



İHMALİ SUÇLARDA GARANTÖRLÜK VE NEDENSELLİK BAĞI

Guarantee and Causal Link in Omissions

Özge APİŞ ÖZGENÇ*

ÖZ

İşlenen fiil ile netice arasındaki sebep-sonuç ilişkisini ifade eden nedensellik bağı, ihmali suçlar söz konusu olduğunda, farklı bir değerlendirme yapmayı gerektirmektedir. Zira, hareketsiz (pasif) kalmanın icrai (aktif) bir harekette bulunmuş gibi bir netice doğurduğunu ve bunun cezai sorumluluğa sebebiyet verdiğini kabul etmek, tek başına ontolojik bir bakış açısıyla açıklanamaz. Özellikle görünüşte ihmali suçlarda söz konusu hareketsizliğin (ihmalin), icrai davranışa eş değer kabul edilmesi, ancak normatif bir bakış açısıyla mümkün olabilir. Öyleyse, anne veya babanın, çocuğunu aktif hareketlerle öldürmesi şeklindeki icrai davranışını, çocuğa ölüm tehlikesi içerisindeyken müdahalede bulunmaması ve çocuğun ölümüne neden olması şeklindeki ihmali davranışına hukuken “eşit” görmek, nedensellik bağına kuran bazı yükümlülük kaynaklarının (kanun, sözleşme, ön gelen tehlikeli eylem) varlığına bağlıdır.

Anahtar Kelimeler: İcra, İhmal, Garantörlük, İhmali Suç, Görünüşte İhmali Suç, Nedensellik Bağı, Ontolojik ve Normatif Teoriler.

ABSTRACT

The causal link, which refers to the cause-and-effect relationship between the act committed and the outcome, requires a different assessment when it comes to omissions. For accepting that remaining inactive (passive) produces a result as if an active (executive) act had been committed, and that this gives rise to criminal liability, cannot be explained solely from an ontological point of view. Especially in seemingly negligent crimes, accepting inaction (negligence) as equivalent to an actual act can only be possible from a normative perspective. Therefore, regarding a parent's actual act of actively killing their child as legally “equal” to a negligent act of failing to intervene when the child is in mortal danger and causing the child's death depends on the existence of specific sources of liability (law, contract, preceding dangerous act) that establish the causal link.

Keywords: Commission, Omission, Quarantee, Crime of Omission, Commission by Omission, Causal Link, Ontological and Normative Theories.

• **Gönderi:** 27.04.2025 - **Kabul:** 24.09.2025 | **Received:** 27.04.2025 - **Accepted:** 24.09.2025.

* Dr. Öğr. Üyesi, Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Adana, Türkiye ✉ ozge.apis@gmail.com • ORCID 0000-0003-2395-7780.

Atıf Şekli / Cite As: APİŞ ÖZGENÇ, Özge (2025). İhmali Suçlarda Garantörlük ve Nedensellik Bağı. ÇÜHAD, (8), 161-198.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır. This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

GİRİŞ

Ceza hukuku genel hükümler dogmatikliği, icrai ve tamamlanmış bir suç şeklindeki standart ve asli cezai davranış durumuna ek olarak, ihmali ve teşebbüs aşamasında kalmış suçlar gibi özel düzenlemeleri de öngörür. Bu kurumların her biri, kasten işlenmiş ve tamamlanmış suçun standart şemasıyla bir dizi benzerliği bulunan ancak aynı zamanda ilgili suçun kendine has doğasından kaynaklanan sapmalar ve eklemeler içeren bir yapıya sahiptir¹. Bu nedenle ceza kanununun özel hükümler kitabında yer verilen suçların çoğu, ancak icrai ve kasıtlı işlenen suçlar olarak düzenlenmiştir. İhmali ve taksirli suçlar ise, istisnai sayıdadır².

İhmali suçların ceza hukukunda yer alması fikri nispeten yeni bir anlayıştır. Özellikle görünüşte ihmali suçların ceza hukuku sistemine girmeye ve tartışılmaya başlaması 1800lü yılları bulmaktadır. Bunun nedeni, ihmali hareketin/davranışın, dış dünyada meydana getirdiği değişiklik bakımından, icrai suçların işleme tabiatında bulunan özellikleri taşınamaması, gerçekleşen neticenin aynı sebeple nedensel olmadığına ilişkin yaygın görüştür. Tarihsel gelişimi içerisinde ihmal, bedensel hareket, enerji harcanarak yapılan hareket ile yani icra davranışla ve ondan ayrılamaz bir biçimde tanımlanmaya çalışılmıştır. Günümüzde ise, ihmalin ontolojik özelliklerinden ziyade normatif özelliği ağır basmaktadır.

Bir kimsenin zararı önleme görevi varken, bunu önlememesi durumunda, zarara fiilen sebep olmuş gibi cezalandırılması gerektiği düşüncesi birçok hukuk sisteminde yer almaktadır³. İhmalin cezalandırılmasına yönelik yaklaşım, bu tür sorumluluğun sınırlarını “yükümlülük” kavramı aracılığıyla tanımlar. İlk bakışta teori basittir: Bir kişinin bir zararı önleme görevi varsa ve bunu yapmazsa, o zarara neden olmak için aktif bir şekilde hareket eden kişiyle benzer şekilde cezalandırılır. Ancak öncelikle, hangi “ihmalde bulunanların” hareket etme yükümlülüğü olduğunun ve dolayısıyla belirli bir zarar için uygun şekilde sorumluluğa tabi olduklarının belirlenmesi gerekmektedir⁴. İcrai suçlar açısından bahse konu ilişkinin kurulması nispeten daha kolay iken ihmali suçların yapısı gereği bu ilişkiyi, ceza hukuku açısından ortaya koymak daha zorlu bir çaba gerektirmektedir.

Anlaşıldığı üzere hem gerçek hem de görünüşte ihmali suçlar, hukuki yükümlülük temelinde şekillenmektedir. Gerçek ihmali suçlardaki bu hukuki yükümlülük, genel nitelikte olup, sosyal yaşamın kendi kaidelerinden türer. Görünüşte ihmali suçlar ise, fail ve mağdur arasındaki kişisel yahut olgusal özelliklerden ötürü “özel hukuki yükümlülük” yahut “garantörlük” temelinde şekillenir. Burada normatif yaklaşım sayesinde, icrai davranış ile ihmali davranışın eş değer kabul edilmesi söz konusudur.

¹ KUDLICH, s. 1.

² KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 389, 390.

³ GÓMEZ-ALLER, s. 431.

⁴ LEAVENST, s. 548.

Çalışmada amaçladığımız husus, ihmali suçların (özellikle görünüşte ihmali suçların) şekillenmesinde ontolojik ve normatif teorilerin etkisinin ortaya konularak, bu suçlarda nedenselliğin nasıl belirleneceğine ilişkin değerlendirmeler yapılmasıdır. Özellikle garantörlüğün çıkış noktasını “kanun”, “sözleşme” ve “ön gelen tehlikeli eylem” olarak kabul eden klasik bakış açısının dışında, diğer garantörlük türlerinin de tartışılması elzemdir. Bu nedenle eser, ilk olarak ihmali suçların tarihçesini ortaya koymakta, sonra sırasıyla icrai suç- ihmali suç ayrımı, garantörlük kavramı, özel hukuki yükümlülük türleri, ontolojik teoriler ve nihayet normatif teori başlıklarıyla konuya açıklık getirmeye çalışmaktadır.

I. İHMALİ SUÇLAR

A. İHMALİ SUÇLARIN KISA TARİHÇESİ

Tarihsel süreçte suç davranışı, ilk olarak icrai davranışla ilişkilendirilmiştir. Zira ceza hukuku bakımından hareket, fizyolojik ve insan bedeninin bir işi olarak önce bedeni, psikolojik olarak iradi ve dış dünyada algılanabilen insan davranışı gibi görülmüştür⁵. Bu nedenle ihmali suçların tarihi icrai suçlara nazaran nispeten yenidir.

Roma hukuku, ihmallerden kaynaklanan cezai sorumluluk konusunda, fazla sayıda düzenlemeye yer vermemiştir. *Omittendo* (ihmal) olarak yalnızca birkaç suça rastlanmakta olup bunların başlıcaları, bir kölenin efendisini saldırıdan korumaması, bir askerin, üstü düşman tarafından ele geçirildiğinde ona yardım etmemesi, bir kocanın karısının hayat kadını olmasını engellememesi ve bir oğlun, kardeşinin babasına kurduğu tuzaktan babasını haberdar etmemesidir⁶.

Erken dönem İngiliz uygulamasına bakıldığında, ceza gerektiren ihmallerin herhangi bir sorumluluğa sebebiyet vermesi hususu üzerinde pek durulmadığı görülmektedir. Doktrinde *Coke*, aktif/olumlu eylemi, neredeyse kaçınılmaz bir suç unsuru olarak görmüş, aktif davranışta ısrar etmiştir. Bu dönemde açıkça tanınan ihmal suçları vatana ihanet ve hazineyi teslim etmeme olarak görülmüştür. *Hawkins*, ilk baskısı 1716’da yayımlanan *Pleas of the Crown* adlı eserinde, *Coke*’un bahsettiklerine ek olarak, yaygın bir suç olan genel rahatsızlık suçunu tartışmıştır: “Görünüşe göre, genel rahatsızlık, kamuya karşı işlenen bir suç olarak tanımlanabilir; bu suç, ya kralın tüm tebaasını rahatsız edecek bir şey yapmak ya da genel iyiliğin gerektirdiği bir şeyi yapmayı ihmal etmek olabilir.” *Hawkins* bunun dışında, bir ilçenin sakinlerine, karayollarını ve köprüleri iyi durumda tutmaları konusunda ortak hukukun yüklediği toplumsal görevi örnek verir⁷.

⁵ ERBAŞ, Garantörlük, s., 7.

⁶ HUGHES, s. 590. Ayrıca bkz. DÖNMEZER, İhmal, s. 477.

⁷ HUGDES, s. 591, 592.

Yasal olarak bakıldığında, kiliseye gitmemenin dini suç sayılması Eliz. 1, c. 2 (1558)⁸ tarafından öngörülmüştür. Bu yasa uyarınca, “*makul mazeret*” bir savunma olarak tanınmış olmakla birlikte, bunu ispatlama yükümlülüğü, sanığa aittir⁹. Bir diğer erken dönem ihmalî suç, kamu görevinde bulunan bir kişinin üstünlük ve sadakat yemini etmemesi durumunda işlenen ve beş yüz pound para cezası ile cezalandırılan göreve uymama suçudur. Bunlara yakın diğer suçlar şunlardır: Papalığa karşı bir beyanda bulunmayı, krala kişisel yardımda bulunmayı ve yabancı bir ülkenin İngiltere ile ilişkilerinin bozulduğu bir dönemde özel mühür veya bildiriyle talepte bulunarak ülkeye dönmeyi reddetmek¹⁰.

Diğer yandan 1800’lü yıllarda İngiliz Mahkemeleri’nde artık, ihmal, yükümlülük ihlaliyle bağdaştırılmaktadır: Nitekim *Regina v. Instan* (İngiltere, 1893) davasında, Instan’da, kendisine bakan yeğeniyle birlikte yaşayan yaşlı bir kadın, başlangıçta sağlıklı ve kendi kendine yetebilir durumda olmasına rağmen, sonradan hastalanmış ve bacağındaki kangren nedeniyle hareketsiz kalmıştır. Jüri somut olayda, yeğenin, teyzesine bakmayı veya yardım etmeyi kabul ettiğini tespit etmiştir. Şahsın yeğeni, gerekli yardımı sağlamamış ve yaşlı kadın komplikasyonlar nedeniyle ölmüştür. Temyiz mahkemesi, yeğenin insan öldürme suçundan mahkûmiyetini onaylamış ve bu koşullar altında teyzesine bakmakla ilgili yasal bir görevi yerine getirmediğine karar vermiştir¹¹. Bu davada Mahkeme, yeğenin açık ahlaki yükümlülüğü olarak gördüğü hususlardan yasal bir görev çıkarmıştır. Dolayısıyla dava, mağdurun bariz ihtiyacının ahlaki zorunluluğuna ve yardımın nispeten kolaylıkla yapılabileceğine dayanan çaresiz bir kişiye yardım etme yükümlülüğünü ifade etmektedir¹².

İngiliz hukuku, en azından on dokuzuncu yüzyılın başından beri, olası bir zararlı sonucu önlemek için yasal (kanun veya sözleşmeye dayalı) bir görev varsa, bir ihmalin cezalandırılabileceğini kabul etmiştir. Hatta insan öldürme suçu bakımından, Hukuk Komisyonu bu suç tanımlarında “öldürme” (*kill*) ifadesinin “ölüme neden olma” (*causing death*) ifadesiyle değiştirilmesini önermiştir¹³.

Aydınlanma Çağı’ndan bu yana, ihmalî suçların incelenmesi, Kıta Avrupası’ndaki teorisyenler ve uygulayıcılar için de kafa karışıklığına ve zorluğa yol açmıştır. Zira sadece zararlı eylemlerin suç sayılması gerektiğine inanılırsa, eylemde bulunmayan birinin nasıl zarar verdiğini anlamak zorlaşır. Başka bir deyişle, bu dönemde hareket etmeyen birinin, zararlı bir şekilde hareket ettiğinin nasıl düşünülebileceğidir¹⁴?

⁸ 1558 Tekdüzelik Yasası, İngiltere Kilisesi’nde dua, ilahi ibadet ve kutsalların idaresini düzenlemek için 1559’da onaylanan bir İngiltere Parlamentosu Yasasıydı. https://archives.parliament.uk/collections/getrecord/GB61_HL_PO_PU_1_1558_1Eliz1n2, (E.T. 28.02.2025).

⁹ HUGDES, s. 593.

¹⁰ HUGDES, s. 593.

¹¹ LEAVENST, s. 560.

¹² LEAVENST, s. 560-561.

¹³ AMBOS, Omissions, s. 31.

¹⁴ GÓMEZ-ALLER, s. 422.

Özellikle Alman Hukuku bakımından bu sorunun cevabı, ihmali suçlarda cezai sorumluluğun hukuki dayanağına ilişkin olarak *Feuerbach*'ın 1803 yılında ders kitabının ikinci baskısında belirttiği ifadelerle dayanır. Burada *Feuerbach*, vatandaşın bir davranıştan kaçınmaya yönelik cezai sorumluluğun kanun veya sözleşme gibi özel bir yasal dayanak gerektirdiği ihmaller için geçerli olduğunu belirtmiştir¹⁵. *Feuerbach*'ın belirli bir yasal görev (kanun veya sözleşmeye dayalı) çağrısıyla, on dokuzuncu yüzyılın başından beri Alman doktrininin ilgi alanı olan bu konu, yaklaşık yüz yıl sonra *Johannes Nadler* tarafından garantör pozisyonunun keşfedilmesiyle tamamlanmıştır¹⁶.

Doktrindeki bu gelişmelere rağmen, 1869'da yayınlanan Reich Ceza Kanunu'nun Genel Hükümler kısmında ihmali suçlardan hiç bahsedilmemiştir¹⁷. Federal Alman Cumhuriyeti'nin kurulmasının ardından, yeni Alman Ceza Kanunu (StGB)'nda 1969-1975 yılları arasında yürürlüğe giren beş kanun değişikliği gerçekleşmiştir. Yeniliklerin önemli bir kısmı, ceza kanunun genel hükümleriyle ilgili olup¹⁸, ihmal suçlarına, 4 Temmuz 1969 tarihli İkinci Ceza Hukuku Reformu Yasası ile Ceza Kanunu'nun Genel Kısımında yer verilmiştir¹⁹. Ancak bu tarihe kadar ihmal, sorunun nasıl ele alınacağına kanundan anlaşılamadığı bir konu olmuştur. Almanya'da o dönemde hâkim olan görüş göre, annenin çocuğuna yiyecek sağlamaması ve çocuğunun ölmesi veya babanın boğulan çocuğunu kurtarmaması şeklinde gerçekleştiğinden bu gibi durumlarda failin yasal bir eylemde bulunma görevinin olduğu ve bunu yapmadığı her durumda sorumluluğun bulunduğuydur. Mahkemeler ise, suçun aktif olarak işlenmesi açısından ifade edilen bir suç tanımı içinde hareket etmek zorunda kalmıştır. Yasal yükümlülükler kanunla düzenlenmemiş olduğundan, bu tür ihmalkâr faillerin cezalandırılmasının yasallık ilkesini (*nullum crimen sine lege*) ihlal edip etmeyeceği konusunda şüpheler sıklıkla dile getirilmiştir²⁰. Aşağıda daha ayrıntılı açıklanacağı üzere artık Alman Ceza Hukuku açısından kanunilik ilkesi kapsamında tartışılabilir bir husus olmadığı ifade edilmektedir. Zira StGB'nin Genel Hükümler Kitabı'nın 13. maddesinde, suçun ihmal yoluyla işlenmesi ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir²¹.

1930 yılında İtalyan Ceza Kanunu'na ve 1975 yılında StGB'ye, görünüşte ihmali suçlara ilişkin genel bir hüküm eklenmiş olmasına rağmen, 765 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmına benzer bir ekleme yapılmamıştır. Ancak yine de Kanun'un 45. maddesindeki düzenleme²², icra ve ihmalin eşdeğer

¹⁵ FISCHER, s. 6; GÓMEZ-ALLER, s. 425.

¹⁶ AMBOS, Omissions, s. 29.

¹⁷ VORMBAUM, BOHLANDER, s. 226.

¹⁸ SÖZÜER, s. 3035.

¹⁹ VORMBAUM, BOHLANDER(Editor), s. 226,

²⁰ SCHRODER, s. 107, 108.

²¹ KÜHL, s. 508.

