

İCRAİ VEYA İHMALİ OLARAK SOMUT OLAYDA DAVRANIŞIN GERÇEKLEŞTİRİLİŞ BİÇİMİNİN TESPİTİ MESELESİ

DOI: 10.33717/deuhfd.567632

Dr. Rahime ERBAŞ*

Öz

İcrai davranışla meydana getirilebilecek netice, “garantörlük” olarak kavramsallaştırılan belirli statülere sahip kimseler tarafından ihmali davranışla da meydana getirilebilir. Kişinin, garantör olduğu kimsenin yaşam veya vücut bütünlüğüne zarar veren veya tehlikeye düşüren icrai davranışın da olduğu olaylarla davranışın nitelendirilmesi meselesi ile karşılaşılmaktadır. Örneğin bir annenin bebeğini تنها bir yere bırakması ve bebeğin ölmesi yahut da hekimin hastanın bağlı olduğu solunum cihazını kapatması ve hastanın ölmesi bu hallere örnektir. Bu durumda somut olayda hem icrai hem de ihmali olmak üzere iki davranış şeklinin bir arada olduğu izlenimi ortaya çıkmaktadır. Her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu bu tür olaylarda mesele, cezalandırmanın hangi kanun hükmüne dayandırılması gerektiğine ilişkindir. Bu tür olaylar için, Alman ceza hukuku uygulaması ve öğretisi tarafından çeşitli ölçütlere başvurulmuştur. Bunlara bu çalışmada, “gerçeklik” ve “değerlendirme” teorileri olarak tasnif edilmek suretiyle yer verilmiştir.

Temel fikir olarak bu çalışmada ise, çözüm için sadece gerçekliğe dayanılması değil; gerçekliğin tespitinden sonra ayrıca bir değerlendirme yapılması gerektiğinden hareket edilmiştir. Bu ise normlar arasında yorum yapılması; kavramsal ifadesi ile görünüşte içtima kurallarına başvurulmasıdır. Çünkü bu tür olaylarda her iki davranış şekli, normlar karşısında eşit mesafede durmaktadır. Buradan hareketle, hareket tekliği - çokluğu, taksirli suçlar ile ihmali davranışın bir arada olması, cezalandırılmayan önceki - sonraki hareket ve önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış ilişkisi ve terk suçu eksenlerinde konu irdelenmiştir.

Tüm bu incelememiz geliştirilecek tek bir ölçütün, her halde her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözemeyeceğini, meselenin arka planından

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Doktor (e-posta: rerb@istanbul.edu.tr) (ORCID: 0000-0002-6257-4312) (Makalenin Geliş Tarihi: 03.04.2019) (Makalenin Hakemlere Gönderim Tarihleri: 03.04.2019-09.04.2019/Makale Kabul Tarihleri: 28.04.2019-01.05.2019)

hareketle her münferit olaya göre çözüm ortaya konulabileceğini göstermiştir. Bunun nedeni, bu olayların her birinin suç teorisinin muhtelif meselelerini barındırmakta olduğu gerçeğidir. Sadece bu meseleler, icra ve ihmâl şeklinde doğal anlamda iki farklı davranış normu söz konusu olunca arka planda kalmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İhmâl, icra, davranış, taksir, içtima, bebek terki

THE CHALLENGES IN QUALIFYING THE CONDUCT IN CONCRETE CASES AS COMMISSION OR OMISSION

Abstract

The harm that are occurred by active conduct may be also brought out by passive conduct, omission, of those who have legal duty to act. In some cases, these two forms of conduct exist simultaneously. This is the case where a mother leaves her newborn to a secluded place and the baby dies or the physician shuts off the reanimator and the patient dies. Both mother and physician have a legal duty to act and both performed the active conduct as well. In such cases, two forms of conduct are come into being and lead to death. Consequently, the question on which form of conduct criminal liability should be based upon arises. That is to say, mother or physician should be punished due to the killing by commission or omission remains debatable. For such cases, various criteria have been applied by the case law and doctrine of German criminal law. In this study, these are put across by classifying as “reality” and “assessment” theories.

The main approach of this study is not only relying on reality for the solution; but after the retaining of the reality, it is necessary to make an assessment, which refers to the interpretation of norms. Because, in such cases, both forms of conduct stand at an equal distance to the norms. Starting from this point of view, the uniformity of conduct, the coexistence of recklessness crimes with omission, the relationship of the previous and the next action with the preexisting dangerous behavior and the crime of abandonment are discussed.

All of our analysis has shown that a single criterion to be developed cannot solve the cases in which both forms of conduct occur, and that the solution can be put forward according to the background of the case. Because, each of these cases contains various issues of the crime theory. Only these issues remain in the background when two forms of conduct as commission and omission appears in the natural sense.

Keywords

Omission, commission, conduct, recklessness, concurrence, expositio infantum

A. GENEL OLARAK

Kişi, dünyaya yeni getirdiği bebeğini bir beze sarılı ve sağ olarak boş bir arsaya bırakır. Bir süre sonra bebek bulunduğu anda bebeğin yaşamını yitirdiği tespit edilir¹. Bu olayda anne, garantör olması sebebiyle ihmali (annenin bebeğin hayati ihtiyaçlarını yerine getirmemesi) nedeniyle mi yoksa icrai davranışı (bebeği boş bir arsaya bırakması) nedeniyle mi sorumlu tutulacaktır? Hekim H, hastanede kalmaya ihtiyacı olmasına rağmen hastasını hastanedeki yatak azlığı sebebiyle taburcu eder. Hekim H'nin sorumluluğu, hastası için garantör olması nedeniyle ihmali davranışına (hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmaması) mı yoksa icrai davranışına (hastayı hastaneden taburcu etmesi) mi dayandırılacaktır?². Yine sağlık alanında; solunum cihazına bağlı komada yaşatılan hastanın solunum cihazını hekimin kapatır. Bu halde hekimin sorumluluğu, hastanın tedavisine solunum cihazıyla devam etmemesi olarak ihmali davranışından mı yoksa solunum cihazını kapatması nedeniyle icrai davranışından dolayı mı olacaktır?³. Benzer tartışmaya, ötenazi konusunda da rastlanılmaktadır⁴. Bundan başka ilginç bir örnek de şöyledir: HIV taşıdığı öğrenen A, eşi B'ye böyle bir virüs taşıdığını söylemez ve eşi ile korunmasız şekilde cinsel ilişkiye girer. Aynı tartışma burada da A'nın sorumluluğunun ihmali davranışı (korunmaması) nedeniyle

¹ **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.12.2018).

² **Engisch**, Karl: "Tun und Unterlassen", Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Leferenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 168.

³ **Engisch**, "Tun und Unterlassen", s. 168 ve ayrıca s. 177. *Hakeri* belirttiğimiz minvalde, Alman ceza hukukundaki "keçi kılı", "bisiklet sürücüsü", "eczacı", "kokain", "sağlıkçı" ve "reanimatör" olarak anılan temel örneklere yer vermiştir. Bkz.: **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, Ankara, Seçkin, 2003, s. 68-69. *Eczacı örneğine* daha önce Türk hukukunda *Yüce* yer vermiştir. Bkz.: **Yüce**, Turhan Tüfan: Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: I, 1. bs., Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982, s. 207. Yine "keçi kılı", "bisiklet sürücüsü", "eczacı", "kamyon" ve "AIDS" olayları için bkz.: **Roxin**, Claus: Strafrecht AT II, Münih, Verlag C. H. Beck, 2003, § 31, kn.74. Ayrıca bkz.: **Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 239-240.

⁴ Örneğin Türk öğretisinde bir görüş, hekimin yaşam destek ünitesine bağlı olarak yaşamını devam ettirebilen bir hastanın bu destek ünitesi ile bağımlı kesmesinde; hekimin tam anlamıyla pasif olmadığı, ölümden etkin rol oynadığı gerekçesiyle aktif ötenaziden bahsedilebileceği sonucuna varmaktadır. Bkz.: **Artuk**, M. Emin/**Yenidünya**, A. Caner: "Ötenazi", in Hukuki ve Etik Boyutuyla Ötenazi, Yay. Haz. Nur Centel, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2011, s. 117. Bu da bu görüş sahiplerinin, hekimin bu tür durumlardaki davranışını, ihmali değil; icrai olarak kabul ettiklerini göstermektedir.

mi yoksa icrai davranışı (eşi ile cinsel ilişkiye girmesi) nedeniyle mi söz konusu olacağı sorusu üzerinde cereyan etmektedir⁵.

Bu örnekler bir hukuki değer ihlal edildiği olayda, icrai ve ihmali davranışı bir arada (iç içe geçmiş olarak) karşımıza çıktığı durumları ifade etmektedir. Öğretide bu örnekler, “iki anlamlı davranış şekillerinin”⁶ veya “iki şekilde de kabul edilebilecek (iki anlamlı hareketler) hareketlerin”⁷ söz konusu olduğu olaylar olarak anılmaktadır. Bununla birlikte, kanaatimizce “her iki davranış şeklinin (bir arada) bulunduğu durumlar” biçiminde kavramsallaştırılması daha isabetlidir. Çünkü burada “anlam” sözcüğü kullanıldığı takdirde davranışın hangi anlamda ikilik arz ettiği anlaşılamamaktadır⁸. Keza davranış iki anlama da gelmemekte; davranışın iki gerçekleştiriliş şeklinin -icra ve ihmali olarak bir arada- mevcudiyeti söz konusudur. İşte bu halde karşımıza, bu tür durumlarda suç teşkil eden fiilin -icrai veya ihmali davranış olarak- “nitelendirilmesi”⁹, diğer bir anlatımla, “hangi davranışın hukuk sahasında önem arz ettiğinin tespit edilebilmesi”¹⁰ bir sorun olarak çıkmaktadır.

Bu ve benzeri örneklerin ele alınması amaçlandığı için bu çalışmanın başlığı, icrai davranış ile ihmali davranış arasında ayırım meselesi¹¹ olarak değil; “icrai veya ihmali olarak somut olayda davranışın gerçekleştiriliş biçiminin tespiti meselesi” olarak belirlenmiştir. Zira icra-ihmal ayırımı şeklinde bir ayırım, icrai ve ihmali davranış kavramlarının tek tek ortaya konul-

⁵ **LG Kiel**, 10 KLS 1/10, T: 28.06.2010, BeckRS, 2010, s.26831, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de>, (Erişim Tarihi: 21. 12. 2018). Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.74.

⁶ Söz gelimi **Roxin**, iki anlamlı davranış şekilleri anlamında “zweideutigen Verhaltensformen” ifadesini kullanmaktadır. Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.73-74.

⁷ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 88-89.

⁸ Bu nedenle “farklı anlamlara gelen davranış” olarak ifade edilmesi de hatalıdır. Çünkü hangi anlamda davranışın farklı olduğu anlaşılamamaktadır. Bu ifadenin geçtiği çalışma için bkz.: **Heinrich**, Bern: Ceza Hukuku Genel Kısım-II, Bölüm Çevireni: Yener Ünver, Yay. Haz.: Yener Ünver, Ankara, Adalet Yayınevi, 2015, § 26, kn.883.

⁹ “...bir oluşun ihmali mi, yoksa icra mı olduğu konusunda duraksamaya yol açan hallerle karşılaşmak mümkündür. Bunun sebebi bir oluşta, ihmali davranışla icra eyleminin bir arada bulunabilmesidir. Böyle ise eylemi nasıl nitelendirmek gerektiği bir sorundur” (**Yüce**, s. 207). Keza bugün Yargıtay da her iki davranış şeklinin bulunduğu durumlarda çözülmesi gereken hukuki meselenin “saniğin eyleminin nitelendirilmesine ilişkin” olduğunu belirtmiştir. Bkz.: **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013.

¹⁰ Ranft, Otfried: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, JuS, Sayı: 9, 1963, s. 341.

¹¹ Karş. **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 68 vd.

masını ve birbirlerinden kavramsal olarak tüm hallerinin ayırt edilmesini gerektirmektedir¹². Bu da hareketin dogmatik gelişimi kapsamında ihmali davranışın açıklanmasını ve icradan kavramsal olarak ayrılmasına matuf olması gereken ayrıca bir çalışma konusudur. Bu çalışmada ise icradan ihmalin sadece bir türünün -görünüşte ihmali suçun- ayrılması hedeflenmektedir. Bu inceleme de her ikisinin bir arada bulunduğu izlenimi verdiği durumlarda fiilin nitelendirilmesinin icrai davranış mı ihmali davranış mı olduğu meselesi ile sınırlandırılmak suretiyle yapılacaktır. Nitekim *Engisch'e* göre icra ve ihmal şeklinde iki türü olan insan davranışının bir üst kavram olarak açıklanabilmesi, temel bir meseledir. Buna ilave olarak aynı şekilde, hem icrai ve hem de ihmali davranışın bulunduğu bir olayda ceza sorumluluğunu gerektiren davranışın nitelendirilebilmesi de temel bir meseledir. Ancak bu ikincisi, icra-ihmal ayrımında hareket kavramını açıklamaya yönelik yoğun teorilerden farklı olarak ayrıca uygulama açısından da önemi olan bir konudur¹³. Gerçekten Türk hukukunda da Yargıtay kararlarında bilhassa bebek terki (*expositio infantum*) olarak anılan kararlarda görülmektedir ki, TCK'nın 83., 88., ve 97. maddelerinde düzenlenen görünüşte ihmali suçlarla ilgili içtima meseleleri söz konusudur. Gerçekten bu tür durumlarda sorumluluğun icraya mı yoksa ihmale mi dayandırılması gerektiğinin tespit edilmesi ve bunun ölçütlerinin ortaya konulması, bu suçların uygulama alanını göstermek adına temel bir zorunluluktur.

Davranışın gerçekleştiriliş biçiminin nitelendirilmesi güçlüğünün temel nedenlerinden biri, görünüşte ihmali suçlardaki ihmali davranışın arz ettiği çeşitliliğidir¹⁴. Bu bağlamda özellikle modern teknolojik gelişmelerin bu çeşitliliği daha da zenginleştirmesi karşısında günümüzde bu gelişmeler nedeniyle bu ayrımın yapılması zorlaştığı tespiti¹⁵, esaslı bir tespittir. Bu gerçeklik karşısında, her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda davranış nitelendirilmesinin isabetli biçimde yapılabilmesi, ceza hukukunun

¹² Hareket teorileri için bkz.: **Kunter**, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket- Netice- Sebepiyet Alakası), İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 609, 1954, s. 20 vd. İhmal kavramı ekseninde hareket teorileri için bkz.: **Erbaş**, Rahime: Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s. 16 vd.

¹³ **Engisch**, "Tun und Unterlassen", s. 163.

¹⁴ **Gültekin**, Galip: "Ceza Hukukunda İhmal Suçları ve Nevileri", İstanbul Barosu Mecmuası, Cilt:12, 1938, s. 200.

¹⁵ **Maiwald**, Manfred: "İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek", Çev. Cumhuriyet Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s. 171.

Latince, “*ne bis in idem*”; Türkçe ifadesiyle “*aynı fiilden iki kez yargılama olmaz*” ilkesinin¹⁶ de bir gereğidir.

B. YARGITAY İÇTİHATLARINDA ORTAYA ÇIKAN PROBLEMLER

Gerçek ihmali suçların aksine görünüşte ihmali suçların neticesinin icrai davranış ile de meydana getirilebilir olması nedeniyle, Türk hukukunda da uygulamada ceza sorumluluğunun icrai ve ihmali davranışlar arasında hangisine dayandırılması gerektiğinin tartışıldığı olaylar mevcuttur. Bu tür olaylara hem 765 sayılı TCK hem de 5237 sayılı TCK döneminde karşılanılmaktadır. 765 sayılı TCK döneminden bir örnek olay şöyledir: “*Samimi kabul edilen ve aksi kanıtlanamayan savunmasında sanık ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta olan ‘ölene fırının kapısını kapatayım mı’ dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış, bu arada şeytanlık edip öleni korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmış, ölenden kan çıktığını görünce, girdiği psikolojik ortam (panik reaksiyon) içerisinde olay yerinden uzaklaşırken fırın kapısını açmayı düşünememiş, bu durumu ilk karşılaştığı kişilere anlatmıştır. Ölümün havasızlıktan oluşması da bu durumu doğrulamıştır*”¹⁷.

5237 sayılı TCK döneminden bir örnek ise şöyledir; Yargıtay’ın önüne gelen bilhassa bebek terkinin konu olduğu azımsanmayacak sayıda ilginç kararları bulunmaktadır¹⁸. Bu kararlarda iki önemli nokta göz çarpmaktadır.

¹⁶ Bu noktada dikkat çekilmelidir ki; Türk ceza muhakemesi hukukunda kesin hükmün bulunmaması, *muhakeme şartıdır*. Bkz.: CMK md. 172/2: “*Kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hâkimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılmaz*”. Md. 223/7: “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir*”.

¹⁷ Yargıtay, CGK., 1-60/108, T: 09.04.1990, aktaran: **Hakeri**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83), Ankara, Seçkin, 2006, s. 128.

¹⁸ **Yargıtay**, CGK., 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013. Bebeğin çöp konteynırına bırakılmasını konu alan bir karar için bkz.: **Yargıtay**, 1.CD., 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.10.2016). Dere yatağına bırakılmasının söz konusu olduğu bir karar için bkz.: **Yargıtay** 1. CD., 2016/1572 E. , 2016/2536 K., T: 23.05.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016). Bebeğin poşet ile evin bahçesinde bulunan odunluğa bırakıldığı karar için bkz.: **Yargıtay** 1. CD., 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018). Bebeğin yolda dünyaya getirilerek buraya bırakıldığı olay için bkz.: **Yargıtay**, 1. CD., 2016/3338 E., 2017/655 K., T:

Birincisi; belirttiğimiz üzere bu çalışmanın konusunu teşkil eden, hukuki açıdan Yargıtay'ın bu tür vakılarda icrai ve ihmali davranış nitelendirilmesinin nasıl yapılacağına yönelik bir anlayışı henüz ortaya koymamış olmasıdır. İkincisi ise; 2012, 2013, 2016 ve 2017 gibi yeni tarihli Yargıtay kararları, kriminolojik açıdan Türkiye'de bebeğini kendi kendine doğurup, arsa, dere yatağı veya çöp konteyneri gibi yerlere atma vakıaların çokluğunu göstermektedir. 765 sayılı TCK'da yeni doğanın annesi tarafından "*şerefini kurtarmak saiki*" ile öldürülmesi, daha az ceza gerektiren bir hal idi¹⁹. TCK'da böyle bir hal kabul edilmemiş olsa da bebek terki, sosyolojik bir mesele olarak varlığını hala muhafaza etmektedir ve hatta bugün 83. maddenin önemli uygulama alanlarından birini oluşturduğu görülmektedir.

Söz gelimi, 2013 tarihli karara konu olan bir olay şöyledir: Bir anne, dünyaya yeni getirdiği bebeğini bir beze sarılı ve sağ olarak boş bir arsaya bırakır. Bir süre sonra bulunan bebeğin yaşamını yitirdiği tespit edilir²⁰. Benzer şekilde 2017 yılına ait Yargıtay kararına konu olan bir başka olay da şöyledir. "*Oluşa, mevcut deliller ve dosya kapsamına göre, sanığın çocuğunu sağ doğurduktan sonra göbek kordonunu bağlamaksızın önce montu sarıp sonrasında bu montu poşete koyup poşetin ağzını bağlayarak evin bahçesinde bulunan odunluğa koyduğu ve iki gün sonra çocuğun bulunduğu yerde ölü olarak bulunduğu olayda, maktulün bırakıldığı yer, koşullar ve olayın oluşumuna göre ölümün beklenilir bir sonuç olup mutlak ve kaçınılmaz olduğu anlaşılmalı, sanık hakkında TCK.nun 83. maddesinin uygulanması..., bozmayı gerektirmiştir*"²¹. Bu tür olaylarla yerel mahkeme ile Yargıtay arasında ceza sorumluluğu gerektiren hareketin icrai mi yoksa ihmal mi nitelikte olduğu hususunda fikir ayrılıkları olduğu, açıkça görülmektedir.

2005 sonrası bu tartışmanın şöyle bir önemi bulunmaktadır: Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 83. maddesine göre temel ceza olarak, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar, müebbet hapis cezası yerine onbeş

06.03.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.08.2017).

¹⁹ 765 Sayılı TCK: **Md. 453**: "*Öldürme fiili, anası tarafından şerefini kurtarmak saikiyle yeni doğmuş bulunan çocuğa karşı işlenmiş ise faile sekiz yıldan oniki yıla kadar hapis cezası verilir*".

²⁰ **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013. Bu kararı analiz eden bir çalışma için bkz.: **Avcı, Mustafa/Yerdelen, Erdal**: "Karar İncelemesi- Garantörsel İhmali Suçta İhmali ve İcrai Davranış Ayırımı", GÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2015, s. 63-190.

²¹ **Yargıtay 1.CD.**, 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017.

yıldan yirmi yıla kadar, diğer hallerde ise on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezasına hükmolunabileceği gibi, cezada indirim de yapılmayabilir. Aynı şekilde kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun düzenlendiği TCK'nın 83. maddesine göre kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte ikisine kadar indirilebilecektir. Böyle bir ceza indirimi imkânı karşısında; her iki davranış şeklinin bulunduğu durumlarda icra ve ihmalin ayırt edilmesi önem taşımaktadır.

