

İHMAL SUÇLARINDA TEŞEBBÜS VE GÖNÜLLÜ VAZGEÇME

Önder TOZMAN*

Giriş

Ceza hukukunda suçlar hareketin niteliğine göre tasnife tabi tutulduğunda, hareketin şekli bakımından icra suçları ve ihmal suçları olarak ikiye ayrılmaktadır. Türk ceza hukuku düzeninde, sayıları pek fazla olmamakla birlikte bir şey yapmayı emreden normlar bulunmaktadır. Bir şeyi yapmanın emri olan bu normların ihlal edilebilmesi için bir ihmal hareketi gerekmede, bu nedenle bunlara ihmal suçları denilmektedir.¹ Kişinin, işlemeyi kastettiği bir suçun icrasına elverişli hareketlerle doğrudan doğruya başlayıp ta elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaması durumunda suça teşebbüsten söz edilir (Türk Ceza Kanunu, m. 35/1). Kişi bu halde, meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığına göre tamamlanmış suça göre daha az bir cezayla cezalandırılır (TCK m. 35/2). Fail, suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer ya da kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını ya da neticenin gerçekleşmesini önlerse gönüllü vazgeçme denilen durum söz konusudur. Fail bu durumda teşebbüsten dolayı ceza almaz; ancak failin o ana kadar gerçekleştirdiği hareketler esasen bir suç teşkil ediyorsa sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır (TCK m. 36). Kısaca tanımlarını vermekle birlikte, bu çalışmada tek başına ihmal suçları ya da tek başına teşebbüs ve gönüllü vazgeçme konusu ele alınmayacaktır. Türk hukukunda pek fazla ele alınmış olmayan ihmal suçlarında teşebbüs ve gönüllü vazgeçme konusu değerlendirilecektir. Ancak, teşebbüs bakımından konunun her yönü değil, ihmali suçlara teşebbüsün mümkün

* Dr., Ceza ve Ceza Usul Hukuku Araştırma Görevlisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

¹ Hafızoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 194.

olup olmadığı, mümkünse bu suçlarda icranın ne zaman başladığı ve gönüllü vazgeçme bakımından ise, ihmal suçlarında icra suçlarında olduğu gibi iki tür vazgeçmenin, yani icra hareketlerinden vazgeçme ve suçun tamamlanmasını ya da sonucun gerçekleşmesini önleme şeklinde kanunda öngörülen iki türünün de mümkün olup olmadığı inceleme konusu olacaktır.

I. İhmal Suçları Hakkında Genel Bilgiler

Modern ceza hukuku yönünden suç, öncelikle bir fiilden ibarettir. Ancak bu fiil kaynağını insandan alan bir fiildir. Suçun maddi unsuru oluşturan fiil maddi yönden çeşitli unsurların varlığını gerektirir. Bu unsurlar pozitif ve negatif olarak iki grupta toplanabilir. Birinci gruptakiler pozitif, yani bir fiilde bulunması gereken unsurlar olup; davranış, kanunun gerekli gördüğü hallerde sonuç ve bu ikisi arasındaki nedensellik bağıdır. Negatif unsurlar ise bir fiilde bulunmaması gereken unsurlardır. Bunlar meşru savunma, zorunluluk hali gibi bir fiili suç olmaktan çıkaran durumlardır.²

Ceza hukuku anlamında hukuka aykırı fiilin, yani suçun varlığı için yapma veya yapmama biçiminde bir davranışa gerek vardır. Suç, kanunun emrinin bir ihlali olduğuna göre, doğası gereği bir insan davranışdır ve dolayısıyla davranışsız bir suç düşünülemez. Hareket dışı dünyada yapma veya yapmama biçiminde ortaya çıkabilir. Birinci halde icrai hareket ikinci halde ise ihmal söz konusudur.³

İhmalin esası,⁴ kişinin yapmak zorunda olduğu bir hareketi yapmamasıdır. Ancak bütün ihmali hareketler değil, sadece hukuk kuralları ile çatışan ihmali hareketler hukuku ilgilendirmektedir. Bu durumda ihmal hukuk düzeninin yapılmasını istediği hareketlerin yapılmaması olarak tanımlanabilir⁵. Bu yapısıyla ihmali davranış, doğal olarak belirlenebilen icrai hareketin tersine normatif olarak belirlene-

² Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2007, s. 111-112.

³ Toroslu, s. 112-113.

⁴ İhmalin esası hakkındaki değişik görüşler için bkz. Hafızoğulları, s. 194-195.

⁵ Toroslu, s. 117. Benzer açıklamalar için bkz. Hafızoğulları, s. 195; Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2007; s. 398-399; Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006, s. 132.

bilmektedir. İhmal, davranış normlarıyla kişiye belli bir icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün yüklendiği durumlarda, kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesidir.⁶

Suçlar hareketin şekline göre icrai ve ihmali suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Failin ancak aktif, yani yapma şeklinde bir hareket içinde bulunmasıyla işlenebilen suçlara icrai suç denir.⁷ Buna karşılık ihmali davranışla, yani hukuken istenen şeyin yapılmaması suretiyle işlenen suçlara ise ihmali suçlar denir. Bazı suçlar sadece icrai bir hareketle işlenebilirken (Örneğin TCK m. 102, 141, 151), bazı suçlar sadece ihmali bir davranışla işlenebilir (Örneğin, TCK m. 98, 166, 257/2, 279). Nihayet üçüncü bir grup suç ise hem icrai hem de ihmali davranışla işlenebilir. Örneğin kasten öldürme hem icrai bir davranışla (TCK m. 81) hem de ihmali bir davranışla (TCK m. 83) işlenebilir. Yine kasten yaralama da icrai olarak işlenebileceği gibi (TCK m. 86), ihmali davranışla (TCK m. 88) da işlenebilir.

İhmal suçları da kendi içinde salt/sırf ihmal suçları (gerçek ihmal suçları) ve ihmal suretiyle icra (görünüşte ihmal suçları/garantörsel/nitelikli ihmal suçları) olarak ikiye ayrılmaktadır⁸. Salt ihmali suçlarda belirli bir hareketin yapılması zorunluluğu suç tipinde öngörülmektedir. Cezalandırma da hukuksal açıdan yapılması gerekenin ihmal edilmesinden, yani suç tipinde öngörülen emre karşı gelinmesinden kaynaklanmaktadır⁹. Salt ihmali suç; failin kanunun emrettiği hareketi hiç yapmaması, bu hareketi zamanında yapmaması, yani geç yapması, sözü geçen hareketi kanunun gösterdiği yer dışında yapması gibi değişik şekillerde işlenebilir.¹⁰ Salt ihmal suçları yapılması gereken hareketin yapılmamasıyla oluşur.¹¹ Bir diğer deyişle ihmali suçun oluşması için, bu yapmamanın, geç yapmanın veya kanunun aradığı yerde yapmamanın gerçekleşmesi yeterlidir ve başka bir hususun oluşması-

⁶ İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün /Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000, s. 61.

⁷ Öztürk/Erdem, s. 132; Toroslu, s. 117.

⁸ Değişik isimlendirmeler için bkz. Toroslu, s. 118; Öztürk/Erdem, s. 133; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401; Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003, s. 99 vd.

⁹ Öztürk/Erdem, s. 133.

¹⁰ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, C. I, 11. Bası, İstanbul 1994, C. I, No. 512.

¹¹ Toroslu, s. 118.

na gerek yoktur.¹² Örneğin görevi ihmal, suçu ihbar suçlarında olduğu gibi. İhmal suretiyle icra suçlarında ise ihmalin maddi bir sonuca neden olması gerekir.¹³ Burada aslında aktif bir hareketle işlenebilen icrai bir suçun hareketsiz kalarak işlenmesi söz konusudur.¹⁴ Bu suçlarda, belli bir neticenin gerçekleşmesini önlemek hususunda özel bir yükümlülük altında bulunan fail, bu neticenin gerçekleşmesine kendisi neden olmasa bile, oluşumunu engellemediği için ihmali hareketle suç işlemiş kabul edilir.¹⁵ Örneğin annenin çocuğunu emzirmemesi sonucu çocuğun ölmesi,¹⁶ boğulmakta olan bir kimseyi cankurtaranın kurtarmaması, ağır yaralı hastaya gerekli tedaviyi yaptırmayan doktorun hastanın ölümüne sebep olmasında¹⁷ olduğu gibi.

5237 sayılı TCK bakımından icra ve ihmalin birbirinden ayrılmasının önemli olduğu vurgulanmaktadır.¹⁸ Gerçekten 5237 sayılı TCK,

¹² Dönmezer/Erman, C.I, No. 512.

¹³ Toroslu, s. 119.

¹⁴ Öztürk/Erdem, s. 133.

¹⁵ İçel/SokulluAkıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver, s. 62; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401.

¹⁶ Toroslu, s. 119.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401.

¹⁸ Öztürk/Erdem, s. 132; Hakeri, s. 86; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401. Hakeri 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde ihmali suçlar ile ilgili yaptığı kapsamlı çalışmasında, insan davranışları içinde ihmali davranış ve icrai davranışın birbirinden ayırt edilmesi konusunda Alman doktrininde hiçbir tereddüdün yaşanmadığına işaret etmekte ve kendisi de ihmali davranışın icrai davranıştan farklı bir muameleye tutulması görüşünü dile getirmektedir. Yazara göre, bu ayrımın yapılmasının nedensellik, garantörlük ve beklenebilirlik bakımlarından önemi vardır. Yazar Alman hukukundaki bu konudaki uygulamadan bazı örnekleri aktarmakta ve garantörlük konusundaki öneminden şu şekilde bahsetmektedir: "...zira icrai suçlarda sorumluluk için garantörlük aranmazken, nitelikli (garantörsel) ihmali suçlarda garantörlük koşulunun gerçekleşmesi gerekir. Bu itibarla bir hareket icrai bir hareket olarak kabul edilirse, kişi garantör olmasa dahi sorumlu kabul edilecekken, aynı hareketin ihmali hareket olarak kabul edilmesi ve suçun da nitelikli (garantörsel) ihmali suçu olması halinde sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Gerçekten de icrai bir hareketle suç işlendiği takdirde, sadece bu hareketin yapılması yeterli iken, garantörsel ihmalden dolayı cezalandırma için ayrıca kişinin özel mükellef sınıfına dahil olması, yani garantör olması gerekmektedir. Bu ayrım önemi kendisini Alman Ceza Kanunu'nun 13. maddesi bakımından da göstermektedir; zira bu maddeye göre ihmali suçlarda ceza, icrai suçlar için öngörülmüş bulunan cezaya nazaran indirilebilecektir". Hakeri, s. 86-87. Ayrıca ihmali davranışın icrai davranıştan ayrılması konusunda Alman hukukundaki teoriler için bkz. a. g. e., s. 70 vd.

bazı suçlar bakımından suçun ihmali bir hareketle işlenmesi halini ayrıca düzenlemiştir. TCK'nın 83. maddesinde, kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenmesi hali ve TCK'nın 88. maddesinde ise kasten yaralamanın ihmali hareketle işlenmesi hali düzenlenmiş ve bu suçların ihmali hareketle işlenmesi durumunda icrai bir davranışla işlenmesinden daha az ceza verilebileceği konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir. İşkence suçunu düzenleyen TCK'nın 94. maddesinin 5. fıkrasında ise bu suçun ihmali bir davranışla işlenmesi halinde cezadan indirim yapılamayacağını belirtilmiştir. TCK'nın 83 ve 88. maddelerinden anlaşıldığına göre, kişinin ihmalden dolayı bu suçlardan sorumlu tutulabilmesi için ihmalin icrai davranışa eş değer olması gerekir. İhmali davranışın icrai davranışa eş değer olabilmesi için ise, kişinin belli bir icrai davranışta bulunmak konusunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlüğünün bulunması ya da önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması gerekir.