²² “Cürümde kasdin bulunmaması cezayı kaldırır. Failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden dolayı kanunun o fiille ceza tertip ettiği ahval müstesnadır. Kabahatlerde kasıt sabit olmasa bile herkes kendi fiil veya ihmalden mesuldür.”

görüldüğünü ortaya koymaktadır²³. Kanun'un Özel Hükümler kitabında ise, 455²⁴ ve 459.²⁵ maddeler, tartışmaya neden olmuştur. Zira uygulamada, ihmal suretiyle öldürme yahut yaralama suçlarının oluşması bakımından nedensellik bağının yokluğu nedeniyle suçun oluşmadığına hükmedilmiştir. Nitekim bu dönemde, sanığın değirmende bulunmadığı ve rıza ve bilgisinin olmadığı bir sırada, bir kimsenin değirmeni işletmeğe başlaması üzerine taşın patlayarak bu kimsenin ölümüne sebebiyet vermesi olayında, ilk derece mahkemesi değirmenciye Ceza Kanunu'nun 455 ve 459. maddelerine göre sorumlu tutmasına rağmen, Yargıtay Ceza Genel Kurulu sanığın fiili ile ölüm arasında doğrudan doğruya bir nedensellik bağı bulunmadığından dolayı kararı bozmuştur²⁶. Yine köpeğini başı boş bırakarak, bir kimsenin yaralanmasına sebebiyet veren şahsın, fiil başıboş bırakılan köpeğin mağduru ısırmasından ibaret olduğundan, maznunun yaralanmasına sebebiyet fiilinde doğrudan doğruya bir nedensellik bağı bulunmamış ve 459. maddeye göre cezalandırılmayacağına karar verilmiştir²⁷. Nihayet önceki Ceza Kanunu'nda yer almayan ihmal suretiyle icrai suçun şartları, genel hükümler kısmında değil ve fakat 5237 sayılı TCK'nın 83. maddesinde yer almıştır²⁸.

B. İCRAİ SUÇ- İHMALİ SUÇ AYRIMI

İcrai ve ihmali suçların temelindeki ayrım, davranışın gerçekleştiriliş şekliyle ilişkilidir. İcrai hareket, failin aktif hareketiyle dış dünyaya etkide bulunması olarak tezahür ederken, ihmali hareket failin iktidarında olmasına rağmen, pasif kalarak, mevcut bir vakıanın gidişatına müdahale etmemesi şeklinde ortaya çıkar²⁹. Bir başka ifadeyle, icrai suçlarda fiil, el kol hareketi, kafa sallamak, tekme vurmak yahut söz sarf etmek gibi, doğal niteliği haizdir. İhmali suçlarda ise hareket, *normatif* nitelik taşır. Aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere ihmali hareket, bir kimseye belli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklenmiş olmasına rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle gerçekleştirilir. İki hareket tarzı arasındaki yegâne benzerlik, aslında her iki hareket şeklinin de normatif sahada bir haksızlık teşkil etmesidir³⁰. Nitekim bir suçun düzenlenmesiyle korunması hedeflenen hukuki değer, icrai suçlarda bu değere saldırı teşkil eden bir hareketin yapılması, ihmali suçlarda ise bu değeri koruyan hareketin yapılmaması suretiyle ihlal edilmektedir³¹.

²³ ERBAŞ, Garantörlük, s. 130.

²⁴ “*Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur.*”

²⁵ “*Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahud meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlal edecek bir zarar iras eder yahud akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse...*”

²⁶ DÖNMEZER, Maddi Sebebiyet Alâkası, s. 117.

²⁷ DÖNMEZER, Maddi Sebebiyet Alâkası, s. 118.

²⁸ BAYRAKTAR, s. 65.

²⁹ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 390; DÖNMEZER, s. 92.

³⁰ İÇEL, ÖZGENÇ, SÖZÜER, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, s. 70, 71; HUGDES, s. 597.

³¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 393; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 398.

Öğretide icra (*tut*) ve ihmal (*unterlassen*) arasındaki farkın basit bir biçimde ortaya konulabileceği ifade edilirken şu ifadelere yer verilmektedir: Bir kimse, eğer enerji kullanarak bir olayı harekete geçirmiş veya belirli bir yöne yönlendirmişse bir şeyi “*yapmaktadır*” (*tut*); oysa olayı kendi akışına bırakan ve müdahale etme imkânını kullanmayan kimse ise “*izin vermektedir*” (*lässt*)³². Örneğin, bir yargıcı öldürmek için aracının altına saatli bomba yerleştiren kişilerin koyduğu bombanın, hayati bir tehlikeye sebep olmayacağını fark eden bir kimse, bu kişilerin başlattığı nedensel akışı bomba patladığında yargıcı öldürecek şekilde yerleştirerek devam ettirirse, artık bu icrai şekilde öldürme kapsamında görülmelidir³³.

İhmalin normatif bir yanının olmasının akılcı bir yanı bulunmaktadır. Zira hayatın olağan akışı içerisinde, bir kimsenin çabalarını bazı türden zararları önlemeye harcaması, zorunlu olarak diğer türdeki zararların önlenmesi aleyhine gerçekleşir. Dolayısıyla her zararı önlemedeki başarısızlık, hayatın kaçınılmaz bir gerçeği olarak cezai sorumluluk için genel bir temel olamaz. Aksi bir bakış açısı, sınırsız bir sorumluluk alanı yaratır; bu nedenle ihmalden sorumluluk, yasada (özel) bir yükümlülüğün belirlenmesine bağlıdır³⁴.

İhmali suçlar, *gerçek (saf) ihmali suçlar* ve *görünüşte (gerçek olmayan-garantörsel) ihmali suçlar* olmak üzere iki türdedir³⁵.

Gerçek (saf) ihmali suçlar, belirli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün olmasına rağmen, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi suretiyle işlenen suçlardır. Gerçek ihmali suçlarda, yükümlülüğün ihmal edilmesi yeterli olmakta, ihmali davranış dışında bir neticenin oluşması aranmamaktadır³⁶. Bu suçlarda icrai harekette bulunma yükümlülüğü, TCK m. 98’de düzenlenen yardım ve bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda olduğu gibi, doğrudan doğruya o suçun kanuni tanımından doğmaktadır³⁷.

Görünüşte (gerçek olmayan-garantörsel) ihmali suçlar ise³⁸, esasen icrai davranışla işlenebilen bir suçun işlenmesini önlemekle yükümlü olan kişinin (garantör), icrai suçu işlememiş olsa bile, neticeyi önlemek konusundaki özel yükümlülüğünü ihmal etmesinden ve bu nedenle tipik neticenin ortaya

³² KÜHL, S.509.

³³ KÜHL, s.509.

³⁴ GREASLEY, s. 2.

³⁵ Bu hususta üçlü bir ayırım yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bunlar, risk kaynaklarını kontrol etme biçimine ilişkin sorumluluğa dayanan ihmal suretiyle icra suçları, vatandaşlara karşı asgari dayanışma görevi ihlal edildiğinde cezalandırılan basit ihmal suçları ve bu iki kategori arasında bir yerde, insanlar arasındaki belirli zamanla gelenekselleşen davranış kalıpları veya ilişkilerden kaynaklanan nitelikli dayanışma görevinin ihlali nedeniyle sorumluluğa dayanan üçüncü bir tür ağırlaştırılmış ihmal suçu yer alır. SÁNCHEZ, s. 466.

³⁶ İÇEL, ÖZGENÇ, SÖZÜER, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, s. 72.

Gerçek ve görünüşte ihmali suçun ayırımının yapılmasında, netice unsurunun aranmasına ilişkin eleştiri için bkz. ERBAŞ, Garantörlük, s. 111 vd.

³⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 394.

³⁸ Bazı yazarlar bu tür ihmalleri, “*nitelikli veya ağırlaştırılmış ihmaller*”, “*orta düzeyde ciddi ihmaller*” veya “*garantörün görevini ihmal suçu*” olarak adlandırmıştır. SÁNCHEZ, s. 465; GÓMEZ-ALLER, s. 421.

çıkmasından kaynaklanır³⁹. Görünüşte ihmali suçu özellikli kılan husus, emir normunun objesi ve süjesi arasındaki hukuki değerin korunmasına yönelik bu sıkı ilişkidir⁴⁰. Buna göre, bir kimse zararı önlemek bakımından özel bir yükümlülüğe sahipse ve bunu yerine getirmemezse, “*sanki zarara sebep olmuş gibi*” sorumlu olur⁴¹. Alman öğretisi açısından gerçek olmayan garantörsel (ihmali) suçun dogmatığının önceden içtihat ve doktrinle geliştirildiği, her ne kadar bir fiilin icra edilmemesi sebebiyle de suçun oluşabileceği konusunda fikir birliği olsa da bunun şart ve sınırlarının halen tartışmalı olduğu ifade edilmektedir⁴².

İhmali suçların mezkûr iki türü arasındaki temel fark, gerçek ihmali suçlarda belli bir yönde icrai davranma yükümlülüğünün bulunmasına rağmen, kişinin ortaya çıkabilecek neticeyi önlemek bakımından özel (teminat) bir yükümlülüğünün bulunmamasıdır⁴³. Bir başka ifadeyle, gerçek ihmali suçlarda fail, toplumsal olarak beklenen ve yasal olarak kodlanmış davranışı (ihtiyaç sahibi bir kişiye yardım etme gibi) yerine getirmemesinden, toplumsal olarak beklenen özen veya titizlik düzeylerine uymaması temelinde sorumlu tutulur⁴⁴. Alman öğretisinde ifade edildiği üzere garantörlük görevi, gerçek ihmali suçlardan çıkmaz. Bu anlamda StGB § 138 ve StGB § 323c tarafından yüklenen genel nitelikte bir ihbar-yardım sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmemesi, garantörlük ve insan öldürme yahut buna iştirak nedeniyle failin cezalandırılması için yeterli değildir⁴⁵.

Görünüşte ihmali suçlarda esasen icrai hareketle işlenebilen suçların, kanunda ihmali hareketle de işlenebileceğinin düzenlenmesinin yanında⁴⁶ özellikle herkes için geçerli olan “*toplumsal dayanışmadan kaynaklanan yardım veya bildirim yükümlülüğü*” ile “*bazı sıkı ilişkilerden kaynaklanan neticeyi engelleme yükümlülüğü*”nün, bu iki tür ihmali suçun ayırımında kullanılan teorilerden biri (garantörlük teorisi) olduğu ifade edilmektedir⁴⁷. Bazı yazarlar, ihmal suretiyle icra suçlarının, özel olarak bir ödevde uygun davranmakla yükümlü olan kişinin, nitelikli (özel) bir dayanışma ödevini ihlal ettiği durumlar olduğunu savunmaktadır. Böylece asgari dayanışma görevinin ihlali anlamına gelen ihmal suçları (basit ihmal) ile nitelikli dayanışma görevinin ihlali anlamına gelen ihmal suçları (nitelikli ihmal) arasındaki fark, suçlu ile mağduru birbirine bağlayan bağın yoğunluğunda yatmaktadır⁴⁸.

³⁹ GÓMEZ-ALLER, s. 421; İÇEL, ÖZGENÇ, SÖZÜER, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, s. 73; HEINRICH, s. 96. ÖZGENÇ, İhmali Suç Teorisi, s. 311.

⁴⁰ ERBAŞ, Garantörlük, s. 92. Görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. s. 93 vd.

⁴¹ GÓMEZ-ALLER, s. 438.

⁴² LACKNER, KÜHL, HEGER, StGB 13, Rn. 1.

⁴³ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 402; KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 395.

⁴⁴ AMBOS, Omissions, s. 22.

⁴⁵ SCHONKE, SCHRODER, StGB § 13, Rn. 57.

⁴⁶ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 397.

⁴⁷ Ancak burada dikkat etmek gerekir ki tehlikesiz bir soğuk algınlığında, hastaya yardım edilmemesinde olduğu gibi genel sosyal dayanışma içerisinde kabul edilen ihmaller cezalandırılmaz. Burada acil yardım gerekliliğine dayanan bir dayanışma sorumluluğu söz konusu olmalıdır. HAKERİ, Genel Hükümler, s. 166.

⁴⁸ SÁNCHEZ, s. 453, 466.

Diğer yandan, görünüşte ihmali suçların sıkı- özel ilişkileri ifade etmesinin daha yüksek bir sorumluluğa, gerçek ihmali suçların ise sosyal yaşamın evrensel alanından kaynaklandığından daha düşük bir sorumluluğa işaret ettiği (hukuki yükümlülüğün özelliği teorisi) de ortaya konulmuştur⁴⁹. Komşusunun eşine saldırdığını duyan ve polisi aramayan ya da kan kaybindan ölmek üzere olan birine yardım etmeyen bir kişi, mağdura aktif olarak zarar vermemekte ya da onu öldürmemekte ancak onun zarar görmesine izin vermektedir. Bu, üçüncü taraflara yardım sağlama konusundaki genel bir görevin ihlalini içeren ve her vatandaşı eşit şekilde etkileyen daha az ciddi bir suç olarak kabul edilmektedir⁵⁰. Örneğin, ilişki TCK'nın 83, 88 ve 97. maddelerindeki gibi sıkı değilse 98. maddedeki ihmalin ölüm neticesine bağlanma derecesi de 83. ve 88. maddelerdeki sonuca (ölüm neticesi sebebiyle uygulanan yaptırıma) bağlanma derecesiyle aynı olamaz⁵¹.

İhmali suçlarda, hareket teorisine göre, suçun işlenmesini (gerçek ihmal suçu) yahut neticenin gerçekleşmesini önlemek bakımından (görünüşte ihmali suç) failin ne zaman harekete geçebileceğini ve geçmesi gerektiğini bilmek önemlidir. Zira ihmali suçlarda ceza sorumluluğu genellikle icrai hareketle önlenemediğinden, suçun işlenme süresi de bu süreyi kapsar. Bu nedenle suç, failin aktif harekette bulunma görevini tetikleyen koşulların farkına vardığı anda başlar ve genellikle aktif harekette bulunma görevi artık geçerli olmadığında sona erer. Zira artık yasal bir hakkın ihlal edilme tehdidi gerçekleşmiş olup bu durum önlenemez. Suçun daha erken sona ermesi, ancak aynı suçun fail tarafından ihmal yoluyla artık (tekrar) işlenmemesi halinde mümkün olabilir⁵². Örneğin, vergi kaçakçılığı durumunda, vergi kaçakçılığı vergi beyannamesinin zamanında verilmemesiyle oluşuyorsa, suçun süresi vergi beyannamesinin verilmesi için gereken sürenin dolmasıyla sona erer; ancak bundan sonra da beyanname verme yükümlülüğü devam eder. Bu tür vergi kaçakçılığına örnek olarak, peşin KDV beyannameleri ve ücret vergisi beyannameleri gibi beyannamelerin geç verilmesi veya hiç verilmemesi gösterilebilir⁵³. Diğer bir örnek, TCK m. 98'de bildirim yükümlülüğü yönünden bildirimin “*derhal*” yapılmasının aramasıdır. Bu nedenle, söz konusu suçta yardım/bildirim yükümlülüğü yönünden gecikme hali dahi cezai sorumluluğu doğurur. Failin sorumluluğu bakımından, hiç bildirimde bulunmamakla geç bildirimde bulunmak arasında herhangi bir fark söz konusu değildir. Bu halde, fail durumu ilgili makamlara zaman geçtikten ve mağdur zarara uğradıktan sonra bildirirse bile, derhal bildirimde bulunmadığı için, bu ihmali davranışı suç teşkil eder⁵⁴. Ancak bu durum somut olayın özelliklerine göre cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilir.

⁴⁹ SÁNCHEZ, s. 453, 454; ERBAŞ, Garantörlük, s. 100.

⁵⁰ GÓMEZ-ALLER, s. 421.

⁵¹ ERBAŞ, Garantörlük, s. 119, 120. Ayrıca bkz. ARTUK, ALŞAHİN, s. 10; HEINRICH, s. 97.

⁵² AMBOS, StGB § 8, Rn. 13.

⁵³ AMBOS, StGB § 8, Rn. 13.

⁵⁴ ARTUK, ALŞAHİN, s. 21.

II. GARANTÖRLÜK KAVRAMI

A. GENEL AÇIKLAMALAR

Suçların birçoğunun tabii olarak “icrai davranış” ile gerçekleşmesi, bu suçların ihmali davranışlarla da işlenebileceği kabulünü gerektirmez. Bir başka ifadeyle, icrai şekilde işlenen bir suç tipinin (kasten öldürme, TCK m. 81) ihmali şekilde işlenen halinin cezalandırılabilmesi (kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, TCK m.83), onun ayrıca ve açıkça kanunda düzenlenmesine bağlıdır. Ceza hukukunun temel ilkelerinden biri olan kanunilik ilkesi bunu gerektirir⁵⁵. İhmali suçların normatif yanına da işaret eden kanunilik ilkesi, ihmalin ceza yaptırımına tabi olma şartlarının, ülkenin tercih ettiği suç-ceza politikasına göre, ceza kanununun genel veya özel hükümler kitabında düzenlenmesine hizmet eder. Böylece yukarıda kısaca ifade ettiğimiz, ihmali suçlardaki “yükümlülüğün” ve dolayısıyla ceza sorumluluğun sınırları da çizilmiş olur. Özellikle görünüşte ihmali suçlar söz konusu olduğunda bu yükümlülük “özel” bir niteliğe bürünerek, “garantörlük” kavramının ortaya çıkmasını sağlar.

Garantör kelime anlamıyla, bir konuda güvence/teminat veren ve bunun gerçekleşmesini gözeten ve denetleyen (kimse, kuruluş veya devlet), güvenceci olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Ceza hukuku bakımından *garantör* ise, tehlike altındaki yasal menfaatin zarar görmemesini veya tehlike kaynağının kimseye zarar vermemesini yasal olarak garanti etmesi gereken kişidir⁵⁷.