C. DAVRANIŞ NİTELENDİRİLMESİNİ SAĞLAMAYA YÖNELİK ÖLÇÜTLER

1. Genel Olarak

Alman öğretisinde “keçi kılı”, “bisiklet sürücüsü”, “eczacı”, “kokain”, “sağlıkçı”, “reanimatör”, “kamyon” ve “AIDS” olarak adlandırılan olaylar her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu izlenimi vermesi ile davranış nitelendirilebilmesi zorluğunu gün yüzüne çıkarmıştır. Bu zorluğu aşmak için mahkeme kararlarında ve öğretilerde çeşitli ölçütler geliştirilmiştir²². Bu ölçütlerin tasnifi, şu ana kadar temel olarak *doğal - ontolojik* ve *normatif* teoriler olarak yapılmıştır²³. Bu çalışmada ise şöyle bir yol izlenecektir:

İlk olarak, kendi içinde *vücut hareketi görüşü*, *nedensellik görüşü* ve enerji kullanımı görüşü ile nedensellik görüşünü birleştiren *karma görüş* olarak *doğal teoriler* altında tasnif edilen ölçütler²⁴, “*gerçeklik teorileri*” altında tasnif edilecektir.

İkinci olarak, *sosyal mana görüşü*, *ithamın ağırlık noktası görüşü*, *karma görüş* ve *icraya ağırlık veren görüş* olarak *normatif teoriler* üst başlığında sıralanan ölçütler²⁵ “*değerlendirme teorileri*” şeklinde tasnif edilecektir. Her ne kadar normatif unsurlar, (bir açıdan) değerlendirme gerektiren unsurları ifade etmekte iseler de bu ölçütlerin dayandıkları bir norma ilişkin herhangi standart veya ölçüt mevcut değildir. Çünkü burada bir

²² Bu ölçütler, *Hakeri* tarafından 2003 tarihli eserinde tasnif ederek etraflıca ele alınmıştır. Bunlar için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 68-98.

²³ Bu tasnifler için ayrıca bkz.: **Brammsen**, Joerg: “Tun und Unterlassen? Die Bestimmung der Strafrechtlichen Verhaltensformen”, GA, Cilt: 149, Sayı: 4, 2002, s. 194-195.

²⁴ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 70-79.

²⁵ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 80-85. Ayrıca bkz.: **Gössel**, Karl Heinz “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, ZStW, Cilt: 96, Sayı: 2, 1984, s. 325.

normatif ölçütten ziyade, hukuki bir değerlendirme yapılmaktadır. Gerçekten Alman ceza hukukunun tarihi gelişimine bakıldığında da icra-ihmal ayrımında yürütülen tartışmaların çıkış noktasının, “gerçeklik-değerlendirme” ekseninde ilerlemiş olduğu görülür²⁶. Keza *ithamın ağırlık noktası görüşünün*²⁷ yanı sıra Alman öğretisinde bağımsız bir *normatif görüş*²⁸ de ayrıca sıralanmaktadır.

2. Değerlendirme Teorileri

a. “Sosyal Mana”²⁹ Görüşü

Sosyal hareket teorisinin savunucularından *Eberhard Schmidt* 1939 yılında yayınladığı bir eserinde hareketi, “sosyal anlam içeren davranış” olarak tanımlamış ve sonrasında “sosyal anlam bizim icradan mı yoksa ihmalden mi bahsetmemiz gerektiğine karar verir” şeklindeki görüşü ile icra-ihmal ayrımında sosyal anlamı bir ölçüt olarak kabul etmiştir³⁰. Bunu şöyle bir örnekle açıklamıştır: Hekimin hastayı iyileştirmek amacıyla yaptığı tıbbi müdahale nedeniyle bir zararın meydana gelmesi ile aynı zararın tıbbi meslek hatası nedeniyle meydana gelmesi arasında hukuki açıdan hiçbir farklılık bulunmamaktadır³¹. Her iki olayda da hekimin hareketi olmasaydı

²⁶ 1957 tarihli kamyon sürücüsü olayı olarak anılan, kamyon sürücüsünün önündeki araç (bisiklet sürücüsü) ile zorunlu mesafeyi bırakmadığı ve bisiklet sürücüsüne çarptığı olayda *Mezger*, gerçeklik meselesi- değerlendirme meselesi ekseninden konuyu ele almıştır. Bkz.: *Mezger*, Edmund: “Straf- und Strafprozessrecht”, JZ, Cilt: 13, Sayı: 9, 1958, s. 281.

²⁷ *Stoffers*, Kristian F.: Die Formel ‘Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit’ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin, Duncker & Humblot, 1992, s. 28 vd.

²⁸ *Stoffers*, s. 81 vd.

²⁹ Almanca kaynaklarda geçen “*der soziale Sinn*” olarak ifade edilen bu kavram, ilk kez *Hakeri* tarafından “*sosyal mana*” olarak isabetli biçimde Türkçe’de ifade edilmiştir. Bkz. *Hakeri*, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 80. Bu çalışmada da *Hakeri*’nin çevirdiği şekilde “*sosyal mana*” ifadesi kullanılacaktır.

³⁰ *Schmidt*, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, Leibziger rechtswissenschaftliche Studien, No: 116, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939, s. 80.

³¹ *Schmidt*, s. 80. Bu örneği *Ranft* şöyle biraz daha ileriye götürmektedir: “*Hekim A, hastası B’yi ameliyata alıp, ameliyat sırasında B’nin vücudundan kan gelirken bırakması durumunda hekimin icra nedeniyle mi yoksa ihmal nedeniyle sorumlu olacağı, hekimin kastına bağlıdır. Buna göre hekim A, ameliyatın hastasını vücudundan kan gelirken bırakmayı en başta amaçlamış ise bu durumda hastasının yaşamına yönelik hekimin davranışının sosyal anlamı nedeniyle hekim icra suretiyle insan öldürmeden sorumlu olacaktır. Ancak hekim ameliyatı sırasında hastasının vücudundan kan gelirken bırakmayı amaçlamış ise bu durumda ameliyatının kurallarına uygun şekilde yapılmasının ihmali nedeniyle hekim, ihmal suretiyle insan öldürme suçundan sorumlu olacaktır*” (*Ranft*, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, s. 345).

netice gerçekleşmeyecekti³². Bu şekilde ne netice ne de nedensellik bağı, esasında birer ayırım ölçütü olabilmektedir. Diğer bir anlatımla bu iki olay arasındaki ayırım, “davranışın dış dünyadaki resmine göre değil; davranışın sosyal manasına göre yapılabilir”³³. Schmidt’e göre bu iki olay arasındaki farklılık, bir neticeyi engellemek ile bir neticeye neden olmak arasındaki hukuki değerlendirmede yatmaktadır ki; bu da sosyal anlamının değerlendirilmesini ifade eder³⁴. Hatta bu olayı bir annenin evi temizlerken kullandığı içerisinde sinek öldürücü zehir bulunan şişeyi yere bırakması ve iki yaşındaki çocuğunun da bunu bulup içmesi sonucunda ağır yaralanması örneği ile açıklar. Burada annenin şişeyi yere bırakması anını dikkate alınarak annenin icrai davranışından sorumluluğuna gidilemeyeceğini; zira bu olayda sosyal açıdan anlamı olanın, annenin çocuğunun başına gelebilecek neticeyi engellememesi olduğunu savunur³⁵.

Bu görüşe göre bir kimse neticeyi engellememiş ise, bu durumda belirleyici olan bu kimsenin bu neticeyi engellemeye yönelik yükümlülüğünün mevcut olup olmadığıdır. Eğer mevcut ise kişi, bu hukuki yükümlülüğü nedeniyle ilgili görünüşte ihmali suçtan sorumlu olmalıdır³⁶. Ancak bu kabul, icrai davranışla birlikte neticeyi önlemeye yönelik hukuki yükümlülüğün olduğu ve kişinin pasif kaldığı tüm olaylarda istisnasız biçimde ihmali suçun tercih edilmesi ile sonuçlanır. Bu doğrultuda, bebeğini boş bir arsaya bırakıp giden anne, neticeyi önleme yükümlülüğü olduğu için kasten öldürmenin ihmal suretiyle gerçekleştirilmesinden sorumlu olacaktır. Keza hekim suni solunum cihazına bağlı hastanın solunum cihazı ile bağlantısını keser ya

³² Schmidt, s. 80.

³³ Schmidt, s. 79.

³⁴ Schmidt, s. 80. Schmidt’in bu değerlendirmelerini ele alan bir çalışma için ayrıca bkz.: Stoffers, s. 144-145.

³⁵ Schmidt, s. 79. Schmidt’in verdiği bu örneği değerlendiren bir çalışma için bkz.: Spindel, Günter: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, Festschrift Für Eberhard Schmidt, Yay. Haz. Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas, 2. bs., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, s. 188-189.

³⁶ Schmidt, s. 80. Bununla birlikte tıbbi müdahalelere ilişkin sınırlandırma, her iki davranış şeklinin biraradalığı meselesinin önemli bir parçasını oluştursa da esasında Schmidt, sosyal mana görüşünü hekimin cezai sorumluluğu bağlamında tartışmıştır. Buna göre hekimin neticeyi engelleme yükümlülüğünü yerine getirmemesi ile neden olduğu netice ile meslek hatası ile neden olduğu aynı netice arasında ayırım yapmak istemiştir. Kanaatimizce, Schmidt aslında her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar açısından geçerli bir ölçüt geliştirmeyi en azından başlangıçta amaçlamamıştır. Nitekim Geilen, tıbbi müdahalelere ilişkin sınırlandırma probleminde Schmidt’in geliştirdiği bu ölçüte başvurmuştur. Bkz.: Geilen, Gerd: “Neue juristisch- medizinische Grenzprobleme”, JZ, Cilt: 23, No: 5-6, 1968, s. 151.

da hastanın yaşam fonksiyonunu devam ettirici iğnelerin yapılmasını tekrarlamaktan vazgeçer ise bu durumda, davranışının sosyal manasına göre değerlendirdiğinde hekimin ihmal nedeniyle sorumlu tutulması gerekmektedir³⁷.

Sosyal mana ölçütü, birçok açıdan eleştirilmiştir. Bu eleştirilerin başında ölçütün değerlendirmeye dayanan bir ölçüt olarak, aşırı şekli ve sınırsız oluşu gelmektedir³⁸. Keza sosyal hareket teorilerinin savunucularından olan *Jescheck* de konu icra-görünüşte ihmal ayrımı olduğunda bu ölçütün tam anlamıyla faydalı bir ölçüt olamayacağını belirtmiştir³⁹. *Brammsen*, bu ölçüte göre icra ya da ihmal hangisinin seçilirse seçilsin bu seçimin “*ispat edilemez*” nitelikte olduğunu savunmuştur⁴⁰. *Hakeri* de ölçütün belirsizliği nedeniyle hukuk güvenliği açısından kullanılamayacağı kanaatinde⁴¹. Nitekim *Gössel*'e göre de bu belirsizlik nedeniyle aslında teorisinin uygulanabilirliği bulunmamaktadır⁴².

b. İthamın Ağırlık Noktası Görüşü

Davranışın sosyal manasına göre öğretide yapılan bu çözümün Almanya'da uygulamacılar tarafından benimsenmediği, 1954 yılında *Yüksek Mahkeme (BGH)* önüne gelen bir olayla anlaşılmıştır. Çünkü bu tarihli karar ile Mahkeme, “*ithamın ağırlık noktası*”⁴³ olarak adlandırılan yeni bir ölçüt ortaya koymuştur. Bu açıklamalarımıza geçmeden, Türk ceza hukuku açısından bu konuyla ilgili birkaç noktaya dikkat çekilmesinde yarar vardır. Buna göre, Türk ceza hukuku öğretisinde “*ithamın ağırlık noktası*”⁴⁴ görü-

³⁷ **Geilen**, s. 151.

³⁸ **Ranft**, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, s. 344. Ayrıca *Sieber*'e göre bu ölçüt sınırsız olmanın ötesinde, “*temelden yoksun*” bir ölçüttür. Bkz.: **Sieber**, Ulrich: “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme”, JZ, Cilt: 38, Sayı: 11-12, 1983, s. 436.

³⁹ **Jescheck**, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1988, s. 546. Ayrıca bkz.: **Sieber**, s. 433.

⁴⁰ **Brammsen**, s. 197.

⁴¹ Bu eleştiri ve bu görüşe yöneltilen başkaca eleştiriler için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 80.

⁴² **Gössel**, s. 325.

⁴³ İthamın ağırlık noktası ölçütü, daha önce şu sorularla somutlaştırılmıştır: “*Somut olayda duruma göre kinama, neye, hangi davranışa yönelmektedir? Başka deyişle hukuk hangi davranışı kinamaktadır? İhmali davranışı mı, yoksa icra hareketini mi?*” (**Yüce**, s. 208).

⁴⁴ Esasında teorisinin adı konusunda bile tam bir fikir birliği bulunmamakta idi. Örneğin “*ithamın ağırlığı*”, “*failin davranışının ağırlığı*” ve “*failin ağırlık noktası*” gibi teoriye Alman hukuku uygulamalarında çeşitlili adlar verilmiştir (**Stoffers**, s. 59). Ayrıca bkz.:

şüne çeşitli yazarlar tarafından değişik yıllarda yer verilmiştir⁴⁵. Bu doğrultuda ölçütün Türk ceza hukuku öğretisinde bilinen bir ölçüt olduğu söylenebilir. Bununla birlikte en başta bu ölçütün Türk ceza hukuku sistematüğinde icra-görünüşte ihmali suç ayırımında hiç başvurulmamış, yeri olmayan bir ölçüt olduğunun da belirtilmesi gerekir. Bunun en temel nedeni, teorisinin suç ve yaptırım teorilerinin sistematüğinden değil; doğrudan Alman hukuku uygulamacılarının somut olaya dayanan değerlendirmelerinden doğmuş olmasıdır. Uygulamanın geliştirdiği bu ölçüt⁴⁶, başta *Mezger*⁴⁷ olmak üzere Alman öğretisinde bir kısım yazarlar tarafından da desteklenmiştir⁴⁸. Bunun yanı sıra *Roxin* de bugün hala Alman mahkeme kararlarında “*ağırlık noktası*” ölçütünün, baskın olarak uygulama alanı bulduğunu ifade etmektedir⁴⁹. Ayrıca ölçütün, icra- görünüşte ihmal ayırımı için geliştirilen eski ölçütlerden biri olması da dikkate alındığında ölçüte kısaca çalışmamızda yer verilmesinde biz de fayda görüyoruz.

Almanya’da 1954 tarihli bir karara konu olay şöyledir: Dört çocuk sahibi bir kadın, savaş nedeniyle eşini kaybetmiştir. Yanında ikamet eden kızı, başkasıyla evli olan 29 yaşındaki bir tacirle ilişki yaşamaya başlamıştır. Bu tacir sıklıkla bu kişinin evine gelip onu ziyaret etmektedir. Anne de bu tacirin, kızı ile ilişki yaşamak için ara ara evlerine gelmesine göz yummak-

Brammsen, s. 198; **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 81.

⁴⁵ Buna göre, ilk olarak 1938 yılında *Gültekin* tarafından icra ve ihmalin karıştığı durumlar için ayırım olarak ithamın ağırlığını esas aldığı gösteren tespitlere yer verilmiştir. Buna göre, “...failin istisnaî ihmâl hududunu, başlı başına cezayı müstelzim bir fiil ile aşmamış olmasıdır. Aksi takdirde istisnaen icra suretile irtikâp edilmiş gayri hakikî ihmâl suçundan bahsedilemez” (**Gültekin**, s.202). Bu açıklamalar şu anlama gelmektedir: Bir olayda ihmâl ve icra iç içe ve icra tek başına suç oluşturacak kadar baskın ise icrai suç hükümleri uygulanır, çünkü itham icrada daha yoğun halde karşımıza çıkmış olmaktadır. Yine *Yüce*’nin 1982 tarihli eserinde “*Somut olayda duruma göre knama, neye, hangi davranışa yönelmektedir?*” sorusu ile kavramı ile karşımıza çıkmaktadır. Bkz.: **Yüce**, s. 208. Nihayet **Hakeri** tarafından 2003 tarihli eserinde nispeten detaylı olarak Türk hukukunda yer verilmiştir. Bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 81-83. Dikkat çekmek gerekir ki; ölçüt Türk hukuk literatüründe, Alman hukuku literatüründen de yararlanılan eserlerde karşımıza çıkmaktadır.

⁴⁶ **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 81.

⁴⁷ **Mezger**, s. 281-282.

⁴⁸ Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.76, dn.112.

⁴⁹ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.76. Alman hukukunda kabahatlerde de ithamın ağırlık noktasına işaret edildiği görülmektedir. Bkz.: **Valerius**, Brian: Beck’scher Online Kommentar OWiG, Yay. Haz. Jürgen-Peter Graf, 20. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2018, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 25.12.2018), § 8, kn.3.

tadır. Daha sonrada bu kişinin sekiz aylık hamile olduğu anlaşılır. Bu olayda annenin, kızı ile hâlihazırda başkasıyla evli birisi ile ilişki yaşamasına müdahale etmeyerek mi yoksa böyle bir ilişkiye izin vermesi nedeniyle mi *zinaya teşvik suçundan*⁵⁰ cezalandırılması gerektiği tartışılmıştır. Bu olayda Yüksek Mahkeme, ilk kez “*ithamın ağırlık noktası*” ölçütüne yer vermiş ve şöyle bir uyarı yapmıştır: “*bir olayda cezalandırılması gereken davranışın icra mı ihmal mi şeklinde bir tartışma yapılması, her bir davranışa aşırı önem verme daha doğrusu abartılı vurgu yapılması anlamına gelir*”⁵¹.

Benzer şekilde 1957 yılına ait bir başka Yüksek Mahkeme kararında da aynı ölçüt kullanılmıştır. Buna göre önündeki bisiklet sürücüsü ile arasındaki zorunlu mesafeyi tutmayıp onu sollayarak ölümüne neden olan kamyon sürücüsü bu mesafeyi 1-1,5 metre arasında tutması gerekirken 75 cm tutması şeklindeki ihmali nedeniyle değil; bisiklet sürücüsünü sollamak suretiyle çarpması ve ölümüne neden olması şeklindeki icrai davranışı nedeniyle sorumlu olacağını kabul edilmiştir⁵². *Mezger*'e göre burada ağır basan -önlendeki olay, aradaki mesafeyi tutmamak değil, pozitif bir davranışla -sollayarak sürücüye çarpması- bisiklet sürücüsünün ölümüne neden olmasıdır⁵³. *Mezger*, bu olay için şöyle bir değerlendirmede bulunmuştur: “*İcra-ihmal arasındaki ayırım, aslında olayların dış dünyadaki oluşumuna [gerçekliğine] değil; hukuki ithamın neye yönelik olduğuna bağlıdır. Buna göre bu ayırım meselesi, dış dünyadaki bir gerçeklik değil, bir değerlendirme meselesidir*”⁵⁴. Bu değerlendirmeleri nedeniyle “*ithamın ağırlık noktası*” görüşü, *Mezger*'e dayandırılmaktadır⁵⁵. Bu ölçütü tanımlamak isteyen eserler de *Mezger*'in bu açıklamalarına atıf yapmakta, “*itham*”, “*ithamın neye yönelik olduğu*” ve “*değerlendirme*” şeklindeki dayanak noktaları ile ölçütü ortaya koymaya ve yargı kararları ile desteklemeye çalışmaktadır⁵⁶. Çünkü bu ölçütün esasında tam bir tanımını vermek, neredeyse imkânsızdır. Öyle ki *Roxin* de ithamın ağırlık noktasına göre yapılan ayırımı, “*duygulara dayanan bir*

⁵⁰ Bu suç (*Almanca: Kuppelei*), Alm. CK'da 181. maddesinde düzenlenmekteydi. Bu madde 1973 yılında yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵¹ **BGH**, GSt 3/53, T: 17.02.1954, **NJW**, Cilt: 7, Sayı: 20, 1954, s. 768, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi:21. 12. 2018).

⁵² **BGH**, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt:11, Sayı: 4, 1958, s. 149, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018). Ayrıca bkz.: **Mezger**, s. 280.

⁵³ **Mezger**, s. 282. Ayrıca bkz.: **Stoffers**, s.33.

⁵⁴ **Mezger**, s. 281.

⁵⁵ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.75.

⁵⁶ **Stoffers**, s. 20-21 ve ayrıca s. 39-40.

karar (Gefühlsurteil)” olarak nitelendirmiştir⁵⁷. Buna göre keçi kollarını arındırmadan işçilere vererek işçilerin ölümüne neden olan işveren⁵⁸, bunları işçilere verme hareketi değil; arındırmama şeklindeki ihmali davranışı nedeniyle sorumlu olmalıdır⁵⁹. Yahut ta reçete sormadan hastaya ilaç veren ve sonrasında hastanın öldüğü olayda⁶⁰ eczacı, ilaç verdiği için değil; reçeteyi sormama şeklindeki ihmali davranışı nedeniyle sorumlu tutulacaktır⁶¹.

İthamın ağırlık noktası ölçütü, birçok açıdan eleştirilmiştir⁶². Esasında bu teori için problem, ilk olarak terminoloji (“*itham*” ve “*ağırlık*”) ile başlamaktadır. Öyle ki itham kavramından hukuki olarak ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır⁶³. Bununla birlikte Alman öğretisinde yazarlar ithamın “*kusur*” ile ilgili olduğu görüşündedir. Suçlar da kişinin kusuruna göre ayırt edilemeyeceğine göre bu görüşün, herhangi bir ölçüt sunmadığı⁶⁴ ve mantıki bir temel içermediği eleştirisi yaygın olarak dile getirilmektedir⁶⁵. Ayrıca ölçütün belirsiz ve hatta duygulara dayanan bir yargıyla sonuçlandığı ifade edilmektedir⁶⁶. Keza *Jescheck/Weigend* de bunu “*kontrol edilemez bir formül*”

⁵⁷ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.80.

