince gerçek olmayan ihmali suçların bunlarla sınırlı olduğu savunulmaktadır. Bizce gerçek olmayan ihmali suçların kanunda sayılanlarla sınırlı olmasını hareket kavramına verilecek anlam üzerinden açıklamak mümkündür. Hareket icrai ya da ihmali biçimde gerçekleştirilebilen ve neticeden bağımsız bir kavram olarak nitelendirildiğinde, gerçek ihmali suçların sırf hareket suçu olarak ihmali hareketle de gerçekleştirilebilmeleri bunun kanunun lafzından çıkarılabildiği takdirde mümkündür. Gerçek olmayan ihmali suçlarda ise suçun maddi unsurları içinde hareketin yanında, kural olarak icrai hareketle gerçekleştirilmesi öngörülmüş bağımsız bir netice bulunmaktadır. Yalnızca neticenin meydana gelmesini engellemek yönünde hukuki bir yükümlülüğü olan kişilerin neticeden sorumlu tutulması mümkündür. Bu ise eşdeğerlik koşulunu ilgilendirmektedir ve eşdeğerlik koşulunun sağlanması ancak kanunda açıkça bu hususun belirtilmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından kanunda açık bir düzenleme yoksa ceza sorumluluğunun söz konusu olamaması gerekir.

**vii.** Gerçek olmayan ihmali suçlar bakımından kurucu nitelik taşıyan garantörlük durumu ve buna ilişkin koşullar objektif unsurlar içinde mütalaa edilmelidir. Bu itibarla garantörlük durumuna ilişkin hata suçun maddi unsurlarındaki hata bağlamında değerlendirilirken garantörsel yükümlülüğe dair hata emir hatası niteliğindedir. Harekete geçme yükümlülüğü

değil, yalnızca tipik durum gerçek ihmali suçun yapısına aittir. Aynı şekilde garantörsel yükümlülüğün kendisi değil, garantörlük durumu gerçek olmayan ihmali suçun yapısına aittir.

**viii.** İhmali suçların unsurlarının incelenmesi sonrasında bu suçlarda kusur meselesinin ele alınması aşamasına geçilmektedir. İhmali suçlarda kusur konusunda özellik arz eden hususlardan biri beklenebilirliktir. Beklenebilirliğin suç teorisi içerisindeki yeri konusundaki tartışmada bir görüş, onun haksızlığın bir unsuru olduğu yönünde iken Alman hukukunda hakim olan görüş, beklenebilirliğin kusurun bir unsuru olduğu yönündedir. Bizce de somut olayın koşulları çerçevesinde yapılacak sübjektif bir değerlendirmeye söz konusu hareketi gerçekleştirmesi kendisinden beklenemeyecek olan kişinin kusurlu addedilmesi mümkün değildir.

**ix.** İhmali suçların yapısına ilişkin değerlendirmenin ardından ihmali suçlarla ilişkili bazı ceza hukuku kavramlarının da ele alınması gereği görülmüştür. Failin garantör sıfatını haiz olmasını gerektirmesi ve garantörlük durumunun suçun temel halinin vücut bulması için şart olması sebebiyle gerçek olmayan ihmali suçlar birer gerçek özgü suç niteliği taşımaktadır. Gerçek ihmali suçlar bakımından ise bu değerlendirme ancak fail bakımından bir belirleme yapıldığı durumlarda mümkündür. Bu çerçevede yükümlülük suçu ve özgü suç ilişkisine ayrıca değinilmiştir. Kanaatimizce, yükümlülüğün kaynağı itibarıyla bir değerlendirme yapıldığında özgü suç ve yükümlülük suçu ilişkisinin bir eşdeğerlik ilişkisi olarak kabulü mümkündür. Burada değinilmesi gereken ilk mesele yükümlülük suçu şeklinde bir kategoriye ceza hukukunda ayrıca yer vermenin gerekip gerekmediğidir. Zira ceza kanunlarında ve ceza hükmü içeren özel kanunlarda yer verilen tüm suç tipleri temelde bir yükümlülük ihlaline dayanmaktadır. Ancak yükümlülük suçlarının kaynağını oluşturan yükümlülükler, aslında ceza hukukundan önce var olan ve ilk kez ceza hukuku sahasına girmekle varlık kazanmayan olgulara ilişkindir ve bu yönüyle yükümlülük suçlarının kaynağını ceza hukuku dışından alan yükümlülüklerin oluşturduğuna ilişkin söylem yerindedir. Yükümlülük suçlarının özgü suçlarla ilişkisi bakımından yapılacak bir değerlendirmede, özgü suçlar için genel olarak kabul edilen yaklaşım esas alındığında, bu suçlarda yükümlülük kavramının failin niteliği, içinde bulunduğu durum veya söz konusu ilişkiler üzerinden yapılan sınırlandırmalar içinde bir yer bulup bulamadığı sorusu doğacaktır. Kaynağını ceza hukuku alanı dışından alan bir yükümlülük kuşkusuz her zaman fail için bir özel durum oluşturacaktır. Böylece yükümlülük suçları ile özgü suçlar bu alanda kesişmektedir. Bu durumda ise iki ihtimal gündeme gelecektir: Ya yükümlülük suçları özgü suçun bir görünüm şekli olarak kabul edilecek ya da yükümlülük suçu ve özgü suç

içerik itibarıyla özdeş iki kavram olarak nitelendirilecektir. Özgü suçlara ilişkin kanuni tanımlarda yer alan nitelik, durum ve ilişki de ceza hukukundan önce mevcut olan ve ilk kez bu hukukun sahasına girmekle varlık kazanmayan olgulardır ve bu yönüyle özgü suçun genel suçlardan farklı olarak taşınması gereken söz konusu nitelikler herkese yönelmiş yükümlülükleri özgü suça münhasır kılacak şekilde özelleştirmiştir. Bu nedenle yükümlülük suçu ve özgü suçun aynı yükümlülük kaynağından doğduğunu ve içeriksel olarak özdeş olduğunu söylemek mümkündür. Ancak burada yükümlülüğün kaynağı bakımından en baştan itibaren yaptığımız ayırım ve normatif metinlerle uyumu sebebiyle özgü suç teriminin kullanılmasını tercih etmekteyiz.

x. Çalışmanın ikinci bölümü ihmalî suçlarda ve ihmalî suçlarla ilişkisi sebebiyle özgü ve bizzat işlenebilen suçlarda faillik ve şeriklik ayırımının mümkün olup olmadığı ve mümkünse hangi kriterlere göre yapılacağı konularına ayrılmıştır. Burada varılan sonuçları kısaca şöyle ifade etmek mümkündür: Sonuç itibarıyla 40. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin aksine olarak olması gereken bakımından dolaylı failin özgü niteliği haiz olmasının gerekmediğini savunsak da öğretide bazı yazarlar tarafından savunulduğu şekilde dolaylı failliğin bir iştirak şekli olmadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Ancak TCK'nın 28. maddesi hükmünün özgü suçlarda iştirake ilişkin 40. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin bir istisnası niteliğinde olduğu şeklindeki görüşü isabetli buluyor, en azından cebir veya tehdit ile ön plandaki kişinin iradesi üzerinde hakimiyet kurulan hallerde arka plandaki *extraneus*'un dolaylı fail olarak sorumlu tutulması yönünden normatif bir engel olmadığını düşünüyoruz.

28. maddenin 40. maddenin ikinci fıkrası bakımından bir istisna mahiyetinde olduğunu ifade ettikten sonra sorgulanması gereken bir diğer husus 40. maddenin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin gerçekten faillik şeklindeki katılımları da kapsayıp kapsamadığıdır. Her ne kadar hükümde dolaylı failliği de kapsar şekilde “iştirak” ifadesi kullanılmış olsa da faillik ve şeriklik arasındaki ayırma ve bu ayırmada hakim kriter konumundaki fiil hakimiyeti teorisinin prensiplerine odaklanıldığında dolaylı failliğin bu düzenlemenin kapsamı dışında tutulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira fiil hakimiyeti, iradeye hakimiyete dayanmasından ve ön plandaki kişiyi bir araç ve dolayısıyla obje pozisyonuna indirgemesinden ötürü dolaylı faillikte müşterek faillikten daha yoğun bir içeriğe sahiptir. İrade üzerindeki bu hakimiyet derecesi, arka plandaki kişinin aracın kişiliğinden ayrılamayacak olan özel niteliğini de kullanması anlamına gelmektedir ve korunan hukuki değer de sonuç itibarıyla bu özel vasfın kullanılmasından ayırt edilememektedir.



