

SUÇ TEORİSİ BAKIMINDAN İHMALİ SUÇLARIN YAPISI

Fatih YURTLU^{*,**}

ÖZ

Suçlar hem aktif bir davranışla icrai olarak hem de pasif bir davranışla ihmali olarak işlenebilir. Ancak vurgulamak gerekir ki, icrai ve ihmali davranışla işlenen suçlar arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır. İcra, silahla ateş etme ya da bir eve girme gibi aktif davranışla bir şey yapmaya işaret eder. Buna karşılık ihmali, bir şey yapmaktan kaçınma, hareketsiz kalmaya işaret etmektedir. Günümüzde suçların büyük bölümü icraidir. Bununla beraber ihmali davranışla işlenen suçların sayısı da, teknolojik gelişmeler nedeniyle her geçen gün artmaktadır. Örneğin; maden, iş veya trafik kazaları genellikle ihmali suçlara sebebiyet vermektedir. Bu nedenle ihmali suçların teorik bakımdan açıklığa kavuşturulması, ceza hukukundaki birçok güncel problemin çözümü bakımından bir zorunluluktur. İş bu çalışmada, öncelikle ihmali suçların genel yapısı incelenecek, akabinde ise teori ve uygulamada ortaya çıkan yapısal problemlere ve bunlara yönelik çözüm önerilerine yer verilecektir.

Anahtar Kelimeler: İcra, ihmali, garantörlük, ihmali suç, görünüşte ihmali suç.

THE STRUCTURE OF OMISSION IN CONTEXT OF CRIMINAL THEORY

ABSTRACT

Crimes can be committed both behavior of commission and act of omission. It must be noted there are many key distinctions between crimes of omission and commission. Commission refers to the doing of an active act like firing gun or breaking into a house. Omission is the opposite, it means refraining from doing something, fail to act. Today, most types of crime are committed with commission. However number of crimes of omission are increasing day by day because of technological progress. For example; mining, labor or traffic accidents often cause crimes of omission. On the other hand, there is no doubt that clarifying of omissions are very important for solving some theoretical and practical problems of today criminal law theory. In

* **Dr. Öğr. Üyesi**, Alanya Alaaddin Keykubat Üniversitesi İİBF/Uluslararası Ticaret Bölümü / ALANYA/ANTALYA, **e-posta:** fatih.yurtlu@alanya.edu.tr

** Bu makale, yazarın “İhmali Suçlar” başlıklı doktora tezinden türetilmiştir. Bkz. Fatih Yurtlu, İhmali Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Aralık 2020.

ORCID: 0000-0003-2905-7900.

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.979191

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 18/05/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 24/06/2021

this study, first of all, the general structure of omissions will be examined and then structural problems that arise in theory and practice and solutions will be given.

Keywords: *Commission, omission, quarantine (legal duty), crime of omission, commission by omission.*

GİRİŞ

Günümüzde işlenen suçların ekseriyeti icraidir. Bununla beraber ihmali davranışla işlenen suçların sayısı da teknik gelişmeler ve karmaşıklaşan organizasyon yapıları nedeniyle gün be gün artmaktadır¹. Buna rağmen suç genel teorileri, kasten ve icrai davranış üzerine inşa edilmektedir. Ancak ihmali suçların teorik bakımdan tutarlı bir temele oturtulması, ceza hukukundaki birçok problemin çözümü bakımından bir zorunluluktur. Bu zorunluluk, aynı zamanda kanunilik ilkesinin de bir gereğidir. Alman doktrin ve uygulamasında ihmali suçlara ilişkin tartışmalar oldukça eski tarihlerde başlamış olmasına rağmen, aynı husus Türk doktrin ve uygulaması açısından söylenemez. Dahası, özellikle Türk uygulamasının ihmal kavramını hala özel hukuktaki anlamıyla algılayıp kararlarına yansıttığı görülmektedir. Türk uygulamasında ortaya çıkan bu yanlış eğilimin, ihmali suçlara ilişkin yeterli ve yetkin teorik çalışma sayısının oldukça az olmasından beslendiğini kabul etmek gerekir.

Hukuk kuralları, genellikle kişilere “*belirli şekilde davranmama*” yükümlülüğü getirmektedir. Bu minvalde hukuk normları kişilere; “*bir başkasını öldürmeme - yaralamama*”, “*başkasının malını onun rızası hilafına almama*” gibi **yasaklar** getirmektedir. Bu tür davranış kuralları, “**yasak normu**” olarak adlandırılmaktadır². Kişilere belirli şeyleri yapmama yükümlülüğü getiren yasak normlarının ihlal edilmesi durumunda “*icrai suçlar*” söz konusudur³.

¹ Son dönemlerde gündeme gelen “*sürücüsüz arabalar*” da ihmali sorumluluk alanını daha da genişletecek gelişmelerden bir diğeridir. Reuters İnternet Sitesi, “Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency” (<https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>) Erişim Tarihi: 01.05.2021.

² Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 390 - 391.

³ Karl Heinz Gössel, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, s. 225. Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, İstanbul 2008, s. 245.

Buna karşılık, sayısı yasak normları (icrai suçlar) kadar olmamakla birlikte⁴, “*belirli şekilde davranma yükümlülükleri*” de modern hukuk toplumlarında kişilere yönelik bir “**yükümlülük**” olarak telakki edilmektedir⁵. Bu tip davranış kurallarına ise “*emir normu*”⁶ denir. Emredici normları ihlal eden fiiler ise, suç teorisinde “*ihmali suçlar*” olarak karşımıza çıkmaktadır⁷. İhmali suçlarda fiil; bir davranışın gerçekleştirilmemesi, yapılmaması şeklinde tezahür etmektedir⁸.

İhmali suçlar doktrinde; “*saf (gerçek) ihmali suçlar*” ve “*görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar*” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹. “*Saf ihmali suçlarda*”, ihmali davranışın ne olduğu bizzat suç normu tarafından belirlenmekte ve normda emredilen davranışın gerçekleştirilmemesiyle birlikte suç da tamamlanmaktadır (Örneğin TCK m. 98).

“*Görünüşte ihmali suçlarda*” ise, aslında icrai davranışla işlenebilen bir suç tipinin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur. Örneğin; TCK m. 81’de düzenlenen kasten öldürme suçu, bir kimse tarafından yükümlülüğünü yerine getirmemek suretiyle yani ihmali davranışla da işlenebilir. İhmali davranışla kasten öldürme, TCK’nın 83. maddesinde müstakil bir suç olarak düzenlenmiştir.

Bu çalışmada; hem konuyu sınırlandırmak hem de teorik ve pratik açıdan daha önemli kabul edilmesi nedeniyle yalnızca görünüşte (garantörsel) ihmali suçların yapısını inceleyeceğiz.

I. GÖRÜNÜŞTE İHMALİ SUÇLARIN YAPISI

Görünüşte (garantörsel) ihmali suçlar, doktrinde birçok yazar tarafından

⁴ İcrai suç sayısının ihmali suç sayısından fazla olmasının nedenini açıklayan görüşler için bkz. Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 29 v.d.

⁵ Fatih Yurtlu, “Suçu Bildirmeme Suçu”, Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 758.

⁶ İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 16. Bası, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 30. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 391.

⁷ Gössel, “Die normwidrige”, s. 225.

⁸ İzzet Özgenç, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, 1998, s. 38. Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 39.

⁹ Zahit Yılmaz, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, 2018, 24(1), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 124.

icrai suçların bir yansıması olarak kabul edilmektedir¹⁰. Bunun nedeni, görünüşte ihmali suçların da tıpkı icrai suçlar gibi “*yasak normlarının*” ihlal edilmesiyle oluşmasına atfedilmektedir. Gerçekten de “*öldürmeyeceksin!*” şeklindeki yasak normu, icrai bir davranışla ihlal edilebileceği gibi; daha önce başlayan bir nedensel sürece müdahale edilmemek suretiyle yani ihmali olarak da ihlal edilebilir. Bu ikinci durum, yani yasak normunun “*pasif kalınmak suretiyle*” ihlal edilmesi halleri “*görünüşte ihmali suç*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Genel hükümler kısmında ihmale ilişkin düzenleme bulunan ceza kanunlarının özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçlar, kural olarak ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin, Alman CK 212. maddede düzenlenen kasten öldürme suçu; bir annenin çocuğunu elleriyle boğması örneğindeki gibi icrai bir davranışla işlenebileceği gibi, çocuğu aç bırakmak suretiyle yani ihmali bir davranışla da işlenebilir¹¹.

İhmali suçlara ilişkin teorik ve pratik tartışmaların büyük bölümü, saf ihmali suçlardan ziyade “*görünüşte ihmali suçlar*” üzerine yoğunlaşmaktadır. Görünüşte ihmali suçlarda fail; aslında icrai bir davranışla gerçekleştirilebilecek bir neticeden, “*bu neticeyi engellemeye yönelik davranışı gerçekleştirmediği*” için sorumlu tutulmaktadır¹². Bu bakımdan görünüşte ihmali suçlara ilişkin en büyük problemlerin başında, yapılmayan davranış ile meydana gelen neticenin birbiriyle nasıl ilişkilendirileceği (nedensellik) gelmektedir. Çünkü icrai suçlar bakımından doğal bir olgu/fenomen olarak ortaya çıkan fiil ile netice arasındaki sebep sonuç ilişkisi, yani nedensellik bağı, görünüşte ihmali suçlar bakımından aynı rahatlıkla tespit edilememektedir. Dolayısıyla, görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik probleminin nasıl çözüleceği, önemli bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Görünüşte ihmali suçlara ilişkin teorik tartışmalar, sadece nedensellik bağıyla sınırlı değildir. İhmali suçların bu türü için kullandığımız “*garantörlük*” kavramı da, bir başka önemli tartışmayı oluşturmaktadır. İmkânı olmasına rağmen, istenmeyen neticeyi meydana getirmeye yönelik sürece müdahale etmekten kaçınan herkesin sırf bu “*pasif*” davranışından dolayı sorumlu

¹⁰ Rudolf Rengier, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, 2013, s. 457, kn. 5.

¹¹ Rengier, kn. 5, s. 457.

¹² Diethelm Kienapfel ve Frank Höpfel, *Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 13. Überarbeite und erweiterte Auflage, Kurzlehrbuch 2009, s. 183, kn. 9.

tutulması, ceza hukuku sorumluluğunu katlanamaz bir şekilde genişletecektir. Böyle bir sorumluluğun kabul edilmesi halinde, toplumdaki her birey, kendi iradesi dışında harekete geçen herkesten ve her şeyden sorumlu tutulmuş olacaktır.

Bu gerekçelerle, daha önceden başlamış olup, istenmeyen neticeye sebebiyet verecek sürece müdahale etmeyenlerin sorumluluğu için, “*hukuki bir yükümlülük altında bulunma şartı (garantörlük)*” aranmaktadır. Neticeyi engellemeye yönelik hukuki yükümlülük altında bulunan kişilere “*garantör - teminat yükümlüsü*”, bu hukuki müesseseye ise “*garantörlük - teminat yükümlülüğü*” denilmektedir.

İhmali davranış nedeniyle ceza hukuku sorumluluğunun doğabilmesi için, failin gerçekleştirdiği “*ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer*” olması da gerekir¹³. İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması doktrinde, “*eşdeğerlik ya da denklik kaydı (Entsprechungsklausel)*” olarak adlandırılmaktadır.

Suçun maddi unsurlarına ilişkin bu farklılıkların ötesinde, suçun manevi unsurları (kast ve taksir) bakımından da, görünüşte ihmali suçlar diğer suçlardan farklılaşmaktadır. Şunu vurgulamakla yetinelim: Özellikle taksir manevi unsuru söz konusu olduğunda, ihmali davranışın bizatihi kendisi ile suçun manevi unsuru oldukça benzeşmektedir. Bu benzeşme de, hem bazı teorik tartışmaların ortaya çıkmasına hem de söz konusu iki unsurun uygulamada birbirine karıştırılmasına neden olmaktadır. İhmalin normatif olduğunu savunanlar, taksirli - ihmali suçlarda manevi unsur ile fiil unsuru birbirinden ayırmakta oldukça zorlanmaktadır. Çünkü bu yaklaşıma göre, her taksirli davranış zaten bünyesinde bir ihmali barındırmaktadır¹⁴.

Görünüşte ihmali suçlarda, hukuka aykırılık bakımından dikkat edilmesi gereken durumlar da mevcuttur. Hukuka aykırılık konusunda, görünüşte ihmali suçlar da kural olarak icrai suçlarla benzerlik gösterir. Bununla birlikte, sadece ihmali suçlarda uygulanabilecek özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak doktrinde, “*yükümlülüklerin çatışmasından (Pflichtenkollision)*”

¹³ Sven Gutknecht, “Die Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (13 StGB) im Lichte des Bestimmtheitsgebotes”, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, c. 3, Ankara 2014, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität, Herausgeber: Gunnar Duttge ve Yener Ünver.

¹⁴ Karl Engisch, “Tun und Unterlassen”, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, s. 187 - 188.

bahsedilmektedir¹⁵.

Yine görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda, suçun özel görünüş biçimlerine ilişkin yapılacak teorik değerlendirmeler de bazı önemli farklılıklar göstermektedir. Özellikle iştirak ve teşebbüs gibi konularda; icrai suçlara ilişkin teorik kabullerin, görünüşte ihmali suçlar bakımından aynı şekilde uygulanıp uygulanamayacağı oldukça tartışmalıdır.

Görüldüğü üzere, görünüşte ihmali suçların yapısında icrai suçlarda olmayan bazı özel durumlar söz konusudur. Bu özel durumların hukuki niteliğinin ne olduğu ve hangi başlık altında incelenmesi gerektiği oldukça önemlidir. Alman doktrininde, görünüşte ihmali suçların yapısı genel hatlarıyla şu şekilde tablolaştırılmaktadır¹⁶:

● YAPISAL UNSURLAR (TİPİKLİK)

Yapısal Unsurların (Tipiklik) Durumu: Neticeli bir suçun objektif unsurlarıyla aynıdır.

➤ Objektif (Maddi) Unsurlar

- Fiziki/Maddi olarak yapılabilecek, neticeyi engellemeye uygun olan hareketten kaçınılması (Fiil Unsuru)
- Varsayımsal/kuramsal/hipotetik nedensellik ve objektif isnadiyet
- Garantörlük (Alman CK 13. madde uyarınca garantör pozisyonu ve olay özelinde harekete geçme ödevi)
- İhmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması (Eşdeğerlik/Denklik Kaydı)

➤ Subjektif (Manevi) Unsurlar

- Tüm maddi unsurlar bakımından kast
- Diğer manevi unsurlar - taksir

● HUKUKA AYKIRILIK

- Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler

¹⁵ Otto Harro ve Nikolaus Bosch, Übungen im Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Studium, 2010, s. 43.

¹⁶ Bkz. Rengier, s. 463, kn. 5.

➤ Özel bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*yükümlülüklerin çatışması*”

• **KUSURLULUK**

➤ Tamamlanmış icrai suçlar bakımından geçerli olan tüm nedenler

➤ Norma uygun hareketin şahsi olarak “*beklenebilirliği*”

➤ Yasak hatasının karşılığı olarak “*emir hatası*” (Alman CK 17. madde)¹⁷

Görünüşte ihmali suçlar incelenirken izlenecek metoda ve bu tip suçların yapısına ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. Bunlardan en yaygın olanı; nasıl ki A ile A olmayanı aynı başlık altında birleştirmek mümkün değilse, icra ve ihmali de aynı başlık altında, bir başka ifadeyle “*fiil*” başlığı altında birleştirmenin mümkün olmadığıdır¹⁸. Bu görüş taraftarlarına göre; genel hükümler kısmındaki kurallar icrai suçlar için geçerli olduğundan, icrai suçlara ilişkin kavramların ihmali suçlar bakımından kullanılması mümkün değildir. Zira ihmal bir hareket değildir ve ihmalde gerçek manada bir nedensellik yoktur¹⁹. Bu nedenle, icrai suçlar için geliştirilen kurallar ihmali suçlar bakımından ancak tersten uygulanabilir (Umkehrprinzip)²⁰.

Bununla birlikte biz, ihmalin de tıpkı icra gibi dış dünyaya yansımış bir insan davranışı olduğunu, yani ontik vasfını kabul ettiğimizden, ihmali suçları incelerken icrai suçlara benzer bir metod tercih edeceğiz²¹.

II. MADDİ UNSURLAR

Görünüşte ihmali suçlarda, icrai suçlarda tartışma konusu yapılmayan bazı maddi unsurlar söz konusudur. Örneğin; kişinin emredilen davranışı yapma noktasında “*maddi/fiziki imkânının olup olmaması*”, failin tipik neticeyi engellemeye yönelik hukuki bir yükümlülük altında olması yani “*garantörlük*

¹⁷ Benzer şema için bkz. Harro ve Bosch, s. 42 - 43.

¹⁸ Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Scientia Verlag Aalen, 1906, s. 9.

¹⁹ Hakeri, İhmal, s. 205.

²⁰ Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage, De Gruyter, 1969, s. 203. İhmali suçlara ilişkin “*Tersinelik Prensibi (Umkehrprinzip)*” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz & Co. 1988, s. 87 - 90.

²¹ Benzer yaklaşımı için bkz. Reinhart Maurach, Karl Heinz Gössel ve Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband II, 6. Auflage C. F. Müller Juristischer Verlag, 1984, s. 146 v.d.

- *teminat yükümlülüğü*” gibi hususlar, ihmali suçlarda bir unsur olarak telakki edilmektedir. Benzer şekilde, “*gerçekleştirilen ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*”, “*meydana gelen netice ile ihmali davranış arasındaki ilişkinin ne şekilde kurulacağı (nedensellik bağı ve objektif isnadiyet)*” da ihmali suçlara özgü tartışmalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Fiil

Suçun yapısında fiil, diğer maddi ve manevi unsurlar bakımından bir bağlama noktası oluşturur²². İster icrai ister ihmali olsun, her suçta mutlaka bir fiil vardır. Fiil unsuru olmayan suçtan bahsedilemez²³. Çünkü fiil; insan iradesinin dış dünyaya yansımadır. Dış dünyaya yansımamış irade, ceza hukukunu ilgilendirmez²⁴. Tüm dünyevi hukuk disiplinleri için mutlaka dış dünyaya yansımış ve insanın yönlendirici iradesinin ürünü olan bir “*fiilin*” varlığı gerekir²⁵. Bu nitelikteki fiil, icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir²⁶.

İnsan iradesinin herhangi bir şekilde dışa yansımaları, hukukunun müdahalesi için gerekli ancak yeterli değildir. Bir davranışın ceza hukukunu ilgilendirmesi, bir başka ifadeyle, bir davranışın “*fiil*” olarak telakki edilebilmesi için bazı özellikler taşıması gerekir. Bunlar; “*insan kaynaklı olması*”, “*insana izafe edilebilmesi*”, “*insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olarak dış dünyaya yansımalarıdır*” .

İhmali suçlar söz konusu olduğunda, bu genel yaklaşıma ek olarak fiil unsuru içerisinde mütalaa edilmesi gereken başka hususlar da vardır. Örneğin; ilgilinin neticeyi engellemeye yönelik davranış bakımından “*maddi/fiziki imkânının olması*” gerekir. İhmali suçlara özgü bu hususların, maddi unsur olduğu hususunda doktrinde geniş bir konsensüs var ise de, bunların

²² Alman doktrininde görünüşte ihmali suçlar bakımından bağlama noktası olarak, fiili değil meydana gelen neticeyi kabul eden yaklaşımlar da mevcuttur. Rengier, s. 464, kn. 6. Berrin Akbulut, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 256.

²³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 179. Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 88.

²⁴ Hakan Hakeri, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi, 2019, s. 154.

²⁵ Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Yetkin Yayınevi, 2014, s. 516 - 517. Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi, 2013, s. 274.

²⁶ Edmund Mezger, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, Duncker & Humblot, 1943, s. 50.

Özel hukukta da, haksız fiil sorumluluğuna temel teşkil eden fiilin icrai ya da ihmali olabileceği kabul edilmektedir. Abdülkerim Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Monopol Yayınları, 2019, s. 165. Kılıçoğlu, s. 275.

hangi maddi unsur altında inceleneceği noktasında farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır.