II. İhmal Suçlarında Teşebbüs

Bilindiği gibi 5237 sayılı TCK'nın getirdiği en önemli değişikliklerden birisi de teşebbüs konusunda olmuştur. Ancak biz burada ihmali suçlarda teşebbüs konusunu bütün yönleriyle değil, sadece bu suçlara teşebbüsün mümkün olup olmadığı ve eğer öyleyse bu suçlarda icra- nın ne zaman başlayacağı konusundaki görüşler bakımından ele alacağız.

5237 sayılı TCK'nın 35. maddesine göre, bir teşebbüsün söz konusu olabilmesi için failin işlemeyi kastettiği suçun elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icrasına başlaması gerekir. Suçun icrasına başlama anının tespiti sorununa cevap bulabilmek için doktrin ve uygulama, hazırlık hareketleri- icra hareketleri ayrımını geliştirmiştir.¹⁹ İcra hareketlerinin hazırlık hareketlerinden nasıl ayrılacağı konusunda ise çok sayıda teori geliştirilmiştir.²⁰ Ancak bu teorilerin daha çok icrai hareket dikkate alınarak ileri sürüldükleri söylenebilir. Alman hukukunda

¹⁹ Toroslu, Genel Kısım, s. 257.

²⁰ Bu teoriler için bkz. Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994, s. 65 vd.; Sözüer, Adem, *Suçta Teşebbüs*, Ankara 1994, s. 194 vd.; Dönmezer/Erman, C.I, No. 562 vd.; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 729 vd.

özellikle ihmal suretiyle icra suçlarında icranın ne zaman başlayacağı ve dolayısıyla bir teşebbüsün ne zaman söz konusu olacağı konusunda teoriler geliştirilmiştir. Biz de öncelikle bu suçlar bakımından teşebbüs konusunu, arkasından salt (gerçek) ihmal suçlarında teşebbüs konusunu ele alacağız.

1. İhmal Suretiyle İcra Suçlarında Teşebbüs

Kanundaki çoğu suç tipi icrai suç tipi olarak düzenlenmiş olmasına rağmen, bu suç tiplerinde yer alan netice icrai bir hareketle değil de ihmali bir hareketle gerçekleştirilmesi durumunda da fail cezalandırılacaktır. Buna göre, nasıl ki, icrai suç tiplerindeki neticenin meydana gelmesi için harekete geçildiği halde, neticenin gerçekleşmemesi durumunda bu suç tiplerine teşebbüsten söz ediliyorsa; aynı şekilde söz konusu suç tiplerinin ihmali bir davranışla gerçekleştirilmesi amacıyla hareketsiz kalınması, ancak bu neticenin bu hareketsizliğe rağmen gerçekleşmemesi durumunda da teşebbüsten söz etmek gerekir.²¹

İhmal suretiyle icra suçlarına (gerçek olmayan ihmali suçlara / nitelikli/ garantörsel) teşebbüs hem Türk²² hem Alman doktrininde²³ ka-

²¹ Hakeri, s. 266.

²² Bkz. Hakeri, s. 266 vd.; Hafızoğulları, s. 325; Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 329; Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992, s.411; İçel/Sokullu-Akinci/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver s. 351. Doktrindeki diğer yazarların çoğu teşebbüsün mümkün olmadığı suçları sayarken bunlardan birini ihmali suçlar olarak sayımlar da aslında bundan sırf ihmali suçları kastettikleri anlaşılmaktadır. Bkz. Dönmezer/Erman, C.I, No:378; Artuk/Gökçen/ Yenidünya, s. 401; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006, s. 432-433; Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Üçüncü Bası, İstanbul 2005, s. 475; Selçuk, Sami, Suç, Suç Yörüngesi ve Kalkışmanın Konumu, *AD.*, Yıl 74 (1983), Özel Sayı S. 5, s. 813. Buna karşılık Özgenç ihmali davranışla işlenen suçlara teşebbüsü kabul etmemektedir. Özgenç'e göre ihmali suça teşebbüs cezalandırılmaz; ancak ihmal davranışı başlı başına bir suç teşkil ediyorsa bu davranış cezalandırılabilir. Örneğin ölümcül bir hastaya kasten müdahale etmeyen doktor, hastanın ölmesi durumunda kasten adam öldürmeden sorumludur. Söz konusu doktorun kasıtlı ihmali davranışına rağmen hasta başka bir doktor tarafından kurtarılırsa burada adam öldürmeye teşebbüs yoktur. Bu ihmali davranış başlı başına bir suçu oluşturuyorsa doktor ancak bu suçtan sorumludur. Örneğin hastanın, doktorun müdahale etmemesinin sonucu olarak sakat kalması durumunda doktor ihmali davranışla kasten yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Bkz. Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2008, s. 438.

²³ Bkz. Maurach, Reinhart/Gossel, Heinz/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*

bul edilmektedir. Gerçekten, ihmal suretiyle icra suçlarında da bir netice bulunduğuna göre, teşebbüs bakımından bir sorun bulunmamaktadır. İcra suçlarında neticeyi icrai bir davranış meydana getirirken, ihmal suretiyle ihmal suçlarında ise icrai davranışın yerini ihmali bir davranış almaktadır.

İhmal suretiyle icra suçlarında da icra suçlarında olduğu gibi en önemli problem icranın ne zaman başlayacağı ve dolayısıyla bir teşebbüsün ne zaman söz konusu olacağıdır. Hatta denebilir ki ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıç anının tespiti icrai suçlara göre daha zordur. Zira ihmali suçlarda ihmali suçlarda olduğu gibi aktif bir icra ile karşılaştırılabilecek bir an bulunmamaktadır.²⁴ Türk doktrininde bu konu pek fazla ele alınmamışken,²⁵ Alman doktrininde başlıca üç görüş bulunmaktadır. Bunlar, mümkün olan ilk müdahale teorisi, mümkün olan son müdahale teorisi ve doğrudan doğruya tehlikeye sokma teorisidir.

Bu teorileri ele almadan önce Hakeri'nin aktardığı²⁶ bir örneği ver-

(AT), Teilband 2, Heidelberg 1989, § 40 III A 2 Kn. 98; Zaczyk, Rainer, *Versuch, Rücktritt, in Nomos Kommentar (NK) zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden 2005, § 22 Kn. 60. Alman hukukunda İm. CK'nın yürürlükte olduğu dönemde bu konuda şüphelerin olduğu ifade edilmektedir. Bunun nedeninin bu Kanun'un 43. maddesinin teşebbüsü tanımlarken kullandığı "hareket" (Handlung) kavramından kaynaklandığı, çünkü "ihmal"ın (Unterlassung) hareket sayılamayacağı, bunun hareket sayılmasının kıyas yasağına aykırı olduğu söylenmiştir. O zaman da bu düşünceye karşı çıkmış ve hareketin ihmali de kapsadığı çoğunluk tarafından ifade edilmiştir. Bu tartışma şimdiki kanunun teşebbüs maddesindeki tanımında "hareket" kavramı geçmediği için yaşanmamaktadır (Alman Ceza Kanunu'nun 22. maddesindeki bu tanımında "fiil hakkındaki tasavvuruna göre kanuni tipi gerçekleştirmeye başlayan kimse" den söz edilmektedir). Çünkü bir suç ihmal yoluyla tamamlanabiliyorsa, öncelikle buna başlanması gerekir. Roxin, Claus, *Strafrecht-Allgemeiner Teil (AT)*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003, § 29 Kn. 266. Hakeri'ye göre Al CK'nun 22. maddesine bakıldığında burada açıkça icrai hareketlerden, icraya başlamaktan bahsedilmemekte, aksine teşebbüsün tarif edildiği ve "suç tipini gerçekleştirmek için doğrudan başlamak"tan söz edilmektedir. Hakeri, her ne kadar burada da başlamanın icrai bir hareketi ifade ettiği düşünülebilir olsa da Alman öğreti ve uygulamasında bu hüküm karşısında ihmali bir hareketle de ihmale teşebbüsün, yani suç tipini ihmali bir hareketle gerçekleştirmeye başlamanın genel kabul gördüğüne işaret etmektedir. Bkz. Hakeri, s. 267.

²⁴ Hakeri, s. 268.

²⁵ Bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla Hakeri'nin ihmal kavramı ve ihmal suçlarının çeşitlerini incelediği çalışmasında bu konu ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bkz. Hakeri, s. 263 vd.

²⁶ Bkz. Hakeri, s. 268.

mek konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır: B'nin oğlu O havuz kenarında oynamaktayken suya düşer. B, oğlunun yüzme derslerini başarıyla tamamladığını düşünür ve en fazla 10-15 dakika içinde havuzdan tek başına çıkabileceğini hesaplar. Bu süre içinde havuzdan çıkamazsa kendisini kurtarmaya gidecektir. Bu düşünceyle gazetesini okumaya devam eder. Bu arada 8 dakikada olayı fark eden cankurtaran C, havuza atlayarak O'yu kurtarır.

