

KASTEN İHMALİ DAVRANIŞLA ADAM ÖLDÜRME

Ş. Cankat TAŞKIN*

I. BÖLÜM

1. İhmal Kavramı, İhmal Suretiyle İcranın Öğretideki Tanımları ve Örnekler

Ceza hukukunda suçların çeşitli şekillerde ayrımları yapılmaktadır. Örneğin maddi suçlar-şekli suçlar; tehlike suçları -zarar suçları, tek hareketli suçlar- seçimlik suçlar ayrımlardan birkaçıdır.¹

Yapılan diğer bir ayırım ise, inceleme konumuyla bağlantılı olması bakımından, hareketin şekline göre yapılan ayırımdır ki bu da icrai-ihmalî suçlar ayırımıdır.²

Türk Hukukunda ihmalî ve icrai suçlar, üst kavram olan “hareket” kavramı ile birlikte değerlendirilmektedir. İhmal kavramı ise, “olumsuz, menfi, negatif hareket” kavramlarıyla da açıklanmaktayken; icra kavramı ise “olumlu, müspet veya pozitif hareket” kavramlarıyla da açıklanmaktadır. Buna göre, Türk ceza hukukunda ihmal ve icra kavramları için “davranış” terimi kullanılabilir.³

Yargıtay da bazı kararlarında eylemin “etkin olmayan”, “edilgin” (pasif, menfi) ve “etkin” (aktif, müspet) olmasından bahsetmektedir.³

* Av., Bursa Barosu.

¹ Dönmezer, Sulhi/Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. 1-9. Baskı, İstanbul 1985, Filiz Kitabevi, s. 354 vd.

² Hakeri, Hakan, *Kasten Öldürme Suçları (TCK 81-82-83)*, Ankara Ocak 2006, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, s. 69, Aynı yönde Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara 2005, Yetkin Yayınları, s. 111.

³ 4. CD, 19. 09. 1995 tarih 1995/4780 E ve 5733 K sayılı ilamı (etkin olmayan harekete örnektir); 4. CD, 22. 2. 1997 tarih; 1997/11068 E ve 1997/11404 K sayılı ilamı ise

İhmal Hukuk Sözlüğü'nde şöyle tanımlanmaktadır:⁴ “Haksız sonuca yönelmemekle birlikte, durumun ve koşulların gerektirdiği dikkat ve özeni göstermeme hali; dikkatsizlikten ve veya özensizlikten kaynaklanan kusur; savsama; gerekli özeni göstermeme; hafif kusur hali”. İhmalin, *Türkçe Sözlük*'teki anlamı ise “Gereken ilgiyi göstermeme, boşlama, savsaklama, savsama, önem vermeme”dir.⁵

Hukuk Sözlüğü'nde ihmali suçlar “olumsuz (menfi) bir hareket sonucunda işlenen suçlar” olarak tanımlanmakta ve memurun yapması gereken bir işi yapmaması da ihmali suçlara örnek olarak verilmektedir.⁶

Hukuki yararlar saygı gösterilmesi iki şekilde görülebilmektedir. Birincisi hukuki yararlar tecavüz eden bir hareketin yapılması (icrai hareket); ikincisi ise, hukuki yararı koruyan hareketin yapılmamasıdır.⁷ Bu iki temel ayrımın yanı sıra, hem icrai hem de ihmali hareketle işlenebilen suçlar da söz konusu olabilir. Bu suçlar da “garantörsel ihmali suçlar” olarak tanımlanmaktadır.⁸

Örneğin yangın suçunu hem ihmali hem de icrai suçlarla işlemek mümkündür. Başkasının bir cismi ateşe verdiğini görmesine rağmen, itfaiye görevlisi, sonucu önlemekle görevli olmasına rağmen yangına müdahale etmemişse garantörsel ihmali suç oluşmuştur.⁹

Hareketsiz kalan bir kimseyi bir sonuç nedeniyle hukuken sorumlu tutmaya izin veren yakın ilişkiye garantörlük denmektedir.¹⁰

Garantörsel ihmali suçları Soyaslan “safihmali suçlar” olarak tanımlamaktadır.¹¹ Soyaslan’a göre, saf ihmali suçlar kanunun yapılmasını istediği müspet hareketin yapılmaması ile oluşur. Örneğin görevin ihmali (TCK m. 257/2); kamu görevlisinin öğrendiği suçu merciine bildirmemesi (TCK m. 279); terk edilen resmi makamlara haber ver-

“etkin” harekete örnek kararlarıdır. Hakeri, s. 69)

⁴ Yılmaz, Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, Ankara 1992-Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, s. 386.

⁵ *Türkçe Sözlük*, C. 1, Türk Dil Kurumu, İstanbul 1992, Milliyet Yayınları, s. 686.

⁶ Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, s. 386.

⁷ Soyaslan, *Özel Hükümler*-, s. 111.

⁸ Hakeri, a. g. e., s. 70.

⁹ Hakeri, a. g. e., s. 70.

¹⁰ Hakeri, a. g. e., s. 78.

¹¹ Soyaslan, Doğan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2005, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, s. 233.

memek, hasta veya yaralıya yardım etmemek (TCK m. 98) saf ihmali suçlara örnektir.¹²

Soyaslan'a göre, bazen müspet bir hareketle gerçekleştirilen bir suçu ihmali suretiyle gerçekleştirmek mümkündür. Bunlara da "ihmal suretiyle icra suçları" denir.¹³

Ancak garantörsel ihmali suçlar, "basit ihmali suçlar"; "garantör suçları" ya da "kanunda düzenlenmemiş bulunan ihmali suçlar" kavramları ya da gerçek olmayan ihmali suçlar kavramlarına karşılık gelmek üzere "icra neticeli ihmali suçlar", "garantör ihmali suçları" gibi kavramlar da düşünülebilir.¹⁴ Ancak buna karşın Hakeri, kanunun özel kısmında suçun unsuru olarak -görünüşte- icrai bir hareketin belirlenmiş olmasına rağmen ihmali bir hareketle işlenen suçlara "garantörsel ihmali suçlar" demenin uygun olacağı düşüncesindedir.¹⁵

Artuk/Gökçen/Yenidünya ise, ihmali suçların olumsuz hareketin yapılmasıyla gerçekleşebileceğine dikkat çekerek, bu suçların sırf hareket suçları olduğunu belirtmektedirler.¹⁶ Buna göre, kanunun kişiden beklediğinin yapılmamış olması, kanunun emrine itaatsizlik edilmesi ihmali suçtur.¹⁷ İhmali suçlarda failin sadece hareketsiz kalması yeterli değildir; önemli olan suç tipinde belirlenmiş olan hareketin yapılmamış olmasıdır.¹⁸

Öztürk/Erdem/Özbek ise, esasen aktif bir hareketle işlenebilen bazı icrai suçların, hareketsiz kalarak işlenebilmesi durumunda, ihmali suretiyle icra suçlarının oluşacağını belirterek şu örneği vermektedir: "Adam öldürme esasen icrai bir suçtur, ancak bu suç hareketsiz kalınarak da; yani ihmali suretiyle de işlenebilir. Örneğin hastabakıcının hastaya vermesi gereken ilaçları, onu öldürmek maksadıyla vermemesi, bu konuda hareketsiz kalması durumunda, ihmali suretiyle işlenmiş icrai bir suç söz konusudur."¹⁹

¹² Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 233.

¹³ Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 233.

¹⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 71.

¹⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 71.

¹⁶ Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2004-Turhan Kitabevi, s. 427.

¹⁷ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 425.

¹⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 425.

¹⁹ Öztürk, Bahri/Erdem, M. Ruhan/Özbek, Veli. Ö., *Ceza Hukuku Genel ve Özel Hükümler (Kişilere ve Mallara Karşı Suçlar) Temel Bilgiler*, Ankara 2001, Turhan Kitabevi,

Erem ise ihmal suretiyle icra yoluyla işlenen adam öldürme için “Bu suç ekseriyetle icra suçudur. Fakat ‘selbi fiiller’ ile de işlenebilir. Öldürmek kasdı ile aç bırakmak, yeni doğmuş çocuğun göbeğini bağlamamak gib. Selbi fiillerle işlenecek adam öldürmeleri sadece suça mani olmamak şeklindeki olaylarla karıştırmamak lazımdır. Bir adamın öldürülmek üzere olduğunu gören ve suçun işlenmesine mani olmak imkanına sahip bulunan bir kimsenin suça mani olmaması onu adam öldürmenin faili haline getiremez. Çünkü vatandaşın suça mani olmak mecburiyeti yoktur. Fakat bazı kimselerin (mesela zabıta memurlarının) suça mani olmak hususunda kanuni ve bazı kimselerin de mukaveleden doğan (mesela hususi muhafızların) mecburiyetleri vardır. Fakat bu mecburiyetlere rağmen, eğer asıl fail ile aralarında “Suçta iştirak” durumu mevcut değilse, adam öldürme suçunun faili sayılamazlar. Haklarında kanunun başka hükümleri tatbik olunabilir. Çünkü suça mani olmamak ile suç işlemek, bu suçun başkası tarafından işlenmesini istemek aynı şey değildir. Buna mukabil, başkasının fiilinin bu gibi şahısların fiili sayılabileceği hallerde aynı neticeye varılamaz. Bu itibarla bir deli evinde, bir delinin husumet beslediği diğer bir deliyi öldürmesini sağlamak maksadı ile bir muhafızın, nezaret vazifesini kasten yapmaması neticesinde adam öldürmenin faili sayılacağı tabiidir.” demektedir.²⁰

Dönmezer’e göre, kasten adam öldürme cürümünün birtakım ihmallere gösterilmek suretiyle işlenmesi mümkündür. Buna, demiryolu hat bekçisinin yol üzerine düşmüş ve gidiş-gelişi önleyen bir engeli, geçen trenin devrilmesi ve o trende bulunan hasmının ölmesi için bilerek kaldırmayan demiryolu bekçisinin fiili örnek olarak gösterilebilir.²¹

Jescheck ise, garantörsel ihmali suçları gerçek olmayan ihmali suçlar olarak tanımlamaktadır.²²

Şu halde, tüm bu tanımlardan çıkan sonuca göre, ihmali suçlara şu örnekler verilebilir:²³

1. Yaşı, hastalığı veya yaralanması nedeniyle ya da başka her-

s. 35.

²⁰ Erem, Faruk, *Adam Öldürmek Cürümleri*, Ankara 1982, Sevinç Matbaası, s. 10.

²¹ Dönmezer, Sulhi, *Kişilere ve Mallara Karşı Cürümler*, 17. Baskı, İstanbul Ekim 2004, Beta Kitapevi, s. 16;

²² Jescheck, Hans-Heinrich, *Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş*, Çev: İçel, Kayıhan/Bayraktar, Köksal/Yenisay, Feridun, İstanbul 1989, Beta Kitabevi, s. 40 vd.

²³ Artuk/Gökçen/Yenidünya, a. g. e., s. 426.

hangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye yardım etmeme ya da bu durumu derhal ilgili makamlara bildirmeme (TCK m. 98/1).

2. Kaybedilmiş olması nedeniyle malikinin zilyedliğinden çıkmış olan ya da hata sonucu ele geçirdiği eşyayı iade etmeme veya yetkili mercileri durumdan haberdar etmeme (TCK m. 160).

3. Bir hukuki ilişkiye dayalı olarak elde ettiği eşyanın aslında suç işlemek yoluyla elde edildiğini öğrenmesine rağmen, suçu takibe yetkili olan makamlara derhal haber vermemek; (TCK m. 166).