StGB’nin “Genel Hükümler” kitabının 13. maddesine göre, “(1) Bir ceza kanununda yer alan bir suç tipindeki bir neticeyi bertaraf etmekte ihmal gösteren bir kişinin bu kanuna göre cezalandırılabilmesi için, neticenin meydana gelmemesi için hukukî yükümlülük şeklinde bir sorumluluk üstlenmiş olması ve bu ihmali davranışın kanundaki suç tipini gerçekleştiren icrai bir davranış gibi kabul edilmiş olması şarttır. (2) Ceza, 49 uncu maddenin birinci fıkrası gereği indirilebilir⁵⁸.”

Türk Hukuku bakımından, TCK’nun genel hükümler kitabında özel bir düzenleme bulunmamakla beraber, özel hükümler başlıklı ikinci kitapta, “Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi” başlıklı 83. maddede, “(1) Kişinin yükümlü olduğu belli bir icrai davranış gerçekleştirmemesi dolayısıyla meydana gelen ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, bu neticenin oluşumuna sebebiyet veren yükümlülük ihmalinin icrai davranışa eşdeğer olması gerekir. (2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir.” düzenlemesi bulunmaktadır.

⁵⁵ ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 402.

⁵⁶ <https://sozluk.gov.tr/>, (E.T. 13.01.20025).

⁵⁷ AMBOS, StGB § 8, Rn. 13.

⁵⁸ YENİSEY, PLAGEMANN, s. 15, 16.

Her iki kanunda da failin yükümlülük ihmalinden bahsetmektedir ki bu durum failin “*garantör*” olarak kabul edilmesini sağlayan düzenlemedir. Böylece garantörlük, neticeyi önleme “*yükümlülüğü*” nün bulunduğu görünüşte ihmali suçlarda karşılaşılan bir kavramdır. Bu hukuki yükümlülük, fail tarafından ihmal edilen “*özel nitelikte bir yükümlülük*” ihmalidir. Zira daha sonra ayrıntılı olarak ifade edeceğimiz üzere, failin icrai davranışta bulunma yükümlülüğü, özel olarak kendisine ithaf edilmiştir. Daha doğrusu kendisi bu yükümlülüğe, kanun, sözleşme, ön gelen tehlikeli eylemi vs. dolayısıyla tabidir.

Garantörlük kapsamında ele alınan özel yükümlülük genel olarak, “*koruma yükümlülüğü*”, “*gözetim yükümlülüğü*”, “*teminat yükümlülüğü*” yahut “*koruma ve gözetim yükümlülüğü*” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁹. Kimi durumlar da birden fazla yükümlülük çıkışabilir ki buna örnek olarak kurumda görev alan müdürün, mahkûmlardan birinin diğerini yaralamasını önlemek için müdahale etmemesi gösterilmektedir. Bu ihtimalde müdürün hem suçun önlenmesi hem de yaralanmaların önlenmesi için özen yükümlülüğünün aynı olayda ihlalinden bahsedilmektedir⁶⁰

Belirtmek gerekir ki Alman Hukuku’nda, koruma ve gözetim yükümlülüğü kavramlarının, “*garantör*” ifadesini açıklamaktan öte, bazı teorik tartışmaları çözmek bakımından ayrı kavramlar olarak ele alındığı görülmektedir. Kimi yazarlar, bazen ihmali davranışta bulunan kişinin failliği ile şerikliği arasındaki ayrımı, garantörlük pozisyonunun türünden türetmek istemektedir: Buna göre, gözetim yükümlülüğü (*Überwachergarant*) olan kişi kural olarak sadece şerik olarak kabul edilirken, neticenin ortaya çıkmasını engellemeyen koruma yükümlüsü (*Beschützergarant*) olan kişi fail olarak kabul edilir. Dolayısıyla burada, farklı garantör pozisyonlarına farklı değer atfedilmektedir⁶¹. Ancak bu değerlendirmenin doğrudan kanundan çıkarılabileceğini söylemenin pek mümkün olmadığı da ifade edilmektedir. Zira StGB m. 13 düzenlemesi incelendiğinde, gerçek olmayan ihmal nedeniyle cezai sorumluluğun oluşabilmesi bakımından belirleyici faktörün, “*neticeyi önleme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı*” olduğu ancak, 13. madde kapsamında eşit öneme sahip olan “*neticeyi önleme yükümlülüklerine*” neden farklı ağırlıklar verilmesi gerektiğinin belirsizliğini koruduğu da savunulmaktadır⁶².

Aslında “*koruma yükümlülüğü*” ve “*gözetim yükümlülüğü*” şeklindeki ayırım, “*Fonksiyon Teorisi*” taraftarlarının görüşlerinden kaynaklanmaktadır. Zira bu teori kapsamında, garantörlük kaynaklarının çok çeşitli olabileceği, dolayısıyla kanun koyucunun bu noktada doğrudan bir düzenlemeye gitmesinin doğru olmayacağı, garantörlüğe ilişkin genel bir tanım yapılmasının yeterli olduğu, bu yükümlülüğün kaynaklarına ilişkin doğrudan bir kanuni düzenleme öngörülemeyeceği ifade

⁵⁹ İÇEL, ÖZGENÇ, SÖZÜER, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, s. 73; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 403.

⁶⁰ SCHONKE, SCHRODER, StGB § 13, Bosch, Rn. 16.

⁶¹ RANSIEK, b) Zeitgleiches Tun und Unterlassen, 5 von 9, Das unechte Unterlassungsdelikt JuS 2010, [https://beck-online.beck.de/\(E.T. 12.10.2024\)](https://beck-online.beck.de/(E.T. 12.10.2024)).

⁶² RANSIEK, b) Zeitgleiches Tun und Unterlassen, 5 von 9, Das unechte Unterlassungsdelikt JuS.

edilmektedir. Teoriye göre garantörlük, aile bağları, yakın yaşamsal ilişki, sözleşme yahut gönüllü üstlenmede olduğu gibi “*koruma garantörlüğü*”, araç ve bina sahipleri, tehlikeli madde üreticileri, tehlike kaynaklarının sahiplerinde olduğu gibi, “*gözetim garantörlüğü*” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bazı görüşler kapsamında garantörlüğün kaynağı ise (*hukuki kaynak teorisi*), kanun, sözleşme ve ön gelen tehlikeli eylem olmak üzere üç temele dayanabilir⁶³. Ekleme gerekir ki Alman öğretisinde son olarak sayılan bu yükümlülük kaynaklarının artık yanıltıcı ya da en azından yeterli görülmediği ifade edilmiştir⁶⁴. 19.yy’da tartışılmaya başlanan, daha sonra İmparatorluk Mahkemesi ve Federal Mahkeme tarafından kabul edilen kanun, sözleşme ve ön gelen tehlikeli eylem şeklindeki yükümlülük kaynaklarının sorumluluk alanlarını çok geniş mi yoksa dar mı tuttuğu tartışılmalıdır⁶⁵. Örneğin 1930’larda RG tarafından yakın birlikte yaşamdan kaynaklanan garantörsel yükümlülük de dördüncü bir tür olarak kabul edilmiştir⁶⁶.

Türk ve Alman ceza kanunlarında garantörlük, normatif olarak koruma yahut gözetim yükümlülüğü şeklinde bir ayrıma tabi tutulmuş değildir. Önem arz eden husus, failin neticeyi önlemek bakımından hukuki bir yükümlülük altında bulunmasıdır⁶⁷. Şu hâlde failin ortaya çıkan neticeden dolayı cezalandırılabilmesi için sahip olunan özel yükümlülük bakımından “*soyut bir ahlaki yükümlülüğün*” ötesinde “*hukuki bir yükümlülüğün*” varlığı gerekir⁶⁸. TCK kapsamında bu hukuki yükümlülük, kanun, sözleşme ve ön gelen tehlikeli eylem iken (hukuki kaynak teorisi), StGB’de bu yönde bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Bununla birlikte Alman öğretisinde de içtihat hukuku açısından belirleyici olduğu söylenen eski öğretiye göre garantörsel yükümlülüğün, kanun, sözleşme, ön gelen tehlikeli eylem ve yakın birlikte yaşama dayandığı ifade edilmektedir⁶⁹. Yakın kişisel bağlar şeklinde de ifade edebileceğimiz yakın birlikte yaşama örnek olarak Alman Medeni Kanunu’nun (*bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) 1353.maddesi kapsamında eşlerin, birbirinin can ve mal güvenliğine yönelik tehlikeleri engellemekle yükümlü olduğu ifade edilebilir⁷⁰. Ancak sosyal uygunluk teorisi kapsamında, toplumsal bakımdan uygun hareketlerde bulunan kimselerin garantör sayılmayacakları ve bu suretle ihmali davranışlarından ötürü de garantörsel ihmali suçlardan dolayı sorumlu tutulamayacakları (TCK 83’teki gibi) hususundaki görüşler de dikkate alınmalıdır⁷¹.

⁶³ YURTLU, İhmali Suçların Yapısı., s. 605.

⁶⁴ SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 7.

⁶⁵ KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, StGB § 13, Rn. 30.

⁶⁶ KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, Rn. 30

⁶⁷ LEAVENST, s. 554.

⁶⁸ İÇEL, ÖZGENÇ, SÖZÜER, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, s. 73; ÖZGENÇ, Türk Ceza Hukuku, s. 403.

⁶⁹ HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, StGB § 13, Rn. 34.

⁷⁰ Ancak bu yükümlülüğün sadece boşanma kararının kesinleşmesi ile değil eşlerden birinin, diğer eşle artık evlilik ilişkisini yeniden tesis etme niyetinde olmama niyetiyle ayrılması halinde de sona ereceği ifade edilmiştir. HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, Rn. 38.

⁷¹ HAKERİ, Önemsiz Hareketler, s. 78.

Amerikan Hukuku’nda mahkeme kararlarından çıkan bazı “*özel yükümlülük*” ölçütleri vardır. Bunlar,

- *bir kişinin statüsünden, taraflardan birinin diğerine bakım sağlama konusunda sorumluluğunun olduğu ilişkiler* (bir ebeveynin reşit olmayan çocuklarının ihtiyaçlarını karşılama ve koruma görevi, bir kişinin eşine bakma görevi ve bir gemi kaptanının mürettebatına yardım etme görevi),

- *sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler* (sarih yahut zımni),

- *arazi sahibinin görevi ve diğerlerini kontrol etme görevi* (dava sayısı az olmakla birlikte, arazi sahibinin araziyi güvenli tutma yükümlülüğünün veya hizmetlilerinin başkalarına zarar vermemesini sağlama yükümlülüğünün ihlali, uygun koşullarda cezai sorumluluğa yol açabilir.),

- *tehlikenin yaratılmasından doğan yükümlülük* (bir kişi başkasını tehlikeye atmak için kusurlu bir şekilde hareket ederse, mağduru kurtarmak için yasal bir görevi vardır.) ve

- *gönüllü üstlenmeden kaynaklanan yükümlülüktür*. (Bir gönüllünün kazazedeye yardım etmeye başladıktan sonra kusurlu bir şekilde harekete geçmemesi, bu yasal özen yükümlülüğünü ihlal eder.)⁷²

Söz konusu özel hukuki yükümlülük, bazı yazarlarca da “*medeni hukuka ilişkin herhangi bir yükümlülük*” olarak kabul edilmiştir. Ancak sözleşme ve haksız fiil hukukunun temelde tazminata dayalı özelliği göz önüne alındığında, medeni hukuka ilişkin her yükümlülük ihlalinin ceza hukuku kapsamında cezalandırılması gerektiğini öne sürmek mümkün olmayabilir. Örneğin, müteahhidinin bir hastaneye ana erişim yolunu sağlayan yolun onarılması için gerekli asfaltı geç ifa ettiği varsayıldığında, ambulansın gecikmesi sonucu kalp krizi geçiren bir kişinin ölmesi halinde, müteahhidin ölüm neticesinden sorumlu olduğunu ileri sürmek mümkün görülmeyebilir⁷³.

Dayanışma ilkesi kapsamında söz konusu olan yardımlaşma ilkesi öncelikle ahlaki bir ilke olarak görülmektedir⁷⁴. Neticenin gerçekleşmemesinin sağlanması, garantörün yükümlülüğü olup bu durum sadece bir ihtimal ya da ahlaki bir yükümlülük olarak görülmemektedir⁷⁵.

B. ÖZEL HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜK TÜRLERİ

Klasik anlamda özel hukuki yükümlülük ilk olarak *Kanun*’dan kaynaklanabilir. Belirtmek gerekir ki ailevi ilişkiler açısından söz konusu olan özel yükümlülüklerin, eskiden “*kanun*”dan kaynaklanan yükümlükler arasında olduğu ifade edilmiş ve yeni öğreti açısından kanun yerine “*yakın kişisel bağlar*” ya da “*doğal bağlar*” yönüne dikkat edildiği söylenmiştir⁷⁶. Türk hukukunda kanun

⁷² LEAVENST, s. 557-559. ABD’de dört kaynağa (kanun, sözleşme, özel ilişki ve gönüllü bakım üstlenme) atıfta bulunan Jones davası için bkz. AMBOS, Omissions, s. 33.

⁷³ LEAVENST, s. 555.

⁷⁴ KÜHL, s. 507.

⁷⁵ HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, Rn.33; SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 7.

⁷⁶ KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, Rn. 55

kaynaklı yükümlülükler arasında gösterilen ailenin bakım yükümlülüklerine karşın Alman öğretisinde uzun süreli ilişki içindeki eş ve partnerler, çocuklar lehine koruma görevi ve çocukların, ebeveyne karşı yükümlülüklerden bahsedilebilir⁷⁷.

Burada tartışılan bir diğer nokta, karısının ölümüne yol açacak koşullarda eşine yardım etmeyen kocanın ihmalinin eşini öldürmekle eşdeğer olup olmadığı hususudur.⁷⁸ Kimi yazarlar bazı durumlarda “garantörlüğü”, somut olaydaki özel yükümlülüğün derecesine göre değerlendirmek gerektiği üzerinde durmaktadır. Örneğin, eşler hayatlarının belirli yönlerini (örneğin ortak mülklerini) birlikte yönetmelerine rağmen, birbirlerinin korunmasını küçük çocuklarla yaptıkları gibi yönetmezler veya idare etmezler. Dolayısıyla bir kimse, eşini sokakta yaralı halde bulsa ve ona herhangi bir yardımda bulunmasa bile bu, eşini öldürdüğü anlamına gelmez. Onun bu ihmali, herhangi bir diğer vatandaşa verilecek cezadan daha ağır bir cezayı gerektirebilir; ancak bu, onun sanki fiilen ölümüne sebep olmuş gibi eşini öldürdüğü anlamına gelmez⁷⁹. Bu yazarlara göre, yatalak olan hasta eşinin bakımını kocanın üstlenmesi durumunda durum farklıdır. Zira burada devreye bir unsur daha girmekte, koca, eşini besleme, ilaç verme vb. görevleri üstlenmektedir. Ona bu yardımı yapmamakla koca, sanki vücuduna ilaç veren kateteri kesiyormuş gibi, onun beslenme veya ilaç kanallarını da kesmektedir. Dolayısıyla bir kimse, bir şahsın veya bir şeyin özel koruma araçlarını yönetme sorumluluğunu üstlendiğinde, onun ihmali, korunan şahsa veya şeye fiilen zarar veren bir eylem olarak değerlendirilebilir⁸⁰. Yakın ilişki bağından kaynaklanan yükümlülük konusuna örnek olarak eşlerden birinin, diğerinin suç işlemesini önlemek veya kişisel sorumluluk dolayısıyla intiharını önlemekle yükümlü olmadığı da ifade edilmektedir⁸¹. Yine bu yükümlülük bağı açısından fiilen birlikte yaşamasalar dahi doğrudan akrabalık bağı bulunan kişilerin birbirine yardım etmekle yükümlü olduğu söylenmektedir⁸².

Kanundan kaynaklanan yükümlülükler açısından, kamu görevlilerinin garantörlük görevleri de örnek verilebilir. Buna göre sorumluluk alanları ile ilgili olarak bu kişilerin, devletin mal mülk ve resmi sırların korunması gibi hususlarda özen yükümlülüğü olduğu ifade edilmektedir⁸³. Bununla birlikte kamu görevlilerinin -özellikle polislerin- sadece yetki ve görev kapsamındaki istisnai hallerde değil belirli kamusal ve bireysel menfaatler açısından da özen yükümü ile yükümlü sayılabilecekleri konusunda içtihat hukukunun olumlu görüşte olduğu ifade edilmektedir⁸⁴. Bu yükümlülük açısından

⁷⁷ Belirtelim ki esasen ailenin bakım yükümlülükleri de sosyal görev kaynaklı yükümlülükler arasında yer almaktadır. Aynı başlık altında kamu görevlilerinin garantörlük görevleri de zikredilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, Rn. 54-64.

⁷⁸ TCK’da “eşdeğerlilik” kavramı, StGB m. 13’te olduğu gibi icrai suçun neticesinin fiziksel olarak “ihmali davranış ile de meydana getirilişi” manasında değil, İsp. CK md.11’deki gibi “yükümlülükler nedeniyle ihmali davranışın icrai davranışa eşdeğer olması” anlamında kullanılmıştır. ERBAŞ, Garantörlük, s. 187.

⁷⁹ GÓMEZ-ALLER, s. 439.

⁸⁰ GÓMEZ-ALLER, s. 439.

⁸¹ HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, Begehen durch Unterlassen, Rn. 38.

⁸² HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, Begehen durch Unterlassen, Rn. 40.

⁸³ KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, Rn. 62.

⁸⁴ LACKNER, KÜHL, HEGER, Rn. 14.

garantörün, suçları önleme yükümlülüğünden de bahsetmek mümkündür. Okul müdürünün, öğrencilerini cinsel saldırıdan koruma yükümlülüğü örnek verilebilir⁸⁵. Son olarak yükümlülüğün bir başkasına devredilmesi ihtimalinde, örneğin belediye dairelerinin bakım işinin bekçiye devredilmesi ihtimalinde bakım işlerinden sorumlu olan daire başkanının, bekçiyi denetleme yükümlülüğü devam etmektedir⁸⁶.