Kanaatimizce, ihmali suçlarda fiil unsuru bakımından üzerinde durulması gereken iki temel husus vardır: Birincisi, “suçun bir bağlama noktası olarak ontik bir ihmali davranış yani yapmamanın varlığı”; ikincisi ise, failin yapması gereken davranışı gerçekleştirme noktasında “(maddi/fiziki) imkânının olmasıdır”.

1. Haksızlığa Temel Teşkil Edecek Tipik İhmalin (Ontik Anlamda Bir Yapmamanın) Varlığı

Görünüşte ihmali suçlar bakımından da tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, tüm maddi ve manevi unsurlar bakımından bağlama noktası oluşturacak bir fiilin varlığı şarttır²⁷. Biz; doktrinde baskın görüş olan “ihmal herhangi bir şey yapmamak değil, belli bir şeyi yapmamaktır”²⁸ genel yaklaşımın aksine, ihmali davranışın özünün “bir şey yapmamak” olduğu kanaatindeyiz. Bu nedenle, ihmali suçlar bakımından da öncelikle “yapmama” şeklinde dış dünyaya yansımış “pasif bir insan davranışının” tespiti gerekir.

İhmali suçlarda, icrai suçlarda olmayan bazı normatif unsurların olduğunu kabul etmekle beraber biz, fiil unsurunun yani ihmalin bizatihi kendisinin ontik bir temeli olduğunu düşünmekteyiz. Baskın görüşün ifade ettiği, ceza hukuku bakımından önem arz edenin “herhangi bir yapmama değil ilgili normda belirtilen yapmama” olduğu vurgusu, kanaatimizce icrai suçlar bakımından da geçerlidir. Çünkü ontik sahada tespit edilebilen her icrai davranış değil, yalnızca suç tipiyle yasaklanmış icrai davranışlar ceza hukukunu ilgilendirir. Dolayısıyla, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da, davranışın norm tarafından yasaklanmış veya emredilmiş olması fiilin ontiklik vasfıyla değil tipikliğin geneliyle alakalıdır.

²⁷ Udo Ebert, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag, 2001, s. 172.

²⁸ “İhmal bir gerçeklik değil, aksine bir yargıdır. Gerçekten de dış dünyada ihmalin varlığıyla yokluğu fark edilmez. İhmali, ceza hukuku bakımından önemli kılan husus, hukukten beklenen hareketin yapılmamasıdır”. Hakeri, İhmal, s. 208. Benzer yöndeki görüşler için bkz. Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih Selami Mahmutoğlu ve Yener Ünver, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Türdav Basım, 1999, s. 70. Özgenç, Genel Hükümler, s. 231. Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 393.

Biz, doktrinde genel kabul gören bu yaklaşıma; “icrayı ceza hukuku bakımından önemli kılan husus da yasaklanan hareketin yapılmasıdır, dolayısıyla ihmali davranışın temeline “beklenen” kavramını sokmak anlamsızdır” gerekçesiyle katılmıyoruz. Kanaatimizce, ihmali davranış norm oluşturamaz. Norm, sadece var olan sayısız ihmal arasından ceza hukuku bakımından önem arz edenini tespit eder.

İster icrai ister ihmali olsun bir davranışın fiil niteliği taşıyabilmesi için bazı şartları taşıması gerekir. İhmal de insan iradesinin dış dünyaya bir yansıma biçimi olduğuna göre, tıpkı icra gibi, insanın yönlendirici iradesinin bir ürünü olmalı ve dış dünyaya yansyarak hukuki bir değeri ihlal etmelidir. Bu bakımdan mutlak irade yokluğu hallerinde gerçekleştirilen ihmali davranışlar fiil niteliği taşımazlar. Örneğin; ani bir şekilde bayılarak bilincini yitiren annenin, bilinci kapalı olduğu süre içerisinde çocuğu üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesinden dolayı sorumlu tutulması düşünülemez²⁹. Çünkü burada “iradi” bir fiilden, “yapmamadan” bahsedilemez.

Benzer şekilde, mutlak cebrin etkisi altında olduğu için tipik davranışı gerçekleştiremeyen failin de iradi bir davranışından bahsedilemeyeceğinden, ceza hukuku sorumluluğuna gidilemez. Aslında burada saydığımız hususlar, “*ilgili davranışın maddi/fiziki olarak mümkün olmaması*” kapsamında da mütalaa edilebilir. Bununla beraber, bu tip durumlarda şu şekilde hareket etmenin hem teorik hem de pratik açıdan daha doğru olduğu kanaatindeyiz: Ceza hukuku bakımından fiil niteliği taşımayan davranışların suç analizinin en başında elenmesi gerekir. “*Tipik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olması*” ise, bunların dışında kalan ve ortada “*iradi nitelikte bir yapmama*” olmasına rağmen kurtarmaya yönelik davranışın diğer maddi imkânsızlıklar nedeniyle yapılamaması hallerinde gündeme alınmalıdır. Böylece, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi, ihmali suçlarda da ceza hukuku bakımından önem arz etmeyen fiiller en başta ayıklanmış olacaktır.

Saf ihmali suçlarda emredilen davranış, norm tarafından doğrudan belirlenmesine rağmen görünüşte ihmali suçlardaki davranış norm tarafından doğrudan belirlenmiş değildir. Görünüşte ihmali suçlarda davranış, yani yapmama, çok farklı şekillerde tezahür edebilir. Çünkü görünüşte ihmali suçlarda esas olan, istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik davranışlardan herhangi birinin yapılmamış olmasıdır. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlar, çoğu zaman “*serbest davranışlı (hareketli) suçlar*” olarak karşımıza çıkmaktadır. Nasıl ki icrai fiille işlenen “*kasten öldürme veya yaralama*” suçlarında davranış, ontik anlamda çok farklı formlarla (silahla ateş etme, bıçaklama, zehirleme, elleriyle boğma vs.) gerçekleştirilebiliyorsa; görünüşte ihmali suçlarda da tipik neticeyi engellemeyen “*yapmama*” farklı

²⁹ Bununla beraber eğer anne, kendisinde var olduğunu bildiği rahatsızlıktan dolayı sık sık bayıldığını tecrübe etmesine rağmen, çocuğuna yönelik gerekli tedbirleri almıyorsa, ihmali davranış dolayısıyla sorumluluğu gündeme gelecektir.

formlarla gerçekleştirilebilir³⁰. Çünkü görünüşte ihmali suçlar da tıpkı icrai suçlar gibi bir yasak normunun ihlalden oluşmaktadır.

Görünüşte ihmali suçların bağlama noktasını oluşturan fiil, istenmeyen neticeyi önlemeye müsait olduğu halde yapılmayan davranıştır. Örneğin, boğulmakta olan bir kimseye yönelik olarak garantörün yapması gereken şey, “*kurtarmaya elverişli herhangi bir davranıştır*”. Örnek olayda fail; “*yüzerek boğulan kişiyi kurtarma*”, “*yakınlarda bulunan cankurtarana haber verme*”, “*botla mağduru kurtarma*” ya da “*mağdura doğru can simidi atma*” gibi farklı seçeneklere sahip olabilir. Mevcut seçeneklerden herhangi birini denemesine rağmen neticenin meydana geldiği hallerde ise failin sorumluluğuna gidilemez. Kısacası, görünüşte ihmali suçlar bakımından birçok davranış neticeyi önleyebilecek nitelikte olabilir³¹. Bu bakımdan, tipik durumda istenmeyen neticeyi engellemeye elverişli olduğu halde failin yapmaktan kaçındığı davranışlar, yani “*yapmamalar*” ihmali suçun fiil unsurunu oluşturmaktadır.

Elbette ki, görünüşte ihmali suçun fiil unsurunu oluşturan davranış, istenmeyen neticeyi önlemeye uygun ve elverişli olanlardır³². Bu bakımdan fail, istenmeyen neticeyi önlemeye yönelik “*herhangi bir şey*” yaptığından bahisle sorumluluktan kurtulamaz. Yapması gereken, “*tipik neticeyi engellemeye yeterli ve elverişli davranışlardan*” biridir. Örneğin; iyi bir yüzücü olan fail, yanı başında boğulmakta olan çocuğunu kurtarmak için denize atlamak yerine, metrelerce uzakta bulunan cankurtarana haber vermekle yetinmiştir. Böyle bir durumda fail elbette ki ceza sorumluluğundan kurtulamaz. Bu örnekte failin ihmali davranışının özünü, “*yüzerek yardıma gitmeme*” oluşturacaktır.

Görünüşte ihmali suçların fiil unsurunun tespitinde, ceza muhakemesi bakımından dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. İcrai suçlara ilişkin ceza muhakemesinde, failin hangi tipik davranışı yaptığı ispatlanırken; görünüşte ihmali suçlara ilişkin muhakemede ise, “*tipik neticenin önlenmesi bakımından failin neyi yapmadığı*” tespit edilmeli ve ispatlanmalıdır³³. Bu nedenle, salt olarak sanığın “*pasif*” kaldığının tespiti, ceza sorumluluğu için yeterli değildir. Bir başka ifadeyle, görünüşte ihmali suçlarda sorumluluk için

³⁰ Rengier, s. 464, kn. 8.

³¹ Hakeri, İhmal, s. 209.

³² M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen ve A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi, 2016, s. 238.

³³ Hakeri, İhmal, s. 210.

yalnızca, “*bu somut olay bakımından fail bir şeyler yapmalıydı*” demek yeterli olmayacaktır³⁴. Failin, kurtarmaya elverişli olan hangi davranışı yapmadığının da yargılama makamı tarafından tespit edilmesi gerekir.

Hakeza davranışın ihmali olması, ceza muhakemesi bakımından ispat yükümlülüğünü sanık tarafına geçirmeyecektir. İhmali bir suça ilişkin muhakemede sanık, “*neticeyi engellemek için elinden gelen her şeyi yaptığını veya elinden hiçbir şey gelmediğini*” ispatlamakla yükümlü değildir. Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi iddia makamı, yapması mümkün olduğu halde istenmeyen neticeyi engellemeye muktedir hangi davranışı yapmadığını sanığa isnad etmeli ve bu davranışın yapılmadığı yargılama makamı tarafından sübuta erdirilmelidir. Örneğin; “*yüzerek yardım etmedin*”, “*cankurtarana haber vermedin*”, “*gereken tıbbi müdahaleyi yapmadın*” gibi, somut olayla doğrudan bağlantılı bir ihmali davranış şüpheliye/sanığa isnad edilmeli ve şüpheyi yer bırakmayacak şekilde kanıtlanmalıdır.

Bununla beraber, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, görünüşte ihmali suçlarda failin kurtarmaya yönelik davranışlar bakımından birden fazla seçeneği olabileceğinden, yargılama makamının, failin somut olay bakımından yapabileceği her davranışı tek tek incelemesi gerekmez. Görünüşte ihmali suçlar, çok büyük oranda “*serbest davranışlı suç*” özelliği göstermektedir. Bu nedenle yapılması gereken davranışlardan herhangi birinin yapılmaması, failin cezalandırılması için yeterlidir. Görünüşte ihmali suçlarda, kanuni tipin tek tek sayması mümkün olmayan birçok davranış söz konusu olabilir. Bu davranışlardan herhangi birinin yapılmamasıyla birlikte suçun fiil unsuru da tamamlanmış olur. Dolayısıyla yargılama mercii, somut uyuşmazlık sırasında yapılmayan tüm davranışları tek tek saymak zorunda değildir. Bu pratik açıdan da mümkün değildir. Yargılama makamının, “*failin yapması mümkün olduğu halde yapmadığı bir davranış*” yönünden suçun diğer unsurlarını tartışarak sübuta erdirmesi cezalandırma için yeterlidir.

Kurtarmaya yönelik bir şeyler yapılmış ise öncelikle yapılan davranışların somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olup olmadığı tartışılmalıdır. Yargılama makamı, failin gerçekleştirdiği davranışların somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olduğuna kanaat getirirse, suçun fiil unsuru oluşmayacağından beraate hükmedilmesi gerekir. Bununla beraber, failin gerçekleştirdiği davranış somut olay bakımından kurtarmaya elverişli değilse; kurtarmaya elverişli ve failin yapması mümkün olan herhangi bir

³⁴ Hakeri, İhmal, s. 210.

davranış tespit edilerek bunun üzerinden diğer unsurlar irdelenmelidir. Örneğin; yanı başında boğulmakta olan çocuğunu gören ve iyi yüzme bilen baba, suya atlayarak çocuğunu kurtarmak yerine yüzlerce metre uzaktaki cankurtarana telsizle haber vermekle yetinmiştir. Böyle bir durumda yargılama makamı, öncelikle, “*telsizle cankurtarana haber verme*” fiilinin somut olay bakımından kurtarmaya elverişli olup olmadığını değerlendirmelidir. Söz konusu fiilin somut olayda neticeyi önlemeye elverişli olmadığına kanaat getirildiği takdirde, kurtarmaya elverişli ve mümkün olan diğer bir davranış, örneğin “*yüzerek kurtarma*” üzerinden suçun diğer unsurları incelenmeli ve hüküm kurulmalıdır.

İhmali suçlara ilişkin bir başka ceza muhakemesi tartışması da, görev ve yetki konusunda karşımıza çıkabilir. İhmali suçların “*failin icrai hareketi yapması gerektiği halde yapmadığı yerde*” işlendiği kabul edilmekte ve suç bakımından o yer mahkemesinin yetkili olduğu ifade edilmektedir³⁵. Bu nedenle, somut bir olayda ihmali davranışın tam olarak ne olduğunun tespit edilmesi salt bir maddi ceza hukuku problemi olmayıp, aynı zamanda ulusal/uluslararası ceza hukuku bağlamında görev/yetki tartışmalarını da içinde barındırmaktadır.

2. Davranışın Maddi/Fiziki Anlamda Mümkün Olması - Hareket Olanığı

Hiçbir hukuk düzeni, bir kimseden yapması mümkün olmayan bir şeyi yapmasını bekleyemez³⁶. Böyle bir yükümlülüğün öngörülmesi, hem insanın yaratılış gayesine hem de ceza sorumluluğuna öngelen davranış normlarına³⁷ aykırılık teşkil eder. Yasaklanan neticeyi engellemeye yönelik davranışın mümkün olması, “*kimse yapamayacağı şeyden sorumlu tutulamaz*” şeklindeki genel hukuk prensibinin doğal sonucudur³⁸. Bu nedenle, fail her ne kadar somut olay bakımından neticeyi önleme yükümlülüğü altında (garantör) olsa da, kurtarmaya elverişli davranış maddi/fiziki anlamda yapması mümkün

³⁵ Faruk Turhan ve Murat Aksan, “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2020, s. 781.

³⁶ Bu durum, Roma Hukuku’nda; “*ultra posse nema obligatur*” (*Unmögliches zu leisten, kann niemand verpflichtet werden - Kimse imkânsız yapılmakla yükümlü olamaz*) ilkesiyle ifade edilmiştir.

³⁷ “*Allah hiçbir kimseyi, gücünün yetmediği bir şeyle yükümlü kılmaz, lehinde olanı da kendi kazandığıdır; aleyhinde olanı da kendi kazandığıdır*”. Bakara Suresi 286.

³⁸ Kienapfel ve Höpfel, bn. z29, s. 189, kn. 7.

değilse sorumluluk doğmayacaktır³⁹. Söz gelimi, ancak tekerlekli sandalye ile hareket edebilen bir baba, boğulmakta olan çocuğunu yüzerek kurtar(a) madığı için sorumlu tutulamaz.

Tartışmanın ayrıntılarına girmeyecek olmakla beraber, insanın yaratılıştan gelen fitratına uygun olmayan şeylerin kanun koyucu tarafından suç olarak düzenlenemeyeceği fikrindeyiz⁴⁰. Dolayısıyla kanun koyucu; insanın fitratına aykırı olan bir şeyi icrai bir suç olarak düzenleyemiyorsa, bir kimsenin fiziki olarak yapması mümkün olmayan bir şeyi “*yapmamasını*” da ihmali suç olarak düzenleyemez⁴¹. Belirtmek gerekir ki, tipik davranışı yapma bakımından failin “*maddi/fiziki imkânının*” bulunması, yalnızca görünüşte ihmali suçlar bakımından değil, gerçek ihmali suçlar bakımından da aranması gereken bir unsurdur⁴².

Kurtarmaya yönelik fiillerden bazıları maddi/fiziki anlamda mümkün olmamasına rağmen, bazıları mümkün olabilir. Sadece tekerlekli sandalye ile hareket edebildiği için boğulmakta olan çocuğunu yüzerek kurtarma imkânı olmayan bir babanın, kurtarmaya yönelik başka fiilleri gerçekleştirme imkânı olabilir. Böyle bir ihtimalde, mümkün olan kurtarma seçeneklerini denemeyen babanın ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir. Örneğin baba; bağırarak bir başkasından yardım isteme ya da hemen yakınında bulunan can simidini çocuğuna fırlatma imkânlarına sahipse, fiziki olarak yapması mümkün olmasına rağmen yapmadığı bu “*fiiller*” nedeniyle sorumlu olacaktır. Bu örnek olayda babaya isnad edilecek ihmali fiil; “*bir başkasına seslenerek yardım talep etmemesi*” ya da “*can simidini çocuğuna doğru*

³⁹ Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2009, s. 262, kn. 16.

⁴⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, “Davranış Normları Teorisi Hukuk ve Ahlak İlişkisi (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.7.2018 tarihli ve K. 2018/7 sayılı Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirmeler)”, TÜBA Akademi Konferansı Bildirisi, Ankara/Beşevler, Şubat 2019, s. 443 - 454.

⁴¹ İhmali suçların fiil unsuruna ilişkin bu husus, bazı gerçek ihmali suçlarda, suç tipinde de açıkça ifade edilmiştir. Örneğin TCK m. 98’de; “...*hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi*” ifadesi, fiil unsurunun bu niteliğine işaret etmektedir.

Hakeza Alman CK m. 323c hükmü de, yardım etmeme suçu bakımından failin kendisinin ağır bir tehlikeye maruz kalmamasını ya da daha önemli bir yükümlülüğünü ihlal etmemesini şart koşmaktadır. Urs Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Nomos 2008, s. 313, kn. 10.

⁴² Kienapfel ve Höpfel, bn. z28, s. 182, kn. 5. Kindhäuser, s. 312, kn. 4. Rengier, s. 464, kn. 10. Yurtlu, “Suçu Bildirmeme”, s. 765.

fırlatmaması” olacaktır.

Kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi/fiziki anlamda mümkün olması*” ibaresinden tam olarak neyin anlaşılması gerektiği ise izaha muhtaçtır. Azınlıkta kalan bir görüş; “*davranışın mümkün olmasından*”, failin hem objektif hem de sübjektif anlamda hareket yeteneğine sahip olmasını anlamaktadır⁴³. Bununla birlikte doktrindeki baskın görüş; failin maddi/fiziki anlamda mümkün olmasından, failin ilgili davranış bakımından “*objektif hareket yeteneğini*” anlamaktadır⁴⁴. Baskın nitelikteki bu yaklaşıma göre; failin objektif anlamda hareket kabiliyetinin olmaması maddi unsur, sübjektif anlamda hareket kabiliyetinin olmaması ise kusurluluk bağlamında değerlendirilmelidir⁴⁵.

Kanaatimizce de, failin kurtarmaya yönelik davranış bakımından maddi/fiziki anlamda imkân olması ile kurtarmaya yönelik hareketin failden (sübjektif olarak) beklenebilirliği birbirinden farklı kavramlardır⁴⁶. Davranışın failden beklenebilirliği; failin somut olay bakımından hareket kabiliyeti ve yeteneğine sahip olmasına rağmen, kusurluluğu ilgilendiren gerekçelerle harekete geçmemesidir. İyi yüzme bilmesine rağmen çok dalgalı akarsuya düşen çocuğunu kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmeyen anne/babanın “*ihmali bir davranışı yoktur*” diyemeyiz. Çünkü bu olayda failler, fiziki/maddi anlamda kurtarmaya elverişli davranışı yapma imkânına sahip olmalarına rağmen harekete geçmemiştir. Bununla beraber harekete geçmeyen fail, somut olaydaki bu ihmali davranışlarından dolayı “*kınanamaz*”. Bu durum da suçun unsurları bakımından değil, kusurluluk bağlamında değerlendirilmesi gereken bir konudur⁴⁷. Dolayısıyla biz de; davranışın garantörden sübjektif olarak beklenebilirliğinin kusurluluk bağlamında incelenmesini daha isabetli buluyoruz.

