

# İhmal ve Müşterek Faillik<sup>\*</sup>, <sup>\*\*</sup>

*Omission and Co-Perpetration*

Av. Dr. Özge BOZKURT<sup>\*\*\*</sup>

## Öz

Ceza hukukunun üzerinde en çok tartışılan konularından biri olan ihmal, ancak bir normun varlığı halinde bu hukuk dalının kendisine değer atfedebileceği bir hareket haline gelmektedir. Böyle bir normun hareketsiz kalınarak ihlal edildiği durumlarda öncelikle faillik ve şeriklik ayrımı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen ihmali suçlarda faillik ve şeriklik ayrımının mümkün ve gerekli olup olmadığı konusunda da farklı görüşler ileri sürülmüş olup bunu mümkün görenlerin ayrımın hangi kriterler ile yapılabileceği konusundaki görüşleri çeşitlilik arz etmektedir. Bu konuda geliştirilen teoriler etrafında bir inceleme yapılarak ihmalde bulunanın somut olayda fail olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna ulaşıldığında bu failliğin türünü de belirleme gereği doğacaktır. Bu noktada yanıtlanması gereken sorulardan biri, ihmal ile müşterek failliğin bir arada bulunup bulunamayacağıdır. İhmali hareketin yapısal özelliklerinin bu soruya verilecek yanıtta dikkate alınması gerekecektir. Nitekim ihmalin ceza hukukunun konusu haline gelebilmesi için gereken harekete geçmek veya neticeyi önlemek yönündeki hukuki yükümlülüğün kaynağı bir emir normudur. Emir ve yasak normlarına ilişkin ihlallerin aynı konu üzerinde birlikte gerçekleştiği durumlarda bu normları ihlal edenlerin müşterek fail olarak sorumlu tutulup tutulamayacakları önemli bir soruyu oluşturmaktadır. Öte yandan birden çok kişinin yükümlülüğe aykırı olarak ihmalde bulunduğu durumlarda bu kişiler arasında bir müşterek faillik ilişkisinin mümkün olup olmadığı yanıtlanması gereken diğer bir sorudur.

## Anahtar Kelimeler

İhmal, iştirak, faillik, müşterek faillik, şeriklik

## Abstract

Omission, one of the most debated subjects in criminal law, becomes an act to which this branch of law can attribute value only in the presence of a norm. In cases where such a norm is violated through omission, the distinction between perpetration and complicity becomes an issue. Different opinions have been put forward regarding whether it is possible and necessary to distinguish between perpetration and complicity in offenses of omission. Those who consider it possible vary in their criteria for making this distinction. When examining the theories developed on this subject, it is concluded that the omissive person should be held responsible as the perpetrator in the concrete case. At this point, it becomes necessary to determine the type of this perpetrator.

\* Hakemli Araştırma Makalesi / **Makale Geliş Tarihi:** 27.11.2023 – **Makale Kabul Tarihi:** 11.01.2024.

\*\* Bu çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Doktora Programı kapsamında hazırlanan “İhmali Suçlarda İştirak” adlı doktora tezinden üretilmiştir.

\*\*\* İstanbul Barosu, oozge.bozkurt@gmail.com, ORCID: 0009-0005-4290-9321.

One of the questions to be answered is whether omission and co-perpetration can coexist. The answer to this question will need to take into account the structural characteristics of the act of omission. In fact, the legal obligation to act or prevent the result necessary for omission to become a subject of criminal law originates from a norm of command. In cases where violations of command and prohibition norms occur together on the same subject, the question of whether the violators of these norms can be held responsible as co-perpetrators becomes important. On the other hand, in cases where more than one person is omissive in violation of the obligation, the question of whether a co-perpetrator relationship is possible among these persons needs to be answered.

### Keywords

Omission, accomplicity, perpetration, co-perpetration, complicity

## GİRİŞ

Ceza hukukunun en tartışmalı konularından biri olan ihmal, bir o kadar problemlili olan iştirak kurumu ile bir araya geldiğinde yanıtlanması gereken birtakım soruları doğurmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde bu iki kurumdan biri olan iştirake ve onun bir görünüm biçimi olarak müşterek faillığe ilişkin genel açıklamalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde ihmalin niteliğine, bu bağlamda ontolojik bir kavram mı yoksa salt normatif bir kavram mı olduğu yönündeki tartışmaya temas edilmiş ve bu konuda bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

İhmali hareketten ötürü ceza sorumluluğunun tesis edilmesinde rol alan normun ihlal edilmesi halinde, ihmalde bulunan kişinin davranışının faillik mi yahut şeriklik mi teşkil edeceği bir mesele olarak ortaya çıkmaktadır. Çalışmada, bu konuda geliştirilmiş teorilere ve genel bir değerlendirmeye de yer verilmiştir.

İhmalin faillik teşkil ettiği sonucuna varıldığında TCK'da da açıkça düzenlenen bir faillik türü olarak müşterek failliğin ihmal ile bir arada bulunup bulunamayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Bu bağlamda inceleme *ihmal hareketle müşterek faillik* ve *ihmal suçlarında müşterek faillik* olarak iki başlık altında gerçekleştirilmiştir. Birinci başlık altında değerlendirilen husus, icrai hareketle işlenen bir suça ihmal hareketle müşterek fail olarak katılımın mümkün olup olmadığıdır. İkinci başlık ise gerçek ve gerçek olmayan ihmal suçlarının harekete geçmek veya neticeyi önlemek yönünde hukuki bir yükümlülük altında olan birden fazla kimse tarafından birlikte suç işleme kararına istinaden müşterek faillik şeklinde işlenmesinin kabul edilebilir olup olmadığına dair bir incelemeyi içermektedir.

## I. GENEL HATLARIYLA İŞTİRAK KURUMU VE İŞTİRAKİN BİR TÜRÜ OLARAK MÜŞTEREK FAİLLİK

### A. İştirak Kavramı ve Suça İştirakte Cezalandırmaya İlişkin İki Temel Sistem

Ceza kanunlarında ve ceza içeren özel kanunlarda tanımlanan suç tipleri genellikle tek bir kişi tarafından işlenebilmektedir. Nitelikleri ve kanuni tanımları gereği bir kişi tarafından işlenebilen suçların birden fazla kişinin katkısıyla işlenmesi durumu ise *suça iştirak* olarak adlandırılmaktadır<sup>1</sup>. Bu noktada iştirak ve çok failli suç kavramlarını birbirinden ayırmak gerekir.

Birden fazla kişinin fail olarak katılımı ile işlenmesi mümkün olan suçlar çok failli suçlar olarak nitelendirilmektedir<sup>2</sup> ve bu özellikleri gereği zorunlu iştirak bahsi altında değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu suçlara iştirake ilişkin genel ilkeler bağlamında katılımın ayrıca mümkün olduğu ifade edilmektedir<sup>3</sup>. Esasen çok failli suçlar zorunlu iştirakin sadece bir görünüm biçimi olup bu başlık altında ayrıca zorunlu şerikliğin de bulunduğunu ilave etmek gerekmektedir<sup>4</sup>.

İştirak halinde işlenen suçlar bakımından suça katılanların ne şekilde cezalandırılması gerektiği konusunda farklı sistemler geliştirilmiştir. Bunlardan ilki suça katkısı ne düzeyde olursa olsun tüm katılımcıların eşit şekilde cezalandırılmasını öngören ve eşitlik ya da tek fail sistemi (*Einheitstätersystem*) olarak adlandırılan sistemdir<sup>5</sup>. Geniş anlamda fail kavramını (*extensiver Täterbegriff*)<sup>6</sup> ortaya çıkaran bu sistemde şerikliğe ilişkin düzenlemeler

<sup>1</sup> M Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022)738 .

<sup>2</sup> Bkz: Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin Yayınevi 1998) 32. Ayrıca çok failli suçların kendi içindeki tasnifi için bkz: Yalçın Sancar (n 2) 109 vd.

<sup>3</sup> Fatih Selami Mahmutoğlu, 'Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu' (2005) LXIII (1-2) İÜHFM 57, 58.

<sup>4</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 741.; Kayıhan İçel, İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S Mahmutoğlu ve Yener Ünver, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap (1999) 448.

<sup>5</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745. Bu sistem, fail birliği prensibi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz: Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 449. Eşitlik sisteminin türdeş faillik olarak adlandırılması ve bu sistemde suçun işlenmesine yapılan katkının cezanın belirlenmesi sırasında dikkate alınacağı hakkında bkz: Bernd Heinrich, *Ceza Hukuku Genel Kısım: Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-İçtima-Hata-Alternatif Tipiklik*, C II (Yener Ünver ed, Adalet Yayınevi 2015) 1174, 1175.

<sup>6</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745.

cezalandırabilirliği sınırlandıran hükümler (*Strafeinschränkungsgründe*)<sup>7</sup> olarak nitelendirilmektedir.

İştirak halinde işlenen suçlarda katılımcıların sorumluluğunun belirlenmesine ilişkin diğer bir sistem, faillik ve şeriklik arasında ayırım yapan ikili iştirak sistemidir (*dualistische Beteiligungsmodell/differenziertes Beteiligungssystem*)<sup>8</sup> ve sorumluluğun suça sunulan katkı oranına göre tayin edildiği bu sistemde dar fail kavramı (*restriktiver Täterbegriff*) ortaya çıkmaktadır<sup>9</sup>. Böylelikle şerikliğe ilişkin hükümler cezalandırılabilirliği genişletici hükümler olarak nitelendirilmektedir<sup>10</sup>.