**xi.** İhmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının mümkün olup olmadığı, mümkünse bu ayırmada kullanılacak ölçütün ne olduğu sorusu üzerinde çalışmada özel olarak durulmuştur. Geliştirilen birçok teorinin ele alınmasının ardından vardığımız kanaat, neticeyi engelleme gücü ışığında normatif fiil hakimiyeti teorisinin bu ayırmada işlevsel olacağıdır. Fakat burada iki basamaklı bir değerlendirme yapılmasının yerinde olacağını ve ilk basamakta Alman öğretisinde ileri sürülen fikirlerden biri olarak, garantörsel yükümlülüğünün kapsam ve amacı kriterinin benimsenmesi gerektiğini düşünüyoruz. Garantörsel yükümlülüğün amacının faillğe işaret ettiği durumlarda ikinci basamağa geçilmesi ve bu adımda neticeyi engelleme gücünün bulunup bulunmaması üzerinden suçun işleniş sürecinde üstlenilen role odaklanılması gerektiği fikrindeyiz.

**xii.** Çalışmanın ikinci bölümünde, faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin belirlemelerden sonra bağıllık kuralı ile nitelikli hallerin sirayeti meseleleri üzerinde durulmuştur. Bizce nitelikli hallerin suç ortaklarına sirayetinde dair sorunun iştirake ilişkin genel hükümler ve bağıllık kuralı aracılığıyla çözülmesi mümkündür. Her ne kadar şeriklerin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde bağıllık kuralına uyulmasının uygulamada adaletsiz birtakım sonuçlara yol açabileceği yönündeki kaygılar haklı olsa da şerikin hareketinin haksızlık içeriği belirlenirken, suçun aynı zamanda psiko-sosyal bir kavram olduğunun dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Sözgelimi üst soyunun öldürülmesi için talimat veren bir kişinin bu eylemi kendi elleriyle gerçekleştirmesi ihtimaline nazaran psikolojik ve sosyolojik anlamda daha az “kınanabileceğini” söylemek mümkündür. Öte yandan, birine babasını öldürmesi için para veren kişinin suçun üst soya karşı işlenmesi nitelikli halinden sorumlu tutulması ilk bakışta gerçek bir adaletsizlik hissi uyandırmaktadır; fakat bir kimsede kendi babasını öldürmeye yönelik güdüyü oluşturmaktaki haksızlık içeriği failin ilişki halinde olmadığı herhangi birini öldürmek kararını oluşturmaya nazaran güçlüdür.

**xiii.** Bağıllık kuralı ve nitelikli hallerin sirayeti meselelerinin ele alınmasından sonra, ihmal alanında şeriklerin cezalandırılabilirliğinin esası ve özel yükümlülük şartının icrai hareketle ihmalî suça katılan şerikin sorumluluğu bakımından gerekli olup olmadığı konuları ele alınmıştır. TCK’nın 39. maddesi yardım edenin ceza sorumluluğu bakımından failin suç tipine uygun hareketi üzerinden tipikliği sağlayan bir işlev görmektedir ve bu nedenle bir katkının yardım etme niteliğinde kabul edilebilmesi için bu maddede sayılan davranış biçimlerinden birini oluşturması gerekmektedir. Aynı husus 38. maddede düzenlenen azmettirme bakımından da söz konusudur. Ancak tipiklik ve kanunilik değerlendirmesinden

önce, bir gerçekliği olduğunu kabul etmemize rağmen, ihmali davranışın ceza hukuku sahasına girip burada bir varlık kazanabilmesi için harekete geçme yükümlülüğünün bulunması gerekmektedir. İhmalin ceza hukuku anlamında kendisine değer atfedilebilir bir hareket olabilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülük bulunmalıdır; ancak bu yükümlülük, ihmali suç haline getirmek için yeterli olmayıp bu noktada tipiklik devreye girmektedir. Sonuç olarak ihmali hareketin suç teşkil eden bir haksızlığı oluşturabilmesi için ya gerçek ihmali suçlarda olduğu gibi yükümlülük ihlalinin doğrudan suç olarak düzenlenmiş olması ya da gerçek olmayan ihmali suçlarda olduğu gibi bir eşdeğerlik koşulu etrafında neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlalin suç olarak tanımlanması gerekir. Hareketsizliğin tipikliği genişleten hükümler şeklinde nitelendirilen şeriklik kapsamında ceza hukuku alanına girebilmesi için de benzer bir yol izlenmesi yerinde olacaktır. Bu bağlamda bir hareketsizliğin şeriklik kapsamında nitelendirilebilmesi, bu bağlamda ceza hukuku alanında şerik sıfatı altında bir varlık kazanabilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğün varlığı aranmalıdır. Böyle bir yükümlülük ceza hukuku alanından doğabileceği gibi başka bir hukuk alanından da doğabilir ve varlığı tespit edildiğinde, ihmalde bulunanın suça katkısının doğrudan suç tanımındaki hareketi gerçekleştirmeyip şeriklik boyutunda kaldığı da tespit edildiğinde şerikliğe ilişkin hükümler tipikliği genişletecek ve ihmalde bulunanın suça iştirak sebebiyle sorumlu tutulmasını sağlayacaktır.

Gerçek olmayan ihmali suça icrai bir hareketle şerik olarak katılan kişinin garantörsel yükümlülük altında olmasının gerekli olup olmadığı meselesi, özgü suçlarda *extraneus* şerikin cezalandırılabilirliği konusu bağlamında ayrıca ele alınmıştır. Faile ait özelliklerin suçun maddi unsurları kapsamında mütalaa edilmesi ve bu bağlamda suç teşkil eden fiil ile bağlantılı olması nedeniyle bu unsuru sağlamayan kişilerin katkısı şeriklik teşkil edecektir. Şeriklik için suçun kanuni tanımında yer alan özel nitelikleri haiz olmak gerekli görülmemeli, bunun için ayrı bir düzenlemeye de ihtiyaç olmamalıdır. Zira azmettirme ve yardım etmeye ilişkin genel hükümler şeriklik için kanunilik ilkesinin gereklerini yerine getirmektedir ve bu ilkenin gerekleri yerine getirildiğinde özgü suçlarda *extraneus*'un başka bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın azmettiren veya yardım eden olarak kabulü mümkün olmalıdır.

**xiv.** Çalışmanın aynı zamanda son bölümü olan üçüncü bölümünde iştirak şekillerinin ihmal alanındaki görünüm biçimleri ele alınmıştır. Bu başlık altındaki incelemelerde yöntemsel olarak “ihmal hareketle iştirak” ve “ihmal suça iştirak” şeklinde bir ayırım yapılması yolu tercih edilmiştir. “İhmal Hareketle İştirak” başlığı altında icrai bir suça ihmali bir hareketle iştirakin

şekilleri üzerinde durulmuş, ikinci başlık altında ise ihmali bir suça icrai veya ihmali bir hareketle iştirake ilişkin incelemelere yer verilmiştir. Görüldüğü üzere icrai ve ihmali hareketin birlikte yer aldığı olayların bu bahis altında önemli bir yeri bulunmaktadır. Bu nedenle bu şekilde ikili bir ayırım çerçevesinde iştirak meselesinin ele alınmasından önce, iştirak şekillerinin icrai ve ihmali hareket bakımından müşterek olan ilkelerine değinme gereği görülmüştür. Aşağıda ihmali hareketle iştirak ve ihmali suça iştirak konuları bağlamında yapılan incelemeler neticesinde ulaşılan sonuçlara yer verilecektir.