⁵⁸ Keçi kılı olayı (*Ziegenhaar-Fall*) olarak anılan bu karar için bkz.: **RGSt**, I 1265/28, T: 23.04.1929, (çevrimiçi) <https://opiniojuris.de/sites/default/files/RG,%2023.04.1929%20-%20I%20126528%20-%20RGSt%2063,%20211.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁵⁹ **Stoffers**, s. 31-32. Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.75.

⁶⁰ **RGSt** 15, 151, aktaran: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.74.

⁶¹ Kişi, ihmal suretiyle taksirle öldürme nedeniyle sorumlu tutulacaktır (**Stoffers**, s. 30-31). Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.75. Türk hukukunda bu örneği ele alan *Yüce*, ithamın ağırlık noktası görüşünü benimsemiştir. Buna göre, “*hukuk hangi davranışı kınamaktadır?*” sorusunu sorarak şu sonuca ulaşmıştır: “*...eczacı olayında kınanması gereken veya daha doğrusu daha çok kınanması gereken davranış, zehirli ilâcın birkaç kez eski reçete ile verilmesidir. Bununla birlikte sorun bir değerlendirme sorunu olduğu için bu eylemi ihmal (yani reçete istememek) saymak olanağı vardır*” (**Yüce**, s. 208).

⁶² Türk hukukunda bu eleştirilere yer veren bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 82-83.

⁶³ **Stoffers**, s. 3 ve s. 59.

⁶⁴ **Stoffers**, s. 20. Bu bağlamda kusur öğretisindeki bir yargı ile suçun maddi unsurları nasıl belirleneceği, bir muamma olarak görülmektedir. Bkz.: **Spendel**, s. 191. Hatta *Roxin*, ithamın ağırlık noktası görüşünü *çözümstüz kısır bir döngüye* benzetmektedir. Çünkü ona göre doğal olarak icrai suçlarda icraya yönelik; ihmali suçlarda ihmale yönelik hukuki itham mevcuttur (**Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.79).

⁶⁵ Bkz.: **Stoffers**, s. 58. Ayrıca bkz.: **Brammsen**, s. 199.

⁶⁶ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.80. Buna göre ithamın hangisine yönelik olacağına karar vermek için kişinin ilk olarak olayda icra mı ihmal mi hangisinin söz konusu olduğuna karar vermesi zorunludur (**Gössel**, s. 325; **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.79).

olarak nitelendirmiş⁶⁷ ve bu noktada yargı kararlarının “belirsizlik” ortaya koyduğunu ifade etmiştir⁶⁸. Önemli bir diğer eleştiri ise şayet her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bir icrayla bağlantılı ise bu durumda taksir ve ihmali ayırımının yapılamayacağına ilişkindir⁶⁹. Bu eleştirinin gerekçesi ise teorik olarak tüm taksirli suçlarda hâlihazırda bir ihmali mevcut olduğudur. Buna göre taksirin icra ve ihmali her iki şekli bakımından ithamın ağırlığının hangisinde olması gerektiği, belirsiz kalmaktadır⁷⁰. Bu noktada garantörlüğün söz konusu olmadığı hallerde aktif bir enerji harcamasıyla (icrai davranışla) meydana getirilen taksirli suçların ayırımının yapılması da zorlaşacaktır⁷¹.

c. Şüphe Halinde İcraya Ağırlık Veren Görüş

Davranışın hem icrai hem de ihmali şekli ile birlikte gözüktüğü ve bu nedenle ceza sorumluluğunun hangisine dayandırılacağı belirlenemediği olaylarda icraya ağırlık verilmesinin, her zaman için en basit çözüm olacağı ifade edilmektedir⁷². Bu bağlamda örneğin *Jescheck/Weigend*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından icrai davranışın meydana gelen netice bakımından nedenselliğinin bulunduğu hallerde *icranın önceliği (içtima) kuralı* gereğince uygulama yapılması gerektiği görüşündedir. Şayet,

⁶⁷ **Jescheck**, Hans- Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil., 5. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1996, s. 604.

⁶⁸ **Jescheck/Weigend**, s. 605. Aynı eleştiriler için ayrıca bkz.: **Ranft**, “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, s. 344.

⁶⁹ **Spendel**, s. 193; **Stoffers**, s. 61; **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.81.

⁷⁰ Taksirli suçların gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne uyulmamasında da ihmali davranışın gizli biçimde bulunduğu *Engisch* tarafından dikkat çekilmiştir. Bkz.: **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 187-188. Ayrıca bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.81.

⁷¹ Hatta kanuna aykırı bir şekilde söz konusu olacaktır. Nitekim Alm. CK'nın 222. maddesi sadece bir başkasının ölümüne taksirli olarak neden olmaktan bahsetmektedir. Bu durumda örneğin bir eczacının reçetesiz bir kimseye ölüme neden olabilecek bir ilaç vermesi halinde, eczacının reçeteyi talep etmeyi ihmal etmesini ağırlık noktasına koyarak eczacının ceza sorumluluğunun tartışılmaması söz konusu olamaz. Çünkü 222. madde sadece aktif hareketle işlenen taksirle öldürme suçunu cezalandırmaktadır (**Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.82). Keza geçmişte görünüşte ihmali suçları açıklayan görüşlerden biri de görünüşte ihmali suçları taksirle işlenen suçlar grubunda telakki etmekteydi. Bu görüşe yer veren bir çalışma için bkz.: **Dönmezer**, Sulhi: “İhmali Suretiyle İcra Suçları”, İÜHF, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 1944, s. 478-480.

⁷² **Kaufmann**, Arthur: “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefrenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 212. Bununla birlikte *Arth. Kaufmann* da taksirli suçlarda sıklıkla icranın arkasında ihmalin yer aldığına dikkat çekmiştir. Bkz.: **Arth. Kaufmann**, s. 212.

icrai davranışın suç oluşturmadığı ya da failin kusurunun bulunmadığı hallerde ihmalin araştırılması gerektiğine işaret etmiştir⁷³. Bu görüşe göre, keçi kılı olayında işçilere keçi kıllarını arındırmaksızın veren işveren, arındırılmamış kılları işçilere verme hareketi nedeniyle sorumlu tutulacaktır. Çünkü burada en başta icrai bir suçun tipik olarak mevcudiyeti söz konusudur⁷⁴. Ancak A, B'yi kusuru olmaksızın bıçakla yaralamış sonra da B'yi vücudundan kan gelmesine rağmen bulunduğu yerde bırakıp gitmiş ise A'nın kusurunun yokluğu sebebiyle bu icrai davranışı nedeniyle cezalandırılması söz konusu olamayacaktır. Ancak B'yi bırakıp gitmesi şeklindeki ihmali davranışından sorumluluğu söz konusu olacaktır⁷⁵.

Bu ölçüt de eleştirilerle karşılaşmıştır⁷⁶. En temelde her iki davranış şeklinin bulunduğu her olayda çözümün bu kadar basit olmadığına, dikkat çekilmiştir⁷⁷. Benzer şekilde *Jescheck/Weigend* de kural olarak bu görüşün savunulabileceğini, fakat bu görüşün her durumda bir çözüm getirmediğine de dikkat çekmiştir⁷⁸. Bu görüş, içtima öğretisinde ihmalin icra karşısında geri çekilmesi prensibi ile bağdaşan bir görünüm arz etse kanaatimizce bazı hallerde problem teşkil etmektedir. Örneğin bir kimse trafik kurallarına uymayarak taksirle bir kimsenin yaralanmasına neden olur ve sonrasında hastane götürmemesi sonucu yaralı ölür ise bu görüşe göre icranın üstünlüğü sebebiyle taksirle öldürmeden sorumlu tutulması gerekir. Oysaki bu sonuç, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranıştan kaynaklanan kasten ihmali davranışla öldürme suçunun uygulanabilme imkânını ortadan kaldırmaktadır. Diğer bir anlatımla ihmali suçun unsurunda icranın yer aldığı hallerde, sadece unsurun cezalandırılması ile yetinilmiş olmaktadır. Bu da söz konusu

⁷³ **Jescheck/Weigend**, s. 603. Aynı görüşte bkz.: **Spendel**, s. 194; **Gropp**, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin- Heidelberg, Springer, 2015, § 11, kn.134-135.

⁷⁴ Bu görüşe göre; kılların arındırılmaması bir tehlike olarak karşımıza çıksa da bu tehlike, tipiklik olarak meydana getirmemektedir (**Gropp**, § 11, kn.133). Aynı şekilde *Gropp*'a göre tedavisi mümkün olmayan ve ağır acılar içerisindeki hastanın solunum cihazını hekimin kapatması durumunda, hastanın bir süre daha yaşayabilme imkânı ortadan kaldırıldığından icrai bir davranış söz konusudur. bkz.: **Gropp**, § 11, kn.155. Aynı şekilde bu görüşü savunan *Jescheck/Weigend*'e göre reçete sormaksızın hastanın yakınına ilaç verip ölümüne neden olan kişi ile bisiklet sürücüsü ile arasındaki zorunlu mesafeyi tutmayıp ve sollayarak onu yaralayan kamyon şoförü icrai davranışı nedeniyle cezalandırılacaktır. Bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 604.

⁷⁵ Örnek için bkz.: **Gropp**, § 11, kn.136.

⁷⁶ Bu eleştiriler için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 84.

⁷⁷ Bkz.: **Arth. Kaufmann**, s. 213.

⁷⁸ **Jescheck/Weigend**, s. 605.

ihmali suçun ihdas edilmesini anlamsızlaştırmakta ve *ratio legis* ile bağdaşmamaktadır.

3. Gerçeklik Teorileri

Yukarıda “*değerlendirme teorisi*” olarak sıraladığımız *sosyal mana görüşü*, *ağırlık noktası görüşü* ve *icraya ağırlık veren görüşün*, “*normatif teoriler*” olarak da anıldığını belirtmiştik. Buna göre her iki davranış şeklinin bulunduğu durumlarda her iki davranış şekli, normlar karşısında eşittir. Diğer bir anlatımla normlar, böyle bir tabloya eşit mesafede durmaktadır. Bu nedenle normatif bakış açısından ontolojik dünyada çeşitlilik arz eden bu durum, bir özellik arz etmemekte; iki farklı normun da içeriğini doldurabilmektedir. Bu nedenle çözüm, yine ontolojik evrede yatmaktadır⁷⁹.

Buradan hareketle, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda icrai suç ve görünüşte ihmal ayrımının yapılabilmesi için gerçeklik teorileri olarak tasnif ettiğimiz *vücut hareketi*, *enerji kullanımı*, *nedensellik bağı* ve enerji kullanımı ile nedensellik bağının bir arada değerlendirildiği *karma teori* olarak bir takım ölçütler ortaya konulmuştur. Bunlar sıralanmadan en başta belirtilmesi gerekir ki gerçeklik teorilerinin en önemli özelliği, hareket kavramını açıklamaya yönelik görüşlerin daha sonra icra- ihmal ayrımına da uyarlanmasının sonucu olmalarıdır. Bunlar Türk ceza hukuku öğretisinde daha önce ele alınmıştır⁸⁰. Bu nedenle bu çalışmada bu teorilere kısaca yer vermekle yetinilerek, esas itibarıyla bugün kabul edilen görüşlere ve kendi çözümümüze yer vereceğiz.

a. *Vücut Hareketi Görüşü*

Hareket kavramını ve bağlantılı olarak ihmal kavramını ontolojik olarak açıklamak için *v. Liszt*, bir anlayış ortaya koymuştu⁸¹. Kısaca ifade etmek gerekirse bu görüşe göre hareket, iradi olarak dış dünyada bir değişikliğe (insanlar veya eşyalar üzerinde) neden olmak veya böyle bir değişikliği engellemektir. Buna göre hareket, öncelikle *iradi insan davranışını* gerektirir⁸². İradi insan davranışı, kişinin hareket ettirici sinirlerinin mekanik

⁷⁹ İcra- ihmal ayrımının normatif bakış açısına dayanan teorilerle çözülemeyeceğini; çözümün hukuk öncesi (ontolojik) bakış açısında olduğunu savunan bir görüş için bkz.: **Gössel**, s. 325.

⁸⁰ Bu teorilere ilişkin detaylı açıklamalar için **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s.72-79.

⁸¹ Ayrıca bkz.: **Stoffers**, s. 70.

⁸² **von Liszt**, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. yeniden çalışılmış, Berlin, J. Guttenberg, Verlagsbuchhandlung, 1900, s.102. *v.Liszt'in* görüşlerini Türk hukukunda

ya da psikolojik baskı olmaksızın sınırlardan alınan uyarılarla beslenerek kişinin tasavvuru ile oluşmasını ifade eder. Bu şekilde bu görüşe göre icra ve ihmal, hareketin birer şeklidir⁸³.

v. *Liszt'in* bu temel kabulleri, daha sonra her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu izlenimi veren olaylarda icra ve ihmali ayırmak için de başvurulan bir ölçüt olmuştur. Buna göre örneğin hekimin, hastasının eşinin verdiği bilgilere dayanarak hastaya uzaktan yanlış teşhis koyması ve daha sonra hastanın vücudundan kan gelmesi üzerine hastanın evine gidip tedavi etmeyi ihmal etmesi olayında⁸⁴ hekim, icra sebebiyle sorumlu tutulmalıdır. Zira hekim, hastanın eşine uzaktan tedavi talimatları vererek aktif bir davranışla ölüm neticesine yol açmıştır⁸⁵. Ancak bu olayda v. *Liszt'in* iradi olarak dış dünyada bir değişikliğe neden olma veya böyle bir değişikliği engellememe şeklinde yaptığı tanımında, davranışın her iki şekli de mevcuttur. Keza örnekte de hekim neticeye, daha sonra hastanın vücudundan kan geldiğinde gitmeyerek de neticeyi engellememiştir. Bu nedenle belirtilmesi gerekir ki; bu görüş her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda icra ve ihmali ayırmak için elverişli bir ölçüt değildir. Sadece, hareket kavramının ve şekillerinin varlığını açıklamak için geliştirilmiştir. Somut olayda davranışın nitelendirilmesi güçlüğüne ilişkin bu görüşün herhangi bir çözümlü bulunmamaktadır⁸⁶.

b. Enerji Kullanımı

Vücut hareketi görüşü, büyük ölçüde *Engisch* tarafından geliştirilerek enerji kullanımı teorisi ortaya konulmuştur⁸⁷. Buna göre 1931 yayınladığı eserinde *Engisch*, davranış kavramını ortaya koyarken icrai davranışı anlatmak için belli bir yönde (kanunda belirtildiği şekilde) *enerji harcaması*; ihmali davranışı anlatmak için de belli bir yönde (kanunda belirtildiği

dile getiren temel bir eser için bkz.: **Kunter**, Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket- Netice- Sebepiyet Alakası), s. 36-37. Ayrıca bkz.: **Erbaş**, s. 21-23.

⁸³ **von Liszt**, s. 102 ve s. 105. Ayrıca bkz.: **Gössel**, s. 325.

⁸⁴ Örnek için bkz.: **Gössel**, s. 324.

⁸⁵ **Gössel**, s. 327.

⁸⁶ Bunun dışında teori, vücut hareketini esas aldığı için herhangi bir baskı olmaksızın gerçekleşen diğer irade dışı haller örneğin epilepsi hastasının hareketi gibi haller dikkate alındığında en baştan problemlili bir ölçüt olmaktadır. Bu görüş ve eleştiriler için bkz.: **Brammsen**, s. 200. Başkaca eleştirilere bir arada Türk hukukunda yer veren bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 72.

⁸⁷ **Sieber**, s. 432. Nitekim **Gössel** de belli bir yönde enerji harcama görüşünün v. *Liszt'in* ortaya koyduğu iradi bedeni hareket görüşüne benzediğini dile getirmiştir. Bkz.: **Gössel**, s. 325.

şekilde) *enerji harcamaması* olarak tanımlamıştır⁸⁸. Daha sonra *Engisch*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda icra ve ihmal ayrımını yapabilmek için de enerji harcamasının olup olmamasını bir ölçüt almıştır⁸⁹. Bu görüşe göre kişi, bir davranışı ihmal etmekte iken başka yönlerde enerji harcamakta olabilir. Bu nedenle burada dikkate alınan “*belli bir yönde*” enerji kullanılmasıdır⁹⁰. Bu belirli yön, suçun tipikliğinde geçen neticenin yönüdür⁹¹. Bu bağlamda vurgulanması gereken bu enerji kullanımı teorisinin doğal bakış açısını değil; kanunun belirttiği şekilde bir enerji kullanımı şeklinde normatif bir çıkış noktasını kabul ettiği⁹². Bu normatif bakış açısının enerji kullanımı ile bağlantısı da yazara göre şöyledir: “*Kanunun bir harekette bulunmayı emrettiği yerde bunun ihmali (gerçek ya da görünüşte) özel bir çabayı (nihayetinde özel bir beceriyi) gerektirirken; kanunun bir hareketin yapılmasını yasakladığı yerde sosyal anlama göre tespit edilen bir çaba yahut bir beceri gerekmemektedir.*”⁹³.

Bu görüşün somut olay çözümlerine örnek vermek gerekirse, örneğin keçi kılı olayını şöyle çözmektedir. Keçi kılılarını arındırmadan işçilere vererek işveren bir enerji harcamıştır. Bu enerji harcaması, yaşam hakkına yönelik tehlike (kanundaki “*ölüm neticesi*”) açısından, uçaktan yerdeki insanların üzerine bomba atma hareketiyle eşdeğerdir⁹⁴. Burada kişi, keçi kılılarını arındırmayarak her taksirli suçta söz konusu olan gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmiştir. Bu noktadan bakıldığında her taksirli suçun bünyesinde bir ihmal mevcuttur⁹⁵. Benzer şekilde bu görüşe göre bisiklet sürücüsü ile arasında tutması gereken mesafeyi tutmayarak onu sollarken ona çarpan kamyon şoförünün icrai davranış nedeniyle sorumlu tutulması gerekir. Kişi gerekli mesafeyi tutmayarak bir ihmalde bulunmak-

⁸⁸ **Engisch**, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1931, s. 29. Ayrıca bkz.: **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

⁸⁹ *Engisch*, icra- ihmal ayrımı için ortaya koyduğu enerji harcaması görüşünün daima (*perpetuum*) var olacağı kanaatinde idi. Bkz.: **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s.196.

⁹⁰ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 174.

⁹¹ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 182.

⁹² *Engisch'in* bu açıklamalarına rağmen *Hakeri*'ye göre enerji kullanımı görüşü, doğal bakış açısını esas alan bir görüştür. Bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 75. Keza *Brammsen* de *Engisch'in* ilk başlarda doğal bakış açısına dayalı bir enerji kullanımı anlayışına sahip iken; bunu zamanla değiştirerek normatif bakış açısına dayandırdığına dikkat çekmektedir. Bkz.: **Brammsen**, s. 201.

⁹³ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 173.

⁹⁴ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 187.

⁹⁵ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 187-188. Aynı görüşte bkz.: **Gropp**, § 11, kn.133.

tadır, ancak enerji harcayarak bisiklet sürücüne doğru yönelmekte ve onu sollamaktadır. Bu şekilde şoförün enerji harcaması, suç tipinde belirtilen (yaralama ya da öldürme) neticeleri gerçekleştirmeye yönelmiştir⁹⁶. Bununla birlikte *Engisch'in* ilginç bir şekilde bazı durumlarda sosyal mana kavramından hareket edilerek ihmali davranışı üstün tuttuğu da görülmektedir. Örneğin tedaviye ihtiyacı olan kişinin hastaneden başhekim tarafından taburcu edilmesinde her ne kadar taburcu etmek bir enerji harcaması ise de taburcu ettikten sonra yapılması gereken işlemlerin ihmali söz konusu olduğundan burada ihmali suçlar nedeniyle sorumluluk söz konusu olmalıdır. Çünkü burada bir yükümlülüğe (neticeyi önlemeye yönelik) aykırılık söz konusudur ve bunun da sosyal anlamı inkâr edilemez⁹⁷.

İşte *Engisch'in* bu hastane olayında diğer olaylardan farklı olarak “sosyal manaya” atıfla bir değerlendirme yaparak olayı çözmesinin ilginçliğinin yanı sıra, Alman öğretisinde ölçüt, “belirli bir yönde” olma kavramının belirsizliği nedeniyle eleştirilmiştir⁹⁸. Buna göre köpeğini tutan bir kişinin, köpeğin başkasına zarar vermesini mi yoksa başkasını kurtarmasını mı engellediğinin bilinemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşün icrai suç-ihmalî suç ayrımı bakımından yeni bir katkı sunmadığı belirtilmektedir⁹⁹. Esasında enerji kullanımı ölçütüne yöneltilen eleştirilerin esas, hareket kavramını açıklamaya yönelik geliştirilmiş olan enerji kullanımı görüşünün daha sonra icrai suç-ihmalî suç ayrımına da uyarlanmakla yetinilmesine dayanmaktadır¹⁰⁰. Bu nedenle bu ölçüt de nitelendirme meselesini çözmekte yetersiz kalmaktadır.

c. Nedensellik Bağı Görüşü

Vücut hareketi ve enerji kullanımı görüşlerinde olduğu gibi nedensellik görüşü de hareketi ve onun iki türü olan icra ve ihmali, ontolojik olarak açıklanması için geliştirilmiş bir ölçüttür. *Arm. Kaufmann*, icra ve ihmalde nedenselliğin aynı olmadığına ilişkin temel tespitler yapmıştır. Buna göre icradaki nedenselliğin aksine ihmalde nedensellik, potansiyel olarak bulunmaktadır¹⁰¹. Keza *Welzel* de icra ve ihmal arasındaki ayrımın davranışın

⁹⁶ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 191.