5237 sayılı TCK'da da 765 sayılı TCK döneminde olduğu gibi, suça katılanların sundukları katkıya göre farklı şekillerde sorumlu tutulmalarını öngören ikili ayırma dayalı iştirak sistemi ve dar fail anlayışı benimsenmiş bulunmaktadır<sup>11</sup>. Böylece hukuk sistemimizde, bir suçun işlenmesine katılmayı ifade eden iştirak, faillik ve şeriklik olmak üzere iki alt başlıktan oluşmaktadır<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten* (Duncker&Humblot 2009) 66; Walter Gropp, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer-Verlag 2015) 393; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre* (2. neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter 1982) 222.

<sup>7</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745.

<sup>8</sup> Mosenheuer (n 7) 77.

<sup>9</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745.

<sup>10</sup> Bkz: Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 745. Benzer biçimde Mahmutoğlu (n 3) 59; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver (n 4) 375; Berrin Akbulut, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 167, 176; Seydi Kaymaz, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçiş Sorunu' (2012) XVI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117, 121.

<sup>11</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 746; Koca ve Üzülmöz (n 5) 450. 5237 sayılı TCK'nın, 765 sayılı TCK'dan farklı olarak ikilik sistemi ve cezanın faile göre belirlenmesi sistemi arasında karma bir sistemi benimsediği yönündeki görüş için bkz: Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 534.

<sup>12</sup> Gropp (n 7) 390; Ahmet Gökçen ve Murat Balcı, 'Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)' (2012) 7(18) CHD 7, 22. Bununla birlikte Alman hukukunda şimdiye kadar baskın olan eğilimin iştirak öğretisi için Beteiligungslehre yerine Teilnahmelehre ifadesini kullanmak yönünde olduğu, ancak bunun yanlış bir kullanım olduğu Gropp tarafından ifade edilmektedir. Bkz: Gropp (n 7) 390. Bu ifadenin (*Teilnahmelehre*) kullanıldığı ve Teilnahme olarak ifade edilen iştirakin türlerinin müşterek faillik (*Mittäterschaft*), azmettirme (*Anstiftung*) ve yardım etme (*Beihilfe*) olarak sayıldığı bir eser olarak bkz.: Hugo Meyer, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Philipp Allfed ed, sechste völlig umgearbeitete Auflage, A Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Nachf 1907) 184 vd.

## B. Fonksiyonel Hâkimiyet İlkesi Işığında İştirakin Bir Türü Olarak Müşterek Faillik

İkili iştirak yapısının benimsendiği hukuk sistemlerinde faillik ve şeriklik arasında bir ayrıma gitmenin birtakım avantajları bulunmakla birlikte önemli bir de sorun ortaya çıkmaktadır. Bu, iştirakin faillik ve şeriklik şeklindeki iki kanadı arasındaki ayrımın nasıl yapılacağı sorundur<sup>13</sup>. Faillik ve şeriklik arasındaki ayrıma dair tartışmalar en azından iki yüz yıllık bir geçmişe sahiptir<sup>14</sup>. Bu tartışmayı şekillendiren önemli sorulardan biri de müşterek faillik ve yardım etme arasındaki ayrımın nasıl yapılacağıdır. Öğretide faillik ve şeriklik ayrımında esas alınacak kriterlerin neler olduğuna dair farklı teoriler geliştirilmiştir. Bahsi geçen teorilerden biri olan ve günümüzde gerek Türk gerek Alman öğretisinde baskın biçimde savunulan fiil hâkimiyeti teorisinden (*Tatherrschaftslehre*) kısaca bahsetmek, bu teorisin müşterek failliğin suçun birlikte işlenmesi koşulu bakımından yapacağımız tartışmada da temel hareket noktasını teşkil etmesi nedeniyle faydalı olacaktır. Zira bu teorisin bugün genel olarak kabul edilen halinde, fiil üzerindeki hâkimiyetin müşterek faillik bakımından fonksiyonel hâkimiyet şeklinde gerçekleşebileceği kabul edilmiş olup bu hususa aşağıda yer verilecektir.

Mucidi *Hegler* olarak görülen<sup>15</sup> ve bugün öğretilde baskın şekilde savunulan hali büyük ölçüde *Roxin* tarafından geliştirilmiş olan<sup>16</sup> fiil hâkimiyeti teorisi, sübjektif ve objektif unsurlar arasında bir denge sağlama çabası nedeniyle “*yeni maddi objektif teori*” veya “*final-objektif teori*” adlarıyla da anılmaktadır<sup>17</sup>. Teori savunucuları, faillik ve şeriklik ayrımının, suç teşkil eden fiil üzerinde kurulan hâkimiyete göre belirlenmesi gerektiğini söylemekte, *tipe uygun*

<sup>13</sup> Kristian Kühl, ‘Täterschaft und Teilnahme’ (2014) JA 668, 669.

<sup>14</sup> Wolfgang Joecks und Jörg Scheinfeld, ‘Täterschaft und Teilnahme’ in Volker Erb und Jürgen Schäfer (edr), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1 (4. Auflage, Verlag CH Beck 2020) § 25 m:4.

<sup>15</sup> Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Zweite Auflage, Cram, de Gruyter & Co 1967) 60; Diethelm Kienapfel, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in Programmierter Form* (3. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter 1983) 552.. Bununla birlikte *Hegler*’in faillik, azmettirme ve yardım etme ayrımında hiçbir noktada fiil hâkimiyeti kriterini kullanmadığı ve fakat günümüzün terimleri ile onun açıklamaları arasında belirli bir ilişki olduğu dile getirilmektedir. Bkz.: Roxin (14) 60. Fiil hâkimiyeti teorisinin mucidini *Lobe* olarak gösteren kaynaklar da bulunmaktadır. Bkz.: Joecks und Scheinfeld (n 13) m:10. *Lobe*’un teorisin kurucusu olarak zikredildiği bir diğer kaynak için bkz.: Hans Heinrich Jescheck und Thomas Weigend, *Lehrbuch Des Strafrechts Allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot 1996) 651, 652. Roxin ise, *Lobe*’un görüşünün fiil hâkimiyeti teorisinin ilk tam gelişmiş formülasyonu olduğunu ifade etmektedir. Bkz.: Roxin (14) 65.

<sup>16</sup> Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022) 404.

<sup>17</sup> Günther Jakobs, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und Die Zurechnungslehre Lehrbuch* (Walter de Gruyter 1983) 612..

*oluşum sürecini* elinde tutarak fiile hâkim olan yönlendirici irade sahibinin fail olarak kabulü sonucuna ulaşmaktadır<sup>18</sup>. Bu bağlamda fail, süreci yürüten ya da durdurabilme imkânına sahip olan kişi olarak suç teşkil eden hareketin gerçekleştirilmesinde asli role sahip iken şerik, tali bir rol üstlenmektedir<sup>19</sup>. Bu itibarla suçun gerçekleştirilmesinde gösterilen katkının derecesi objektif bir değerlendirmeye tabi tutulmakta ve faillik-şeriklik ayrımında belirleyici kriteri teşkil etmektedir<sup>20</sup>.

Fiil hâkimiyeti teorisinin bugün ağırlıklı olarak kabul edilen şekli itibarıyla *harekete hâkimiyet, iradeye hâkimiyet ve fonksiyonel hâkimiyet* şeklinde üç görünüm biçimi bulunmaktadır ve bunların her biri farklı faillik türlerinin yapıtaşını oluşturmaktadır<sup>21</sup>. Bu bağlamda harekete hâkimiyet doğrudan faillik, iradeye hâkimiyet dolaylı faillik ve fonksiyonel hâkimiyet ise müşterek failliğin yapıtaşdır<sup>22</sup>. Bu itibarla fiil hâkimiyetinin fonksiyonel hâkimiyet biçiminde görünüm arz ettiği müşterek faillik için gereken koşullar ortaya çıkmış olmaktadır: *Birlikte suç işleme kararı ve suçun birlikte işlenmesi*.

Birlikte suç işleme kararı ve suçun birlikte işlenmesi şeklindeki iki koşul, faillik ve şeriklik ayrımında fiil hâkimiyeti teorisinin benimsendiği anlaşılan hukuk sistemimizde hem fiil hâkimiyeti teorisinin müşterek faillğe ilişkin kabullerinden anlaşılmakta hem de kanun koyucu tarafından müşterek faillğe ilişkin düzenlemenin yer aldığı 37. maddenin gerekçesinde açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır: “*Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir*”<sup>23</sup>.

Müşterek failliğin ilk koşulu suçun birlikte işlenmesine dair ortak bir kararın varlığıdır. Birlikte suç işlemeye yönelik bu karar açık bir biçimde alınmış olabileceği gibi örtülü de olabilir<sup>24</sup>. Müşterek failer arasında gerçekleşmesi aranan bu iradi birliğin suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında ortaya çıkması mümkündür. Suçun işlenmesi esnasında oluşacak birlikte suç işleme kararı *sukzessif müşterek faillik* kavramını gündeme getirecektir<sup>25</sup>. Bu

<sup>18</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 452; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 747; Heinrich (n 5) 240; Kühl (n 13) 669.

<sup>19</sup> Eric Hilgendorf ve Brian Valerius, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım* (Salih Oktar çev, Yetkin Yayınları 2021) 201.

<sup>20</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 453.

<sup>21</sup> Roxin (n 15) 127 vd; Koca ve Üzülmöz (n 5) 453.

<sup>22</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 453; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 749; Öztürk ve Erdem (n 15) 404, 405; Mosenheuer (n 7) 84. Fiil hâkimiyetinin bu üç görünüm şekli hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz.: Roxin (n 15) 127.