**xv.** İhmal yoluyla dolaylı failliğin, ihmalin nedensel süreci harekete geçirecek güce sahip olmaması nedeniyle mümkün olmadığı yönündeki görüşe katılmıyoruz. Sözgelimi, mahkemede tanık olarak söylemesi gereken bir hususu söylemekten kaçınmak suretiyle yanlış bir karar verilmesine neden olan kişinin bu suskunluğu resmi belgede sahtecilik suçunun dolaylı faili olup olmayacağı tartışmasında nedensel bir değere sahiptir. Meselenin başka bir açıdan ele alınması gerekirse, icrai hareketle işlenen bir suça ihmali bir hareketle dolaylı fail olarak iştirak etmenin mümkün olamayacağını düşünüyoruz. İhmal ve icranın her ne kadar ikisi de hareket başlığı altında incelenebilecek kavramlar olsa da yapısal birtakım farklılıklara sahip olduğu görülmektedir. Bu iki hareket formunun ceza hukuku sahasına girişi farklı şekilde tezahür etmektedir. İhmalin ceza hukukunu ilgilendirebilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğün bulunması gerekmekte, bu bağlamda normatif bir değerlendirmeye ihtiyaç bulunmaktadır. Kaynağı emir ve yasak normu şeklindeki farklı davranış normları olan icra ve ihmalin aynı norm üzerinden cezalandırılabilmesi için suç teşkil eden harekete ilişkin kanuni tanımın ya kavramsal olarak ihmali de kapsaması veya aynı kanuni tanımın suçun ihmali hareketle de işlenebileceğini açıkça öngörmesi gerekmektedir. Aksi halde ihmali harekette bulunan kişi, emir normuna riayet etmediği halde yasak normuna aykırı bir hareketten cezalandırılmış olacaktır. Yukarıda yer verilen resmi belgede sahtecilik suçu örneği bunu açıkça göstermektedir. Resmi belgede sahtecilik suçunun ihmali hareketle işlenmesi suçun kanuni tanımı dikkate alındığında mümkün değildir. Arkadaki ihmali davranışta bulunan kişiyi bu suçtan sorumlu tutmak için kanuni bir dayanak bulunmamaktadır. Araç olarak kullanılan doğrudan failin korunan hukuki değere ilişkin ihlali icrai hareketle gerçekleştirilebilen bir ihlaldir. Öte yandan görevi kötüye kullanma suçu gibi her iki hareketle de işlenebilen, yani kaynağı hem emir hem de yasak normu olan bir suç tipi üzerinden meseleyi ele aldığımızda aynı sorunla karşılaşmamaktayız. Çünkü doğrudan failin icrai hareketle ihlal ettiği bir hukuki değer in ihmali hareketle ihlali de kanun koyucu tarafından mümkün görülmüş olmaktadır.

Ancak TCK md. 28 bu anlamda ihmali hareket için de özel bir cezalandırılabilirlik kaynağı ihdas ettiğinden ihmali hareketle cebir veya tehdidin söz konusu olduğunun söylenebildiği ölçüde ihmalde bulunan kişinin icrai hareketle işlenen suçun dolaylı faili olarak sorumlu tutulması da bu madde üzerinden mümkün olabilecektir. Bu noktada 28. maddenin fonksiyonu, harekete geçme yükümlülüğü ihdas eden normların sahip olduğu işlevle benzerdir.

**xvi.** Kanaatimizce ihmali hareketle azmettirme mümkün değildir. Verilen klasik örneklerden biri susarak bir kimsede suç işleme kararının uyandırılmasıdır. Ancak suskunluk suçun işlenmesi bakımından itici bir güç oluşturabilse de bu, ancak suç işlemeye teşvik veya suç işleme kararının kuvvetlendirilmesi anlamında manevi yardım olarak nitelendirilebilir.

Öte yandan gözetim altındaki bir kimsenin başka birini suç işlemeye azmettirdiğini gören garantörün buna kayıtsız kalması durumunda ihmali hareketle azmettiren olarak sorumlu tutulabileceği yönündeki görüşe de katılmamaktayız. Her ne kadar bu durumda ihmali hareket ile azmettirmenin bir arada bulunması mümkün görünse de, ihmalde bulunan garantörün harekete geçmek yönündeki yükümlülüğünün kapsamı gözetimi altındaki kişinin gerçekleştireceği haksızlığı önlemekle sınırlıdır. Şeriklik statüleri olarak azmettirme ve yardım etme ise başlı başına bir haksızlık teşkil etmemekte, en azından hukukumuz bakımından ancak failin suçun icra hareketlerine başlamasıyla bir anlam kazanmaktadır. Bu da sürece bir başka kişinin de katılımının söz konusu olduğunu ifade etmektedir. Garantörsel yükümlülük altında olan kişinin engellemekle yükümlü olduğu şey, tek başına, gözetimi altındaki kişinin azmettirme veya yardım etme eyleminde bulunması değil, bu eylemlerle bir suçun işlenmesine katkı sağlamasıdır. İhmal teşkil edecek şekilde hareketsiz kalan kişinin icrai hareketle işlenen suça şerik olarak katılımı elbette mümkündür; ancak bu hareketsizliğin hangi şeriklik statüsünün gereklerine uyduğunu belirlemek gerekmektedir. İhmalde bulunanın gözetimi altındaki kişinin azmettirme ve yardım etme şeklindeki davranışlarını engellememesi doğrudan ihmali hareketle manevi yardım kapsamında mütalaa edilebilecek bir hareketsizliktir.

**xvii.** İhmali hareketle yardım etme konusu kapsamında, suçun işlenmesi sırasında pasif kalan kişinin bu hareketsizliğinin yardım etme olarak mütalaa edilemeyeceği, zira aksinin kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğine yönelik eleştirileri salt bu gerekçe yönünden isabetli bulmuyoruz. Tipiklik ve kanunilik değerlendirmesinden önce, ihmalin ceza hukuku anlamında kendisine değer atfedilebilir bir hareket olarak kabul edilmesi, ona ceza hukuku

sahasında bir varlık kazandırılabilmesi için hukuken harekete geçmek yönünde bir yükümlülüğün bulunması gerekmektedir. Böylesi bir yükümlülüğün varlığı tespit edildiğinde tipiklik incelemesine geçilebilecek ve kanunilik ilkesi bakımından bir değerlendirme yapılabilecektir. Dar faillik kavramının benimsendiği bir sistemde tipikliği genişletici nitelik gösteren şerikliğe ilişkin hükümlerin olmaması halinde suçun kanuni tanımında yer alan hareketi doğrudan gerçekleştirmeyen kişinin ceza sorumluluğunun bulunması mümkün olmayacaktır. Bu ilkeler ışığında şerikliğe ilişkin düzenlemeler icrai hareket alanında olduğu gibi ihmalî hareket alanında da tipikliği genişletici bir işlev görmektedir.

Meseleyi salt hareketsizliğin manevi yardım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği noktasından ele alırsak, harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü bulunan kimsenin bu hareketi gerçekleştirmeyerek suça yardımda bulunmasının teorik olarak mümkün olduğunu, hatta bu nedenle ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının bir mesele olarak ele alındığını söyleyebiliriz. Bu bağlamda, çalışmamızın ikinci bölümünde ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar çerçevesinde her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz.

**xviii.** İhmali suçlarda harekete geçmek veya neticenin meydana gelmesini önlemek bağlamında aynı yükümlülük altında bulunan kişilerin müşterek fail olarak sorumlu olabileceğini kabul etmek gerekir. Bunun için her bir katılımcının hareketsizliğinin suçu oluşturabilmek açısından bir diğerinin hareketsizliğine katı bir biçimde bağlı olması gerekmemelidir. Müşterek faillik için fonksiyonel hakimiyet gerekmele birlikte bu katı bir işbölümü yapılmasını gerektirmemektedir; aksine aynı hareketin birden fazla kişi tarafından yapılması ve böylelikle suçun başarıya ulaşma şansının artırılması da müşterek faillik için yeterli olmaktadır.