Mümkün olan ilk müdahale teorisine göre;²⁷ garantör,²⁸ neticenin meydana gelmesi kastıyla, neticenin önlenmesi için mümkün ve elverişli ilk tedbiri ihmal ettiğinde/terk ettiğinde teşebbüs meydana gelir. Örneğin ilk öğünün verilmemesinde, trenin gelmesine saatler olmasına rağmen demir yolu makasçısının ilk ihmali hareketinde teşebbüs vardır. Bu teoriye göre, kriminalpolitik bakımdan da mümkün olan en erken zamanın icra başlangıcı olması gerekir; çünkü *“mümkün olan ilk kurtarma fırsatının, aynı zamanda son olup olmadığı”*nı kimse bilemez.²⁹ Alman Federal Yüksek Mahkemesi de bir kararında³⁰ bu teori doğrultusunda görüş bildirmiştir. Mahkeme bir kimseye aralıklı olarak zehir vererek öldürmek isteyen icrai failin ilk zehri vermesi anını teşebbüsün varlığı bakımından esas kabul ederek, bunu ihmali davranan fail bakımından da uygulamıştır. Buna göre; *“Kendisine emredilen bir hareketi uzun süre terk ederek yardıma muhtaç birinin ölümüne neden olmak isteyen kimse daha hareketsizliğinin başlamasıyla bu suça doğrudan doğruya kalkışmıştır”*.

Bu yorum icranın başlangıcını çok erken bir zamana koymakla eleştirilmiştir.³¹ Örneğin hasta için henüz yaşamsal bir tehlike doğma-

²⁷ Herzberg, Rolf Dietrich, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR 1973, s. 89 vd.; Maurach/Gossel/Zipf, AT. 2, § 40 III A 2b. Ayrıca bu grupta Maihofer, Schröder, Lönnies, Guhra gibi yazarlar da bulunmaktadır. (Roxin, A.T. II, § 29 Kn. 280 dn. 289).

²⁸ Garantör, ceza kanunundaki bir tipe dahil bulunan bir neticeyi önleme konusunda sorumlu olan kimseyi ifade etmektedir. Bu sorumluluğun kaynağı, kanun, sözleşme veya önceden gerçekleştirdiği tehlikeli bir davranış olabilir. Kavram için bkz. Hakeri, s. 56 dn. 238, s. 108 vd.

²⁹ Herzberg, Rolf Dietrich, *Versuch*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK)*, Band 1, § 22 Kn. 123.

³⁰ Bkz. BGHSt 40, 257, 271.

³¹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 281; Krey, Volker/Heinrich, Manfred, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 2. Auflage, Stuttgart 2004, § 43 Kn. 442; Kuhl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2002, § 18 Kn. 146; Gropp, Walter,

ması koşuluyla, hemşirenin öldürmek istediği hastaya yaşamı için gerekli olan iğneyi vurmaması; doktorun iyileşmesi mümkün olmayan bir hastalığa yakalanmış bulunan ve artık konuşamayan, fakat henüz ölüm aşamasında bulunmayan hastanın acısız ölümünü sağlamak için sadece çay verilmesini emretmesinde olduğu gibi. Bu olaylarda hastanın hayatı bakımından somut bir tehlike yoktur. Ayrıca ikinci olay bakımından emrin verilmesiyle ölüm arasında bir süre geçeceği için, doktorun her an için kurtarma amacıyla müdahale etmesi mümkündür. Diğer yandan fail kurtarma hareketini daha geç bir zamanda aynı kesinlikle yapabilecek durumdaysa, bu hareketi daha önce yapmasını istemenin anlamı yoktur. Bu nedenlere Federal Yüksek Mahkeme'nin de savunduğu bu görüş cezalandırılabilirliğin başlangıcını hazırlık hareketleri safhasına taşımaktadır.³² Yine denmiştir ki, bu görüş gerçi hukuki konunun korunmasının optimal olarak gerçekleştirilmesine hizmet edebilir. Ancak ihmali harekette bulunan kişi henüz daha bir riziko yaratmamışken ve sonucu daha sonra önleyebilecekken, ortada kanuni tipe yakın bir tehlikeden ya da hukuku sarsıcı bir etkiden³³ bahsetmek mümkün değildir. Diğer yandan bu teori, beslemenin terk edilmesiyle adam öldürmeye başlanacağı şeklindeki anlayışıyla günlük konuşma dilinde de yadırganacaktır.³⁴ Teşebbüsün cezai temelini³⁵ de genel olarak “kanuni tipe yakın” olma ve “filiğin ağırlığı”nın kabul edildiği gerçeği açısından da ihmal davranışının ilk başladığı anın

Strafrecht-Algemeiner Teil (AT), 3. Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005, § 9 Kn. 39.

³² Bkz. Hakeri, s. 269.

³³ Almanya'da teşebbüsün cezai temelini açıklamada kullanılan teorilerden birisi olan “etki teorisi”, yine bu amaçla geliştirilen subjektif ve objektif teoriyi birleştirmek iddiasıyla ortaya çıkan bir teoridir. Etki teorisi subjektif teoriyle aynı temelden yola çıkmakta ancak buna objektif bir unsur eklemektedir. Buna göre, teşebbüsün cezai temeli failin subjektif kararının harekete geçirilmesidir. Ancak teşebbüsü cezalandırmak için bu yetmez; bu iradenin cezalandırılabilmesi için ceza hukukunun genel önleme amacı dikkate alınarak, teşebbüs fiilinin toplumun diğer bireyleri üzerinde, onların hukukun güvenilirliğine olan inançlarını sarsıcı bir etki doğurması gerekir. Mezger Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Berlin / München 1949, s. 397. Bu teori hakkında ayrıca bkz. Gropp, AT, § 9, Kn 48; Maurach / Gossel/ Zipf, AT, 2, § 41 I B 4, Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Die Straftat und ihr Aufbau, 33. Auflage, Heidelberg 2003, Kn. 594; Roxin, Claus, *Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch (Tatentschluss)*, JuS 1979, s. 1 vd; Sözüer, s. 107 vd.

³⁴ Krey/Heinrich, AT, 2, § 43 Kn. 442.

³⁵ Almanya'da teşebbüsün cezai temelini açıklamak için ortaya atılan teoriler için bkz. Sözüer, s. 48 vd.

öldürmeye teşebbüs olarak değerlendirilmesi doğru değildir.³⁶ Ayrıca bu kabul edilirse, bu tür olaylarda kastın ispatı, henüz dış dünyada anlaşılabilecek bir şekilde ortaya çıkmadığı için neredeyse imkânsızdır.³⁷

Yukarıdaki görüşün tam tersi görüş “mümkün olan son müdahale teorisi” olarak adlandırılmaktadır. Bu teoriye göre, ihmal suretiyle icra suçuna teşebbüs ancak müdahale için mümkün olan son zaman noktasında başlayabilir ve bu nedenle de sadece tam teşebbüs³⁸ mümkün olabilir.³⁹

Mümkün olan son müdahale teorisi, ne dogmatik ne de kriminal-politik olarak ikna edici olmamakla eleştirilmiştir.⁴⁰ Buna göre, dogmatik yönden eksikliği şuradadır: Bu görüş kabul edilirse gönüllü vazgeçme mümkün olmaz; çünkü icra ancak son müdahale imkânına kadar sürenin geçirilmesinden sonra başlayacaksa, bu durumda failin mağduru kurtarmak için bir harekette bulunması ve böylece gönüllü vazgeçmesi artık mümkün olmayacaktır. Bu ise gönüllü vazgeçme konusunda bir kısıtlama getirmeyen kanuna aykırı olacaktır. Kriminalpolitik olarak da bu görüş uygun değildir; çünkü müdahale etmek konusunda ihmali davranışın sahibinin bu kadar gecikmesine izin verilirse, bu, kanun koyucunun korunması gereken suç konusu üzerinde çok tehlikeli bir oyun oynaması anlamına gelir; çünkü müdahale-

³⁶ Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 442; Kuhl, AT., § 18 Kn. 146; Wessels,/ Beulke, Kn. 741-742; Zaczyk, NK, § 22 Kn. 62.

³⁷ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 281, 282.

³⁸ Belirtelim ki, Alman Ceza Kanunu’nun teşebbüs düzenlemesinde (Al. CK m. 22) eksik-tam teşebbüs ayrımı olmamasına rağmen doktrinde eksik teşebbüs (unbeendeter Versuch) ve tam teşebbüs (beendeter Versuch) tabirleri kullanılmaktadır. Teşebbüs konusunda daha sınırlı olmakla birlikte, gönüllü vazgeçme konusunda doktrinin neredeyse tamamı bu terimleri kullanmaktadır. Örnek olarak bkz. Roxin, AT. II, § 30 Kn. 152; Jacobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991, 26 / 9 vd.; Kohler, Michael, *Strafrecht-Algemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg 1997, s. 473; Rudolph, Hans Joachim, in: *Systematischer Kommentar (SK) zum Strafgesetzbuch*, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, § 22 Kn. 19, § 24 Kn. 15; Wessels / Beulke, AT., Kn. 631; Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart 2005, Kn. 734 vd.; Lilie, Hans / Albrecht, Dietlinde, Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar*, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003, § 24 Kn. 90.

³⁹ Bu görüşte olan bazı yazarlar: Arminn Kaufmann, Seelmann, Welzel, Grünwald. (Bkz. Roxin, AT. II, § 29 s. 426, dn. 292).

⁴⁰ Roxin, A.T. II, § 29 Kn. 284-285; Kuhl, AT., § 18 Kn. 147; Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 442; Zaczyk, NK, § 22 Kn. 62; Gropp, AT., § 9 Kn. 39.

nin bu kadar gecikmesi birçok olayda artık çok geç kalınması demektir. Garantörlük görevi sadece en son anda sonucun önlenmesini değil, aynı zamanda sonuca yakın tehlikenin de önlenmesini gerektirir.