4. Akıl hastası üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğünü ihmal etmek (TCK m. 175).

5. İnşaat veya yıkım eylemleri sırasında gereken önlemleri almak (TCK m. 176).

6. Gözetimi altında bulunan hayvanı kontrol altına almada ihmal göstermek (TCK m. 177).

7. Herkesin gelip geçtiği yerlerde yapılmakta olan işlerden veya bırakılan eşyadan doğan tehlikeyi önlemek için gerekli işaret veya engelleri koymamak (TCK 178).

8. İşlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, neden olduğu sonuçların halen sınırlandırılması olanağı bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemek (TCK m. 278).

9. Kaçak olan tutuklu veya hükümlüyü bildirmemek (TCK m. 284/1).

10. Bir suça ait delillerin saklandığı yeri bildirmemek (TCK m. 284/2).

11. Denetim görevini ihmal ederek, zimmet veya irtikap suçunun işlenmesine imkan sağlamak (TCK m. 251/2).

12. Kamu görevlisinin görevinin gereğini yapmakta ihmal ve gecikme göstermesi (TCK m. 257/2).

13. Kamu görevlisinin, kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrendiği halde yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmal etmesi veya bu konuda gecikme göstermesi (TCK m. 279).

İcrai suçlar sırf hareket suçları (şekli suç, neticesiz suç) olabileceği gibi, neticeli suçlar (maddi suç) olarak da belirebilir. İhmali suçlar ise, ancak olumsuz bir devinimle gerçekleşebilirler.²⁴ Bu nedenle de ihmali suçlar hareket suçlarıdır. İhmalin cezalandırılabilmesi için bir zararın ortaya çıkması gerekmez; ihmalin oluşmasıyla suç tamamlanmış olur. Bu ayrım, suçun teşebbüsünde önem taşır. Çünkü icrai suçlarda teşebbüs mümkünken ihmali suçlarda teşebbüs olmaz. Ayrıca, ihmali suçlar yalnızca failden beklenen davranışın fail tarafından gerçekleştirilmemesi ile işlenebilirken; icrai suçlar ise ihmal suretiyle de işlenebilmektedir.²⁵

Şu halde, denilebilir ki ihmal suretiyle icrai suçlardan failin sorumlu sayılmasının ilk koşulu, failin belli bir sonucun gerçekleşmesini engelleme yönündeki yükümlülüğüdür. (TCK m. 83). İkinci koşul ise, failin böyle bir yükümlülüğü olduğu halde bu sonucun gerçekleşmemesini sağlamaya yönelik bir devinimde (hareket) bulunmamış olmasıdır.²⁶ Böyle bir durumda, ihmali hareketle bir suç işlenmiş sayılacaktır. Buna göre, bir kimse sonucun gerçekleşmesini önleme yükümlülüğü altında bulunmasına rağmen, buna engel olma olanağı yoksa ya da o somut olayda başka türlü devinme olanağı bulunmuyorsa, kişinin ihmali davranışı suç oluşturmaz. Örneğin doğa olayları nedeniyle ölüm sonucunu önleyememe durumunda failin sorumluluğuna gidilemeyecektir. Şu noktaya da dikkat çekmek gerekir ki kendisine yardım edilecek olan kimsenin bu yardımı istememesi garantörün yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir nedendir. Ancak bu halde de kendisine yardım edilecek olan kimsenin, yardım istemediği sırada kendi kendine karar verebilecek durumda olması gerekir. Aksi halde garantörün yükümlülüğü ortadan kalkmış sayılmaz.²⁷

Failin, öngörülen sonucu engelleme yükümlülüğü sözleşmeden, yasadan ya da daha önce gerçekleştirilmiş bir hareketten (örneğin A.'yı yanlışlıkla bir odaya kilitleyen B., durumu anladıktan sonra odayı açmazsa ve bunun sonucunda da -örneğin havasızlıktan- A. ölürse, B'nin sorumluluğu daha önce gerçekleştirilmiş bir hareketten doğan

²⁴ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 427.

²⁵ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 427.

²⁶ Dönmezer, *Kişilere*, s. 17.

²⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 83.

sorumluluktur)²⁸ doğabilir.²⁹

Öngörülen sonucu engellemekle yükümlü sayılan bir kişinin, sonuca engel olmadığından bahsedebilmek için, o somut olayda başka türlü devinebilme olanağından yoksun bulunması gerekecektir.³⁰ Buna göre:

1. Hukuki yükümlülük altında bulunan, yükümlülüğüne uygun devinmiş olsaydı bile sonuca engel olamayacaktı diyebiliyorsak, devinimsizlik yükümlülüğe aykırılık anlamına gelmez. Örneğin sıcaklığın -30 derece olduğu bir kış gecesi tek battaniyeyi çocuğunun üzerine örtmeyip kendisi kullanan bir annenin bu ihmali nedeniyle donarak ölen çocuğunun ölümünde, annenin bu devinimi ile çocuğun donma eylemi arasında nedenselliğin varlığı kabul edilemez. Çünkü bu durumda anne, çocuğa battaniyeyi örtmüş olsaydı bile sonuç değişmeyecekti.

2. Yükümlü olan kişiden, olayın somut gelişmesi karşısında icrai bir harekette bulunarak sonucu önlemesinin beklenemeyeceği durumlarda da hareketsizlik, ölüm meydana gelmişse, ölümde nedensellik bağı taşımaz. Örneğin bir treni soymak isteyen eşkiyalar, terni belirli bir yerde durdurmak için makası yanlış açmış olsalar, makasının bunu görmüş olmasına rağmen, eşkiyaların ölüm tehdidi altında olması nedeniyle makası değiştirememiş olmasının sonucunda trenin kaza yapmasıyla ölüm meydana gelmişse, makasının bu ölümden sorumlu olduğu söylenemeyecektir.³¹

3. Yükümlülüğe rağmen fiziki olanaksızlık varsa, ihmal nedensellik bağı taşımayacaktır. Örneğin bir hafta sonu çocuklarıyla birlikte gezmeye dağlık alana giden bir babanın, çocuklarından birinin uçurumdan düşerek ince bir ağaç dalında asılı kalması durumunda, dal babanın ağırlığını çekemeyecek incelikte ise ve baba çocuğuna bu nedenle yardım etmediğinden çocuk da ölmüşse, babanın ölüm sonucundan sorumluluğunu kabul etmek olanaksızdır.³²

²⁸ Artuk/Gökçen/Yenidünya, *a. g. e.*, s. 428.

²⁹ Geniş bilgi için bkz Hakeri, *a. g. e.*, s. 76 vd.

³⁰ Önder, , Ayhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. II, 1. Baskı, İstanbul Eylül 1989, Beta Yayıncılık, s. 128; aynı yönde Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 468, Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 114.

³¹ Önder, , *a. g. e.*, s. 128.

³² Önder, *a. g. e.*, s. 128.

4. Hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi özel ve teknik bilgi gerektiriyorsa, yardım etmeme sonucunda doğan ölümden fail sorumlu olmayacaktır. Örneğin dağ başında kazaya uğrayan bir çocuğun karnına saplanan sivri bir ağaç parçasının yakında bulunan mandıra sahiplerinden yardım istemeyen babanın bu eylemi sonucunda ölüm meydana gelmişse, baba ihmalden sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü çocuğun karnındaki dalı çıkarmak için tıp bilgisi gerekmektedir.³³

Yasal düzenlemeden kaynaklanan yükümlülükler Medeni Kanun'dan kaynaklanan yükümlülükler (anne-babanın çocuk üzerindeki bakım ve gözetim yükümlülüğü: MK m. 335 vd.) ya da PVSK'dan kaynaklanan ve emniyet görevlilerine insanların can ve mal güvenliklerini koruma görevi veren yükümlülükler)örnek gösterilebilir.³⁴

Sözleşmeden doğan yükümlülükler örnek olarak da doktorların bir hastanın bakımını üstlenmesi (bu bazen yasal yükümlülük de olabilir); çocuk bakıcısının çocuğa bakmayı üstlenmesi; plajdaki cankurtaranın, kayak hocasının ya da hemşirenin durumu gösterilebilir.³⁵ Burada önemle vurgulanması gereken nokta, ortada mutlaka yazılı bir sözleşme olmasının gerekmemesidir. Kişinin, bakım ve gözetim yükümlülüğünü kendi istenciyle (iradesiyle) üstlenmesi yeterlidir.

Öngelen tehlikeli eylemden doğan yükümlülüğe örnek olarak ise, taksirle trafik kazasına neden olan kimsenin, yaralanan kişilere yardım etme yükümlülüğü bulunmasına rağmen, durmayarak (yardım etmeyerek), yaralıların ölmesine neden olması durumunda kazaya neden olan kimsenin de ölümden sorumlu tutulmasıdır.³⁶

Hakeri'ye göre, *“ihmali suçlar, kanunda yer alan hareket yükümlülüğüne rağmen, kanunun öngördüğü hareketi yapmamak suretiyle işlenen suçlar ya da hukuki olarak bir sonucu önlemekle yükümlü kılınan kimsenin, sonucu önlemesi olanaklı olduğu ve sonucu önlemesi ondan beklenebilir olduğu halde, sonucu önlememesi yoluyla işlenen suçlar”* olarak tanımlanabilir.³⁷

Yukarıda belirtilen ölçütlerden yola çıkılarak şu söylenebilir: *“Fail icrai hareketi yapmış olsaydı netice meydana gelmeyecekti diyebiliyorsa, ih-*

³³ Önder, a. g. e., s. 128.

³⁴ Konu, aşağıda Bölüm II başlık I'de ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁵ Konu, aşağıda Bölüm II başlık II'de ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁶ Konu, aşağıda Bölüm II başlık III'te ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁷ Hakeri, a. g. e., s. 75.

mal neticenin sebebidir.”³⁸ Ancak fail hareket etse idi netice meydana gelmeyecekti diyebildiğimiz birçok durumda, bulunacak ölçü çoğu kez değişken olacaktır. O halde, adil bire sorumluluk için daha nesnel bir ölçüt belirlenmelidir. Bugün öğretisi de uygulama da şu ölçütü kullanmaktadır: “fail hareket etmiş olsa idi tipik neticenin meydana gelebilme ihtimali gerçeğe yakın bir derecede engellenebilecektiyse, ihmali illi değer taşımıştır.”³⁹

Öyleyse, ihmali hareketin cezalandırılması ile ilgili olarak, özetle şu söylenebilir: “Genel sosyal dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmali cezalandırılmaz. Örneğin, tehlikesiz bir soğuk algınlığına müdahale etmemek gibi. Ancak acil yardım gerekliliğine dayanan dayanışma içerisinde nitelendirilebilecek ihmali ise az bir ceza ile cezalandırılacaktır. (Saf ihmali suçlar:TCK 98). Buna karşın, özel bir dayanışma ilişkisi içerisinde nitelendirilebilecek yükümlülüğe aykırı ihmali ise, icrai harekete denk sayılarak aynı ceza ile cezalandırılır.”⁴⁰

II. BÖLÜM: GARANTÖRLÜK TİPLERİ

I. YASAL DÜZENLEMEDEN KAYNAKLANAN YÜKÜMLÜLÜKLERİN YERİNE GETİRİLMEMESİ (GARANTÖRLÜK GÖREVİNİN İHMALİ) NEDENİYLE ÖLÜME NEDEN OLMAK

Yasal düzenlemelerden kaynaklanan garantörlük aile hukuku temelli ilişkiler; tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten doğan garantörlük; üçüncü kişilerin hareketlerinden ötürü sorumluluktan kaynaklanan garantörlük olarak üç temel başlık altında incelenebilir.⁴¹

A. Aile Hukuku Temelli İlişkilerde Garantörlük

Bu ilişkilerdeki garantörlük de üç temel başlıkta incelenebilir:

1. Doğal Bağlılık Nedeniyle Garantörlük:

a. Ebeveyn-Çocuk İlişkisinde Garantörlük

³⁸ Önder, a. g. e., s. 129.