**xix.** İhmali suça iştirak bağlamında icrai hareketle garantörsel bir yükümlülüğün gerçekleştirilmesine engel olması durumunda, arka plandaki kişinin icrai bir hareketi bulunmakta ve ontolojik bir varlığı bulunan bu hareketin ceza hukuku sahasına girmesi için harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğe ihtiyaç bulunmamaktadır. Arka plandaki kişinin söz konusu suçla korunan hukuki değeri ihlal etmesi icrai hareketle de mümkün olmakta ve fakat harekete bağlı maddi bir unsur olarak özel yükümlülük altında olmamak, bir diğer deyişle özgü niteliği haiz olmamak onun gerçek olmayan ihmalî suçun dolaylı da olsa faili olmasını engellemektedir. Gerçek olmayan ihmalî suçlar bir gerçek özgü suç niteliği

göstermekle birlikte garantörsel yükümlülüğün özel faillik vasfından bir noktada farklılaştığını düşünmekteyiz. Bu yükümlülük, hareketi ceza hukuku tarafından kendisine değer atfedilebilir bir davranış haline getirme işlevi görmektedir ve bu anlamda harekete bağlı bir nitelik göstermektedir. Bu nedenle özgü suçlarda iştirak ve bu bağlamda dolaylı failliğe ilişkin benimsediğimiz görüşten burada ayrılmak gereği görüyoruz. Bu bağlamda garantörsel yükümlülük altında olmayan arka plandaki kişinin ön plandaki garantörün işlediği gerçek olmayan ihmali suçun kural olarak faili değil ancak şeriki olabileceğini, ancak TCK'nın 28. maddesi hükmü gereği dolaylı faillik vasfını kanunla kazanabileceğini düşünüyoruz.

**xx.** İhmali suça iştirak bahsinde ele alınan konulardan biri de bu suçlara azmettirmenin mümkün olup olmadığıdır. Hem gerçek olmayan ihmali suçlara hem de gerçek ihmali suçlara azmettirme kural olarak mümkündür. Ancak gerçek ihmali suçlarda azmettirmenin söz konusu olabilmesi için azmettiren kişinin normun doğrudan muhatabı olmaması gerekir. Gerçek olmayan ihmali suçlara icrai bir davranışla azmettirme de mümkündür. Doktrinde bunun mümkün olabilmesi için azmettiren kişinin garantör olmaması, aksi halde ihmali suçun faili olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Ancak bize göre böyle bir genel kabul yerine her olayda durum ayrıca değerlendirilmelidir. Sözgelimi aynı zamanda garantör durumunda olan azmettiren kişi fiil üzerinde hakimiyet kuramamışsa azmettiren olarak sorumlu tutulması mümkündür. Azmettirenin garantör olması ise cezanın belirlenmesi ve bireyselleştirilmesi bakımından dikkate alınmalıdır. Garantör olmayan kişinin gerçek olmayan ihmali suçun azmettirenini olarak sorumlu tutulamayacağı görüşüne katılmıyoruz. Zira özel faillik vasfı sadece faillik bakımından aranacaktır.

**xxi.** Çalışmamızın son bölümünde ihmali suça iştirak konusuna ilişkin incelemelerden sonra deprem ve maden kazaları özelinde kollektif bir faaliyetin söz konusu olduğu durumlarda meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinden kimlerin hangi hükümlere göre sorumlu tutulabileceği konusu üzerinde durulmuştur.

Deprem sonrasında meydana gelen ölüm veya yaralanmalarından söz konusu binanın ruhsat ve inşaa sürecinde herhangi bir aşamada katkı sunmuş kimselerin ceza sorumluluğunun belirlenmesine öncelikle tipiklik incelemesi ile başlanmalıdır. Özellikle tipikliğin manevi unsuruna ilişkin tespit teşebbüs ve iştirak konusundaki değerlendirmeleri de doğrudan etkileyecektir. Zira taksirli suça teşebbüs ve iştirak gerek kanun koyucu gerekse öğretinin

çoğunluğu tarafından mümkün görülmemektedir. Meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinin kendilerine objektif olarak isnat edilebildiği kişilerin, neticeye yönelik olarak en azından olası kastları söz konusu ise kasten öldürme veya kasten yaralama suçlarından sorumlulukları gündeme gelecektir. İştirak hükümlerinin uygulanabilirliği bu noktada önem arz etmektedir; zira gerçekleştirdiği katkı tek başına ölüm neticesinin meydana gelmesi için yeterli olmayan kişilerin ortak bir irade ile hareket etmeleri ve hareket üzerinde fonksiyonel bir hakimiyet kurmaları durumunda bu katkı onları suçun müşterek faili haline getirecek, aksi halde yardım eden olarak sorumlulukları söz konusu olacaktır. Öte yandan süreçte görev alan bir başka kişiyi, sözgelimi binanın yönetmeliğe uygun olduğuna inandıracak şekilde rapor düzenleme yetkisi olan bir görevlinin bu yolla hataya düşürdüğü kişinin binayı inşasını sağlayarak dolaylı fail statüsüne yerleşmesi de mümkün olabilecektir. Yine bağlılık kuralı ve şeriklerin sorumluluğuna ilişkin ilkelerden yola çıkıldığında, katkısı ancak yardım etme boyutunda kalan bir kimsenin eylemi sebebiyle sorumlu tutulması ancak suç teşkil eden bir ana fiilin varlığına bağlı olacaktır. Süreçte rol alan kişilerden biri böyle bir ana fiili gerçekleştirmedikçe yardım niteliğindeki katkıların da cezalandırılması mümkün olmayacaktır.

Deprem sonrasında meydana gelen ölüm ve yaralanma neticeleri bakımından ihmali davranışla kasten öldürme ve yaralama suçlarına iştirak bağlamında yükümlülük suçları olarak da ifade edilebileceğini düşündüğümüz özgü suçlara ve genel olarak ihmali suçlara iştirak ilkelerinin nazara alınması gerektiği kanaatindeyiz. İhmali suçlarda ve özgü suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin olarak benimsediğimiz ilke gereği gerçek olmayan ihmali suçlarda faillik için özel bir yükümlülüğün ihlaline ilaveten garantörsel yükümlülüğün yöneldiği amaç ve neticeyi önleme gücü kriteri ışığında normatif fiil hakimiyeti bağlamında iki adımdan oluşan bir değerlendirme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Bu bağlamda garantörsel yükümlülüğün somut olay bakımından neticeyi önlemeye mi yoksa suçun işlenmesi riskini artırmamaya mı yöneldiği meselesi birinci basamak incelemesini oluşturmaktadır. Bu aşamada neticeyi önleme amacına yönelmiş bir yükümlülüğün bulunduğu sonucuna ulaşıldığında ikinci basamak incelemesine geçilmeli ve yine somut olay bakımından *ex ante* bir değerlendirme ile kişinin bu neticeyi önleme gücünün olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Burada bahsedilen güç, haksızlığın bir unsuru olarak neticeyi önleme imkanı veya kusurluluk değerlendirmesinin bir parçası olarak beklenebilirlikten farklıdır.