Yukarıdaki iki görüşü kabul etmeyen ve öğretide çoğunluğu oluşturan doğrudan tehlikeye düşürme görüşü ise, icranın bütün olaylarda suç konusunun doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesiyle başlayacağını savunmaktadır.⁴¹ Buna göre, korunan hukuki konu için doğrudan bir tehlikenin doğduğu ya da bu tehlikenin arttığı ve hareketsiz kalmanın böylece doğrudan doğruya başlama olarak ortaya çıktığı zaman teşebbüs vardır. Ancak, icra suçlarına teşebbüste olduğu gibi burada belirleyici olan sadece tehlikenin objektif olması değildir; aynı zamanda ihmali davranışta bulunanın ihmali davranışının tehlikeliliği hakkındaki sübjektif tasavvuru da önemlidir. Tehlike kriterine getirilen bu sınırlama, özellikle ihmali davranışta bulunan failin zararlı sonucun meydana gelmesine kadarki evrede çeşitli kurtarma ve yardım imkânlarına sahip olduğu olaylarda önem arz etmektedir. Örneğin çocuğunu aklıktan öldürmek isteyen anne ilk öğünü vermediğinde, çocuk hayatını idame konusunda herhangi bir tehlikeye düşmedikçe henüz teşebbüs yoktur. Buna karşılık bir dalgıcın yardımcısı, aralarında sözleştikleri bir sinyal üzerine vermesi gereken oksijeni vermeyi ihmal ediyorsa, böylece bununla bağlantılı dalma tehlikesini yükseltmesi bakımından icra, failin sonucu göze alması anından itibaren başlamıştır. Öyleyse bu suçlara teşebbüste asıl ölçü, tehlikeyi kuran ya da yükselten bir tarzda sonucun meydana gelmesini önlemenin ihmal edilmesi ya da geciktirilmesi anıdır. Örneğin, bir çocuk suya düştüğünde, bu şekilde meydana gelen tehlike bakımından yardım etmekle görevli olan, daha sonraki bir zamanda ve başka araçlarla kurtarma imkânı olaksa bile derhal müdahale etmek zorundadır. Aynı durum, tehli-

⁴¹ Gropp, A.T., § 9 Kn. 39; Wessels/Beulke, AT., Kn. 741; Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Bielefeld 2003, § 26 Kn. 57; Herzberg, MK, § 22 Kn. 124; Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 443; Vogler, Theo, *Versuch*, in *Leipziger Kommentar (LK) Strafgesetzbuch, Grosskommentar*, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985, § 22 Kn. 119 vd.; Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (AT)*, 5. Auflage, Berlin 1996, § 60 II 2; Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre (AT)*, 6. Auflage, Berlin 2000, § 18 Kn. 35; Eser, Albin, *Versuch*, in: *Schonke / Schröder (SS) Strafgesetzbuch-Kommentar*, 26. Auflage, München 2001, § 22 Kn. 50-51; Trondle, Herbert / Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, (StGB)*, 51. Auflage, München, 2003, § 22 Kn. 31; Kuhl, AT., § 18 Kn. 148; Zaczky, NK, § 22 Kn. 64; Meyer, Jürgen, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, ZStW 87 (1975) s. 605.

kenin büyümesine neden olacak şekilde, zorunlu bir operasyonun ertelenmesi hali için de geçerlidir.⁴²

Bu öğreti, ihmali davranışın sahibinin olay yerinde bulunduğu ve bu nedenle de kontrolü altındaki sonraki olay sürecine her zaman müdahale edebilecek bir konumda bulunması durumunda teşebbüsü kabul etmemektedir. Diğer yandan olay süreci failin hâkimiyet alanından çıktığı anda da bu teoriye göre icra henüz başlamamıştır. Örneğin, anne-babası tarafından ıssız bir yere ölmesi amacıyla terk edilen yeni doğmuş bebek olayında, bu görüş, öldürmeye teşebbüsün varlığını çocuğun terk edilmesiyle değil, ancak çocuğun hayatı için kritik durum olduğu anda kabul etmektedir.⁴³ Çünkü ilk müdahale imkânı geçirilse bile henüz hayati bir tehlike olmadan daha sonraki bir zamanda usulüne uygun bir şekilde görev yerine getirilebilir. İlk ihmalle kanunî tipin gerçekleşmesini doğuran son ihmal arasında henüz daha birçok ihmal sekansı vardır. Bu durum icra suçlarına teşebbüsteki “*ara eylem*”⁴⁴ kriterine benzer bir şekilde “*ara ihmal*” olarak da tanımlanabilir. Böylece ilk hareket fırsatının atlanması, yükümlüye sonraki bir vakte kesin bir şekilde sonucu önleme imkânını bırakıyorsa, henüz ihmali suçun icrasının doğrudan doğruya başlanması anlamına gelme-

⁴² Eser, SS, § 22 Kn. 51; Vogler, LK (10. Aufl.), Kn. 121; Trondle/Fischer, § 22 Kn.31–32; Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 443. Benzer: Baumann/Weber/Mitsch, AT., § 26 Kn. 57.

⁴³ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 286.

⁴⁴ İcranın ne zaman başladığı konusunda Almanya’da doktrinde ve uygulamada kullanılan son teorilerden biri olan parça/ara eylem teorisi (Teilakts/Zwischenaktstheorie) her bir vücut hareketinin parça/ara davranış olarak bölümlenmesine dayanır. Buna göre, kanuni tipte tanımlanan hukuki konunun ihlaline başlamadan önce, failin planına göre en azından bir davranışın daha gerektiği hareketler hazırlık hareketidir; buna karşılık kendi ferdi fiil planına göre, kanuni tipteki asıl icra hareketiyle arasında başka kısmi davranış bulunmayan ve kanuni tipteki hareketin parçası sayılan bir hareketi gerçekleştiren kişi teşebbüs evresine girmiştir. Bir başka deyişle kanuni tipteki asıl hareketten farklı, ama onunla (kanuni tipteki hareketle) kendisi arasında artık “başka bir parça davranış” bulunmayan hareketin varlığı durumunda teşebbüsü kabul etmek gerekir. Örneğin adam öldürme suçunda, silahla nişan alma, ateşlemeden önceki son hareket olarak teşebbüs sayılırken, silahın çekilmesi, bu hareketle silahın ateşlenmesi arasında hala kısmi/parça bir davranış gerekli olduğu için, hazırlık hareketidir. Hırsızlık suçunda, kolların çalınacak nesneye doğru uzatılması teşebbüsken, bu nesnenin içinde bulunduğu sandığın kırılması hazırlık hareketidir. Bkz. Roxin, A.T. II, § 29 Kn. 126; Maurach / Gossel / Zipf, AT.(1989) 2, § 40 I, Kn. 48; Jacobs, AT., 25/ 59 vd.; Trondle/Fischer, § 22 Kn. 10; Gropp, AT., §9 Kn. 36; Rudolph, SK, § 22 Kn. 13.

yecektir. Eğer yükümlü, emrin son yerine getirilmesi imkânının zamanını da hareketsiz kalarak geçirirse şüphesiz doğrudan doğruya kalkışma vardır. Çünkü bu son hareketsizlik artık başlama eşiğini aşarak kanuni tipin gerçekleşmesi niteliğine bürünecektir. Bu nedenle ve ayrıca bu durumda bu suçlardan gönüllü vazgeçme imkânı ortadan kalkacağı için doğrudan doğruya başlama olarak daha erken, en azından sonndan bir evvelki sonucu önleme imkânı kabul edilmelidir. Bu an da korunan hukuki konunun tehlikeye düşürülmesinden başlar.⁴⁵

Bu teori de bazı olaylar bakımından icranın başlangıcını geciktirmekle eleştirilmiştir. İcrai bir suçta, örneğin uçağa bomba koyma olayında adam öldürmeye teşebbüs failin bombayı koyup olay yerini terk etmesiyle başlıyorsa, bir güvenlik görevlisinin bu bombayı keşfetmesi ve fakat uçağın patlaması kastıyla sessiz kalması ve oradan uzaklaşması anında teşebbüsü kabul etmek gerekir. Bu patlamanın uçağın kalkışından ancak birkaç saat sonra meydana gelecek olması her iki olayda da teşebbüsün varlığını engellemez. Aksi durum kriminalpolitik olarak da kabul edilemez sonuçlara götürür. Çünkü bombayı koyanın ya da güvenlik görevlisinin uzaklaşmasından sonra -faillerin daha sonra gönüllü vazgeçmeleri dışında- uçaktakilerin kurtulması ancak bombanın tesadüfen başkası tarafından bulunması sayesinde mümkün olabilir. Bu olayın, icrai veya ihmali hareketlerin sahibi faillerin lehine yorumlanması ve onların cezasız bırakılması hiç mantıklı değildir.⁴⁶ Diğer yandan tehlikenin doğduğu anı belirlemenin güç olacağı ve bu nedenle bu ölçütün belirsiz olduğu eleştirisi de yapılmaktadır.⁴⁷

Bu üç görüşün dışında bir görüşü de Roxin ortaya atmıştır. Roxin' e göre, failin olay sürecini hakimiyet altında tuttuğu durumlarla olay sürecinin failin hakimiyeti altından çıktığı durumları ayırmak gerekir. Buna göre ihmali hareketin sahibi olay sürecini hâkimiyeti altından çıkardığı anda icra başlamış demektir. Buna karşın nedensel süreç hala failin hâkimiyet alanında bulunuyorsa, *"henüz hiçbir şey olmadı"* ve failin mağduru kurtarma hareketini her an yapabilme imkânı olduğu sürece, sadece hazırlık hareketi olduğunu kabul etmek gerekir. Bu ikinci durumda icra ancak mağdurun doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesi durumunda yani sonucun meydana gelmesine ya-

⁴⁵ Baumann/Weber/Mitsch, AT., § 26 Kn. 57.

⁴⁶ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 287.