³⁹ Welzel, Maurach ve Nagler'den aktaran Önder, a. g. e., s. 129.

⁴⁰ Hakeri, a. g. e., s. 75.

⁴¹ Bu tasnif Hakeri, a. g. e. esas alınarak yapılmıştır.

- b. Kardeşler Arasında Garantörlük
2. Eşler Arasında Garantörlük
3. Yasadan Kaynaklanan Diğer Özel Garantörlük Halleri

1. Doğal Bağlılık Nedeniyle Garantörlük

Bir garantörlük ilişkisinin doğması için ilk koşul, taraflar arasında bir bağlılık ilişkisinin varlığıdır. Bu bağlılığın ceza hukuku anlamında etkili olması için, bağın hukuki olması gerekmektedir. Bu bağlılıkta esas olan genetik nedenlerde dayalı bağlılıktır. Örneğin, ebeveynlerle çocuklar arasındaki bağlılık böyledir.

Ancak, ne kadar sağlıklı, sağlam ve uzun soluklu olursa olsun, hukuki ve doğal bağlılığa dayanmayan ilişkiler garantörlük kaynağı oluşturamaz.

Bu açıklamadan çıkan sonuç, doğal bağlılığın bir ailenin üyeleri arasında var olduğudur. Öyleyse, ailenin bireylerinin birbirlerinin vücut bütünlüğüne yönelmiş olan tehditleri önleme ve bunlara müdahale etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Yabancı birisi için yardım yükümlülüğü ancak acil koşullarda geçerliyen (TCK m. 98), bir ailenin üyeleri tehlikede bulunan diğer aile üyesinin acı çekmesini ya da ölümünü seyretmeme yükümlülüğü içindedirler. Aksine bir hareket, buna müdahale etmeyen aile üyesinin sorumluluğunu gerektirir.⁴²

Nikahlı bir ilişkiden doğan çocukla, nikahsız bir ilişkiden doğan çocuğa karşı garantörlük yükümlülüğü arasında fark olmamak gerekir. Nitekim MK m. 498 hükmüne göre, “Evlilik dışında doğmuş ve soybağlı, tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar, baba yönünden evlilik içi husumlar gibi mirasçı olurlar”. Yine MK m. 282 vd hükümlerindeki (Hırsımlık) düzenlemeler; MK m. 323'teki “çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı”; MK m. 338 ve m. 339'daki velayete ilişkin hükümlerden de yasa koyucunun garantörlük yükümlülüğü ve evlilik dışı çocuğun haklarının korunması bakımından evlilik içinde doğan çocukla evlilik dışı doğan çocuğu ayırmadığı görülmektedir.

Bu tür garantörlükteki diğer önemli bir nokta ise, garantörün yakınlarının kendilerini gönüllü olarak tehlikeye atmaları durumunda

⁴² Hakeri, a. g. e., s. 85.

garantörün onlara müdahale ödevinin bulunmamasıdır. Ancak bunun için, kişinin ne yaptığını bilebilecek durumda olması gerekmektedir. Örneğin, kendi rızasıyla uyuşturucu alan ya da otomobil yarışlarına katılan bir çocuğun ölümü nedeniyle ailenin çocuğa müdahale yükümlülüğü yoktur.⁴³

Ancak kanımca, bu halde de ailenin çocuğunun tehlikeye girmesini önleme yükümlülüğünde olması gerekir. Çocuğun sezin ve ergin olması ailenin bu yükümlülüğünü kaldırmamalıdır. Çünkü Türk aile yapısı ve Türk ekini, çocuğun ergin olmakla ailesinden ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu genellikle kabul etmemektedir.

a. Ebeveyn-Çocuk İlişkisinde Garantörlük

Ebeveyn-çocuk ilişkisinin garantörlük yükümlülüğü getireceğini kabul etmek gerekmektedir. Bunun yasal dayanağını ise MK 322 ve 324. maddeleri ile nafaka yükümlülüğünü düzenleyen 364. maddesi oluşturmaktadır.⁴⁴

Bu yasal düzenlemelere göre, gerek çocuğun ana-babası üzerinde (MK m. 322: Ana-baba ve çocuk birbirlerine yardım ederler; MK m. 364: Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üst-soyu, altsoyu ve kardeşlerine yardım etmekle yükümlüdür.) gerekse ana-babanın çocukları üzerinde garantörlük yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmek gerekmektedir. Yine, anne-babadan her biri çocuklar üzerindeki garantörlükte eşit sorumluluk sahibidirler. (MK m. 339, 341, 342, 352 hükümleri bu konuda ana-baba eşitliğini ortaya koyan bazı düzenlemelerdir). Ancak Yargıtay, 15 yaşından küçük kızlarını gayri resmi şekilde evlendiren anne ve baba bakımından anneyi ırza geçme suçunda fer'i fail olarak kabul etmemiştir.⁴⁵ Kanımca, yeni MK hükümleri gereğince (MK m. 186, 189, 336) artık bu Yargıtay içtihadı geçerli olmamak gerekir. Zira yeni MK'ya göre, eşler evlilik birliğini birlikte yönetirler ve hak ve borçlardan birlikte sorumludurlar. Özellikle de MK m. 336 gereğince, eşlerin velayet hakkını birlikte kullanmaları esastır.

⁴³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 85.

⁴⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 86.

⁴⁵ YCGK 9. 5. 1998 tarih, 1998/5-103 E ve 1998/207 K sayılı ilamı: Hakeri, s. 87).

Anne ve babanın aynı evde yaşayan çocuklarını tehlikelerden koruma yükümlülüğü vardır. Yükümlülüğün sınırının ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre (Kühl, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 87) bir çocuğun her tehlikeli eylemine müdahale yükümlülüğü yoktur. Örneğin, çocuğun bir duvara çıkıp oynamasına müdahale edilmez; meğerki duvarın diğer tarafında yüksekçe bir çukur olsun. Diğer bir görüş ise, ebeveynin yükümlülüğünü geniş kabul etmektedir. Örneğin ebeveynin çocuğu beslemek, çocuğa bakmak, gerektiğinde çocuğa tıbbi yardım temin etmek, vücut ve yaşamını tehdit eden kasti ya da takrirli kendini yaralamayı önlemek gibi yükümlülükleri vardır. (BGH: Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin görüşü: aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 88)

Burada kanımca BGH'nin görüşünün çok sert olduğu düşünülmeli ve öğretideki ilk görüşe ağırlık verilmelidir. Aksi halde, ebeveynlerin çocuğun en küçük hareketinden dahi sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Bakım yükümlülüğü açısından, en düşük eşdüzeyin kabul edilmesi yerinde olacaktır. Örneğin varsıl bir ailenin çocuklarını tedavi ettirmek için başka bir kıtadaki tek uzman hekimi arama zorunluluğu yoktur.⁴⁶

Baba açısından garantörlük yükümlülüğü en erken doğumun tamamlanması ile başlamak gerekir (MK m. 28). Bu nedenle, babanın kürtajı önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak aksi görüş (BGH) babanın yükümlülüğünün ceninin anne karnına düşmesi ile başlayacağını savunmaktadır. Babanın embriyoyu döllemesi ile babacenin arasında akrabalık benzeri bir ilişki doğmuş sayılmalıdır. (Jescheck, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 88)⁴⁷

Hakeri'ye göre, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 6. maddesi gereğince gebeliğin sona erdirilmesi için eşin de rızasının aranması gerektiği gözetilecek olursa, babanın da kürtajı önleme yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmek ve bu nedenle ikinci görüşü benimsemek gerekmektedir.⁴⁸

⁴⁶ Jakobs'tan aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 88.

⁴⁷ Aynı yöndeki görüş için bkz Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara 2003, Seçkin Yayıncılık, s. 206.

⁴⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 88.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde ise, gebeliğin sona erdirilmesinin ancak 10. haftaya kadar mümkün olacağı; bundan sonra gebeliğin sona erdirilmesi için, gebeliğin ananın sağlığına ciddi etki doğuracak olması koşulu aranmaktadır. Ancak bu halde de mutlaka rıza aranmaktadır. Kadın evli ise kocanın da rızasını almak gerekir.⁴⁹

Hatemi de hak ehliyeti ve kişiliğin sağ ve tam olarak doğmakla başlayacağını belirtmekte fakat çocuğun sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanacağını belirtmektedir.⁵⁰ Yine Hatemi, insan hakları kapsamına giren *"yaşama hakkının"*, geciktirici şarta bağlı olmayarak, cenine de tanınması gerektiğini belirtmektedir.⁵¹

Ben de bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyim. Nitekim MK m. 28/c. 2'ye göre, *"Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde etmektedir."* hükmü de bu görüşümü desteklemektedir.

Üvey anne ve üvey babanın da çocuklarına karşı garantörlüğü kabul edilmelidir. Nitekim MK m. 338 hükmü gereğince, *"eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler"* hükmü de bu çıkarımı doğrulamaktadır. Aynı doğrultuda, evlat edinme ve vesayet ilişkisindeki durum da garantörlük bakımından önem taşımaktadır. Nitekim MK m. 314'e göre *"ana-babaya ait olan haklar ve yükümlülükler, evlat edinene geçer"*. Şu halde, evlat edinene de aynen anne-baba gibi garantörlük yükümlülüğü altındadır.⁵²

Kanımca garantörlük yükümlülüğü çocuk ergin olduktan sonra da devam etmelidir. Türk aile yapısı ve Türk ekini bunu zorunlu kılmaktadır. MK m. 328. maddesi ise, ebeveynlerin çocuğa karşı olan mali yükümlülükleri bakımından erginlik sınırını koymaktadır. Ancak aksi görüş, garantörlük yükümlülüğünün çocuğun ergin olmasıyla sonuçlanacağını savunmaktadır.⁵³

⁴⁹ Ayan, Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991, s. 29. Aynı yönde bkz Çakmut (Yenerer), Özlem, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul 2003-Legal Yayınları, 1. Baskı, s. 134-135.

⁵⁰ Hatemi, Hüseyin, *Kişiler Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 30.

⁵¹ Hatemi a. g. e., s. 28; bölüm 3.

⁵² Hakeri, a. g. e., s. 96.

⁵³ Jakobs, aktaran: Hakeri, a. g. e., s. 89.