<sup>23</sup> Bkz madde gerekçesi.

<sup>24</sup> Heinrich (n 5) 254.

<sup>25</sup> Heinrich (n 5) 254, 255.

durumda ise hareketin teşebbüs aşamasına geldiği andan tamamlanma anına kadar mı yoksa suçun tamamlanma anından bitme anına kadar mı müşterek fail olarak katılmanın mümkün olduğu tartışması doğmaktadır<sup>26</sup>.

Müşterek failliğin bir diğer koşulu suçun, suç teşkil eden hareket üzerinde kurulacak fonksiyonel bir hâkimiyet çerçevesinde birlikte işlenmesidir<sup>27</sup> ve bu yönü itibarıyla müşterek faillik yardım etme düzeyindeki katılımlardan ayrılmaktadır.

Fiil hâkimiyetinin üç görünüm şeklinden biri ve müşterek failliğin referansı olan fonksiyonel hâkimiyetin belirlenmesinde, suça iştirak edenlerin suçun işlenmesindeki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem dikkate alınmaktadır. Bu husus TCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Bu bağlamda, sunulan katkının suçun icrasında doğrudan doğruya etkili olacak hareketleri içermesi gerektiği ifade edilmektedir<sup>28</sup>. Bununla birlikte öğretide fonksiyonel hâkimiyet ve zorunluluk teorisinin birbirine karıştırılmaması gerektiği de dile getirilmektedir. Bu görüşe göre, fonksiyonel hâkimiyet konusundaki açıklamalar müşterek failliğin tespiti için suç ortağının katkısının nedensellik bakımından zorunluluk gösterip göstermediğine ilişkin bir değerlendirmenin gerekli olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır<sup>29</sup>. Zira suçun işlenmesi bakımından sunulan tüm katkılar nedenseldir ve bu nedenle *ex post* bir değerlendirme yapılarak katkının nedensel olup olmadığını belirlemeye çalışmak yersiz olacaktır<sup>30</sup>.

## II. CEZA HUKUKUNDA İHMAL KAVRAMI VE MÜŞTEREK FAİLLİK BAKIMINDAN DEĞERİ

### A. İhmalin Normatif Niteliği ve Suç Teorisi İçindeki Yeri

Romalı hukukçu *Ulpianus*'un sözü olan<sup>31</sup> “*cogitationis poenam nemo patitur*”<sup>32</sup>, dışarıya yansımayıp insanın iç dünyasında kalan düşünce ve duyguların ceza hukukuna konu

<sup>26</sup> Heinrich (n 5) 265.

<sup>27</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 755.

<sup>28</sup> Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Bası, Beta 2017) 500.

<sup>29</sup> Bu görüş için bkz: İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul Büyükşehir Beldeiyesi Hukuk Müşavirliği 1996) 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu ve Ünver, (n 4) 380

<sup>30</sup> Özgenç, *İştirakin Hukuki Esası* (n 29) 264; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoglu ve Ünver (n 4) 380.

<sup>31</sup> Selman Dursun, *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi: Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı* (Seçkin Yayınevi 2021) 131.

<sup>32</sup> Digest, 48, 18, Ulpian, Edict, book 3. Bkz: Alan Watson (ed), *The Digest of Justinian*, vol IV (REV-Revised, University of Pennsylvania Press 1998) 850; Jescheck und Weigend (n 15) 225; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük* (On İki Levha Yayıncılık 2019) 5. Ayrıca bkz: Franz

olamayacağı yönündeki temel ilkeyi ifade etmektedir<sup>33</sup>. Bu ilke karşısında, ihmalin dış dünyaya yansıyan aktif bir etkiyi barındırmamasına rağmen hangi dayanak ile cezalandırılabilirliğinin konusu haline gelebildiği sorusu ortaya çıkmaktadır<sup>34</sup>.

İhmal kavramının farklı dillerdeki sözlüklerde de Türkçede olduğu gibi daha çok dikkatsizlik ve özensizlik temelinde tanımlandığı ve bu haliyle taksiri çağrıştırdığı görülmekle birlikte<sup>35</sup> ceza hukukunun ona atfettiği değer farklıdır.

İhmalin dış dünyaya yansıyan aktif bir etkiyi içermemesi nedeniyle icrai hareket gibi bir gerçekliğinin, bu bağlamda ontolojik bir varlığının bulunup bulunmadığı uzun süre tartışılmış ve halihazırda fikir birliğine varılamamış bir meseledir. Bu hususta geliştirilen teorileri iki ana başlık altında toplamak mümkündür: *Normativist teoriler* ve *ontolojik teoriler*<sup>36</sup>.

Normativist teorilerin savunucuları genel olarak normu ihmalin yapısal bir unsuru olarak nitelendirmektedirler. Buna karşın ontolojik teorilerde ihmalin normun dışında da bir gerçekliğinin olduğu savından hareket edilmektedir<sup>37</sup>.

İhmal ile icra arasındaki varoluşsal farklılık daha başta, davranışın ortaya çıkış aşamasında anlaşılmaktadır. İcrai hareket herhangi bir araca ihtiyaç duyulmaksızın belirlenebilirken, bir hareketsizlik halini ifade eden ihmalin ceza sorumluluğuna esas teşkil edebilecek bir hareket olarak tespiti ancak normlar aracılığıyla mümkün olabilmektedir<sup>38</sup>. Dolayısıyla ihmalin ceza hukuku alanında varlık kazanabilmesi normatif bir değerlendirmeyi

---

Von Liszt, *Lehrbuch Des Deutschen Strafrechts* (6. durchgearbeitete Auflage, J Guttentag Verlagsbuchhandlung 1894) 99.

<sup>33</sup> Koca ve Üzülmaz (n 5) 90; Öztekin Tosun, *Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri* (Sermet Matbaası 1967) 158; M Tahir Taner, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1953) 259; Özbek, Doğan ve Bacaksız (n 10) 214.

<sup>34</sup> Manfred Maiwald, “Handeln und Unterlassen- Handeln Für Einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek” in Cumhuriyet Şahin (çev), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler* (Selçuk Üniversitesi 1998) 160; Hakan Hakeri, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri: İcra-İhmal Ayrımı-İhmali Suçların Unsurları* (Seçkin Yayınevi 2003) 61.

<sup>35</sup> İhmal kelimesinin Türkçe sözlüklerdeki tanımı için bkz: Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*, (Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal edr, İdeal Kültür&Yayıncılık 2012) 185; Mehmet Bahaettin, *Yeni Türkçe Lügat* ( Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları 2004) 298; İlhan Ayverdi, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C 2 (Kubbealtı Neşriyatı 2005) 1362; Yaşar Çağbayır, *Ötüken Türkçe Sözlük*, C 2 (Ötüken Neşriyat 2007) 2110. İhmalin Almanca ve İngilizcedeki açıklaması için bkz: <<https://www.dwds.de>> Accessed 9 November 2022; <<https://dictionary.cambridge.org>> Accessed 9 November 2022.

<sup>36</sup> Selahattin Keyman, ‘Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (1988) 40(1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121, 157.

<sup>37</sup> Keyman (n 36) 157.

<sup>38</sup> Keyman (n 36) 137,138; Koca ve Üzülmaz (n 5) 99 ve 102.



gerektirmektedir<sup>39</sup>. O halde ihmali davranışı salt ontolojik yönüyle açıklama girişimlerinin onun niteliğini belirlemede yetersiz kaldığını söylemek gerekir. Bununla birlikte ihmali, saf normatif bir kavram olarak nitelendiren görüşlerin de onun gerçekliğini dikkatten kaçırdıkları söylenebilir<sup>40</sup>. Zira ihmalin ontolojik bir varlığı bulunmaktadır ve fakat bu varlık onun ceza hukuku bakımından kendisine değer atfedilebilir olmasına yetmemektedir. Bu itibarla ihmal hukuk öncesi bir gerçekliğe sahiptir; ancak ceza hukukunun konusu haline gelebilmesi için harekete geçmek yönünde hukuki yükümlülük ihdas eden bir normun varlığı gerekmektedir.

İcrai hareketten farkı sebebiyle ihmalin bir hareket olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği ve icra ile ihmali kapsayan ortak bir üst terimin bulunup bulunmadığı da uzun süre tartışılmış konulardan biridir. Sözgelimi *Radbruch* tarafından, her iki kavramın A ile A olmayan nasıl ki bir başlık altında yer alamıyorsa ihmal ve icranın da aynı başlık altında ele alınamayacağı savunulmuş<sup>41</sup>, bu itibarla *ikici (dual) bir hareket sistemi* kurulması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>42</sup>. *Kaufmann*'ın ortaya koyduğu terslik prensibi (*Umkehrprinzip*) ise icra ile ihmalin aynı koşullar altında birbirinin zıt hali olduğu düşüncesini yansıtmaktadır; fakat *Jescheck/Weigend* bu anlayışı reddederek her iki davranışın da “sosyal açıdan önemli insan davranışı” olduğunu ve icrai hareketler için geliştirilen ilkelerin ihmal alanında uygulanması için anlamına uygun bir değişikliğe ihtiyaç olduğunu dile getirmektedirler<sup>43</sup>.

Ortak bir üst terim arayışı devam etmesine rağmen bugün Alman ceza hukuku öğretisinde icra ve ihmali kapsar şekilde “hareket” (*Handlung*) kavramının ağırlıklı olarak tercih edildiği görülmektedir. Türk öğretisinde ise, icra ve ihmal için ortak üst terim olarak çoğunlukla *fiil* ve/veya *hareket* terimlerine rastlanmaktadır<sup>44</sup>.