⁴⁷ Bkz. Hakeri, s. 271.

kın bir zamanda başlayacaktır. Bu anda suç konusu için açık bir riziko meydana gelmektedir ve bu hassas nokta teşebbüsle hazırlık hareketini ayırmaktadır. Bu görüşün yukarıdaki tehlikeye düşürme görüşünden farkı da olayı iki aşamalı olarak değerlendirmesinde yatmaktadır; yani failin olayı kontrol altında tutup tutmamasına göre, bir diğer deyişle henüz olay yerini terk edip terk etmemesine göre bir ayırım yapılmaktadır. Issız bir yerde doğrulan bir bebeği anne-babası ölmesi için orada bırakmak düşüncesindeyse, anne-baba bebeğin yanında oldukları ve onun için henüz tehlike oluşmadığı müddetçe icra henüz başlamamıştır; sadece hazırlık hareketi vardır. Ancak yeni doğan, anne babanın müdahalesiz beklemesiyle hayati tehlikeye düşmüşse icra başlamıştır. Buna karşılık anne baba evlerine gitmiş ve bebeği kaderine terk etmişse, onlar ayrılır ayrılmaz icra da başlamıştır. Çünkü artık olay süreci onların kontrolünde değildir. Anne babanın sonradan geri dönmesi, kurtarma hareketlerinde bulunması veya telefonla çocuğun yerini bildirerek kurtarılmasını sağlamaları ancak gönüllü vazgeçme kapsamında değerlendirilecek hareketlerdir. Aynı durum, anne babanın sadece kan nakliyle kurtarılabilecek çocuklarını kasten ihmal edip hastaneye götürmemeleri olayında da geçerlidir. Eğer kan nakli çocuğun hayatını riske atmayacak şekilde birkaç gün daha ertelenebiliyorsa, bu durumda anne babanın faaliyete geçmemesinde, daha sonra kan transferi yaptırmasalar da öldürmeye teşebbüs yoktur. Ancak sonraki hareketsizlikleri çocuğun hayatını tehlikeye sokmaya başladığı anda teşebbüsün eşiği aşılmıştır. Buna karşılık anne baba seyahate çıkmışlar ve evde yalnız kalan çocuğu ölüme terk etmişlerse bu durumda kan nakli için henüz biraz zaman olsa da icra başlamıştır. Yine çok örnek verilen tren makasçısı olayında da aynı durum söz konusudur. Sarhoş birisini raylarda yatarken gördüğü halde tren altında kalarak ezilmesi için orada bırakan makasçı, eğer trenin en erken iki saat sonra geleceğini biliyorsa ve ayrıca onun yaklaştığı telefonla bildiriliyorsa makasçının hareketsiz kalması cezasızdır. Sarhoşun hayati tehlike içine düşmesine kadar beklenmesi durumunda ise icra başlar. Buna karşılık makasçı görevli olduğu alanı terk eder ve evde uyumaya giderse, henüz trenin gelmesine saatler olsa da icra bu anda başlamıştır.⁴⁸

⁴⁸ Roxin, AT, II, § 29 Kn. 272-277. Aynı görüşte: Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Heidelberg 2001, s. 184; Haft, Fritzhof, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, Münschen 2004, s. 236; Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil (AT)*, 12. Auflage, München 1996, § 86 III 2; Rudolph, Hans Joachim, in: *Systematischer Kommen-*

Roxin'in, olayın failin hâkimiyet alanından çıkması şeklindeki yaklaşımı, bazı tehlikeye düşürme teorisi taraftarlarınca, bu görüşte olayın hakimiyet alanından çıkmasının tehlikenin bir işareti olarak kabul edildiği, ancak bu "işaret" in, doğrudan doğruya tehlikeye düşürme gerçek durumunun yerine geçemeyeceği şeklinde eleştirilmiştir.⁴⁹ Diğer yandan teori hâkimiyet alanında bulundurma-hâkimiyet alanından çıkarma kavramları konusunda da belirsiz olmakla eleştirilmiştir.⁵⁰

Kanaatimizce daha isabetli olan görüş Roxin'in görüşleridir. Mümkün olan ilk müdahale teorisi icranın başlangıcını çok erken bir zamana koymaktadır. Bu görüş, henüz hukuki konu için hiçbir tehlike ortaya çıkmamışken ilk ihmali davranışı cezalandırmakla adeta niyeti cezalandırmaktadır. Bu aşamada failin hukuki konuya bir zarar vermek istediği bile çok net değildir; bu bakımdan kastının varlığını da belirlemek neredeyse imkansızdır. Bu yönüyle teşebbüsün temelini failin tasavvurunda arayan sübjektif görüşe yakınlaşma tehlikesi vardır. Kanunumuz icraya "doğrudan doğruya" başlanmasını aramaktadır. Bu tabir kanuni tipin gerçekleşmesine yakın olmayı, yani bir tehlikenin meydana gelmesini gerekli kılmaktadır. Mümkün olan son müdahale teorisi ise mümkün olan ilk müdahale teorisinin tersine icranın başlangıcını aşırı derecede geciktirmektedir ve adeta hukuki konuyu korunmasız bırakmaktadır. Diğer yandan bu görüş kabul edilirse kanunun gönüllü vazgeçme hükmü ihmali suçlar bakımından anlamsız hale gelecektir. Çünkü bu görüşe göre neredeyse suçun tamamlanma anına yakın bir zamanda teşebbüs başlayacaktır. Hukuki konunun tehlikeye düşürülmesi teorisi esas itibarıyla doğru bir yaklaşım sunmaktadır. Gerçekten teşebbüsün temelinde hukuki bir değer tehlikeye düşürülmesi düşüncesi vardır.⁵¹ Ancak tehlikeye düşürme anı bakımından

tar zum Strafgesetzbuch, (SS) Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, vor § 13 Kn. 51 vd.; Stratenwerth, Günter, *Strafrecht Allgemeiner Teil (AT)*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000, § 14 Kn. 4; Heinrich, Kn. 755; Zaczek, NK, § 22 Kn. 64.

⁴⁹ Krey/Heinrich, AT. 2, § 43 Kn. 443; Otto, AT., § 18 Kn. 45; Kuhl, AT. § 18 Kn. 149.

⁵⁰ Herzberg, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, s. 409.

⁵¹ "Günümüz ceza hukukları, geçmişten farklı olarak, beşeri bir davranışı cezalandırırken, onun, sadece bir zarar doğurmuş olmasını göz önüne almakla kalmamakta aynı zamanda bir zarar tehlikesi doğurmuş olmasını da göz önüne almaktadırlar. Hukuki bir değer ihlali, o değer kıymetinin azalması veya tamamen yahut kısmen yok olması biçiminde olabileceği gibi, o değer veya menfaatin varlığının olması bir tehlikeye konulması biçiminde de olabilmektedir. Böyle olunca, suçlar, ihlalle bağıntılı olarak, ya zarar suçları, ya da tehlike suçları olmaktadır. Bilimde

bir ayırım yapmak gerektiği düşüncesine katılıyoruz. Olayın kontrolü failin elinde bulunduğu müddetçe icra ancak mağdur bakımından bir tehlike söz konusu olduğunda başlayacaktır. Fail her an müdahale edebilecek bir konumda olduğu sürece icrayı onun ilk müdahale imkanını geçirmesiyle başlatmak doğru olmadığı gibi son müdahale imkanına kadar geciktirmek de doğru bir tutum değildir. Teşebbüs kavramına en uygun çözüm bir tehlikenin varlığını aramaktır. Ancak fail, mağdurun zarar görmesi kastıyla olayın kontrolünü elinden çıkarmışsa, örneğin olay yerinden ayrılmış ve mağduru korumasız bırakmışsa bu andan itibaren icranın başladığını kabul etmek gerekir. Çünkü fail mağduru tesadüflerin eline bırakmaktadır. Kendisinden beklenen görevi yerine getirmedeği gibi mağduru belirsiz bir sürece terk etmekte ve bu bakımdan daha o andan itibaren bir tehlikenin içinde bırakmaktadır.

2. Salt (Gerçek) İhmal Suçlarında Teşebbüs

Salt (gerçek) ihmal suçlarına teşebbüs mümkün değildir, çünkü suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman henüz geçmiş değilse, o fiili yapmamış olmak, normun ihlali sonucunu doğurmaz. Buna karşılık, suç sayılan fiilin yapılması için gereken zaman geçmişse, suç artık tamamlanmıştır. Tamamlanmış suça teşebbüs olmaz.⁵²

Ancak bir görüşe göre, bu suçlarda failden beklenen hareketin yerine getirilmesi bakımından bir zaman aralığı söz konusu ise bu zaman sürecinin sonuna kadar teşebbüs mümkündür.⁵³ İtalyan hukukunda baskın görüşün bu suçlara teşebbüsü kabul etmediği, ancak bu konuda yeni bir eğilim bulunduğu da ifade edilmektedir. Buna göre *“fail hareketsizliğini ortadan kaldırmadığı veya hareketsizliğe devam ettiği müddetçe ihmali suçlara teşebbüs”* söz konusu olabilir. Bu yöndeki bir görüş

ve teknolojiye meydana gelen ve gelmekte olan gelişmeler giderek tehlike suçlarının artmasına neden olmuştur. Bugün, enerji, ulaşım, sağlık vs., alanlarında ortaya çıkmış olan ilerlemeler korkutucu boyutlara ulaşmış; bu da tehlike suçlarının en az zarar suçları kadar önemszenmesi sonucunu doğurmuştur. Tipik, genel tehlike suçu da, en başta ‘suça teşebbüs’tür’. Hafızoğulları, s. 225.

⁵² Hafızoğulları, s. 325. Aynı görüşte: Dönmezer/Erman, C. I, No: 589; Centel/Zafer/Çakmut, s. 475; Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi*, Yeni Ceza Kanununun Anlamı, Ankara 2005, s. 399; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 401, 752.

⁵³ Önder, s. 411; Hakeri, s. 264 vd.

de failin yapmaması gereken ihmali hareket yerine pozitif bir hareket yapması durumunda teşebbüsün söz konusu olduğunu belirtmektedir. Örneğin, devlet memurunun memuriyet görevini yapması için belli bir zamanda görevini yaptığı yerde hazır bulunması gerekir. Yani memur bulunmama hareketini yapmamak zorundadır. Memurun yapmaması gereken ihmali hareketin yerine icrai bir hareket yapması halinde, eğer görevi yapmak için henüz zaman dolmamış ise, teşebbüs vardır. Ancak, artık norma itaatin fail tarafından imkansız olması durumunda teşebbüs değil, tamamlanmış suç söz konusu olacaktır.⁵⁴ Yine İtalyan hukukundaki bir görüşe göre, bu suçlarda bölünebilen bir gerçekleşme veya bir suç yolu mümkün olduğunda teşebbüs de gerçekleşebilir. Failin kasıtlı olarak kendisini süresinde yükümlülüğünü yerine getiremeyeceği bir duruma sokması, ancak yükümlülüğü öngören norm ile korunan hukuki konunun zarar görmesinin başka nedenlerce engellenmesi halinde bu durum söz konusudur. Örneğin belli bir zaman ve yerde bulunması gereken kişinin bu yükümlülüğünü yerine getirmemek için başka bir ülkeye gitmesi, ancak onun yükümlülüğünün başkaları tarafından yerine getirildiği için amacının gerçekleşmesi olayında olduğu gibi.⁵⁵

Alman hukukunda ise ağırlıklı görüş salt ihmal suçlarına teşebbüsü mümkün görmektedir. Alman hukukunda öncelikle teorik olarak bütün gerçek ihmali suçlara “*elverişsiz teşebbüs*”ün (işlenemez suç) mümkün olacağı söylenmiştir. Örneğin bir kimse hata yaparak bir kaza olduğuna inanmış ve var zannettiği kaza mağduruna yardım etmeden oradan ayrılmışsa Al. CK m. 323c’ deki suça (trafik kazasına maruz kalan veya genel bir tehlike içinde veya zaruret hali içinde bulunan kimseye yardım etmeme teşebbüs) söz konusu olur.⁵⁶

“*Elverişli teşebbüs*” bakımından ise bir ayırım yapmak gerektiği ifade edilmektedir. Eğer kanuni tipte bir sonuç aranmıyor ve ihmal şeklindeki hareketle suç meydana geliyorsa teşebbüs düşünülemez; çünkü emre aykırı olarak hareketin yapılmamasıyla suç da gerçekleşmiş olur. Örneğin bir kimse kendisinden talep edilen yardımı ihmal etmişse Al. CK. m. 323c’deki suç (trafik kazasına maruz kalan veya genel

⁵⁴ Bkz. Soyaslan, Genel Hükümler, s. 328.