Çocuklar ebeveynlere karşı garantör müdür? Çocukların da ebeveynlere karşı garantör olması gerektiğini yukarıda 1. başlık altında kısaca belirtmiştim. Daha ayrıntılı değerlendirmek gerekirse, MK m. 322 hükmü, aile bireylerinin “birbirlerine” yardım etmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Yine MK m. 364 gereğince “Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür” ifadesinden de çocukların da ebeveynlerine karşı yasal yardım yükümlülüğü (dolayısıyla garantörlük) içerisinde olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. MK m. 364 gereğince kast edilen mali yardım olmakla birlikte, bu hükümden vücut ve yaşama yönelik garantörlük bulunduğu anlamı da çıkarılabilir.⁵⁴

b. Kardeşler Arasında Garantörlük

Avusturya Hukuku’nda yasal bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, kardeşler arasında garantörlüğün bulunmadığı savunulmaktadır.⁵⁵

BGH (Alman Federal Yüksek Mahkemesi), bir kararında damadın kayınvalidesine karşı garantörlüğünü kabul etmiştir. Bundan yola çıkılarak kardeşler arasında evleviyetle garantörlük ilişkisi bulunduğu kabul edilebilir.⁵⁶

Hakeri’ye göre, kardeşler arasında yakın ve sıkı bir ilişkinin varlığı durumunda, kardeşlerin garantörlüğü kabul edilmelidir. Nitekim MK 364 ve 392. maddeleri de bunu-mali yönleriyle düzenlemiş olsa da- kabul etmiştir.⁵⁷

Kanımca, eşler arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı altında birlikte yaşamakla –araları bozuk dahi olsa– garantörlük ilişkisinin devam edeceği yönündeki görüşün⁵⁸ kardeşler bakımından da kabul edilmesi ve kardeşlerin aynı çatı altında yaşamaları durumunda, araları bozuk da olsa, birbirlerine karşı garantörlüğünün sürmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hatta kardeşler aynı çatı altında yaşamıyor

⁵⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁵ Fuchs, aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁶ Aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 91.

⁵⁸ Bkz aşağıda başlık 2 .

olsalar dahi, aralarında sıkı bağlantı bulunuyorsa ve sık sık haberleşiyorlarsa, birinin başına gelen bir tehlikeyi diğerinin engelleme olanağı varsa engellemesi; aksi halde ölüm neticesi meydana gelmişse bundan sorumlu tutulması gerekecektir.

2. Eşler Arasında Garantörlük

Evlilik birliği kurulunca eşlerin birbirlerine karşı bakım ve gözetim yükümlülüğü doğar. Bu yükümlülük MK 185/3 ile şöyle belirlenmiştir: *“Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar. “Yine aynı Kanun’un 195. maddesinde de evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumunda eşlerin hakim müdahalesini isteyebilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu durumda, hakim yasada öngörülen önlemleri alacaktır. Aynı yöndeki bir düzenleme Eski MK m. 161’de de şu şekilde bulunmaktaydı: “Karı kocadan biri, aile vazifelerini ihmal eder yahut diğerini tehlikeye, hacalet veya zarara maruz bırakırsa mütessir olan taraf hakim müdahalesini talep edebilir. Hakim, kabahatli olan tarafa vazifelerini ihtar eder ve bu ihtar semeresiz kalırsa birliğin menafiini sıyaneten kanunda muayyen tedbirler ittihaz eder.”* Özellikle Eski MK hükmü, eşler arasındaki garantörlüğü açıkça ortaya koymaktadır.

MK m. 185/3 hükmü gereğince, eşlerin birbirlerinin vücut bütünlüğünü korumaları da gerekir. Çünkü, madde metni eşlerin birbirlerine yardımla yükümlü olduğunu belirtmektedir. Şu halde, eşler arasında vücut tamlığını korumak ve gözetmek bakımından da bir garantörlük söz konusudur.

Acaba bu garantörlüğün sınırı nasıl çizilmelidir? Başka bir deyişle, acaba eşlerden biri kendi iradesiyle suç işlemek istediğinde, diğer eşin eşinin suç işlemesini önleme yükümlülüğü var mıdır?

Eşlerin, birbirlerinin yaşamını denetleme yükümlülüğü kural olarak yoktur.⁵⁹ Bu nedenle, eşlerden biri örneğin bir cinayet işlediğinde ya da rızasıyla intihara kalkıştığında diğerinin onu engelleme yükümlülüğü bulunmaz. Bu yönde şunu vurgulamak gerekir ki genel olarak bir kimse kendi sorumluluğunun bilincindeyse ve kendi istenciyle devinmekteyse; yaptıklarını da kendisi denetliyorsa intihara iştirak ceza-

⁵⁹ Hakeri, a. g. e., s. 93.

landırılmamaktadır. Durum böyle olunca, garantörsel ihmali suçlarda da bir kimsenin, eşinin intiharıyla ilgili olarak garantörlüğünü kabul etmek de olanaklı olamaz.⁶⁰ Yine diğer eşi ikna ederek intiharını önleme yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Şu halde, denilebilir ki eşler arasındaki garantörlüğün kapsamı ancak eşlerin vücut bütünlüğüne ya da yaşamına yönelik tehlikelerle sınırlıdır. Ancak, bu yükümlülük sadece planlı olarak engellenebilecek tehlikeler bakımından değil; eşlerden birinin diğerine tesadüfen yardıma muhtaç bir durumda rastlaması halinde de geçerlidir.⁶¹

Eşlerin birbirinden ayrı yaşamaları halinde garantörlüğün devam edip etmeyeceği ise öğretilerde tartışılmaktadır. Bazı yazarlara göre, ailenin fiilen aynı ev birliği içinde yaşaması gerekli değildir. Bu nedenle ayrı yaşamalarına rağmen eşlerin garantörlüğü devam eder. Diğer bazı yazarlar ise, eşlerin hukuki anlamda ayrı yaşamaları ya da boşanma davası açmaları halinde garantörlüğün devamını şüpheli bulmakta ve böyle bir durumda garantörlüğü reddetmektedirler. Üçüncü grup yazarlar ise somut olayın özelliğine bakılması gerektiğini belirterek, eşlerin ne zamandır ayrı yaşadıklarına, ayrı yaşamaya başladıktan sonra dostluklarının veya görüşmelerinin sürüp sürmediğine bakmak gerektiğini savunmaktadırlar.⁶² Kanımca boşanma davasının açılmış olması garantörlüğün sona erdiği anlamında yorumlanmalıdır.

Acaba eşlerin arası bozursa, eşlerin birbirine karşı garantörlüğü devam etmeli midir? Bazı yazarlar (Wessels/Beulke, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 85) bu durumda eşlerin birbirine garantörlük yükümlülüğü olduğunu, eşlerin yıllardır birbirine küs dahi olsalar garantörlük yükümlülüklerinin devam edeceğini; bu yükümlülüğün sürmesi için eşler arasında fiili ilişkinin varlığının aranmayacağını savunurken, diğer bazı yazarlar ise (Rudolphi/Joecks, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 85) eşler arasında fiili ilişki yoksa eşlerin birbirine karşı garantörlük yükümlülüğü olmadığını savunmaktadırlar. Ancak bu yazarlara göre, bu halde dahi, eşlerin arası bozursa garantörlük devam etmelidir. Fakat eşler ayrı yaşıyorlarsa garantörlüğün devam edip etmeyeceği tartışmalıdır.

Kanımca, eşler arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı al-

⁶⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 93.

⁶¹ Jakobs'tan aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 94.

⁶² Wessels/Beulke, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 94.

tında birlikte yaşamakla-araları bozuk dahi olsa-henüz resmen boşanmadıklarından ve ayrı da yaşamadıklarından garantörlük ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir.

3. Yasadan Kaynaklanan Diğer Özel Garantörlük Halleri

Nişanlıların arasında garantörlük yükümlülüğü var mıdır? Avusturya uygulamasında ve kuramında bu tip bir yükümlülük kabul edilmemektedir. Almanya'da ise, Alman Federal Yüksek Mahkemesi nişanlılıkta garantörlüğün varlığını onaylayan kararlar vermiştir.⁶³

Hakeri ise, nişanlılığın garantörlüğe kaynak olamayacağını savunmakta ve buna gerekçe olarak da MK m. 119'u göstermektedir. MK m. 119 hükmüne göre, nişanlılık evlenme yönünde bir hak vermediği gibi, nişanın her an bozulabilmesi de mümkündür.⁶⁴

Kanımca nişanlılığın garantörlüğe kaynak olması gerekmektedir. Zira nişanlılık her ne kadar evlilik için zorlayıcı bir hak vermiyor da olsa, nişanlılık MK ile düzenlenmiş olan yasal ve özel bir statüdür ve nişanın bozulması yine MK ile hukuki sonuca bağlanmıştır. Şu halde, yasa koyucu nişanlılığı "*evlilik hazırlığı*" gibi görmüş fakat ona evlilik kadar ağır bir yükümlülük ya da ağır sonuçlar yüklememiştir.⁶⁵ Nişanlılığın yasada tanımlanmış olan "*özel bir statü*" olması nedeniyle, nişanlı çiftler arasında garantörlük yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Aksine bir yaklaşım MK'nın amacıyla da bağdaşmamaktadır.⁶⁶

Evlilik benzeri ilişkiler kendiliğinden garantörlük yükümlülüğü doğurmaz. Örneğin evli gibi birlikte yaşayan kişiler arasında ya da eşcinsel kişiler arasında yasadan kaynaklanan bir garantörlük yükümlülüğü bulunmamaktadır. Evlilik dışı topluluklara garantörlük yükümlülüğü verilmesi durumunda, evlilik tekeli yıkılabilir. Kanımca, bu ilişkiler nişanlılıktan farklı düşünülmelidir ve bu nedenle, yasada düzenlenmediği için bu tip ilişkiler bakımından, nişanlılığın aksine, yasal bir garantörlüğün var olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak

⁶³ Aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 95.

⁶⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 95.

⁶⁵ Hatemi, H., *Aile Hukuku, Sınav Hazırlık Kitabı*, İstanbul 1999, Filiz Kitabevi, s. 9.

⁶⁶ Nişanlılık bahsi için bkz Feyzioğlu, Necmettin Feyzi/Özakman, Cumhuriyet/Sarıal, Enis, *Aile Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 1986, Filiz Kitabevi, s. 22-82 arası.

eşcinselliğin yasalarla korunduğu Hollanda gibi toplumlarda bu tip garantörlüğün varlığını kabul etmek zarureti doğacaktır.

2828 sayılı SHÇEKK 9/b. maddesine göre, kurumun korunmaya ve bakıma muhtaç çocuklara bakma, onları koruma, onların yetiştirilmesi ve geliştirilmesine katkıda bulunma görevi bulunmaktadır. Yine aynı Kanun'un 9/k maddesi gereğince, kurumun parçalanmış aileleri koruma, yardıma ve bakıma muhtaç aile bireylerine her türlü maddi, manevi ve sosyal destek sağlama ve bu amaçla planlama çalışmalarıyla eğitim etkinliklerine girişme görevi bulunmaktadır. Şu halde, bu kurumda görevli olan kişilerin yardım etmek ve bakmakla yükümlü oldukları kişilere karşı garantörlük görevleri olduğu kabul edilmelidir.

Sihri hısımlıkta (gelin-damat; kayın-kayınvalide-kayınbaba arası) garantörlüğün varlığı ise tartışmalıdır. Bu tip ilişkilerde garantörlüğün varlığını BGH 1959 yılında verdiği bir kararında kabul etmiştir. Ancak bunun aksine, bu tip bir garantörlüğü fiili bir koruma ilişkisine bağlı kılan yazarlar da bulunmaktadır. Ancak öğretilerdeki baskın görüş ise aksi yöndedir. Avusturya'da da sihri hısımlıkta garantörlük kabul edilmemektedir.⁶⁷

Teyze-dayı-amca-hala arasında garantörlük ilişkisi Alman öğretisinde ancak çok sıkı koşullar altında kabul edilmektedir.⁶⁸ Kanımca bu ilişkiler bakımından da kardeşler arasındaki garantörlük ilişkilerine ait hükümler uygulanmalıdır. Yeğenle amca-hala-dayı-teyze arasında sıkı ilişkiler ve aynı çatıyı paylaşma söz konusu ise garantörlük yükümlüğünün varlığını kabul etmek gerekecektir.