İhmalin ontolojik bir yanının bu bağlamda bir gerçekliğinin bulunduğunu kabul ettikten sonra onun icrai hareketin tam anlamıyla zıt halini oluşturduğunu veya her iki kavramın aynı üst başlık altında ele alınamayacak ölçüde bağlantısız olduğunu savunmak kanaatimizce tutarlı değildir. Bu nedenle ortak bir üst terim arayışına devam edilmesi yerindedir. Fiil ve hareket

<sup>39</sup> Koca ve Üzülmüş (n 5) 99.

<sup>40</sup> Benzer şekilde: Fatih Yurtlu, ‘İhmali Suçlar’ (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2020) 63.

<sup>41</sup> Bkz: Gustav Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich einen Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik* (De Gruyter 1903) 140.

<sup>42</sup> Edmund Mezger und Hermann Blei, *Strafrecht I Allgemeiner Teil* (15. neuarbeitete Auflage, CH Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1973) 69.

<sup>43</sup> Jescheck und Weigend (n 15) 598.

<sup>44</sup> Farklı ülkelerin hukuk sistemlerinde tercih edilen kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Hakeri (n 34) 21-23.

kavramlarının sözlüklerdeki anlamları ve ilgili bilim alanlarındaki karşılıkları dikkate alındığında, sözgelimi fizik alanında hareketin bir devinimi gerektirmesi göz önünde bulundurulduğunda<sup>45</sup> özellikle hareket kavramının bir hareketsizliği ifade eden ihmali kapsamayacağı söylenebilir<sup>46</sup>. Fakat ceza hukuku alanında varlık kazanması normatif bir değerlendirme ile mümkün olan ihmalin, yine normatif bir değerlendirme ile hareket kavramı kapsamında nitelendirilmesi bizce mümkündür. Dolayısıyla ihmal ve icrayı kapsayan ortak üst terim olarak hareket veya fiil kavramlarından birinin tercih edilmesi ve bu kavramların birbiri yerine kullanılması mümkündür.

### B. İhmali Hareket Bakımından Faillik ve Şeriklik Ayrımı

İhmali suçlar alanındaki tartışmalar ihmali hareketin niteliği ile sınırlı olmayıp ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağı da uzun süredir ihtilafli olan konulardan biridir. Bu tartışma esasen müşterek faillik ve yardım etme ayrımını yakından ilgilendirmektedir. Bu hususta ileri sürülen görüşleri iki ana grupta toplamak mümkündür: İcrai hareket alanındaki ayırım kriterlerinin ihmal alanına da uygulanması yönündeki görüşler ve ihmali yapıyı dikkate alınarak ayırım kriterlerinin belirlenmesi yönündeki görüşler<sup>47</sup>.

Özellikle Alman hukukunda ihmalde faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılacağına ilişkin çokça görüş ileri sürülmüş ve fakat hala üzerinde uzlaşma sağlanan bir teori geliştirilememiştir. Bu bağlamda bazı yazarlar neticeyi önleme gücü kriterini kullanarak fiil hâkimiyetini tesis eden kişiyi ihmali hareketle fail olarak nitelendirirken bazı yazarlar garantörü daima şerik, bazı yazarlar ise daima fail olarak kabul etmektedir<sup>48</sup>. Bu görüşlerin dışında garantörsel yükümlülüğün türü ya da içeriğine göre bir ayırım yapılması gerektiğini savunanlar da bulunmaktadır<sup>49</sup>.

İcrai suçlar alanındaki ayırım kriterlerinin ihmali suçlar alanında da uygulanmasına yönelik görüşlerden biri, ayırımıda subjektif teorinin esas alınmasına yöneliktir. Bu itibarla hareketsiz kalan kişinin “içsel tutumu”na ve faillik iradesiyle mi yoksa şeriklik iradesiyle mi

<sup>45</sup> Dursun (n 31) 41.

<sup>46</sup> Hareketin ihmali kapsamadığı yönündeki görüş için bkz: Yurtlu (n 40) 22.

<sup>47</sup> Meral Balcı, ‘İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı’ (2021) 14 (4) Suç ve Ceza 837, 846.

<sup>48</sup> Joecks und Scheinfeld (n 14) rn:285; Karsten Gaede, ‘Begehen durch Unterlassen’ in Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann, Hans Ulrich Paeffgen und Frank Saliger (edr), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft 2023), § 13 rn:26.

<sup>49</sup> Joecks und Scheinfeld (n 14), rn: 285.

hareket ettiğine odaklanılmaktadır<sup>50</sup>. Bu bağlamda Alman yargı kararlarında ılımlı subjektif teori ile bağlantı kurularak bir değerlendirme yapıldığını da ifade etmek gerekir. İçsel tutumun yanı sıra fiil hâkimiyetinin de belirleyici bir kriter olarak hesaba katıldığı Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında ihmali davranış, başka bir kişinin eylemini kendi eylemi haline getirme iradesinin bir tezahürü ise müşterek failliğin, içsel bir katılım ve neticeye yönelik bir çıkar olmaksızın sadece eyleme izin verme niteliğindeyse yardım etmenin söz konusu olacağı sonucuna varılmaktadır<sup>51</sup>. Sözgelimi çocuğunun bir başkası tarafından dövülmesine ses çıkarmayan ve fakat yaralama eylemine ilişkin bir çıkarı da olmayan, sadece bu eyleme izin veren annenin ihmali davranışının şeriklik olarak nitelendirilmesi gerekecektir. İcrai suçlar alanındaki kriterleri kullanan yazarlardan bir kısmı ise garantörün fiil hâkimiyetinin bulunmamasından yola çıkarak her hâlükârda şerik olarak sorumlu tutulması gerektiği sonucuna varmaktadırlar<sup>52</sup>. Dolayısıyla yukarıda sözü edilen örnek bakımından anne her koşulda, icrai hareketle işlenen suçun şeriki olarak sorumlu olmalıdır.

Yükümlülük durumuna odaklanan teoriler, kendi içinde yükümlülük suçları teorisi ve yükümlülüğün içeriğine göre bir ayrımı öngören teori olarak iki başlık altında incelenebilecektir. *Roxin* ile anılan yükümlülük suçları teorisinde, icra ile ihmalin farklı yapılara sahip olduğu ve ihmalde nedensel oluşum sürecinin harekete geçirilmesi şeklindeki pozitif bir halin söz konusu olmadığı fikrinden yola çıkılarak fiil hâkimiyeti teorisinin bu suçlarda uygulanamayacağı<sup>53</sup>, bu suçlarda kriterin neticeyi önleme yükümlülüğünü ihlal ve suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleştirilmesi olduğu sonucuna varılmaktadır<sup>54</sup>. Buna göre, çocuğunun bir başkası tarafından yaralanmasına göz yuman anne, yaralama neticesini engellemek yükümlülüğü altındadır. Gerçek olmayan ihmali suç olarak kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun kanuni tanımındaki unsurlar da gerçekleşmiş görüldüğünden anne fail sıfatıyla sorumlu tutulmalıdır.

Yükümlülüğün içeriğine göre yapılan ayırmada ise temelde koruma yükümlülüğü (*Beschützergarantenpflicht*) ve gözetim yükümlülüğü (*Überwachergarantenpflicht*) ayırımından hareket edilmekte ve koruma yükümlüsünün korunan hukuki değer ile daha yakın

<sup>50</sup> Joecks und Scheinfeld (n 14), rn: 284.

<sup>51</sup> Rudolf Rengier, 'Täterschaft und Teilnahme-Unverändert Aktuelle Streitpunkte' (2010) JuS 281, 284.

<sup>52</sup> Gaede (n 48), rn: 26.

<sup>53</sup> Sheng-Yen Feng, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen* (Duncker&Humblot 2023) 43, 44.

<sup>54</sup> Feng (n 53) 44.

bir ilişki içinde bulunduğu fikrinden yola çıkılarak fail, gözetim yükümlüsünün ise şerik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır<sup>55</sup>. Bu ayrıma göre, anne ve babanın çocuğa karşı gerçekleştirilen eylemler yönünden koruma yükümlülüğü bulunduğundan bu kişiler hareketsiz kalarak neticeyi önlemediklerinde işlenen ihmali suçun daima faili olarak sorumlu tutulmalıdırlar.

Bu görüş içinde mütalaa edilebilecek olan fikirlerden biri *Jakobs*'a aittir ve fakat yazar farklı bir terminoloji ile hareket etmektedir<sup>56</sup>. Buna göre ihmali suçlar, organizasyonel yetkiden doğan yükümlülüğün (*Pflicht kraft Organisationszuständigkeit*) ihlal edildiği ihmali suçlar ve kurumsal yetkiden doğan yükümlülüğün (*Pflicht kraft institutioneller Zuständigkeit*) ihlal edildiği ihmali suçlar şeklindeki bir ayrıma tabi tutulmaktadır<sup>57</sup>. Bu bağlamda yazar tarafından ilk grupta yer alan suçlar için faillik ve şeriklik ayrımı ile genel olarak iştirak türleri arasındaki ayrımın icrai suçlardaki gibi yapılması gerektiği savunulmakta, ikinci grupta yer alan yükümlülüklerin ihlalinin ise daima failliği gündeme getireceği ileri sürülmektedir. *Jakobs*'un bu ayrımı somutlaştırmak amacıyla organizasyonel yetkiden doğan yükümlülüğün ihlal edilmesi durumu için verdiği örnek tehlikeli olabilecek nesnelere bir tehlike veya zarara yol açmasının engellenmemesi halidir. Bu durumda ihmalde bulunanın katkısının icrai hareketin failinin sunduğu katkıya eşit olmaması sebebiyle yardım etme olarak nitelendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Kurumsal yetkiden doğan yükümlülük ihlalinde ise yükümlülük suçu niteliği gösteren ihmali suçların vücut bulacağı, korunan hukuki değer ile olan bağın doğrudanlığı nedeniyle bu bağın ihlalinin daima faillığe işaret edeceği dile getirilmektedir<sup>58</sup>.