⁵⁵ Toroslu, Genel Kısım, s. 270

⁵⁶ Roxin, AT. II, § 29 Kn.. 293; Eser, SS, § 22 Kn. 53; Jescheck/Weigend, AT., § 60 II 1; Maurach /Gossel/ Zıpf, AT. (1989) 2, § 40 A 1a,b Kn. 99-100.

bir tehlike içinde veya zaruret hali içinde bulunan kimseye yardım etmeme) tamamlanmış olur. Ancak eğer gerçek ihmal suçu bir sonucu şart koşuyorsa, örneğin Al. CK m. 138 (planlanan suçları bildirmeme -kamu düzenine karşı suçlar kapsamındaki) veya m. 120'deki (hapisten mahkûmun kaçırılması) gibi suçlarda durum başkadır. Bu suçlarda gerçek olmayan ihmal suçlarında geçerli kurallar uygulanabilir. Örneğin gardiyan veya hapisanede görevli başka bir memur mahkûmun kaçtığını gördüğü halde müdahale etmiyorsa, icra memur mahkûmun dışarı çıkmasından hemen önceki ana kadar hala hareketsiz kaldığı durumda başlar. Ancak eğer bu kaçma planından haberi varsa kasıtlı olarak bunun olmasını mümkün kılmak için görev yerini zamanından önce terk etmişse o anda icra başlamıştır. Somut olaylarda bu sorunun çözümü her bir kanuni tipin yorumuna göre yapılmalıdır.⁵⁷

Al. CK salt ihmali suçlardan bazılarını (örneğin m. 123 I, alt.c.2: girdiği konuttan çıkmama; m. 138: planlanan suçları bildirmeme;⁵⁸ m. 170: bakım gözetim görevini ihmal etme; m. 323c: trafik kazasına maruz kalan veya genel bir tehlike içinde veya zaruret hali içinde bulu-

⁵⁷ Roxin, AT. II, § 29 Kn.. 293.

⁵⁸ Hakeri, Al. CK'nun bu maddesiyle ilgili olarak Alman öğretisindeki anlayışı aktarmakta ve 765 sayılı TCK'nın 235. maddesindeki (5237 s. K. m. 279) suçu ihbar etmeme suçuyla bir karşılaştırmasını yapmaktadır. Al. CK'nun söz konusu maddesinde "zamanında" ifadesi kullanılmaktadır. Alman öğretisine göre bu ifade dolayısıyla öğrendiği suçu bildirmeme ihmal suç tipi bakımından teşebbüs mümkündür. Burada teşebbüs ile tamamlanma arasındaki zaman aralığı "gecikmeksizin" ile "zamanında" arasında bulunan zaman aralığıdır. Fail suçun öğrenilmesinden itibaren "gecikmeksizin" olarak kabul edilebilecek bir zaman aralığından başlayarak "zamanında" olarak kabul edilebilecek bir ana kadar teşebbüs aşamasındadır. Hakeri'ye göre, Al. CK'nın söz konusu hükmünün benzer bir hükmü olan TCK'nın (765 sayılı) 235. maddesi açısından konu ele alındığında sırf ihmali suç olan bu suça teşebbüs mümkün değildir. 235. madde gereğince ihbarı gereken suçu öğrenen memur derhal, gecikmeden ihbar etmelidir. Bir anlık gecikme suçun tamamlanması anlamına gelecektir. Bkz Hakeri, s. 264 dn. 364. Hakeri 765 sayılı TCK'nın 531 maddesinde yer alan sahte parayı mercilere bildirmemek suçu bakımından da, bu maddede üç günlük bir süre belirlenmiş olması dolayısıyla teşebbüsü kabul etmemektedir. Zira aldığı paranın sahte olduğunu öğrenmesinden itibaren üç gün süre içinde yetkili mercilere durumu bildirmeyen kimse bakımından bu üç günlük süre zarfında suçun tamamlanması söz konusu olmayacak, üç günün dolması ile ise suç tamamlanmış olacaktır. Dolayısıyla bu arada teşebbüse müsait bir zaman aralığı bulunmadığından, bu suça teşebbüs mümkün değildir. Öyleyse ihmal suç tipinin gerçekleşmesi için bir zaman aralığı mümkün olabiliyorsa, Hakeri'ye göre sırf ihmal suçuna teşebbüs mümkündür. Ayrıca yazar bu suçlarda gönüllü vazgeçmenin de mümkün olduğunu söylemekte dolayısıyla teşebbüsü de kabul etmektedir. Bkz. Hakeri, s. 266.

nan kimseye yardım etmeme) teşebbüsü cezalandırmamıştır. Bu suçların cezası bir yıldan az olduğundan, Al. CK'nın 22. maddesi gereği bu suçlara teşebbüs sadece açık hüküm bulunduğu cezalandırılabilir. Alman kanun koyucusu bu suçlara teşebbüsü cezalandırmamayı tercih etmiştir. Ancak yine bu gruba girmekle birlikte bazı suçlara teşebbüsün cezalandırılması kabul edilmiştir (örneğin Al. CK m. 120: mahkûmun kaçmasına göz yummak; Al. CK m. 339: hukukun çiğnenmesi/saptırılması '*Rechtsbeugung*',⁵⁹ örneğin bilinçli olarak kanuna aykırı biçimde müdafiinin reddedilmesi; Al. CK m. 283/3: Ticari defterlerin, bilançonun veya envanterin sunulmaması).⁶⁰

III. İhmal Suçlarında Gönüllü Vazgeçme

Fail suçun icrasına başladıktan sonra, bu hareketlerin yarıda kesilmesi veya icranın bitmesine rağmen tipik sonucun meydana gelmemesi ya failin elinde olmayan nedenlerden dolayı ya da onun istemiyle olabilir. Failin iradesi dışındaki sebeplerin ortaya çıkmasının etkisiyle suçun tamamlanmasının herhangi bir aşamada engellenmesi, onun suça teşebbüsten sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Buna karşılık failin kendi isteğiyle icra hareketlerine devam etmemesi veya bu hareketlerin tamamlanmasından sonra iradi aktif davranışlarıyla tipik sonucun gerçekleşmesini önlemesi durumunda ise teşebbüs ettiği suçtan ceza almayacaktır. Failin teşebbüs ettiği suçtan bu şekilde geri dönmesi "*gönüllü vazgeçme*" olarak adlandırılmaktadır.⁶¹

TCK m. 36'ya göre, "*fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer veya kendi çabalarıyla suçun tamamlanmasını veya neticenin gerçekleşmesini önlerse, teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır*". Bu düzenlemeye göre kanun koyucu icra hareketlerinin devam ettirilmesinin zorunlu olması şeklindeki teşebbüsle (örneğin çekilen silahın ateşlenmesinin gerekli olması gibi), bunun gerekli olmadığı teşebbüsü (örneğin zaman ayarlı bir bombanın kurulup patlatılmak istenen yere

⁵⁹ Al. CK m. 339: "Bir hakim veya başka bir memur veya hakem, bir hukuki mesele- nin yürütülmesi /idare edilmesi veya karara bağlanmasında taraflardan biri lehine ya da aleyhine kusurlu olarak hukuku saptırırsa..."

⁶⁰ Roxin, AT. II, § 29 Kn.. 292.

⁶¹ İçel/Sokulu-Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver s. 352-353.

konması gibi) ayırmıştır. Birinci durumda failin gönüllü vazgeçme kurumundan yararlanabilmesi için gönüllü olarak⁶² icrayı devam ettirmemesi (örneğin silahı ateşlememesi ve cebine koyması) yeter; ikinci durumda ise failin gönüllü olarak fiilin tamamlanmasını engellemesi (örneğin bombayı patlamadan önce etkisiz hale getirmesi, öldürmek amacıyla yaraladığı kimseyi kurtarmak için doktor getirmesi veya hastaneye götürmesi, zehirlediği kişiyi kusturucu ilaçlarla veya panzehir vererek kurtarması,⁶³ öldürmek amacıyla denize attığı kişiyi denizden çıkarması⁶⁴ vs.) gerekir. Böylece, icra hareketlerinden vazgeçme negatif bir özelliğe sahiptir; bir diğer deyişle kararlaştırılan suç faaliyetinin sonuna kadar götürülmemesidir;⁶⁵ bu durumda failin soyut bir durması yetecektir,⁶⁶ aktif bir davranış gerekmez.⁶⁷ Suçun tamamlanmasını veya sonucun gerçekleşmesini önlemek ise, pozitif bir özellik taşıır; bir diğer deyişle sonucu önleyecek yeni bir faaliyetin icra edilmesini gerektirir.⁶⁸

İcrai bir hareket söz konusu olduğunda şüphesiz doğru olan bu açıklamalar ihmali bir hareket söz konusu olduğunda daha farklı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Acaba ihmal suçlarına teşebbüsten gönüllü vazgeçmede, icrai suçlarda olduğu gibi bir ayırım yapılacaktır mıdır? Diğer bir deyişle bu suçlarda ihmali hareketin sürdürülmemesi şeklinde bir vazgeçme ve aktif bir davranışla ihmali hareketten dönme şeklinde bir vazgeçme olarak iki tür vazgeçme mümkün müdür? Yoksa gönüllü vazgeçme için her halükarda aktif bir hareket mi gerekecektir?