Günlük hayatta sıklıkla karşılaşılan, “*iş yükü/yoğunluğu nedeniyle bazı iş ve işlemlerin yapılamaması*” da ihmali suçların bu yönüyle alakalıdır. Örneğin, verilen tahliye kararına istinaden tutuklu bulunan bir kişinin

⁴³ Hakeri, İhmal, s. 217.

⁴⁴ Hakeri, Genel Hükümler, s. 163.

⁴⁵ Kindhäuser, s. 313, kn. 9.

⁴⁶ Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck, 2004, s. 29. Hakeri, Genel Hükümler, s. 163.

⁴⁷ Bununla birlikte hem kurtarmaya yönelik davranışın “*maddi-fiziki anlamda mümkün olmasını*” hem de “*beklenebilirliği*” ihmali suçun bir unsuru olarak kabul edenler de vardır. Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, 2012, 7(18), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 15.

salıverilmesi gerekirken, “iş yoğunluğu gerekçesiyle” dosya yetkililerce incelenememiş ve tutuklu kişi birkaç gün daha cezaevinde kalmıştır. Benzer şekilde, acil serviste görevli hekim H; Covid-19 salgını nedeniyle serviste oluşan yoğunluktan dolayı bazı hastalara hemen müdahale edememiş ve müdahale edilemeyen hastalardan bazılarının durumu ağırlaşmış, bazıları ise hayatını kaybetmiştir⁴⁸. Kanaatimizce, bu tip durumlarda, ilgili görevlinin meydana gelen sonuç bakımından “maddi/fiziki” anlamda hareket yeteneğinin olmadığı söylenemez⁴⁹. Bu tip durumlarda hukuki problem, ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan “yükümlülüklerin çatışması” ya da “kusurluluk” bağlamında çözümlenmelidir⁵⁰.

Salıverilmesi gereken tutuklunun salınmaması olayında, görevlilerin ceza hukuku bakımından sorumluluğu cihetine gidilmesi gerekir. Bu sorumluluk, somut olayın özelliklerine göre taksir ya da olası kast bağlamında tartışılmalıdır. Bu örnek olayda görevlerinin gereklerine aykırı davranması nedeniyle kişinin birkaç gün daha özgürlüğünden yoksun kalmasına neden olan kamu görevlileri, garantör konumunda olduklarından “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” suçundan sorumluluk gündeme gelecektir. Ancak 5237 sayılı TCK’da Alman CK’daki gibi ihmali davranışa ilişkin genel hükümler kısmında düzenleme bulunmadığından ilgililerin bu suçtan dolayı cezalandırılması mümkün görünmemektedir. Böyle bir durumda ilgililerin ancak “görevi kötüye kullanma (TCK m. 257/2)” suçundan sorumluluğuna gidilebileceği kanaatindeyiz.

Acil servisteki yoğunluktan dolayı bazı hastalara müdahale edemeyen hekimin ceza hukuku sorumluluğu olup olmadığı ise, her somut olayın şartları bağlamında ayrıca değerlendirilmelidir⁵¹. Kanaatimizce bu ikinci durumda

⁴⁸ Covid-19 pandemisi nedeniyle ortaya çıkabilecek ceza hukuku tartışmaları için bkz. Mehmet Arslan, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, 2020, 24(3), AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 361 v.d.

⁴⁹ Örneğin, çocuğu boğuluyorken olay yerine 20 km uzaklıktaki bürosunda çalışmakta olan bir babanın, kurtarmaya yönelik davranış bakımından maddi/fiziki imkânının olduğundan bahsedilemez. Frister, s. 262, kn. 16.

⁵⁰ O an için çok daha acil durumdaki hastalara bakması nedeniyle acil servisteki diğer hastaya müdahale edemeyen hekimin sorumluluğunun “hareket olanağı veya beklenebilirlik” bağlamında tartışılabileceğine yönelik görüş için bkz. Hakeri, İhmal, s. 159.

⁵¹ Böyle bir durumda, idarenin “hizmet kusuru” kapsamında hukuki sorumluluğu olduğu ancak somut olay sırasında hastanenin acil servisinde görevli sağlık personelinin ceza sorumluluğunun olmadığına yönelik görüş için bkz. Yener Ünver, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, 2018, II. Uluslar Arası Tıp Hukuku

şartları oluşmuşsa ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olan “yükümlülüklerin çatışması” uygulama alanı bulacaktır.

B. Konu ve Mağdur

Görünüşte ihmali suçların konu ve mağdur unsurları icrai suçlardan esaslı bir farklılık göstermez. Genel olarak suçun konusu; “*tipik fiilin üzerinde gerçekleştiği eşya veya şahsın maddi (fiziki) yapısıdır*”⁵². Bu bakımdan ihmali suçlarda, ihmali fiilin üzerinde gerçekleştiği şey ya da kişi suçun konusunu oluşturacaktır.

Mağdur ise Türkçe’de; “*haksızlığa uğramış (kimse), kıygın*” anlamlarına gelmektedir⁵³. Ceza hukukunda ise suçun maddi bir unsuru olarak mağdur; “*suçun konusunun sahibi olan kişi ya da kişilerdir*”⁵⁴. Bu anlamda mağdur; dar anlamda suçtan zarar gören, suçun maddi unsurlarıyla doğrudan ilişki içinde olan ve bu nedenle suçla korunan hukuki menfaati ihlal edilen kişiyi ifade etmektedir⁵⁵. Görünüşte ihmali suçların maddi unsurları birbirleriyle sıkı ilişki içerisinde. Garantörün korumak zorunda olduğu kişi ya da şey “*suçun konusu*”, bu konunun ait olduğu kişi ise “*suçun mağduru*” olarak karşımıza çıkmaktadır.

C. Fail ve Garantörlük (Teminat Yükümlülüğü)

Suçun kanuni tarifindeki fiil üzerinde hâkimiyet kuran, tipik haksızlığı gerçekleştiren kişiye “*fail*” denir⁵⁶. “*Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m. 37)*”⁵⁷. Bir kimsenin görünüşte ihmali suçun faili olabilmesi için özel bir statüde yani “*garantör*” olması gerekir⁵⁸. Alman CK m. 13/1 hükmü de,

Kongresi (Antalya: 21 - 23 Eylül 2017) Bildiriler Kitabı, s. 970.

⁵² Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi, 2003, s. 142. Özgenç, Genel Hükümler, s. 219.

⁵³ TDK Güncel Türkçe Sözlük, (www.sozluk.gov.tr) erişim tarihi: 09.05.2021.

⁵⁴ Özgenç, Genel Hükümler, s. 223.

⁵⁵ Cumhur Şahin ve Neslihan Göktürk, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Seçkin Yayınevi, 2019, s. 124.

⁵⁶ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 113.

⁵⁷ Dar ve geniş anlamda fail kavramı ve kavramın teorik gelişim süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. İzzet Özgenç, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği Yayını, 1996, s. 50 v.d.

⁵⁸ E. Daniel Hall, Criminal Law and Procedure, 6th Edition, Delmar, 2020, s. 76.

temel olarak saf olmayan ihmali suçlarda cezalandırma alanını failin niteliği itibarıyla sınırlandırmaktadır⁵⁹. Dolayısıyla görünüşte ihmali suçlar, sadece belirli konumdaki kimseler (garantör) tarafından işlenebileceğinden⁶⁰ “özgü suç” niteliğindedir⁶¹.

İhmali davranış nedeniyle meydana gelen neticenin herkese değil, sadece belirli kişilere yüklenmesinin gerekçesi şu şekilde açıklanmaktadır: Bir hukuki değeri ihlal etmemeye yönelik davranışlar (yasak normları) herkese yönelmişken; bir hukuki değeri korumaya yönelik davranış (emir) normları herkesi değil, sadece belirli kimseleri muhatap alır⁶². Aksinin kabulü halinde sosyal yaşam çekilmez bir hal alır. Doktrinin “garantörlük”⁶³ olarak ifade ettiği bu konum, emir normunun muhataplarını sınırlamaya yönelik önemli bir fonksiyon icra etmektedir. Sonuç olarak, ihmali suçlar bakımından şunu rahatlıkla ifade edebiliriz: Ontik öz bakımından aynı nitelikte olan davranışları yapan failin “garantör-teminat yükümlüsü” konumunda olup olmaması, ceza hukuku sorumluluğunu tamamen değiştirmektedir.

Örneğin; Baba B ve arkadaşı F; B’nin boğulmakta olan oğlunun yardım çağrısına kulak asmazlar. Yardım edilmeyen çocuk boğularak ölür⁶⁴.

⁵⁹ Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch in Deutsch und Englisch, Teil I Grundlagen, Kohlhammer Verlag, 2002, s. 150, kn. 182.

⁶⁰ Eser Olgun, “Kasten Öldürme Suçunun Türk - Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, 2013, 19(2), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1641.

⁶¹ Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, 1991, bn. 28, s. 781, kn. 13. Berrin Akbulut, “Bağlılık Kuralı”, 2010, 14(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), s. 186. Rengier, s. 456.

⁶² Hakeri, İhmal, s. 111.

⁶³ Alman doktrininde önceleri garantörlük kavramını karşılayacak şekilde “*Rechtspflicht zum Tun*” ifadesi kullanılmaktaydı. Binding ve Nagler’in “*Garanten*” kavramına vurgu yapması ile birlikte “*Garantenstellung*”, “*Garantenpflicht*”, “*Garantieverhältnis*” kavramları doktrin ve uygulamaya girmiş ve kısa sürede kabul görmüştür. Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, J. C. B. Mohr 1975, s. 655, kn. 10.

Günümüz Alman doktrininde ise garantörlük kavramına karşılık gelecek şekilde “*Garantenpflicht (Görantör Yükümlülüğü)*”, “*Garantenstellung (Garantör Konumu)*”, “*Handlungspflicht (Eylem Yükümlülüğü)*” gibi kavramlar kullanılmaktadır.

Türkçe anlam ve dilbilgisi bakımından ise “*garantör*”, “*garantörlük*” ve “*garantörsel*” ifadelerinin kullanılmasının doğru olmadığı, bunların yerine; “*yükümlü*”, “*yükümlülük*”, “*yükümlülük durumu*” kavramları önerilmektedir. Bkz. Ekrem Beyaz, “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, Türk Dili Dergisi, 2019, s. 77.

⁶⁴ Rengier, s. 457, kn. 6.

Söz konusu olayda Baba B, Alman CK m. 13, 211 ve 212 uyarınca, “*ihmali davranışla işlenmiş kasten öldürme suçunun*” nitelikli halinden **ömür boyu hapis cezası** alacakken; babanın arkadaşı F, Alman CK m. 323c hükmü⁶⁵ uyarınca “*yardım yükümlülüğünün ihmali suçundan*” **en fazla 1 yıl hapis ya da adli para cezası** alacaktır⁶⁶.

Garantörlük, günümüz doktrininde ekseriyetle “*suçun maddi unsurları*” başlığı altında incelenmektedir. Buna karşılık geçmişte garantörlüğün “*hukuka aykırılık*” başlığı altında incelendiği görülmektedir⁶⁷. Bunun temel nedeni ise, garantörlüğün bizzatı kendisine ilişkin hatanın “*yasak hatası (Verbotsirrtum)*” kapsamında incelenmesi eğilimidir⁶⁸. Günümüzde de garantörlüğün bir “*yazısız mazeret nedeni*” olarak hukuka aykırılık altında incelendiği görülmektedir⁶⁹.

Garantörlüğün hukuki niteliğine ilişkin farklı bir yaklaşım ise, konuyu nedensellik bağı çerçevesinde değerlendirmektedir. Bu tercihin gerekçesi, özetle şu şekilde açıklamaktadır: Bir suçta meydana gelen neticeden faili sorumlu tutabilmek için fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin tespit edilmesi gerekir. Ancak ihmali suçlarda meydana gelen netice ile fiil arasında bir nedensellik bulunmadığından, garantörlük müessesesi bu ilişkinin yerini doldurur.

Vurgulamak gerekir ki; görünüşte ihmali suçlar bakımından garantörlüğün hukuki niteliğinin ne olduğunun tespiti, salt teorik bir çabanın çok ötesindedir. Bu kavramın hukuki nitelendirmesi, uygulamada da oldukça önemli sonuçları beraberinde getirecektir. Garantörlüğün hukuki nitelendirmesinin en önemli yansıması, kendini “*hata hallerinde*” göstermektedir. Garantörlük, suçun maddi bir unsuru olarak kabul edildiği takdirde yapılan hata kastı kaldıracakken; hukuka aykırılık kapsamında değerlendirildiğinde, bu konudaki hata “*yasak hatası*” kapsamında kalacak ve kusurluluğu etkileyecektir. Bu hukuki tespit aynı zamanda “*tersine unsur yanılması*” hallerinde de, failin teşebbüs

⁶⁵ Alman CK 323c maddesinde düzenlenen, yardım yükümlülüğünün ihmali suçunun cezası “*bir yıla kadar hapis ya da adli para cezasıdır*”.

⁶⁶ Krey, s. 148, kn. 180. Rengier, s. 457, kn. 6.

⁶⁷ Harro ve Bosch, s. 43.

⁶⁸ Harro ve Bosch, s. 43.

⁶⁹ Karl Heinz Gössel, Strafrecht, 7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller, 1997, s. 8 - 9, dn. 47.

sorumluluğunun doğup doğmayacağı hususunda önem arz etmektedir⁷⁰.

Görüldüğü üzere “*garantörlük/teminat yükümlülüğü*”, gösterdiği özellik bakımından farklı unsurlar altında incelenmeye müsaittir. Bununla beraber biz, garantörlüğün suçun faili ile doğrudan bir bağlantı içerisinde olduğunu düşündüğümüzden, bu başlığı “*fail*” unsuru altında incelemeyi tercih ediyoruz. Garantörlüğün kaynaklarını incelemeden önce üzerinde durulması gereken iki temel husus olan “*garantörlük kavramının sınırlandırılması*” ve “*eşdeğerlik kaydı*” başlıklarına değinmek gerekir⁷¹.

1. *Garantörlüğün Sınırlandırılması*

Garantörlük, ihmali davranış dolayısıyla meydana gelen neticeden doğan sorumluluk alanını daraltıcı bir işlev görmektedir. Tarihsel gelişimine bakıldığında, içinde bulunulan dönem ve kültürün etkisiyle garantörlük kavramı daha geniş ya da dar yorumlanmıştır. Anglo-Sakson uygulamasında garantörlüğü daha dar yorumlama eğilimi söz konusuysen⁷²; Alman Hukuku’nda ise tam tersi bir yaklaşım, yani garantörlük alanını genişletme eğilimi göze çarpmaktadır. Garantörlük müessesine yönelik bu iki zıt yaklaşımın gerekçesini, ilgili toplumlara hâkim sosyo-ekonomik yapı ve kültürde aramak gerekir. Liberalizmin ekonomik ve sosyal hayata yön verdiği Anglo-Sakson toplumlarında, başkalarına yönelik hukuki menfaatleri korumaya yönelik davranışlarda bulunma yükümlülüğü olabildiğince dar yorumlanırken⁷³; “*Alman İdealizminde*” toplum düzenini bozucu davranışlar kimden gelirse gelsin hoş karşılanmaz ve istenmeyen bu davranışların engellenmesi beklenir.

Garantörlüğün ihmali suçlar bakımından öyle önemli bir anlamı vardır ki; kişiyi işleyebileceği her kasıtlı ya da taksirli suç bakımından potansiyel ihmali suç faili haline getirir⁷⁴. Kişinin garantör kabul edilebilmesi için, somut olay bakımından tipik neticeyi önleme noktasında hukuki bir yükümlülük altında olması gerekir⁷⁵. Bu nedenle garantörlüğü kısaca; “*bir olayda,*

⁷⁰ Olgun Değirmenci, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, 2014, (110) TBB Dergisi, s. 157.

⁷¹ Rengier, s. 462, kn. 3.

⁷² Daniel Roe, *Criminal Law*, 3rd Edition, Hodder Education, 2005, s. 17.

⁷³ Liberal ceza hukuku yaklaşımlarının ihmali sorumluluğu reddettiği ifade edilmektedir. Andrew Ashwort, *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart Publishing 2013, s. 35.

⁷⁴ Rengier, s. 469, kn. 26.

⁷⁵ Özgenç ve Şahin, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, 2002,

istenmeyen neticeyi engellemeye yönelik davranışta bulunma konusundaki hukuki yükümlülük” olarak tanımlayabiliriz.

Esasında ne Alman CK m. 13’te, ne İsviçre CK m. 11’de ne de TCK m. 83’te “*garantör*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla “*garantörlük*”, kanuni bir ifade olmaktan ziyade doktrin tarafından türetilmiştir. Alman CK m. 13, “*neticeyi önlemek hususunda hukuki bir yükümlülük altında olmaktan*”; TCK m. 83 ise “*belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunmasından*” bahsetmektedir. Tüm bu kanuni düzenlemeler dikkate alındığında, garantörlük kavramını kapsayacak şekilde “*teminat yükümlüsü*” ifadesinin kullanılması da mümkündür. Ancak biz daha oturmuş bir kavram olması nedeniyle çalışmamızda garantörlük kavramını kullanmaya devam edeceğiz.

Garantörlük, mutlaka bir hukuki düzenlemeyle getirilmiş olmalıdır⁷⁶. Bir başka ifadeyle, salt ahlaki/etik bir yükümlülük, kişinin garantör olması için yeterli değildir⁷⁷. Bu bakımdan garantörlük, kendi içerisinde önemli ölçüde sınırlandırılmış olacaktır. Dahası, bir kimseye terettüp eden her hukuki yükümlülük de kişiyi garantör konumuna getirmez. Bu hukuki yükümlülüğün belirli kaynaklardan sadır olması, neticeyi engellemeye yönelik doğrudan ve yoğun bir nitelik göstermesi de gerekir. Aksi takdirde, saf ihmali suçlardaki harekete geçme yükümlülüğü ile görünüşte ihmali suçlardaki teminat yükümlülüğü arasındaki nitelik ve nicelik farkını açıklamak mümkün olmayacaktır.

2. Eşdeğerlik/Denklik Kaydı (*Entsprechungsklausel*)

Garantörlüğün kaynaklarına geçmeden önce değinilmesi gereken bir diğer kavram da, “*eşdeğerlik/denklik kaydıdır (Entsprechungsklausel)*”⁷⁸. Kanuni düzenlemelerde bu kavrama ilişkin genellikle, “*ihmali davranışın icraya eşdeğer olması*” ifadesi kullanılmaktadır. Buna doktrinde “*eşdeğerlik kaydı*” ya da “*denklik kaydı*” denilmektedir. Burada açıklığa kavuşturulması gereken temel nokta, garantörlük ile eşdeğerlik kaydı arasındaki ilişkinin ne

6(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), s. 37.

⁷⁶ Rengier, s. 469, kn. 26.

⁷⁷ Haft, s. 184.

⁷⁸ Bu kavram Türk doktrininde “*denklik kaydı*” olarak da ifade etmektedir. Hakeri, İhmal, s. 192, 193, dn. 630.

olduğudur.

Bir yaklaşıma göre; “*ihmalin icra ile eşdeğer olması*” için aranacak en önemli şart, failin tipik neticeyi önleme hususunda hukuki bir yükümlülük altında yani “*garantör*” olmasıdır. Dolayısıyla ihmalin icraya eşdeğer olabilmesi için aranması gereken temel şart garantörlüktür⁷⁹.

İhmali suçlarda garantörlüğü, “*failin belirli bir konumda bulunması*” olarak tanımlayan görüş ise eşdeğerlik kaydını şu şekilde açıklamaktadır: İhmalin icraya eşdeğer olabilmesi için, kişinin hem garantör pozisyonunda hem de belirli bir davranışı gerçekleştirme konusunda yükümlülük altında olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekir⁸⁰.