İhmalde faillik ve şeriklik ayrımının nasıl yapılabileceği konusunda ileri sürülen görüşlere ilişkin bir diğer grup, objektif-normatif fiil hâkimiyeti teorileri olarak adlandırılmaktadır. Bu gruptaki fikirlerden biri potansiyel fiil hâkimiyetinin faillik ve şeriklik ayrımında bir kriter olarak temel alınması gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, icrai hareketten farklı olarak ihmalde kişi nedensel oluşum sürecini elinde bulundurmamaktadır; fakat harekete geçerse bu oluşum seyrini kontrolü altına alabilir ve neticenin meydana gelmesini engelleyebilir<sup>59</sup>. Örneğin başka bir çocuğun kendi çocuğunu yaralamasını engellemeyen anne,

<sup>55</sup> Mosenheuer (n 7) 177. Bu yöndeki görüşlerden biri için bkz: Rolf Dietrich Herzberg, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip* (Walter de Gruyter 1972) 259 vd..

<sup>56</sup> Yazarın esasen koruma ve gözetim yükümlülüğü ayrımından hareket ettiği ifade edilmektedir. Bkz: Erbaş (n 32) 249, 250.

<sup>57</sup> *Jakobs* (n 17) 802 vd.

<sup>58</sup> *Jakobs* tarafından yapılan bu değerlendirmeler ve daha fazlası için bkz: *Jakobs* (n 17) 845-849.

<sup>59</sup> Klaus Hoffmann-Holland, 'Die Beteiligung Des Garanten Am Rechtsgutsangriff zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen' (2006) 118 (3) ZStW 620, 624. Bu görüş için bkz: Helmut Satzger, 'Beteiligung und Unterlassen: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung

çocuk karşısında iradi ve bedensel gücü dolayısıyla avantajlı durumdadır. Dolayısıyla harekete geçecek olursa oluşum sürecini değiştirmesi mümkündür.

İhmalde faillik ve şeriklik ayrımı için fiil hâkimiyetinden yola çıkanlardan bazıları ise gerekçeleri değişmekle birlikte neticeyi engelleme gücü kriteri etrafında normatif fiil hâkimiyetini ayırımın temel prensibi olarak ele almaktadır. Bu bağlamda temelde sorgulanacak olan husus, neticeyi önlemekle yükümlü olan kişinin somut olayın koşulları etrafında neticeyi önlemeye dair güce sahip olup olmadığıdır. Sözelimi *Feng* bu değerlendirmeyi garantörsel yükümlülüğün yöneldiği amaçtan yola çıkarak yapmaktadır<sup>60</sup>. Neticeyi engelleme gücü, somut olayın şartları etrafında bir değerlendirme yapılmasını gerektirmektedir. Yukarıda yer verilen örneği burada tekrar ele alacak olursak, annenin çocuğunu döven kişiyi engellememesi durumunda bu hareketsizliğin faillik mi yoksa şeriklik mi teşkil ettiği, annenin ve icrai hareketin failinin güçlerini karşılaştırmak suretiyle belirlenebilecektir. Gücü karşısındakini durdurmaya yetmeyen anne, yine de hareketsiz kalırsa, icrai hareketle işlenen suçta yardım eden olarak nitelendirilebilecektir. Ancak karşısındaki kişiyi durdurmaya gücü yetiyorsa hareketsiz kalması onu ihmali suçun faili haline getirecektir.

İhmal alanında faillik ve şeriklik ayrımına ilişkin olarak yukarıda yer alan gruptan biri içinde mütalaa edilemeyecek olan bağımsız teoriler de bulunmaktadır. Sözelimi *Schwab* ayırımı Alman Ceza Kanunu § 13 bağlamında eşdeğerlik kaydından hareket edilmesi gerektiğini ifade ederken<sup>61</sup> *Haas*, isnadiyet temelli bir değerlendirme yapılarak isnadın temelini hangi iştirak statüsünün özelliklerini taşıdığından hareket edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu düşünceye göre, isnat edilen olay suç tipine tekabül ediyorsa ihmalde bulunan fail olarak sorumlu tutulmalı, azmettirme veya yardım etme özelliği taşıyorsa şerik sıfatıyla sorumlu olmalıdır<sup>62</sup>. Bu bağlamda *Haas*'a göre belirleyici olan husus, garantörün nelerden sorumlu olduğu ve neticeyi önleme yükümlülüğü kapsamında kendisine neyin isnat edilebileceğidir. Sözelimi bir kimsenin başka kişileri tehlikeye atmamasından veya zarara uğratmamasından sorumlu olan ve failin davranışını önleyebilecek durumda olan garantör, bunu yapmazsa meydana gelen netice ona isnat edilebilir. Bu durumda garantör ihmali suçun doğrudan faili olarak sorumlu tutulmalıdır. Öte yandan gözetimle yükümlü olduğu kişinin bir

an und durch Unterlassen' (2015) 37 (10) JURA - Juristische Ausbildung 1055, 1064; Mosenheuer (n 7) 191 vd; Klaus Henning Busse, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten* (1974) 258 vd.

<sup>60</sup> Feng (n 53) 383 vd. Ayrıca bkz: Hoffmann-Holland (n 59) 637, 638.

<sup>61</sup> Hans Jörg Schwab, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen* (Peter Lang 1996) 227.

<sup>62</sup> Volker Haas, 'Die Beteiligung durch Unterlassen' (2011) 5 ZIS 392, 396.

başkasında suç işleme kararı oluşturmasına engel olmayan garantör azmettirmeden sorumlu olacaktır<sup>63</sup>.

Bağımsız bir görüş olarak nitelendirilebilecek olan fikirlerden biri de *Kreuzberg*'e ait olup yazar ihmal alanında maddi anlamda bir bağlılık bulunmadığını, icrai harekette bulunanı engellemeyen garantörün korunan hukuki değere yönelik dolaylı bir saldırısının olmadığını dile getirmekle aslında ihmalde bulunanın failliğine işaret etmektedir<sup>64</sup>. Dolayısıyla çocuğu başkası tarafından darp edilen annenin hareketsizliği, icrai hareketle işlenen kasten yaralama suçuna yardım etmeyi değil, kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçunun failliğini oluşturmaktadır.

Türk hukukunda bu konuda çok uzun tartışmalar yapılmamış olmakla birlikte konuyu ayrıntılı olarak inceleyen yazarlar da bulunmaktadır. Sözgelimi *Balcı*, icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle katılımda faillik ve şeriklik ayrımı konusunu ele aldığı çalışmasında suça ilişkin katkıların niteliksel farklılığı sebebiyle ihmalde bulunanın da fail olarak sorumlu tutulabileceğinden söz etmekte, garantörsel yükümlülüğün kaynağının her olayda ayırım konusunda yeterli olmayacağını, ihmalde bulunanın suçun gerçekleştirilmesine olan katkısının ayrıca dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır<sup>65</sup>. Faillik ve şeriklik ayrımında birden fazla teorinin boşluğa imkân tanımayacak şekilde birlikte kullanılmasını, bu bağlamda fiil hâkimiyeti teorisi esas alınarak yapılacak ayırmada bu teorinin yetersiz kaldığı noktada sübjektif teori ile maddi objektif teoriye de başvurulabileceğini savunan *Özkan* ise, ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının fiil hâkimiyeti teorisi yerine şerikin sunduğu katkının tehlikeliliğini esas alan maddi objektif teori üzerinden yapılması gerektiğini savunmaktadır<sup>66</sup>. *Çiçek*'e göre ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımı noktasında en uygun çözümü sunan teori fiil hâkimiyeti teorisidir ve her olay bakımından ihmalde bulunanın fiil hâkimiyetini haiz olup olmadığı hususu ayrıca değerlendirilmelidir<sup>67</sup>. Sözgelimi yatalak annesiyle yaşadığı ev bir başkası tarafından kundaklanan V'nin yangını çıkararak kişi kaçtıktan sonra olayın gidişatına hükmetme yetisini kazanmış olmasına rağmen hareketsiz kalarak kurtarma hareketini gerçekleştirmemiş olması halinde artık fail olarak sorumlu tutulması gerekecektir<sup>68</sup>. *Çelen* de ihmali harekette bulunan

<sup>63</sup> Haas (n 62) 396, 397.

<sup>64</sup> Bkz: Bastian Kreuzberg, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre* (Duncker&Humblot 2019) 671.

<sup>65</sup> Balcı (n 47) 880.

<sup>66</sup> Halid Özkan, 'Ceza Hukukunda Azmettirme' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2013) 22.

<sup>67</sup> Mustafa Çiçek, 'Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik' (2022) 26 (2) EBYÜ-HFD 561, 580.

<sup>68</sup> Çiçek (n 67) 578-580.

kişinin fail olarak sorumlu tutulabilmesi için bu hususta bir kanuni düzenleme ile neticeyi önleme yükümlülüğünün varlığına ilaveten olayın akışına hâkim olma unsurunu aramaktadır<sup>69</sup>.