Neticeyi önleme gücünün bulunup bulunmadığı ve garantörün olayın ana aktörü olup olmadığı belirlenirken sürece dahil olan başka bir kişinin icrai hareketinin bulunmadığı tespit edildiğinde ihmalde bulunan kişiyi fail olarak nitelendirmek daha kolay olacaktır. Zira fiziki imkanın bulunduğu ölçüde süreç onun elinde olacaktır. Deprem gibi doğal afetlerde durumun böyle olduğu söylenebilir. Bu gibi hallerde ana aktör durumunda olan birden fazla kimsenin en azından olası kasta tekabül eden bir iştirak iradesi ile birlikte hareket etmeleri durumunda müşterek faillik gündeme gelir. Bu durumda ihmali hareketler aynı anda gerçekleştirilmiş olmasa bile suçun müşterek faillik şeklinde işlendiğini söylemek mümkün olacaktır. Bununla birlikte müşterek faillik için birlikte suç işleme kararı kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus suça iştirak edenlerin bir diğeri tarafından gerçekleştirilecek eylem üzerinden birbirlerine karşı iradi bir bağlılık içinde olup olmadığıdır. Çoğunlukla faillerden birinin diğerinin gerçekleştireceği harekete ihtiyacı olmakta, tek başına bir failin yükümlülüğünü ihlal etmesi neticenin meydana gelmesi ve suçun başarıya ulaşması bakımından yeterli olmamaktadır. Depreme dayanıklı olmayan bina inşası olaylarında da böyle bir fonksiyonel hakimiyet ve bağlılıktan söz etmek mümkündür.

**xxii.** Maden kazaları özelinde işletmesel faaliyetler çerçevesinde meydana gelen ölüm ve yaralanma neticelerinden sorumluluk bakımından da özetle deprem sonrasında meydana gelen neticelerden sorumluluk bahsinde yaptığımız açıklamaların geçerli olduğunu düşünüyoruz. Her faaliyet sahasının kendine özgü teknik bir mevzuatı bulunmaktadır ve bu faaliyetin icrası ile meydana gelen neticelerin hangi yükümlülüğün ihlalinden kaynaklandığı, kim veya kimlerin bu ihlalden ötürü ne şekilde sorumlu tutulacağının belirlenmesi somut olayın şartları göz önünde bulundurularak bu mevzuatın ayrıntılı bir biçimde incelenmesini gerektirir. Maden işletme alanına ilişkin mevzuat bu sahada çalışan kişilerden kimlerin hangi yükümlülük altında olduğunu düzenlemektedir. Bu nedenle meydana gelen maden kazalarında bu mevzuatı incelenmesi ve kimin üzerine düşen yükümlülüğü ihlal ettiğinin ve kazanın hagi ihlalden kaynaklandığının belirlenmesi gerekmektedir.



## KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin: “Bağlılık Kuralı”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XIV, No: 1, 2010, s. 167-214.
- : **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Akyürek, Güçlü: “İhmalî Suçlar”, C. I, **Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan**, İstanbul, Beta, 2014, s. 139-158.
- Alacakaptan, Uğur: **Suçun Unsurları**, Genişletilmiş Yeni Bası., Ankara, Sevinç Matbaası, 1967.
- Aral, Vecdi: **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2007.
- Artuk, M. Emin vd.: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 16. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.
- : **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 17. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.
- Artuk, M. Emin, R. Barış Atladı: “Federal Yüksek Mahkeme’nin Çevre Suçlarında Faillik Konulu Önemli Bir Emsal Kararı”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 16, 2020, s. 1375-1385.
- Artuk, Mehmet Emin: “İntihar ve İntihara Yardım Suçu Üzerine Bir Deneme”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 113-142.
- Avcı, Mustafa, Erdal Yerdelen: “Karar İncelemesi-Garantörsel İhmalî Suçta İhmalî ve İcrai Davranış Ayrımı”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 19, No: 1, 2015, s. 163-190.
- Aydın, Devrim: “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, Ankara, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2008.
- Ayverdi, İlhan: **Misalli Büyük Türkçe Sözlük**, C. 2, İstanbul, Kubbealtı Neşriyatı, 2005.

Bachmann, Mario, Matthias Eichinger: “Teilnahme und Unterlassen”, **JA**, 2011, 509-512.

Bahaettin, Mehmet: **Yeni Türkçe Lügat**, ed. Abdulkadir Hayber, Ankara, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları, 2004.

Balcı, Meral: “Ceza Hukukunda Bağlılık Kuralı Kapsamında Azmettirme”, Bursa, Bursa Uludağ Üniversitesi, Doktora Tezi, 2021.

———: “İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı”, **Suç ve Ceza**, C. 14, No: 4, 2021, s. 837-884.

Bauer, Anton: **Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse ; Die Theorie des Anzeigenbeweises, nebst vorausgeschickter Darstellung der Theorie des Criminalbeweises überhaupt**, C. I, Lozan Üniversitesi, 1840.

Baumann, Jürgen: “Mittelbare Täterschaft Oder Austiftung Bei Fehlvorstellungen Über Den Tatmittler?”, **JuristenZeitung**, C. 13, No: 8, 1958, s. 230-235.

Baumann, Jürgen, Ulrich Weber: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage., Bielefeld, 1985.

Bekar, Elif: **Objektif Cezalandırılabilme Koşulları ve Bu Koşullar Bağlamında Türk Ceza Kanunu’nda Yer Alan Suçlar**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

———: “Türk ve Amerikan Hukukunda Zorunluluk Hali”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi Tezi, 2011.

Beling, Ernst: **Die Lehre vom Verbrechen**, Tübingen, Verlag von J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 1906.

Binding, Karl: **Die Normen und Ihre Übertretung: eine Untersuchung über rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts : Schuld und Vorsatz**, C. 2, 2. Auflage., Leipzig, 1914.

———: **Die Normen und ihre Übertretung**, C. Band I, Neudruck der 4. Auflage., Leipzig, 1922.

Bloy, René: “Finaler und sozialer Handlungsbegrif”, **ZStW**, C. 90, 1978, s. 609-657.

Bock, Dennis: “Grundwissen zur Anstiftung (§ 26 StGB)”, **JA**, 2007, 599-604.

———: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage., Berlin, Springer, 2021.

Bockelmann, Paul: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage., München, Verlag C.H. Beck, 1979.

Bozkurt, Özge: “Türk Ceza Kanununda Akıl Hastalarına İlişkin Sorumluluk Rejimi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2016.

Busse, Klaus Henning: **Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten**, Göttingen, 1974.

Canpolat, Can: **Kusur İlkesi Işığında Mazeret Nedeni Olarak Zorlayıcı Cebir**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

Centel, Nur: “Zimmet Suçu ile Karşılaştırmalı Olarak Bankacılık Zimmeti”, **Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 8, 2018, s. 229-244.

Centel, Nur, Hamide Zafer, Özlem Çakmut: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası., İstanbul, Beta, 2017.

Chen, Jyh-Huei: **Das Garantensonderdelikt: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte**, Berlin, Duncker&Humblot, 2006.

Coelln, Sibylle Von: **Das “rechtliche Einstehenmüssen” beim unechten Unterlassungsdelikt: Die Emanzipation der Garantenstellung von einzelnen Fallgruppen**, Berlin, Duncker&Humblot, 2008.

Çağatay, Mustafa: “Suç ve Cezada Kanunilik İlkesi ve Anayasa Mahkemesinin Yaklaşımı”, Kırıkkale, Kırıkkale Üniversitesi, Doktora Tezi, 2021.

Çağıl, Orhan Münir: **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1971.

Çakır, Kerim: **Suçta İştirakte Müsterek Faillik**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022.

Çelen, Ömer: “Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)”, Konya,

Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2015.

Çiçek, Mustafa: “Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik”, **EBYÜ-HFD**, C. 26, No: 2, 2022, s. 561-596.

Deichmann, Marco: **Grenzfälle der Sonderstraftat: Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten**, Berlin, Duncker&Humblot, 1994.

Demirel, Muhammed: “Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Yardım Etme Hareketleri”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 5, No: 2, 2017, s. 119-161.

———: **Suçta İştirake Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Demirel, Muhammed, Melik Kartal: “Ceza Hukukunda Suça Azmettirme Hareketi: Suça Sevk Etme”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, No: Özel Sayı, 2019, s. 457-490.

Devellioğlu, Ferit: **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, 31. Baskı., Ankara, Aydın Kitabevi Yayınları, 2015.

Doğan, Koray: **Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar**, 2. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Dölling, Dieter: “Zur Strafbarkeit der Mitwirkung am Suizid”, **Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht: Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag**, ed. René Bloy vd., Berlin, Duncker&Humblot, 2010, s. 119-131.