Hakeri'ye göre de teyze-hala-amca-dayının birbirlerine (ve bunların yeğenlerine ve yeğenlerinin bunlara karşı) ve yeğenler arasında garantörlük ilişkisinin varlığı için sıkı koşulların varlığı aranmalıdır. Aksi takdirde, geleneksel yükümlülüklerin hukuki yükümlülükler haline getirilmesi söz konusu olabilecektir ki bu durumda garantörlük nedeniyle ihmalin kapsamı fazla genişletilmiş olacaktır.⁶⁹

⁶⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 96.

⁶⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 96.

⁶⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 96.

B. Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten Doğan Garantörlük

Tehlike kaynakları üzerindeki egemenlikten doğan garantörlükte, “tehdike kaynağı” olarak gösterilebilecek aşağıdaki bazı sorumluluk halleri incelenecektir:

1. İş Kanunu’ndan kaynaklanan garantörlük
2. Taşınmazlar üzerindeki egemenlikten kaynaklanan garantörlük
3. İnşaat alanlarının güvenliğinden kaynaklanan garantörlük
4. Spor alanlarında koruma tedbirlerinden kaynaklanan garantörlük
5. Araç sürücüsünün ve hayvan sahiplerinin sorumluluğu

Konuyla ilgili bir Askeri Yargıtay kararını vererek konuyu incelemeye başlamak yerinde olacaktır kanısındayım:

“Banyodaki çamaşır makinesinin koğuştta bulunan prize 7 metrelik ve uçları kesik telefon kablosu ile bağlanmak suretiyle kullanıldığı, bu durumun 3-4 aydır sürdüğü, makineyi kullananlar için yaşamsal tehlike oluşturan böyle bir uygulamadan karakol komutanı olan sanığın da haberdar olduğu halde, emniyetli bir kullanma alanı yaratmadığı, bunun sonucunda bir erin cereyanına kapılarak öldüğü gerçeği karşısında, TSK İç Hizmet Kanunu’nun 17 ve 40. ; İç Hizmet Yönetmeliği’nin 13. maddesindeki, maiyetinin sağlığını gözetme ve koruma görevini ihmal ettiği anlaşıldığından, eylemin suç teşkil etmediğine ilişkin sanık vekilinin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün onanmasında karar verildi.”⁷⁰

Bu olayda karakol komutanının garantörlüğü tartışmasızdır. Dolayısıyla, ihmali nedeniyle doğan ölüm sonucundan karakol komutanı sorumludur. İhmal suretiyle taksirle, en azından olası kastı varsa, kasten öldürmeden ötürü sorumlu olması gerekir. (TCK m. 83)⁷¹

Tehlike kaynakları üzerindeki sorumluluğa verilebilecek diğer bir örnek ise, çocuğunun odasına astığı trafik işaretini caddeden sökerek getirdiğini öğrenen babanın, bu işaretin olması gerektiği yerde

⁷⁰ As. Yar. 3. D. 13. 03. 1990 tarih ve 1990/90 E-142 K (Hakeri, , a. g. e., s. 97).

⁷¹ Aynı yönde Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 114.

bulunmaması nedeniyle doğabilecek kazalardan (ve belki ölüm sonucundan) sorumlu tutulması gerektirir. Başka bir deyişle, babanın burada doğabilecek kazalardan sorumluluğu bulunmaktadır.⁷² Benzeri bir sorumluluk MK m. 369'daki ev başkanının sorumluluğunda da düşünülebilir.

1. İş Kanunu'ndan Kaynaklanan Garantörlük

4857 sayılı İş Kanunu'nun 77 maddesinde ve İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliği'nin 5. maddesinde birbirine koşut olarak işverenlerin işyerinde, işçilerin sağlığının ve güvenliğinin sağlanması için gereken her türlü önlemi almakla yükümlü olduklarına dikkati çekerek, işverenin garantörlüğünü ortaya koymaktadırlar. Buna göre, bu önlemlerin alınmaması nedeniyle doğabilecek ölümden işveren sorumlu tutulabilecektir.⁷³

2. Taşınmazlar Üzerindeki Egemenlikten Kaynaklanan Garantörlük

Ev sahibinin, evin önündeki buzlanma tehlikesine karşı önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Evinin önünden geçen kimselerin kafasına bir şey düşmemesinden de ev sahibinin sorumluluğu vardır. Aynı şekilde, bina merdivenlerini aydınlatan ışığı yakmakla görevli olan birinin bu görevini yerine getirmemesi nedeniyle, mektup getiren postacının ayağının merdivene takılması sonucunda düşerek ölmesi halinde de, bu kişinin kastı varsa postacının ölümünden o kişinin kasten sorumlu tutulması gerekecektir. Dönmezer/Erman ise, postacı örneğinde, ışığı yanmıyor olması nedeniyle postacının ölümünden yalnızca ışığı yakmakla görevli olan kapıcı ya da bekçiyi değil, postacı olan hasmının karanlıkta düşüp ölmesini sağlamak amacıyla, karanlık veya bozuk olan bir binanın elektriğini yakmayan kimsenin de ölüm neticesinden sorumlu tutulması gerektiği görüşündedir.⁷⁴

Yargıtay da apartman ortak kullanım alanlarının, sağlıklı düzenli ve güvenli yaşamaya uyum şekilde düzenlenmesi, onarımı ve bakımı

⁷² Freund'dan aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 97.

⁷³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 98.

⁷⁴ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. 1, s. 469.

konusunda kat maliklerinin oluşturduğu yönetimin sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁷⁵

3. İnşaat Alanlarının Güvenlik Altına Alınmamasından Doğan Garantörlük

Konu, TCK m. 176'da şöyle düzenlenmiştir: *"İnşaat veya yıkım faaliyeti sırasında, insan hayatı veya beden bütünlüğü açısından gerekli olan tedbirleri almayan kişi... cezalandırılır."* Buna göre, inşaat alanları kapatılmalı ve bu alanlara kişilere yönelik uyarı levhaları (gerektiğinde ışıklı uyarı) konmalıdır. Nitekim Yargıtay da bu önleme uymama nedeniyle doğan sorumlulukta, önleme uymayan müteahhidi cezalandırmıştır.⁷⁶

4. Spor Alanlarındaki Koruma Tedbirlerinden Kaynaklanan Garantörlük

Spor alanlarında tehlike oluşturan ya da tehlikeli bir durumu sürdüren kimsenin, ölüm ya da yaralanma sonucunun doğmaması için önlem alma yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin kayak alanları, olağan dışı (normalde tanımlanamayacak) tehlikelere karşı önlem altına alınmalıdır. Aynı yükümlülük, buz hokeyi, çim hokeyi pistleri ve diğer tüm spor dalları için de geçerlidir.⁷⁷

5. Araç Sürücüsünün ve Hayvan Sahiplerinin Sorumluluğu

Burada öncelikle araç sahibinin, aracını elverişli kullanıma uygun bulundurma yükümlülüğü olması nedeniyle sorumluluğu kabul edilmelidir. Bu yükümlülüğe uymaması nedeniyle ve örneğin araç sahibi tarafından da bilinen bir fren sorunu kazaya yol açmışsa, bundan da ölüm ortaya çıkmışsa, araç sahibi ölüm sonucundan sorumludur.⁷⁸

Yargıtay da 1968 tarihli bir kararında bir gözü görmeyen sarhoş olduğu anlaşılan ehliyetsiz şahsa direksiyonu teslim eden kişinin so-

⁷⁵ 2. CD, 18. 12. 1992 tarih ve 1992/10198 E-11171 K sayılı ilamı (Hakeri, a. g. e., s. 99).

⁷⁶ 9. CD, 3. 12. 1981 tarih ve 1981/4062 E-4262 K sayılı ilamı (Hakeri, a. g. e., s. 102).

⁷⁷ Hakeri, a. g. e., s. 103.

⁷⁸ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 113.

rumlu olduğuna karar vermiştir.⁷⁹

Ancak Yargıtay sonraki kararlarında bu yöndeki içtihadından kanımca yanlış olarak-dönmüş ve pek çok kararında ehliyetsiz araç kullanmanın KYTK gereğince ayrı yaptırımı olduğunu ve ehliyetsiz olan kişinin araç kullanmasına izin veren ya da direksiyonu bu kişiye teslim eden kişinin, doğan ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.⁸⁰

Hayvan sahibinin de özen yükümlülüğünün gerekleri içerisinde, hayvanlarının başkalarına zarar vermemesinden sorumlu olduğu (hayvanın garantörü olduğu) kabul edilmelidir ki bu kabul zaten BK m. 56 ve TCK m. 177 gereğince yasal bir zorunluluktur. Nitekim Yargıtay da bu yönde pek çok karar vermiştir.⁸¹

C. Üçüncü Kişilerin Hareketlerinden Doğan Sorumluluktan Kaynaklanan Garantörlük

Burada, başka kimseler üzerinde bakım ve gözetim yükümlülüğü olan kişilerin, onların eylemleri nedeniyle sorumlu tutulmaları; başka bir söyleyişle, onların üzerindeki egemenlik yetkisinden kaynaklanan garantörlükleri söz konusudur.

Ebeveynlerin çocuklar üzerindeki gözetim yükümlülüğünden ötürü sorumluluğu bunun tipik örneğidir.⁸² Buna göre, örneğin bir babanın birlikte gezmeye çıktığı ve hemen yanı başında duran dört yaşındaki bir çocuğunun karayolu köprüsü üzerinden, aşağıda giden araçların üzerine taş atmasını engellememesi ve bunun sonucunda bir ölümün meydana gelmesi halinde babanın ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumluluğunu kabul etmek gerekir.⁸³

Öğretmenin de okul alanı içerisinde, öğrencilerin suçlarını önlemek bakımından sorumluluğu olduğunu belirtmek gerekmektedir.

⁷⁹ 4. CD, 25. 12. 1968, 1968/7202 E-7536 K:Hakeri, *a. g. e.*, s. 103).

⁸⁰ 2. CD, 4. 10. 1990 tarih; 1990/9338 E-9860 K; 9. CD 10. 3. 1983 tarih; 1983/519 E-621 K; 9. CD, 17. 2. 1982 tarih; 1982/3636 E-772 K; CGK 28. 9. 1981; 1981/9-271 E-317 K; Hakeri, *a. g. e.*, s. 104.

⁸¹ 9. CD, 26. 10. 1983 tarih; 1983/2470 E-2550 K; 9. CD 1. 12. 1977 tarih; 1977/3248 E-3967 K) Hakeri, *a. g. e.*, s. 105.

⁸² Ayrıntı için bkz yukarıda II. bölüm I. A-1-a (s. 6 vd).

⁸³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 105.

Kamu görevlilerinin garantörlüğü de bu başlık altında değerlendirilebilecektir. Kolluk görevlisinin⁸⁴ garantörlüğü de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Polis ve jandarmanın, suçları önlemek bakımından garantörlüğü yasadan kaynaklanan garantörlüktür.