Bir diğer özel yükümlülük kaynağı *sözleşmedir*.

Esasen özel hukuk kapsamındaki bir yükümlülüğün, bir kimseyi koruma yükümlülüğünün sözleşme ilişkisiyle üstlenilmesi veya uzun bir süre boyunca devam eden iş ilişkilerine dayanan özel bir güven ilişkisi teşkil etmediği sürece, ceza hukuku anlamında bir eylem yükümlülüğü doğurmayacağı ifade edilmektedir⁸⁷. Yükümlülük bir sözleşmeye dayanıyorsa bu durum sözleşmenin akdedilmesiyle değil fiilen üstlenilmesi ile doğar⁸⁸. Şunu da belirtmek gerekir ki sözleşme kaynaklı bir yükümlülüğün, genel işlem şartlarındaki düzenlemelere dayandırılmasının da pek olası olmadığı ifade edilmektedir⁸⁹.

Örneğin, bir doktor veya hemşirenin hastasına bakma görevi vardır. Bir demiryolu şirketi tarafından, bir kavşakta sürücülerini korumak için işe alınan işi, yaklaşan bir tren konusunda sürücülerini uyarmakla yükümlüdür. Benzer şekilde, bir plajın sahibi tarafından işe alınan bir cankurtaranın, boğulan bir kişiyi kurtarma görevi vardır⁹⁰.

Özellikle (sözleşmeye dayalı olarak) tedaviyi yapan hekim, tedavi sözleşmesi çerçevesinde ve süresince garantör konumundadır. Burada sözleşmenin veya sözleşmenin kısımlarının hukuki geçerliliği değil, koruyucu bir işlevin fiilen üstlenilmesi veya güvenin kullanılması önem taşımaktadır. Hipokrat Yemini veya tıp uygulama lisansı, tek başına belirli bir tehlike kaynağı veya belirli bir kişinin belirli bir yasal çıkarı için sorumluluk oluşturmaları için bir garantör statüsü oluşturmaz. Bu anlamda sağlık için genel bir yasal garantörlük hali yoktur⁹¹. İhmali davranışın, failin talimatını uygulayan diğer kişilerden (örneğin hemşire) kaynaklanması olasılığında, durum daha karmaşık hale gelse de temelde aynı kurallar uygulama alanı bulur⁹².

Ön gelen tehlikeli eylem de görünüşte ihmali suçların bir kaynağı olarak kabul edilmiştir. Buna göre, tehlikeye kaynaklık eden kişi, onu güvenli hale getirmek için ilgili koruyucu önlemleri almaktan

⁸⁵ LACKNER, KÜHL, HEGER, Rn. 14

⁸⁶ LACKNER, KÜHL, HEGER, Rn. 14.

⁸⁷ SCHONKE, SCHRODER, Begehen durch Unterlassen, Rn. 59.

⁸⁸ HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, Begehen durch Unterlassen, Rn. 46.

⁸⁹ SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 59.

⁹⁰ ROBINSON, s. 115.

⁹¹ SCHUHR, Rn. 5.

⁹² SCHUHR, Rn. 6.

sorumludur⁹³. Bahse konu yükümlülüğün, başkalarına zarar vermeme yasağı ile (*neminem laede*) gerekçelendirilemeyeceği ifade edilmiştir⁹⁴.

Alman mahkemelerinin ve yazarlarının çoğu, mağdura zarar veren bir “*tehlike yaratılmasından*” sonra, yardım etmeyi ihmal eden failin, fiilen zarara yol açmış gibi sorumlu tutulması için “*Ingerenzprinzip*” (ön gelen tehlikeli eylem) adını verdikleri kurumu kabul etmektedir. Bu nedenle Alman hukukuna göre, örneğin bir kazadan sonra mağdurun hayatını kurtarmamak, ihmal yoluyla öldürmeyi oluşturmaktadır⁹⁵. Ayrıca bir tehlike kaynağının yerini değiştiren kişinin yeni bir tehlike meydana getirdiği söylenebilir ki bu ihtimalde kişinin, ortaya çıkan tehlikeleri de önlemekle yükümlü olduğu söylenmelidir⁹⁶.

Ön gelen tehlikeli eylem kronolojik açıdan, genellikle icrai suç ile ihmali suç birbirini takip ettiği zaman söz konusu olan bir kurumdur. İhmali hareketin icrai hareketi takip ettiği tipik örneklerden biri, önceki taksirle gerçekleştirilen bir fiili, korunan hukuki değeri kasten ihlal eden ihmali hareketin icrai harekete eşdeğer olduğu sonraki fiilin takip etmesidir⁹⁷. Ön gelen tehlikeli eylemin bu yapısı, failin ne şekilde cezalandırılması gerektiği hususunda tartışmaya neden olmaktadır.

Alman hukuku bakımından örneğin bir sürücünün, taksirle yaraladığı yayayı kasıtlı olarak kurtarmaması ve bunun sonucunda yayanın ölmesi örneğinde, genellikle icrai hareketle taksirle öldürme, ihmali hareketle kasten öldürmenin içinde erimektedir (tüketen-tüketilen norm)⁹⁸. Hatta bazı yazarlar, önceki eylemin de kasten işlenmiş olması ihtimalinde, bir hukuki değeri koruyan birden fazla norm mevcut ise ortak korumayı sağlayan normun uygulanması ile diğer normların da ortak normun içinde tükenmiş olduğunu ifade etmektedir⁹⁹. Yani kişinin kasten hasmına ateş etmesi ve yaralanan hasmını hastaneye götürmemesi, taksicinin yolda seyir halinde iken kırmızı ışıkta durmaması, karşıdan karşıya geçmekte olan yayaya çarpması ve çarptıktan sonra da hızlıca olay mahallinden uzaklaşması yahut hekimin hasta yakının ona telefonda verdiği bilgilere dayanarak telefonda hastaya teşhis koyması, tedavi direktifleri vermesi, direktifler yüzünden hasta kötüleştiğinde de hastayı kurtarmaya yönelik herhangi bir girişimde bulunmaması davranışlarının sonucunda ölüm neticesi meydana gelirse, failin tehlike meydana getiren önceki davranışı (kasti) ile yaraladığı kişiyi hastane götürmemesi, ihmal suretiyle icra suçunu oluştursa da ilk hareketinin cezalandırılmasıyla ikinci hareketi de cezalandırılmış olur. Zira icrai davranışla kasten insan öldürme, ihmali davranışla kasten öldürme suçunu tüketir¹⁰⁰.

⁹³ BRUGGEMEIER, s. 359.

⁹⁴ SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 32.

⁹⁵ GÓMEZ-ALLER, s. 449.

⁹⁶ SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 32.

⁹⁷ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 290.

⁹⁸ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 290.

⁹⁹ ERBAŞ, Tespit Meselesi, s. 430-432.

¹⁰⁰ ERBAŞ, Tespit Meselesi, s. 430-432.

Bazı yazarlara göre ise, icrai davranışı, ihmali davranışın takip ettiği durumlarda, önceki veya sonraki suçun birlikte cezalandırıldığı varsayımı oldukça sorunludur: Fail, hayatî tehlike arz eden yaralamalar meydana getirdiği mağdurun, kendisini hâlâ kurtarabilecek durumda olmasına ve kanunen bunu yapması gerekmesine rağmen, kasten kan kaybından ölmesine izin verirse (§§ 212 para. 1, 13, 323c para. 1), yalnızca bir kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır (§ 212 para. 1 veya §§ 212 para. 1, 13). StGB'nin “*Yardım Sağlamama, Yardım Sağlayan Kişilerin Engellenmesi*” başlıklı 323c maddesinin 1. fıkrası uyarınca mağdura yardım sağlanmaması, ihmal suretiyle icrai öldürme sorumluluğundan daha öncelikli görülebilir. Bu görüşe göre, önceki ve sonraki suçun farklı suçlar olduğu ve birinin diğerinin yerini alabileceği şeklindeki yanlış düşüncüyü reddetmek gerekir. Davranış normlarının birçoğu, her biri tek tek ele alındığında kınanabilir¹⁰¹.

Bu bakımdan durum, örneğin mağdurun birden fazla yumrukla yaralanmasından farklı değildir. Birden fazla yumruk, prensip olarak yalnızca bir yumruğa kıyasla daha ağır bir bedensel zarar eylemi oluştururlar. Bir suç tipinin ihlali, bu ihlalin öncesinde veya sonrasında gerçekleşen başka bir ihlal nedeniyle göz ardı edilemez. Bu, fiilin cezalandırılması bakımından da geçerlidir. Fakat burada mahkûmiyet kararının, suça özgü tüm davranış kurallarına aykırılıkları kapsamı gerekir. Bu olgusal kavrayış, örneğin yaralama, kasten/taksirle öldürme suçlarından verilen mahkûmiyet kararının referans noktasının ne olduğu, başka bir deyişle suça özgü davranış normunun tek bir ihlaline mi yoksa bu türden birkaç ihlale mi dayandığı (icrai ve/veya ihmal suretiyle icrai şekilde işlenen) hemen görülemediği için önemsiz hale gelmez¹⁰². Bunu daha ayrıntılı olarak göstermek kararın gerekçelerinin görevidir. Bu çerçevede, cezai değerlendirmede bazı (daha az ciddi) suçlamalar göz ardı edilecekse, popüler “*suçlanabilirliğin ağırlık noktası*” formülünden sapılmış olacaktır. Dahası aynı davranışın hem icrai hem de ihmali bakımdan ceza hukuku açısından önemli olabileceği göz ardı edilemez. Bunun ön koşulu, ebeveynlerin ağır hasta olan çocukları için doktor çağırmak yerine (212 (kasten öldürme), 13, 22, 23. maddeler anlamında davranış normu ihlali) sarhoş bir şekilde evden uzaklaşmaları örneğinde olduğu gibi (316. madde (trafikte sarhoş vaziyette araç kullanma) anlamında davranış normu ihlali) bir davranışın çeşitli normları ihlal etmesidir. Aynı durum, StGB'nin 142. maddesinin ihlal edilmesine neden olan kaza mahallinden kaçma fiili ile ilgili kişinin kazazedeye gerekli yardımı sağlamaması (Madde 323c (1) veya Madde 212, 13, 22, 23'te tanımlanan davranış ihlali) fiili için de geçerlidir¹⁰³.

Kanaatimizce de burada, failin kastı önem arz eder. Bir başka ifadeyle, kasten bir neticeyi hedefleyen ya da kasten gerçekleştirdiği fiil ile bağlantılı olası neticeleri göze alan fail, neticenin meydana gelmesi bakımından garantör kabul edilemez. Failin sorumluluğu icrai fiile göre belirlenir¹⁰⁴.

¹⁰¹ FREUND, ROSTALSKI, Rn, 291.

¹⁰² FREUND, ROSTALSKI, Rn, 291.

¹⁰³ FREUND, ROSTALSKI, Rn, 291.

¹⁰⁴ YURTLU, İhmali Suçların Yapısı, s. 609, 610.

Bazı yazarlar önceki tehlikeli eylemin niteliğini de tartışmıştır. Buna göre örneğin, sürücünün dikkatli sürüşün tüm kurallarına uymasına rağmen kırmızı ışıktaki geçen bir yayaya taksirle çarpması ya da bir kimsenin, meslektaşını taksirle bir mağaza odasına kilitlemesi olaylarında, önceki eylemin- meslektaşın kilitletmesinin- bir eylemde bulunma görevini tetiklemeye (kapıyı açmak ve meslektaş serbest bırakmak) yeterli olduğu düşünülürse, ihmalden kaynaklanan bir cezai sorumluluk gündeme gelebilir. Bu davalar, ön gelen tehlike (*Ingerenz*) doktrininin en büyük sorunlarından birine, yani önceki tehlikeli eylemin niteliğine işaret etmekte ve burada üç seçenek bulunmaktadır: En liberal görüş, önceki tehlikeli eylemin bir suç olmasını gerektirir. Daha katı bir görüş, suç olmayan haksızlıkların (örneğin genel gözetim yükümlülüğü) yahut herhangi bir tehlikeli eylemin yeterli olduğunu (araba sahibi olmak) savunur¹⁰⁵.

Bazı yazarlar ise bunu, failin, *tehlikeli bir durum yaratması, bir kişinin kendi özerklik alanını yönetme kapasitesini veya özgürlüğünü gasp ederek engellemesi ve kaza yaptıktan sonra yardım yükümlülüğünün yerine getirilmemesi* olarak üç kategoriye ayırır:

Failin *tehlikeli bir durum yaratması* bakımından şu örnekler verilebilir: Bir kimse musluğu açtığı anda alt kattaki daireyi su basmasını önlemek için onu kapatmak zorundadır. Kişi aracını yolun ortasında bırakırsa, mutlaka uyarı levhaları koyması gerekir; yolda hendek kazarsa, hendeğin etrafını koruyucu bariyerlerle, uyarıcı levhalarla vs. çevirmelidir. Bu örnekler, bir kişinin kendi aktif davranışlarından sorumlu olduğu kadar tehlike kaynaklarının kötü yönetilmesinin de örneklerini göstermektedir. Dolayısıyla, gözetimsiz bir ateşin veya açık bir musluğun birine zarar vermesine izin vermek, zarara aktif olarak neden olmakla eşdeğerdir¹⁰⁶.

Bu konuda bir diğer husus, bir kişinin yasal amaçları kapsamında özgürlüğünü kullanmasına yardımcı olan ve onun hâkimiyet alanına giren hayvanlar, makineler veya diğer araçların, bu kişinin “tüm olası özgür eylemlerin kapsamına” girmesidir. Bir kimsenin kendi arabasının veya atının üçüncü bir şahsa zarar vermesini engelleyememesi, öfke anında kendi yumruğunun zarar vermesini engelleyememesine eşdeğerdir. Tehlikeli bir durum yaratması açısından bu kişinin, egemenlik alanını yönetmesi sonucunda üçüncü kişilere zarar gelmesini nasıl önleyeceği, kendi sorumluluğundadır¹⁰⁷. Bir diğer görüşe göre ise, daire veya arabanın birine ödünç verilmesi halinde, ödünç alan kişi dairede veya arabayla bir suç işlerse, ödünç veren suç faaliyetinden haberdar olsa bile müdahale etmemekten dolayı sorumlu değildir. Çünkü tamamen özerk bir kişinin eylemleri suç haline geldiğinde müdahale etmek ödünç verenin işi olmayıp, mülkün belirli özelliklerinden kaynaklanan tehlikelerden sorumluluk söz konusu olabilir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ AMBOS, Omissions, s. 37.

¹⁰⁶ GÓMEZ-ALLER, s. 435, 436.

¹⁰⁷ GÓMEZ-ALLER, s. 441.

¹⁰⁸ AMBOS, Omissions, s. 38.

Failin, başka bir kişinin *özerklik alanını yönetme kapasitesini veya özgürlüğünü gasp ederek onun engellemesi* ise iki olasılık barındırır: *Birinci olasılık*, bir başka kişinin tehlike kaynakları üzerindeki kontrol veya hâkimiyetin gasp edilmesini içerir. Dolayısıyla birisi tehlikeli bir köpeği çaldığında, hayvanı kontrol etme görevi bakımından sahibinin yerini alır. Eğer bunu kontrol edemez ve köpek başka bir kişiye zarar verirse, hırsız sanki köpeğin gerçek sahibiymiş gibi kendi ihmaliyle bir zarara sebep olmuş olur. *İkinci olasılıkta*, bir kimsenin kendini koruma araçlarının gasp edilmesi söz konusudur. Örneğin bir kişinin başka bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılması durumunda, kaçırılan kişinin kendi yiyeceğini, tıbbi bakımını vb. elde etmesi engellenmektedir. Bu nedenle failin, mağdurun kendisini koruma yeteneğinden yoksun bırakılması sonucu (yemek vermeme) ortaya çıkan zararlardan (ölüm) sorumlu tutmak gerekir¹⁰⁹.

Üçüncü kategori, taksirli olarak bir kazaya sebebiyet verilmesinden sonra kaza yerinden kaçarak mağdurun ölümüne neden olmaktır ki bu durum Türk Hukuku'nda ön gelen tehlikeli eylem kategorisindeki klasik örnektir.

Karşılaştırmalı hukukta, “*gönüllü sorumluluk kabulüne dayalı yükümlülük*” de bir garantörlük türü olarak ele alınmaktadır. Şöyle ki normal şartlar altında yukarıda belirtilen yükümlülük türlerinden birinden kaynaklanmadığı sürece hareket etme görevi yoktur, ancak bir kişinin gönüllü olarak başkası için sorumluluk üstlendiği belirli durumlarda yine de bir görev yüklenebilir¹¹⁰. Bazı yazarlara göre, yasal bir yükümlülüğü olmadan yardıma muhtaç birine yardım eden bir kişiyi, yardım etmeye devam etmemesinden dolayı genel olarak sorumlu tutmak, ceza sorumluluğunu fazla genişletmektedir. Bununla birlikte, yardıma devam edilmemesi, mağdurun eskisinden daha kötü bir durumda kalmasına neden oluyorsa, “*yardım etmeye devam etme yükümlülüğü*” söz konusudur. Yaşlı bir kadına sokakta yardım edip sonra onu yarı yolda yalnız bırakmak, yani kaldırımında dururken daha önce olduğundan daha tehlikeli bir duruma sokmak durumunda olduğu gibi¹¹¹.

Yine icrai davranışta bulunma görevinin, “*karşılıklı güven ilişkisi*”nden de kaynaklanabileceği ifade edilmiştir. Zira bu görüşe göre, yasa, acil bir durumda o ilişkiden kaynaklı karşı tarafa duyulan güven beklentisini korur. Bu nedenle, ortak girişimlerinin doğası gereği, tırmanma arkadaşı bir yarığa düştüğünde dağcıya bir görev yüklenebilir. Benzer şekilde, kayak arkadaşının ıssız bir yamaçta çaresizce yattığını gören bir kayakçı, karşılıklı güven ilişkisine dayanarak hareket etme görevine sahip olabilir¹¹². Bu anlamda geçici de olsa işin doğası gereğince karşılıklı olarak bir yardımlaşma ödevine sebebiyet veren toplulukların, yardım açısından yükümlülük doğurduğu da ifade edilmiştir¹¹³. Şunu da eklemek

¹⁰⁹ GÓMEZ-ALLER, s. 442.