Alman doktrinde; “*eşdeğerlik kaydı*” ibaresinin Alman CK 13. madde düzenlemesinden çıkarıldığı ve bu maddenin de kural olarak saf ihmali suçlara yönelik olmadığı vurgulanmaktadır⁸¹. Alman CK m. 13/2 yollaması nedeniyle, saf ve görünüşte ihmali suçlar arasındaki sınıra ilişkin şöyle bir çıkarım yapılmaktadır: Görünüşte ihmali suçların tipiklik unsuru garantörlükle düzenlenmiştir. Gerçek ihmali suçların unsurları ise düzenleme tekniğinin bakış açısına göre değerlendirilmelidir. Sonuç olarak Alman CK m. 13/2 düzenlemesi saf ihmali suçlar bakımından bir önem ihtiva etmemektedir⁸².

Görünüşte ihmali suçlara ilişkin çözülmesi gereken problemlerden bir diğeri de, ihmali davranışın ne zaman icrai harekete eşdeğer olacağıdır. Çünkü bir yasak normunun ihmali davranışla ihlal edildiğinde cezalandırılması ancak bu şart dâhilinde mümkün olmaktadır⁸³. Kasten işlenen ihmali suçlarda garantörün ihmali davranışı, çoğu zaman kasten işlenen icrai harekete denktir. Alman CK 13. maddedeki düzenlemenin de yardımıyla, prensip olarak, kanunun özel hükümler kısmındaki her kasıtlı suçun yansımaları olarak cezalandırılabilir bir ihmali davranış ortaya çıkmaktadır^{84, 85}. İşte tam bu noktada, “*eşdeğerlik*

⁷⁹ İsviçre Ceza Kanunu’nda, ihmali suçlara ilişkin açık düzenleme (m. 11) yapılmadan önceki süreçte uygulama ve doktrin, ihmalin cezalandırılmasını icrai davranışa “*eşdeğer olmasıyla*” açıklamaya çalışmıştır. Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. neubearbeitete Auflage, Staempfli Verlag 2011, s. 91, kn. 15.

⁸⁰ Rengier, s. 470, kn. 28.

⁸¹ Rengier, s. 457, kn. 7.

⁸² Rengier, s. 457, kn. 7.

⁸³ Ashwort, s. 31. Rengier, s. 457, kn. 6.

⁸⁴ Rengier, s. 462, kn. 1.

⁸⁵ Kanaatimizce, bu yansımaları kasıtlı suçlarla sınırlamak mümkün değildir. Alman CK 13.

kaydı” devreye girmektedir. Alman CK m. 13’deki düzenlemenin garantör konumunda olan kişileri kanunun özel hükümler kısmındaki tüm icrai suçların potansiyel faili haline getirmesi karşısında, ihmali suçlarda sorumluluk alanını bir kez daha daraltma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Çünkü bazı suç tiplerinin ihmali davranışla işlenmesi, icrai davranışla işlenmesi gibi ciddi bir haksızlığa yol açmayabilir. Bu bakımdan “*eşdeğerlik kaydının*”, kanunun özel hükümler kısmındaki bazı icrai suçların ihmali davranışla işlenemeyeceğine yönelik bir fonksiyon ihtiva ettiği savunulmaktadır⁸⁶.

Doktrindeki bir diğer yaklaşım; “*eşdeğerlik kaydının*” kanunun özel hükümler kısmındaki bazı suçların ihmali davranışla işlenmesini tamamen imkânsız kılmadığı, bununla beraber bu suçlar bakımından sorumluluğun doğması için, garantörlüğe ek olarak bazı şartların da aranması gerektiği yönündedir⁸⁷.

Mükemmeliyetçiliğe önem veren bir diğer yaklaşım ise, durumu şu kısa cümleyle ifade eder: Görünüşte ihmali suçlarda, tipik neticeyi engelleyemeyen garantörün durumu, bu neticeye aktif olarak sebep olmakla eşdeğerdir⁸⁸. Bununla beraber “*bağlı hareketli suçlar*” söz konusu olduğunda, faili ihmali davranışı nedeniyle meydana gelen neticeden sorumlu tutabilmek için garantörlük tek başına yeterli değildir⁸⁹. Baskın nitelikteki bu görüşe göre; bu şartın uygulama alanını belirleyebilmek için gerçek neticeli suçlarla bağlı hareketli neticeli suçların ayrılması zorunludur. Bağlı hareketli suçlarda, neticeye salt olarak sebep olmak yeterli değildir. Bu neticenin özel bir davranışla ya da saikle gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin; “*eziyet çektirerek ya da canavarca hisle (Alman CK m. 211)*”, “*pusu kurmak suretiyle (Alman CK m. 224/1-3)*”, “*kötü muameleyle (Alman CK m. 225/1-4)*”, “*cebir veya tehditle (Alman CK m. 240)*”, “*hileyle (Alman CK m. 263)*” işlenen suçlar gibi⁹⁰... Bu yaklaşıma göre eşdeğerlik kaydı: “*Gerçek manada bir nedenselliğin bulunmaması ve haksızlık alanında icrai fiile nazaran farklılığın bulunmasına rağmen ihmali*

madde, özel hükümlerdeki taksirli suçlar bakımından da bir dönüştürücü işlevi görmektedir.

⁸⁶ Hakeri, İhmal, s. 192 - 193.

⁸⁷ Manfred Maiwald, çev. Cumhuriyet Şahin, “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını, 1998, s. 169. Hakeri, İhmal, s. 193 - 194.

⁸⁸ Rengier, s. 470, kn. 31.

⁸⁹ Maiwald, s. 169.

⁹⁰ Rengier, s. 470, kn. 32.

*hareketin cezalandırılabilmesinin mümkün olduğu, fakat bunun için de ihmali davranışın tipikliğinin icrai bir davranışla gerçekleştirilmesine denk olması gerektiği anlamına gelmektedir*⁹¹.

Sonuç olarak; bir başkasının icrai fiiline müdahale etmeyen garantörün, icrai fiilin taşıdığı özel unsura göre cezalandırılması ancak kendisinin de bizzat bu özel unsuru taşıması kaydıyla mümkündür. Örneğin; eşinin ortak çocuklarını canavarca hisle öldürmesine göz yuman failin, kasten öldürmenin bu nitelikli halinden ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulabilmesi için, ihmali davranışı sırasında bizzat “*canavarca hisle*” hareket ettiğinin tespit edilmesi de gerekir. İşte “*eşdeğerlik kaydı*” da tam burada devreye girer ve ihmali davranış failinin bu tip özel haller bakımından sorumluluğunu belirler. Bununla birlikte eşine müdahale etmeyen failin, kasten öldürmenin altsoya karşı işlenmesi nitelikli hali bakımından sorumlu tutulabilmesinde eşdeğerlik kaydının hiçbir fonksiyonu yoktur. Çünkü bu nitelikli hal bakımından, ihmali davranış failinin haksızlık içeriğinin icrai davranışa eşdeğer olmasını “*garantörlük*” müessesesi tek başına sağlamaktadır.

Eşdeğerlik kaydına ilişkin bir diğer yaklaşım ise; kural olarak ihmalin haksızlık içeriğinin icradan daha az olduğu kabul edildiğinden^{92, 93}, ihmalin cezalandırmaya layık olduğunun ancak eşdeğerlik kaydıyla sağlanabileceği yönündedir⁹⁴. Bu bakımdan eşdeğerlik kaydı, yalnızca fiil ya da netice unsuru bakımından değil, suçun tüm unsurları bakımından genel bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla bu kabul halinde eşdeğerlik kaydı; ihmali suçun bir unsuru olmaktan ziyade, genel bir kusurluluk değerlendirmesine indirgenmektedir.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz ki; günümüzde eşdeğerlik kaydının içeriği çok büyük ölçüde “*garantörlük*” ile doldurulmakta ve dolayısıyla bu kavramın gereksiz olduğuna yönelik yaklaşımlar güçlenmektedir⁹⁵. TCK m. 83’ün lafzından ise, eşdeğerlik kaydının çok büyük ölçüde garantörlüğe işaret ettiği anlaşılmaktadır. Çünkü TCK m. 83/2; “*ihmali ve icrai davranışın*

⁹¹ Hakeri, İhmal, s. 195.

⁹² Ashwort, s. 31.

⁹³ Doktrinde, garantör konumunda olan bir kimsenin ihmali davranışıyla sebep olduğu neticenin haksızlık içeriğinin bazı durumlarda icrai davranıştan daha fazla olabileceği de ifade edilmektedir. Frister, s. 257, kn. 5.

⁹⁴ Ashwort, s. 31.

⁹⁵ Rengier, s. 470, kn. 30.

eşdeğer kabul edilebilmesi için” ibaresinden hemen sonra garantörlük kaynaklarına atıf yapmaktadır.

Kanaatimizce de, “*eşdeğerlik kaydının*” içeriği çoğu zaman garantörlük ile doldurulmaktadır. Bununla birlikte, özellikle “*bağlı hareketli suçlarla*” bazı “*nitelikli haller*” bakımından eşdeğerlik kaydına başvurulması somut olay adaletinin sağlanması bakımından önemlidir. Eşdeğerlik kaydı, özellikle bağlı hareketli suçlar bakımından ihmalden doğan netice sorumluluğu alanını daraltıcı bir işlev göreceğinden, hem teoride hem de kanuni düzenlemelerde muhafaza edilmesi faydalıdır. Bu bakımdan eşdeğerlik kaydı, ihmali davranışın taşıdığı haksızlık muhtevasının cezalandırmaya yeterli olduğunun tespiti noktasında fonksiyon ihtiva etmektedir⁹⁶. Eşdeğerlik kaydına ilişkin değerlendirme yapılırken; fiil unsuru, garantörlük, konu, netice, failin kast veya taksirine dayanan kusurunun yoğunluğu gibi tüm unsurlar birlikte değerlendirilmeli ve ihmali haksızlığın cezalandırmaya layık olup olmadığı tespit edilmelidir.

3. *Garantörlüğün Kaynakları*

Garantörlüğün tanımını yapmaktan ziyade bu kavramın içeriğinin ne şekilde doldurulacağı maddi ceza hukuku bakımından daha önemlidir. Dolayısıyla “*garantörlük*” kaynaklarının neler olduğunu ortaya koymak gerekir⁹⁷. Garantörlüğün kaynaklarının belirlenmesi, ihmali sorumluluğun sınırlandırılmasında önemli bir fonksiyon ifa etmektedir. Salt “*ahlaki/etik değer ve yükümlülükler*” garantörlük kaynağı olamaz⁹⁸. Gerek doktrin gerekse kanuni düzenlemeler, garantörlüğün mutlaka “*hukuki*” bir yükümlülükten doğabileceğinde hemfikirdir. Elbette ki her hukuki yükümlülüğün kaynağı da ahlaki/etik değerlerdir. Ancak hukuk alanına iktibas edilmemiş bir yükümlülük, kişileri garantör konumuna getirmez. Aksinin kabulü, suçta ve cezada kanunilik ilkesiyle çelişecektir.

Garantörlük bakımından tartışılan bir diğer temel husus, hukuk düzeni tarafından kişilere “*genel bir (kurtarma) yükümlülüğünün*” yüklenip yüklenemeyeceğidir. Bu konuya ilişkin genel yaklaşım, böyle bir genel yükümlülüğün ancak bir başkasını ölüm ya da ciddi yaralamalardan koruma

⁹⁶ Ashwort, s. 31.

⁹⁷ Klasik yaklaşımda garantörlük: “*Kanun ya da kanuna eşdeğer hukuk kuralı*”, “*özel yükümlülük taahhüdü (sözleşme)*” ve “*önceki tehlikeli hareket*” kaynaklı olabilir. Mezger, s. 58.

⁹⁸ Hall, s. 76.

bakımından öngörülebileceği yönündedir⁹⁹. Dolayısıyla alelade tehlikeler bakımından böyle bir yükümlülük öngörülmesi mümkün değildir.

Garantörlük kaynaklarının belirlenmesinde iki temel yaklaşım vardır: **“Hukuki Kaynak Teorisi (Rechtsquellenlehre)”** ve **“Fonksiyon Teorisi (Funktionellenlehre)”**¹⁰⁰. Türk öğretisinde bu teorilere karşılık gelecek şekilde **“klasik yaklaşım”** ve **“modern yaklaşım”** kavramları kullanılmaktadır¹⁰¹.

Alman CK m. 13'te garantörlüğün kaynaklarına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu bağlamda Kanun Koyucunun, garantörlük kavramının içinin uygulama tarafından doldurulmasına yönelik bir tercihinin olduğunu söylemek mümkündür. Buna karşılık TCK m. 83, garantörlüğün **“kanundan, sözleşmeden ya da failin tehlikeli davranışından”** kaynaklanabileceğini açıkça düzenlemiştir. Alman CK **“Fonksiyon Teorisini (Funktionellenlehre)”** benimsemiş iken TCK, **“hukuki kaynak teorisini (Rechtsquellenlehre)”** yani **“klasik yaklaşımı”** benimsemiş görünmektedir. İsviçre Ceza Kanunu ise karma bir yaklaşım benimsemiş görünmektedir. İsviçre CK m. 11/2; ihmali sorumluluğun, hukuki olarak yükümlü olan kişinin hareketsiz kalması halinde gündeme geleceğini ifade ettikten sonra, bu hukuki yükümlülüğün **“özellikle”** şu dört durumdan kaynaklanabileceğini vurgulamıştır: **“Kanunlar, sözleşmeler, belirli risklerin gönüllü olarak üstlenilmesi ve bir tehlike yaratılması”**.

“Fonksiyon Teorisi (Funktionellenlehre)”¹⁰² taraftarları; garantörlük kaynaklarının çok çeşitli olabileceği, dolayısıyla kanun koyucunun bu noktada doğrudan bir düzenlemeye gitmesinin doğru olmayacağı, üstelik garantörlük kaynaklarına yönelik doğrudan bir düzenleme yapmanın zaten yeni gelişmekte olan ihmali suç doktrinine ket vuracağını savunmaktadır. Bu nedenle fonksiyon teorisi, garantörlüğe ilişkin genel bir tanım yapmakla yetinerek, bu yükümlülüğün kaynaklarına ilişkin doğrudan bir kanuni düzenleme öngörmez. Teoriye göre garantörlük iki şekilde ortaya çıkar: Birincisi, bir hukuki değerın dışarıdan gelecek saldırılara karşı korunması (**Koruma Garantörlüğü/ Beschützergarantienstellung/Obhutspflichten**); ikincisi ise, belirli tehlike

⁹⁹ David Ormerod ve Karl Raid, Smith, Hogan, and Ormerod's Text, Cases, And Materials On Criminal Law, 12th Edition, Oxford University Press 2017, s. 72.

¹⁰⁰ Rengier, s. 480, kn. 2, 3.

¹⁰¹ Hakeri, İhmal, s. 116.

¹⁰² Christian Jäger, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Neu bearbeitete Auflage, C. F. Müller, 2017, s. 334, kn. 337. Kaufmann, s. 283.

kaynaklarının üçüncü kişilere verecekleri zararların engellemesi (**Gözetim Garantörlüğü/Überwachungsgarantenstellung/Sicherungspflichten**). Aile bağları, yakın yaşamsal ilişki, sözleşme ya da gönüllü üstlenme “*koruma garantörlüğüne*”; araç ve bina sahipleri, tehlikeli madde üreticileri, tehlike kaynaklarının sahiplerinin garantörlüğü ise “*gözetim garantörlüğüne*” örnek olarak gösterilebilir¹⁰³.

“**Hukuki Kaynak Teorisi (Rechtsquellenlehre)**”; garantörlüğün ihmali suçlar bakımından maddi bir unsur olduğunu ve dolayısıyla da kanunilik ve belirlilik ilkeleri nedeniyle en azından genel bir sınırının çizilmesi gerektiğini savunmaktadır¹⁰⁴. Bu yaklaşım, garantörlük konumunun daha dar yorumlanması ve böylece ihmali suçlardan doğacak sorumluluk alanını daraltma amacıyla daha uyumlu görülmektedir.

Biz ise, bu iki yaklaşımın birbirine alternatif değil, birbirini tamamlayıcı olduğunu düşünmekteyiz. Şöyle ki; klasik yaklaşım garantörlüğü ceza hukukuna yansıtan hukuki kaynakların neler olduğunu doğrudan belirlerken; modern yaklaşım ise garantörlüğün gerekçesine, bir başka ifadeyle “*özüne*” inmektedir. Dolayısıyla biz; garantörlüğe ilişkin kanuni düzenlemelerde öncelikle “*klasik yaklaşımın*” tercih edilmesi, klasik yaklaşım çerçevesinde belirlenen garantörlük kaynaklarının somut olay bakımından değerlendirilmesinde ise “*modern yaklaşımın*” devreye girmesinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Bu karma formül ile hem kanunilik ilkesi bertaraf edilmemiş hem de ihmali suçlara ilişkin teorik gelişmelerin önü açılmış olacaktır¹⁰⁵.

Başlarda garantörlüğün üç temel kaynağı olarak, tıpkı TCK m. 83’teki gibi, “*kanun*”, “*sözleşme*” ve “*önceki tehlikeli hareket*” kabul edilmekteydi¹⁰⁶. Anglo - Sakson uygulamasının da garantörlük kaynağı olarak kabul ettiği “*yakın yaşamsal ilişkiler*” de¹⁰⁷ Nazi döneminde Alman uygulamasına

¹⁰³ Kaufmann, s. 283. Jakobs, bn. 29, s. 799, kn. 27. Schmidhäuser, s. 667, kn.41 v.d.

¹⁰⁴ Jakobs, bn. 29, s. 799, kn. 26.

¹⁰⁵ Anglo - Sakson doktrininde de, tıpkı Alman doktrininde olduğu gibi, ihmali suçlardaki “*kanunilik ilkesine aykırılık*” iddialarının temelinde garantörlük kavramının içeriğinin doldurulması yatmaktadır. Bkz. Glanville Williams, “What Should the Code Do about Omissions”, 1987, 7(1), Legal Studies, s. 94 v.d.

¹⁰⁶ Mezger, s. 58.

¹⁰⁷ R. v Gibbins and Proctor, 1918, 13 Cr App R 134, Court of Criminal Appeal, (Darling, McCardie, Salte JJ). Roe, s. 17.

dördüncü bir garantörlük kaynağı olarak girmiştir¹⁰⁸. Günümüzde “gönüllü üstlenme” de beşinci bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilmektedir¹⁰⁹.

Bu bakımdan garantörlük kaynaklarını;

- **Kanun**
- **Sözleşme**
- **Gönüllü üstlenme**
- **Öngelen haksız (tehlikeli) davranış**
- **Kişiler arasında yakın (sıkı) ilişki**, olmak üzere beş başlık altında toplamak mümkündür¹¹⁰.

Failin, meydana gelen neticeden ihmali davranışıyla sorumlu tutabilmesi için, garantörlüğün tek bir kaynaktan doğması yeterlidir. Bununla beraber, somut olayda garantörlük birden fazla kaynaktan mütevellit olabilir¹¹¹. Örneğin; eşlerden birinin diğeri bakımından tehlikeli bir durum yarattığı somut bir olayda garantörlük; hem “kanun” hem “sözleşme” hem de “öngelen tehlikeli davranışa” dayanmaktadır. Birlikte yaşayan eşlerin arasında “sıkı yaşam ilişkisi” olduğu düşünüldüğünde, somut bir olayda garantörlüğün birden farklı kaynaktan bağımsız bir şekilde ortaya çıkabileceği görülmektedir.

a. **Kanun**

Klasik yaklaşımı benimseyen TCK ile karma bir yaklaşım benimseyen İsviçre Ceza Kanunu; garantörlük kaynaklarından ilkinin “kanun” olarak düzenlemiştir. Kanun tarafından bir kimseye, belirli olaylar bakımından istenmeyen neticenin engellenmesine yönelik olarak harekete geçme yükümlülüğü getirilmişse ilgili artık garantördür.

Garantörlüğün ilk kaynağı olarak gösterilen “kanun” ibaresinden ne anlaşılacağı izaha muhtaçtır. Kanun ibaresi; “şekli anlamda kanun” olarak mı, yoksa daha geniş bir biçimde “mevzuat” şeklinde mi anlaşılacaktır?

¹⁰⁸ Mezger, s. 59.

¹⁰⁹ Garantörlük kaynakları; kanun, sözleşme, fiili üstlenme, şahsi yaşam ilişkisi ve tehlikeli müdahale olarak karşımıza çıkmaktadır. Jürgen Baumann, Wolfgang Mitsch ve Ulrich Weber, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 11. Auflage, Gieseking, 2003, bn. 15, kn. 51.