Buna göre, kolluk görevlisi suçu önlemekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün kaynağı da polis bakımından PVSK m. 1 ve 2; Jandarma bakımından ise JTGHK m. 7'dir. Yine, polisin suçu önleme görevi, branşına, yeri ve zamanına bakılmaksızın; mülki sınırlar içerisinde karşılaştığı her türlü suça müdahale etmektir. (PVSK ek-4). Ayrıca polis, başkasının ırz ve canına yönelik olarak gerçekleşen ve başka türlü önleme olanağı bulunmayan bir saldırıyı savmak için silah kullanmakla da yetkilidir. (PVSK m. 16/B). Buna göre, kolluk görevlisinin, işlenmekte olan bir suçu engellememesi halinde; bundan bir ölüm neticesi meydana gelmişse ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir.⁸⁵

Fakat Yargıtay bu tip olaylarda, yanlış olarak, kolluğun garantörlüğünü kabul etmemektedir. Kararlarını görevin gereklerini yerine getirmemek (görevin ihmalı) suçunu düzenleyen TCK m. 257/2 (Eski TCK m. 230)kapsamına almaktadır.⁸⁶

Hakeri'ye göre, olması gereken, yukarıdaki gibi özel bir garantörlük hali söz konusuysa ona ilişkin özel düzenlemenin uygulanarak, ihmal gösteren kamu görevlisinin ihmal suretiyle (ölüm varsa) ölüm neticesinden sorumlu tutulması; konuyu düzenleyen özel bir kural yoksa TCK m. 257/2'deki genel hükme göre karar verilmesidir.⁸⁷

⁸⁴ "Kolluk, toplumun menfaati için, toplumun çoğunluğunca hoş karşılanmayan ve suç olarak nitelenen davranışlarla mücadele etme görevi verilen ve bu amaçla normal bir vatandaştan farklı olarak birtakım yetkilerle donatılan kamu görevlilerinden oluşan bir teşkilattir. " Eryılmaz, M. Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, 2003 Seçkin Yayıncılık, s. 21. Ayrıca bkz. Kunter, Nurullah/Yenisay, Feridun/Nuhoglu, Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 2005, Arıkan Yayınları, s. 389/bölüm 26. 10.

Ayrıca, CMK m. 164 ile 01. 06. 2005 tarih ve 25832 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren Adli Kolluk Yönetmeliği'nin 3. maddesinde de adli kolluk görevlileri olarak emniyet teşkilatı görevlileri (polis); jandarma görevlileri (jandarma), güm-rük muhafaza memuru ve sahil güvenlik görevlileri belirlenmiştir.

⁸⁵ Aynı yönde bkz Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 112.

⁸⁶ 26. 1. 1960 tarih ve 1960/11792 E-633 K; CGK 30. 09. 1991 tarih; 1991/213 E-251 K; Hakeri, , a. g. e., s. 108.

⁸⁷ Hakeri, a. g. e., s. 108. Ben de aynı kanaati paylaşıyorum.

Yasadan doğan garantörlükte, değinilmesi gereken diğer önemli bir nokta da işletme sahibi veya yöneticisinin garantörlüğüdür. Örneğin bir otobüs şirketinin sahibi, şirketteki sürücülerin alkol alarak yola çıkmamaları konusunda garantördür. Bu yöndeki yasal temel ise istihdam eden kimsenin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 55 hükmüdür. Buna göre, başkalarını çalıştıran kimsenin, maiyetinde istihdam ettiği kişilerin ve işçisinin hizmetini ifa ederken, üçüncü kişilere verdikleri zararlardan sorumluluğu kabul edilmelidir.⁸⁸

II. SÖZLEŞMEDEN DOĞAN GARANTÖRLÜK NEDENİYLE SORUMLULUK

Garantörlüğün diğer bir türü ise sözleşmeden doğan garantörlüktür. Burada sözleşmenin mutlaka yazılı olması gerekmemektedir. Sözleşme, örtülü ve sözlü bir anlaşma ya da bir “sorumluluk üstlenme” şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Üstlenilen sorumluluğun karşılığında ücret alınması şart değildir. Ücret alınmamış olsa da garantörlük doğabilir.

Bu tip garantörlüğün en çarpıcı örneği çocuk bakıcısının ya da hekimlerin garantörlüğüdür. Korumalar, itfaiye erleri, dağ rehberleri de bu tip garantörlere örnek gösterilebilir. Bu tip garantörlükte, garantörler bakımından dikkat çekici olan en önemli ortak özellik, bu kimselerin belli tehlikeleri önlemeye hazır olduklarını açıkça ya da üstü örtülü şekilde üstlenmeleridir.⁸⁹

Öğretideki baskın görüşe göre,⁹⁰ garantörlük sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün fiilen üstlenilmesiyle oluşur. Buna gereksinim duyulmasının nedeniyse, basit bir yardım sözünün yeterli sayılmaması ve ancak fiilen bir koruma durumuna girilmesinin ceza sorumluluğu anlamında sonucun önlenmesini gerektirmesidir. O halde denilebilir ki çocuk bakıcısının sorumluluğunun doğması için sözleşmeyi imzalaması yetmez; görevine fiilen başlaması gerekir. Örneğin 1 Ekim günü göreve başlayacağına ilişkin sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen o gün göreve gelmeyen bir çocuk bakıcısının çocuklara karşı garantörlük yükümlülüğü başlamamıştır.

⁸⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 110.

⁸⁹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 472.

⁹⁰ Schünemann; Kühl; SS-Stree; Brammsen, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 111.

Ancak, bu örneğin bir hekimle ilgili olduğunu düşünürsek yanıtımız değişecektir. Şöyle ki, diyelim ki bir hekim hastasına belli bir tarih ve saatte geleceğini ve onu muayene edeceğini telefonla taahhüt etmiştir. Ancak, hekim taahhüt ettiği saatte eve gitmez ve hasta da –aslında hekim zamanında müdahale etmediği için– ölür. Bu halde hekimi sorumlu tutmak gerekecektir.⁹¹ Çünkü buradaki ayırt edici ölçüt, hastanın hekimin üstlenmesine güvenerek gereken önlemleri almayışıdır. Ancak çocuk bakıcısının vaat ettiği tarihte gelmemesi üzerine anne-baba başka bir önlem alarak çocuğun bakımını sağlayabilecektir. Hekim örneğinde ise, hasta hekime güvendiği için başka bir hekime ya da hastaneye gitmeyecek ve gitmediği için de ölecektir. Buradaki ayırt edici diğer bir ölçütse, kendisine söz verilen kişinin verilen sözün tutulacağına inanıp inanmayacağı ve buna göre de diğer koruyucu önlemlere başvurup başvurmayacağıdır.⁹²

Üstlenmenin, kendisine söz verilen bir kişinin eksikliğinden ya da ihmalden kaynaklanan bir durum nedeniyle yerine getirilmemesi halinde ise Hakeri, söz verene sorumluluk yüklenemeyeceği kanısındadır.⁹³ Örneğin, bir rehber eşliğinde dağa tırmanan bir turist, dağın zirvesinde ve zor bir inişten önce rehberine aslında parası olmadığını ve bunu da ta en baştan beri bildiğini söylemişse, rehberin bu nedenle sözleşmeyi iptal etmesi durumunda ihmalden doğan sonuç nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Burada olsa olsa TCK m. 98'deki genel kural uygulanır (tehlike altındaki kimseye yardım etmeme)

Oysa kanımca, bu halde de rehberin sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir. Rehber, tedbirli davranarak ücretinin en azından yarısını tırmanma öncesinde tırmanıcıdan almalıydı. Ücretinin yarısını almadan tırmanışa geçmemeliydi. Rehberin bunu yapmamış olması onun ihmali ve rehberin mesleki ihmali nedeniyle, dağın zirvesinde rehbersiz kalan dağcının ölmesi halinde rehberin ihmal suretiyle adam öldürmeden sorumlu olması gerekecektir. Zira dağcının yaşamının rehberin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle tehlikeye girdiği açıktır.

Bazı hallerde, üstlenen kişinin üstlenmeden ötürü sorumluluğu olmayabilir. Buna örnek olarak, komşusunun zorda kaldığında çocu-

⁹¹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I, s. 472, aynı yönde Çakmut, *a. g. e.*, s. 243.

⁹² Hakeri, *a. g. e.*, s. 112.

⁹³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 112.

ğunu yalnız bırakıp evden ayrılabilceğini bilmesine rağmen, komşusuna yardımcı olmak amacıyla çocukların bakımını üstlenen kişinin durumu verilebilir. Bunun tam tersine, aslında hiçbir şekilde yardım yükümlülüğü olmamasına rağmen veya sadece TCK m. 98 gereğince genel yardım yükümlülüğü bulunan birisi de üstlenme suretiyle garantör olabilir.

Üstlenmeden sonra, üstlenme dolayısıyla vazgeçilen korumanın aslında zaten etkili olmayacağını anlaşılmaması halinde bile garantörlüğün devam etmesi gerektiği söylenmektedir.⁹⁴ Çünkü burada önemli olan, baştaki mevcut beklentidir.

Hakeri'ye göre, gönüllü üstlenmeden kaynaklanan garantörlüğün zamansal ve nesnel sınırları bulunmaktadır.⁹⁵ Bu nedenle, üstlenilen görevin yerine getirilmesi garantörlüğü sonlandıracaktır. Örneğin çocuğa saat 17'ye kadar bakmayı üstlenen bir bakıcının yükümlülüğü bu saatte sona erer ve bakıcının anne-babanın eve gelmesini bekleme görevi yoktur. Aynısı, mağara araştırmacısını belli bir saatte mağaradan çekmeyi üstlenen bir kimsenin, araştırmacının dalgınlığı, düşüncesizliği ya da geçirdiği bir kaza nedeniyle zamanında çıkışa gelmemesi halinde onu saatlerce mağara girişinde bekleme yükümlülüğü bulunmayışı bakımından da kabul edilmektedir.

Ancak kanımca bakıcı örneği bakımından yazarın görüşü benimsebilir olarak görünse dahi; mağara araştırmacısı örneğinde yazarın görüşüne katılmak olanaksızdır. Zira bakıcı örneğinde çocuk açısından nesnel olarak (ilk görünüşte ve normal koşullarda) çocuğun evin içinde yaşamsal tehlikeye maruz kalabileceğini söylemek güçtür. Oysa mağaracının zamanında çıkışa gelmemesi halinde ise, mağaranın girişindeki rehberin durumundan kuşkulandırması ve mağaracının mağaradan neden çıkmadığını –olanakları dahilinde– soruşturması; hatta gerektiğinde olay yerine yardım ekibi çağırması da bir zorunluluktur. Zira, evdeki birinin –bir çocuk dahi olsa– olağan koşullarda zarar görme olasılığı azdır. Buna karşın, mağaradaki bir düşüp ayağını kırmış, oksijensiz kalmış, yolunu kaybetmiş olabilir.

Yine eve anne-babası geç gelen çocuğun bakıcısının –kanımca– tedbiren çocuğun anne-babasına telefon etmesi ve makul bir süre için

⁹⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 112.

⁹⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 113.

onların dönüşünü beklemesi uygun olacaktır. Örneğin anne-baba trafiğe yakalanmış olabilir. Bu durumda, saat 17. 01’de evi terk eden ve ocakta bir yemek bırakarak çıkan bir bakıcının; salt görevinin s. 17’de sona erdiğini söyleyerek sorumluluktan kurtulamaması; çıkabilecek olası bir yangın sonucunda çocuğun ölmesi halinde sorumlu olması gerekecektir.