⁹⁷ **Engisch**, “Tun und Unterlassen”, s. 178.

⁹⁸ **Ranft**, Otfried: “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, **JZ**, Cilt: 42, Sayı: 18, 1987, s. 860; **Brammsen**, s. 205.

⁹⁹ **Ranft**, “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, s. 860. Ayrıca bkz.: **Hakeri**, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri, s. 75.

¹⁰⁰ Bkz.: **Ranft**, “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, s. 860.

¹⁰¹ **Kaufmann**, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2.bs. (tıpkı), Göttingen, Verlag Otto Schwarz & CO., 1988, s. 61.

nedensel olmasına ve nedensel olmamasına dayandığı görüşündedir. Kişinin kasten veya taksirle kanunda belirtilen tipik neticeye neden olduğu hallerde icra söz konusu iken; suç teşkil eden davranış bakımından nedenselliğin olmadığı hallerde ihmal söz konusudur¹⁰². Ancak bu iki yazarın nedensellik ile ilgili görüşleri, her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözmek için değil; ceza hukuku dogmatikinde hareket kavramının gelişim sürecinde genel olarak icra-ihmal kavramlarını açıklamak için ortaya koydukları görüşleridir.

*Welzel'in ve Arm. Kaufmann'in*¹⁰³ her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylarda icrai veya ihmali davranış nitelendirmesinde (ayrımında) bir ölçüt olarak nedensellik ölçütünün kurucuları olarak anlaşılmasına yol açan ise, onların nedensellik bağının kalitesini (yeterlilik düzeyini) ortaya koymak için istisnai bir duruma şu örnekle dikkat çekmeleridir. Buna göre, fail yardıma ihtiyacı olan biri için kendisinin hazırladığı kurtarma gereçlerini tekrar kendisi ortadan kaldırarak kişinin kurtulma imkânını ortadan kaldırırca, icrai bir davranışla suç işlemiş olmamaktadır. Örneğin fail, kuyuya düşmüş bir kimseye önce kurtulması için kuyunun içine ip salar ve daha sonra saldığı ipi kişi kurtulmadan geri çekerse, bu durumda icrai davranışla bir suç işlemiş olmamaktadır¹⁰⁴. Buna karşılık üçüncü bir kişi, bu kişinin hazırladığı kurtarma gereçlerini ortadan kaldırırca, bu durumda üçüncü kişi icrai davranışı nedeniyle sorumlu olacaktır¹⁰⁵. Verdikleri bu

¹⁰² **Welzel**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. bs., Berlin, Walter de Gruyter, 1969, s. 203.

¹⁰³ *Arm. Kaufmann'in* tespitlerini değerlendiren bir çalışma için bkz.: **Samson**, Erich: "Begehung und Unterlassung", Festschrift Für Hans Welzel, Yay. Haz. Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos, Berlin, New York, De Gruyter, 1974, s. 588-589.

¹⁰⁴ *Arm. Kaufmann'in* örneği tarafımızca kısmen değiştirilmiştir. Bkz.: **Arm. Kaufmann**, s. 108; Aynı görüşte bkz.: **Welzel**, s. 203-204.

¹⁰⁵ **Welzel**, s. 204. Benzer şekilde *Roxin* de şu örnekleri vermektedir. Öldürme suçunun işlenmesinin planlandığını öğrenen bir kimse, yetkili makamlara haber vermek için (Alm. CK. 138) bir mektup yazar ve posta kutusuna atar. Ancak sonra vazgeçip posta kutusundan mektubu geri alır. Yahut ta boğulmakta olduğunu gördüğü kişiye önce kurtarma ipi gönderir, ancak sonra vazgeçip ipi geri çeker. Bu durumlarda dış görünüş itibarıyla icrai fiiller mevcuttur. Birincisinde insan öldürmeye yardım, ikincisinde insan öldürme şeklinde suçların olduğu iddia edilebilir. Ancak bu iki örnekte de kişiler kurtarma fiillerini durdurmakla ölüm neticesi bakımından nedensel olan bir süreci meydana getirmemişlerdir. Bu durdurma fiilleri, sadece bu kişilerin kendi başlattıkları kurtarma fiillerini durması açısından nedenseldir. Bu nedenle her iki örnekte de ihmali suç nedeniyle cezai sorumluluk söz konusudur. Bkz.: **Roxin**, Claus: "An der Grenze von Begehung und Unterlassung", Festschrift Für Karl Engisch, Yay. Haz. Karl Engisch/Paul Bockelmann/Frankfurt, Klostermann, 1969, s. 382. Aynı görüşte *Gropp*, bkz.: **Gropp**, § 11, kn.142. Ancak öğretilde belirtilen örneklerde geçen problemin özellikle teşebbüs

örneklerin özü ve amacı ise şudur: Failin ihmali suçlardaki emir normunu yerine getirmeye başladıktan sonra icrai bir hareketle söz konusu faaliyetine son vermektedir. Bu halde failin emir normunu yerine getirmek için başlattığı harekete icra ile son vermesi ile icrai suçun neticesi arasında nedensellik bağı söz konusu olmadığından ihmali suç nedeniyle ceza sorumluluğu söz konusu olacaktır. İşte bu örnekler, esasında onların genel olarak nedensellik bağına açıklarken nedenselliğin yeterlilik düzeyini ortaya koymak için işaret ettikleri istisnai bir durumdan ibarettir¹⁰⁶.

Benzer yanılı, *Jescheck/Weigend*'in görüşlerine yönelik de yapılmıştır. *Jescheck/Weigend*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından kişi suç tipinde belirtilen neticeye kasten ya da taksirle neden olmuş ise öncelikle burada netice bakımından failin hareketinin nedensel olup olmadığı araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Eğer failin hareketi bakımından bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu ise ya da failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir neden mevcut ise o zaman ihmal nedeniyle cezai sorumluluk gündeme geleceğini eklemiştir¹⁰⁷. Kanaatimizce açıkça nedenselliği vurguladığı için *Jescheck/Weigend*'in bu görüşü, nedensellik görüşü olarak ele alınmaktadır¹⁰⁸. Oysaki *Jescheck/Weigend*, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından görüşünün icrai davranışın meydana gelen netice

kapsamında yeterince tartışılmadığı ve *Roxin*'in çözümünün de yetersiz olduğu ifade edilmektedir. Bkz.: **Samson**, s. 582.

¹⁰⁶ Bu noktada nedensellik görüşünün temsilcileri olarak *Arm. Kaufmann*'a ve onun bu tespitini kabul eden *Welzel*'e yer verilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; bu yazarlar hareket kavramının (icra ve ihmalin) açıklanmasında nedenselliği bu şekilde kabul etmekle beraber konu, her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu olaylara geldiğinde örneğin *Welzel* şöyle bir çözümü kabul etmiştir. Buna göre bu tür olaylarda sorun icra-ihmal ayrımı değil; sorunun, icranın mı ihmalin mi önce olduğuna ve bu bağlamda garantörlüğün belirlenmesine ilişkindir. Buna göre çözüm, ne ağırlık noktası ne şüphe halinde icraya öncelik verme anlayışında ne de başkaca değerlendirici görüşlerde yer almaktadır. Bkz.: **Welzel**, s. 203. Karş. **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri*, s.76. Keza *Jakobs* da icra ve ihmali açıklarken ve ayrımlarını yaparken icra için nedensellik; ihmal için nedensel olmama şeklinde nedenselliğe dayanan kendi ölçütlerini ortaya koymuştur. Bkz.: **Jakobs**, Günther: *Strafrecht, Allgemeiner Teil - Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2. bs., Berlin, De Gruyter, 1991, § 28, kn.3. Ancak konu bir olayda ikisinin de bulunduğu örneklere geldiğinde meselenin bir içtima problemi olduğuna işaret etmiştir. Bkz.: **Jakobs**, § 28, kn. 4. Ancak buna rağmen *Jakobs*'un çözümünü nedensellik bağı teorileri içerisinde değerlendiren bir çalışma için bkz.: **Stoffers**, s. 93.

¹⁰⁷ **Jescheck/Weigend**, s. 603. Ayrıca bkz.: **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri*, s. 77-78.

¹⁰⁸ *Jescheck/Weigend*'in bu görüşünü nedensellik görüşü altında tasnif eden bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmalî Suçun Çeşitleri*, s. 77-78.

bakımından nedenselliğinin bulunduğu hallerde icranın önceliği (içtima) kuralı gereğince uygulama yapılmasına işaret etmektedir. Keza, icrai davranışın suç oluşturmadığı ya da failin kusurunun bulunmadığı hallerde ihmalin araştırılmasına işaret etmiştir¹⁰⁹. Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, nedenselliğin her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar bakımından tek başına bir ölçüt olduğundan bahsedilemez¹¹⁰.

Nihayetinde vurgulanmalıdır ki; bu görüş de başlangıçta hareketi açıklamaya yönelik geliştirilmiş, fakat daha sonra her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları açıklamak için modifiye edilerek oluşturulmuş bir ölçütür¹¹¹. Bu bağlamda örneğin *Samson'un* nedensellik ölçütünü bu tür olaylar için modifiyesi şu şekildedir: Dış dünyadaki nedensellik süreçlerinin bir sonucu olarak insanın yaşam süresi belirlenir ve bazen de bu yaşam süresi bir başka insan tarafından (belirli motivasyonlarla) neden olunan bir nedensellik süreci ile kısaltılır ya da uzatılır¹¹². Buna göre yaşam süresinin kısaltılması, icrai bir davranış; uzatılmaması ise ihmali bir davranış olarak karşımıza çıkar¹¹³. Bu şekilde her iki davranış türünde de netice bakımından nedensellik söz konusudur¹¹⁴. Buna göre hekim hastanın bağlı olduğu solunum cihazını kapatırsa, hastanın yaşam süresini kısaltmış olur. Bu nedenle hekim burada icrai davranışla insan öldürmeden sorumlu tutulmalıdır¹¹⁵. Ancak görüleceği üzere *Samson* da nedenselliğin yanı sıra ayırım için yaşam süresinin kısaltılması ve uzatılmaması gibi başkaca kavramlar geliştirmiştir. Bu da çözümün nedensellik bağı konusu ile çözümlenemediğini teyit eder niteliktedir.

d. Karma Görüş: Enerji Kullanımı ve Nedensellik Bağı

Yöneltilen tüm eleştirilere rağmen enerji kullanımı ölçütü, *Engisch'ten* sonra savunulmaya ve geliştirilmeye devam etmiştir¹¹⁶. Buna göre sonraki aşamalarda nedensellik bağı ile birleştirilerek ele alınmaya başlanmış¹¹⁷ ve

¹⁰⁹ Jescheck/Weigend, s. 603.

¹¹⁰ Başkaca eleştiriler için bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, s. 78-79.

¹¹¹ Bkz.: Brammsen, s. 203.

¹¹² Samson, s. 591.

¹¹³ Samson, s. 592-593.

¹¹⁴ Samson, s. 592. *Samson'un* bu görüşlerini değerlendiren bir çalışma için bkz.: Stoffers, s. 89-92.

¹¹⁵ Samson, s. 601.

¹¹⁶ Stoffers, s. 75-81.

¹¹⁷ Bkz.: Stoffers, s. 76.

hatta Alman Yüksek Temyiz Mahkemesi'nin bir kararında da bu şekilde kullanılmıştır¹¹⁸. Keza buradan hareketle de “nedensellik ve enerji ölçütlerinin kümülatif kombinasyonu”¹¹⁹ olarak ifade edilen karma ölçüt ortaya konulmuştur¹²⁰. Buna göre fail tarafından enerji ya da güç harcanması suç tipindeki neticenin ya da hukuki değeri zarar görmesi için nedensel ise bu durumda olayda icranın varlığı kabul edilmelidir¹²¹. Ölçüt, nihayetinde; “enerji kullanımı, suçun kanuni tipinde belirtilen zarar neticesini meydana getirmeye elverişli olması şartıyla kişi eğer bununla bir nedensellik sürecini başlatır, devam ettirir ya da güçlendirir ve bu durumda somut olayda her zaman icrai bir davranışın olduğu anlamına gelir”¹²² şeklinde tanımlanmıştır. Benzer şekilde Kühl de 2014 tarihli bir çalışmasında her iki davranış şeklinin bulunduğu olayların çözümünde, nedensellik görüşünü ve enerji kullanımı görüşünü¹²³ kabul ederek bir çözüm sunmaktadır. Kühl, bu konuda Ebert'in iki temel ölçütünü benimseyerek konuyu şöyle ele almaktadır:

“1- Her kim gidişatta enerji kullanmak suretiyle nedensellik bağıni meydana getirmekte ya da belli bir tarafa yönlendirmekte ise bu kişi bir şeyi ‘icra’ etmektedir”¹²⁴.

Örnek olarak; anarşistler bir hakimi öldürmek amacıyla arabasına zaman ayarlı bomba yerleştirirler. Oradan geçmekte olan bu anarşistlerin bir

¹¹⁸ Alman Yüksek Temyiz Mahkemesi (3. Ceza Dairesi), bir araç sürücüsünün aracını sürmeye devam etmesini; kişinin gaz pedalına mütemadiyen enerji harcayarak basması ve aracın direksiyonunun farklı taraflara yönlendirmesini dış dünyada algılanabilen ve hukuki değere zarar veren bir enerji harcaması olması nedeniyle “icrai davranış” olarak değerlendirmiştir, BGH, DAR, 1981, 226, aktaran: Sieber, s. 433.

¹¹⁹ Sieber, s. 435.

¹²⁰ Sieber'i bu ölçütü ele almaya yönelten, bazı somut olaylarda “düşük seviyede enerji harcamasının olduğu davranış şekillerinin” mevcudiyetidir. Örneğin araç yağması suçunda fail, ayağını gaz pedalında tutmak dışında hiçbir şey yapmamakta ya da bir bahçıvanın havuz başında elindeki hortumu tutması sonucunda akan su nedeniyle bir çocuğun kaza yapıp havuza düşüp boğulması olayında, bahçıvan elindeki hortumu tutmak dışında hiçbir şey yapmamaktadır. Bkz.: Sieber, s. 432. Tamamlanamamış veya düşük seviyede enerji harcamasının olduğu davranış şekilleri ile ilgili olarak ayrıca bkz.: Roxin, Strafrecht AT II, § 31, kn.92-95.

¹²¹ Sieber, s. 436. Karma görüş için ayrıca bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçun Çeşitleri, s. 79.

¹²² Brammsen, s. 206; Brammsen'in bu tanımına yer veren bir çalışma için ayrıca bkz.: Roxin, Strafrecht AT II, § 31, kn.78.

¹²³ Hakeri'nin karma görüş olarak tasnif ettiği bir görüştür. Bkz.: Hakeri, Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmal Suçun Çeşitleri, s. 79.

¹²⁴ Ebert, Udo: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. tamamıyla yeniden çalışılmış bs., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001, 173; Kühl, Kristian: “Das Unterlassungsdelikt”, JA, Sayı: 7, 2014, s. 509.

sempatizanı da olan hakimın ona düşman olan oğlu, arabadaki düzeneğin hakimi öldürmeye elverişli şekilde konumlanmadığını fark eder ve düzeneği patladığında hakim babasını öldürecek şekilde düzeltir. Burada bomba düzeneğini değiştiren kişi nedensellik bağıını belli bir tarafa enerji kullanımı ile değiştirmiştir. Bu nedenle burada icrai bir suç -insan öldürme- söz konusudur¹²⁵.

2- *Buna karşılık her kim şeyleri akışına bırakmakta (enerji kullanmakta) ise ve müdahale etme imkânını kullanmamakta ise bu kişi bir şeyi 'ihmal' etmektedir*¹²⁶.

Örnek olarak; anarşistlerin sempatizanı olan hakimın ona düşman oğlu, bombanın babasının aracında doğru şekilde konumlandığını fark eder, fakat hiçbir şey yapmaz. Hakim babasının beklenen ölümünden memnuniyet duyarak yoluna devam eder. Burada anarşistlerin sempatizanı oğul, bomba düzeneğini akışına bırakmış ve müdahale etme imkânını kullanmamıştır. Bu nedenle bir ihmali suç söz konusudur. Sempatizan, hakimın oğlu olduğundan burada sempatizan, babası bakımından garantördür. Bu nedenle kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur¹²⁷.

Bugün Alman ceza hukukunda her iki davranış şeklinin bulunduğu bu tür olayların çözümü için yavaş yavaş ağırlık kazanan görüşün, icrai davranışın nedenselliğine dayalı bir çözümün benimsenmesi şeklinde olduğunu belirtilmektedir¹²⁸. Bununla birlikte *Roxin*'e göre aktif bir enerji harcamasıyla netice arasında kanuni bağlantı mevcut değil ise o zaman burada ihmali suç incelenebilir. Buna karşılık, enerji harcaması görüşü kabul edildiğinde her zaman istisnasız olarak icrai suç kabul edilmiş olur. Oysaki ithamın ağırlık teorisi ve diğer teoriler, icra dışında farklı sonuçlara ulaşabilmektedir. Ayrıca bu teoriye her şüphe halinde icranın varlığı kabul edilecek olması da teorinin belirsizliğini göstermektedir¹²⁹.

D. DEĞERLENDİRME

1. Genel Olarak

Sıralamış olduğumuz ölçütlerin bir kısmı, şu noktayı gözden kaçırmaktadır: *“Her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda cevabı aranması gere-*

¹²⁵ *Kühl*'e ait olan bu örnek (**Kühl**, s. 509) tarafımızca kısmen değiştirilmiştir.

¹²⁶ **Ebert**, s. 173; **Kühl**, s. 509.

¹²⁷ *Kühl*'e ait olan bu olay kısmen tarafımızdan değiştirilmiştir. Bkz.: **Kühl**, s. 509.

¹²⁸ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.77.

¹²⁹ **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.78.

ken soru, icranın mı yoksa ihmalin mi söz konusu olduğu sorusu değildir. Sorulması gereken temel soru, ikisinin de varlığı ile bir hukuki değerın zarar gördüğü ya da tehlikeye düşürüldüğü hallerde failin ceza hukuku sorumluluğunun icrai davranışına mı yoksa ihmali davranışına mı dayandırılacağı sorusudur¹³⁰. Bu temel tespit, şunu düşündürmelidir: Esasında bu tür olaylarda her iki davranış şekli, normlar karşısında eşittir. Örneğin bebeğini arsaya bırakarak ölümüne neden olan anne için kanun hükümleri hem icra suretiyle hem de ihmal suretiyle öldürme olarak aynı mesafede durmaktadır. Bu nedenle gerçeklik teorileri olarak tasnif edilen vücut hareketi, enerji kullanımı, nedensellik bağı ve karma görüş (enerji kullanımı ile nedensellik bağının bir arada ele alan) bu noktada herhangi bir çözüm sunamamaktadır. Çünkü gerçeklik teorileri, icrai ve ihmali davranışın her ikisinin de suç oluşturduğu bu olaylarda her halde icrai davranışın kabul edilmesine yol açmaktadır¹³¹. Oysaki buradaki sorun, hem icranın hem de ihmalin suç oluşturduğu bu olaylarda cezalandırmanın hangi kanun hükmüne dayandırılması gerektiği- suç teşkil eden fiilin- icrai veya ihmali davranış olarak-“nitelendirilmesi”¹³² meselesidir. Bu nedenle bizim çözümümüz, sadece gerçekliğe dayanmak değil; gerçekliğin tespitinden sonra bir değerlendirme yapmaktır. Bu ise normlar arasında yorum yapılması; kavramsal ifadesi ile görünüşte içtima kurallarına başvurulmasıdır¹³³.

Bu çözüme geçmeden, öncelikle hem icrai hem de ihmali suçun oluşup oluşmadığının tespit edilmesi gerektiğinin belirtilmesi gerekir. Bu noktada hem icrai hem de ihmali davranış açısından netice ve bunlar arasındaki nedensellik bağı ile neticenin faile objektif olarak isnat edilebilirliği tetkik edilmesi gerekmektedir¹³⁴. Cezalandırılabilirlik açısından kusurun ve diğer cezalandırılabilirlik koşullarının var olup olmadığı incelenmelidir. Bunlardan herhangi birinin ilgili icrai veya ihmali suçta eksik olması, icrai veya ihmali davranıştan herhangi birinin elenmesini sağlayacaktır. Çünkü birçok olayda

¹³⁰ **Röhl**, Klaus F.: “Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen”, **JA**, Sayı:11, 1999, s. 898.

¹³¹ Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.77.

¹³² **Yüce**, s. 207.

¹³³ Bu çözümümüz, ithamın ağırlık noktası görüşüne benzetilerek eleştirilebilir. Ancak ağırlık noktası görüşünde ayırım yaparken herhangi somut standart bulunmamaktadır. Deyimi yerindeyse somut olay hakimi kendisine hangisini yakın hissediyorsa onu seçmesini ifade etmekteydi. Bu nedenledir ki, *Roxin* de ithamın ağırlık noktasına göre yapılan ayırımı, “duygulara dayanan bir karar” olarak nitelendirmiştir. Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.80.