İhmal suçlarına teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin şartları ve sonucu önleme yükümlülüğü bakımından icra suçlarındaki gibi bir ayırımın yapıp yapılmayacağı tartışılmış ve bu konuda iki görüş ileri sür-

⁶² Gönüllülük konusundaki teoriler için bkz. Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 148; Roxin, AT. II, § 30, Kn. 355; Eser, SS, § 24 Kn. 42; Jäger Christian: Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000), s. 783; Maurach/Gossel/Zipf, AT. 2, § 41 Kn. 97.

⁶³ Erem/Danışman/Artuk, s. 322; Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 290.

⁶⁴ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 290.

⁶⁵ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 267.

⁶⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 746.

⁶⁷ Centel/Zafer/Çakmut, s. 47.

⁶⁸ Toroslu, *Genel Kısım*, s. 267; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 746; Centel/Zafer/Çakmut, s. 47; Öztürk/Erdem, Kn. 370.

rülmüştür. İhmal suçlarına teşebbüsten gönüllü vazgeçmenin gereklerini temel olarak icra suçlarındaki icra hareketlerinin bitmesinden sonra söz konusu olan vazgeçmenin gerekleriyle eş değer tutan bir görüşe göre,⁶⁹ ihmal suçlarında icra hareketlerinin bitiminden önce gönüllü vazgeçme ve icra hareketlerinin bitiminden sonra gönüllü vazgeçme şeklinde bir ayırım yapmak hem gereksiz hem de yanıltıcıdır. Bu suçlarda gönüllü vazgeçmenin şartları icra suçlarındaki icra hareketlerinin bitmesinden sonra söz konusu olan gönüllü vazgeçmede olduğu gibidir. İcra hareketlerinin bitiminden önce failin suçu tamamlamak için hareketlerine devam etmesi gerekir; icra hareketlerinin bitmesinden sonra ve icra suretiyle ihmal suçuna teşebbüste ise bu söz konusu değildir. Doktrinde geniş şekilde temsil edilen diğer görüşe göre⁷⁰ ise ihmali suça teşebbüste de icra hareketlerinin yarıda kesilmesi ve icra hareketlerinin tamamlanması ayırımı yapılmalıdır. Ayırım taraftarı teoriye göre, bu öncelikle kanunun vazgeçme hükmünün temel düşüncesinden çıkarılabilir. Buna göre, sonuç meydana gelmediğinde, suçun gerçekleşme ve sonuçta hukuki konuyu tehlikeye düşürme derecesine göre, vazgeçme imtiyazının gereklerini ve böylece sonucu önleme yükümlülüğünün derecesini ayırmak gerekir. Bu bakımdan icrai suça teşebbüs ve ihmali suça teşebbüs arasında bir fark yoktur.

İhmali suçlara teşebbüsten gönüllü vazgeçme konusunda ayırım yapılmasına karşı olan ve bizim de katıldığımız ilk görüşe göre, icra suçlarındaki icra hareketleri tamamlanarak gerçekleştirilen teşebbüsle icra suretiyle ihmal suçuna teşebbüs arasında açıkça bir paralellik vardır. Fail, sarhoş olan mağduru kendisi tren raylarına koyduktan son-

⁶⁹ Borchert, Uwe/Helmann, Uwe, *Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit*, GA 1982, s. 444; Freund, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre*, Berlin 1998, § 8 Kn. 67; Herzberg, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelik*, s. 93; Kohler, s. 482; Kuper, Wilfried, *Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, ZStW 112 (2000), s.42; Roxin, AT. II, § 29 Kn. 268; Roxin, *Tatentschluss*, s. 12; Trondle/Fischer, § 24 Kn. 14; Rudolph, SK, Vor § 13 Kn. 56.

⁷⁰ Bkz. Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 320; Backmann, Leonhard, *Strafbarkeit des bei Tatbeginn zurücktretenden Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat*, BGHSt 28, 346, JuS 1981s. 341; Eser, SS, § 24 Kn. 27 vd.; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Jescheck/Weigend, AT., § 60 II 3; Kuhl, AT, § 18 Kn. 153; Lonnie, Otward, *Rücktritt und Taetige Reue beim unechten Unterlassungsdelik*, NJW 1962, s. 1951; Maurach/Gossel/Zipf, AT. 2, § 40 Kn. 106; Otto, AT, § 19 V Kn. 86; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743; Schroder, Horst, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts*, MDR 1956, s. 86.; Blei, AT., § 86 III 3; Ebert, AT., s. 184; Jacobs, 29/Kn. 116; Vogler, LK 10. Aufl., § 22 Kn. 40. Ayrıca bkz. Hakeri, s. 275.

ra uzaklaştığında veya trenin yaklaşması sırasında mağdur tehlike bölgesinin dışına çıkarmadığında nasıl icra hareketleri tamamlanmışsa, bu durum ihmali davranış gösteren fail için de farklı değildir. Çünkü mağdurun içinde bulunduğu duruma nasıl düştüğü, ne teşebbüsün cezalandırılabilirliği ne de icra hareketlerinin bitmemiş olması ve tamamlanmış olması ayrımı bakımından bir önem taşır.⁷¹ Bu durumda ihmali suçu failinin gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesi için her hâlükârda sonucu önleyici aktif bir eylemde bulunması gerekir. Korunan hukuki konu, onun ihmali nedeniyle tehlikeye maruz kaldığı için, -öyle ki bu tehlike her an kanuni tipin gerçekleşmesini sonuçlayabilir- ihmali suça teşebbüsün yapısı icrai suçtaki icra hareketlerin tamamlanması şeklindeki teşebbüsün yapısıyla aynıdır. İhmali suça teşebbüste de icra hareketlerinin yarıda kesilmesi şeklindeki teşebbüs kabul edilseydi bile, bu durumun, ihmali suçu işlemekten vazgeçen failin her zaman aktif bir davranışta bulunması zorunluluğu nedeniyle, vazgeçme davranışı üzerinde bir etkisi olmayacaktır.⁷² Ayrıca icra hareketlerinin yarıda kesilmesi ve tamamlanması arasında ayırım yapma, hukuki konu için hiç bir tehlikenin söz konusu olmadığı olayların bile cezalandırılabilir alana dâhil edilmesine götürebilir. Başlangıçta bir rizikonun doğmasından sonra göreve uygun davranışın sonradan yerine getirilmesi, neticenin meydana gelmesini önleyebileceği için, ayırım yapmak cezalandırılabilirliğin hareketsiz kalmanın öncesine doğru kaymasına neden olabilir.⁷³ Diğer yandan ihmali suretiyle icra suçuna teşebbüste söz konusu ayırım yapmak icra hareketlerinin ne zaman tamamlanmış sayılacağı konusundaki problemleri de gündeme getirecektir; bu nedenle pratik olarak da hiçbir faydası yoktur. Bu anlamda, teşebbüs evresine giren bir garantör eğer sonucu engellemiş ise cezasız kalacaktır; burada, onun önceki ihmalinin hangi evrede olduğunun önemi yoktur. Diğer bir deyişle sonucun meydana gelmemesi durumunda teşebbüs evresinde ayırım yapmanın önemli bir dogmatik fonksiyonu yoktur. Aynı şekilde sonuç meydana geldiğinde ise her iki durumda da tamamlanmış bir suç olacaktır.⁷⁴

İhmali suçlarda da icra suçlarında olduğu gibi icra hareketleri-

⁷¹ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 269, 278.

⁷² Trondle/Fischer, § 24 Kn. 14.

⁷³ Rudolph, SK, Vor § 13 Kn. 56.

⁷⁴ Roxin, AT. II, § 29 Kn. 270; Küper, s. 22, 25 vd.

nin yarıda kesilmesi ve tamamlanması ayırımının yapılması ve gönüllü vazgeçmenin gereklerinin bu iki farklı duruma göre belirlenmesini isteyen ayırımcı görüşe göre ise, burada ihmali suçların özelliği gereği bir hususa dikkat etmek gerekir. Özellikle, icra suçuna teşebbüse göre düzenlenmiş gönüllü vazgeçme hükmünün kuralları şematik ve birebir olmasa bile, her zaman ihmali davranışın niteliklerine uygun olarak başka sözcüklerle bu alana aktarılabilir.⁷⁵ İhmali suça teşebbüsten vazgeçmede davranışın her zaman pozitif bir hareket olarak ortaya çıkması zorunluluğu, basamaklandırma yapılamayacağı anlamına gelmez. Fail, kendisine emredilen, ancak o ana kadar terk ettiği hareket nedeniyle sonucun doğmayacağını düşünüyorsa, bu ihmali fiili hala terk edebilir. Buna karşılık o ana kadarki ihmalinin sonuca neden olabileceğini düşünüyorsa, kendi tasavvuruna göre sonucun doğması için artık sadece ihmali hareketi terk etmesi yeterli değildir; ona emredilen hareketin ötesinde ayrıca faaliyette bulunması gereklidir.⁷⁶

Söz konusu ayırımcı görüşe göre, bu ayrıma karşı, ayırımın yapılmasının cezalandırılabilirliği öne çektiği itirazı da ileri sürülemez. Teşebbüsten dolayı cezalandırılmaktan kurtaran bir vazgeçmenin mümkün olabilmesi için, öncelikle failin cezalandırılabilir bir teşebbüste bulunması, yani doğrudan doğruya kanuni tipi gerçekleştirmeye başlaması gerekir. Fakat diğer yandan mağdurun doğrudan tehlikeye düşürüldüğünün ve sonucun meydana gelmesine yaklaşıldığının kabulü, failin genel olarak sonucu önlemek için mutlaka kendisine emredilenden daha fazlasını yapmak zorunda olması anlamına gelmez.⁷⁷

Böylece bu genel prensipleri koyan ayırımcı görüşe göre, fail tasavvuruna göre önce ihmal ettiği kurtarma hareketini sonradan basitçe bir yerine getirme yoluyla sonucun meydana gelmesini önleyebileceksse ihmali suçta henüz icra hareketleri bitmemiştir.⁷⁸ Örneğin bir anne, normal öğünün sonradan verilmesiyle çocuğunun hayatını koruyabileceğini düşünüyorsa veya bir demir yolu bekçisi demir yolu makası-

⁷⁵ Eser, SS, § 24 Kn. 27; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743.