Sorumluluğun başka bir garantör tarafından üstlenilmesi halinde de ilk garantörün sorumluluğu biter. Örneğin acil bir hastaya ilk müdahalesini yaparak onu en yakın hastaneye götüren bir hekimin, hastanın o hastanedeki başka bir hekim tarafından teslim alınması ile garantörlük yükümlülüğünün sona erdiği kabul edilmelidir. Bu halde, hastayı emanet alan ikinci hekimin yanlış müdahalesi sonucunda hasta ölürse, ilk hekimin sorumluluğuna gidilemeyecektir.⁹⁶

Kamu görevlilerinin gönüllü üstlenmesinden kaynaklanan sorumluluk ise Alman Hukuku’nda geniş şekilde kabul edilmektedir. Türk hukukunda TCK m. 257/2 ile görevin ihmali suçu genel olarak yaptırıma bağlanmıştır. Fakat kamu görevlileri eğer garantör oldukları halde bir garantörsel ihmal suçu işlemişlerse, bu özel hükümden; özel hüküm yoksa TCK m. 257/2’den cezalandırılacaklardır.⁹⁷

Örneğin aşağıda verilen ve Almanya’da yaşanan gerçek olayda polis memuru hakkında genel hüküm olan TCK m. 257/2 uygulanmaz. Çünkü burada garantörsel ihmal suçu vardır ve bu da TCK m. 88’in uygulanmasını gerektirmektedir.

Olay şöyledir:⁹⁸ *“Bir kadın polise telefon eder ve yardım ister. Telefon-daki polis kadının ne istediğini anlamaz ve doktora ihtiyacı olup olmadığını sorar. Kadının ‘evet’ yanıtı üzerine, polis ambulansı bağlar. Ambulans servisindeki görevli kadınla yaptığı görüşmede, kadının yabancı bir erkek tarafından yaralandığını ve erkeğin olay yerine tekrar geleceğini öğrenir. Durumu polise aktarır. Polis ise ısrar eder ve ‘olayın bizimle ilgisi yok; olay sizi ilgilendiriyor. Kadın, doktor istedi’ der. Ambulans servisi ise ‘Hayır kadın bana öyle bir şey demedi’ diye üsteler. Sonuçta her ikisi de telefonun ciddi olmaya-bileceğini düşünürler ve olay yerine herhangi bir ekip göndermezler. Bu arada kadın ölür.”*

⁹⁶ Hakeri, a. g. e., s. 113.

⁹⁷ Freund, aktaran: Hakeri, a. g. e., s. 114.

⁹⁸ Hakeri, a. g. e., s. 115.

Olayda yerel mahkeme her iki kamu görevlisini de görev başında görevlerini ihmal ettikleri için mahkum eder. Olay BGH'ye taşınır. BGH, olayda polislerin kastının bulunmadığını söyleyerek polisler yönünden kararı bozar.

Bu olayda Alman Hukuku'nda garantörlüğün varlığı kabul edilmemektedir. Buna gerekçe olarak da tehlike altında bulunan kadının kendisini, telefon başındaki polise güvenerek tehlikeye sokmamış olduğu; bu nedenle de polis bakımından, diğer koruma mercilerini devre dışı bırakacak bir üstlenme söz konusu olmamıştır.⁹⁹

Ancak Hakeri bu olayda ambulans servisi bakımından garantörlük kabul edilmese dahi polis bakımından garantörlüğün varlığını kabul etmek gerektiğini düşünmektedir. Zira güvenlik güçlerinin üçüncü kişilerin işleyecekleri suçları da önleme yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁰⁰ Ambulans görevlileri açısından da bu olayda kamu görevlisi olmaları durumunda -garantör olmasalar dahi- TCK m. 257/2 gereğince genel nitelikte görevin ihmali suçunun olduğu kabul edilmelidir. Ben de Hakeri'nin bu görüşünü paylaşmaktayım.

1. Hekimlerin Garantörlüğü

Hekimlerin garantörlüğü de-önemi nedeniyle-geniş olarak ele alınması gereken ve sözleşmeden doğan bir garantörlük türüdür. Hekim olarak hastasını muayene eden kişiyle, nöbetçi hekim olarak diğer hekimlere vekalet eden kişi garantördür.

Ancak Yargıtay¹⁰¹ burada garantörlükten değil, genel nitelikteki görevi ihmalinden hüküm kurmuştur. Karar şöyledir : *"Müteveffayı muayene eden bevlîye uzmanı nöbetçi tabip sanığın, hastadaki kan basıncının 12 olduğunu saptamasına rağmen 'iş ve gücüne engel olmaz 15 günde iyileşir" yolunda kesin rapor vererek hastaya gereken ilgiyi göstermemesi genel nitelikte görevi ihmalidir. "* Benim de benimsediğim ve öğretide Hakeri'nin savunduğu görüşe göre, bu ve benzeri olaylarda Yargıtay'ın TCK m. 257/"den değil, ihmal suretiyle taksirle; en azından olası kastı varsa,

⁹⁹ Ranft'tan aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 115. Ranft'a göre, olayda yalnızca yardımın ihmali suçu gerçekleşmiştir. (Hakeri, *a. g. e.*, s. 115).

¹⁰⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 115.

¹⁰¹ CGK, 7. 6. 1982 tarih ve 1982/4-215 E-271 K sayılı ilamı). Hakeri, *a. g. e.*, s. 115.

olayda kasten öldürme hükümlerini uygulaması gerekmektedir.¹⁰²

Hekimlerin garantörlüğü olayı üstlenmeleriyle başlamaktadır. Buna benzer olarak, Hakeri, aniden rahatsızlanan komşusunu doktora götüren kimsenin, kendisinin hazır bulunması nedeniyle diğer ulaşım olanaklarının kullanılmaması nedeniyle, garantör olarak sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir.¹⁰³ Ancak kanımca burada komşunun garantörlüğünün kabul edilmiş olması, garantörlüğün sınırlarını çok genişletecektir. Böyle bir durumda da zor durumda kalan kişilere komşular yardım etmek istemeyebilecektir. Burada doğru olan, durumunu bildiği halde yardım etmeyen komşunun TCK m. 98'deki genel nitelikte yardım etmeme suçundan sorumluluğuna gitmektir.

Belirli kimselerin hekimliğini üstlenenler de o kimseler bakımından garantör sayılırlar. Örneğin bir kışladaki askeri hekimler, o kışladaki erlerin sağlığı üzerinde garantördürler.

Hasta hastaneye yatırılmışsa, klinikteki hekimin o hasta üzerinde garantörlüğü başlamış sayılır. Hekimden kısmen yararlanılması halinde ise garantörlük kısmen var sayılır. Örneğin yaralı kan nakli istemiyorsa hekimin kan nakli bakımından garantörlüğünün olduğu söylenemeyecektir. Ancak hasta çocuk ise ve babası da tedaviye izin vermiyorsa, artık hekimin garantörlüğü söz konusudur ve hekim duruma müdahale edecektir.¹⁰⁴

Hastanın kendi kaderini belirleme hakkının olması gerekmektedir. Bu nedenle, hasta başarı vaad eden bir ameliyata girmeme, tedaviyi reddetme hakkına sahiptir.¹⁰⁵ Buna göre, hekimin hastayı tedavi etme hak ve yükümlülüğünün sınırı olarak, hastanın kendi vücudu üzerindeki serbest karar verme hakkı belirtilmelidir. Hekimin hastanın rızasını alma yükümlülüğü, hastanın kendi geleceğini tayin hakkının görüntüsü olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁰⁶

Açlık grevi yapan kimseye müdahale etmeyen ve bu nedenle de o kimsenin ölümüne neden olan hekim, ölüm neticesinden sorumlu tutu-

¹⁰² Hakeri, *a. g. e.*, s. 115.

¹⁰³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 116.

¹⁰⁴ Çakmut, *a. g. e.*, s. 206 vd.

¹⁰⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 116

¹⁰⁶ Özdemir, Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s. 116.

lacak mıdır? Soyaslan, yaşamsal tehlike altında bulunan kişilere, tehli- ke anından itibaren müdahale etmek gerektiği kanısındadır.¹⁰⁷ Çakmut ise, tutuklu bakımından akut hayati tehlike durumunda zorla besleme veya zorla tedavi etmenin olanaklı olduğunu belirtmektedir.¹⁰⁸

Aşçıoğlu, hastanın tıbbi müdahaleyi reddetmesi durumunda, he- kimin hastaya müdahale etmemesi sonucunda hastanın ölmesi halin- de ise hekimin “*adiyen adam öldürme*” nedeniyle sorumluluğu buluna- bileceği kanaatindedir.¹⁰⁹

Kanımca, MK m. 23¹¹⁰ hükmü de hiç kimsenin kısmen de olsa öz- gürlüklerinden vazgeçemeyeceğini buyurucu bir şekilde belirtmekte- dir. Şu halde, açlık grevine girerek ölümü seçen kimseye, tıbbi müda- hale yönünde bir rızası olmasa da devletin müdahale etmesi, AY m. 12/1, AY m. 17; MK m. 23/2 ve MK m. 24 gereğince bir zorunluluk olarak kabul edilmeli ve bu haldeki birine yardım etmeyen hekim ne- deniyle, o kimse ölmüşse hekimin ihmal suretiyle adam öldürme ne- deniyle sorumluluğu kabul edilmelidir.¹¹¹

Hakeri de bu noktaya işaret ederek, 1219 sayılı Tababet ve Şua- batı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi gereğince, hekimin –kural olarak– üzerinde ameliye yapılacak olan şahsın rıza- sını almak zorunda olduğunu ancak aynı hükmün devamında “*üze- rinde ameliye yapılacak olan şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde mu- vafakat şart değildir*” ifadesi nedeniyle, intihara teşebbüs eden şahsın bilincinin kapalı olması durumunda hekimin o şahsı tedavi etmekle yükümlü olduğunu belirtmektedir. Zira yazara göre “*şüpheden yaşam hakkı yararlanır*”.¹¹² Nitekim aynı yöndeki bir düzenleme, hasta hakla- rına ilişkin Amsterdam Bildirgesi’nin 3. 3 maddesinde de şöyle belir- tilmektedir: *Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen*

¹⁰⁷ Soyaslan, a. g. e., s. 279.

¹⁰⁸ Çakmut, a. g. e., s. 190.

¹⁰⁹ Aşçıoğlu, Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar (Doktorların, Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu-Hukuki ve Cezai)*, Ankara 1993, Yargıtay Yayınları, s. 157.

¹¹⁰ MK m. 23: “*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlük- lerinden vazgeçemez veya onları hukuka ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz.*”

¹¹¹ Konuyla ilgili görüşler ve tartışmalar için bkz Çakmut, a. g. e., s. 183 vd. Ayrıca bkz Erman, a. g. e., s. 164 vd.

¹¹² Hakeri, a. g. e., s. 119.

tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, hastanın daha önce bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişim yapılabilir."¹¹³

O halde, hekim açısından benzeri bir sorumluluğu, ölüm orucu nedeniyle bilinci kapanan hastaya müdahale etmek bakımından da kabul etmek gerekecektir. Geçerli bir rızanın söz konusu olabilmesi için, hastanın vereceği kararın önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir.¹¹⁴

Hekimin meslek kusuru, Ayan'a göre "ihmal" kavramının içinde değerlendirilebilir.¹¹⁵ Hekimin meslek kusuru ise, tıp ilmi tarafından genel kabul görmüş olan kuralların, ortalama düzeyde ve makul, sorumluluk bilincine sahip bir hekim tarafından uygulanmaması hali olarak tanımlanabilir.¹¹⁶ Buna göre, ihmal hekimin kendisiyle aynı koşullar altında bulunan başka bir hekimin gösterdiği dikkati ve özeni göstermemesidir. Orta düzeyde, makul, sorumluluk bilincine sahip bir hekimin tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kurallara göre hareket etmesi asıldır.¹¹⁷ O halde, elinde olanak da varken, hekim bu kurala uymamışsa ihmalden doğabilecek bir ölüm neticesinden sorumludur.