¹¹⁰ ROBINSON, s. 116.

¹¹¹ AMBOS, Omissions, s. 36.

¹¹² ROBINSON, s. 116.

¹¹³ Buna gerekçe olarak bu tarz girişimlerin zımni de olsa tehlike anında bir yardımlaşma vaadine dayanması ve topluluğun içine girilmesi olduğu söylenmektedir. HEINTSCHEL-HEINEGG, KUDLICH, Rn. 43. Ayrıca bkz. SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 23, 24.

gerekir ki tehlike toplulukları olarak da adlandırılabilir bu duruma kişi/kişiler gönüllü olarak girmekte iken talihsizlik topluluğu olarak ifade edilebilecek örneğin gemi kazası geçiren kazazedeler için önceden savunmaya hazır olma gibi bir varsayımdan bahsedilemez¹¹⁴. Yine sadece aylaklık yapan bir topluluk ya da uyuşturucu kullanan bir topluluk açısından böyle bir varsayımdan bahsedilemez¹¹⁵.

Ön gelen tehlikeli eylem kaynaklı yükümlülük, kimi hallerde sorumluluğun aşırı şekilde genişlemesine de neden olabilmektedir. Bu sebeple Alman yargısının bir kimsenin sadece tehlike meydana getirmesini yeterli görmediği, bunun yanı sıra sorumluluğu uygunsuz bir şekilde genişletme riskine karşı kabul ettiği bir yükümlülüğün ihlali ile sorumluluğun doğması aranmaktadır¹¹⁶. Ayrıca, netice faile objektif olarak isnat edilebilmelidir. Zira önceki davranıştan kaynaklanan garantörlük halinde tehlike meydana getiren davranıştan sonra artık araya yeni bir davranış- ihmal- girmekte olduğundan, objektif isnat edilebilirlik, önceki davranışa rağmen failin hiçbir şey yapmaması- ihmali davranış- üzerinden incelenmektedir¹¹⁷. Türk doktrin ve uygulamasında ön gelen tehlikeli eylemin (icrai) genellikle ikinci ihmali eylem içerisinde eridiğini ve cezalandırılmadığını görmekteyiz.

III. İHMALİ SUÇLARDA NEDENSELLİK BAĞI

A. ONTOLOJİK TEORİLER

İhmalin (harekete geçmemenin) bir sonuca neden olabileceği fikri, ilk bakışta kulağa anlamsız gelmekte ve bazıları nedensellik analizi fikrinin ihmal bağlamında yanlış bir yere oturtulduğunu öne sürmektedir. Elbette, zarara yol açtığı söylenemeyecek eylemsizlikler vardır, ancak aynı şekilde açıkça yasaklanmış zararların nedeni olan başka ihmaller de söz konusudur. Örneğin, çocuğunu beslemeyen ve çocuğun açlıktan ölmesine izin veren ebeveyn, şüphesiz o ölümüne neden olmuştur. O halde sorun, zarara “yol açan” ihmallerle zarar vermeyen ihmaller arasında ayırım yapmanın tutarlı bir yolunu geliştirmektir¹¹⁸.

Bir ihmali davranışın nedenselliğini kavramsallaştırmanın zorluğu, ihmallerin icrai davranışın neden ve sonuç modelinin parametrelerine uymamasıdır. İcrai suçların paradigmasında, failin daha önce var olana müdahale ettiği ve değiştirdiği kolayca görülebilen doğrudan ve tanımlanabilir bir olaylar zinciri vardır. Ancak ihmal durumlarında fail, önceden halihazırda var olan durumu icrai davranışıyla değiştirmez, bunun yerine bu durumun devam etmesine izin verir¹¹⁹.

¹¹⁴ KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, Rn. 40.

¹¹⁵ LACKNER, KÜHL, HEGER, Rn. 10.

¹¹⁶ SCHONKE, SCHRODER, Bosch, Rn. 32, 33.

¹¹⁷ ERBAŞ, Garantörlük, s. 448.

¹¹⁸ LEAVENST, s. 563.

¹¹⁹ LEAVENST, s. 562.

1. İhmali İcrai Davranışa Bağlı Olarak Açıklayan Teori

Kıta Avrupası'nda ihmali suçlarda nedensellik hakkında ciddi tartışmalar, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısında Almanya'da başlamış, *doğal anlamda nedensellik*, suç kavramıyla ilgili önde gelen teori olarak kabul edilmiştir. Söz konusu teoriye göre, tüm suçların yapısı, dış dünyada fiziksel bir değişikliğe neden olan bedensel bir harekette yatmalıdır¹²⁰. Bu dönemde *Lüden*, insanın her zaman eylemde bulunduğu teorisini ortaya koymuş, bu nedenle kişi, “*kurtarmayı veya uyarmayı ihmal ederse, bunu başka bir şey yaptığı için yapar, örneğin bakmak veya uzaklaşmak gibi*” ifadelerini kullanmıştır. Böylece *Lüden*, bu ikame edilmiş aktif eylemin, ortaya çıkan zararın nedeni olarak görülmesi gerektiğini öne sürmüştür¹²¹. Bu açıdan icrai suç ile ihmali suç arasında hiçbir fark yoktur: Hem icrai suçta hem de ihmali suçta, fail yasanın gerektirdiğinden başka bir eylemde bulunur. Diğer yandan, ihmal eylemi aslında olumlu (aktif) bir eylemdir; zira bir şey ihmal edilirken, zorunlu olarak başka bir şey yapılmış olması gerekir ve o zaman bu eylem suçun tek nedenidir¹²². Bu görüşe *Krug*, “*eğer anne, bebeği beslemesi gerekirken çorap ördüyse, çocuğun çorap örmekten öldüğünü söylemek zorunda kalırdık!*” örneğiyle muhalefet etmiştir¹²³. Lüden sonradan söz konusu görüşünü terk ederek eserinin 1874 tarihli basısında bu hususta genel bir teori kurmaktan vazgeçmiştir¹²⁴.

Ontolojik bir bakış açısından, gerçekten de ihmal eylemin zıttıdır, eylemsizliktir (yapmama) yahut eylemin yokluğudur. Bu bakış açısından, bir eylem veya aktif davranış, örneğin, deneysel dünyada belirli bir neticeyi ortaya çıkartan bir bedensel hareket yoluyla ürettiği enerjinin harcanması nedeniyle kolayca tanımlanabilir. Buna karşılık, ihmali davranış fiziksel bir gerçeklikten yoksundur; herhangi bir enerji göstermez. Ontolojik yaklaşımın bir sonucu olarak, ihmallerin aslında herhangi bir sonuç doğuramayacağı ve bu nedenle cezai sorumluluk doğuramayacağı ileri sürülmüştür. Ancak bu ontolojik ayırım, daha doğrusu bedensel hareketin (yapmamanın) varlığı veya yokluğu- cezai sorumluluğun belirlenmesi açısından normatif bir öneme sahip değildir¹²⁵. Böylece bu bakış açısıyla bütün suçlar, nesnel, dış dünyada bir sonuca yol açan, iradi bedensel hareketler olarak fiziksel anlamda anlaşılan eylemlerdir¹²⁶.

Bebeğinin açlıktan ölmesine göz yuman bir annenin, bebeğinin ölümüne neden olduğu gerçekten söylenebilir mi? İhmalin gerçek nedenselliğine itiraz eden görüş, her şeyden önce şunu ifade etmektedir: *Ex nihilo nihil fit* (hiçlikten hiçbir şey çıkar/doğar), bir ihmal, bir hiç olarak, hiçbir şeye neden olamaz. Karşıt görüş ise bu bakış açısının nedenselliği, enerji kullanımı/aktarımı şeklinde kısır bir

¹²⁰ SÁNCHEZ, s. 453.

¹²¹ HUGHES, s. 627.

¹²² FISCHER, s. 10.

¹²³ FISCHER, s. 10.

¹²⁴ DÖNMEZER, İhmal, s. 481.

¹²⁵ AMBOS, Omissions, s. 17; GÓMEZ-ALLER, s. 431.

¹²⁶ GÓMEZ-ALLER, s. 431.

anlayışa dayandırdığını, bu nedenle nedensellik bağının, şartlar arasındaki mantıksal bir bağlantı olduğunun fark edilemediğini savunmaktadır¹²⁷.

Ontolojik temelli diğer bazı benzer görüşler de ihmali, icrai davranışa bağlı olarak tanımlamıştır. Bu nedensel görüşün ilk savunucusu *Temme* 1853'te, ihmalin nedenselliğinin “*ön eylemde*” bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Zira insanların etkinliği, düzenli olarak, “*bir şeylerin*” olmasına izin vermekle kendini gösterir. Ancak hiçbir doğal kuvvet, eylemsizliğin kendisi tarafından tetiklenemez. Hiçbir şey, hiçbir şeye dönüşmez¹²⁸. Aynı zamanda, yükümlülük ihlali, davranışın nesnel niteliğini değiştiremez; yani özellikle gerekli nedensel bağı kuramaz. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişiyi, yasal emirle icrai davranışı gerçekleştiren kişiyle eşitlemek düşünülebilir olsa da mevcut yasaya göre yalnızca neticeyi gerçekleştiren kişi cezalandırılabilir. İhmali davranış kendi başına asla “*suç*” olamaz, çünkü salt olumsuz (pasif) davranış, dış dünyada bir değişiklik meydana getiremez. Bu nedenle eylemsizlik (ihmal) her zaman önceki etkin eylemle (icra) bağlantılı olarak düşünülmelidir. Suçun “*gerçek nedeni*” bu olumlu (aktif) eylemdir¹²⁹.

Benzer şekilde *Krug* da ihmali, önceki aktif davranışın bir bileşeni olarak yorumlamaya çalışmıştır: Fail, önceki eylemiyle tehlikeli etkileri sınırlamak zorundadır, çünkü diğer kişiler tehlikenin fail tarafından önleneyeğine güvenmiştir. Oysa fail önceki icrai hareketinin ardından hareketsiz kalarak, icrai hareketinin devam etmesine izin vererek iradesinin (kast) netice ile haksız bir bağlantıya girmesine sebebiyet verir¹³⁰. Örneğin bir kimse, bir diğer kimsenin hasta bir kişiye yardımda bulunmasını engelledikten sonra kendisi hastaya karşı yardım ve ihtimamda bulunmazsa neticeden dolayı sorumlu tutulur. Çünkü bu durumda failin, aktif/olumlu bir fiili vardır¹³¹.

Bu konuda en ayrıntılı nedensellik teorisi, *dolus subsequens* (eklenen kast) de ele alan *Glaser*'de bulunabilir. Buna göre, ihmalin sadece dolaylı bir etkisi vardır, zira önceki aktif davranışın bir karaktere bürünmesine ve yasağa ters düşen etkileri ifade etmesine izin verir. Pek çok vakada, fail fiziksel bir eylemle bir olayı harekete geçirir ve ancak bu eylemi durdurmazsa sonuç ortaya çıkar. O zaman failin pasif davranışı ortaya çıkan neticenin bir sonraki nedenidir¹³². Bir başka ifadeyle, *Glaser* de *Krug* gibi ihmali, failin önceden gerçekleştirdiği aktif eylemine bağlamaktadır. Fail önce zararlı neticeyi meydana getirecek olan kuvveti harekete geçirir ve sonradan neticeyi engellemek üzere harekete geçmez. Bir arabacının, arabasına olağanın dışında bir hız verdikten sonra hayvanları durdurmaya çalışmayarak araba önünde bulunan bir düşmanı öldürtmesi örnek verilebilir¹³³. Bu anlamda, fiili, bir “*bütün*” olarak anlamak gerekir. Kastın, suçun başlangıcında mevcut olması gerekli değildir; daha ziyade kast, olumlu

¹²⁷ GRECO, s. 674.

¹²⁸ FISCHER, s. 11.

¹²⁹ FISCHER, s. 12.

¹³⁰ FISCHER, s. 12,13.

¹³¹ DÖNMEZER, İhmal, s. 481.

¹³² FISCHER, s. 12, 13.

¹³³ DÖNMEZER, İhmal, s. 481, 482.

ve olumsuz davranışların bir bütün oluşturduğu, yani neticenin hala önlenabilir olduğu süre içinde meydana gelmelidir. Fail, bunları yeni tasarladığı amaca hizmet eder hale getirerek, geriye dönük olarak bunlara suç niteliği kazandırır¹³⁴. Glaser’a göre, ihmal gösterenin, hiçbir müdahalesi olmadan, harekete geçmiş ve zararlı bir netice ortaya çıkartan kuvvetlere müdahale etmemesi de icrai bir davranıştır. Örneğin, bir çocuğa bakmakta olan dadı, başkalarını müdahale etmek düşüncesinden vazgeçirmiş olacağı içindir ki çocuğa bakmakta ihmal gösterdiğinde, neticeyi aktif bir davranışla meydana getirmiş bulunmaktadır¹³⁵.

2. Yarı Nedensellik Teorisi

Bazıları belirleyici hususun, ihmallerin nedensel olup olmadığı değil, ihmal ile netice arasındaki bağlantının nasıl kavramsallaştırılması gerektiği olduğunu ifade etmiştir. Buna göre, üzerinde düşünülmesi gereken, yukarıda bahsi geçen annenin tartışmasız sorumlu olduğu örnek değil, gerekli eylemin yapılması halinde sonucun önlenip önlenemeyeceğinin belirsiz olduğu durumlardır. Bu durumlarda, harekete geçmeyen kişi neticeden sorumlu tutulabilir mi veya sadece teşebbüsten dolayı mı cezalandırılabilir yoksa ihmal durumunda hiçbir şekilde cezalandırılmaz mı?¹³⁶

İçtihat hukukunda ve öğretinin çoğunluğunda temsil edilen ilk görüşe göre, ihmalde bulunan taraf, neticenin kendi eylemiyle “kesinlik sınırında bir olasılıkla” önlenilecek olması halinde sorumlu tutulabilir. Bu nedenle, kaçınılabilirlik teorisi (*Vermeidbarkeitstheorie*)/ *hipotetik nedensellik*, *yarı nedensellik* (*Hypothetische Kausalität*, *Quasikausalität*), eşini yaraladıktan sonra yerde yatar halde bırakan ve ölümüne göz yuman diğer eşin, ancak acil ameliyat eşinin hayatını kurtaracaksa tamamlanmış bir suçtan cezalandırılabilirliğini savunur. Yine bu teoriye göre, vakaların %90’ından fazlasında yaşam süresini 5 ila 10 yıl uzatan radyoterapinin ihmal edilmesi halinde ölüm neticesinin hekime yüklenmesi mümkün değildir¹³⁷. Mefhumu muhalifinden örnek vermek gerekirse, garantör harekete geçmiş olsaydı bile netice gerçekleşecek idiyse, ihmalin yarı nedenselliği eksik olabilir. Örneğin, garantör T, O’nun ağır yaralı olarak yattığını görür ve acil bir doktor çağırırsa kesinliğe yakın bir olasılıkla onu kurtarabileceğini varsayar. Ancak T hareketsiz kalır, O ölür. Geçmişe bakıldığında T, hemen bir ambulans çağırması olsaydı bile O’nun kurtarılamayacağı ya da en azından kesinliğe yakın bir olasılıkla kurtarılamayacağı ortaya çıkar. T’nin ihmali yarı nedensel olmadığından, tamamlanmış bir ihmal suçu yine de göz ardı edilmektedir. Hangi şartların karşılanması gerektiği sorusundan bağımsız olarak, kurtarma eylemi kurtarma şansını artırmayacaksa her halükârda nedensellik yoktur¹³⁸. Ayrıca teşebbüsün cezalandırılmasının da hâkim görüşe göre imkânsız olduğu çünkü kaçınılabilirlik teorisine

¹³⁴ FISCHER, s. 13.

¹³⁵ DÖNMEZER, İhmal Suretile İcra Suçları, s. 482.

¹³⁶ GRECO, s. 675.

¹³⁷ GRECO, s. 676.

¹³⁸ KUDLICH, 2.Fehlende Quasikausalität, s. 3.

göre, yalnızca başarıyı önleyeceği kesin olan bir davranışın yapılmamasının göreve aykırı olduğu iddia edilmiştir¹³⁹.

İnsan kararları, mikro fiziksel ve mikrobiyolojik süreçler, hastalık ve iyileşme süreçleri gibi kesin nedensel yasalara tabi olmayan alanlar vardır. Bu nedenle bu durumlarda kesinliğe yakın bir başarılı kaçınma olasılığı talep etmek makul değildir. Cezai sorumluluğunun isnat edilmesinden vazgeçilmek istenmiyorsa, riskte bir artışla veya ihmal suçu durumunda riskte bir azalmayla, yani olasılık yasalarına dayalı bir atıfla yetinmekten başka seçenek yoktur¹⁴⁰.

3. Riski Minimize Etme Teorisi

Riski minimize etme teorisi, Roxin tarafından ortaya atılmıştır. Bu teori, suç için oluşturulan risk artırma teorisini feyz alarak, ihmal suçunu da benzer şekilde değerlendirmektedir. Bu görüşün temelinde, mağdurun daha büyük bir tehlikeye maruz kaldığı durumlarda, failin bu tehlikeyi önleme sorumluluğuna tabi tutulmamasının ceza politikası bakımından doğru olamayacağı düşüncesi yatmaktadır. (Ağır hasta çocuklarını tedavi ettirmek için doktora danışmayan ebeveynler örnek verilebilir)¹⁴¹. İhmal (suretiyle icra) suçları, fiziksel veya bilimsel anlamda nedensel bir risk oluşturmazlar. Bunun yerine, bir tehlike kaynağı üzerinde kontrol eksikliği olduğu için ihmali davranış olarak değerlendirilirler¹⁴². İhmal alanında, icrai suçlardaki risk artışı, riskin azaltılamaması ile yer değiştirir. Burada, yükümlülük yerine getirilmiş olsaydı dahi aynı neticenin ortaya çıkabileceği iddiası değerlendirme dışıdır. Bu nedenle riski azaltmada başarısız olma fikri, nedensellik ikame edici bir işleve bile sahiptir¹⁴³.