Kanaatimizce gerçek ihmali suçlarda kanuni tanımında yer alan yükümlülüğün ihlali suçun oluşması için yeterli olduğundan bu suçlarda faillik ve şeriklik ayırımına gitmeye gerek yoktur. Garantörsel bir yükümlülüğün ihlal edildiği durumlarda ise bu ihmalin faillik mi yoksa şeriklik mi teşkil edeceği konusundaki ayırımıda *Feng*'in dile getirdiği üzere garantörsel yükümlülüğün yöneldiği amaçtan hareket ederek, bu yükümlülüğün somut olayda neticeyi önlemeyi mi yoksa neticenin meydana gelmesi riskini artırmamaya mı yöneldiğine dair bir değerlendirme ile incelemeye başlanmalıdır<sup>70</sup>. Şayet yükümlülük ihlali faillığe işaret ediyorsa bu durumda ikinci basamaktaki değerlendirmeye geçilmeli ve burada somut olay bakımından *ex ante* bir değerlendirme ile neticeyi önleme gücü ışığında normatif fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığı sorgulanmalıdır. Bu noktada vurgulanması gereken husus, neticeyi önleme gücünün ihmali suçlarda suçun maddi unsurları kapsamında mütalaa edilen hareket imkânı ile kusurluluk incelemesinin bir parçası olan beklenebilirlikten farklı olduğudur.

Sözgelimi bir başkasının elleriyle boğmakta olduğu oğlunu, tamamıyla felç olan ve konuşma yetisi de bulunmayan babanın hareket imkânı olmadığı için kurtarma şansı da yoktur. Ancak kolu ampute olan baba başkasının elleriyle boğduğu oğlunu kurtarmak için hiçbir çaba sarf etmezse, kolunun ampute olması onun neticeyi önleme gücüne etki eden bir unsurdur ve ihmalden ötürü şerik olarak sorumluluğunu gündeme getirir. Öte yandan orada bulunan üçüncü bir kişinin babaya hareket etmesi halinde silahla vurulacağını söylemesi durumunda, hareketsiz kalan babanın beklenebilirlik unsuru bağlamında kusurluluğunu etkileyen bir hususun varlığı söz konusudur.

### C. İhmalin Müşterek Faillik Bakımından Değeri

İhmali hareketin bulunduğu yerde icrai hareketle işlenen bir suçun varlığı söz konusu ise ihmalde bulunanın bu hareketsizliğinin icrai suça yardım etme mi yoksa müstakil veya müşterek faillik mi teşkil edeceği sorusu gündeme gelmektedir. Birden fazla ihmalin bulunduğu yerde ise ihmali suçlarda müşterek failiğin mümkün olup olmadığı bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Her iki sorunun cevabı da öncelikle ihmali hareket bakımından faillik ve şeriklik ayırımına ilişkin esasların belirlenmesini gerektirmektedir. Bu hususta benimsediğimiz ilkeleri

<sup>69</sup> Ömer Çelen, 'Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayırımı)' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2015) 208, 209.

<sup>70</sup> Feng (n 53) 383.

ortaya koymuş olduğumuzdan bu başlık altında ihmali hareketle müşterek faillik ve ihmali suçlarda müşterek faillğe ilişkin sorunlu noktalara temas etmeye çalışacağız.

### 1. İhmali Hareketle Müşterek Faillik

Öğretide büyük ölçüde savunulan görüş, icrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak iştirakin mümkün olmadığı yönündedir<sup>71</sup>. Bu görüşün temel dayanağı söz konusu durumda müşterek faillğin temel koşulu olan fonksiyonel hâkimiyetin sağlanamayacağı fikridir<sup>72</sup>. Öte yandan aksi görüşte olan yazarlar da bulunmakta olup bu yazarlardan bazılarının göre ihmalde bulunanın suça katkısının fiil hâkimiyeti esaslarına göre belirlenmesi suretiyle bir sonuca varmak gerekmektedir<sup>73</sup>. Bu görüşe göre, şayet ihmalde bulunanın katkısı faillik boyutuna ulaşmış ise aynı zamanda ihmali suç bakımından doğrudan failliği gündeme gelecek ve bu durumda meselenin suçların içtimama ilişkin prensipler çerçevesinde çözülmesi gerekecektir. İhmali suçlara ilişkin hükümlerde, çoğu kez icrai hareketle işlenen suçların gerektirdiği yaptırımdan bir indirim yapılması veya yapılabileceği öngörüldüğünden burada icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmaya öncelik tanınması gerektiği ilave edilmektedir<sup>74</sup>.

İcrai hareket ve ihmali hareketin ceza hukukunun sahasına girişi farklılık arz etmektedir. İki hareket türünün yapısal özelliklerinden doğan bu fark, her iki hareketin birlikte bulunduğu olaylarda iştirak konusunu da daha karmaşık hale getirmektedir. İcrai hareketin ceza hukukunun konusunu oluşturabilmesi için bir vasıtaya gerek olmadığını, fakat ihmali harekette normun bir araç olarak gerekliliğini daha önce ifade etmiştik. Bu gereklilik icrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılım meselesini de yakından ilgilendirmektedir. Her şeyden önce müşterek faillikte, dolaylı faillikten farklı olarak işlenen suçun aynı suçu oluşturması gerekmektedir. Aynı suçtan neyin anlaşılması lazım geldiğini TCK'nın zincirleme suç kavramını düzenleyen 43. maddesinin gerekçesinde görmek mümkündür. Buna göre: “*Bir suçun temel şekli ile daha ağır veya daha az cezayı gerektiren nitelikli şekilleri, aynı suç*

<sup>71</sup> Bkz: Koca ve Üzülmöz (n 5) 463; Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 760; Gökçen ve Balcı (n 12) 26; Kerim Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik* (Adalet Yayınevi 2022) 288; Tayyip Eroğlu, ‘Suça İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik’ (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022) 353; İzzet Özgenç, ‘Faillğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik’ (1994) 4 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159, 190; Mahmut Koca, ‘Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi’ (2015) 3 (2) CHKD 103, 113; Zahit Yılmaz, ‘Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Faillğin Şartları’ (2023) 11 (21) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107, 132.

<sup>72</sup> Bkz: Koca ve Üzülmöz (n 5) 463.

<sup>73</sup> Bkz: Yurtlu (n 40) 337.

<sup>74</sup> Yurtlu (n 40) 338, 339.



*sayılır*”<sup>75</sup>. Bu çerçevede ihmal ve icranın da ya aynı suçun iki ayrı hareket şekli olarak açıkça düzenlenmiş olması ya da tipik hareketin kavramsal olarak ihmali de kapsayacak şekilde kaleme alınmış olması gerekmektedir. Bu bağlamda gerçek olmayan ihmali suçlarda kanunilik ilkesinin gereklerine uyulması ihmal edilmemelidir. Bu yaklaşımı örneklendirmek gerekirse, kasten öldürme suçu ve kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi ayrı hükümlerde düzenlenmektedir. Bu durum her iki suçun mutlak surette farklı suçlar olarak nitelendirilmesine yetmese de birinde salt garantörlüğün suçun bir unsuru haline gelmesiyle bile her iki suçun yapısı farklılaşmakta ve bu suretle ayrı suçları oluşturdukları söylenebilmektedir. Dolayısıyla bu suçların müşterek faillik şeklinde işlenemeyeceğini söylemek gerekir. Burada fonksiyonel hâkimiyet kurulacak ortak bir hareketin varlığı dahi söz konusu değildir. Öte yandan görevi kötüye kullanma suçunun kanuni tanımına bakıldığında bu suçun icrai hareketle gerçekleştirilebileceği gibi ihmali hareketle de işlenebildiği görülmektedir<sup>76</sup>. Bu nedenle suç teşkil eden ve bütünü itibarıyla görevi kötüye kullanma teşkil eden hareket üzerinde fonksiyonel bir hâkimiyetin kurulduğu söylenebiliyorsa icrai hareketle işlenen suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılımı da mümkün görmek yerinde olacaktır<sup>77</sup>.

## 2. İhmali Suçlarda Müşterek Faillik

Harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü olan birden fazla kişinin bu yükümlülüğü ihlal etmesi durumunda aralarında müşterek faillik ilişkisinin kurulup kurulamayacağı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, birlikte suç işleme

<sup>75</sup> Bkz madde gerekçesi.

<sup>76</sup> Her ne kadar aynı maddede düzenleniyor olmak aynı suç olarak nitelendirilmeyi gerektirmese de sırf hareket suçu niteliğindeki suçların ihmali ve icrai hareketle işlenen iki halinin aynı suç olarak nitelendirilebileceğini düşünüyoruz. Zira burada değişen, hareketin şekli olup yapısal unsurlar bakımından herhangi bir farklılık bulunmadığı müddetçe bu hareketlerin aynı suçu oluşturması mümkündür. Her iki hareket formu için farklı cezalar öngörülmüş olması durumunda her bir müşterek failin sorumlu olacağı soyut ceza farklı olacaktır. Esasen müşterek faillerin muhakkak aynı ceza ile cezalandırılmaları şart değildir. Soyut cezanın aynı olduğu durumlarda da cezanın belirlenmesine ilişkin hükümler uygulandığında farklı somut ceza miktarlarına ulaşılması mümkündür. Müşterek faillerin ceza sorumluluğunun da TCK'nın 61 vd. maddelerine göre belirleneceği hakkında bkz: Yılmaz (n 71) 110, 111.