⁷⁶ Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 321. Belirtmek gerekir ki Alman hukukunda icra hareketlerinin sona erip ermemesi konusunda neredeyse birlik halinde kabul edilen yaklaşım failin bakış açısına göre olması gerektiği yani sübjektif görüştür. Bkz. Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 320.

⁷⁷ Lilie / Albrecht, LK, § 24 Kn. 322.

⁷⁸ Eser, SS, § 24 Kn. 28; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Kuhl, AT., § 18 Kn. 154; Otto, AT., § 19 Kn. 87; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743.

nı iki trenin çarpışmasından önce değiştirebileceğini düşünüyorsa ihmali davranışla işlenen öldürme suçunda icra hareketleri bitmemiştir. Aynı şekilde, bir yüzme havuzu öğretmeni başlangıçta yardım etmediği boğulmakta olan kişiyi sadece sudan çıkararak kurtarabiliyorsa aynı durumundadır.⁷⁹ Bu durumda, cezadan kurtaran bir vazgeçme için icra hareketlerinin gönüllü olarak bırakılması/terk edilmesi yeterlidir. İcra suçuyla karşılaştırıldığında ihmali suçun farklı yapısının sonucu olarak suçun icra hareketlerinin bırakılması, failin emredilen hareketi aktif olarak yapması anlamına gelir.⁸⁰ Yani emrin yerine getirilmesi ya da tehlikenin önlenmesi şeklindeki göreve uygun bir hareketin varlığı gerekir.⁸¹ Buna karşılık, failin tasavvuruna göre başlangıçta emredilen hareketin yapılması tek başına kanuni tipin meydana gelmesini önleyemeyecekse ihmali suçta icra hareketleri tamamlanmıştır. Bu durumda, fail tasavvuruna göre sonucun doğması için her şeyi yaptığını, daha doğrusu bütün ihmali gösterdiğini düşünmektedir.⁸² Örneğin bir anne, aç bıraktığı için güçten düşmüş çocuğunu, sadece onu yeniden besleyerek değil doktora götürerek kurtarabilir; ya da demir yolu bekçisi, tren son makası da geçmişse artık sadece ihmal ettiği davranışı yerine getirmekle çarpışmayı önleyemez; daha fazla bir şey yaparak, örneğin telsizle haber vererek önleyebilir. Yine, baygın halde suya batmış olan kişinin sadece sudan çıkarılması yetmez; onu yeniden hayata döndürmek için girişimlerde bulunmak gerekir.⁸³ Bu olaylarda suçun icra hareketlerini bırakmak, yani başta emredilen hareketi yapmak failin tasavvuruna göre artık kanuni tipin önlenmesine yetmemektedir; failin sonucu gönüllü olarak önlemesi, yani başlangıçta emredilen hareketin yapılmasını aşan başkaca tedbirler alması ve bunların başarıya ulaşması gerekir.⁸⁴

⁷⁹ Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 322; Eser, SS, § 24 Kn. 28; Wessels/Beulke, AT., Kn. 743.

⁸⁰ Baumann/Weber/Mitsch, AT, § 27 Kn. 26; Eser, SS, § 24 Kn. 28; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Kuhl, AT § 18 Kn. 152.

⁸¹ Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 323.

⁸² Eser, SS, § 24 Kn. 29; Gropp, AT., § 9 Kn. 72; Kuhl, AT., § 18 Kn. 154; Otto, AT., § 19 Kn. 88; Wessels/Beulke, AT., Kn. 744.

⁸³ Eser, SS, § 24 Kn. 29; Wessels / Beulke, AT., Kn. 744.

⁸⁴ Eser, SS, § 24 Kn. 30; Lilie/Albrecht, LK, § 24 Kn. 324.

Sonuç

İhmal suçları salt ihmal suçları ve ihmal suretiyle icra suçları olmak üzere ikiye ayrılır. Salt ihmal suçlarına teşebbüs mümkün değilken, ihmal suretiyle icra suçlarına teşebbüs mümkündür.

İhmal suçlarına teşebbüs konusunda en önemli problem icra suçlarında olduğu gibi icranın ne zaman başladığı konusundadır. İhmali hareketin yapısı gereği, yani bir yapma davranışı yerine bir yapmama ibaret olması nedeniyle icra suçundan farklı bir şekilde düşünmeyi gerektirmektedir. Bu nedenle de bu suçlarda icraya başlama konusunda icrai suçlardan farklı teoriler ortaya atılmıştır. Ancak kanaatimizce bu teoriler bakımından da teşebbüsün doğasına uygun bir çözümü benimsemek gerekir. Bu bakımdan, mademki teşebbüsün doğasında kanuni tipte aranan sonucun gerçekleşmemesi ancak korunan hukuki değer bakımından bir tehlike meydana gelmesi vardır; öyleyse icraya başlama anı bakımından da ne kişi özgürlüğünü kısıtlayacak kadar erken zamanı ne de mağdurun korunmasını zayıflatacak kadar geç bir zamanı değil, hukuki değer bakımından bir tehlike oluşmasını esas almak gerekir. Bu açıdan icraya başlama anını mümkün olduğu kadar kanuni tipteki harekete yakınlaştırmak gerekir. Bu nedenle biz yukarıda belirtilen teorilerden tehlikeye sokma kriterini benimsiyoruz. Ancak tehlikeye sokma kriterinin de Roxin'in yaptığı gibi iki farklı duruma göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Buna göre, eğer olay hala failin kontrolünde ise bu durumda mağdur bakımından bir tehlike doğması anını icranın başlangıcı olarak kabul edilmeli, yok eğer olay failin hakimiyetinden çıkmışsa tehlikenin bu andan itibaren başladığı kabul edilmelidir.

İhmal suçlarından gönüllü vazgeçme bakımından da icra suçlarından farklı düşünmek gerekir. İcra suçlarında icrai hareketin yapısı gönüllü vazgeçme hükmünde öngörülen iki türdeki vazgeçmeye uygundur. Yani icranın devam ettirilmemesi şeklinde ve icra hareketleri tamamlandıktan sonra neticenin önlenmesi şeklinde olabilmektedir. Ancak ihmali hareketin yapısı gereği ihmali bir suçtan dönmek her zaman aktif bir davranışta bulunmayı ve neticeyi önlemeyi gerektirmektedir.

KAYNAKLAR

- Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Yenidünya, Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Ankara 2007.
- Backmann, Leonhard, *Strafbarkeit des bei Tatbeginn zurücktretenden Tatbeteiligten wegen vollendeter Tat*, BGHSt 28, 346, JuS 1981.
- Baumann, Jürgen / Weber, Ulrich / Mitsch, Wolfgang, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bielefeld 2003.
- Blei, Hermann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 12. Auflage, München 1996.
- Borchert, Uwe/Helmann, Uwe, *Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit*, GA 1982.
- Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, Üçüncü Bası, İstanbul 2005.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2006.
- Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C.I, 11. Bası, İstanbul 1994.
- Ebert, Udo, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2001.
- Eser, Albin, Versuch, in: *Schonke/Schröder Strafgesetzbuch-Kommentar*, 26. Auflage, München 2001.
- Freund, George, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Personale Straftatlehre, Berlin 1998.
- Gropp, Walter, *Strafrecht-Algemeiner Teil*, 3.Auflage, Berlin-Heidelberg, 2005.
- Hafizoğulları, Zeki, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008, s. 194.
- Haft, Fritjhof, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Münschen 2004.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukukunda İhmal Kavramı ve İhmali Suçların Çeşitleri*, Ankara 2003.
- Heinrich, Bernd, *Strafrecht Allgemeiner Teil I*, Stuttgart 2005.
- Herzberg, Rolf Dietrich, Versuch, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1.
- Herzberg, Rolf Dietrich, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, MDR 1973.

- İçel, Kayıhan/Sokullu-Akıncı, Füsün /Özgenç, İzzet/Sözüer, Adem/ Mahmutoğlu, Fatih S./Ünver, Yener, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, İstanbul 2000.
- Jacobs, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin-Newyork, 1991.
- Jescheck, Hans Heinrich / Weigend, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- Kohler, Michael, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Berlin/Heidelberg 1997.
- Krey, Volker/Heinrich, Manfred, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 2. Auflage, Stuttgart 2004.
- Kuhl, Kristian, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, München 2002.
- Kuper, Wilfried: Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, ZStW 112 (2000).
- Lilie, Hans/ Albrecht, Dietlinde, Rücktritt, in: *Leipziger Kommentar (LK), Strafgesetzbuch-Grosskommentar*, 1. Band, 11. Auflage, Berlin 2003.
- Lonnie, Otward, *Rücktritt und Taetige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt*, NJW 1962.
- Maurach, Reinhart/Gossel, Heinz/Zipf, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Teilband 2, Heidelberg 1989.
- Meyer, Jürgen, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, ZStW 87 (1975).
- Mezger Edmund, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Auflage, Berlin / München 1949.
- Otto, Harro, *Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre*, 6. Auflage, Berlin 2000.
- Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul 1992.
- Özbek, Veli Özer, *TCK İzmir Şerhi, Yeni Ceza Kanununun Anlamı*, Ankara 2005.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2008.
- Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa R., *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, 9. Baskı, Ankara 2006.
- Roxin, Claus, *Strafrecht-Allgemeiner Teil*, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, München 2003.
- Roxin, Claus, *Tatentschluss und Anfang der Ausführung beim Versuch (Tatentschluss)*, JuS 1979.

- Rudolphi, Hans Joachim, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977.
- Schroder, Horst, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts*, MDR 1956.
- Selçuk, Sami, Suç, Suç Yürüngesi ve Kalkışmanın Konumu, AD., Yıl 74 (1983), Özel Sayı S. 5.
- Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası Ankara 2005.
- Soyaslan, Doğan, *Teşebbüs Suçu*, Ankara 1994.
- Sözüer, Adem, *Suç Teşebbüs*, Ankara 1994.
- Stratenwerth, Günter, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Köln-Berlin-Bonn-München 2000.
- Toroslu, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Ankara 2007, s. 111-112.
- Trondle, Herbert / Fischer, Thomas, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze (StGB)*, 51. Auflage, München, 2003.
- Vogler, Theo, Versuch, in *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch, Grosskommentar*, 1. Band Einleitung, §§ 1 bis 31, 10. Auflage, Berlin 1985.
- Wessels, Johannes / Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 33. Auflage, Heidelberg 2003.
- Zaczyk, Rainer, Versuch, Rücktritt, in *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden 2005.