¹¹⁰ Bazı kaynaklarda ise garantörlük kaynakları: “Ailesel yükümlülükler”, “sözleşme”, “gönüllü üstlenme” ve “tehlikeli davranış” olarak ele alınmaktadır. Ashwort, s. 33.

¹¹¹ Haft, s. 184.

Kanaatimizce; kanundan kaynaklanan bir yetki çerçevesinde, yetkili amir tarafından hukuka uygun bir şekilde verilen bir emir de failleri garantör konumuna getirebilir¹¹². Çünkü kamusal ast - üst ilişkisi de kanuna dayanmaktadır. Benzer şekilde, kanundaki düzenlemeleri açıklamak üzere çıkarılan “tüzük¹¹³” ve “yönetmelik” hükümleri de garantörlük bakımından dikkate alınabilir¹¹⁴.

Suç ve ceza içeren normların garantörlük kaynağı olup olamayacağı ise tartışmalıdır. Bu konu, özellikle saf ihmali suçlar bakımından önem arz etmektedir. Örneğin, TCK m. 98 ve Alman CK m. 323c hükümleri, muhtaç kişilere yönelik yardım veya bildirim yükümlülüğü getirmektedir. Az sayıdaki muhalif görüşün aksine¹¹⁵ bizim de katıldığımız baskın görüş, ceza normlarının bizatihi kendilerinden garantörlük çıkarılamayacağı yönündedir. Bu bakımdan garantörlük, ancak “*ceza kanunları dışında kalan ve bizatihi ceza normu olmayan kanuni düzenlemelerden*” kaynaklanabilir. Aksinin kabulü, saf ihmali suçlarla görünüşte ihmali suçlar arasındaki sınırı ortadan kaldırır ve ihmali davranıştan doğacak sorumluluk alanını katlanılamayacak ölçüde genişletir.

Kanaatimizce garantörlük; alelade bir davranış yükümlülüğü değil, tipik neticeyi engellemeye yönelik bir davranış yükümlülüğüdür. Bu nedenle, her emredici normdan bir garantörlük çıkarılamaz. Bu durum, özellikle kabahat olarak düzenlenen haksızlıklar bakımından da geçerlidir.

b. Sözleşme

Garantörlüğün diğer bir kaynağı ise “*sözleşmedir*”¹¹⁶. Sözleşme, 6098

¹¹² “Yükümlülük, objektif kuralın uygulanması sonucu bir idari tasarruftan doğabileceği gibi bir mahkeme kararından da doğabilir”. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, 2005, s. 113.

¹¹³ 21.01.2017 tarihli ve 6771 sayılı Kanunla Anayasa’da yer alan, “Başbakanlık” ibaresi “Cumhurbaşkanı” şeklinde, “tüzüklerin” ibaresi “Cumhurbaşkanlığı kararnamelelerinin” şeklinde değiştirilmiştir. Bu bakımdan artık meri mevzuatımızda “tüzüklerin” yerini “cumhurbaşkanlığı kararnameleleri” almıştır.

¹¹⁴ TCK 83. maddede kanun koyucunun doğrudan “kanun” tabiri kullanmak yerine “kanuni düzenlemelerden kaynaklanan” ibaresini tercih etmesi de bu görüşümüzü desteklemektedir. Common Law’da da garantörlüğün sair mevzuattan kaynaklanabileceği kabul edilmektedir. Hall, s. 76.

¹¹⁵ Mahmut Koca ve İlhan Üzülmez, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi, 2020, s. 142, 149 v.d. Neslihan Göktürk, Fikri İhtima (Suçların İhtimai), Seçkin Yayınevi, 2013, s. 225.

¹¹⁶ Hall, s. 77.

sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde tanımlanmıştır: “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir”. Dolayısıyla en az iki kişinin, karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak irade açıklamasıyla¹¹⁷, “sözleşmenin konusuyla sınırlı olmak üzere” taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulur. Böylece, sözleşme konusuyla bağlantılı olarak tarafların teminat yükümlülüğü doğabilir. Örneğin; çocuk ya da hasta bakıcılığı sözleşmeleriyle, belirli bir ücret karşılığı bu görevi üstlenen kimseler artık sözleşme konusu bakımından garantör konumundadır.

Elbette ki bir sözleşme, taraflara sınırsız bir “koruma ve gözetim yükümlülüğü” getirmez. Tarafların garantörlüğü; sözleşmenin türü, konusu ve somut olay özeliyle sınırlıdır. Örneğin; özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişinin garantörlüğü, sözleşme konusu işle sınırlıdır. Bu bakımdan kural olarak, güvenlik görevlisinin mesai saatleri dışında gerçekleşen bir olay bakımından veya iş yerindeki su/elektrik tesisatının işlerliği bakımından garantörlüğünden bahsedilemez.

c. Gönüllü Üstlenme

Hem Alman hem de Common Law¹¹⁸ uygulamasında, bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilen “gönüllü üstlenme”, klasik yaklaşımı benimseyen İsviçre CK’da açıkça düzenlenmesine rağmen TCK’da düzenlenmemiştir. “Gönüllü üstlenme” olarak ifade edilen durumların, sözleşme ya da diğer garantörlük kaynakları içerisinde mütalaa edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Doktrinde, “gönüllü üstlenmenin” sözleşmeden farkı “karşılıksız” olmasına atfedilmektedir¹¹⁹. Gönüllü üstlenme de tıpkı sözleşmeler gibi sözlü ya da yazılı olabilir¹²⁰.

“Gönüllü üstlenmeden” bahsedebilmek için sözleşmeye dayanan bir bağlantının şart olmadığı ifade edilmekle beraber, bu garantörlük türünün salt olarak failin bir edime açıkça veya zımnen söz vermesiyle de doğmayacağı vurgulanmaktadır. Failin gönüllü üstlenmesi dolayısıyla ilgililerin mevcut korumadan vazgeçmesine yönelik bir beklenti oluşması ve akabinde meydana

¹¹⁷ Haluk Nami Nomer, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, 2013, 8(Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, s. 2053.

¹¹⁸ Hall, s. 77.

¹¹⁹ Hall, s. 77.

¹²⁰ Hall, s. 77.

gelen gelişmelerin de makul görülmesi gerekir¹²¹. Bu tip durumlarda garantörlük için belirleyici olan, sözleşmenin yasal geçerliliğinden ziyade mevcut durumun fiilen devralınmasına duyulan güvendir¹²². Örneğin; havuz kenarında bulunan fail, bir başkasının çocuğunu gözeteyeceği yönünde bir vaatte bulunur ve bu vaade istinaden ebeveynler çocuklar üzerindeki gözetimlerine son verirse artık gönüllü üstlenme nedeniyle garantörlük doğar¹²³.

Gönüllü üstlenme nedeniyle garantörlüğün doğması, bu üstlenme nedeniyle diğer tedbirlerden fiilen vazgeçilmesine bağlı değildir. Burada belirleyici olan husus, üstlenmesine güvenilen kimsenin bu sözünün tutulacağına inanılıp, sair koruyucu tedbirlerden vazgeçilip vazgeçilemeyeceğidir¹²⁴. Yani ex post değil ex ante bir değerlendirme yapılması gerekir.

İfade ettiğimiz üzere, “*gönüllü üstlenme*” bir garantörlük kaynağı olarak TCK’da doğrudan ifade edilmiş değildir. Özellikle kendiliğinden ve ani olarak gelişen bazı olaylar bakımından gönüllü üstlenmenin özel bir garantörlük kaynağı olarak kabul edilmesinin faydalı olacağını düşünmekteyiz.

d. Öngelen Haksız (Tehlikeli) Davranış

Bir kimsenin önceden gerçekleştirmiş olduğu davranış, başkaları bakımından bir zarar ya da tehlike oluşturmuş ise ilgili yarattığı tehlikeyi engellemeye yönelik harekete geçmelidir. İşte bu teminat yükümlülüğüne doktrinde, “*öngelen tehlikeli davranıştan*¹²⁵ *doğan garantörlük*” denilmektedir. TCK m. 83/2-b’de bu garantörlük kaynağı; “*önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu tip garantörlük, özellikle taksirle yaralamanın gerçekleştiği trafik kazaları bakımından gündeme gelmektedir.

Kasten bir neticeyi hedefleyen ya da kasten gerçekleştirdiği fiil ile bağlantılı olası sonuçları göze alan fail, neticenin meydana gelmesini

¹²¹ Hakeri, İhmal, s. 148.

¹²² Hans Heinrich Jescheck ve Thomas Weigand, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot 1996, s. 623.

¹²³ Hall, s. 77.

¹²⁴ Jescheck ve Weigand, s. 623.

¹²⁵ “*Hareket*” kavramının yalnızca icrai fiiller bakımından kullanılması gerektiğini düşündüğümüzden, burada “*davranış*” kavramını kullanmayı bilinçli olarak tercih ediyoruz. Çünkü failin oluşturduğu tehlike, icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir.

engelleme noktasında garantör kabul edilemez¹²⁶. Bu tip durumlarda netice, kasten ve icrai olarak gerçekleştirilen fiilin eseri olduğundan, failin ceza hukuku sorumluluğu icrai fiile göre belirlenecektir¹²⁷. Benzer şekilde, neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından ceza kanunlarında doğrudan hüküm bulunduğu hallerde, en azından taksirle meydana getirilen ağır netice bakımından failerin ihmali sorumluluklarına gidilemez.

“*Hukuka uygun bir şekilde gerçekleştirilen veya haksızlık oluşturmayan*” bir davranıştan doğan tehlike/zararın kişiyi garantör konumuna getirip getirmeyeceği ise doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimizce; öngelen davranış nedeniyle garantörlüğün doğması için davranışın mutlaka bir suç (kasten ya da taksirli) oluşturması gerekmez de en azından (özel hukuk bağlamında da olsa) bir haksızlık oluşturması gerekir. Sonuç olarak, öngelen davranış hiçbir şekilde haksızlık oluşturmuyorsa, artık garantörlük doğmaz¹²⁸. Dolayısıyla gerçekleştirdiği fiil her ne kadar saldırgan üzerinde bir tehlike yaratmışsa da meşru müdafaa bulunan kişinin öngelen davranış nedeniyle garantör olduğu söylenemez.

e. *Kişiler Arasındaki Yakın (Sıkı) İlişki*

Kişiler arasındaki yakın ilişki (yakın yaşam ilişkisi), Nazi döneminde (1930’lar) kanundan kaynaklanan garantörlüğe ek olarak ortaya çıkmıştır¹²⁹. Nazilerin amaçları doğrultusunda kullandıkları hukuki bir argüman olarak ortaya çıkan bu garantörlük kaynağı günümüzde, hayatın olağan akışında ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar doğrultusunda yorumlanmaktadır. Özellikle kanuni dayanak gösterilemeyen ancak aralarında yakın bir yaşam ilişkisi bulunan üvey çocuk/torun ile ebeveynlerin ilişkisi veya aralarında evlilik akdi olmadan beraber yaşayan çiftlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri, genellikle bu başlık altında incelenmektedir.

Şunu rahatlıkla ifade edebiliriz ki, birçok somut olayda “*kişiler arasındaki yakın ilişki*” ile “*gönüllü üstlenme*” garantörlük kaynakları bir arada bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, günümüz uygulamasında bu iki garantörlük kaynağı birçok somut olay bakımından iç içe geçmektedir. Bu nedenle hangi şartlar ve sınırlar dâhilinde yakın ilişki kıstasını garantörlüğe

¹²⁶ Engisch, s. 186 v.d.

¹²⁷ Hakeri, İhmal, s. 305.

¹²⁸ Rengier, s. 496 – 497, kn. 73.

¹²⁹ Mezger, s. 59.

esas alındığı net olarak ortaya konulamamaktadır¹³⁰. Kanaatimiz, “*kişiler arasındaki yakın - sıkı ilişki*” garantörlük kaynağının kendine has bir özellik göstermediği yönündedir.

D. Netice

Maddi ceza hukuku bakımından netice; yönlendirici insan iradesinin ürünü olup belirli bir amaca matuf olarak gerçekleştirilen davranışın dış dünyada meydana getirdiği değişikliklerdir¹³¹. Fiilin dış dünyada meydana getirdiği her değişiklik değil, yalnızca ilgili normda ifade edilen değişiklikler ceza hukuku bakımından önem taşır¹³². Bu nedenle, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da, sadece ilgili suç tipinde öngörülen değişiklikler netice unsuru bakımından dikkate alınacaktır¹³³.

Saf ihmali suçlarda, failin tipik davranışı gerçekleştirmesiyle birlikte suç da tamamlanmaktadır¹³⁴. Buna karşılık görünüşte ihmali suçlarda, failin tipik davranışı (ihmali) gerçekleştirmesi suçun tamamlanması için yeterli değildir; davranışın akabinde normda ifade edilen tipik neticenin meydana gelmesi de gerekir¹³⁵. Bu nedenle ihmali suçların bu türüne “*neticeli ihmali suçlar*” da denilmektedir.

E. Nedensellik Bağı

Nedensellik bağı, suç teorisinin en tartışmalı konularından birini oluşturmaktadır¹³⁶. İhmali suçlar söz konusu olduğunda, bu tartışma daha da karmaşık bir hal almaktadır. Özellikle saf ihmali suçlar bakımından yapılmayan birçok tartışmanın görünüşte ihmali suçlar bakımından gündeme gelmesi, tipik neticenin faile nasıl yükleneceğiyle yakından ilgilidir. Bu nedenle görünüşte

¹³⁰ Ormerod ve Raid, s. 65.

¹³¹ Ali Rıza Tongür ve Ekrem Çetintürk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 2020, s. 141. Koca ve Üzülmez, Genel Hükümler, s. 127. Göktürk, İçtima, s. 33.

¹³² İçel ve diğerleri, s. 77.

¹³³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 191.

¹³⁴ TCK m. 234/3’te düzenlenen “*evi terk eden çocuğu, ailesini veya yetkilileri haberdar etmeksizin tutma suçu*” da, yükümlülüğün doğmasına rağmen yerine getirilmediği anda işlenmiş olacağından bir saf ihmali suç örneği olarak karşımıza çıkmaktadır. Gökhan Ölmez, “Evi Terk Eden Çocuğu, Ailesini veya Yetkilileri Haberdar Etmeksizin Tutma Suçu (TCK m. 234/3)”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoğlu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi, 2018, s. 468 ve 477.

¹³⁵ Jakobs, bn. 29, s. 785, kn. 2. Gökçen ve Balcı, s. 14.

¹³⁶ Eser, s. 388.

ihmali suçlara ilişkin tartışmaların büyük bölümü “*nedensellik bağı*” üzerine odaklanmaktadır¹³⁷. Tarihsel süreç incelendiğinde de, ihmalin cezalandırılması meselesinin nedensellik üzerinden yürütüldüğü görülmektedir¹³⁸.

Görünüşte ihmali suçlardaki nedensellik tartışmalarına girmeden önce sunu vurgulamak gerekir: İhmali suçlardaki nedensellik problemini sağlıklı bir zeminde tartışabilmenin ön şartı, somut olaydaki davranışın icrai mi yoksa ihmali mi olduğunun isabetli bir şekilde tespit edilmesidir. Bir olayda icra-ihmal ayrımının yanlış yapılması, nedensellik bağı tartışmalarının da yanlış zeminde yürütülmesine neden olacaktır. Çünkü esasında icrai davranışın söz konusu olduğu bir olayda, hatalı bir yaklaşımla ihmali davranışın varlığının kabulü, somut olayın çözümünde çok farklı problemlere neden olacaktır.

İhmali davranışın nedenselliğine ilişkin tartışmalarda, farklı hususlar birbirine karıştırılmaktadır. Suç genel teorisindeki tüm “*maddi ve manevi unsular*”, hatta “*hukuka aykırılık unsuru*” dahi ihmalin nedenselliği içerisinde tartışılmaktadır. Dahası, kusurluluğu ilgilendiren hususlar dahi nedensellik bağıyla ilişkilendirilerek, tabiri caizse ihmali suçlar “*bir paket sorumluluk*” haline getirilmiştir¹³⁹.

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağına açıklamaya yönelik farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır¹⁴⁰. Bu yaklaşımları teorileri üç temel başlık altında toplayabiliriz: “*Varsayımsal nedensellik (Hypothetische Kausalität)*”, “*rizikonun azaltılması (Risikominderung)*”¹⁴¹ ve “*diğer yaklaşımlar*”.

“Varsayımsal Nedensellik (Quasi-Hypothetische Kausalität)” yaklaşımı; “*şart teorisinin (conditio sine qua non formülü)*” modifiye edilmesiyle ortaya çıkmıştır. İcrai suçlar bakımından doğal bir olgu olarak tespit edilen nedensellik ilişkisi, ihmali suçlar bakımından aynı şekilde tespit edilemediğinden şart teorisi; “*varsayımsal nedensellik*” ya da “*kuramsal nedensellik (Hypothetische - Quasi Kausalität)*” olarak ihmali suçlara uyarlanmıştır. Bu yaklaşıma göre, ihmali suçlarda nedenselliği tespit edebilmek

¹³⁷ Alman doktrinindeki bazı yazarlar; ihmalin nedenselliği meselesinin gerçeklerden uzak ve sonuçsuz bir tartışma olduğuna işaret ederek, doktrini gereksiz yere uğraştırdığını öne sürmektedir. Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, c. II, Beta, 1989, s. 123 - 124. Hakeri, *İhmal*, s. 223, dn. 117.

¹³⁸ Hakeri, *İhmal*, s. 223.

¹³⁹ Önder, s. 126 - 128.

¹⁴⁰ Sulhi Dönmezer, “Maddi Sebebiyet Alakası”, 1943, 9(1-2) *İÜHF*M, s. 93 v.d.

¹⁴¹ Kindhäuser, s. 298, kn. 21.

için şu sorunun sorulması gerekir: “Eğer garantöre yüklenen hareket yapılmış olsaydı tipik netice kesinliğe yakın bir derecede engellenebilir miydi”?¹⁴²

Bu yaklaşımda dikkat edilmesi gereken en önemli husus, “neticenin gerçekleşme ihtimalidir”. İhmali suçlar bakımından ortaya çıkan nedensellik sorununu çözmek için üretilen bu formülün aradığı “ihtimalin kesinliğe yakın bir derecede olması (mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit)¹⁴³” ifadesi ise izaha muhtaçtır.

Teori taraftarları, bu ifadenin gerekçesini şu şekilde açıklamaktadır: Bir kimse, “varsayımsal nedensellik (Hypothetische - Quasi Kausalität)” sürecini hiçbir zaman kesin, kati derecede bilemez. Sadece, neticenin gerçekleşmesine yönelik kanaatinin derecesini tespit edebilir. Dolayısıyla ihmali suçlarda nedensellik hususunda “yüzde yüz bir kesinlik” tespit etmek hiçbir zaman mümkün değildir¹⁴⁴. Bu durum, ancak bir ispat kuralı (karine) olarak kabul edilebilir¹⁴⁵. Esasen bu yaklaşımda, ihmalin düşünce âleminde illiliği üzerinde bir yargıya varılacağı ve dolayısıyla da bu ilişkinin kesinliği mümkün olmayacağı için, “gerçeğe yakınlık derecesi” ile yetinilmektedir¹⁴⁶.

“Varsayımsal nedensellik teorisi”, günümüz Alman doktrininde baskın niteliktedir ve uygulama tarafından da kabul görmektedir¹⁴⁷. Türk doktrininde ise; farazi bir varsayımdan yola çıkılarak kişilerin ceza sorumluluğundan kurtulmasını sağladığı gerekçesiyle teori eleştirmektedir¹⁴⁸.

İhmalin nedenselliğini açıklamaya yönelik ikinci yaklaşım ise “Rizikonun Azaltılması Teorisi’dir (Tehlike Kriteri)”. Teori, istenmeyen neticenin “kesinliğe yakın bir derecede engellenebileceği” kriterine katılmamakta ve bu ihtimali bir miktar aşağıya çekmektedir. Bu yaklaşıma göre, önemli olan neticenin gerçekleşmesi noktasında failin mevcut rizikoyu azaltmaya yönelik davranışı gerçekleştirilmemesidir. Eğer fail, istenmeyen neticeye yönelik

¹⁴² “mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit”. Haft, s. 180. Önder, s. 129.