Yukarıdaki teorilerin bir miktar doğruluk payı vardır ve fakat bu, kesin olmayan bir yöntem ve yanlış yönlendirilmiş bir norm-teorik çerçeve tarafından belirsizleştirilmiştir. Nitekim kaçınılabilirlik teorisine göre, yüzde yüz güvenli olmayan kurtarma davranışları gereksiz bile sayılabildiğinden, ceza politikası düşüncesi özensizce formüle edilmektedir. Çünkü kaçınılabilirlik teorisi bir emrin içeriği, bir eylemin önemsizliği hakkında değil, neticenin önemsizliği hakkında bir doktrindir. Aynı nedenle, burada emir normunun içeriğini tartışmak da norm teorisi açısından yanlıştır: Emir normunun her türlü kurtarma şansının değerlendirilmesini gerektirdiği açıktır, çünkü eylemin değerinin belirlenmesiyle ilgilidir ve bu da zorunlu olarak yalnızca kurtarma şanslarının olduğu ve kesinliklerin olmadığı *ex ante* perspektifinden formüle edilmelidir¹⁴⁴.

¹³⁹ GRECO, s. 678.

¹⁴⁰ GRECO, s. 677. Aynı yönde görüş için bkz. ÖZGENÇ, İhmali Suç Teorisi, s. 321.

¹⁴¹ GRECO, s. 676. Şunu da belirtmek gerekir ki bu durumda sorumluk açısından riskin normal yaşam sınırını aşması ve herkesin kendi başına önlem almadığı ya da almak zorunda olmadığı riskin varlığı varsayılmakta ve mağdurun kendisinin sorumluluk alanıyla ilgili özel birtakım riskler meydana getirmemiş olması gerekmektedir. KINDHÄUSER, NEUMANN, PAEFFGEN, SALIGER, Rn. 42

¹⁴² SÁNCHEZ, s. 460.

¹⁴³ FREUND, ROSTALSKI, s. 314

¹⁴⁴ GRECO, s. 676.

Amerikan uygulamasında koma halindeki bir hastanın damar içi beslenmesini keserek hastanın ölmesine izin veren bir dâhiliyeci ve cerraha karşı açılan *Barber v. Superior Court* davasında California Temyiz Mahkemesi, daha fazla tedavinin hastaya tedavinin yüklerinden daha ağır basan faydalar sağlama ihtimalinin makul olmadığı durumlarda, doktorların hastaya yaşamı destekleyen sıvılar sağlamaya devam etme konusunda yasal bir görevi olmadığına karar vermiştir. Doktorların tedaviye devam etme konusunda yasal bir görevi olmadığından, mahkeme, ölüm kesin olsa bile, damar içi sıvı sağlamayı bırakabilecekleri sonucuna varmıştır¹⁴⁵.

Kaçınılabirlik teorisinin, cezadan muafiyetle eşdeğer olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle Alman Hukuku'nda, BGH'nin (Bundesgerichtshof, Alman Federal Mahkemesi) kaçınılabirlik teorisinin gerektirdiği cezasızlık sonucundan kaçınmak için ek şartlara başvurduğu ifade edilmektedir. Özellikle, yaşamın birkaç saat bile uzatılmasının başarının atfedilmesi için yeterli olduğu tekrar tekrar ifade edilmiştir¹⁴⁶. Deri spreyi kararında, ürünü piyasadan toplatma eyleminin hasarı önleyip önlemeyeceği sorusunun temyiz edilemeyecek bir olgu sorunu olduğu iddia edilmiştir¹⁴⁷. Bu kararda deri spreyleri üreten bir şirket, bir süre sonra spreylerin kullanımının yaşamı tehdit eden sağlık tehlikelerine yol açabileceğine dair birçok rapor alır ancak kendi araştırmalarında herhangi bir zararlı madde tespit edilmez. Rapor sayısı fazlaştıkça tüm spreylere kutularına uyarı etiketleri yapıştıran şirket, bu uyarının başarılı olmaması ve insanların zarar görmesine rağmen şirketin dört genel müdürü özel bir toplantı yaparak oybirliğiyle şimdilik bir ürün toplatılmamasına karar vererek esasen başka zarar vakıalarının riskini de kabul etmiş olur. Bilahare ceza davasında alınan bilirkişi raporunda meydana gelen hasar/zararın tartışmasız bir şekilde deri spreylere kaynaklandığı kanıtlanır¹⁴⁸. İlgili karar açısından BGH'nin, ayrıntılı bir gerekçe göstermeksizin yöneticilerin, müşterek fail olarak ihmali harekette bulunduklarını varsaydığı, kullanılan oyların birbirine atfederek ve bütün oylar toplansa da sonucun değişmeyeceği gerçeğinden hareketle nedenselliği kabul etme isteği eleştirilmiştir¹⁴⁹. Eleştiri, müşterek faillik açısından (StGB 2§ 25 II) karşılıklı atfetmenin (isnadın) ancak önceden suç ortaklığının şartlarının incelenmesi ve sadece ortak bir planın varlığı halinde değil suçun işlenmesine neden olan her bir kişinin objektif şekilde suça katkısı dikkate alınarak yapılması gerektiğine dayanmaktadır¹⁵⁰.

4. İrade Değişikliğinin Nedenselliği (Sözde Müdahale) Teorisi

Alman Hukuku'nda ileri sürülen bir diğer teori, *irade değişikliğinin nedenselliği (sözde müdahale)* teorisidir. Aşağıda ifade edileceği üzere, bu teori de ihmali, önceki icrai davranışla bir bütün olarak kabul eden ve buna bağlı olarak ihmali davranışı, bir noktada fiziksel hareket kalıbında

¹⁴⁵ LEAVENST, s. 549.

¹⁴⁶ GRECO, s. 676.

¹⁴⁷ Bkz. aktaran GRECO, s. 676, 677.

¹⁴⁸ BACHMANN, EICHINGER, s.108.

¹⁴⁹ BACHMANN, EICHINGER, s.108.

¹⁵⁰ BACHMANN, EICHINGER, s.108.

yorumlayan bir teoridir. Fakat teori aynı zamanda kaçınılabilirlik teorisine benzer şekilde, neticenin önlenebilirliğine (kaçınma) ilişkin olduğundan, kaçınılabilirlik teorisinden sonra anlatılmıştır.

Müdahale fikri ilk olarak *Buri*'de karşımıza çıkmaktadır. Buri açısından ihmal, bir hareketsizlik altında gizlenmiş icrai bir fiil, hareket olarak kabul edilmektedir¹⁵¹. Bilimsel bir bağlantı arayışı, müdahale teorilerinin ihmalleri icrai davranışlar gibi yeniden yorumlama ve böylece özellikle *dolus subsequens* suçlamasından kaçınma yönündeki çabasıyla sonuçlanmıştır¹⁵². Bu teori kapsamında fail, önceki eylemle olası bir neticeyi önleme iradesini ortaya koyar ve böylece neticeyi etkisizleştiren bir neden, bir engel oluşturur¹⁵³. Örneğin, yol bekçisinin görevinin gereklerini yerine getirmesini sağlayan, bu göreve duyduğu hürmet, riayet hissidir. Fakat suç işleme kastı/iradesi, bu hissi ortadan kaldırmakta, yol açık bırakılmakta ve kaza meydana gelmektedir. Bu noktada *Buri*'ye göre, somut olayda insan iradesi illi bir özellik göstermektedir¹⁵⁴. Netice, ancak failin, somut olayın koşullarını daha yakından incelemesi sonucunda, neticeye yol açan tüm nedensellik zincirinin muhtemelen gerçekleşeceğini gerçekten fark etmesi halinde, kusurlu bir iradeden doğmuş olabilir. Eğer, daha sonra ortaya çıkan ara nedenlerden birinin fail tarafından bilinmediği varsayılacak olursa, o zaman nedensellik akışı, neticeye kadar kusurlu bir irade ile gerçekleştirilmiş olmayacak ve dolayısıyla ona atfedilemeyecektir¹⁵⁵. Failin, önleme iradesinin değişmesi ve icrai davranıştan kaçınma iradesini (ihmal) benimsemesi halinde, bu davranış “*fiil*” olarak kabul edilebilir. Zira fail bu hareketiyle, daha önce oluşmuş iradenin kurduğu nedenselliği bastırır. Neticenin gerçekleşmesini etkisizleştirebilecek bir nedenin önlenmesi, katkıda bulunan nedene eşittir ve dolayısıyla nedenseldir. Bununla birlikte, önceden kendi nedenselliğinin bulunmadığı durumlarda, ihmal eden tarafın sorumluluğu söz konusu olmaz¹⁵⁶. Bu görüşe karşı olan *Gustav Radburch*'a göre, ihmali özel bir eylem biçimi, örneğin gerekli eylemi gerçekleştirme dürtüsünün bastırılması olarak yorumlamaya yönelik tüm girişimler başarısızlığa mahkûmdur. Buna göre ihmal ne bir irade ne bir eylem ne de ikisi arasında nedensel bir bağlantı içerir¹⁵⁷.

Son olarak *Binding*, ayrıca içsel “*olumsuz nedenlerin*” engellenmesine de odaklanmaktadır. Nedensellik bağındaki değişimin nedeni, neticeyi engelleyen koşullar (olumsuz) ile neticenin meydana gelmesini sağlayan koşullar (olumlu) arasındaki dengenin değişmesiyle özdeşdir. Sebep, olumlu koşulların olumsuz koşullara üstün gelmesidir. Bir kişi köpeğiyle dışarıdayken, ısırma tehlikesine dikkat etme ve müdahalede bulunma iradesi, köpeğin ısırma tehlikesiyle denge yaratan olumsuz bir duruma yol açar. Fail “*önleme iradesini kapattığında*”, daha önce engellenmiş olan nedensellik tam etkisini gösterir ve neden haline gelir. Dolayısıyla bu “*kapatma*” yalnızca bir ihmal değil, failin “*daha önce*

¹⁵¹ Bkz. aktaran DÖNMEZER, İhmal, s. 484.

¹⁵² FISCHER, s. 15, 16.

¹⁵³ FISCHER, s. 15, 16.

¹⁵⁴ Bkz. aktaran DÖNMEZER, İhmal, s. 484.

¹⁵⁵ BURI, Fahrlässigkeit, Prg. 2.

¹⁵⁶ FISCHER, s. 16.

¹⁵⁷ ENGLÄNDER, s. 161.

karşıt irade tarafından bağlanmış olan güçleri” serbest bıraktığı bir “iç eylemdir. Bu nedenle, önceki bir eylem yoluyla nedensellik ilişkisi kurulması gereklidir, çünkü kişi bu eylem yoluyla kendisini garantör olarak belirlemiştir¹⁵⁸”. Benzer şekilde, bir kimse, demiryolunda rızasıyla (sözleşme ile) yol bekçiliği görevini yüklenerek (olumlu şart) başkalarının söz konusu işe müdahalelerini bertaraf etmiş olur (olumsuz şart). Bekçinin görevini ihmal etmiş olması ihtimalinde, bekçi olumlu şartı bozmuş ve neticeyi gerçekleştirmiş olur¹⁵⁹.

B. NORMATİF TEORİ

Bir insan davranışına soyut düşünceyi aşan bir eylem karakterinin tanınması, “*kişiliğin dışı vurumu*” suretiyle gerçekleşir. İcrai suçlarda bu dışı vurum doğal olarak bulunmakla birlikte, büsbütün hareketsiz kalmak şeklindeki ihmali davranışta “*dışı vurum*” ise normatif özellik gösterir. Özellikle ihmali suçlar, bir kişiye silahla ateş etmek gibi dış dünyada aktif bir tehlike ihtiva etmediğinden, icrai suçların işleme tabiatında bulunan özellikleri taşımaz¹⁶⁰. Dış dünyada gerçekleşen netice aynı sebeple nedensel de değildir. Zira ateş etme aktif hareketi ortadan kalkarsa, isabet sonucu meydana gelen ölümcül netice de ortadan kalkar. Yani silahın ateşlenmemesi, mağdurun ölümünün meydana gelmediği anlamına gelir. Burada ateş etmek fiili, ölüme giden somut gidişatın olmazsa olmaz koşuludur; fiil ile netice arasında doğal bir nedensellik bağı vardır yahut silahın ateşlenmesi, neticeye giden olayların belirli seyri için zorunlu bir koşuldur¹⁶¹. Bu açıdan bakıldığında ihmal suretiyle işlenen suçtan kaynaklı cezai sorumluluğun tanınması, meselenin bedensel hareketlerle ilgili olmadığını, ancak birinin ihmalinin yasal anlamda -doğal bir yapmama eyleminin aksine- bir suç işlemek anlamına gelip gelmeyeceğine dair normatif soruyla ilgili olduğunu açıkça ortaya koymaktadır¹⁶². Bu nedenle zamanla, bir suçun sadece fiziksel ve mekanik bir perspektiften incelenmesinin anlamsız olduğu, hukuksal açıdan önemli özelliklerinin farklı bir bakış açısıyla, özellikle normatif bir bakış açısıyla incelenmesi gerektiği ortaya çıkmıştır¹⁶³.

Normatif teoriye göre, bir davranışa cezai bir sonuç bağlanabilmesi, o davranışın Kanun’da tipik olarak düzenlenmesine bağlıdır¹⁶⁴. Yani ihmali suçlar, kanunun yapılmasını istediği bir hareketin yapılmaması ile suç oluşturan davranışlar olduğundan, bunların kanuni tiplerinde icrai bir davranış şekli tanımlanmaz¹⁶⁵. Böylece ihmali suçlarda, icrai suçlarda doğal olarak karşılaştığımız türden basit bir nedensellik bağının eksikliğinin olduğu aşıkardır. Burada Kanun’dan yahut özel yükümlülükten kaynaklanan normatif bir nedensellik bağının kabul edilmesi gerekir. Örneğin, anne, bebeğe yiyecek

¹⁵⁸ FISCHER, s. 17.

¹⁵⁹ DÖNMEZER, İhmal, s. 483.

¹⁶⁰ İÇEL, ÖZGENÇ, SÖZÜER, MAHMUTOĞLU, ÜNVER, s. 72.

¹⁶¹ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 209.

¹⁶² AMBOS, Omissions, s. 18; GÓMEZ-ALLER, s. 444.

¹⁶³ GÓMEZ-ALLER, s. 431; ÖZGENÇ, İhmali Suç Teorisi, s. 319.

¹⁶⁴ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 209.

¹⁶⁵ JESCHECK, SIEBER, s. 52.

vermezse bebek açlıktan ölür. İstenmeyen netice (çocuğun açlıktan ölmesi) yalnızca aktif hareketle (anne veya belki de diğer insanlar tarafından) önlenabilir¹⁶⁶.

Diğer yandan, ihmali suçlarda cezai sorumluluk, ihmal edenin *müdahale etme konusunda maddi bir imkânının olması* durumunda geçerlidir¹⁶⁷. Zira tek başına yükümlülük ihlali, kişinin fail olmasını sağlamamaktadır. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen garantörün, kendisinden istenen eylemi yaparak neticeyi önleme imkânına da sahip olması gerekir. Böylece, suçun unsurlarının gerçekleşmesi için gerekli olan ihmalin nedenselliği, neticenin önlenmesi üzerindeki fiili hâkimiyet ile ilgilidir¹⁶⁸. Zira bir yükümlülüğün üstlenilmesi, potansiyel olarak etkilenen kişide ve potansiyel olarak müdahale eden üçüncü taraflarda bir güven duygusu yaratır. Bu durumda ihmalde bulunanın, nedensel zincir üzerinde, icrai davranışta bulunan kişilerin durumlarında sahip olduğu kontrolle maddi ve yapısal olarak aynı olan bir kontrole sahip olması söz konusudur. Korunan tarafın yasal mallarına risk oluşturan bir davranışın gerçekleşmesine izin vererek bu tür yükümlülükleri ihlal eden bir kişi, sanki fiilen kendisi icra etmiş gibi zarara neden olduğu için sorumlu tutulur. Böyle bir kişi, neticeyi aktif olarak gerçekleştirmese de zarar gören tarafı tehlikeye atan ilgili riskler üzerinde, tıpkı zarar verenin icrai davranış yoluyla olduğu gibi hâkimiyet sağlar¹⁶⁹. Böylece ihmalin yol açtığı netice, tehlikeli olay veya korunan menfaat üzerindeki hâkimiyeti nedeniyle garantöre yüklenir¹⁷⁰. Ancak failin, hâkimiyete sahip olmakla birlikte tehlike kendisi için yeterince büyükse, icrai davranış gerçekleştirmesinin gerekmediği durumlar olduğu da açıktır. Bu durumda çocuğuna zarar verme olasılığından kaçınmak için, kendi hayatını feda ederek trenin önüne atlamayan bir ebeveynin cezai sorumluluğu olmayacaktır¹⁷¹. Zira bu olasılıkta bir de kurtarmaya yönelik davranışın failden beklenip beklenemeyeceği hususu tetkik edilmelidir. Burada, her somut olayın özelliği, (failin ve mağdurun şahsi özellikleri, konumları vs.) hâkim tarafından takdir edilecektir. Örneğin, orta şiddetteki bir yangında bina içerisinde kalan çocuğunu kurtarmayan ebeveyn bakımından davranış “*beklenebilir*” değilken, itfaiye görevlisi bakımından “*beklenebilir*”. Ancak eğer yangın çok şiddetli ve tehlikeliyse, bina içerisine girmeyen itfaiye görevlisi bakımından da kurtarmaya yönelik davranışın beklenebilir olduğu söylenemez¹⁷².