¹³⁴ Bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 603.

esasinda icra veya ihmalden birinin unsurları eksik olmasına rağmen her biri yeterince tetkik edilmeden dış görünüş itibariyle davranışın icra ve ihmal olarak iki anlamlı olduğu sonucuna varılmaktadır. Aslında tam olarak gerçeklik teorileri bu netliğin olmadığı olaylarda işlev görmektedir. İşte bu olaylarda her iki davranış şeklinin bulunmasından değil; icra ve ihmalin hangisinin tam olduğunun belirsizliğinden bahsedilebilir. Bu nedenle bu grup olayların çözümü, mesele teşkil etmemektedir.

Asıl mesele teşkil eden ve bu nedenle de konumuzu oluşturan, her iki davranış şeklinin tüm unsurları ile bulunduğu veya en azından bulunduğu izlenimi veren olaylar grubudur. Buna göre hem icra hem de ihmalin mevcudiyetine ilişkin belirlemeler yapıldıktan sonra normlar arasındaki ilişkinin cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket bağlamında görünüşte içtima kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira bu koşullar icra ve ihmalin ikisinde de tam ise bir olayın, iki farklı normun da içini doldurması söz konusu olacaktır. Buna göre, değerlendirme teorilerinden “*şüphe halinde icraya ağırlık veren*” görüş de görünüşte içtima kuralının bir sonucu olarak icranın ihmali tükettiği düşüncesinin bir sonucudur¹³⁵. Biz de esasında bu görüşü biraz daha ileri götürerek çözüme ulaşmayı hedeflemekteyiz. Çünkü bu görüş kural olarak doğru olsa da bazı hallerde, ihmali suçun uygulanmasının reddedilmesi ile sonuçlanmaktadır. Örnek olarak ihmali suçun, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış gibi icrai bir davranış unsurunu (garantörlük kaynağı) olarak barındırdığı olaylar gösterilebilir. Bu amaçla konunun, tüketen tüketilen norm ilişkisi cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket bağlamında etraflıca ele alınması bir zorunluluk arz etmektedir. Bu bağlamda icra ve ihmal arasında hangisinin tüketen hangisinin tüketilen olduğunun isabetli bir biçimde ele alınabilmesi için de öncelikle her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda hareket teklifi ve çokluğunun tespit edilmesi gerekmektedir¹³⁶.

¹³⁵ Bununla birlikte, *Jescheck/Weigend'in* öncelikle icrai davranışın incelenerek şayet icrai davranış tespit edilemez ya da hukuka uygunluk sebebi mevcut ise yahut da kusur eksikliği nedeniyle failin cezalandırılmayacağı belirlenir ise bu durumda ihmali davranışın incelenmesi gerektiği görüşüne katılmamaktayız. Keza böyle bir kabul, hem icranın hem de ihmali suçun olduğu hallerde her durumda icrai suçun cezalandırılmaya esas alınması ile sonuçlanır. *Jescheck/Weigend'in* görüşleri için ise bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 603.

¹³⁶ **Honig**, Richard: *Straflose Vor- und Nachtat*, (1927 Leipzig basısının tıpkı basımı), Aalen, Scientia-Verlag, 1978, s. 11. Ayrıca, görünüşte içtima bağlamında fiil teklifi ve çokluğuna ilişkin ayrıma gerek olup olmadığına ilişkin tartışma için bkz.: **İçel**, Kayıhan: *Suçların İçtimai*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1762, İstanbul, Servet Matbaası, 1972, s. 168.

2. İcra ve İhmal Arasında Hareket Tekliği ve Çokluğu Meselesi

Görünüşte içtima kurallarının uygulanabilmesi için öncelikle her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğu bu olaylarda *hareket tekliği-çokluğu* meselesinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Buna göre A'nın, B'nin vücuduna öldürmek kastıyla art arda bıçak saplaması veya art arda dövülmesi durumunda doğal anlamda hareketin çok olduğu fakat hukuki anlamda tek bir hareket olduğu şeklindeki örnek, klasik bir örnektir¹³⁷. Buna karşılık suçun konusunun, hem icrai hem de ihmali davranış ile zarar gördüğü ya da tehlikeye düşürüldüğü hallerde de hukuki anlamda tek bir hareketin olduğundan bahsedilebilecek midir? Örneğin bebeğini poşet ile evin bahçesinde bulunan odunluğa bırakan ve daha sonra da ilgilenmeyen anne¹³⁸, bebeğin ölümü bakımından art arda önce icrai sonra ihmali davranışta bulunduğu ve hukuki anlamda tek bir hareketin olduğu sonucuna varılabilecek midir? Benzer şekilde kişinin evinin banyosunda doğum yaptıktan sonra bebeğini, çöp konteynırına bırakıp işine gittiği ve bebeğin yaşamını yitirdiği olayda¹³⁹ çöp konteynırına bırakmak şeklindeki icrai davranışı nedeniyle mi sorumlu tutulacaktır?

Doğal anlamda art ardına takip eden icrai davranışların çokluğu kadar dikkat çekmese de esasında hukuki anlamda nihayetinde icrai ya da ihmali suç olarak addedilen birçok olayın gelişim sürecinde icrai ve ihmali davranışın bir arada bulunabildiği görülmektedir. Örneğin A, B'yi dağ evine kilitler (icra) ve onu oradan çıkarmaz (ihmal). A, aracına biner ve gaz pedalına basar (icra) ve yoldan B'nin geçtiğini görmesine rağmen frene basmaz (ihmal)¹⁴⁰. Ancak *İçel*, ihmali suçlar ile icrai suçların aynı fiil tarafından meydana getirilmelerine imkân olmadığından bunlar arasında hareket tekliğinden ve buna bağlı olarak fikri içtimadan bahsedilemeyeceği görüşündedir¹⁴¹. Keza *Jescheck/Weigend'e* göre de kural olarak ihmal ve icra iç içe

¹³⁷ Mahmut **Koca**, "Fikri İçtima", **CHD**, Yıl: 2, No: 4, Ağustos 2007, s. 207; **Koca**, Mahmut/**Üzülmüş**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018, s. 516. Konuyla ilgili detaylı açıklamaları için bkz.: **Kunter**, Nurullah: "Fikri İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi", **İÜHFM**, C. XIV, No: 1-2, 1948, s. 365; **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 10. bs., İstanbul, Beta, 1994, kn.1130.

¹³⁸ **Yargıtay 1. CD.**, 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017.

¹³⁹ **Yargıtay, 1.CD.**, 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013.

¹⁴⁰ **Jakobs**, § 32, kn.33.

¹⁴¹ **İçel**, s. 70. Dikkat çekilmesi gerekir ki, 765 sayılı TCK döneminde bilhassa başlangıçta ihmali suçtan, yalnızca gerçek ihmali suçlar anlaşılmalı idi. Görünüşte ihmali suçlar ise ihmal suretiyle icra suçları olarak anılmakta idi. Bkz.: **Taner**, M. Tahir: Ceza

bulunamayacağından sadece bunların zamansal birlikteliğinden bahsedilebilir. Dolayısıyla fikri içtimadan bahsedilemez. Örneğin alkolün etkisiyle trafik kazasına neden olan sürücü, yaralıya yardım etmez, olay yerinden uzaklaşırsa ve yaralı ölür ise ihmali davranışla öldürme, alkollü araç sürme davranışını gizleme (Alm. CK. md. 315 c ve 316), taksirle öldürme (Alm. CK. md. 222) ve olay yerinden uzaklaşma (Alm. CK. 142) suçları tartışılır ve kişi için müebbet hapis cezası söz konusu olur¹⁴².

Kural olarak ihmal ve icra arasında hareketin tekliği kabul edilmemekle birlikte, *Jescheck/Weigend'e* göre ihmali suçun belirli bir süre devam ettiği hallerde icrai davranışın, ihmali suçun işlenmesine hizmet etmekte ise bu durumda hareket tekliği ve buna bağlı olarak fikri içtima söz konusu olabilir. Örneğin nafakasını ödemekle yükümlü olduğu çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin nafakanın icrasını gerçekleştiren kamu görevlisini engellemesi durumu böyledir. Burada kişinin nafakanın icrasını engellemesi, çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü mütemadiyen ihmal etmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle burada icra ile ihmal arasında hareket tekliğinden bahsedilebilecektir¹⁴³. Bu örnekte esasında art ardına bıçaklama örneğinde olduğu gibi failin iradesi emir normunu yerine getirmemeye; ihmali suç meydana getirmeye, yöneliktir¹⁴⁴. *Jescheck/Weigend'in* bu örneği, *Arm. Kaufmann* ve *Welzel'in* nedensellik bağının niteliğini anlatırken ortaya koydukları gibi kişinin kuyuya düşmüş kişiyi kurtarmak için önce ip gönderip sonra ipi, kullanmaması için geri çekmesi örneğine benzemektedir. Belli bir süre devam eden kurtarmama fiiline kurtarma ipinin çekilmesi katkı sunmaktadır. İpin çekilmesi şeklindeki icrai davranış ile kişiyi kurtarmama şeklindeki ihmali davranış bir hareket tekliği içerisinde bulunmaktadır¹⁴⁵.

Jescheck/Weigend'in ihmali suçun belirli bir süre devam ettiği hallerde icrai suçun ihmali suçun işlenmesine hizmet ettiğinin tespit edildiği durumda icra ve ihmal arasında hareket tekliği olabileceği görüşünü benimsemekteyiz.

Hukuku Umumi Kısım, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953, s. 259-260; **Dönmezer**, s. 473. Aynı şekilde bkz.: **Alacakaptan**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, 1975, s. 48. Terminolojik açıklamalar için ayrıca bkz.: **Erbaş**, s. 12.

¹⁴² **Kühl**, s. 508. Ayrıca bkz.: **Jescheck/Weigend**, s. 723.

¹⁴³ **Jescheck/Weigend**, s. 723.

¹⁴⁴ Hareket tekliğinin ilk unsuru, aynı suç işleme kararıdır (sübjektif ayniyet). *Welzel* bunu doğal anlamda birden fazla olan hareketin fail tarafından belirlenen gai irade ile bir bütün haline geldiğini belirterek açıklamaktadır. Bkz. **Welzel**, s. 224.

¹⁴⁵ Bkz.: **Arm. Kaufmann**, s. 108; **Welzel**, s. 203-204.

Buradan hareketle örneğin bir hekimin hastasını hastanede kalmaya ihtiyacı olmasına rağmen hastanedeki yatak azlığından taburcu etmesi örneğinde; hekimin hastayı hastaneden taburcu etmesi, neticeyi önleme yükümlülüğü olan bir kimse olarak hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmamasına hizmet ettiğinden hekim ihmali nedeniyle sorumlu olmalıdır. Çünkü burada taburcu etme, hastanın ölmemesi veya yaralanmaması için hekimin neticeyi önleme yükümlülüğünün gerektirdiği davranışları yerine getirmemesinin bir parçasıdır¹⁴⁶.

Buna karşılık, hekimin solunum cihazına bağlı komada yaşatılan bir hastanın solunum cihazını kapatması durumunda hekimin solunum cihazını kapatma davranışı, hastaya gerekli tıbbi müdahaleyi yapmamasına hizmet etmesinin ötesine geçmektedir. Bu halde netice ile doğrudan nedensellik bağı olan icrai bir davranış söz konusudur. Benzer sonuca ötenazi kapsamında da ulaşılabilir. Tedavisi mümkün olmayan hastalık nedeniyle dayatılmaz acılar içinde olan bir hastaya hekim uyguladığı ilaç tedavisine hastanın isteğine uyarak son verirse hekimin, icrai davranışı nedeniyle ceza sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir. Zira hekim ilaç tedavilerini kesmesi ile hastanın yaşam hakkı için garantör olarak gerekli davranışları yerine getirmeyi reddetmiş olması bir tarafa, icrai davranışlarla doğrudan öldürmeme yasağını ihlal etmektedir¹⁴⁷. Bu örneklerde nedensellik bağı bakı-

¹⁴⁶ Sosyal mana kavramına dayanarak hastasını taburcu eden hekimin, ihmali davranıştan sorumlu tutulması gerektiği görüşünü savunan *Engisch* için bkz.:dn. 96.

¹⁴⁷ Tedaviye son verme şeklindeki davranışın icra mı yoksa ihmali mi olarak nitelendirileceğine ilişkin Alman öğretisinde yoğun tartışmalar olsa da Alman Yüksek Mahkemesi, bu tür olaylarda böyle bir ayrımın önemi olmadığı, zira her ikisinin de aynı ağırlıkta olduğu görüşündedir. Bkz: **BGH**, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, Parg: 28-29, (çevrimiçi) www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.html, (Erişim Tarihi: 15.06.2017). Bu kararın konu olduğu olayda, bir hasta geçirdiği beyin kanaması sonucunda bitkisel hayata girmiş ve nefes alması karnından geçirilen boru ile sağlanmak durumunda kalmıştır. Kişi bu olaydan önce geçirdiği daha hafif bir beyin kanaması sonrasında çocuklarına, tekrar beyin kanaması geçirir ve bilincini kaybeder ise, borulara bağlı yaşamak istemediğinden bu tür aletlerle yaşamının devam ettirilmemesini belirtmiştir. Bunun üzerine hastanın çocukları, hastane yetkililerine annelerinin bu dileğini iletmış fakat ret yanıtını almışlardır. Bunun üzerine çocuklar, tıp hukuku alanında uzmanlaşmış avukat ile görüştiklerinde avukat onlara hastanın borulara bağlı yaşamayı istememesi karşısında hiçbir sağlık kurumunun, böyle bir tedaviye yetkili olamayacağını belirtmiştir. Bu öneriyi dikkate alan hasta yakını, hastanın bağlı olduğu boruyu bizzat kendisi keserek çıkarmıştır. Birkaç dakika sonra durumu fark eden hastane çalışanları derhal hastaya müdahale etmiştir. Bu olayda yerel mahkeme boruyu kesen çocuk ile avukat hakkında icrai davranışla öldürmeye teşebbüsten mahkûmiyet kararı vermiştir. Bkz.: **BGH**, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, Parg:5-10. Yüksek Mahkeme, tedaviye son vermeye yönelik gerçekleştirilen davranışların hem icrai hem de

mından hasta için garantör olan kişi ile olmayan kişinin sorumluluğun dayandırıldığı davranışlarının nitelendirilmesi arasında fark bulunmamaktadır. Öğretide haklı olarak eleştirildiği üzere, hekimin davranışı bu halde ihmali olarak nitelendirilir ise failinin sıfatından kaynaklanan farklılık nedeniyle aynı davranış farklı uygulamalara tabi tutulmuş olacaktır¹⁴⁸.

2013 tarihli Yargıtay kararına¹⁴⁹ konu olan olay bakımından, bebeğin bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmek istemeyen annenin, bir günlük bebeğini boş arsaya bırakması durumunda boş arsaya bırakma davranışının, bakım ve gözetim yükümlülüğünün yerine getirmemesine hizmet edeceğine şüphe bulunmamaktadır¹⁵⁰. Ancak burada somut olayın şartlarına göre incelenmesi gereken, annenin çocuğu arsaya bırakması ile bebeğin ölmesi arasındaki nedensellik ilişkisidir. İlginçtir ki; Alman öğretisinde savunulan “*şüphe halinde icraya ağırlık veren*” ölçütünün aksine Yargıtay, “*şüphe halinde ihmale ağırlık veren*” bir anlayışı benimsemiştir¹⁵¹. Keza yine aynı yıla ait bir başka kararında da *Yargıtay*, bir hemşirenin evinin

ihmali olarak değerlendirilebileceğini, bu ayrımın önemli olmadığını belirtmiştir. Nihayetinde de hastanın rızasının varlığı kabul ederek çocuğun ve avukatın beraat etmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz.: **BGH**, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, Parg:32.

¹⁴⁸ Bu eleştiri için bkz.: **Yıldız**, Ali Kemal: “Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: II, Yay. Haz. Ayşe Nuhoğlu, İstanbul, 2014, s. 2076.

¹⁴⁹ **Yargıtay**, **CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013.

¹⁵⁰ Aksî görüşü savunan *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*’a göre “*kişi salt ihmali dışında icrai birtakım hareketler yapmış ise artık ihmalden bahsedilmemelidir*”. Bu nedenle Yargıtay 1. Ceza Dairesi’nin TCK’nın 83. maddesine dayanılarak hüküm kurulmasını bozması isabetlidir (**Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. bs., Ankara, Adalet, 2017, s. 119).

¹⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, annenin arsaya bırakmak şeklindeki icrai davranışı ile ölüm neticesi arasındaki nedensellik bağının tespit edilememesi nedeniyle “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesi gereğince icrai davranışı elemiş ve annenin garantörlüğü sebebiyle ihmali davranıştan hüküm kurulmasına isabetsizlik bulmamıştır. Buna göre, “*Ceza mahkûmiyeti; herhangi bir ihtimale değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalıdır. Bu ispat, toplanan delillerin bir kısmına dayanılıp diğer kısmı gözardı edilerek ulaşılan kanaate değil, kesin ve açık bir ispata dayanmalı ve hiçbir şüphe veya başka türlü oluşa imkân vermeyecek açıklıkta olmalıdır*”, “... sanığın, evlilik dışı ilişki sonucu hamile kaldığı bebeğini evinde doğurduktan hemen sonra, 4721 sayılı *Medeni Kanun hükümleri uyarınca hayatını korumak ve gözetmek yükümlülüğü altında olmasına karşın, bir beze sararak boş bir arsaya bıraktığı ve hayatını korumaya yönelik icrai bir davranışta bulunmadığı, böylece kanundan kaynaklanan garantörlük görevini kasten ihmal ederek ölüm neticesinin meydana gelmesine icrai davranışla eşdeğer olan bir ihmali davranışla neden olduğunun kabulü gerektiğinden, eyleminin TCK’nun 83. maddesi kapsamında değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır*” (**Yargıtay**, **CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013).

banyosunda doğum yaptıktan sonra bebeğini, göbek kordonunu kesmeden plasenta ile birlikte yüzü açık kalacak şekilde bir havluya sarıp, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına bırakıp ailesinin durumu fark etmemesi için hazırlanıp çalıştığı hastaneye gittiği ve daha sonra temizlik görevlilerinin çöp konteynırını çöp arabasına boşalttıkları ve çöpleri presledikleri sırada yere dökülen kan damlalarını görünce yetkililere haber verdiği olayda, *sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirilmemesi nedeniyle*, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği sonucuna varmıştır¹⁵². Bu karşılık, devamlılığın söz konusu olmadığı