<sup>77</sup> Benzer şekilde *Özgenç* de suçun ihmali hareketle de işlenebildiği durumlarda müşterek failliğin mümkün olacağını ifade etmekte, ayrıca yazar haklı olarak garantörsel yükümlülük altında bulunan kişinin icrai hareketle işlenen suçu önlememesi halinde bu suçun faili olarak sorumlu tutulacağına ilişkin açık bir kanuni düzenleme varsa bu durumda da müşterek failliğin mümkün olduğunu dile getirmektedir. Bkz: İzzet Özgenç, ‘İhmali Suç Teorisi’ (2021) XXV (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 303, 365. Benzer şekilde *Roxin* müşterek faillik için ortak bir isnadiyet kriterinin bulunması gerektiğini, ancak ihmali hareketle icrai hareketin farklı faillik tanımlarına tabi olduğunu ifade etmektedir. Fakat kanuni tanımın hem icrai hem de ihmali hareketi içerdiği suçların (Begehungs-Pflichtdelikte) ihmali davranışta bulunan ile icrai davranışta bulunan kişiler tarafından müşterek fail olarak işlenmesi mümkündür. Bkz: Roxin (n 15) 470, 471.

kararına istinaden birden fazla kişinin yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda ihmali suçun müşterek faillik halinde işlendiği söylenecektir<sup>78</sup>. Burada aranan bir diğer unsur da müşterek failliğin iki koşulundan biri olan fonksiyonel hâkimiyettir ve ilaveten özel faillik vasfının öngörüldüğü suçlar bakımından her bir müşterek failin bu unsuru haiz olması gerekmektedir<sup>79</sup>.

Müşterek failliğin ihmali suçlarda da mümkün olduğunu savunan yazarlardan Çakır'a göre, ihmal üzerinde hâkimiyetin mümkün olmaması ve ceza sorumluluğunun özel yükümlülük ihlaline bağlı olarak doğması sebebiyle toplu yükümlülük ihlallerinin söz konusu olduğu hallerde müşterek faillik mümkündür<sup>80</sup>. Burada ihmali harekette bulunanlara ihmallerinden ötürü sorumluluğun karşılıklı olarak isnat edilebilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, gerçek olmayan ihmali suçlarda suça sunulan katkının müşterek failere karşılıklı olarak isnat edilmesinin gerekli olmadığı, bu suçlarda ihmalde bulunan her kişinin bütünü itibarıyla suçtan sorumlu olduğu eklenmektedir<sup>81</sup>.

Öte yandan Kaufmann'a göre ihmalde bir hareketin ve ihmal kastının varlığından söz edilemeyeceğinden, birlikte suç işleme kastının varlığı da söz konusu değildir. Sözelimi elli yüzücü, bir çocuğun boğulmasını hareketsiz bir biçimde seyrederse ihmali birlikte gerçekleştirmemektedirler. Her biri ihmali suçun failidir ve bunu yan faillik olarak nitelendirmek mümkündür<sup>82</sup>. Mosenheuer ise meseleyi bir bakıma işlevsellik açısından ele almakta, birlikte suç işleme kararının failerin ihmali hareketlerinden ötürü doğan sorumluluklarında herhangi bir değişiklik yaratacak işleve sahip olup olmadığı değerlendirmesini yapmaktadır. Bu bağlamda birlikte suç işleme kararının ya işlevsiz olduğu ya da icrai hareketle işlenen suçlardaki gibi bir işleve sahip olmadığı düşüncesinden hareketle müşterek failliğin ihmali suçlarda da tanınmasının mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır<sup>83</sup>.

Bir görüşe göre ise her ne kadar oluşum sürecinin birlikte şekillendirilmesi unsuru ihmali suçlarda gerçekleşme de birden fazla yükümlülük sahibinin ortak bir kararla

<sup>78</sup> Koca ve Üzülmöz (n 5) 462; İçel, Özgenç, Sözüer, Mahmutoğlu ve Ünver (n 4) 401, 402; Çakır (n 71) 279, 280; Yurtlu (n 40) 334; Zahit Yılmaz, 'Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi' (2018) 24 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 122, 125, 126.

<sup>79</sup> Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır (n 1) 760.

<sup>80</sup> Bkz: Çakır (n 71) 281.

<sup>81</sup> Bkz: Çakır (n 71) 281-283..

<sup>82</sup> Armin Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Verlag Otto SchwartzCo 1959) 189.

<sup>83</sup> Bkz: Mosenheuer (n 7) 135-138.

yükümlülüklerini yerine getirmemesi halinde ihmali suçun müşterek faillik şeklinde işlendiğini söylemek mümkün olacaktır. Burada bir olayın gerçekleşmesine izin verme şeklinde bir mutabakat söz konusudur<sup>84</sup>. Öte yandan ihmali müşterek faillik olarak ifade edilen bu durumun Alman hukuku bakımından büyük olasılıkla yalnızca Alman Ceza Kanunu § 30 II anlamında hazırlık hareketlerinin bağımsız olarak cezalandırılabilirliği çerçevesinde bir anlam ifade edeceği dile getirilmektedir. Örneğin çocuklarını beslememek üzere anlaşılan anne ve baba için bu durum § 212 ve §13 için § 30 II anlamında bir suç işleme anlaşması olarak kabul edilebilecektir<sup>85</sup>.

Kanaatimizce, harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülük altında bulunan birden fazla kişinin müşterek failliğin koşullarını gerçekleştirecek şekilde birlikte hareketsiz kalması durumunda ihmali suçun müşterek faillik halinde işlendiğini kabul etmek gerekir. Müşterek failliğin koşullarından biri olan suç teşkil eden hareket üzerindeki fonksiyonel hâkimiyet, her zaman katı bir iş bölümünü gerektirmemektedir. Bu itibarla her bir müşterek failin suçun başarıyla işlenmesi şansını artırmak için aynı hareketleri gerçekleştirmesi de mümkündür. Bu nedenle müşterek failliğin kabulü için suçun oluşması bakımından her bir failin hareketsizliğinin diğerinin hareketsizliğine katı bir biçimde bağlılığı bir koşul olarak aranmamalıdır<sup>86</sup>. Bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse, kaza mahallinden geçen iki kişiden birinin yardım ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde yaralıların kurtulması şansı her iki kişinin de yükümlülüğünü yerine getirmesi ihtimalindeki kurtulma şansına göre daha az olacaktır. Bu nedenle fonksiyonel hâkimiyet şartının gerçekleşmesinin icrai hareketin varlığına bağlı olmadığı, hareketsizliğin bulunduğu yerde de fonksiyonel hâkimiyetin gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu söylenebilecektir.

## SONUÇ

Sözlüklerdeki karşılığı taksiri çağrışırsa da ihmali salt bir hareketsizlik halini ifade etmekte ve ceza hukukunun konusu haline gelmesi için bir vasıta olarak norma ihtiyaç duyulmaktadır. İcrai hareket ile arasındaki varoluşsal farklılığın sonucu olarak ihmalin kendisine ceza hukuku tarafından değer atfedilebilir bir hareket vasfını kazanması normatif bir değerlendirme ile mümkün olabilmektedir. Bu özelliği gereği ihmali ve icranın birlikte

<sup>84</sup> Bkz: Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, JCB Mohr (Paul Siebeck) 1975) 705.

<sup>85</sup> Schmidhäuser (84) 705.

<sup>86</sup> Genel hatlarıyla müşterek failliğin iş bölümü şeklinde değil de aynı fiillerin işlenmesi suretiyle gerçekleşmesi durumunda, her bir failin fiilinin birbirine oranla zorunlu rolünden söz edilemeyeceği hakkında bkz: Yılmaz (n 71) 130.

bulunduğu olaylarda iştirak meselesi daha da karmaşıklaşmakta, ortaya çıkan sorunlardan birini ise ihmal ile müşterek failliğin ne ölçüde bir arada bulunabileceği sorusu oluşturmaktadır.

Bu sorunun yanıtlanması için öncelikle ihmal alanında faillik ve şeriklik ayrımının kabul edilmesi halinde bu ayrımın hangi esaslara göre yapılabileceğinin belirlenmesi gerekir. Oldukça ihtilafli olan bu konuda bizce değerlendirme iki aşamadan oluşmalıdır. Birinci adımda garantörsel yükümlülüğün hangi amaca yöneldiği tespit edilmeli, ikinci aşamada ise faillik için somut olay bakımından neticeyi önleme gücü kriteri ışığında fiil hâkimiyetinin bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Harekete geçmek yönünde hukuki bir yükümlülüğü olan ve bu yükümlülüğünü ihlal eden birden fazla kişinin hareketsizliği faillik olarak nitelendirilebiliyorsa meselenin ihmalin yapısal özellikleri de dikkate alınarak ayrıca müşterek faillik esaslarına göre değerlendirilmesi gerekecektir. Diğer taraftan icrai bir hareketle işlenen bir suça hareketsiz kalarak müşterek fail olarak iştirak etmenin de mümkün olup olmadığı sorgulanmalıdır.

İcrai hareketle işlenen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılım genel olarak kabul edilmemekle birlikte kanaatimizce bu noktada bir ayrım yapılmalı ve aynı suçun kanuni tanımında icra ve ihmalin tipik hareket olarak birlikte öngörüldüğü veya kavramsal olarak tipik hareketin ihmal şeklinde de gerçekleştirilebileceği sonucuna ulaşılabilen suçlar bakımından her iki hareket türünün birlikte müşterek failliği gerçekleştirebileceğini söylemek mümkün olacaktır.