¹⁴³ Jäger, s. 315, kn. 333.

¹⁴⁴ Rengier, s. 465, kn. 14.

¹⁴⁵ Rengier, s. 465, kn. 14.

¹⁴⁶ Önder, s. 129.

¹⁴⁷ Alman uygulaması; ihmal edilen davranışın neticeyi kesinlik sınırında bir olasılıkla önleyeceğini ispat edemezse, zimnen “*šüpheden sanık yararlanır ilkesini*” uygulamaktadır. BGH, NStZ 1985, 27, Hakeri, İhmal, s. 233.

¹⁴⁸ Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler, s. 144.

tehlikeyi oluşturmuş, artırmış ya da var olan tehlikeyi azaltmamış ise ihmali davranışından sorumludur¹⁴⁹.

Alman doktrinde azınlıkta kalan bu görüş; varsayımsal nedenselliğin kabulü halinde bazı cezai boşlukların doğacağını ve bu nedenle “*Rizikonun Artırılması Öğretisi*”nin ihmali suçlara uyarlanmış hali olan “*Rizikonun Azaltılması Teorisi*”nin kullanılmasını savunmaktadır¹⁵⁰. Bu yaklaşıma göre; ihmalin nedenselliği bakımından önemli olan, “*neticenin gerçekleşme rizikosunu azaltmaya yönelik olarak emredilen davranış(lar)ın*” yapıлып yapılmadığıdır.

İhmalin nedenselliğine yönelik farklı yaklaşımlara rastlamak da mümkündür. Örneğin; nedensellik bağının icrai suçlarda objektif nitelikte doğal bir olgu olarak ortaya çıktığını ancak ihmali suçlarda bu şekilde bir tespitin mümkün olmadığını, dolayısıyla da ihmali suçlar bakımından nedensellikten bahsetmenin mümkün olmadığını ifade eden bir yaklaşım da mevcuttur¹⁵¹. İhmali suçlarda nedensellik bağının var olduğu şeklindeki baskın görüşün, illiyet bağı “*fiziki ve dolayısıyla da doğal bir olgu olarak değil, düşünce âleminde kurulan bir bağ*” olarak kabul etmesini eleştiren bu yaklaşım, ihmali suçlarda fiil ile netice arasında bir nedensellik ilişkisinin kurulamayacağını, sadece neticenin faile “*objektif olarak isnad edilebileceğini*” savunmaktadır¹⁵².

Doktrindeki bir diğer yaklaşım ise; saf ihmali suçlardaki nedenselliğin “*birincil nedensellik*”, görünüşte ihmali suçlardakinin ise “*ikincil nedensellik*” olduğu yönündedir¹⁵³. İhmali suçlarda ikincil nedensellik, daha önceden başlayan bu nedensel sürece (birincil nedensellik) müdahale etmemekten kaynaklanmaktadır¹⁵⁴. Bu nedenle görünüşte ihmali suçlarda nedensellik ilişkisi tabii - doğal manada ele alınamaz. Bu yaklaşımı bir örnekle açıklamak gerekirse; oğlunun suya girip boğulmak üzere olduğunu gören baba, oğlunun kendi hareketiyle başlatmış olduğu nedensel sürece (birincil nedensellik) müdahale etmekle yükümlü tutulmasına rağmen bunu gerçekleştirilmeden

¹⁴⁹ Gössel, “Die normwidrige”, s. 234.

¹⁵⁰ Rengier, s. 466, kn. 16.

¹⁵¹ Özgenç, Genel Hükümler, s. 240.

¹⁵² Özgenç, Genel Hükümler, s. 239. Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 144.

¹⁵³ Hakeri, İhmal, s. 234 - 235.

¹⁵⁴ Hakeri, İhmal, s. 234 - 235.

ölüm neticesinin meydana gelmesine neden olmuştur¹⁵⁵.

Biz, ihmali davranışın da ontik bir temeli olduğunu kabul ettiğimizden, ihmalin nedenselliğini açıklarken şart teorisinin genel yaklaşımıyla uyumlu bir yol izlenmesi konusunda baskın görüşe katılıyoruz¹⁵⁶. Ancak baskın görüşten farklı olarak, bir neticeye neden olan şartların icrai olabileceği gibi ihmali de olabileceği kanaatindeyiz¹⁵⁷. Örneğin, yaralı bir kimseye müdahale edebilecek konumda olan kişinin müdahalede bulunmaması “*ontik âlemde gerçekleşen nedensel bir davranıştır*”. Bu bağlamda, ihmali davranışın da ontik anlamda nedensel sayılması gerekir¹⁵⁸.

Bununla beraber, ihmalin nedenselliğini tespit etmek için varsayımsal nedensellik teorisinin kullandığı soruyu değiştirmek gerekir. Nedenselliğin tespiti için sorulması gereken soru; “*fail neticeyi engellemeye yönelik fiili gerçekleştirmiş olsaydı, netice yine de (kesinliğe yakın bir derecede) meydana gelir miydi?*” şeklinde olmalıdır. Eğer fail kendinden beklenen davranışı yapmış olsaydı dahi, istenmeyen netice yine de “*kesinliğe yakın bir derecede gerçekleşirdi*” denilebiliyorsa, somut olayda ihmalin nedensel olmadığını kabul etmek gerekir¹⁵⁹. Sonuç olarak, maddi/fiziki olarak yapılması mümkün davranış, düşük bir ihtimalle de olsa neticeyi engelleyebilecek nitelikteyse davranışın yapılmaması netice bakımından nedenseldir¹⁶⁰.

F. Objektif İsnadiyet

Biraz önce nedensellik bağının tespiti için önerdiğimiz metot, ihmalin

¹⁵⁵ Hakeri, İhmal, s. 235.

¹⁵⁶ Nasıl ki icrai suçlarda doğal nedensellik bağı dışında, ayrı bir hukuki nedensellik bağı aranmıyorsa, ihmali suçlar bakımından da aranmamalıdır. Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 14. Bası, c. I, Beta Yayıncılık, 2016, s. 477.

¹⁵⁷ P. George Fletcher, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press, 2000, s. 589, 590.

¹⁵⁸ Fikret Eren, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHF Yayınları, 1975, s. 137.

Önder; bizim kabulümüzün aksine, nedenselliğin fiziki âlemde değil, düşünce âleminde gerçekleşen bir ilişkilendirme olduğu kanaatinde. Bununla beraber, nedenselliğin fiziki dünyada gerçekleşen, yani ontik bir vasıfta olduğunun kabulü halinde ise ihmali davranışın nedensel sayılmasında herhangi bir sorun olmayacağını da eklemektedir. Önder, s. 123 - 124.

¹⁵⁹ “*Fail kendisinden beklenen davranışı gerçekleştirmiş olsaydı da tipik netice kesinliğe yakın bir derecede yine de meydana gelirdi*” cevabında, neticenin gerçekleşme ihtimalinin farklı bir nedensel süreçten kaynaklanmaması gerektiği de gözden kaçırılmamalıdır.

¹⁶⁰ Nurullah Kunter, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, İstanbul 1955, s. 213.

nedenselliğini oldukça genişletmektedir. Varsayımsal nedensellik teorisi nasıl ki ihmalin nedenselliğini oldukça daraltıyorsa, önerdiğimiz yaklaşım da ihmalin nedenselliğini bir o kadar genişletmektedir. Çünkü failin istenmeyen neticeyi çok düşük de olsa engellenme ihtimali söz konusu ise fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisi kurulacaktır. Ancak ihmali suçlara ilişkin şimdiki kadar ortaya koyduğumuz genel sistematik takip edilirse, önerdiğimiz nedensellik anlayışının sorumluluk alanını genişletmesi oldukça sınırlı kalacaktır. Çünkü yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere ihmali sorumluluk; fiil (kurtarmaya yönelik hareketin maddi/fiziki anlamda mümkün olması), garantörlük ve eşdeğerlik kaydı gibi maddi unsurlar bakımından daraltılmaktadır. Tüm bunlara ek olarak, genel esaslarını ortaya koymaya çalıştığımız nedensellik ilişkisinin de tıpkı icrai suçlardaki gibi kendi içerisinde bir sınırlandırması söz konusudur. Bir başka ifadeyle; tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi görünüşte ihmali suçlarda da meydana gelen tipik neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için; fiil ile netice arasında nedensellik ilişkisinin kurulması gerekli ancak yeterli değildir. Kurulan nedensellik ilişkisine ek olarak, neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi de gerekir¹⁶¹. Neticenin faile objektif olarak isnad edilebilmesi yani objektif isnadiyet, tıpkı icrai suçlardaki gibi maddi bir unsur kabul edilmelidir¹⁶².

Özellikle kanundan kaynaklanan garantörlük hallerinde, “*koruma ve gözetim yükümlülüğünün*” bir arada bulunduğu veya birden fazla fiilin art arda sıralandığı olaylar bakımından, failerin ceza sorumluluklarının nerede kesileceğinde “*objektif isnadiyet*” önemli bir işlev görmektedir. Sonuç olarak, meydana gelen neticenin garantörün ihmali fiilinin doğrudan bir sonucu olup olmadığına bakılmalı ve buna göre neticenin faile objektif olarak isnad edilip edilemeyeceğine karar verilmelidir.

III.MANEVİ UNSURLAR

Suçun manevi unsuru, fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eder ve bu bağ tesis edilmeden ceza sorumluluğuna gidilemez¹⁶³. Suçun manevi unsuru, kural olarak kasttır. Bu durum TCK m. 21/1’de, “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” şeklinde ifade edilmiştir. Taksirli suçlar ise istisnai bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum Kanunda, “*taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır*” (TCK m.

¹⁶¹ Yener Ünver, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta, 1998, s. 234.

¹⁶² Krey ve Esser, s. 134, kn. 326.

¹⁶³ Özgenç, Genel Hükümler, s. 242. Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 144.

22/1) şeklinde ifade edilmiştir.

A. Kast

İhmali suçlarda kastın içeriğinin ne olduğu tartışmalı bir konudur. Azınlıkta kalan görüş; kastın daima gerçekleştirmeye yönelik bir irade olduğunu, ihmalde ise failin hareketsiz kaldığını, dolayısıyla ihmali suçlarda icrai suçlardaki gibi bir kasttan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır¹⁶⁴. Bunu reddeden baskın nitelikteki görüş ise; ihmali suçlarda kastın, “*failin suçun maddi unsurlarını bilerek hareketsiz kalması ve kurtarmaya yönelik davranışı gerçekleştirmemeye yönelik karar alması*” şeklinde tezahür ettiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce de ihmali suçlarda kast, suçun tüm maddi unsurlarının bilinmesinde tezahür eder. Özellikle, ihmali davranışın ontik bir özünün olduğunu kabul edenler bakımından kastın tespitinde icrai suçlardaki prensiplerden ayrılmayı gerektirecek esaslı bir neden yoktur. Dolayısıyla biz, “*ihmali suçlarda iradi bir davranıştan bahsedilemeyeceği*” şeklindeki azınlık görüşüne¹⁶⁵ katılmıyoruz. Böyle bir kabul her şeyden önce, “*iradi olmayan bir davranışın ceza hukukuna konu olamayacağı*” genel prensibiyle çelişecektir. Dolayısıyla icrai suçlarda aktif hareket iradi iken ihmali suçlarda ise yapılmayan yani pasif davranış iradidir.

İhmali davranışın “*gai olamayacağı*” tezine de iştirak etmiyoruz. İhmali davranışın da tıpkı icrai davranış gibi belirli bir amaca yönelmesi mümkündür. Özellikle kasten gerçekleştirilen ihmali davranışlarda gailik, tıpkı icrai suçlardaki gibi kolayca tespit edilebilir. İhmalin gailiğine ilişkin esas tartışma ve belirsizlik, taksirli ihmali davranışlarda ortaya çıkmaktadır. Ancak bu problem ihmali davranışın vasfından değil, bizatihi taksirin yapısından kaynaklanmaktadır.

TCK’da kast; “*suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır (m. 21/1 ikinci cümle). Dolayısıyla suçun maddi unsurları kapsamında kalan her şey kasta dâhildir¹⁶⁶. Somut bir olayda failin kastından bahsedebilmek için, ihmali davranışının bizatihi kendisi ile diğer tüm maddi unsurların (garantörlük, konu, mağdur, nedensellik bağı ve varsa nitelikli haller) bilinmesi gerekir. Maddi unsurlarda

¹⁶⁴ Bu görüştekiler için bkz. Hakeri, İhmal, s. 236 - 237.

¹⁶⁵ Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler, s. 145.

¹⁶⁶ Özgenç, Genel Hükümler, s. 246.

hataya düşülmesi failin kastını kaldıracığından, ancak ilgili suçun taksirli hali kanunda suç olarak düzenlenmiş ise ceza sorumluluğu gündeme gelecektir.

Kısacası, ihmali suçlarda kast suçun tüm maddi unsurlarını kapsmalıdır¹⁶⁷. Garantör konumundaki fail, istenmeyen neticeyi engelleyebilecek davranışlardan birini gerçekleştirme imkânına sahip olmasına rağmen meydana gelecek neticeyi bilerek hareketsiz kalmış ya da tipik neticenin gerçekleşmesini öngörmesine rağmen rıza göstermişse kast söz konusudur¹⁶⁸. Bu bakımdan failin kastı; mağduru, fiili, konuyu, neticeyi, nedensellik bağıını ve garantörlüğü doğuran maddi ilişkiyi kapsmalıdır¹⁶⁹. Fail, gerçekleştirdiği ihmali davranışın tipik neticesini ya bilmeli ya da en azından öngörmesine rağmen kabullenmiş olmalıdır. Tipik neticeyi bilmesi halinde failin doğrudan kastından, öngörüp kabullenmesi halinde ise olası kastından bahsedilecektir.

Garantörlük de suçun maddi unsuru olduğundan, kast kapsamına dâhildir¹⁷⁰. Bu nedenle somut olayda fail; kendisini garantör yapan somut vakıayı, ilişkiyi ya da durumu bilmelidir. Bu hususlardaki bilgisizlik, “*suçun maddi unsurlarında hata*” kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, boğulmakta olanın kendi çocuğu olduğunu bilmeyen ebeveynin kastından bahsedilemez.

Buna karşılık; garantörlük ya da hareket yükümlülüğü üzerindeki “*değerlendirme hatası*” maddi unsurlara ilişkin olmadığından, unsur hatası olarak değil bir “*emir hatası*” olarak kabul edilecektir¹⁷¹. Çünkü neticeyi önleme yükümlülüğü, fiilin genel değerlendirilmesiyle alakalıdır ve bu nedenle kusura ilişkindir¹⁷². Bir örnekle açıklamak gerekirse; boğulmakta olanın çocuğu olduğunu bilmeyen garantörün kastı kalkar. Buna karşılık; boğulmakta olanın çocuğu olduğunu bilmesine rağmen, kurtarma yükümlülüğü olmadığını düşünen garantörün hatası kusurluluğunu etkiler¹⁷³. BGH da 1961 yılında verdiği bir kararla; “*garantörlük durumu (Garantenstellung)*”

¹⁶⁷ Paul Bockelmann ve Klaus Volk, Strafrecht AT, 4. Neubearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1987, s. 143.

¹⁶⁸ Rengier, s. 471, kn. 35.

¹⁶⁹ Hakeri, İhmal, s. 241.

¹⁷⁰ Hakeri, İhmal, s. 241.

¹⁷¹ Emir hatası; yasak hatasının ihmali suçlardaki karşılığı olarak kullanılmaktadır.

¹⁷² BGHSt 16, 155 ff, bkz. Claus Roxin, Strafrecht AT II, C. H. Beck Verlag, 2003, kn. 191, s. 686 - 687.

¹⁷³ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 145.

ile “garantörlük yükümlülüğü (*Garantenpflicht*)” arasında ayırım yapmış ve “garantörlük durumunun (*Garantenstellung*)” tipikliğine, “garantörlük yükümlülüğününün (*Garantenpflicht*)” ise hukuka aykırılığa dâhil olduğuna kanaat getirmiştir¹⁷⁴.

Görünüşte ihmali suçların olası kastla işlenmesi de kural olarak mümkündür. Örneğin TCK m. 83’te düzenlenen “*ihmali davranışla öldürme suçu*”, olası kastla da işlenebilir¹⁷⁵. Kanaatimizce, bir ihmali suç tipinin olası kastla işlenip işlenemeyeceği sorunu, tıpkı icrai suç tiplerinde olduğu gibi tipiklik özelinde çözümlenmelidir.

Olası kasta ilişkin olarak TCK m. 83/3’teki: “*Diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası*” hükmündeki “**diğer hallerin**” neye işaret ettiği üzerinde durmak gerekir. Kanaatimizce, bu ifadeyle işaret edilen husus; suçunun “*olası kastla*” işlenmesi halidir. TCK’nın olası kasta ilişkin düzenlemesi olan m. 21/2’deki indirim miktarlarıyla m. 83/3’teki ceza miktarları birlikte değerlendirildiğinde, bu çıkarımın isabetli olduğu görülmektedir. Dolayısıyla ihmali suretle öldürmenin olası kastla işlenmesi halinde, kişi hakkında doğrudan 10-15 yıl arasında bir ceza belirlenecek ayrıca TCK m. 21/2 uyarınca olası kast indirimi yapılmayacaktır.

B. Taksir

Suçun ikinci ve istisnai manevi unsuru olarak karşımıza “*taksir*” çıkmaktadır. “*Taksir; dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesinin öngörülmemekle gerçekleştirilmesidir (TCK m. 22/2)*”. “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır (TCK m. 22/3)*”.

Suç teorisi bakımından en tartışmalı konuların başında “*taksir*” gelmektedir. Taksirin kendine has yapısı nedeniyle içeriğinin nasıl belirleneceği, birçok teorik ve pratik problemi beraberinde getirmektedir. Taksire ilişkin bu tartışmalar, ihmali davranışla işlenen fiiller bakımından daha da karmaşık bir hal almaktadır. Çünkü taksir ve ihmali kavramları, çoğu zaman birbirine karıştırılabilmektedir. Hatta özel hukukta, bu iki kavram çoğu zaman birbiri yerine kullanılmaktadır. Ceza hukukundaki genel yaklaşım ise; bu iki kavramın birbirinden farklı olduğu, ihmalin suçun maddi unsuru olarak fiilin

¹⁷⁴ Hakeri, İhmal, s. 241.

¹⁷⁵ Gökçen ve Balcı, s. 144.

bir gerçekleştiriliş biçimi olmasına rağmen taksirin ise manevi unsur olarak suçun bir işleniş biçimi olduğu yönündedir¹⁷⁶. Dolayısıyla ceza hukukundaki baskın görüş, taksirli suçların ihmali davranışla da işlenebileceğini kabul eder¹⁷⁷.

Kanaatimizce de, taksirli suçların ihmali davranışla işlenmesi teorik olarak mümkündür. Ancak ihmali suçlara ilişkin genel hükümler kısmında (Alman CK m. 13 gibi) bir düzenlemeye yer vermeyen kanunlar (örneğin TCK) bağlamında, taksirli suç tiplerinin ihmali davranışla işlendiğinde cezalandırılıp cezalandırılmayacağı tartışılmalıdır. Kanunun özel kısmındaki tüm suçların ihmali davranışla fakat taksirle işlendiğinde cezalandırılması, hem TCK m. 2/1'deki "*kanunilik*" hem de TCK 22/1'de ifade edilen "*taksirli fiillerin ancak kanunda açıkça belirtildiği hallerde cezalandırılması*" ilkesiyle çelişecektir. Her ne kadar TCK m. 83'ün gerekçesinde, ihmali suretle öldürme suçunun taksirle de işlenebileceği ve bu durumda failin taksirle öldürme suçundan cezalandırılacağı ifade edilmekteyse de¹⁷⁸, teorik açıdan tamamen katıldığımız bu yaklaşımın mevcut düzenlemeler göz önüne alındığında uygulamasının problemlili olduğunu düşünmekteyiz¹⁷⁹.

İhmali suçlarda taksir, failin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak suçun maddi unsurlarını öngör(e)memesi ya da öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmeyeceğine güven duymasıdır. Dolayısıyla tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlarda da taksir, yalnızca fiil unsuru bakımından değil tüm maddi unsurlar bakımından ortaya çıkabilir¹⁸⁰.