¹⁵² Kararın tamamı şöyledir: “Sağlık meslek lisesi mezunu olup bir hastanede hemşire olarak görev yapan sanık A'nın, B isimli kişi ile yaşadığı cinsel ilişki sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, 27.10.2008 günü sabah saatlerinde ailesi ile birlikte oturduğu evin banyosunda doğum yaptığı, bir süre dinlendikten sonra bebeğini, göbek kordonunu kesmeden plasenta ile birlikte yüzü açık kalacak şekilde bir havluya sardığı, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına saat: 06.30 civarında bırakıp ikametine döndüğü, balkona çıkıp baktığında bebeğin halen kıpırdadığını gördüğü, ailesinin durumu fark etmemesi için hazırlanıp çalıştığı hastaneye gittiği, gece saat: 24.00 civarında temizlik görevlilerinin çöp konteynırını çöp arabasına boşalttıkları ve çöpleri presledikleri sırada yere dökülen kan damlalarını görünce durumu kolluk kuvvetlerine bildirdikleri, Adli Tıp Genel Kurulu 21.10.2010 gün ve 431 sayılı raporuna göre, canlı doğan bebeğin ölümünün intrauterin anaoksiye bağlı amnion ve mukenyum aspirasyonu ile terk edilme sonucu bebeğin sağlığı açısından oluşan olumsuz koşulların ortak etkisi sonucu meydana geldiği olayda, Sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirilmemesi nedeniyle, kasten öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği anlaşılmalı, 5237 sayılı TCK'nun 83. maddesi uyarınca cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan hüküm kurulması, Yasaya aykırı olup, sanık müdafinin ve Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu nedenle tebliğnamedeki düşünce gibi BOZULMASINA, 08/11/2013 gününde oybirliği ile karar verildi” (Yargıtay, 1.CD., 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013). Yargıtay aynı şekilde 2017 yılında da karar vermiştir. Bu karar da şöyledir: “Oluşa ve dosya içeriğine göre, sanık ...'nin, nişanlısı ... ile cinsel ilişkiye girmesi sonucu hamile kaldığı, hamile olduğunu ailesinden ve çevresinden gizlediği, 24.08.2008 günü gece vakti doğum sancılarının başlaması üzerine annesi... 'ye tuvaletini yapamadığını, kasıklarının ağrıdığını söylediği, annesinin bu durumu babası ... 'ye anlattığı, sanığın sancılarının artması nedeniyle gece yarısından sonra sanığın babası ... 'nin kullandığı araçla hastaneye gitmek üzere yola çıktıkları, yolda bir süre gittikten sonra sanığın tuvaleti geldiğini söyleyerek aracı durdurup, aşağıya indiği ve yolun karşısına geçerek burada doğum yaptığı, canlı olarak doğurduğu bebeğin göbek kordonunu koparttıktan sonra olduğu yerde bırakıp tekrar araca bindiği, bir süre daha araçla gittikten sonra tekrar aracı durdurduğu ve araçtan inerek iç çamaşırı içerisinde bulunan kanlı bezi yol kenarına attığı ve tekrar araca bindiği, hastaneye gittiklerinde kendisini muayene eden doktorun sanığa hamile olup olmadığını sorduğu, sanığın hamile olmadığını, her ay adet gördüğünü söyleyip doğum yaptığını gizlediği, durumunun ağırlaşması nedeniyle il merkezinde bulunan hastaneye ambulansla sevk edildiği, burada doktorun, sanığın doğum

kanalında bebeğin kordonunun sarktığını görünce, sanığa gerekli müdahaleyi yaptıktan sonra sanığa doğurduğu bebeğin nerede olduğunu sorduğu, sanığın ısrarla doğum yapmadığını söylediği, doktorun polise haber vermesi üzerine, polisin sanığın ifadesine başvurduğu, sanığın polise doğurduğu bebeği köyden hastaneye geldikleri sırada yol kenarına bıraktığını söylemesi üzerine yapılan araştırma sonrasında saat 05.10 sıralarında bebeğin canlı olarak, çıplak, göbek bağı üzerinde ve yüzüstü yatar vaziyette jandarma görevlileri tarafından bulunduğu hemen hastaneye götürüldüğü sırada öldüğü, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin 21.11.2008 gün ve 2908 sayılı raporuna göre miyadında gelişim gösteren bebeğin yaşama yeteneğinin bulunduğu, ilerlemiş çürüme nedeniyle bebeğin canlı doğup doğmadığının ve canlı doğduysa ölüm nedeninin tespit edilemediğinin bildirdiği; sanığın Cumhuriyet Savcılığında müdafii huzurunda alınan ifadesinde “çocuğun öleceğini biliyordum, ölmesi amacıyla almadım, çocuğun ölmesini istedim”, sanığın babası ...’ın sanık sıfatıyla müdafii huzurunda Cumhuriyet Savcılığında alınan ifadesinde “jandarma ile birlikte çocuğu bulduk, ilk bulduğumuzda sağ idi, ben hareket ettiğini gördüm”, Sulh Ceza Mahkemesinde yapılan sorgusunda “ben bebeği gördüm, bebeği gördüğümde sağ idi, kolunu kıpırdatıyordu, jandarma bebeği sararak hastaneye getirdi”, jandarma uzman çavuş ...’ın kovuşturma aşamasında mahkemede alınan ifadesinde “bebek yüzüstü yatıyordu ve kollarını kıpırdatarak irkilme hareketi yaptı, hastaneye gelirken bebek işaret parmağımı sıkıyordu” şeklindeki beyanları birlikte değerlendirildiğinde, canlı olarak doğan ve yaşama kabiliyeti bulunan bebeğin, sanki tarafından öleceği bilindiği halde ölüm sonucunun gerçekleşmesi amacıyla doğduğu şekilde bırakıldığı ve ölümün bebeğin sağlığı açısından oluşan olumsuz koşullar nedeniyle gerçekleştiği olayda; Sanığın yükümlü olduğu bakım, koruma ve gözetime ilişkin icrai davranışları gerçekleştirmemesi nedeniyle, öldürme suçunu ihmali davranışla işlediği anlaşılmalı, 5237sayılı TCK’nun 83. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiği” gerekçesiyle bozulmasına”, **Yargıtay 1. CD.**, 2016/3338 E., 2017/655 K., T: 06.03.2017. Ancak Yargıtay, benzer bir olayda icrai surette işlendiğinden hareketle terk suçunu kabul etmiştir. Buna göre Yargıtay, doğumdan hemen sonra bebeğini dere yatağına bırakan anne fail bakımından yerel mahkemenin ihmali davranışla bebeğini kasten öldürmeye teşebbüs şeklinde değerlendirmesini reddederek, “sanığın, koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan yeni doğan ve yaşı itibarıyla kendisini savunamayacak durumda bulunan mağdura karşı herhangi bir şiddet uygulamaksızın ıssız bir yere kendi haline bıraktığının tespit edilmesi halinde eyleminin TCK’nun 97. maddesinde düzenlenen terk suçunu oluşturup oluşturmayacağına karar yerinde tartışılması suretiyle sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin yazılı şekilde hüküm kurulması,... bozmayı gerektirmiş olup” şeklinde karar vermiş, böylelikle icrai surette işlenmesine ağırlık vererek terk suçunu kabul etmiş olmaktadır. (**Yargıtay 1. CD.**, 2016/1572 E., 2016/2536 K., T: 23.05.2016). Yine birinci Yargıtay kararındaki çöp konteynırına bebek bırakmaya çok benzeyen bir kararında da tam aksi yönde fiilin icrai olduğu sonucuna varmıştır. Karara konu olan bir başka olay şöyledir: “...Evlili olan ve bir başka erkekle ilişkisinden hamile kalan sanığın, bu durumunu çevresinden gizlediği, olay günü akşam saatlerinde banyoda kendi başına doğum yaptığı, bebeğin kordonunu bıçakla kesip göbek kordonunu bağlamadan çamaşır sepetinin içerisine bıraktığı, eşinin aniden eve gelmesi nedeni ile bebeğin üzerini çamaşırarla kapattığı, kanamasının devam etmesi üzerine eşi tarafından götürüldüğü hastanede yeni doğum yaptığının tespit edildiği, durumun polise bildirildiği, daha sonra bebeğin çamaşır sepeti içerisinde üzeri çamaşırarla örtülü şekilde bulunmuştur”. Daha sonra “yaşama kabiliyeti bulunan

ilk icrai davranışın doğrudan neticenin temel etkeni olduğu olaylarda ceza sorumluluğunun icrai davranışa dayandırılması gerekir. Zira bu nedenle de bu olaylarda her iki davranış şeklinin bir arada bulunduğundan da bahsedilemez. Örneğin bir annenin bebeğini denize atması sonucunda bebeğin boğulması olayında annenin bebeği denize atması, ölüm neticesinin doğrudan nedenidir. Bu nedenle anne bakımından icrai davranışla insan öldürme suçunun tartışılması gerekecektir¹⁵³.

3. Cezalandırılmayan Önceki - Sonraki Hareket ve Önceden Gerçekleştirilen Tehlikeli Davranış

Yukarıda belirtilen istisnalar dışında her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda hareket çokluğu söz konusudur. Bu halde mesele, artık hareket tekliğine göre değil; bir yorum yöntemi olan görünüşte içtima ilkeleri - cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket kavramları (*tüketen-tüketilen norm ilişkisinin bir türü olarak*)¹⁵⁴ - ile bir çözüme varılabileceği kanaatindeyiz¹⁵⁵. Kısaca belirtmek gerekir ise bir hukuki değeri koruyan birden fazla norm mevcut ise ortak korumayı sağlayan normun uygulanması ile diğer normlar da ortak normun içinde tükenmiş olur¹⁵⁶. Cezalandırılmayan önceki

ve canlı olarak doğan bebeğin ölümünün, göbek kordonunun bağlanmaması nedeni ile hipovolemik şoka bağlı gelişen solunum ve dolaşım yetmezliği sonucu meydana geldiğinin bildirildiği anlaşılmıştır". Bu olayda Yargıtay, "...Yeni doğan, göbek kordonu bağlanmayan bebeğin, ölebileceğini öngörebilecek konumda bulunan sanığın, sonucu kabullenerek eylemini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında, olası kasıtlı nitelikli öldürme suçundan, TCK'nun 82/1-d-e, 21/2. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerektiği gözetilmeden, oluşa uygun düşmeyen gerekçeler ve yanlıgılı değerlendirme sonucu yazılı şekilde kasten yaralama sonucu ölüme neden olma suçundan hüküm kurulmak suretiyle eksik ceza tayini" nedeniyle kararı bozmuştur (**Yargıtay 1. CD.**, 2016/836 E., 2016/1801 K., T: 07.04.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016)).

¹⁵³ Bu örnek, şu haberden uyarlanmıştır: "*İstanbul Eminönü'nde bir kadın 40 günlük bebeğini denize attı. Kadın gözaltına alınırken, deniz polisi bebeğin denize atıldığı bölgede arama çalışması başlattı*", **NTV**, "40 günlük bebeğini denize attı", Anadolu Ajansı, 25 Ocak 2017 Çarşamba, (çevrimiçi) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/40-gunluk-bebegini-denize-atti,xJdv6bdvFE2DrZ55YXqfQ>, (Erişim Tarihi: 25.01.2017).

¹⁵⁴ **Honig**, s. 11. Ayrıca bu ilke, "*lex consumens derogat legi consumtae*" olarak Latince ifade edilmektedir (Bkz.: **Honig**, s. 2).

¹⁵⁵ *Honig'in* de belirttiği üzere cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareketin ele alınabilmesi için, öncelikle hareket çokluğunun (doğal anlamda) söz konusu olması gerekir. Bkz.: **Honig**, s. 11.

¹⁵⁶ **Honig**, s. 66; **İçel**, Suçların İçtimaı, s. 174. Ayrıca bkz.: **İçel**, Kayıhan: "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı:14, Güz 2008, s. 38.

ve sonraki hareket de bunun bir türüdür. Buna göre cezalandırılmayan önceki hareket, sonraki hareketin cezalandırılması ile önceki hareketin de cezalandırılmış sayılmasını ifade ederken; cezalandırılmayan sonraki hareket, önceki hareketin cezalandırılması ile sonraki hareketin de cezalandırılmış sayılmasını ifade etmektedir¹⁵⁷. Söz gelimi, kişi kasten hasmına ateş eder ve yaralanan hasmını hastaneye götürmez ve ölüm neticesi meydana gelir ise bu durumda fail, her ne kadar ateş etmesi ile bir tehlike meydana getirmiş olsa da sadece icra suretiyle insan öldürmeden cezalandırılır¹⁵⁸. Failin tehlike meydana getiren önceki davranışı ile yaraladığı kişiyi hastane götürmemesi, ihmal suretiyle icra suçunu da oluştursa da ilk hareketinin cezalandırılmasıyla ikinci hareketi de cezalandırılmış olur¹⁵⁹. Zira icrai davranışla kasten insan öldürme, ihmali davranışla kasten öldürme suçunu tüketir¹⁶⁰.

Kural olarak cezalandırılmayan önceki ve sonraki hareket kavramları, her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda cezalandırılması gereken

¹⁵⁷ **Baumann, Jürgen/Weber, Ulrich/Mitsch, Wolfgang**: Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11. bs., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003, § 36, kn.12; **İçel, Suçların İctimai**, s. 179.

¹⁵⁸ Keza **Dönmezer** de insan öldürme kastı mevcut ise ihmal suretiyle icranın değil; icrai suçun söz konusu olduğunu vurgulamıştır. Bkz.: **Dönmezer**, s. 486.

¹⁵⁹ Detlev Sternberg- Lieben/Nikolous Bosch, **Schönke/Schröder Strafrechtsgesetzbuch Kommentar**, Albin Eser/Walter Perron/Detlev Sternberg-Lieben/Jörg Eisele/Nikolaus Bosch/Bernd Hecker/Jörg Kinzig/Frank Schuster/Bettina Weißer (Yay. Haz.), 29. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2014, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de>, (Erişim Tarihi: 12.06.2017), Vorbemerkungen zu den §§ 52 ff., kn.119). Bu şerhe atf yaparak **Puppe**, Alman öğretisi ve uygulamasında failin taksirle neden olduğu neticenin, şu iki durumda hüviyetini kaybettiğinin ağırlıklı olarak kabul edildiğini belirtmektedir. Buna göre: (1) Failin bu netice sonrasında başkaca bir neticeyi meydana getirmeye yönelik kasten hareket etmiş ise, (2) Failin taksirli neden olduğu netice sonrasında, (başkaca) neticeleri önleme yükümlülüğü mevcut ise (**Puppe**, Ingeborg: “Was ist Gesetzeskonkurrenz?”, JuS, Sayı: 11, 2016, s. 965, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2019)).

¹⁶⁰ Önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış, TCK’da neticeyi önleme yükümlülüğünün kaynaklarında biri olarak kabul edilse de **Schünemann**, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın kanun ve sözleşmenin yanında üçüncü bir garantörlük kaynağı olarak sıralanmasını eleştirmişti. Çünkü önceki davranış, nedensellik düşüncesinin bir sonucu olan ve aynı zamanda içtima meselesi bağlamında ele alınması gereken bir durumdur. Bu nedenle de kanun ve sözleşmeye göre daha farklı bir yapısı vardı. Bkz.: **Schünemann**, Bernd: “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, ZStW, Cilt: 96, Sayı: 2, 1984, s. 291-292. Bu nedenle **Schünemann** önceki davranıştan kaynaklanan haller için yardımcı ihmal suçuna (Alm. CK 323 c) ölüm ve yaralama hallerini daha fazla cezayı gerektiren haller olarak düzenlenmesi gerektiğini belirtmişti. Bkz.: **Schünemann**, Bernd: Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO, 1971, s. 381. Türk hukukunda bu görüşü benimseyen çalışma için bkz.: **Erbaş**, s. 489-490.

suçun tespit edilmesini sağlayıcı nitelikte bir ölçüttür. Ancak görünüşte ihmali suçlarda bir garantörlük kaynağı olan önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın olduğu ve bu nedenle ihmali suçun meydana geldiği olayların ayırt edilmesi önemlidir. Örneğin taksici yolda seyir halinde iken kırmızı ışıkta durmaz ve karşıdan karşıya geçmekte olan yayaya çarpar. Çarptıktan sonra da hızlıca olay mahallinden uzaklaşır. Yahut ta hekim hasta yakınını ona telefonda verdiği bilgilere dayanarak telefonda hastaya teşhis koyar ve tedavi direktifleri verir. Direktifler yüzünden hasta kötüleştiğinde de hastayı kurtarmaya yönelik herhangi bir girişimde bulunmaz¹⁶¹. Kişi, ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta olan arkadaşına “fırının kapısını kapatayım mı” dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış ve bu arada arkadaşını korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmıştır. Arkadaşından kan çıktığını görünce, paniğe kapılıp fırın kapısını açmayı düşünememiş ve oradan uzaklaşmıştır. Havasızlık nedeniyle ölüm neticesi meydana gelmiştir. Tüm bu hallerde kişiler bir tehlikeli durum meydana getirmeleri nedeniyle, garantör sıfatına sahip olmuşlardır. Bu nedenle bu hallerde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun içerisinde taksirle yaralama suçu tükenir.

4. Taksirli İcrai Suç - Kastan İşlenen Görünüşte İhmali Suç Ayrımı

İşveren Çin'den getirttiği keçi kollarını arındırmadan işçilere fırça yapımı için verir. Arındırılmamış keçi kılı ile fırça yapmakla meşgul olan dört işçi yaşamını yitirir¹⁶². Kamyon şoförü, seyir halinde bulunduğu yolda bisiklet sürücüsü ile arasında zorunlu mesafeyi tutmaz ve onu sollar. Sollaması sırasında bisiklet sürücüsü başından yaralandıktan sonra yaşamını yitirir¹⁶³. HIV taşıdığı öğrenen A, eşi B'ye böyle bir virüs taşıdığını söylemez ve eşi ile korunmasız olarak cinsel ilişkiye girer¹⁶⁴. Eczacı hasta yakınına reçetesi olup olmadığını sormaksızın istediği ilacı verir. İlacı içen hasta, yaşamını yitirir¹⁶⁵.

Bu örneklerde tehlikeliliğe neden olan örneğin güvenlik tedbirlerinin alınmaması gibi önce ihmali davranış olduğu izlenimi veren, ancak deva-

¹⁶¹ Benzer şekilde hastaya yanlış tedavi uygulayan hekimin sorumluluğu da önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış olduğuna sonucuna varan bir çalışma için bkz.: **Hakeri**, Hakan: Tıp Hukuku, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 994. Ayrıca bkz.: **Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014, s. 2807.

¹⁶² **RGSt**, I 1265/28, T: 23.04.1929.

¹⁶³ **BGH**, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt: 11, Sayı: 4, 1958, s. 149.

¹⁶⁴ **LG Kiel**, 10 KLS 1/10, T: 28.06.2010, BeckRS, 2010, s. 26831.

¹⁶⁵ **RGSt** 15, 151, aktaran: **Roxin**, Strafrecht AT II, § 31, kn.74.

mında icrai bir davranış takip eden ve böylece ceza sorumluluğunun icrai davranışa mı yoksa ihmali davranışa mı dayandırılması gerektiği tartışmalı hale gelen bir durum karşımıza çıkmaktadır¹⁶⁶. Diğer bir anlatımla tüm bu örneklerde, bir yükümlülük ve bu yükümlülüğün aksi yönünde davranılması (aykırılık -*icra* veya yerine getirmeme- *ihmal*) söz konusudur. Bu hallerde taksirli icrai suç ile kasten işlenen görünüşte ihmali suç nasıl ayırt edilecektir? Görünüşte ihmali suçun kanuni temellendirilmesi meselesinde, 765 sayılı TCK uygulamasında (bazen)¹⁶⁷ ve genel olarak Türk hukukunda etkili olmuş Fransız hukuku uygulamasında (genellikle)¹⁶⁸ taksirli icrai suç ile kasten görünüşte ihmali suçlar arasındaki ayrımın yapılamadığı görülmektedir. Ancak bugün Türk ceza hukuku öğretisinin haksızlık anlayışının geldiği nokta, bu ayrımı zorunlu kılmaktadır¹⁶⁹.

Buna göre ihmal, hareketin bir şekli ve bu nedenle hem kasten hem de taksirle işlenebilir. Taksir de manevi unsuru ifade etmekte, hem ihmal hem de icra taksirle işlenebilir. Ancak bu iki farklı ceza hukuku kurumu, gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünün bilhassa tehlikeli işlerde *güvenlik tedbirleri alma yükümlülüğü* olarak tezahür ettiği hallerde ayrıştırılamamaktadır. Bunun nedeni, “yükümlülük” ve “yükümlülüğe aykırılık” kavramlarının ihmalin ve taksirin haksızlığının ortak hammaddesini teşkil etmesidir. Bu noktada *icra-ihmal ayrımı* da âdete doğal biçimde kendiliğinden ortadan kalkmakta; ikisi arasında ayrım yapılması güçleşmektedir. Keza 2014 yılında Yargıtay’ın kararına konu olan maden kazası ile ilgili bir olayda yerel mahkeme, yaşamını yitiren işçiler nedeniyle işletme sahiplerini *taksirle öldürme suçundan* mahkûm etmiştir. Bu olaya ilişkin Yargıtay, failer hakkında olası kastları sebebiyle kasten insan öldürme suçundan (TCK md.81) hüküm kurulması gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur¹⁷⁰. Yargıtay’ın taksiri reddetme

¹⁶⁶ Ayrıca bkz.: **Sieber**, s. 431.

¹⁶⁷ 765 sayılı TCK uygulamasında bu ayrımın yapılamadığını gösteren kararlar için bkz.: **Erbaş**, s. 127-128.

¹⁶⁸ Fransız uygulaması için bkz.: **Erbaş**, s. 145-146.

¹⁶⁹ Ancak **Zafer**, bu ayrımın yapılamadığı buna göre dikkat ve özen yükümlülüğü ile garantörlüğe ilişkin yükümlülüğün karıştığı gerekçesi ile görünüşte ihmali suçların taksirle işlenemeyeceğini, yalnızca kasten işlenebileceğini kabul ettiğini belirtmektedir. Bkz.: **Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) Ders Kitabı, 6. bs., İstanbul, Beta, 2016, s. 285.

¹⁷⁰ Yargıtay’ın gerekçesi: “...bu iş kolunda deneyimli olan sanıkların 2006 yılından beri işletmede metan gazı olduğunu bilmelerine rağmen bunu gözardı ederek, defterlerde bile bu hususa yer vermeyerek önceki denetimlerde defalarca istenmiş olan ocak gaz ölçümünün otomatik olarak yapacak erken uyarı sistemini kurmayarak, yeterli sayıda gaz ölçüm cihazı bulundurmuyup düzenli olarak kullanılmasını sağlamayarak, hatta basit ve

gerekçesi, “defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı-mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle olursa olsun düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettiklerinden olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu” şeklindedir. Yargıtay da kendi ifadesiyle “hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettiklerinden” ihmali hiç tartışmamış, icrai davranış sebebiyle insan öldürme suçundan -TCK 81. md.- sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmıştır. Yerel mahkeme ile arasındaki hukuki uyuşmazlık sadece davranışın manevi unsurunun tartışılması düzeyinde kalmıştır.