Alman hukukunda da çocuğunun susuzluktan ölmesine izin veren anne, bunu önleyebilecek durumda olmasına rağmen önlemezse, StGB m. 212 gereğince sorumlu tutulmaktadır. Zira annenin, icrai şekilde hareket etme kabiliyeti sayesinde, netice üzerinde hâkimiyeti bulunmaktadır. Durum, babanın da çocuğu kurtarabileceği, ancak bunun için gerekeni yapmadığı gerçeğiyle tamamlanırsa, anne için değerlendirme değişmez. Her iki tarafın da birbirinden bağımsız olarak çocuğu kurtarma görevlerini

¹⁶⁶ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 210, 211.

¹⁶⁷ AMBOS, Omissions, s. 18, 19.

¹⁶⁸ RANSIEK, s.490. Aynı yönde bkz. ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 343; ÖZBEK, DOĞAN, BACAKSIZ, BAŞBÜYÜK, s. 236; ÖZGENÇ, İhmali Suç Teorisi, s. 318, 319.

¹⁶⁹ SÁNCHEZ, s. 461, 465.

¹⁷⁰ AMBOS, Omissions, s. 29.

¹⁷¹ ROBINSON, s. 121.

¹⁷² YURLU, İhmali Suçlar, s. 312, 313.

yerine getirmemeleri yahut her ikisinin de çocuğun ölmesine karar vermeleri halinde hem anne hem de baba StGB m. 212 ve m. 13'ü kendi davranışlarıyla yerine getirmektedir¹⁷³. Benzer şekilde tıbbi tedavi yapmayı reddeden veya başka bir hastanın tedavisini aniden sonlandıran bir doktor, hastanın bu nedenle ölmesi, gereksiz acı çekmesi veya sağlığının zarar görmesi halinde, kasten öldürme (StGB § 212) veya ihmal nedeniyle bedensel zarara neden olma (StGB § 223) suçundan (StGB § 13) cezalandırılabilir. Ancak hekim, tedaviyi sağlama fırsatına sahip olması halinde ihmalinden sorumlu tutulabilir¹⁷⁴.

Bu hususta Covid-19 döneminde çeşitli ihtimaller değerlendirilmiştir:

Örneğin, bir hastanede iki solunum cihazının olması ve aynı anda beş hastanın gelmesi ihtimalinde hekimin, tedaviyi sağlama fırsatına sahip olup olmadığı bakımından değerlendirme yapılması zorunluluğu doğabilir. Bu hastalar arasında tüm seyahat uyarılarını daha da görmezden gelen 20 yaşında aşı reddedicisi, iki küçük çocuğu olan 35 yaşında aşılanmış bir aile babası, Covid-19 hastalarını tedavi ederken yeni bir tehlikeli varyanta yakalanan 55 yaşında bir doktor ve iki yaşlı insan bulunabilir. Beşinin de solunum cihazına ihtiyacının olduğu olasılıkta, hekimin yalnızca ikisini yerine getirebileceği beş eşdeğer icrai davranışta bulunma yükümlülüğü çakışmaktadır. İlk olarak, her insan hayatının aynı derecede değerli olduğuna dair argüman burada tavizsiz bir şekilde geçerlidir. Görevlerin çatışması durumunda, bir hastanın hayatı diğerinkinden daha ağır basmadığından StGB m. 34 (haklı gereklilik) uygulanmaz veya sorumlu doktor bir akrabanın lehine hareket etmedikçe StGB m. 35 (mazur görülebilir gereklilik) de uygulama alanı bulmaz. Bununla birlikte, ilgili tedavi ihtiyacının eşit derecede acil olduğu ve tüm hastaların solunum cihazına ihtiyacı olduğu varsayılırsa, yasal olmayan yükümlülük çatışması kurumu (*Pflichtenkollision*¹⁷⁵) dikkate alınmalıdır¹⁷⁶.

Birinci durumda, hekim beş hastadan sadece ikisine gerekli tedaviyi sağlayabilir. Hangi emri yerine getirmek istediğine karar vermek onun takdirine kalmıştır. Yasa, bu karar için net bir pozitif seçim kriteri sunmamaktadır. Hekim, kısa vadeli klinik başarı olasılıklarına dayanarak karar verebilir. Ancak, bu soru doğru bir şekilde cevaplanamazsa (ki bu oldukça olasıdır), bireysel sorumluluk, (uzun vadeli) yaşam beklentisi, medeni durum ve mesleğin toplumsal değeri gibi başka kriterler kullanılabilir. Böylece, temel sağlık ve yaşam şanslarının reddedilmesinin bu durumlarda gerçekten uygun olup

¹⁷³ RANSIEK, 1. Unmittelbare Täterschaft und Mittäterschaft durch Unterlassen, a) Einzeltäterschaft.

¹⁷⁴ SCHUSTER, s. 251.

Amerika Birleşik Devletleri'nde, § 2.01(l) Model Ceza Kanunu (MPC), davranışı hem "icra" hem de "ihmal" olarak tanımlar. Model Ceza Kanunu (MPC), Amerikan Hukuk Enstitüsü tarafından derlenen ve ilk olarak 1962 yılında yürürlüğe giren bir model kanundur. İhmal sorumluluğu, bu yönde açık bir hükme veya eylemde bulunmaya ilişkin yasal bir göreve ve "hâkimiyete" dayanır. Bu yaklaşım çeşitli eyaletler tarafından benimsenmiştir. AMBOS, Omissions, s. 32. MPC'nin yürürlüğe girmesinin ardından, birçok eyaletin ceza kanunları önemli reformlardan geçmiştir. Bugüne kadar birçok eyaletin ceza kanunları MPC'ye dayanmaktadır. [https://www.law.cornell.edu/wex/model_penal_code_\(mpc\)](https://www.law.cornell.edu/wex/model_penal_code_(mpc)), (E.T. 17.02.2025).

Amerika'da eyaletlerin üçte ikisi kanunlarını MCK'nın hükümleriyle uyumlu hale getirmiştir. Bkz. MPC hakkında ayrıca bkz. TOKDEMİR, s. 350-351. Bununla birlikte bu kanunu henüz benimsemeyen eyaletlerin ceza kanunlarına bakmak gerekir.

¹⁷⁵ ihmali suçlara özgü olan yükümlülüklerin çatışması (*Pflichtenkollision*) doktrinde, bir kimseden aynı anda yapamayacağı iki yükümlülüğe birden uymasının beklenemeyecek olması anlamına gelir. YURTLU, İhmali Suçların Yapısı. s. 622.

¹⁷⁶ SCHUSTER, s. 251, 252.

olmadığı tartışmalı olsa da 20 yaşındaki aşı reddeden ve geri dönen gezgini (gençliğine rağmen) sorumsuz davranışı nedeniyle ikinci sıraya koyabilir. Aile babasına (ebeveyn sorumlulukları nedeniyle) veya doktora (kurtarma ilkesine göre) ayrıcalıklı muamelede bulunabilir, çünkü iyileşmesinin (ve aşılmasının) ardından pandemiyle mücadeleye özellikle etkili bir şekilde katılabileceği beklenir. Ayrıca kura ile de karar verebilir. Ceza hukuku, garantörün hangi hasta için karar vereceğini açıkça belirleyemediği sürece (*Infektionsschutzgesetz* (IfSG), Bulaşıcı Hastalıkların Önlenmesi Yasası m. 5c de aynı şekilde), hekim tarafından yapılan seçimin sonradan uygun bulunmaması mümkün değildir. Mümkün olduğunca çok sayıda hastayı mevcut kaynaklarla kurtarma gibi etik açıdan ikna edici bir hedefi takip eden meslek kuruluşlarının önerilerinin yasal bir gücü yoktur. Buna göre her insan hayatının paha biçilemez değeri, tedavi görmeyen bir hastadan daha düşük hayatta kalma şansına sahip bir hastanın hayatını kurtarmış olsa bile, hekimin cezasız kalmasını sağlar¹⁷⁷.

İhmali davranışın suç teşkil etmesi için ikinci ek şart, “zararlı bir sonuç olasılığını kabul edilmesi”dir. Alman Hukuku’nda bu şart bakımından özellikle yarı nedensellik görüşünün kabul edildiği anlaşılmaktadır. İçtihat hukukuna ve doktrinin çoğunluğuna hâkim olan *yarı nedensellik/hipotetik nedensellik*, (*Hypothetische Kausalität, Quasikausalität*) görüşüne göre, ihmalde bulunan taraf, neticenin kendi eylemiyle “kesinlik sınırında bir olasılıkla” önlenebilecek olması halinde sorumlu tutulabilir¹⁷⁸. Bu açıdan ihmali suçlar, aktif davranışta bulunabilecekken pasif davranışta bulunma fikrini ve ihmal edilen davranış gerçekleştirilmiş olsaydı dahi suçun gerçekleşmeyeceğine yönelik varsayımsal bir nedensel süreci içerir¹⁷⁹.

Yukarıdaki bebeğin beslenmemesi örneğinden devam edersek, kanunda gösterilen özel yükümlülüğün yerine getirilmemesi (bebeği beslemek) ile netice (açlıktan ölüm) arasındaki bağa yarı nedensellik bağı denir. Ancak söz konusu bağ, *ex post* bir değerlendirme yapıldığında, ortaya çıkan neticeden, özel yükümlülüğün yerine getirilmesi yoluyla neredeyse kesin olarak (neredeyse kesinlikle) kaçınılabiliyorsa var sayılır¹⁸⁰. Bir suçun işlenmesi durumunda önemli olan, sonucun somut haliyle ortaya çıkması iken, ihmal halinde, kanunda kısmen soyut olarak tanımlanan neticenin özel yükümlülüğün yerine getirilmesiyle önlenip önlenemeyeceğine dayanmaktadır¹⁸¹.

Bir diğer husus, ihmali davranışı gerçekleştiren tarafın gerçekte garantör olmamasına rağmen somut olayda, failin böyle bir garantörlük pozisyonunun olduğunu zannetmesidir. Bu olasılıkta eğer ihmalde bulunanın garantör olduğunu düşünmesine neden olan haklı koşullar varsa, ihmal suçunu işlemeye yönelik elverişsiz teşebbüs olabileceği öne sürülmüştür¹⁸². Örneğin, T’nin bir çukurda yatan ağır yaralı bir bisikletçi görmesi ve bu kişiyi kısa bir süre önce sert bir tartışma yaşadığı oğlu O zannettiği

¹⁷⁷ SCHUSTER, s. 252.

¹⁷⁸ GRECO, s. 676.

¹⁷⁹ KUDLICH, C. Zum Tatentschluss beim Versuch des Unterlassungsdelikts, I. Allgemeines, s. 4

¹⁸⁰ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 212.

¹⁸¹ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 213.

¹⁸² KUDLICH, 2. Fehlende Quasikausalität, s. 3.

olasılığında: Hâlâ öfke dolu olan T, O'yu orada yataarken bırakmaya karar verir, gerçekte hendekte yatan O değil, T'nin tanımadığı, sadece O'ya benzeyen ve aynı bisiklete binen X'tir. X ölür ancak T ambulans çağırması olsaydı kurtulabilirdi. Bu durumda T'nin ihmali yarı nedenseldir; ancak T, X için garantör olmamıştır, bu nedenle ihmal yoluyla tamamlanmış bir öldürme düşünmek mümkün görünmemektedir. Diğer yandan T, garantör olma yükümlülüğüne karşılık gelecek bir durumun var olduğunu zannettiğinden, ihmal yoluyla öldürmeye (uygun olmayan/elverişsiz) bir teşebbüste bulunmaya karar vermiştir¹⁸³. Kanaatimizce burada tersine unsur yanılgısı söz konusudur. Zira T, somut olayda (iç dünyasında) bir haksızlık gerçekleştirme kastıyla hareket etmesine rağmen, gerçekte (dış dünyada) garantör olarak haksızlığa yol açmamaktadır. Dolayısıyla O'nun ihmal suretiyle ölmesi bakımından işlenemez suçun söz konusu olduğu ifade edilebilir.

C. OBJEKTİF İSNADİYET TEORİSİ

Nedensellik (illiyet) bağı, bir olgunun ortaya çıkış süreci olarak anlaşılabilir. Somut bir olgunun nedensellik bağı belirlenmek isteniyorsa, olgunun ortaya çıkışında herhangi bir etkisi olan tüm güçler sırayla belirlenmelidir. O halde bu güçlerin toplamı, olgunun nedeni olarak kabul edilmelidir¹⁸⁴. Bununla birlikte, bu bireysel güçlerin her biri de kendi içinde olgunun nedeni olarak görülebilir, çünkü olgunun varlığı her bir bireysel güce o kadar bağlıdır ki, tek bir bireysel güç bile bu bağlantıdan çıkarılırsa, olgunun kendisi çöker (şart teorisi)¹⁸⁵.

Bazı suç türlerinin işlenmesi, insan davranışından ayrı ve zaman içinde ondan ayrılabilen bir olayın gerçekleşmesine bağlıdır. Örneğin, mağdurun ölümü gerçekleşmedikçe tamamlanmış kasten öldürme suçundan bahsedilmez. Alman hukukunda bu tür suçlar, neticeli suçlar (*Erfolgsdelikte*) olarak tanımlanır. Buna göre, önceki davranış ile tipik netice arasında belirli bir nesnel ilişki, en azından “nedensellik yasasına uyan bir bağlantı” kurulmalıdır. Alman hukuk doktrini, içtihatlarında yerleşik olan şart teorisine (*Bedingungstheorie*) göre neden, “somut olayda bulunmamış olsaydı belirli bir neticenin meydana gelmesini engelleyen” koşul anlamına gelir. Ancak, neden-sonuç ilişkisi (şart teorisi açısından) sanığın tamamlanmış bir neticeli suçtan sorumlu olması için gerekli ancak yeterli olmayan bir unsurdur¹⁸⁶. Neticeli bir suçtan dolayı cezai sorumluluk için gerçekleşen neticenin faile ayrıca objektif olarak isnat edilebilir olması gerekir. Zira bazı hallerde nedensellik bağı mevcut olsa da failin neticeden sorumlu tutulması mümkün olmayabilir¹⁸⁷.

Objektif isnadiyet teorisi, şart teorisini esas alan ancak onun sınırsız nedenselliğini engellemeyi amaçlayan, bu nedenle normatif bir bakış açısıyla neticenin, kişiye objektif olarak yüklenip

¹⁸³ KUDLICH, C. Zum Tatentschluss beim Versuch des Unterlassungsdelikts, I. Allgemeines, s. 4

¹⁸⁴ BURI, 1. Paragraf.

¹⁸⁵ BURI, 1. Paragraf.

¹⁸⁶ MENDES, CARMO, s. 207, 208; HUGDES, s. 627.

¹⁸⁷ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 133.

yüklenemeyeceğine ilişkin bir teoridir¹⁸⁸. Burada objektif isnadiyet kurumu, meydana gelen neticenin faile sırf bu ilk başta meydana getirdiği tehlike nedeniyle atfedilmesine engel olmakta ve âdeti bir süzgeç görevi üstlenmektedir¹⁸⁹. Bu açıdan bakıldığında, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi için, hareket ile netice arasında nedensellik bağının olması ve neticenin failin eseri olması, failin nedensellik bağı üzerinde hakimiyetinin bulunması şartlarının yanı sıra, yapılan hareketten, hukukun onaylamadığı bir tehlikenin doğması, bu tehlikenin neticeyi meydana getirmesi ve neticenin, ihlal edilen normun koruma alanı içinde olması gerekmektedir¹⁹⁰. Objektif isnadiyet değerlendirilmesinde, kişinin meydana getirdiği tehlike ve oluşan netice aynı manevi unsur nedeniyle aynı suç yolu üzerinde olup, netice ile tehlike arasındaki bağ zayıftır. Bu nedenle netice, kişiye isnat edilememektedir¹⁹¹.

İcrai suçlar söz konusu olduğunda, neticenin faile objektif olarak isnat edilmesi, failin bu neticeye sebebiyet vermiş olmasıyla açıklanırken, sadece tipe uygun neticenin önlenmemesi (ihmal) halinde, neticenin faile objektif olarak isnat edilmesi, farklı bir bakış açısıyla açıklanabilir¹⁹². Bu nedenle objektif isnadiyet teorisi kapsamında, özel yükümlülüğe aykırılık ilişkisi bakımından öncelikle bu neticenin ihmal edenin yükümlülüğüne aykırı davranmasından kaynaklanıp kaynaklanmadığının araştırılmasına bağlıdır¹⁹³. Şu hâlde, ihmali suçlar söz konusu olduğunda, failin öncelikle özel yükümlülük altında olup olmadığı tetkik edilmeli ancak bu yapılırken, garantörlük kısmında anlattığımız “garantörlük sınırları” ve dolayısıyla objektif isnadiyetin şartları dikkate alınmalıdır. Garantörün yükümlülüğünü ihmal etmesi olasılığında ise, emredilen hareket yapılmış olsaydı, tehlike oluşturulan hukuki değer korunmasının mümkün olup olmayacağı gözden geçirilmelidir.

Alman Federal Mahkemesi’nin yangın kurtarma davası buna bir örnek teşkil edebilir: Bir gece vakti çıkan yangında, A ve iki küçük çocuğu çatı katındaki bir dairede alevler arasında kalmıştır. Merdiven boşluğundan kaçmak imkânsız olup çocuklar için tek kurtuluş şansı, onları yakalamak için üç güçlü adamın kollarını uzatmış hazır beklediği bir pencereden (6 ila 7 metre derinlikte) aşağı atmaktır. Tekrar tekrar bağırımlarına rağmen (A), yüksek yaralanma riski nedeniyle çocukları aşağı atmaya karar veremez. Son saniyede aşağı atlayarak kendi güvenliğini sağlarken, her iki çocuk da alevler arasında can verir. Mahkeme’nin söz konusu olayda, nedensellik bağına belirlemek için araştırdığı husus, çocukların yanarak ölmekten kurtulup kurtulamayacakları değil, (A) onları pencereden zamanında dışarı orada bulunan yardımcılarının kollarına atmış olsaydı, hayatta kalıp kalamayacakları, yani kurtulup

¹⁸⁸ ARTUK, GÖKCEN, ALŞAHİN, ÇAKIR, s. 373.