Dönmezer, Sulhi: “İhmal Suretile İcra Suçları”, **İÜHFM**, C. 9, No: 3-4, 1944, s. 473-494.

Dönmezer, Sulhi, Sahir Erman: **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku: Suçun Unsurları, Teşebbüs, Suçların Birleşmesi-İştirak**, C. II, 14. Bası., İstanbul, Der Yayınları, 2019.

Dursun, Selman: **Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavramı ve Terimi: Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2021.

Eisele, Jörg: “StGB § 240 Nötigung”, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar**, 30. Auflage., 2019, s. § 240.

Ekici Şahin, Meral: “Dolaylı Faillığe İlişkin Bazı Sorunlar”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 109-110, 2013, s. 7-25.

———: “İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Suça Etki Eden Nedenlerin Şeriklere Sirayeti”, **AÜHFD**, C. 64, No: 3, 2015, s. 637-686.

Engisch, Karl: “Tun und Unterlassen”, **Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22 Juli 1973**, ed. Karl Lackner vd., Berlin, Boston, De Gruyter, 1973, s. 163-196.

Erbaş, Rahime: “İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 21, No: 1, 2019, s. 397-449.

———: “Kamu Görevlisi Olmayan Sağlık Mesleği Mensuplarının Gerçeğe Aykırı Belge Düzenlemesi Suçu (TCK md. 210/2)”, **İÜHFM**, C. LXXI, No: 1, 2013, s. 331-351.

———: **Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

Erem, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku**, C. I, 9. Baskı., Ankara, Sevinç Matbaası, 1971.

Erem, Faruk, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Bası., Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.

Eroğlu, Tayyip: “Suça İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik”, İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2022.

Ersoy, Uğur: **Ceza Hukukunda Objektif Cezalandırılabilme Şartları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Evik, Vesile Sonay: **Görevi Kötüye Kullanma Suçları (TCK M. 257)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

- Feng, Sheng-Yen: **Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen**, Berlin, Duncker&Humblot, 2023.
- Freund, Georg: “Begehen durch Unterlassen”, C. Band 1, **Münchener Kommentar zum StGB**, ed. Volker Erb, Jürgen Schäfer, 4. Auflage., München, Verlag C.H. Beck, 2020, s. § 13.
- Frister, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage., München, C.H.Beck, 2013.
- Gaede, Karsten: “Begehen durch Unterlassen”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, ed. Urs Kindhäuser vd., 6. Auflage., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023, s. § 13.
- Gallas, Wilhelm: **Beiträge zur Verbrechenslehre**, Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1968.
- : “Strafbares Unterlassen Im Fall Einer Selbsttötung”, **JuristenZeitung**, C. 15, No: 22, 1960, s. 649-655.
- Gökçen, Ahmet: **Belgede Sahtecilik Suçları (m. 204-212)**, 4. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Gökçen, Ahmet, Murat Balcı: “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, **CHD**, C. 7, No: 18, 2012, s. 7-30.
- Gökçen, Ahmet, Zafer İçer: “Hükümlü veya Tutuklunun Kaçması, Öngörülen Sürede İlgili Mercilere Teslim Olmaması Suçları (TCK m. 292, 293; CGTİK m. 97/1, 105/A8, 58/3)”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 8, No: 16, 2020, s. 721-766.
- Gössel, Karl Heinz: “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, **ZStW**, C. 96, 1984, s. 321-335.
- Grispigni, Filippo: “Alman Doktrinde Yeni Bir Suç Nazariyesi (Gayeli Hareket Nazariyesi)”, çev. Nurullah Kunter, **İÜHFİM**, C. 18, No: 1-2, 1952, s. 533-547.
- Gropp, Walter: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage., Berlin Heidelberg, Springer-Verlag, 2015.
- Grünwald, Gerald: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, **GA**, 1959, 110-123.

Haas, Volker: “Die Beteiligung durch Unterlassen”, **ZIS**, C. 5, 2011, s. 392-397.

———: **Kausalität und Rechtsverletzung, Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe**, Berlin, Duncker&Humblot, 2002.

Hafizoğulları, Zeki: **Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1987.

Haft, Fritjof: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 9. Auflage., München, C.H. Beck, 2004.

Hakeri, Hakan: **Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri: İcra-İhmal Ayrımı-İhmali Suçların Unsurları**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

———: **Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83**, 2. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2007.

Hartung, Fritz: “Der „Badewannenfall“”, **JuristenZeitung**, C. 9, No: 13/14, 1954, s. 430-431.

Heger, Martin: “StGB § 240 Nötigung”, **Lackner/Kühl/Heger, StGB Kommentar**, 30. Auflage., 2023, s. § 240.

Heine, Günter, Bettina Weißer: “Anstiftung”, **Schönke/Schröder Strafgesetzbuch**, 30. Auflage., 2019, s. § 26.

Heinrich, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım: Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları, Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı**, C. I, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.

———: **Ceza Hukuku Genel Kısım: Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-İçtima-Hata-Alternatif Tipiklik**, II cilt, C. II, ed. Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015.

Herzberg, Rolf Dietrich: **Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip**, Berlin, Walter de Gruyter, 1972.

———: “Täterschaft, Mittäterschaft und Akzessorietät der Teilnahme”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 99, No: 1, 1987, s. 49-81.

Hilgendorf, Eric, Brian Valerius: **Alman Ceza Hukuku Genel Kısım**, çev. Salih Oktar, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Hoffmann-Holland, Klaus: “Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff Zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen”, **ZStW**, C. 118, No: 3, 2006, s. 620-638.

İçel, Kayıhan vd.: **İçel Suç Teorisi**, C. 2. Kitap, İstanbul, 1999.

İçer, Zafer: “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 28, No: 1, 2020, s. 295-347.

———: **Suçta Teşebbüste Hazırlık Hareketleri ile icra Hareketlerinin Birbirinden Ayrılması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Jakobs, Günther: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983.

Jescheck, Hans Heinrich, Thomas Weigend: **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, 5. Auflage., Berlin, Duncker&Humblot, 1996.

Joecks, Wolfgang, Jörg Scheinfeld: “Täterschaft und Teilnahme”, C. Band 1, **Münchener Kommentar zum StGB**, ed. Volker Erb, Jürgen Schäfer, 4. Auflage., München, Verlag C.H. Beck, 2020, s. § 25.

Joerden, Jan C.: “Zur Rolle des Satzes ultra posse nemo obligatur bei lobender und tadelnder (insbes. Strafender) Zurechnung”, C. Band 307, **Rechtsstaatliches Strafen, Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Keiichi Yamanaka zum 70. Geburtstag am 16. März 2017**, ed. Jan C. Joerden, Kurt Schmoller, Berlin, Duncker&Humblot, 2017, s. 425-442.

Kahrs, Hans Jürgen: **Das Vermeidbarkeitsprinzip und die condicio-sine-qua-nor Formel im Strafrecht**, Hamburg, Crami de Gruyter & Co., 1968.

Kangal, Zeynel: “Zorunluluk Durumunun Ceza Sorumluluğuna Etkisi”, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, Doktora Tezi, 2006.



Kaufmann, Armin: **Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte**, Göttingen, Verlag Otto SchwartzCo, 1959.

Kaymaz, Seydi: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, No: 2, 2012, s. 117-167.

Keyman, Selahattin: “Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 40, No: 1, 1988, s. 121-171.

Kienapfel, Diethelm: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in programmierter Form**, 3. neuarbeitete und erweiterte Auflage., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1983.

Kindhäuser, Urs: **Strafrecht Besonderer Teil 2 : Straftaten gegen Vermögensrechte**, 5. Auflage., Baden-Baden, Nomos, 2008.

Kitapçıoğlu Yüksel, Tülay: **Özgü Suç**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

Koca, Mahmut: “Fikri içtima”, **CHD**, No: 4, 2007, s. 197-221.