Taksir kavramını ele alacak olursak, geleneksel taksir anlayışında taksirin haksızlığının unsurları şöyle sıralanmaktadır: Failin “dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmesi”¹⁷¹ ile “kanunun yasakladığı bir neticenin

ucuz olan vakvak tabir edilen uyarı aletini dahi temin edip kullanılmayarak, işletmede Küldesak (havalandırma bakımından kör ve acil durumda kaçış imkanı bulunmayan) ayak çalıştırılarak, ocak üretim mahalline yeterli temiz hava akımını sağlayacak sistemi kurmayarak, ocak içindeki kirli ve temiz havanın karışmasını ve ısının yükselmesini göz ardı edip; 10-15 cm çapında hava borularıyla havalandırma yapılması dolayısıyla yeterli ve uygun düzeyde havalandırma sağlanamaması nedenleriyle grizu birikmesine neden oldukları, ocakta grizu olduğunu bilmelerine rağmen bunu gizledikleri bu nedenle idarenin denetimini de önledikleri gibi ocak içinde her vardiyada her atım öncesi ve sonrası gaz ölçümü yaptırıp kayıt altına aldırılmayarak, ocak içinde kullanılan tesisat ve ekipmanların anti-grizulu olarak tesis ettirmeyip ocak içine işçilerin sigara sokmasını ve içilmesini engellemeyerek, çalışan işçilere işe başlarken ve devamında tamamına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verdirip belgelettirmeyerek, fiziki şartları kötü, üretim, nakliyat ve havalandırma bakımından emniyet tedbirlerine uyulmayan ocak işleterek meydana gelen sonuca kayıtsız kalıp kabullendikleri, böyle bir olayda öngörülmekle birlikte gerçekleşmeyeceği düşünülen ve istenmeyen bir neticeden bahsedilmeyeceği, defalarca yapılan tespitler ve uyarılara rağmen hatalı, eksik ve tehlikeli çalışma yöntemini sürdüren sanıkların kusurluluk düzeyinin taksir düzeyini aştığı, bu şekildeki çalışma ile grizu patlaması olabileceğini öngörmelerine rağmen, patlamayı gerçek anlamda engelleyici nitelikte bir çalışma yapmadıkları, aksine mevcut tehlikeli durumu gizlemek suretiyle, “olursa olsun” düşüncesi ile hatalı ve hileli faaliyetlerine devam ettikleri; bu nedenle gerçekleşen bu neticeden olası kast hükümleri uyarınca sorumlu tutulmaları gerektiği ve olası kastla adam öldürme suçunun unsurlarının oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı olup, sanıklar müdafilerinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK’un 321. maddesi gereğince sonuç cezanın süresi itibarıyla sanıkların kazanılmış hakkı saklı tutularak isteme uygun olarak BOZULMASINA, 14.11.2013 tarihinde oy birliğiyle karar verildi”, Yargıtay, 12. CD., 2012/21104 E., 2013/25712 K., T: 14.11.2013, KAZANCI, (çevrimiçi) <http://kazanci.com.tr/gunluk/12cd-2012-21104.htm>, (Erişim Tarihi:07.11.2016).

¹⁷¹ İçel’e göre taksirin cezalandırılmasının temeli, toplumun yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Bkz.: İçel, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan

meydana gelmesi” ve “*failin bu yükümlülük ihlali olmasaydı bu neticenin de meydana gelmeyecek olmasıdır*”¹⁷². Bununla birlikte bu tanım, taksir ve ihmal arasındaki sınırın çizilmesi için Alman öğretisinde yeni bir yaklaşım olarak şu şekilde ifade edilmeye başlamıştır: “*Taksirli suçları düzenleyen normlar, en azından norm düzeyinde teorik olarak kişiden dikkat ve özen yükümlülüğünün yerine getirmesini talep etmemektedir. Bu nedenle kişinin dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Burada bulunan yükümlülük, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmayı ihmal etme -dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmama yükümlülüğüdür*”¹⁷³. Buna göre, örneğin sürücünün trafikte önündeki araçla zorunlu mesafeyi tutmaması şeklindeki yükümlülüğe aykırılığı, ihmal etmesi gerekir. Kişi bu yükümlülük nedeniyle, yoldan geçmekte olan kişilerin yaşam hakkı için garantör olmaz. Oysa ihmalde; kişinin yükümlülüğü, bir başka kişinin “*yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik zarar ve tehlikeleri önleme*” yükümlülüğünü “*yerine getirmemesi*” şeklinde tezahür eder. Bu yükümlülüğü yerine getirmeme (ihmal etme), dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmama yükümlülüğünü uyulmaması ile de söz konusu olabilir ki bu durumda taksirle işlenen görünüşte ihmali suçtan bahsedilir.

Taksirin bazı hallerde ihmal ile tezahür ettiğini göstermesi açısından, taksirin günlük yaşamda varlık kazanma şekillerinin örneği olarak nitelendirilebileceğimiz “*bilgilendirme ve ihmal yükümlülüğü*” şeklinde, Roxin kısaca şöyle bir formülasyon yapmıştır: “*Bilgisi olmayan, kendini bilgilendirmek; yapamayacak durumda [fiziksel veya pratik eksiklik nedeniyle] olan kişi de, ihmal etmek zorundadır*”¹⁷⁴ şeklinde ifade etmektedir¹⁷⁵. Örneğin hekim bilgisiz ise araştırıp öğrenecek¹⁷⁶ ya da kolu kırık ise hastayı ameliyat etmeye girişmeyi ihmal edecektir¹⁷⁷. Her iki durum da taksire işaret eder. Bu esasında yeni bir kavramsallaştırma değildir; bunlar, kişinin bilgisizliği ve

Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1256, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967, s. 104 ve ayrıca s. 105.

¹⁷² **Gropp**, § 12, kn.116 ayrıca s. 536, kn.117; **Roxin**, Claus: Strafrecht AT I, 4. bs., Münih, Verlag C. H. Beck, 2006, § 24, kn.8; **Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2018, s. 234-235.

¹⁷³ **Gropp**, § 12, kn.117.

¹⁷⁴ “...yapamayacak durumda olan kişi de, ihmal etmek zorundadır” kavramsallaştırmasını **Gropp**, etkileyici bir ifade olarak nitelendirmiştir. Bkz.: **Gropp**, § 12, kn.117.

¹⁷⁵ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.36.

¹⁷⁶ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.37.

¹⁷⁷ Bkz.: **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.36.

acemiliği gibi çeşitli taksir şekillerinin yeniden tasnif edilerek bilgilendirme ve ihmal yükümlülüğüne vurgu yapılmasıdır¹⁷⁸.

Belirtilen yazar, taksirin “*dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık*” şeklindeki kurucu unsurunu reddetmektedir. Çünkü bazı hallerde dikkat ve özen yükümlülüğü, şekli kalmakta ve gerçek durumla örtüşmemektedir. Örneğin atların başıboş dolaşmasının normal karşılandığı bir köyde, kişinin bağlamadığı atının köpek tarafından ürkütülmesi ile koşması ve bu sırada bir kimseyi yaralaması durumunda atın başıboş bırakılması herhangi bir dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal etmemektedir. Burada at sahibinin sorumluluğunun olmadığı, izin verilen riski aşan bir tehlikeyi meydana getirmemesi nedeniyle daha somut olarak temellendirilmiş olmaktadır¹⁷⁹. Bu şekilde dikkat ve özen yükümlülüğü yerine, “*normun koruma alanı kapsamında fail tarafından izin verilen riski aşan bir tehlikeliliğin meydana getirilmesi*” unsurunun ikame edilmesi gerektiği kanaatindedir. Bu yeni unsuru kısaca “*izin verilen riski aşan bir tehlikeliliğin meydana getirilmesi*” olarak ifade edilmektedir¹⁸⁰. Ancak buna da “*izin verilen*” unsuru nedeniyle suçunun hukuka aykırılık unsurunun öne çekildiği gerekçesiyle itiraz edilmektedir¹⁸¹.

Dikkat çekmek gerekir ki; Alman öğretisinde bu şekilde taksiri açıklamaya yönelik farklı şekillerde hem geleneksel kabuldeki gibi hem de bu yeni tespitte olduğu gibi değerlendirmelerin yapılabilmesinin nedeni, Alm. CK’da taksirin kanunda tanımlanmamış olmasıdır. Alm. CK’nın aksine TCK’da md. 22/2’de taksir tanımlanmıştır. Bununla birlikte TCK’nın tanımı, Alman öğretisindeki taksirin bu yeni yorumunun benimsenmemesini gerektirecek nitelikte değildir. Buna göre “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*”. Burada Kanun, *dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığa dikkat çekmekte ve bunu esas almaktadır. Bunun*

¹⁷⁸ Taksir şekilleri için bkz.: **İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 197-213.

¹⁷⁹ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.11.

¹⁸⁰ **Roxin**, Strafrecht AT I, § 24, kn.14. Belirtmek gerekir ki, *Roxin*’in bu görüşü de yeni bir görüş değildir. Buna göre *İçel*, 1967 tarihli eserinde “*taksirin hukuki esasını*” ortaya koymak üzere “*müessir sebep*”, “*hata*”, “*önleyebilme*”, “*öngörebilme*” ve “*tehlike (hareketin ve failin tehlikeliliği)*” teorileri şeklindeki çeşitli görüşlere yer vermiştir. Belirtilen bu görüş de, bu görüşlerden hareketin tehlikeliliği görüşü ile benzerlik göstermektedir. Bkz.: **İçel**, Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, s. 54 vd. Bu da göstermektedir ki; taksirin esasının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu bugün de ağırlıklı görüş olsa da, taksirin esasının sadece dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık olduğu şeklinde yeknesaklık geçmişte de mevcut değildi.

¹⁸¹ **Gropp**, § 12, kn.122.

anlamı da kişiler dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmamakla (davranmayı ihmal etmekle -öldürmemek-öldürmeyi ihmal etmek- gibi) yükümlüdür. Hatta bu tanımın dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığa doğrudan değil, neticenin nedeni olarak ifade etmesi sebebiyle, yeni taksir yorumunu destekler nitelikte dahi olduğu söylenebilir.

Biz taksir-ihmal ayrımı meselesini, “*yükümlülüğün niteliği*”, “*yükümlülüğün neye hizmet ettiği*” ve “*onun nasıl ihlal edildiğinden*” hareketle çözmekteyiz. Çünkü ihmal, haksızlığın hareket unsuruna; taksir ise haksızlığın manevi unsuruna denk gelmektedir. Buna göre, taksirdeki yükümlülükler aykırılık, bizatihi ceza hukuku haksızlığı teşkil etmez; ancak uyulmaması ile ceza mevzuatında düzenlenen başka netice meydana gelirse kişi cezalandırılır. Örneğin trafik sürücüsünün kırmızı ışıktaki durma yükümlülüğü, trafik düzenini sağlamaya yönelik bir yükümlülüktür. Sürücü, bu trafik kuralı nedeniyle trafikteki diğer araç sahiplerinin ve yayaların yaşam ve vücut bütünlüğü bakımından trafiğe dâhil olduğu sürece garantör olmaz. Taksirde yükümlülükler “*uymamak (aykırılık)*” söz konusudur. İhmalde ise kişinin yükümlülüğü, bir başka kişinin “*yaşam ve vücut bütünlüğüne yönelik zarar ve tehlikeleri önleme*” yükümlülüğünü “*yerine getirmemesi*” söz konusudur. “*Aykırı hareket etmek (uymamak)*” ile “*yerine getirmemek*” aynı nitelikte davranış normunu ifade etmez. Bu yönüyle aynı zamanda ihmaldeki yükümlülük, taksirdeki yükümlülükten daha fazlasını ifade eder. Bu nedenle, taksirdekine göre daha yoğun ve başka bir yöndeki (neticeyi engelleme) yükümlülüğü ifade eder. Yükümlülük sahibi kişi, diğer kişinin hukuki değerlerinin korunması için garantör olur.

Jescheck/Weigend’in örneği ile bunu somutlaştırmak gerekirse; okul bahçesinde tırmanma oyunu oynayan öğrencilerden birisi hayati tehlikesi olacak derece bir kaza geçirir. Bahçede bu oyunu oynayan öğrencilerin kendi öğrencileri olup olmadığını denetlemeyip onlara bu oyunu yasaklamayan sadece onları oyun oynarken sınıf camından seyreden öğretmen, taksirle ihmal suretiyle insan öldürme suçunu işlemiş olur¹⁸². Burada öğretmenin öğrencilerin kendi öğrencisi olup olmadığını tetkik etmemesi, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık; öğrencilerinin yaşam ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmemesi, neticeyi önleme yükümlülüğünün ihmal edilmesidir. Benzer şekilde örneğin maden işletmecisinin çalışma şartları ile ilgili yükümlülükler uyarak gerekli dikkat ve özen yükümlülüğünü gösterme zorunluluğu, başka bir şeyi (taksiri); maden işletmecisinin çalışma şartları ile ilgili yükümlülükler uyarak çalışan-

¹⁸² Jescheck/Weigend, s. 634.

larının yaşamını ve vücut bütünlüğünü koruma zorunluluğu, başka bir şeyi (ihmalî) ifade eder. Bu nedenle ihmaldeki yükümlülük (neticeyi engelleme), herkese yüklenmemiştir; istisnai olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu istisnai halleri de TCK'nın 83. maddesinde “kanun”, “sözleşme” ve “önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış”¹⁸³ olarak sıralanmıştır. İşveren bakımından 2012 yılında yürürlüğe giren 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu, 4. maddede “işveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup” dedikten sonra bu kapsamda alınması gereken tedbirleri sıralamıştır. Bu şekilde Kanun, sadece işyerinde uyulması gereken dikkat ve özen yükümlülüğüne uymayı zorunlu kılmakla yetinmemiş, işle ilgili -iş kapsamında- çalışanların sağlık ve güvenliğini sağlamakla da yükümlü kılmıştır. Bu nedenle işverenler, çalışanlar bakımından garantördürler¹⁸⁴. Yargıtay'ın yukarıda belirtilen 2014 tarihli kararını bu anlatılanlar ışığında ele alırsak maden işletmecisi, maden işçilerinin sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğü yerine getirmedikleri -pasif kaldıkları- için görünüşte ihmalî suç söz konusu olacaktır. Aynı sonuç, işverenin keçi kollarını arındırmayarak bu haliyle işçilere verme davranışı için de geçerlidir.

Bununla birlikte taksirle gerçekleştirilen ihmalî davranışlar da söz konusu olabilir. Kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak neticeyi önleme yükümlülüğünü yerine getirmeyebilir. Örneğin anne, dikkat ve özenli davranmayarak çocuğunun vücut bütünlüğünün tehlikeye düştüğünü fark etmez ve anne onu korumak için hiçbir şey yapmaz. Bir başka örnek ise şöyledir: Anne, küçük çocuğunun sağlığının tehlikeye düşebileceğini düşünmez ve çocuğu ile yirmi dört saat ilgilenmez¹⁸⁵.

Bu başlığın ilk paragrafında sıralanmış; trafikte zorunlu mesafenin tutulmaması ile öndeki sürücünün yaralanması, hasta yakınına ilaç reçetesinin sorulmaması ile ilgili ilacın verilmesi ve HIV taşıdığıının cinsel ilişkiye girdiği eşe söylenmemesi ile eşle cinsel ilişkiye girilmesi örnekleri ise taksirle gerçekleştirilen icrai davranışı gündeme getirmektedir. Diğer bir anlatımla, kişi dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak icrai davranışlar sergilemekte ve böylece suç tipinde belirtilen netice meydana gelmektedir¹⁸⁶.

¹⁸³ Bu üçüncü garantörlük kaynağı, TCK md. 83'ün 2. fıkrasının (b) bendinde “önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması” şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu garantörlük kaynağının terminolojik ifadesi için “önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranış” ibaresini tercih etmemizdeki gerekçeler için bkz.: **Erbaş**, s.420-422.

¹⁸⁴ **Erbaş**, s. 383-384.

¹⁸⁵ Bu hallerde netice sebebiyle ağırlaştırılmış suç gündeme gelir (**Jescheck/Weigend**, s. 634).

¹⁸⁶ Taksir kavramı için bkz.: **Özgenç**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 258-261.

Bu nedenle belirtilen tüm bu örneklerde failer bakımından *taksirli icrai davranış* sebebiyle taksirle öldürme (TCK md. 85) ve yaralama (TCK md. 89) suçlarının tartışılması gerekir.

5. Terk Suçu (İcrai) Bağlamında İhmali Davranışla Öldürme ve Yaralama İlişkisi

Terk suçunun (TCK md. 97), terk etmek şeklindeki suçun fiil unsurunun gerçekleştiriliş biçimi ile ilgili öğretide görüş ayrılıkları mevcuttur. Ancak ağırlıklı savunulan görüşe göre, terk suçu hem icrai davranış hem de ihmali davranış ile işlenebilir¹⁸⁷. Söz gelimi kişinin evde bebeği aç iken yerinden kalkarak onu emzirmemesi ihmali davranışla terk; annenin bebeğini alıp ıssız bir yere bırakması icrai davranışla terk olarak değerlendirilmektedir¹⁸⁸. İşte terk suçunun icrai davranışla örneğin aktif bir davranışla korunmasız kalacağı bir yere bırakılmak suretiyle işlendiğinde ve kendisine karşı yükümlülük taşıyan kişi öldüğünde veya yaralandığında terk suçu ile ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçları arasında suçun nitelendirme meselesi ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay kararları incelendiğinde de garantör sıfatına sahip olan kimse- nin koruma ve gözetim yükümlülüğü olduğu kişiyi icrai davranışla terk etmesi halinde söz konusu davranışın nitelendirilmesinde farklı görüşlerin ortaya çıktığı görülmektedir. Diğer bir anlatımla, yerel mahkemeler ile Yargıtay arasında terk suçu ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçları ekseninde fikir ayrılıklarına rastlanılmaktadır. Bunun nedeni, terk suçunda, temel düzeyde kişinin, koruma ve gözetim yükümlülüğü nedeniyle garantör olduğu bir kimseyi kendi haline terk etmesi cezalandırılmasından sonra, ikinci bir hal olarak bu suçta mağdurun bir *hastalığa yakalanmış, yaralanmış veya ölmüş olması; yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi suçunda da kişinin ölmesi* şeklinde neticesi sebebiyle ağırlaşmış halin de öngörülmüş olmasıdır.

Söz gelimi Yargıtay, doğumdan hemen sonra bebeğini dere yatağına bırakan annenin davranışını ihmali davranışla bebeğini kasten öldürmeye

¹⁸⁷ Terk suçunun hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebileceği görüşü için bkz.: **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2010, s. 217; **Yenerer Çakmut**, Özlem: “Türk Ceza Yasası’nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İÜHFİM, Cilt: 65, Sayı: 2, 2007, s. 63. Aynı görüşte bkz.: **Koca**, Mahmut/ **Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. bs., Ankara, Adalet, 2018, s. 149. Terk fiilinin sadece icrai davranışla gerçekleştirilebileceği görüşü için bkz.: **Özbek**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Cilt: II, Ankara, Seçkin, 2008, s. 568.

¹⁸⁸ Karş. **Yenerer Çakmut**, s. 63.

teşebbüs şeklinde değerlendiren yerel mahkemenin görüşüne katılmayarak, terk suçunun oluşup oluşmadığının incelenmesi gerektiğinden bahisle kararı bozmuştur¹⁸⁹. Buna karşılık, bir başka kararında kişinin evinin banyosunda doğum yaptıktan sonra bebeğini, evlerinin karşısında bulunan çöp konteynırına bırakıp işine gittiği ve bebeğin yaşamını yitirdiği olayda annenin bebeğini çöp konteynırına bırakmasını ihmali davranışla insan öldürme (TCK 83 md.) olarak nitelendirmiştir¹⁹⁰.

Terk suçu ile ihmali davranışla öldürme ve yaralama suçu arasındaki ilişki bağlamındaki çözümümüz, temel olarak şöyledir: Terk suçunda “*kendi haline terk etmek*” ibaresi, kişinin *kendini idare edemediği bu durumun içinde kalmasının devam ettirilmesi* anlamına gelir. Bu devam ettirme, doğal anlamda icrai davranışla gerçekleştirilebileceği gibi ihmali davranışla da gerçekleştirilebilir. Her iki davranış şekli de kişinin koruma ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmemesine hizmet etmektedir¹⁹¹. Bu nedenle davranış şekli açısından ağırlıklı görüşü benimseyerek biz terk suçunun işlenişinde davranışın icrai veya ihmali şekilde gerçekleştirilmiş olmasının önemi olmadığı görüşündeyiz. Ancak söz konusu yükümlülük nedeniyle farklı olarak, terk suçunun görünüşte ihmali suç olarak nitelendirmekteyiz¹⁹². Bu sonucu, terk suçunun hem kendisinin ortaya çıkışı hem de 765 sayılı TCK dönemindeki tarihi gelişimi de teyit etmektedir¹⁹³.

¹⁸⁹ **Yargıtay 1. CD.**, 2016/1572 E., 2016/2536 K., T: 23.05.2016.

¹⁹⁰ **Yargıtay, 1.CD.**, 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013. Benzer şekilde Yargıtay, bebeğin bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmek istemeyen annenin, bir günlük bebeğini boş arsaya bırakması durumunda boş arsaya bırakmasını da ihmali suretiyle insan öldürme olarak nitelendirmiştir. Bkz.: **Yargıtay, CGK.**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013. Yine 2007 yılında da Yargıtay benzer şekilde karar vermiştir. Buna göre, “*Sakat ve beş yaşında olan maktülün bakımıyla görevli annesi sanığın, kalorifer ve soba bulunmayan, tutanaklara göre normal ev eşyası olmayan evde kış mevsiminde kendi başına terk etmek suretiyle kasten ölümüne neden olduğu anlaşıldığından 765 sayılı TCK.nun 450/1 maddesi ile 5237 sayılı Yasanın 83/2. maddesinin somut olarak karşılaştırmak suretiyle cezalandırılması yerine yazılı şekilde karar vermesi*”, Yargıtay 1. CD., 13.02.2007, 2274-382, aktaran: **Yaşar/Gökcan/Artuç**, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, s. 2813.

¹⁹¹ **Erbaş**, s. 101-102. Karş. **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149-150.

¹⁹² Bu çözümümüz, yukarıda değindiğimiz *Jescheck/Weigend*'in görüşüne dayanmaktadır. Bkz.: **Jescheck/Weigend**, s.723. Bu görüşümüzü savunduğumuz daha önceki çalışmamız için bkz.:**Erbaş**, s.101-102, ayrıca s. 134.