¹⁸⁹ ERBAŞ, Garantörlük, s. 447.

¹⁹⁰ JESCHECK, SIEBER, s. 30, 31.

¹⁹¹ ERBAŞ, s. 447.

¹⁹² JESCHECK, SIEBER, s. 54.

¹⁹³ KOCA, ÜZÜLMEZ, s. 402.

kurtulamayacaklarıdır¹⁹⁴. Kanaatimizce bu hususta sonuç kısmında yer verdiğimiz görüşler kapsamında hareket edilmelidir.

SONUÇ

İhmali suçların nedenselliğinin açıklanması bakımından tek bir teoriye dayanmak mümkün görünmemektedir. Diğer bir anlatımla, normatif açıdan nedenselliği ortada olan ihmalin, ontolojik yanı da inkâr edilemez.

Anglo-Amerikan doktrininde, ihmali suçlar alanındaki nedensellik sorununu ele alan *Jerome Hall*, çocuğunu kurtarmayan bir babanın eylemsizliği ile çocuğun ölümü arasında nedensel bir bağ kurmada hiçbir zorluk çıkmadığını belirtmektedir. Nedensellik sorunu, kurtarmayan kişinin baba değil de bir yabancı olması durumunda fiziksel anlamda farklı değildir. *Hall*, nedenselliğin tamamen veya asıl olarak mekanik bir bağlantı veya bilimsel yasa sorunu olmadığını, büyük ölçüde sorumluluğu yükleme veya reddetme politikasına dayanan karmaşık bir sorun olduğunu kabul ederek sorunun kolayca ortadan kaldırılabilceğini ileri sürmektedir¹⁹⁵. Yani bedensel enerji yahut hareket düşüncelerine dayanan ontolojik teoriler bir kenara bırakılırsa, asıl üzerinde durulması gereken, ihmalin “*neticenin sebebi*” olup olamayacağı meselesidir. Bu açıdan bakıldığında, ontolojik- normatif bir değerlendirmeye, aslında ihmalin de maddi bir realitesi/gerçekliği yahut etkisi bulunmaktadır¹⁹⁶. Böylece ontolojik teoriler kapsamında savunulan, icrai suç ile ihmali suç arasında hem icrai suçta hem de ihmali suçta, failin yasanın gerektirdiğinden başka bir eylemde bulunması nedeniyle hiçbir fark olmadığı görüşü bütünüyle hatalı bir tespiti içermemektedir. Örneğin A, B’ye ateş ederek (icra) veya onu kurtarabilecek olmasına rağmen denizde boğulmasına izin vererek (ihmal) öldürse, icra ve ihmal arasındaki *ontolojik ayrım* dikkate alınmaksızın, her iki durumda da B’nin hayatı A’ya atfedilebilir bir davranışla sona ermiştir. Bu nedenle, ihlal edilen yasal çıkar veya verilen zarar açısından, neticenin icra veya ihmal ile meydana getirilmesinin bir önemi yoktur, yeter ki *normatif anlamda* “*neden olunmuş*” veya “*işlenmiş*” olsun¹⁹⁷.

Görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağının tespiti, şu ana kadar ifade ettiğimiz ayrımlardan daha farklı bir değerlendirmeyi gerektirir. Zira bu suçlarda ihmal, icraya eşdeğer sayılmakta, fail ceza politikasına göre, icrai şekilde işlenen suçun cezası ile cezalandırılabilir. Bu suçlarda, normatif teorisinin etkin olduğu ortadadır.

Şu hâlde, ihmali suç ontolojik özellik gösterebilir; zira neticeye sebep olması bakımından “*etkil*”dir. Ancak burada, ihmalde bulunan tarafın, neticeyi kendi eylemiyle “*kesinlik sınırında bir olasılıkla*” önlenebilecek olması halinde sorumlu tutulabileceği görüşü (*kaçınılabilirlik teorisi* (*Vermeidbarkeitstheorie*)/ *hipotetik nedensellik*, *yarı nedensellik* (*Hypothetische Kausalität*,

¹⁹⁴ FREUND, ROSTALSKI, Rn. 214, 215.

¹⁹⁵ HUGHES, s. 627.

¹⁹⁶ ERBAŞ, Garantörlük, s. 39.

¹⁹⁷ AMBOS, Omissions, s. 18, 19.

Quasikausalität) insan kararları, mikro fiziksel ve mikrobiyolojik süreçler, hastalık ve iyileşme süreçleri gibi kesin nedensel yasalara tabi olmayan alanların varlığı dolayısıyla, kesinliğe yakın bir başarılı kaçınma olasılığı talep etmek makul değildir. Bu teoride, yüzde yüz güvenli olmayan kurtarma davranışları gereksiz sayılabildiğinden, birçok vakıada cezai sorumluluğun gündeme gelmemesi olasıdır. Ayrıca emir normunun her türlü kurtarma şansının değerlendirilmesini gerektirdiği açıktır. Zira bu değerlendirme, eylemin değerinin belirlenmesiyle ilgilidir ve bu da zorunlu olarak yalnızca kurtarma şanslarının olduğu ve kesinliklerin olmadığı *ex ante* perspektifinden formüle edilmelidir. Bu nedenle *riski minimize etme teorisi* kapsamında, yükümlülük yerine getirilmiş olsaydı dahi aynı neticenin ortaya çıkabileceği iddiasının değerlendirme dışı olarak kabul edilmesi makul görünmektedir.

Diğer yandan, ihmali suç asıl olarak normatiftir, zira bu suç dolayısıyla tanınan cezai sorumluluk bedensel hareketlerle yahut enerji harcamayla değil, birinin ihmalinin kanunda suç olarak öngörülmesiyle ilişkilidir. İhmali (özellikle görünüşte ihmali) suçlarda, icrai suçlarda doğal olarak karşılaştığımız türden basit bir nedensellik bağı eksikliğinin olması sebebiyle, burada hukuki yükümlülüğün kaynaklanan normatif bir nedensellik bağının kabul edilmesi gerekir. Gerçek ihmali suçlarda fail, toplumsal olarak beklenen ve yasal olarak kodlanmış davranışı yerine getirmemesinden, kendisinden beklenen özen veya titizlik düzeylerine uymaması temelinde sorumlu tutulurken, görünüşte ihmali suçlarda nedensellik bağı, özel hukuki yükümlülük sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Garantörlük olarak da kavramsallaştırılan bu beklenti sebebiyle, ihmal suretiyle icrai davranışın nedenselliğinden bahsedilebilir.

TCK kapsamında bu özel hukuki yükümlülük, 5237 sayılı Kanun'un 83. maddesinde düzenlenmiştir. 1930 yılında İtalyan Ceza Kanunu'na ve 1975 yılında StGB'ye, görünüşte ihmali suçlara ilişkin genel bir hüküm eklenmiş olmasına rağmen, 765 sayılı TCK'nın genel hükümler kısmına benzer bir ekleme yapılmamış, 765 sayılı Kanun'un Özel Hükümler Kitabı'nın ve 455 ve 459. maddelerinde suçlar bazında düzenleme öngörülmüştür. Bu anlamda 5237 sayılı Kanun'un da kısmen 765 sayılı Kanun dönemindeki düzenlemeyi takip ettiğini, görünüşte icrai suçlar bakımından genel nitelikte bir hüküm öngörmediğini ifade etmek mümkündür.

Burada iki husus sorun teşkil etmektedir. İlki, aslında ihmal suretiyle icrai hali ayrıca ve açıkça Kanun'da düzenlenmemiş olmasına rağmen, bazı suçların "*ihmali*" olarak da işlenebileceğinin kabulüdür. Özellikle dolandırıcılık suçunun madde gerekçesinde, hileli davranışın ihmali şekilde de gerçekleşebileceğine yönelik açıklama, ihmalin cezalandırılmasına neden olabilmektedir.

İkinci husus, TCK m 83'te özel hukuki yükümlülüğün kanun, sözleşme ve ön gelen tehlikeli eylem olarak sınırlandırılmış olmasıdır. Kanaatimiz, TCK kapsamında da bu nitelikte bir sınırlamanın olmaması gerektiğidir. Zira günümüz sosyal yaşam şartları içerisinde, bazı ilişki şekilleri artık garantör pozisyonunun bu üç ölçütle sınırlandırılmayacak kadar değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle, yakın yaşamsal ilişki, gönüllü üstlenme yahut karşılıklı güven ilişkisi gibi ölçütler, ihmal suretiyle icra suçları

bakımından nedensel olarak kabul edilmelidir. Önerimiz, TCK'nın genel hükümler kitabına eklenecek bir hükümle StGB m. 13'tekine benzer şekilde düzenlenme yapılması gerektiğidir.

Son olarak, bir ebeveynin reşit olmayan çocuklarına karşı garantörlük yükümlülüğü, eşine yahut reşit olan çocuğuna yönelik garantörlük yükümlülüğü gibi ceza hukuku sorumluluğu doğurmayabilir. Zira reşit olmayan çocuk ya beslenme, bakım, sağlık vs. gibi hususlarda ebeveynlerinin garantörlüğüne muhtaçtır (bebek) yahut muhtaç olmasa bile çocuk üzerindeki velayet hakkı aynı zamanda yükümlülük kaynağıdır. Her iki durumda da Kanun'dan kaynaklanan garantörlük, ebeveynlerin ihmal sorumluluğunu gündeme getirir. Diğer yandan reşit olmayan çocuk kavramı, bir çocuğun doğumundan on sekiz yaşını doldurmasına kadar geçen süreyi ifade eder. Medeni hukuk bakımından, çocuk üzerinde velayet hakkının devam ettiği hususunda bir tartışma olmamakla birlikte, yaşı itibarıyla bu çocuğun koruma-gözetim yükümlülüğüne muhtaçlık durumu, ceza hukuku bakımından her somut olayın kendi özelliğine göre değerlendirilmelidir.

Reşit çocuklar veya eşler hususunda ise, garantörlük alanı daha dar bir kapsamda düşünülebilir. Nitekim hasta yahut yaralı reşit çocuk ya da eşin tedaviyi reddetmesi durumunda, kişinin serbestçe tasarruf edebileceği hakları üzerinde açıkladığı iradesi, garantörlük ilişkisi bakımından nedensellik bağı keser. Burada, kişinin netice üzerindeki hâkimiyeti yahut neticeyi önleme imkânına sahip olması hususu tartışmalı hale gelebilir.

KAYNAKÇA

- AMBOS, K. (2024). StGB § 8 Zeit der Tat Münchener Kommentar zum StGB (5. Auflage).
- AMBOS, K. (2020). Omissions. Core Concepts In Criminal Law And Criminal Justice, Anglo-German Dialogues (Volume I), Cambridge: Cambridge University Press.
- ARTUK, M. E., ALŞAHİN, M. E. (2012). Yardım veya Bildirim Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi Suçu (TCK m. 98). MÜHF – HAD, 18(1), 3-38.
- ARTUK, M. E., GÖKCEN, A., ALŞAHİN, M.E., ÇAKIR, K. (2023), Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BACHMANN, M., EICHINGER, M. (JA 2011). Täterschaft beim Unterlassungsdelikt <https://beck-online.beck.de/>, (E.T. 01.03.2025).
- BAYRAKTAR, K. (2013). Kasten Adam Öldürme. MÜHF – HAD, 19 (2), Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, 57-77.
- BURI, M. (1873). Über Kausalität und deren Verantwortung, <https://www.gleichsatz.de/b-ut/can/rec/burilkausal.html>, (E.T. 01.03.2025).
- DÖNMEZER, S. (1943). Maddi Sebebiyet Alâkası. İÜHFM, 9 (1-2), 85-119 (*Maddi Sebebiyet Alâkası*).
- DÖNMEZER, S. (1944). İhmal Suretile İcra Suçları. İÜHFM, 9 (3-4), 473-494 (*İhmal*).
- EKİCİ, M., TAŞ, B. (2024). İhmali Hareketlerle İşlenen Dolandırıcılık Suçunun Cezalandırılması Sorunu. ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (2), Prof. Dr. Mustafa Avcı’ya Armağan, 1334-1368.
- ERBAŞ, R. (2019). Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük. İstanbul: On iki Levha Yayıncılık (*Garantörlük*).
- ERBAŞ, R. (2019). İcrai veya İhmali Olarak Somut Olayda Davranışın Gerçekleştiriliş Biçiminin Tespiti Meselesi. DEÜHFD, 21 (1), 397-449 (*Tespit Meselesi*).
- ENGLÄNDER, A. (2021). Der strafrechtliche Handlungsbegriff bei Gustav Radbruch, Grundlagen und Konzepte des Strafrechts, Nomos elibrary, <https://beck-online.beck.de/>, (E.T. 12.10.2024).
- FISCHER, J. (2022). Die Garantenstellung aus Ingerenz Untersuchungen zur Dogmatik des unechten Unterlassungsdelikts, § 13 StGB, Logos Verlag Berlin GmbH, https://opus.bibliothek.uni-wuerzburg.de/opus4-wuerzburg/frontdoor/deliver/index/docId/29899/file/Fischer_Johannes_Dissertation.pdf, (E.T. 16.02.2025).
- FREUND, G., ROSTALSKI, F. (2024). StGB § 13 Begehen durch Unterlassen, Münchener Kommentar zum (StGB 5. Auflage).
- GÓMEZ-ALLER, J. D. (2008). Criminal Omissions: A European Perspective. New Criminal Law Review, 11 (3), 419-451.
- GREASLEY, K. (2023), How Omissions Aren’t Special. Criminal Law and Philosophy; contribution to special issue on Andrew Simester’s ‘Fundamentals of Criminal Law’, Forthcoming, <https://ssrn.com/abstract=4645569> (E.T. 07.03.2025).

- GRECO, L. (2011). Kausalitäts- und Zurechnungsfragen bei unechten Unterlassungsdelikten, ZIS, (8-9), 674-691.
- HAKERİ, H. (2007). Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler. TBB Dergisi, (69), 55-96 (*Önemsiz Hareketler*).
- HAKERİ, H. (2015). Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Adalet Yayınevi (*Genel Hükümler*).
- HUGHES, G. (1958). Criminal Omissions. The Yale Law Journal, 67(4), 590-637.
- İÇEL, K., ÖZGENÇ, İ., SÖZÜER, A., MAHMUTOĞLU, S., F., ÜNVER, Y. (1999). İçel Suç Teorisi. İstanbul: Sebat Yayıncılık.
- JESCHECK, H. H., SIEBER, U. (2007). Alman Ceza hukukuna Giriş. (Terc. F. YENİSEY), İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KINDHÄUSER, U., NEUMANN U., PAEFFGEN, H. U., SALIGER, F. (2023). Strafgesetzbuch (6. Aufl.).
- KOCA, M., ÜZÜLMEZ, İ. (2023). Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KUDLICH, H. (JA 2008). Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts 601, A.Hinführung, <https://beck-online.beck.de/>, (E.T. 16.02.2025).
- KÜHL, K. (JA 2014). Das Unterlassungsdelikt.
- LACKNER, K., KÜHL, K., HEGER, M. (2023). StGB (30. Aufl.).
- LEAVENST, A. (May 1988). A Causation Approach to Criminal Omissions. California Law Review, 76(3), 547-591.
- MENDES, P., CARMO, J. (2013). A semantic model for causation in criminal law and the need of logico-legal criteria for the attribution of causation. Law, Probability and Risk, 12 (3-4), 207-228.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN, K., BACAKSIZ, P. BAŞBÜYÜK, İ. (2023). Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGENÇ, İ. (2021). İhmali Suç Teorisi. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi XXV (4), 303-378.
- ÖZGENÇ, İ. (2024). Türk Ceza Hukuku. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ROBINSON, P. H. (1984). Criminal Liability For Omissions: A Brief Summary and Critique of the Law in the United States. New York Law School Law Review, 29(1), 102-124.
- SÁNCHEZ, J. M. S. (2008). Criminal Omissions: Some Relevant Distinctions. New Criminal Law Review, 11(3), 452-469.
- SCHRODER, H. (1965). German Criminal Law and Its Reform. Duquesne Law Review, 4(1), 97-113.
- SCHONKE, A., SCHRODER, H. (2019). Strafgesetzbuch (30. Aufl.).
- SCHUHR, A. (2022). Medizinrecht. (4. Aufl.).
- SCHUSTER, F. P. (2023). Coping with Moral Dilemmas in German Criminal Law Theory and Justice: Classical Cases and Modern Variants. Crim Law Forum, (34), 237-270.

- SÖZÜER, A. (2019). Türk Ceza Hukuku Reformu: Dünyü, Bugünü ve Yarını, Türk Ceza Hukuku Reformunun AB Üyesi Kara Avrupası Ülkelerindeki Reformlarla Karşılaştırılmasına İlişkin Notlar. DEÜHFD, 21 (Özel), Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, 3031-3050.
- TOKDEMİR, S. (2022). Ceza Hukukunda Akim Kalmış Azmettirme. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- VORMBAUM, T., BOHLANDER, M. (2014). A Modern History of German Criminal Law. (Trans. M. HILEY). Heidelberg New York Dordrecht London: Springer.
- YENİSEY, F., PLAGEMANN, G. (2015). Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB) (2. b.). İstanbul: Beta Yayıncılık.
- YURTLU, F. (2022). İhmali Suçlar. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YURTLU, F. (2021). Suç Teorisi Bakımından İhmali Suçların Yapısı. Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, XXV(3), 579-636 (*İhmali Suçların Yapısı*).