———: “İntihara Yönlendirme Suçu (TCK m. 84)”, **CHD**, C. 5, No: 12, 2010, s. 19-40.

———: “Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi”, **CHKD**, C. 3, No: 2, 2015, s. 103-118.

———: **Yağma Cürümleri**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003.

Koca, Mahmut, İlhan Üzülmaz: “Taksirli Suçların Teorik Yapısı ve Bu Bağlamda İş Kazalarından Kaynaklanan Cezai Sorumluluğa İlişkin Değerlendirmeler”, **Adalet Dergisi**, No: 64, 2020, s. 239-268.

———: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

———: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 6. Baskı., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: **Borçlar Hukuku Genel Bölüm: Borçlar Hukukuna Giriş**,

- Hukuki İşlem, Sözleşme**, C. I, 4. Bası., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008.
- Koch, Arnd: “Grundfälle zur mittelbaren Täterschaft, § 25 I Alt. 2 StGB”, **JuS**, 2008, 399-402.
- Koch, Arnd, Katrin Wirth: “Grundfälle zur Anstiftung”, **JuS**, 2010, 203-209.
- Köhler, Michael: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 1997.
- Kreuzberg, Bastian: **Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre**, Berlin, Duncker&Humblot, 2019.
- Krey, Volker, Robert Esser: **Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch in systematisch-induktiver Darstellung**, 4. Auflage., Stuttgart, Kohlhammer, 2011.
- Krug, August Otto: **Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11 August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen**, C. IV, Leipzig, Voigt und Günther, 1855.
- Kudlich, Hans: “Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort”, **BeckOK StGB**, ed. Bernd von Heintschel-Heinegg, 58. Edition., 2023, s. § 142, (Çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, 28.11.2023.
- Kunter, Nurullah: **Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1955.
- Kühl, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 4. Auflage., München, 2002.
- : “Täterschaft und Teilnahme”, **JA**, 2014, 668-674.
- Lampe, Ernst Joachim: “Über den Begriff und die Formen der Teilnahme am Verbrechen”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 77, No: 2, 1965, s. 262-311.
- Langer, Winrich: **Die Sonderstraftat: Eine gesamtsystematische Grundlegung der Lehre vom Verbrechen**, 2. Vollständig neu bearbeitete Auflage des Werks “Das Sonderverbrechen”., Berlin, Duncker&Humblot, 2007.
- Lesch, Heiko H.: “Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven

- Zurechnung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 105, No: 2, 1993, s. 271-294.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami: “Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu”, **İÜHF**, C. LXIII, No: 1-2, 2005, s. 57-112.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami, Serra Karadeniz: **Türk Ceza Kanunu Genel Hükümler Şerhi**, İstanbul, Beta, 2017.
- Maiwald, Manfred: “‘Handeln und Unterlassen- Handeln für Einen Anderen’, ‘İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek’”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler**, çev. Cumhur Şahin, Konya, Selçuk Üniversitesi, 1998, s. 159-174.
- Maurach, Reinhart: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 3. Auflage., Karlsruhe, Verlag C. F. Müller, 1965.
- Maurach, Reinhart, Karl Heinz Gössel, Heinz Zipf: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat**, C. II, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer, 1983.
- Maurach, Reinhart, Heinz Zipf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, C. 1, 6. Auflage., Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag, 1983.
- Mayer, Hellmuth: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart -Köln, W. Kohlhammer Verlag, 1953.
- Merkel, Adolf: **Kriminalistische Abhandlungen**, C. I, Breitkopf und Härtel, 1867.
- Meyer, Hugo, Philipp Allfed: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, Sechste völlig umgearbeitete Auflage., Leipzig, A. Deichert’sche Verlagsbuchhandlung Nachf, 1907.
- Meyer, Maria Katharina: **Ausschluss der Autonomie durch Irrtum: ein Beitrag zu mittelbarer Täterschaft und Einwilligung**, Heymann, 1984.
- Mezger, Edmund: **Strafrecht: Ein Lehrbuch**, 3. Auflage, Berlin-München, Duncker&Humblot, 1949.

Mezger, Edmund, Hermann Blei: **Strafrecht I Allgemeiner Teil**, 15. neuarbeitete Auflage., München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1973.

Mosenheuer, Andreas: **Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten**, Berlin, Duncker&Humblot, 2009.

Nowakowski, Friedrich: "Tatherrschaft und Täterwille", **JuristenZeitung**, C. 11, No: 18, 1956, s. 545-550.

Oğuzman, Kemal, Turgut Öz: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2009.

Otto, Harro: "Beihilfe durch Unterlassen", **JuS**, 2017, 289-295.

———: **Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre**, 2. neuarbeitete Auflage., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1982.

Özakkaş, Tahir, Ahmet Çorak: "Hipnoz", **Temel Psikiyatri Kitabı**, ed. Ertuğrul Köroğlu, Ankara, HYB Basım Yayın, 2007, s. 611-622.

Özbek, Veli Özer vd.: **Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 5. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2013.

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 13. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.

Özen, Mustafa: "5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun İştirak Kurumuna Bakışı", **TBB Dergisi**, No: 70, 2007, s. 239-253.

Özgenç, İzzet: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

———: "Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 159-190.

———: "İcrai Suça İhmali Davranışla İştirak: Anayasa Mahkemesi'nin Bir Kararı Üzerine Değerlendirmeler", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 2, No: 1-2, 2014, s. 1-10.

- : “İhmalî Suç Teorisi”, **Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XXV, No: 4, 2021, s. 303-378.
- : “Kamu Görevi, Yükümlülük Suçları, Yükümlülük Suçlarına İştirak (Karar İncelemesi)”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 4, No: 1-2, 1994, s. 329-348.
- : “Resmî Belgede Sahtecilik Suçunun Dolaylı Faillik Suretiyle İşlenmesi”, (08.10.2023), (Çevrimiçi) <https://izzetozgenc.com/data/contents/resm%C3%AE-belgede-sahtecilik-sucunun-dolayli-faillik-suretiyle-islenmesi.pdf>, 08.10.2023.
- : **Suç İştirakin Hukukî Esası ve Faillik**, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği, 1996.
- : **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 18. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özkan, Halid: “Ceza Hukukunda Azmettirme”, Konya, Selçuk Üniversitesi, Doktora Tezi, 2013.
- Öztürk, Bahri, Mustafa Ruhan Erdem: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 22. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2022.
- Özyüksel, Özgün: “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi, Doktora Tezi, 2020.
- Puppe, Ingeborg: “Der gemeinsame Tatplan der Mittäter”, **ZIS**, C. 6, 2007, s. 234-246.
- Radbruch, Gustav: **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich einen Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik**, Berlin, Boston, De Gruyter, 1903.
- : **Rechtsphilosophie**, Leipzig, Verlag von Quelle&Meyer, 1932.
- Ranft, Otfried: “Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung: Ein Beitrag zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 94, No: 4, 1982, s. 815-863.

- Rengier, Rudolf: "Täterschaft und Teilnahme-Unverändert aktuelle Streitpunkte", **JuS**, 2010, 281-287.
- Renzikowski, Joachim: "Die fahrlässige Mittäterschaft", **ZIS**, C. 2, 2021, s. 92-99.
- Robinson, Paul, Markus Dubber: "The American Model Penal Code: A Brief Overview", **New Criminal Law Review**, 2007, 319-341.
- Roeder, Herman: "Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 69, No: 2, 1957, s. 223-268.
- Roxin, Claus: "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", **Festschrift für Karl Engisch**, ed. Karl Engisch, Paul Bockelmann, Frankfurt am Main, Klostermann, 1969, s. 380-405.
- : "Ein 'neues Bild' des Strafrechtssystems", **ZStW**, C. 83, 1971, s. 369-404.
- : **Strafrecht Allgemeiner Teil: Besondere Erscheinungsformen der Straftat**, C. II, München, Verlag C.H. Beck, 2003.
- : **Täterschaft und Tatherrschaft**, Zweite Auflage., Hamburg, Cram, de Gruyter & Co., 1967.
- Roxin, Claus, Luis Greco: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre**, C. Band I, 5. vollständig neue bearbeitete Auflage., München, C.H.Beck, 2020.
- Röhl, Klaus F.: "Die deontischen Modalitäten", **JA**, 1999, 600-605.
- Rönnau, Thomas: "Grundwissen – Strafrecht: Der „Täter hinter dem Täter“", **JuS**, 2021, 923-928.
- : "Grundwissen-Strafrecht: Anstiften", **JuS**, 2020, 919-923.
- Saliger, Frank: "Totschlag", **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch**, ed. Urs Kindhäuser vd., 6. Auflage., Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2023, s. § 212.