¹⁹³ Terk suçunun, icrai- ihmali suç nitelendirmesi tartışması eksenindeki tarihi gelişimi incelemesi için bkz.: **Erbaş**, s.130-134, ayrıca s.103.

Somut olayları değerlendirdiğimizde; annelerin bebekleri dere yatağına, arsaya veya çöp konteynırına bırakması ve sonucunda bebeklerin öldüğü olaylarda, bu hallerde icrai davranışın ölüm neticesi ile nedensellik ilişkisi dışlanabilmiş olması şartıyla, hem terk suçunun (TCK md. 97) hem de kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun (TCK md. 83) oluştuğu sonucuna varmaktayız. Ancak terk suçu, tali norm olduğundan geri çekilecektir¹⁹⁴. Buna göre, terk suçunun ölüm ve yaralama şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşmış hali, faillerin taksirinin olduğu hallerle sınırlı uygulanacaktır¹⁹⁵. Diğer bir anlatımla, annenin dünyaya yeni getirdiği bebeğini ıssız bir yere kendi haline bıraktığı ve bebeğin beş gün sonra sağ olarak bulunduğu olayda¹⁹⁶ anne, ölüm neticesi bakımından en azından olası kast ile hareket etmiş ise kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçun (TCK md. 83) nedeniyle sorumluluğunun tartışılması gerekmektedir.

E. SONUÇ

Her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylarda mesele, hem icranın hem de ihmalin suç oluşturması sebebiyle cezalandırmanın hangi kanun hükmüne dayandırılması gerektiğine ilişkindir. Yargıtay kararlarında da bilhassa bebek terki vakaları ile dikkat ve özen yükümlüğünün de bir arada bulunduğu olaylarda sıklıkla bu mesele ile karşılaşıldığı görülmektedir. Bu konuda Alman ceza hukukunun uygulaması ve öğretisi tarafından temelde gerçeklik ve değerlendirme olarak tasnif ettiğimiz çeşitli ölçütlere başvurulmuştur. Bunlara çalışmamızda kısaca yer verdikten ve Türk hukuku uygulamasındaki durumu tespit ettikten sonra çözümde şu temel fikirden hareket edilmelidir: Sadece gerçekliğe dayanılmamalı; ayrıca gerçekliğin tespitinden sonra bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Bu ise normlar arasında yorum yapılması; kavramsal ifadesi ile görünüşte içtima kurallarına başvurulmasıdır. Zira bu tür olaylarda her iki dav-

¹⁹⁴ **Doğan**, Koray: “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimaı Sorunu”, TAAD, Cilt: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 205; **Erbaş**, s. 102. Madde 97/2'nin asli, 83. maddenin tali norm olduğu görüşü için bkz.: **Koca/Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 149.

¹⁹⁵ **Erbaş**, s. 102. Dikkat çekmek gerekir ki; 97. maddenin gerekçesinde ağırlaşan neticeler bakımından failin en az taksirle hareket etmesi gerektiği belirtilmekle beraber, failin çoğu zaman olası kastla hareket ettiğinin de dikkate alınması gerektiğine işaret edilmiştir. Bkz.: TCK md. 97 gerekçesi (**TBMM**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, (çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, (Erişim Tarihi:05.05.2019)).

¹⁹⁶ **Yargıtay 1. CD.**, 2016/1572 E. , 2016/2536 K., T: 23.05.2016.

ranış şekli, normlar karşısında eşit mesafede durmaktadır. Buradan hareketle, hareket tekliği-çokluğu, taksirli suçlar ile ihmalin bir arada olması, önceden gerçekleştirilen tehlikeli davranışın nitelendirilmesi ve terk suçu eksenlerinde konu irdelenmiştir. Bu inceleme de bize konunun somut olaydaki tüm meseleleri etrafında ele alınması gerektiğini göstermiştir. Nitekim *Brammsen*, sorunun çözümünün suç tipinin özelliğine göre mevcut olan hareket şekillerine bağlı olduğunu bu nedenle geliştirilen her ölçüt her olayda çözümü sağlayamadığını belirtmiştir¹⁹⁷. Esasında bu şekilde somut olay çözümüne işaret etmektedir. Ancak kanaatimizce somut olaya bağlı olmak demek burada somut olayın kendine mahsus özelliklerini dikkate alarak her bir olay için özel bir çözüm sunmak değildir. Bizce de her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözmek için bu konuya özgü ölçütler geliştirilmesi, tam anlamıyla fayda sağlayamaz. Zira bu olayların her biri, suç teorisinin çeşitli problemlerini barındırmaktadır.

Bu çeşitli problemlere örnek vermek suretiyle nihai çözümümüzü somutlaştırmak gerekir ise; ilk olarak hareket tekliğinin-çokluğunun belirlenmesi, önemli bir adım olacaktır. Bu bağlamda Alman Yüksek Mahkemesi'nin bir olaydaki her oluş (icra-ihmal) şeklinde abartıldığı vurgusu¹⁹⁸, isabetlidir. Zira icrai davranışla işlendiği açık olan olaylarda ihmali olarak nitelendirebileceğimiz davranışlar mevcuttur. Örneğin önündeki bisiklet sürücüsü ile arasındaki zorunlu mesafeyi tutmayıp onu sollayarak ölümüne neden olan kamyon sürücüsü örneğinde¹⁹⁹, sürücünün zorunlu mesafeyi tutmamasını da dikkate almak olaydaki her oluşa aşırı vurgu yapılması anlamına gelecektir. Aksi yorum, kişinin aracına binip, gaz pedalına basarak yoldan geçmekte olan yayayı görmesine rağmen frene basmaması örneğindeki²⁰⁰ pedala basmama şeklindeki ihmali davranışın da dikkate alınması gerektiği sonucunu doğuracaktır.

İhmali suçun belirli bir süre devam ettiği hallerde icrai davranışın ihmali suçun işlenmesine hizmet ettiği örnekler de bu kapsamda ele alınabilir. Buna göre nafakasını ödemekle yükümlü olduğu çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişinin nafakanın icrasını gerçekleştiren kamu görevlisini engellemesi şeklindeki icrai davranış, çocuğuna karşı bakım ve gözetim yükümlülüğünü mütemediyen ihmal etmesine hizmet etmektedir. Bu nedenle burada icra ile ihmal arasında hareket tekli-

¹⁹⁷ **Brammsen**, s. 195.

¹⁹⁸ **BGH**, GStt 3/53, T: 17.02.1954, **NJW**, Cilt:7, Sayı:20, 1954, s. 768.

¹⁹⁹ **BGH**, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt:11, Sayı:4, 1958, s. 149.

²⁰⁰ **Jakobs**, § 32, kn.33.

ğinden bahsedilebilecektir²⁰¹. Bu sonuca varılmasını sağlayan en temeldeki dayanak ise esasında kişinin *yasak normunu* mu yoksa *emir normunu* mu ihlal ettiğinin tespitidir. Yasak ve emir normunu ihlal etme ve edebilme noktasında da kişinin ihlal ettiği yükümlülüğünün niteliğinin belirlenmesi, çözüme götüren esaslı bir yöntemdir. Söz gelimi, Alman hukukundaki keçi kıllarını arındırmadan işçilere vererek işçilerin ölümüne neden olan işveren örneğinde²⁰², işverenin ihlal ettiği yükümlülüğünün niteliği incelendiğinde; ihlal edilen yükümlülüğün dikkat ve özen değil; işçiler bakımından neticeyi engelleme (garantörlük) yükümlülüğü olduğu görülecektir. Burada taksirdeki dikkat ve özen yükümlülüğünün haksızlığı meydana getirmedeki işlevi ile garantörlüğün haksızlığı meydana getirmedeki işlevinin ayırt edilebilmesi, önem arz etmektedir.

Görünüşte içtima kuralları bağlamında çözülmesi gereken bir başka grup da bilhassa bebek terki vakalarıdır. Bu halde netice sebebiyle ağırlaşan terk suçu (TCK md. 97/2) ile kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçu (TCK md. 83) ve kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu (TCK md. 88) arasındaki ilişkinin belirlenmesi gerekmektedir. Buna göre md. 97, md. 83 ve 88 karşısında tali norm olduğundan geri çekilecektir. Bu doğrultuda annelerin bebekleri dere yatağına, arsaya veya çöp konteynırına bırakması ve sonucunda bebeklerin öldüğü olaylarda hem terk suçunun (TCK md. 97) hem de kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçunun (TCK md. 83) oluştuğu sonucuna varmaktayız. Ancak, terk suçunun ölüm ve yaralama şeklindeki netice sebebiyle ağırlaşmış hali, failerin taksirinin olduğu hallerle sınırlı uygulanacaktır.

Her iki davranış şeklinin bulunduğu olaylar, bize göre hem suç teorisindeki birçok basamak ile ilgili hem de normlar arası ilişkinin belirlenmesi noktasında çeşitli problemleri içermektedir. Sadece bu meseleler, icra ve ihmal şeklinde iki farklı davranış normu söz konusu olunca arka planda kalmaktadır. Durum böyle iken, somut olaydaki davranışın iki farklı şekilde görünmesine dayanarak sadece davranış şekline odaklanmak, kısır bir döngüde kalınması ile sonuçlanmaktadır. Oysaki burada çözüm işte bu arka planı kavramakta ve problemleri tespit etmekte yatmaktadır. Bu nedenle *Brammsen* tarafından tespit edildiği üzere²⁰³ biz de geliştirilecek bir ölçütün, her halde her iki davranış şeklinin bulunduğu olayları çözemeyeceği, meselelerin arka planından hareketle her münferit olaya göre çözüm ortaya konulabileceği fikrindeyiz.

²⁰¹ Jescheck/Weigend, s. 723.

²⁰² RGSt, I 1265/28, T: 23.04.1929.

²⁰³ Brammsen, s. 195.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan**, Uğur: Suçun Unsurları, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 372, Sevinç Matbaası, 1975.
- Artuk**, M. Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: **Ceza Hukuku Özel Hükümler**, 16. bs., Ankara, Adalet, 2017.
- Artuk**, M. Emin/**Yenidünya**, A. Caner: “Ötenazi”, in Hukuki ve Etik Boyutuyla Ötenazi, Yay. Haz. Nur Centel, İstanbul, On İki Levha, 2011, s. 107-140.
- Avcı**, Mustafa/**Yerdelen**, Erdal: “Karar İncelemesi - Garantörsel İhmal Suçta İhmal ve İcrai Davranış Ayırımı”, GÜHFD, Cilt: 19, Sayı: 1, 2015, s.163-190.
- Baumann**, Jürgen/**Weber**, Ulrich/**Mitsch**, Wolfgang: Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 11. bs., Bielefeld, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 2003.
- Brammsen**, Joerg: “Tun und Unterlassen? Die Bestimmung der Strafrechtlichen Verhaltensformen”, GA, Cilt: 149, Sayı: 4, 2002, s. 193-213.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018.
- Doğan**, Koray, “Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İçtimai Sorunu”, TAAD, Cilt: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 179-208.
- Dönmezer**, Sulhi: “İhmal Suretiyle İcra Suçları”, İÜHFM, Cilt: 9, Sayı: 3-4, 1944, s.473-494.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, 10. bs., İstanbul, Beta, 1994.
- Ebert**, Udo: Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. tamamıyla yeniden çalışılmış bs., Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2001.
- Erbaş**, Rahime: Türk Ceza Kanunu’nda Görünüşte İhmal Suçlarda Garantörlük, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2019.
- Eser**, Albin/**Perron**, Walter/**Sternberg-Lieben**, Detlev/**Eisele**, Jörg/**Bosch**, Nikolaus/**Hecker**, Bernd/**Kinzig**, Jörg/**Schuster**, Frank/**Weißer**, Bettina (Yay. Haz.): Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2014, (çevrimiçi) <https://beck->

online.beck.de/, (Erişim Tarihi: 12.06.2017), (Atıf şekli: **Yazar adı**, S/S (29), bölüm, kn.).

Engisch, Karl: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, Tübingen, Verlag von J.C.B. Mohr, 1931.

Engisch, Karl: “Tun und Unterlassen”, Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefferenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 163-196.

Geilen, Gerd: “Neue juristisch- medizinische Grenzprobleme”, JZ, Cilt: 23, No: 5-6, 1968, s. 145-152.

Gössel, Karl Heinz “Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt”, ZStW, Cilt:96, Sayı:2, 1984, s. 321-335.

Graf, Jürgen-Peter (Yay. Haz.), Beck'scher Online Kommentar OWiG, 20. bs., Münih, Verlag C.H. Beck, 2018, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 25.12.2018).

Gropp, Walter: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin- Heidelberg, Springer, 2015.

Gültekin, Galip: “Ceza Hukukunda İhmal Suçları ve Nevileri”, İstanbul Barosu Mecmuası, Cilt: 12, 1938, s. 198-202.

Hakeri, Hakan: Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçun Çeşitleri, Ankara, Seçkin, 2003.

Hakeri, Hakan: Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83), Ankara, Seçkin, 2006.

Hakeri, Hakan: Tıp Hukuku, 13. bs., Ankara, Seçkin, 2018.

Honig, Richard: Strafloze Vor- und Nachtat, (1927 Leipzig basısının tıpkı basımı), Aalen, Scientia-Verlag, 1978.

İçel, Kayıhan: Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1256, İstanbul, Cezaevi Matbaası, 1967.

İçel, Kayıhan Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No: 1762, İstanbul, Servet Matbaası, 1972.

İçel, Kayıhan: “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Sayı: 14, Güz 2008, s. 35-49.

Jakobs, Günther: Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, Yeniden Çalışılmış ve Genişletilmiş 2. bs., Berlin, New York, Walter De Gruyter, 1991.

- Jescheck**, Hans-Heinrich: Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 4. bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1988.
- Jescheck**, Hans- Heinrich/**Weigend**, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.bs., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- Kaufmann**, Armin: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. bs. (tıpkı), Göttingen, Verlag Otto Schwarz & CO., 1988.
- Kaufmann**, Arthur: “Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht”, Festschrift Für Wilhelm Gallas, Yay. Haz. Karl Lackner/Heinz Lefferenz/Eberhard Schmidt/Jürgen Welp/Ernst A. Wolff, Berlin/New York, De Gruyter, 1973, s. 200-231.
- Koca**, Mahmut: “Fikri İçtima”, CHD, Yıl:2, Sayı: 4, Ağustos 2007, s. 197-221.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11. bs., Ankara, Seçkin Yayınları, 2018.
- Koca**, Mahmut/**Üzülmez**, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. bs., Ankara, Adalet, 2018.
- Kunter**, Nurullah: “Fikrî İçtima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, İÜHF, C. XIV, No: 1-2, 1948, s. 359-379.
- Kunter**, Nurullah: Suçun Maddi Unsurları Nazariyesi (Hareket- Netice-Sebebiyet Alakası), İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 609, 1954.
- Kühl**, Kristian: “Das Unterlassungsdelikt”, JA, Sayı: 7, 2014, s. 507-512.
- Maiwald**, Manfred: “İcraî ve İhmalî Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek”, Çev. Cumhur Şahin, Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler, Konya, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 1998, s. 159-174.
- Mezger**, Edmund: “Straf- und Strafprozessrecht”, JZ, Cilt: 13, Sayı: 9, 1958, s. 280-282.
- NTV**: “40 günlük bebeğini denize attı”, Anadolu Ajansı, 25 Ocak 2017 Çarşamba, (çevrimiçi) <http://www.ntv.com.tr/turkiye/40-gunluk-bebegini-denize-atti,xJdv6bdvFE2DrZ55YXqfqQ>, (Erişim Tarihi: 25.01.2017).
- Özbek**, Veli Özer: TCK İzmir Şerhi, Cilt: II, Ankara, Seçkin, 2008.
- Özgenç**, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. bs., Ankara, Seçkin, 2018.

- Puppe**, Ingeborg: “Was ist Gesetzeskonkurrenz?”, JuS, Sayı: 11, 2016, s. 961-966, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 02.03.2019).
- Ranft**, Otfried: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen im Strafrecht”, JuS, Sayı: 9, 1963, s. 340-345.
- Ranft**, Otfried: “Rechtsprechungsübersicht zu den Unterlassungsdelikten-Teil 1”, JZ, Cilt:42, Sayı: 18, 1987, s. 859-866.
- Roxin**, Claus: “An der Grenze von Begehung und Unterlassung”, Festschrift Für Karl Engisch, Yay. Haz. Karl Engisch/Paul Bockelmann/Frankfurt, Klostermann, 1969, s. 380-405.
- Roxin**, Claus: Strafrecht AT II, Münih, Verlag C. H. Beck, 2003.
- Roxin**, Claus: Strafrecht AT I, 4. bs., Münih, Verlag C. H. Beck, 2006.
- Röhl**, Klaus F.: “Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen”, JA, Sayı: 11, 1999, s.895-901.
- Samson**, Erich: “Begehung und Unterlassung”, Festschrift Für Hans Welzel, Yay. Haz. Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann/Gerd Geilen/Hans Joachim Hirsch/Hans-Ludwig Schreiber/Günther Jakobs/Fritz Loos, Berlin/New York, De Gruyter, 1974, s. 579-603.
- Schmidt**, Eberhard: Der Arzt im Strafrecht, Leibziger rechtswissenschaftliche Studien, No: 116, Leipzig, Verlag von Theodor Weicher, 1939.
- Schünemann**, Bernd: Grund und Grenzen der Unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO, 1971.
- Schünemann**, Bernd: “Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen”, ZStW, Cilt: 96, Sayı: 2, 1984, s. 287-320.
- Sieber**, Ulrich: “Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der “passiven” Gesprächsteilnahme”, JZ, Cilt: 38, Sayı: 11-12, 1983, s. 431-437.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 8. bs., Ankara, Yetkin, 2010.
- Spendel**, Günter: “Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen”, Festschrift Für Eberhard Schmidt, Yay. Haz. Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas, 2. bs., Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971, s. 183-199.

- Stoffers**, Kristian F.: Die Formel ‘Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit’ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- Taner**, M. Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, 3. bs., İstanbul, İsmail Akgün Matbaası, 1953.
- TBMM**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/593)”, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, S. Sayısı: 664, (çevrimiçi) <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss664m.htm>, (Erişim Tarihi:05.05.2019).
- von Liszt**, Franz: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. yeniden çalışılmış, Berlin, J. Guttenberg, Verlagsbuchhandlung, 1900.
- Welzel**, Hans: Das Deutsche Strafrecht, 11. bs., Berlin, Walter de Gruyter, 1969.
- Yaşar**, Osman/**Gökcan**, Hasan Tahsin/**Artuç**, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, Cilt: II, 2. bs., Ankara, Adalet, 2014.
- Yenerer Çakmut**, Özlem: “Türk Ceza Yasası'nda Terk Suçu (TCK m. 97)”, İÜHFİM, Cilt:65, Sayı: 2, 2007, s. 49-76.
- Yıldız**, Ali Kemal: “Ötenazi ve Hekim Yardımlı İntihar Eylemleri”, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan, Cilt: II, Yay. Haz. Ayşe Nuhoglu, İstanbul, 2014, s. 2043-2090.
- Yüce**, Turhan Tüfan: Ceza Hukuku Dersleri, Cilt: I, 1. bs., Manisa, Şafak Basım ve Yayınevi, 1982.
- Zafer**, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75) Ders Kitabı, 6. bs., İstanbul, Beta, 2016.

YARGITAY KARARLARI

- Yargıtay**, **1.CD**, 2011/8496 E., 2013/6037 K., T: 08.11.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 02.10.2016).
- Yargıtay**, **CGK**, 2012/1-1570 E., 2013/339 K., T: 05.07.2013, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 15.12.2018).
- Yargıtay 1. CD**, 2016/836 E., 2016/1801 K., T: 07.04.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016).

Yargıtay 1. CD, 2016/1572 E. , 2016/2536 K., T: 23.05.2016, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 09.10.2016).

Yargıtay, 1. CD, 2016/3338 E., 2017/655 K., T: 06.03.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.08.2017).

Yargıtay 1. CD, 2016/5501 E., 2017/185 K., T: 30.01.2017, **Yargıtay Başkanlığı**, (çevrimiçi) <http://emsal.yargitay.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

Yargıtay, 12. CD, 2012/21104 E., 2013/25712 K., T: 14.11.2013, **KAZANCI**, (çevrimiçi) <http://kazanci.com.tr/gunluk/12cd-2012-21104.htm>, (Erişim Tarihi:07.11.2016).

ALMAN YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

BGH, 2 StR 454/09, T: 18.08.2010, (çevrimiçi) www.bundesgerichtshof.de/DE/Entscheidungen/EntscheidungenBGH/entscheidungenBGH_node.htm, (Erişim Tarihi: 15.06.2017).

BGH, 4 StR 354/57, T: 25.09.1957, **NJW**, Cilt:11, Sayı:4, 1958, s. 149-151, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

BGH, GSSt 3/53, T: 17.02.1954, **NJW**, Cilt:7, Sayı:20, 1954, s. 766-768, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

LG Kiel, 10 KLS 1/10, T: 28.06.2010, BeckRS, 2010, s. 26831, **beck-online**, (çevrimiçi) <https://beck-online.beck.de/>, (Erişim Tarihi: 21.12.2018).

RGSt, I 1265/28, T: 23.04.1929, (çevrimiçi) <https://opinioius.de/sites/default/files/RG,%2023.04.1929%20-%20I%20126528%20-%20RGSt%2063,%20211.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.04 2019).