İhmali suçların müşterek faillik biçiminde işlenmesinin mümkün olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmakta, esasen müşterek failliğin bir hukuki kurum olarak ihmali suçlarda gerekli olup olmadığı da bazı yazarlarca sorgulanmaktadır. Ancak kanaatimizce birden fazla kişinin birlikte suç işleme kararına istinaden yükümlülüklerini ihlal eder şekilde hareketsiz kalması durumunda, hem gerçek hem de gerçek olmayan ihmali suçlarda müşterek faillik mümkündür. Genel olarak müşterek faillikte suçun birlikte işlenmesi bağlamında fonksiyonel hâkimiyet koşulu, aynı hareketleri gerçekleştirmek suretiyle suçun başarıya ulaşması şansının yükseltilmesi şeklinde tezahür edebilmektedir. Burada da fonksiyonel hâkimiyete dair şart, yükümlülüklerin birlikte ihlali ile sözgelimi neticenin meydana gelmesi ihtimalinin yükseltilmesi şeklinde görünüm arz etmektedir.

## KAYNAKÇA

Akbulut B, 'Bağlılık Kuralı' (2010) XIV (1) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

167-214.

Artuk ME, Gökçen A, Alşahin ME ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (16. Baskı, Adalet Yayınevi 2022).

Ayverdi İ, *Misalli Büyük Türkçe Sözlük*, C 2 (Kubbealtı Neşriyatı 2005).

Bahaettin M, *Yeni Türkçe Lügat* (Abdulkadir Hayber ed, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu Türk Dil Kurumu Yayınları 2004).

Balcı M, 'İcrai Suça İhmali Hareketle İştirakte Fail-Şerik Ayrımı' (2021) 14 (4) Suç ve Ceza 837-884.

Busse KH, *Täterschaft Und Teilnahme Bei Unterlassungsdelikten* (1974).

Çağbayır Y, *Ötüken Türkçe Sözlük*, C 2 (Ötüken Neşriyat 2007).

Çakır K, *Suçta İştirakte Müsterek Faillik* (Adalet Yayınevi 2022).

'Cambridge Dictionary' <<https://dictionary.cambridge.org>> accessed 9 November 2022.

Çelen Ö, 'Bir İştirak Şekli Olarak Yardım Etme (Asli Fail Yardım Eden Ayrımı)' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2015).

Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (10. Bası, Beta 2017).

Çiçek M, 'Türk ve Alman Ceza Hukukunda Yan Yana Faillik' (2022) 26 (2) EBYÜ-HFD 561-596.

Dursun S, *Disiplinlerarası Bir Yaklaşımla Ceza Hukukunda Hareket Kavram ve Terimi: Almanca ve İngilizce Literatürle Karşılaştırmalı* (Seçkin Yayınevi 2021).

Erbaş R, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük* (On İki Levha Yayıncılık 2019).

Eroğlu T, 'Suça İştirakin Bir Türü Olarak Şeriklik' (Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi 2022).

Feng S-Y, *Grund und Grenzen der strafbaren Beteiligung durch Unterlassen* (Duncker&Humblot 2023).

Gaede K, 'Begehen durch Unterlassen' in Urs Kindhäuser and others (edr), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (6. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft 2023), § 13.

Gökçen A ve Balcı M, 'Kasten Öldürme ve Yaralama Suçlarının İhmali Davranışla İşlenmesi (TCK m. 83, 88)' (2012) 7 (18) CHD 7-30.

Gropp W, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (4. ergänzte und terminologisch überarbeitete Auflage, Springer-Verlag 2015).

Haas V, 'Die Beteiligung durch Unterlassen' (2011) 5 ZIS 392-397.

Hakeri H, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri: İcra-İhmal Ayrımı-İhmali Suçların Unsurları* (Seçkin Yayınevi 2003).

Heinrich B, *Ceza Hukuku Genel Kısım: Taksir-İhmali Suçlar-İştirak-İçtima-Hata-Alternatif Tipiklik*, vol II (Yener Ünver ed, Adalet Yayınevi 2015).

Herzberg RD, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip* (Walter de Gruyter 1972).

Hilgendorf E and Valerius B, *Alman Ceza Hukuku Genel Kısım* (Salih Oktar çev, Yetkin Yayınları 2021).

Hoffmann-Holland K, 'Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff zur Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe durch Unterlassen' (2006) 118 ZStW 620-638.

İçel K, Özgenç İ, Sözüer A, Mahmutoğlu FS ve Ünver Y, *İçel Suç Teorisi*, 2. Kitap (1999).

Jakobs G, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch* (Walter de Gruyter 1983).

Jescheck HH und Weigend T, *Lehrbuch des Strafrechts allgemeiner Teil* (5. Auflage, Duncker&Humblot 1996)

Joecks W und Scheinfeld J, 'Täterschaft und Teilnahme' in Volker Erb und Jürgen Schäfer (edr), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 1 (4. Auflage, Verlag CH Beck 2020), § 25.

Kaufmann A, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte* (Verlag Otto SchwartzCo 1959).

Kaymaz S, '5237 Sayılı Türk Ceza Kanununa Göre İştirak Halinde İşlenen Suçlarda Nitelikli Hallerin Diğer Suç Ortaklarına Geçişi Sorunu' (2012) XVI (2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 117-167.

Keyman S, ‘Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket’ (1988) 40 (1) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 121-171.

Kienapfel D, *Strafrecht Allgemeiner Teil: Mit Einführungen in programmierter Form* (3. neuarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter 1983).

Koca M, ‘Suçun Özel Görünüş Şekillerine İlişkin Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi’ (2015) 3 (2) CHKD 103-118.

Koca M ve Üzülmüş İ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (15. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Kreuzberg B, *Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen: Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Verhaltensnormlehre* (Duncker&Humblot 2019)

Kühl K, ‘Täterschaft Und Teilnahme’ (2014) JA 668-674.

Mahmutoğlu FS, ‘Kusurluluk Prensibi Açısından Azmettirenin Ceza Sorumluluğu’ (2005) LXIII (1-2) İÜHFM 57-112.

Maiwald M, “Handeln und Unterlassen- Handeln für einen Anderen”, “İcrai ve İhmali Davranış- Bir Başkası İçin Hareket Etmek” in Cumhur Şahin (çev), *Türk Ceza Kanunu Tasarısı İçin Müzakereler* (Selçuk Üniversitesi 1998), 159-174.

Meyer H, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (Philipp Allfed ed, sechste völlig umgearbeitete Auflage, A Deichert’sche Verlagsbuchhandlung Nachf 1907).

Mezger E und Blei H, *Strafrecht I Allgemeiner Teil* (15. neuarbeitete Auflage, CH Beck’sche Verlagsbuchhandlung 1973).

Mosenheuer A, *Unterlassen und Beteiligung: Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten* (Duncker&Humblot 2009).

Otto H, *Grundkurs Strafrecht: Allgemeine Strafrechtslehre* (2. neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter 1982).

Özbek VÖ, Doğan K ve Bacaksız P, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (13. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Özgenç İ, ‘Failliğin Üçüncü Bir Görünüş Şekli Olarak Müşterek Faillik’ (1994) 4 (1-2) Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 159-190.

Özgenç İ, *Suç İştirakin Hukuki Esası ve Faillik* (İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği 1996).

Özgenç İ, 'İhmali Suç Teorisi' (2021) XXV (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 303-378.

Özkan H, 'Ceza Hukukunda Azmettirme' (Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi 2013).

Öztürk B ve Erdem MR, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (22. Baskı, Seçkin Yayınevi 2022).

Radbruch G, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Zugleich einen Beitrag zur Lehre von der rechtswissenschaftliche Systematik* (De Gruyter 1903).

Rengier R, 'Täterschaft Und Teilnahme-Unverändert Aktuelle Streitpunkte' [2010] JuS 281

Roxin C, *Täterschaft und Tatherrschaft* (Zweite Auflage, Cram, de Gruyter & Co 1967).

Satzger H, 'Beteiligung und Unterlassen: Ein Überblick über die strafrechtlich relevanten Möglichkeiten der Beteiligung an und durch Unterlassen' (2015) 37 (10) JURA - Juristische Ausbildung 1055-1064.

Schmidhäuser E, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (2. Auflage, JCB Mohr (Paul Siebeck) 1975).

Schwab HJ, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen* (Peter Lang 1996).

Şemseddin Sami, *Kâmûs-ı Türkî (Latin Harfleriyle)*, (Raşit Gündoğdu, Niyazi Adıgüzel ve Ebul Faruk Önal edr, İdeal Kültür&Yayıncılık 2012).

Taner MT, *Ceza Hukuku Umumi Kısım* (3. Baskı, İsmail Akgün Matbaası 1953).

Tosun Ö, *Gazetecilik Enstitüsü İçin Suç Hukuku Dersleri* (Sermet Matbaası 1967).

von Liszt F, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (6. durchgearbeitete Auflage, J Guttentag Verlagsbuchhandlung 1894).

Watson A (ed), *The Digest of Justinian*, vol IV (REV-Revised, University of Pennsylvania Press 1998).

'Wörterbuch Der Deutschen Gegenwartssprache' <<https://www.dwds.de>> accessed 9



---

November 2022.

Yalçın Sancar T, *Çok Failli Suçlar* (Seçkin Yayınevi 1998).

Yılmaz Z, 'Müşterek Faillik ve Dolaylı Faillik Kurumlarının İhmali Suçlar Yönünden Değerlendirilmesi' (2018) 24 (1) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 122-131.

Yılmaz Z, 'Türk Ceza Kanunu Bakımından Müşterek Failliğin Şartları' (2023) 11 (21) Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 107-142.

Yurtlu F, 'İhmali Suçlar' (Doktora Tezi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi 2020).