Failin taksirli ihmali davranışından sorumlu tutulabilmesi için, tıpkı kasıtlı suçlarda olduğu gibi garantör konumunda olması gerektiği unutulmamalıdır¹⁸¹. Kasti ya da taksirli olsun, ihmali suçların tümü bakımından garantörlük maddi bir unsurdur. Dolayısıyla failin taksirli ihmali davranışı nedeniyle cezalandırılabilmesi için de garantör konumunda olması gerekir.

Sonuç olarak, taksirli bir fiil icrai olabileceği gibi ihmali de olabilir. Özellikle ihmali davranışın ontik bir temeli olduğunu kabul eden yaklaşımlar

¹⁷⁶ Özgenç ve Şahin, s. 39.

¹⁷⁷ Rengier, s. 462, kn. 2. Centel, Zafer ve Çakmut, s. 246. Hakeri, İhmal, s. 242.

¹⁷⁸ TCK m. 83 gerekçesi.

¹⁷⁹ Koca ve Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 144.

¹⁸⁰ Hakeri, İhmal, s. 243.

¹⁸¹ Jäger, s. 380, kn. 375.

bakımından bu durumu açıklamak daha kolaydır. İhmali normatif temelde açıklayan görüşler bakımından ise taksir ve ihmali davranışın birbirine karıştırılması muhtemeldir¹⁸². Tüm bu tartışmaları bir kenara bırakacak olursak, TCK'da Alman CK'daki gibi genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin genel bir düzenleme olmaması¹⁸³, özellikle taksirli ihmali davranışların cezalandırılması noktasında ciddi bir sorun teşkil etmektedir. Bu problemin çözümü için de, “*TCK m. 83'te yer alan ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmına alınması*” önerisinin altını çizmek istiyoruz¹⁸⁴, ¹⁸⁵.

IV. HUKUKA AYKIRILIK

Tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi ihmali suçlar bakımından da tipikliğin maddi ve manevi unsurlarının gerçekleşmesi, hukuka aykırılığa karine teşkil eder¹⁸⁶. Bununla birlikte, gerek “*genel hukuka uygunluk nedenlerinin*” gerekse doktrinde ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilen “*yükümlülüklerin çatışmasının*” bulunduğu durumlarda, ihmali davranışın hukuka aykırılığından bahsedilemeyecektir.

Doktrinde, ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak “*izin verilen riziko*” kavramından da bahsedilmektedir¹⁸⁷. Örneğin, bir ebeveyn çocuklarını tek başına okula gönderebiliyorsa, tek başına okula gönderebildiği

¹⁸² Taksirin tanımındaki (TCK m. 22) “*tedbirsizlik*” ifadesi; “*ortak tecrübenin yüklediği tedbir görevini ihlal ederek belli bir neticenin gerçekleşmesini engelleyecek tedbirleri almamak şeklinde ihmali bir hareket*” olarak açıklanmaktadır. Hakan Kızıllarlan, “Hekim ve Özel Hastanelerin Cezaî Sorumlulukları”, 2020, 40(1), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), s. 201.

¹⁸³ TCK bağlamında ihmali suçlara ilişkin birçok tartışmanın 1.1.1975 tarihine kadar Alman CK bağlamında da yapıldığı görülmektedir. Bu tartışmaların büyük bölümü, bu tarihte Alman CK'ya eklenen 13. madde ile birlikte son bulmuş görünmektedir. Bkz. Schmidhäuser, s. 652, kn. 2.

¹⁸⁴ Olgun, s. 1644, 1663. Yılmaz, s. 124 - 125.

¹⁸⁵ TCK'nın genel hükümler kısmında (Alman CK m. 13 gibi) ihmali suçlara ilişkin genel düzenleme yerine, ilgili suç tiplerini özel hükümler kısmında düzenlemeyi tercih etme amacının, Alman CK m. 13'teki gibi bir düzenlemenin kanunilik ilkesiyle bağdaşmayacağına yönelik kanaat olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gökçen ve Balcı, s. 9.

¹⁸⁶ Neslihan Göktürk, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, 2016, 7 (1), İnönü Üniversitesi HFD, s. 414. Fatih Yurtlu, “Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası”, 2020, 8(16), Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, (ABÜHFD), s. 1345.

¹⁸⁷ Hakeri, İhmal, s. 258.

çocuklarını gözetlemek durumunda değildir¹⁸⁸. Ancak biz, “*izin verilen riziko*” kavramıyla ifade edilen hususun bir hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyeceği kanaatinde olduğumuzdan ayrıntısına girmiyoruz.

A. Genel Hukuka Uygunluk Nedenleri

Doktrinde icrai suçlar bakımından geçerli hukuka uygunluk nedenlerinin ihmali suçlar bakımından da geçerli olduğu kabul edilmesine rağmen¹⁸⁹, bunlara yönelik somut örnek sayısı yok denecek kadar azdır. Bu nedenle, söz konusu genel hukuka uygunluk nedenlerini ihmali suçlar bakımından tek tek ele alınması ve her somut olay bakımından ayrıca değerlendirilmesi kanaatindeyiz. Dolayısıyla genel hukuka uygunluk nedenlerinin ihmali suçlar bakımından da uygulanabileceği tespitine teorik olarak katılmakla beraber, bu durumun uygulamada ne şekilde ortaya çıkacağı hususuna ihtiyatlı yaklaşıyoruz.

B. Yükümlülüklerin Çatışması (Pflichtenkollision)

“*Yükümlülüklerin çatışması (Pflichtenkollision)*” doktrinde, salt olarak ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk/mazeret nedeni¹⁹⁰ olarak kabul edilmektedir¹⁹¹. Bu hukuka uygunluk nedeninin temelinde yatan düşünce ise, bir kimseden aynı anda yapamayacağı iki yükümlülüğe birden uymasının beklenemeyecek olmasıdır. Örneğin; birbirine uzak mesafede yürümekte olan iki çocuğunun da boğulma tehlikesi yaşadığını fark eden ebeveyn, derhal harekete geçerek çocuklardan birini kurtarmış ancak bu sırada yardım ulaşmayan diğer çocuk hayatını kaybetmiştir. Böyle bir durumda fail, kendisine terettüp eden birden fazla yükümlülüğün yalnızca birini yerine getirebildiğinden, ikinci yükümlülüğünü ihlal etmektedir¹⁹².

Dikkat edilmelidir ki bu tip olaylarda, “*eşit değerlere*” ya da “*eşit olmayan*

¹⁸⁸ Bkz. Hakeri, İhmal, s. 258.

¹⁸⁹ Hakeri, İhmal, s. 258. Koca ve Üzülmez, Özel Hükümler, s. 145.

¹⁹⁰ Türk doktrininde pek kabul görmeyen ve TCK’da da açıkça zikredilmeyen “*mazeret nedeni*”; failin cezalandırılmasını engelleyen bir durum olarak kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Volkan Dülger, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, 2014, 9(24), Ceza Hukuku Dergisi (CHD), s. 128.

¹⁹¹ Zeynel Kangal, Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınevi, 2010, s. 383.

¹⁹² Pınar Bacaksız, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, 2013, 8(21), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 120.

değerlere” yönelik yükümlülükler birbirleriyle rekabet edebilir¹⁹³. Dolayısıyla yükümlülüklerin çatışmasında, çatışan yükümlülüklerin korudukları hukuksal değerler mutlaka göz önüne alınmalıdır.

Yükümlülüklerin çatışmasının hukuki niteliğinin ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Konuya ilişkin üç temel yaklaşım ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, Türk Yargıtayı’nın eski dönem kararlarında benimsediği, yükümlülüklerin çatışması hallerinde failin kastından bahsedilemeyeceğine yönelik görüştür¹⁹⁴. İkincisi, yükümlülüklerin çatışmasının “*özel bir zorunluluk hali*” olduğu yönündeki görüştür.¹⁹⁵ Baskın nitelikteki üçüncü görüş ise, yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir “*hukuka uygunluk nedeni*” olduğu yönündedir. Yükümlülüklerin çatışmasının bir hukuka uygunluk nedeni mi yoksa zorunluluk hali/mazeret nedeni gibi kusurluluğu kaldıran bir hal mi olduğu noktasında yapılacak hukuki tespit, özellikle faile yönelik meşru müdafaa girişimleri bakımından önemlidir.

Biz, yükümlülüklerin çatışmasının ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olduğu kanaatindeyiz. Yükümlülüklerin çatışmasının hem TCK’da hem de Alman CK’da düzenlenmediği, bu nedenle de hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği eleştirisine¹⁹⁶, maddi ceza hukukundaki “*genişletici yorum ve kıyas yasağının*” yalnızca ceza sorumluluğunu genişleten hükümler bakımından geçerli olduğu, bir başka ifadeyle, ceza sorumluluğunu daraltan hükümler bakımından (özellikle hukuka uygunluk nedenleri) böyle bir yasağın söz konusu olmadığı gerekçesiyle iştirak etmiyoruz¹⁹⁷.

Somut olayda, “*birbirine eşit iki hukuki değer*” söz konusu olduğunda ne şekilde hareket edileceği hususunda farklı yaklaşımlara rastlanmaktadır. Failin, garantör konumunda olduğu konuya öncelik vermesi gerektiğini savunanlar olduğu gibi¹⁹⁸ seçimini “*korunan hukuki değer niteliğine*” göre yapması gerektiği de savunulmaktadır. Bize göre de, failin yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için daha üstün

¹⁹³ Rengier, s. 472, kn. 39.

¹⁹⁴ Sami Selçuk, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, 2010, 5(45), THD (Terazi Hukuk Dergisi), s. 89.

¹⁹⁵ Selçuk, s. 89.

¹⁹⁶ Alman doktrinindeki baskın görüş, yükümlülüklerin çatışmasının bir “*kanun üstü hukuka uygunluk nedeni (übergesetzlicher Notstand)*” olduğu yönündedir.

¹⁹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 137. Selçuk, s. 88.

¹⁹⁸ Rengier, s. 472, kn. 39, 40, s. 473, kn. 42.

nitelikteki hukuki değere öncelik vermesi gerekir. Alman doktrinindeki baskın yaklaşım; sadece korunan hukuki değeri değil aynı zamanda mevcut tehlikenin ağırlığını da dikkate alan karma bir sistemi savunmaktadır. Bununla birlikte, korunan hukuki değerlerin eşit derecede tehlike altında olması halinde fail, garantör olduğu konuya öncelik vermelidir.

Kanaatimizce, korunan hukuki değerler arasında bir eşitsizlik söz konusu ise artık mevcut tehlikenin ağırlığına bakmaya gerek yoktur. Şöyle ki; bir kişinin yaşamı söz konusu olduğunda, daha değerli bir malvarlığı değeri söz konusu olamaz. Korunan hukuki değerlerin eşit olduğu durumlarda ise, mevcut tehlikelerin ağırlığına bakılarak bir seçim yapılmalıdır¹⁹⁹. Örneğin; acil servise aynı anda gelen iki yaralı söz konusu olduğunda, görevli hekim, durumu daha ağır olana öncelik verebilir. Bu durumda derhal müdahale edilemeyen yaralı bakımından hekimin hukuka aykırı hareket ettiği düşünülemez.

Sonuç olarak; yükümlülüklerin çatışması, kişinin aynı anda yerine getiremeyeceği iki ayrı yükümlülüğün olması halinde bunlardan birini seçmesidir ve ihmali suçlara özgü bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmelidir. Ancak kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi için, öncelikle daha yüksek hukuki değeri korumaya yönelik yükümlülüğü tercih etmesi gerekir. Eğer korunan değerler birbirine eşitse, kurtarma ihtimali daha yüksek olana veya görece daha fazla tehlike altında olana öncelik verilmesi mümkündür. Dolayısıyla bu şartlara uygun olarak yaptığı seçim nedeniyle fail artık sorumlu tutulamaz. Kısacası, yükümlülüklerin çatışması hukuka uygunluk nedeninden faydalanabilmesi için failin ya yüksek ya da eşit olmakla beraber daha fazla tehlikede olan hukuki değeri seçmesi gerekir.

V. KUSURLULUK

Haksızlık teşkil eden bir fiilden bahsedebilmek için ilgili suç tipinin maddi, manevi ve hukuka aykırılık unsurlarının eksiksiz olarak gerçekleşmesi gerekir. Failin, işlediği haksızlık dolayısıyla kınanıp kınanmayacağı ve dolayısıyla ceza türünden bir yaptırıma muhatap olup olmayacağı ise “kusurluluğun” konusunu oluşturur²⁰⁰. Klasik suç teorisinin benimsediği “kusurluluk = suçun manevi unsuru” anlayışı²⁰¹, günümüzde büyük oranda

¹⁹⁹ Aynı yöndeki görüş için bkz. Selçuk, s. 91.

²⁰⁰ Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 202 - 203. Özgenç, Genel Hükümler, s. 402.

²⁰¹ Bu anlayış 765 sayılı TCK döneminde Türk Ceza Hukuku doktrini bakımından çok büyük oranda geçerliydi. Hakan Karakehya ve Asena Kamer Usluadam, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”,

terk edilmiştir. Günümüzde kusurluluk; haksızlığın bir vasfı olarak değil, haksızlığı gerçekleştiren failin “*fiili nedeniyle kınanması hususundaki normatif değerlendirmeyi*” ifade etmektedir²⁰². İhmali suçlar bakımından kusurluluk değerlendirmesi yapılırken de, tıpkı icrai suçlarda olduğu gibi somut haksızlığı göz ardı ederek bir sonuca varmak mümkün değildir. Bu bağlamda ihmali suçlarda kusurluluk; failin ihmali davranışı, bir başka ifadeyle, maddi/fiziki olarak yapması mümkün olduğu halde yapmadığı tipik davranış üzerine temellendirilecektir. Dolayısıyla failin ihmali davranışından doğacak ceza sorumluluğu, kasten veya taksirle gerçekleştirdiği fiile dayanan kusuruyla orantılı bir şekilde belirlenecektir²⁰³.

Kusurluluğu etkileyen tüm durumlar, kural olarak ihmali suçlar bakımından da uygulanabilir. Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, zorunluluk hali, uyuşturucu madde ya da alkol etkisinde kalma, haksız tahrik gibi... Örneğin; taksirle yaraladığı yayaya yardım etmeye çalışan sürücü, mağdur yakınlarının kendisine yönelik saldırısı nedeniyle olay yerinden kaçmak zorunda kalmış ve yaralıya yardım edememişse, kusurluluğu kaldıran bir hal olarak “*zorunluluk halinden*” bahsedilir²⁰⁴.

Çalışmamızın kapsamını aşacağından, suç teorisi bakımından “*kusurluluk*” konusunun ayrıntılarına girmeyeceğiz. Bununla beraber, kusurluluk bağlamında yalnızca ihmali davranışa özgü nitelik gösteren “*omissia libera in causa (sebebinde serbest ihmal)*” ile “*davranışın failden sübjektif olarak beklenebilirliği (beklenebilirlik)*” başlıklarına ayrıca değinmek gerekir.

A. Sebebinde Serbest İhmal - Omissio Libera in Causa (olic)

Ceza sorumluluğunun temel bir esası olarak, suç oluşturan fiil gerçekleştirildiği sırada hem manevi unsurun hem de kusur yeteneğinin var olması gerekir. Bu yeteneklerin suçun icrasından önce ya da sonra değil, fiilin

2015, 2(3), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 7 v.d.

²⁰² Artuk, Gökçen ve Yenidünya, s. 202. Özgenç, Genel Hükümler, s. 404. Karakehya ve Usluadam, s. 17.

²⁰³ ...*Bu anlamda, bir kişinin ihmali davranışı nedeniyle kusurlu sayılması ve cezalandırılabilmesi, o konuda icrai bir davranışta bulunma yükümlülüğünün varlığına ve bu yükümlülüğü yerine getirmemesine bağlıdır*”. AYM. E. 2015/35, K. 2015/40, T. 22.4.2105, R.G. 23.5.2015, sa. 29364.

²⁰⁴ Koca ve Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 147.

gerçekleştirildiği sırada var olması esastır²⁰⁵. Bununla beraber, özellikle failin suç işlemek amacıyla kusur yeteneğini bizzat ortadan kaldırdığı durumlarda, bu yeteneğin suç işlendiği anda olmaması bir istisna kabul edilmekte ve failin cezalandırılmasının önü açılmaktadır²⁰⁶. İcrai suçlar bakımından “*actio libera in causa (alic) - sebebinde serbest hareket*” olarak ifade edilen bu durum²⁰⁷ ihmali suçlar bakımından “*omissio libera in causa (olic) - sebebinde serbest ihmal*” olarak adlandırılmaktadır²⁰⁸.

Meydana gelen tipik neticeden ihmali davranışı nedeniyle faili sorumlu tutabilmek için “*müdahalenin gerekli olduğu zamanda failin algılama ve irade yeteneğinin tam olması da*” gerekir²⁰⁹. Bu genel kuraldan ayrılmayı gerektiren “*omissio libera in causa (olic) - sebebinde serbest ihmal*” özetle şu şekilde açıklanabilir: Fail, muhtemel tehlike daha ortaya çıkmadan önce, kendisini, kurtarmaya yönelik hareketi yapmayı engelleyecek bir duruma kasten sokarsa, artık kurtarmaya yönelik davranışı yapmasının mümkün olmadığından bahisle sorumluluktan kurtulamaz²¹⁰. Böyle bir durumda, her ne kadar tipikliğin gerçekleştiği anda failin kusur yeteneği olmasa da, bu duruma fail kendisini bilerek soktuğu için meydana gelen neticeden ihmali davranışıyla sorumlu tutulacaktır.

Örneğin; Cankurtaran C görevi başındayken sarhoş olmuştur. Bu nedenle görevini yapması artık mümkün olmasa da bu gerekçenin hukuken bir önemi yoktur. Çünkü C, görevinin ve dolayısıyla meydana gelebilecek tehlikelerin farkında olmasına rağmen alkol etkisine bilerek girmiştir. C'nin aşırı sarhoş olması nedeniyle dalgaya kapılan O'ya yardım gitmemiş ve dalgalara karşı mücadele etmesine rağmen kıyıya ulaşamayan O ölmüştür. Suç işlendiği sırada C'nin yardıma yönelik hareketi icra etmesi (aşırı sarhoş olması nedeniyle) mümkün değilse de “*omissio libera in causa*” kuralı gereğince, suç anı boğulmadan önceki bir an kabul edilir ve garantör C ölüm neticesinden ihmali

²⁰⁵ Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 336.

²⁰⁶ Hans Joachim Hirsch, Strafrechtliche Probleme, Band II, Herausgegeben von Hans Lilie, Duncker & Humblot GmbH, 2009, s. 509.

²⁰⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 429. Koca ve Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 336.

²⁰⁸ Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 25, s. 371 v.d. Haft, s. 178.

²⁰⁹ Von Wolfgang Joecks ve Christian Jäger, Studienkommentar StGB, 12. Auflage, C. H. Beck Verlag 2018, § 13, s. 26, kn. 94.

²¹⁰ Rengier, s. 464 - 465, kn. 11.

davranışıyla sorumlu tutulur²¹¹.

“Sebebinde serbest harekette (alic)” olduğu gibi “sebebinde serbest ihmalde (olic)” de, failin kusur ve/veya davranış yeteneğini bizzat kendisinin ortadan kaldırması gerektiği unutulmamalıdır²¹². Failin bu yetileri başka biri tarafından (zorla ya da hileyle) ortadan kaldırılmışsa “sebebinde serbest ihmalden” bahsedilemez²¹³. Bu tip durumlarda; ihmali davranışta bulunan kişinin değil, faili bu konuma getiren(ler)in ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelecektir.

B. Beklenebilirlik

Kurtarmaya yönelik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olmasını, yukarıda ihmali suçların fiil unsuru altında incelemiştik. Ancak somut olayda kurtarmaya yönelik davranışı “maddi/fiziki olarak” yapması mümkün olan garantör, harekete geçtiği takdirde daha ağır bir tehlikeye maruz kalacaksa kınanamaz. Dolayısıyla, maddi/fiziki anlamda yapması mümkün olan hareketin failden istenemeyeceği, beklenemeyeceği durumlarda fail kusurlu addedilemez ve cezalandırılmaz²¹⁴.