Samson, Erich: "Begehung und Unterlassung", **Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974**, ed. Günter Stratenwerth vd., Berlin, Boston, De Gruyter, 1974, s. 579-604.

Sánchez Vera, Javier: **Pflichtdelikt und Beteiligung: Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen**, Berlin, Duncker&Humblot, 1999.

Sarıtaş, Erkan: **Suç İşlemek Amacıyla Örgütlenme Suçları (TCK m. 220-221)**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.

Satzger, Helmut: "Beteiligung und Unterlassen: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen", **JURA - Juristische Ausbildung**, C. 37, No: 10, 2015, s. 1055-1064.

———: "Die Eigenhändigen Delikte", **JURA**, C. 33, No: 2, 2011, s. 103-110.

Schmidhäuser, Eberhard: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 2. Auflage., Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1975.

Schmidt, Rolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Grundlagen der Strafbarkeit Methodik der Fallbearbeitung**, 11. Auflage., Grasberg bei Bremen, 2012.

Schmitt, Rudolf: "Zur Systematik der Unterlassungsdelikte", **JuristenZeitung**, C. 14, No: 14, 1959, s. 432-434.

Schöneborn, Christian: "Kombiniertes Teilnahme- und Einheitstätersystem für das Strafrecht", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 87, No: 4, 1975, s. 902-924.

Schröder, Horst: "Über die Abgrenzung des Diebstahls von Betrug und Erpressung", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 60, No: 1, 1941, s. 33-114.

Schumann, Heribert: **Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen**, J.C.B. Mohr, 1986.

Schünemann, Bernd: **Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte : Zugleich**

- ein **Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehr**, Göttingen, Otto Schwartz & Co., 1971.
- Schürmann, Hannes: **Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz**, Berlin, Duncker&Humblot, 1986.
- Schwab, Hans Jörg: **Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen**, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1996.
- Sinar, Hasan: "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", **Ceza Hukuku Dergisi**, C. 6, No: 15, 2011, s. 59-86.
- Sieber, Ulrich: "Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der 'passiven' Gesprächsteilnahme", **JZ**, 1983, 431-437.
- Sinn, Arnd: "StGB § 240 Nötigung", **Münchener Kommentar zum StGB**, 4. Auflage., 2021, s. § 240.
- Spendel, Günter: "Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen", **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag**, ed. Paul Bockelmann, Wilhelm Gallas, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, s. 183-199.
- Stoffers, Kristian F.: **Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit" bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?**, Berlin, Duncker&Humblot, 1992.
- Stratenwerth, Günther, Lothar Kuhlen: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage., München, Verlag Franz Vahlen, 2011.
- Struensee, Eberhard: "Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt", **Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels**, Heidelberg, 1993, s. 133-157.
- Şemseddin Sami: **Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)**, ed. Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel, Ebul Faruk Önal, İstanbul, İdeal Kültür&Yayınılık, 2012.
- Şensoy, Naci: "Akli Maluliyetin İlmi Cepheden Tetkiki", **AÜHFD**, C. 7, No: 1-2, 1950, s. 160-197.



- Şohoğlu, Merve Selin: “Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, Ankara, Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- Tandoğan, Haluk: **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Kendisine Özgü Yapısı Olan ve Karma Sözleşmeler, Satış ve Çeşitleri, Trampa, Bağışlama**, C. I/1, Altıncı Basım., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2008.
- Taner, M. Tahir: **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, 3. Baskı., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- Taşkın Kapusuzoğlu, Beril: **Suçta İştirakte Bağlılık Kuralı**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Tezcan, Durmuş, Mustafa Ruhan Erdem, R. Murat Önok: **Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku**, 13. Baskı., Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.
- Thaman, Stephan C.: “The Model Penal Code and the Dilemma of Criminal Law Codification in the United States”, C. vol 1, **Codification in International Perspective. Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law**, ed. Wen-Yeu Wang, Springer, 2014, s. 165-183.
- Toepel, Friedrich: “StGB § 240 Nötigung”, **Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger**, 6. Auflage., 2023, s. § 240.
- Tokdemir, Sercan: “Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme”, Erzincan, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, Doktora Tezi, 2021.
- Tosun, Öztekin: **Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri**, İstanbul, Sermet Matbaası, 1967.
- Tulay, M. Emre: “Türk Ceza Hukukunda İntihara Yönlendirme Suçu”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 26, No: 2, 2020, s. 814-837.
- Türay, Aras: “İhmal Suretiyle İcrai Hareketin Sınırlı Sayıda Olup Olmadığı Sorunsalı”, **YÜHFD**, C. XVII, No: 3, 2020, s. 115-154.

Ünver, Yener: “YTCK’da Kusurluluk”, **CHD**, No: 1, 2006, s. 37-73.

Üzülmez, İlhan: “Görevi Kötüye Kullanma Suçu (TCK M. 257)”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XVI, No: 1, 2012, s. 191-216.

Vogt, Alfons: “Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, C. 63, No: Jahresband, 1951, s. 381-411.

Von Hippel, Robert: **Deutsches Strafrecht**, C. Band 2, Berlin, Heidelberg, Springer-Verlag, 1971.

Von Liszt, Franz: **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**, 6. durchgearbeitete Auflage., Berlin, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1894.

Watson Alan, (ed.): **The Digest of Justinian**, C. IV, REV-Revised., Philadelphia, Pennsylvania, University of Pennsylvania Press, 1998.

Welzel, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, Elfte neubearbeitete und erweiterte Auflage., Berlin, Walter de Gruyter & Co, 1969.

Wessels, Johannes: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 27. neubearbeitete Auflage., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 1997.

Wessels, Johannes, Werner Beulke: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau**, Heidelberg, 2006.

Yalçın Sancar, Türkan: **Çok Failli Suçlar**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1998.

Yenerer Çakmut, Özlem: “Türk Ceza Yasası’nda Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98)”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 6, No: 2, 2007, s. 81-98.

Yenisey, Feridun, Gottfried Plagemann: **Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB)**, 2. Baskı., İstanbul, Beta, 2015.

Yıldız, Ali Kemal: “Taksirle Öldürme”, **ERÜHFD**, C. VIII, No: 2, 2013, s. 257-283.

Yılmaz, Zahit: “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, No: 1, 2018, s. 122-131.

———: “Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik”, İstanbul, Marmara Üniversitesi, Doktora Tezi, 2018.

Yurtlu, Fatih: “İhmali Suçlar”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Doktora Tezi, 2020.

Yüce, Turhan Tufan: **Ceza Hukukunun Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitabevi, 1985.

Zafer, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m. 1-75**, 5. Baskı., İstanbul, Beta, 2015.

Zimmermann, Till: **Rettungstötungen: Untersuchungen zur strafrechtlichen Beurteilung von Tötungshandlungen im Lebensnotstand**, C. Band 25, Baden-Baden, Nomos, 2009.

## İNTERNET KAYNAKLARI

<https://dictionary.cambridge.org>

<https://www.dwds.de>

<https://www.kazanci.com.tr>

<https://www.lexpera.com.tr>

[https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc\\_provisions/model\\_penal\\_code\\_default\\_rules](https://www1.law.umkc.edu/suni/crimlaw/mpc_provisions/model_penal_code_default_rules)

<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>

<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com>

<https://sozluk.gov.tr>