“Beklenebilirlik”, bazı saf ihmali suçlarda tipiklik içerisine dâhil edilmiştir. Örneğin TCK m. 98’de: “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen...” denmektedir²¹⁵. Bu tip durumlarda “beklenebilirlik” artık kusur bağlamında değil tipikliğin bir unsuru olarak kabul edilmelidir. Bununla beraber ne Alman CK m. 13 ne de TCK m. 83’te görünüşte ihmali suçlar bakımından beklenebilirliğe ilişkin açık bir ifade yer almamaktadır. Dolayısıyla; kanuni düzenlemelerde beklenebilirliğe ilişkin herhangi bir hüküm bulunmayan

²¹¹ Rengier, s. 465, kn. 12.

²¹² “Kişi isnat kabiliyetini bilerek ve isteyerek, suç işlemek için kaldırmalıdır. Aksi halde fiili alic kapsamına girmez”. Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayıncılık, 1998, s. 424.

²¹³ Koca ve Üzülmüş, Genel Hükümler, s. 338.

²¹⁴ Örneğin ileri derecede böbrek hastası olan ve böbrek nakli olmadığı takdirde hayatını kaybedecek olan çocuğuna böbreğini vermeyen ebeveyn, ihmali davranışla kasten öldürmeden sorumlu tutulamaz. Bkz. Hakeri, İhmal, s. 248.

²¹⁵ Alman CK m. 323c’de de benzer bir hüküm yer almaktadır: Fail; “eğer önemli bir tehlikeye girmeyecek ya da daha önemli bir yükümlülüğüne halel getirmeyecekse” yardım etmekle mükelleftir. “...insbesondere ohne erhebliche eigene Gefahr und ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten möglich ist... (StGB 323c)”.

görünüşte ihmali suçlar bakımından bu kavramın içeriğinin doldurulması ve hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir.

Doktrinde bazıları, davranışın “*maddi/fiziki anlamda mümkün olması*” ile “*hareketin beklenebilirliği*” kavramlarını birbirinden ayırırken²¹⁶; bazıları ise bu şekilde bir ayırım yapmamakta ve her iki durumu da “*beklenebilirlik*” altında incelemektedir²¹⁷. Biz, bu yaklaşımlardan ilkinii tercih ediyoruz. Çünkü failin tipik neticeyi engellemeye yönelik davranışı maddi/fiziki olarak yapabilme imkânına sahip olması, ihmali suçun fiil unsuruna (tipikliğe) ilişkindir. Bununla beraber, maddi/fiziki anlamda davranışı yapabilme imkânı olan failden davranışın şahsi olarak beklenebilirliğiye “*kusurluluğa*” ilişkindir²¹⁸.

Hakeza, kurtarmaya yönelik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olması “*objektif*” bir değerlendirme ile tespit edilecekken, tipik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği noktasında yapılacak değerlendirme ise “*sübjektif*” nitelikte olacaktır. Bu sübjektif değerlendirme yapılırken de her somut olayın özelliği, failin olaydaki konumu, tehlike altındaki hukuki değer ile failin harekete geçerek tehlikeye atacağı değerler kıyaslanacaktır²¹⁹.

Kanaatimizce; kurtarmaya yönelik davranışın maddi/fiziki anlamda mümkün olup olmadığı belirlenirken daha sınırlı bir değerlendirme yapılmalı, bunun dışında kalan hususlar ise “*beklenebilirlik*” kapsamında mütalaa edilmelidir. Kurtarmaya yönelik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği hususu, failin ve mağdurun şahsi özellikleri, konumları değerlendirilmek suretiyle her somut olayda hâkim tarafından takdir edilecektir. Örneğin; orta şiddetteki bir yangında bina içerisinde kalan çocuğunu kurtarmayan ebeveyn bakımından kurtarma davranışı “*beklenebilir*” olmamasına rağmen itfaiye görevlisi bakımından “*beklenebilir*” olarak addedebilecektir.

Tam bu noktada bir hususun altını çizmek gerekir. Kişilerin üstlendikleri bazı görevler, sıradan kimselerden farklı olarak bu kimselere bazı tehlikelere göğüs germeleri noktasında daha fazla yükümlülük getirebilir. Örneğin, itfaiye ya da kolluk görevlilerinin normal vatandaşlara nazaran daha fazla sorumluluk

²¹⁶ Hakeri, İhmal, s. 216, 248.

²¹⁷ Özgenç, Genel Hükümler, s. 240.

²¹⁸ Yurtlu, “Suçu Bildirmeme”, s. 781.

²¹⁹ Herbert Tröndle ve Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 49. Auflage, C. H. Beck Verlag 1999, bn. 13, kn. 16.

almaları ve kendileri bakımından daha fazla tehlikeye göğüs germeleri beklenebilir. Bununla birlikte bu farklılık, bu kimselerin ortaya çıkan her türlü tehlikeye canı pahasına da olsa göğüs germesi şeklinde yorumlanamaz.

SONUÇ

Tüm bu teorik açıklamalar ışığında, ihmali suçların birçok noktada icrai suçlardan ayrıldığı görülmektedir. İhmalin kendine has yapısından kaynaklanan bu farklılığın uygulamada da ciddi sorunlar oluşturduğu görülmektedir. Özellikle Türk uygulamasında, ihmali suçlara ilişkin tutarlı ve makul bir altyapının oluştuğunu söylemek mümkün değildir.

5237 sayılı TCK garantörlüğe ilişkin olarak klasik yaklaşımı benimsemiş görünmektedir. TCK'nın 83. maddesinde "*klasik yaklaşımın*" benimsenmesinin gerekçesini ise şurada aramak gerekir: Mülga 765 sayılı TCK'da ihmali suçlara ilişkin ne genel ne de özel kısımda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen ihmali davranışla gerçekleştirilen öldürme ve yaralama gibi fiiller cezalandırılmaktaydı. Bu bakımdan, ihmali suçlara ilişkin herhangi bir kanuni düzenlemesi, oturmuş bir uygulaması ve teorisi olmayan Türk hukukunda, TCK 83. maddeyle önemli bir başlangıç yapılmıştır. Hatta ihmali suçlara ilişkin düzenlemenin kanunun genel hükümler kısmında değil az sayıdaki suç tipleri bakımından yapılmasının temel gerekçesini de burada aramak gerekir. Kısacası 5237 sayılı TCK, ihmali suçların uygulama alanını ilk etapta olabildiğince daraltıp, uygulama ve teoriye yön vermek amacıyla "*klasik yaklaşımı*" benimsemiş görünmektedir. Böylece, uygulama ve teoride ihmali suçlara ilişkin tartışmaların önünün açılması, bununla beraber ihmali sorumluluk alanının en azından şimdilik kontrol altında tutulması için daraltılması amaçlanmıştır.

Ancak yürürlüğe girmesinden günümüze kadar geçen yaklaşık 16 yıllık süreçte, TCK'nın amaçladığı bu sonuca ulaşılabildiğini söylemek mümkün değildir. Türk uygulaması hala, özel hukuktan gelme bir alışkanlıkla taksir eşittir ihmal yaklaşımını devam ettirmektedir. Dahası, başta taksirle öldürme ve yaralama suçları olmak üzere, ihmali davranışla işlenmesine yönelik kanuni düzenleme olmayan birçok suç tipi de cezalandırılmaktadır. Hakeza bu suç tiplerine ilişkin yargılamalarda, ihmali suçlara özgü birçok özel husus göz ardı edilmektedir.

İhmali suçlara ilişkin bu tartışmaların, eski dönemlerde Almanya İsviçre'de de yapıldığını görmekteyiz. Almanya ve İsviçre özelindeki bu tartışmalar, kanunların genel hükümler kısmında ihmali suçlara ilişkin

düzenlemelerin yapılmasıyla çok büyük oranda son bulmuştur. Bu nedenle, 83. maddedeki mevcut formülasyona geniş ölçüde sadık kalınmak suretiyle TCK'nın genel hükümler kısmına şöyle bir düzenleme eklenmesini önermekteyiz:

Suçun İhmali Davranışla İşlenmesi

“(1) Bir suç icrai davranışla işlenebileceği gibi ihmali davranışla da işlenebilir. Ancak kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranışı gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen neticeden sorumlu tutulabilmesi için, neticenin oluşumunu engelleme hususunda hukuki bir yükümlülüğünün ve aynı zamanda gerçekleştirdiği ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması gerekir.

(2) Neticenin oluşumunu engelleme hususundaki hukuki yükümlülük:

a) Kanuni düzenlemelerden,

b) Sözleşme veya gönüllü üstlenmeden,

c) Önceden gerçekleştirilen haksız davranışın başkaları bakımından tehlikeli bir durum oluşturmasından kaynaklanabilir.

(3) İhmali davranışla suç işleyen kişi hakkında: Temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar; müebbet hapis cezası yerine onbeş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Diğer hallerde failin cezasında üçte birinden yarısına kadar indirim yapılır. Ancak gerçekleştiren haksızlığın niteliğine göre hâkim cezada indirim yapmaktan imtina edebilir”.

KAYNAKÇA

AKBULUT B, “Bağlılık Kuralı”, 2010, 14(1), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD), s.167 - 214.

AKBULUT B, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.

ARSLAN M, “Kovid-19 Salgınında Yoğun Bakım Yatakları ve Solunum Cihazlarının Tahsisi (Triyaj) Kararlarının Etiksel ve Ceza Hukuku

- Bakımından Değerlendirilmesi”, 2020, 24(3), AHBVÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 361 - 384.
- ARTUK M. E, GÖKCEN A ve YENİDÜNYA A. C, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Adalet Yayınevi 2016.
- ASHWORT A, Positive Obligations in Criminal Law, Hart Publishing 2013.
- BACAKSIZ P, “Ceza Hukukunda Yükümlülüklerin Çatışması”, 2013, 8(21), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 119 - 138.
- BAUMANN J, MITSCH W ve WEBER U, Strafrecht Allgemeiner Teil: Lehrbuch, 11. Auflage, Giesecking 2003.
- BELING E, Die Lehre vom Verbrechen, Scientia Verlag Aalen 1906.
- BEYAZE, “Hukuk Dilinin Kirlenmesi ve Garantör, Garantörsel, Garantörsellik Terimleri Üzerine”, 2019, Türk Dili Dergisi, s. 70 - 78.
- BOCKELMANN P ve VOLK K, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Neubearbeitete Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung 1987.
- CENTEL N, ZAFER H ve ÇAKMUT Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Bası, Beta Yayınevi 2008.
- DEĞİRMENCİ O, “Ceza Hukukunda Yanılma Kavramı ve Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Yanılma”, 2014, (110) TBB Dergisi, s. 129 - 188.
- DÖNMEZER S, “Maddi Sebebiyet Alakası”, 1943, 9(1-2) İÜHFİM, s. 85 - 119.
- DÖNMEZER S ve ERMAN S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, 14. Bası, c. I, Beta Yayıncılık, 2016.
- DÜLGER M. V, “Hukuka Uygunluk Nedenleri ile Mazeret Nedenleri Arasındaki Ayrımın Tarihçesi, Niteliği ve Gerekliliği Üzerine Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, 2014, 9(24), Ceza Hukuku Dergisi (CHD), s. 121 - 180.
- EBERT U, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, C. F. Müller Verlag 2001.
- ENGISCH K, “Tun und Unterlassen”, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, s. 163 - 196.
- EREN F, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Yetkin Yayınevi 2014.

- EREN F, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, AÜHF Yayınları 1975.
- FLETCHER P. G, Rethinking Criminal Law, Oxford University Press 2000.
- FRISTER H, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Verlag C. H. Beck 2009.
- GÖKCEN A ve BALCI M, “Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmalî Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)”, 2012, 7(18), CHD (Ceza Hukuku Dergisi), s. 7 - 30.
- GÖKTÜRK N, Fikri İçtima (Suçların İçtimaı), Seçkin Yayınevi 2013.
- GÖKTÜRK N, “Suçun Yasal Tanımında Yer Alan “Hukuka Aykırılık” İfadesinin İcra Ettiği Fonksiyon”, 2016, 7(1), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 407 - 450.
- GÖSSEL K. H, “Die normwidrige strafbare Unterlassung als ontischer Sachverhalt”, Festschrift für Kristian Kühl zum 70. Geburtstag, s. 225 - 246.
- GÖSSEL K. H, Strafrecht, 7. völlig neubearbeitete Auflage, C. F. Müller 1997.
- GUTKNECHT S, “Die Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (13 StGB) im Lichte des Bestimmtheitsgebotes”, Studien zum deutschen und türkischen Strafrecht Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht, c. 3, Ankara, 2014, s. 277 - 310, Forschungszentrum für Deutsches Recht an der Özyeğin Universität, Herausgeber: Duttge, G. ve Ünver, Y.
- HAFT F, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Verlag C. H. Beck 2004.
- HAKERİ H, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçların Çeşitleri, Seçkin Yayınevi 2003.
- HAKERİ H, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Adalet Yayınevi 2019.
- HALL E. D, Criminal Law and Procedure, 6th Edition, Delmar 2020.
- HARRO O ve BOSCH N, Übungen im Strafrecht, 7. Auflage, De Gruyter Studium 2010.
- HEINRICH B, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. überarbeitete Auflage, Verlag W. Kohlhammer 2014.
- HIRSCH H. J, Strafrechtliche Probleme, Band II, Herausgegeben von Hans

- Lilie, Duncker & Humblot GmbH 2009.
- İÇEL K, ÖZGENÇ İ, SÖZÜER A, MAHMUTOĞLU F. S ve ÜNVER Y, İçel Suç Teorisi, 2. Kitap, Türdav Basım 1999.
- JÄGER C, Examens - Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Neu bearbeitete Auflage, C. F Müller 2017.
- JAKOBS G, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter 1991.
- JESCHECK H. H ve WEIGAND T, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker & Humblot 1996.
- JOECKS V. W. ve JÄGER, C. Studienkommentar StGB, 12. Auflage, C. H. Beck Verlag 2018.
- KANGAL Z, Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu, Seçkin Yayınevi 2010.
- KARAKEHYA H ve USLUADAM A. K, “Türk Ceza Hukuku Öğretisinde Suçun Manevi Unsuru Bağlamında Suç Genel Teorisine İlişkin Görüşler”, 2015, 2(3), Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi, s. 1- 24.
- KAUFMANN A, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Verlag Otto Schwartz & Co. 1988.
- KINDHÄUSER U, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Nomos 2008.
- KIENAPFEL D ve HÖPFEL F, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil, 13. Überarbeite und erweiterte Auflage, Kurzlehrbuch 2009.
- KILIÇOĞLU A, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 17. Bası, Turhan Kitabevi 2013.
- KIZILARSLAN H, “Hekim ve Özel Hastanelerin Cezai Sorumlulukları”, 2020, 40(1), Türkiye Adalet Akademisi Dergisi (TAAD), s. 187 - 212.
- KOCA M ve ÜZÜLMEZ İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2020.
- KOCA M ve ÜZÜLMEZ İ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Adalet Yayınevi 2020.
- KREY V, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch in Deutsch und Englisch, Teil I Grundlagen, Kohlhammer Verlag 2002.

KUNTER N, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi, 1955.

MAIWALD M, Çev. Cumhur Şahin, “Handeln und Unterlassen - Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış - Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Diskussionsbeitraege zum Entwurf des türkischen Strafgesetzbuches, Türk Ceza Kanunu İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Yayını 1998, s. 159 - 174 (Almanca metin: Aynı eser, s. 143 - 158).

MAURACH R, GÖSSEL K. H ve ZIPF H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband II, 6. Auflage C. F Müller Juristischer Verlag 1984.

MEZGER E, Deutsches Strafrecht Ein Grundriss, 3. Auflage, Duncker & Humblot 1943.

NOMER H. N, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Aktelerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?”, 2013, 8(Özel Sayı), Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, Prof. Dr. Aydın Zevkililer’e Armağan, s. 2053 - 2074.

OLGUN E, “Kasten Öldürme Suçunun Türk - Alman Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Bakımından İncelenmesi”, 2013, 19(2), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, s. 1631 - 1666.

ORMEROD D ve RAID K, Smith, Hogan, and Ormerod’s Text, Cases, And Materials On Criminal Law, 12th Edition, Oxford University Press 2017.

ÖNDER A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, c. II, Beta 1989.

ÖLMEZ G, “Evi Terk Eden Çocuğu, Ailesini veya Yetkilileri Haberdar Etmeksizin Tutma Suçu (TCK m. 234/3)”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi 2018, s. 459 - 482.

ÖZGENÇ İ, “Davranış Normları Teorisi Hukuk ve Ahlak İlişkisi (Yargıtay İçtihatı Birleştirme Büyük Genel Kurulu’nun 6.7.2018 tarihli ve K. 2018/7 sayılı Kararı Üzerine Hukuki Değerlendirmeler)”, TÜBA Akademi Konferansı Bildirisi, Ankara/Beşevler, Şubat 2019.

ÖZGENÇ İ, Suça İştirakin Hukuki Esasları ve Faillik, İBB Hukuk Müşavirliği Yayını 1996.

ÖZGENÇ İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Seçkin Yayınevi

2020.

- ÖZGENÇ İ, Uygulamalı Ceza Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınevi 1998.
- ÖZGENÇ İ ve ŞAHİN C, “Kamu Görevinin Kötüye Kullanılması Suçu Üzerine Düşünceler”, 2002, 6(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (GÜHFD).
- RENGIER R, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck Verlag, 2013.
- REUTERS, “Fatal Tesla Autopilot crash driver had hands off wheel: U.S. agency”, (<https://www.reuters.com/article/us-tesla-crash-idUSKCN1J31VP>), erişim tarihi: 01.05.2021.
- ROE D, Criminal Law, 3rd Edition, Hodder Education 2005.
- ROXIN C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, C. H. Beck Verlag 2003.
- SCHMIDHÄUSER E, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, J. C. B. Mohr 1975.
- SELÇUK S, “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Yükümlülüklerin/Görevlerin Çatışması ve Yargıtay Kararları”, 2010, 5(45), THD (Terazi Hukuk Dergisi), s. 87 - 104.
- SOYASLAN D, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınevi 1998.
- SOYASLAN D, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2005.
- STRATENWERTH G, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. neubearbeitete Auflage, Staempfli Verlag 2011.
- ŞAHİN C ve GÖKTÜRK N, Ceza Muhakemesi Hukuku I, 10. Bası, Seçkin Yayınevi 2019.
- TÜRK DİL KURUMU, Güncel Türkçe (Online) Sözlük, (<http://sozluk.gov.tr/>).
- TONGÜR A. R ve ÇETİNTÜRK E, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi 2020.
- TRÖNDLE H ve FISCHER T, Strafgesetzbuch, 49. Auflage, C. H. Beck Verlag 1999.

- TURHAN F ve AKSAN M, “Ceza Muhakemesinde Mahkemelerin Yer Bakımından Yetkisi - Doktrin ve Uygulama Işığında Kanun Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk’a Armağan, Seçkin Yayınevi 2020, s. 773 - 814.
- ÜNVER Y, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Seçkin Yayınevi 2003.
- ÜNVER Y, “Hastane Yönetiminin Organizasyondan Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu”, 2018, II. Uluslar Arası Tıp Hukuku Kongresi (Antalya: 21 - 23 Eylül 2017) Bildiriler Kitabı, s. 955 - 971.
- ÜNVER Y, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, Beta 1998.
- WELZEL H, Das Deutsche Strafrecht, 11. neubearbeite und erweiterte Auflage, De Gruyter 1969.
- WILLIAMS G, “What Should the Code Do about Omissions”, 1987, 7(1), Legal Studies, s. 91 v.d.
- YILDIRIM A, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Baskı, Monopol Yayınları 2019.
- YILMAZ Z, “Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi”, 2018, 24(1), MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, s. 122 - 131.
- YURTLU F, “Cinsel Saldırı ve Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma Suçları Bakımından Akıl Hastasının Rızası”, 2020, 8(16), Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ABÜHFD), s. 1343 - 1364.
- YURTLU F, İhmali Suçlar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, 2020.
- YURTLU F, “Suçu Bildirmeme Suçu”, in Feridun Yenisey, İzzet Özgenç, Ayşe Nuhoglu, Adem Sözüer, Faruk Turhan (Ed), Dr. Silvia Tellenbach’a Armağan, Seçkin Yayınevi 2018, s. 757 - 784.