Aşçıoğlu, hekimin adam öldürmeden sorumluluğunun genellikle ihmali bir davranışla ortaya çıkabileceğini savunmaktadır.¹¹⁸ Yargıtay 4. HD, 13. 3. 1973 tarih ve 1973/2684 E-2978 K sayılı kararında¹¹⁹ doktorun şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken hastayı ve yardımcı personelini uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerektiğine işaret ederek, doktorun hastaya verilen ve alerjik özellik taşıyan penisilin içerikli ilacı önce küçük ve hastaya zarar vermeyecek dozda (ilmin gerektirdiği tutarda) vererek, hastanın vücut tepkilerini gözlemlemesi; eğer hasta ilaca herhangi bir olumsuz tepki vermiyorsa, tedavi için gerekli olan doza çıkılabileceğini; hatta ilacın tümünün dahi verilebileceğini; aksi halde yapılan işin tedavi olmayacağını, bil-

¹¹³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 119.

¹¹⁴ Özdemir, *a. g. e.*, s. 116.

¹¹⁵ Ayan, *a. g. e.*, s. 107.

¹¹⁶ Ayan, *a. g. e.*, s. 106, 108.

¹¹⁷ Ayan, *a. g. e.*, s. 107.

¹¹⁸ Aşçıoğlu, *a. g. e.*, s. 75.

¹¹⁹ Aşçıoğlu, *a. g. e.*, s. 74.

gisizlik ve ağır kusur nedeniyle ölüme neden olmak olacağını; alerjik bünyelerde at serumu ile hazırlanan tetanos enjeksiyonlarında alerjinin bu şekildeki uygulama ile önlenebileceğini belirtmiş ve ölümden sorumlu olan doktoru uygulamayı bizzat yapmaması veya yapacak kişiyi uyarmamış olması nedeniyle tazminata mahkum etmiştir. Aynı gerekçelerin hekimin ihmal suretiyle ölüm sonucundan sorumluluğu bakımından da geçerli olması gerektiği kanısındayım.

Hekimlerin kasten öldürmeden sorumluluğunun ender görülmekle beraber, karşılaşılabilen bir durum olduğuna dikkat çeken Aşçıoğlu,¹²⁰ öldürmeden bahsedebilmek için mağdurun müstakil bir varlığa sahip olması gerektiğini belirtmektedir. Bu nedenle, Aşçıoğlu'na göre, rahimdeki cenine yapılan bir müdahale adam öldürme olarak nitelendirilemeyecektir.

Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır.¹²¹ Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı reddedemeyeceği belirtilmektedir.¹²² Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Ancak Yargıtay bu gibi durumlarda hastasına yardım etmeyen hekimin sorumluluğunu TCK m. 257 kapsamındaki genel nitelikteki görevin ihmali olarak görmekte ve hekimin garantörlüğünü kabul etmemektedir.¹²³ Kanımca Yargıtay'ın bu yaklaşımı yanlıştır ve hekimin garantörlüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır.¹²⁴ Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı

¹²⁰ Aşçıoğlu, *a. g. e.*, s. 156.

¹²¹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 119.

¹²² Aynı yönde bkz Ayan, *a. g. e.*, s. 147; Aşçıoğlu, *s. 179* vd.

¹²³ CGK, 9. 1. 1991 tarih ve 1991/1 E-1 K sayılı ilamı (Hakeri, *a. g. e.*, s. 120).

¹²⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 119.

reddedemeyeceği belirtilmektedir.¹²⁵ Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Hekim, hastanede yer olmadığını gerekçe göstererek, hastalarını başka bir hastaneye gönderebilecek midir? Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, acil hallerde hekimin hastaya müdahale yükümlülüğü bulunmaktadır. Şu halde, hastanede yer olmasa dahi hekim acil müdahaleyi yapacaktır. Hastanede boş yatak olmaması, hekimin hastaya bakmamasını haklı gösterecek bir gerekçe olamaz. Bu nedenle de hasta ölürse, hekimin ölüm neticesinden sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekecektir.¹²⁶ Kaldı ki bu durumda hekimden beklenen hastaya esaslı bir müdahale yapmadı değil, yalnızca ilk müdahaleyi gerçekleştirmesidir.

Ancak Askeri Yargıtay, 1962 tarihli bir kararında, yanlış olarak, acil durumdaki bir hastayı hastaneye kabul etmeyen nöbetçi hekimin fiilini “*genel nitelikteki görevi ihmal*” saymıştır. Oysaki hekim burada garantördür. Kararın özü şöyledir: “*Ancak kollarına girilerek hastaneden içeriye sokulacak kadar ağır hasta olan ve bir gün sonra da komaya girerek ölen askeri şahsı, beraberindeki vazifeli astsubayın da hastaneye yatırılması ikazına rağmen-başkalarının sorumlu bulunduğu-hasta kabul tezkeresinin hatalı tanzim edildiğinden bahisle askeri hastaneye kabul etmeyen nöbetçi tabibin fiili, görevini ihmal vasfındadır.*”¹²⁷

III. ÖNGELEN TEHLİKELİ EYLEMDEN DOĞAN GARANTÖRLÜK NEDENİYLE SORUMLULUK

Öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükte, davranışı ile bir başkasının zarar görmesine neden olan kişinin bu davranışından doğan sonucu önleme yükümlülüğü söz konusudur. Başka bir deyişle, bir kimsenin bazı olaylara neden olması veya o olayların gelişimine seyirci kalması, diğer hukuki değerler bakımından zararlı sonuçlara yol açmamalıdır. Böyle muhtemel bir zarar halinde, netice önlenmek zorundadır.¹²⁸

¹²⁵ Aynı yönde bkz Ayan, *a. g. e.*, s. 147; Aşçıoğlu, *s. 179 vd.*

¹²⁶ Ayan, *a. g. e.*, s. 147 ve 150 vd; Aşçıoğlu, *s. 179 vd.* aynı yönde bkz Hakeri, *a. g. e.*, s. 122.

¹²⁷ As. Yrg. GK 27. 4. 1962 T. ve 1962/836 E-19 K sayılı ilamı (Hakeri, *a. g. e.*, s. 122).

¹²⁸ Dönmezer/Erman *a. g. e.*, C. I, s. 472, Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 113.

Burada, tehlikenin kaynağı failin bizzat kendisidir. Yaptığı davranış nedeniyle başkası tehlikeye girdiğinden, failin yol açtığı sonucu önlemesi gerekecektir.

Buna örnek olarak, yola aniden ve dikkatsizce fırlayan bir kimseye çarpmamak için direksiyon kırması sonucunda derin bir çukura düşen bir motosikletlinin durumu gösterilebilir. Bu olayda sürücünün düştüğü yerden çıkabilmesi ve başka kazalara yol açılmaması için yardıma ihtiyacı vardır ve sürücüye yardım etmesi gereken de yola dikkatsizce çıkan kişidir. Çünkü bu olayda yola dikkatsizce çıkan kişi garantördür.¹²⁹ Nitekim Yargıtay 1977 yılında verdiği bir kararında bu noktaya dikkat çekmiş ve yola aniden fırlayan kimseye çarpmamak için başkasına çarparak onun ölümüne neden olan sürücünün fiilinde yola aniden çıkan yayanın etkili olduğunu ve dolayısıyla yayanın da taksirden ötürü sorumlu tutulacağını belirtmiştir.¹³⁰ Ancak Yargıtay CGK, 1993 tarihli bir başka kararında bu yaklaşımını değiştirmiş ve benzeri bir olayda, yola dikkatsizce fırlayan yayanın somut olayda belirli oranda kusurlu olduğunu belirtmiş fakat bunun o yayayı taksirden cezalandırmak için yeterli bir neden olmadığına hükmetmiştir.¹³¹

Kanımca, Yargıtay CGK'nun son içtihadı yanlıştır. Çünkü yola dikkatsizce fırlayan yayaya çarpmamak için sürücü direksiyon kırmış ve başka birine çarpıp onun ölümüne neden olmuştur. Başka bir deyişle, yola fırlayan ilk yayanın kendi fiili nedeniyle üçüncü bir kişi bundan zarar görmüştür. O halde, yayanın bundan sorumlu olması gerekir. Hatta kendisini yola bilerek (örneğin intihar etmek maksadıyla) atmışsa ve ona çarpmamak için direksiyon kıran sürücü üçüncü bir kişiye çarparak onu öldürmüş ya da örneğin kendisi uçurumdan aşağı düşerek (veya başka bir araçla çarpışarak) ölmüşse, kendisini kasten yola atan yayanın ihmali davranışla kasten adam öldürmeden (en azından olası kasıttan) sorumlu tutulması gerekecektir. Aksi halde, CGK kararında olduğu gibi hem yola fırlayan yayanın kusurunu kabul etmek; hem de yayaya taksirden bile ceza verilemeyeceğini belirtmek hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

765 sayılı (eski) TCK'nın 575. maddesinde, öngelen belli bir eylem-

¹²⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 123.

¹³⁰ 9. CD, 5. 12. 1977 tarih ve 1977/2429 E-3973 K (Hakeri, *a. g. e.*, s. 123).

¹³¹ CGK, 13. 12. 1993 tarih ve 1993/2-211E-317 K (Hakeri, *a. g. e.*, s. 123).

den doğabilecek sonuçları önleme açısından gereken önlemlerin alınması yükümlülüğünün ihmal edilmesi saf (gerçek) ihmali suç olarak düzenlenmişti.¹³² Düzenleme şöyleydi: “...Bir kimsenin sarhoşluğuna sebebiyet veren şahıs, kendini idareye muktedir olamayacak derecede bulunan sarhoşu muhafaza için tedbir ittihaz etmeyip sokağa bırakırsa ... cezalandırılır.”

Ancak aynı eylem 5271 sayılı (yeni) TCK’da düzenlenmiş değildir. Buna karşın TCK m. 83/2-b hükmü buna benzer bir olayda da uygulanabilecek ve ceza 83/3’e göre ağırlaştırılacaktır.

BGH’ye göre, nişanlısının gayrimeşru hamile kalması üzerine, çocuğun doğumdan sonra ölmesini sağlamak amacıyla, nişanlısının kimsenin bulunmadığı bir yerde doğum yapmasını sağlayan bir kişi, normalde olması gereken koruma silsilelerini devre dışı bırakmıştır. Bundan doğacak ölümden de bu nedenle, nişanlısını hastaneye götürmeyen kişi sorumludur.

BGH’nin aynı yöndeki başka bir kararı ise, başkalarını yükümlülüğe aykırı olarak hayati tehlikeye sokan sürücülerin garantör olarak, hayati tehlike altında bulunan kimselere hekim yardımı sağlamaları gerektiğine ilişkin karardır. Yine BGH’ye göre, araç sahibi trafiğe çıkmaya elverişli olmayan bir aracı trafiğe çıkartmamak zorundadır. Bir trafik kazasına karışan bir sürücünün, trafiğin işleyişine engel olan aracını, kazada kusurlu olsun ya da olmasın, emniyetli bir yere çekerek diğer sürücülere zarar vermeme yükümlülüğü bulunmaktadır.¹³³

Aynı şekilde, BGH’ye göre, bir kimsenin saldırısından korkarak kalorifer dairesine saklanan kimsenin sıcaktan dolayı ölüm tehlikesi geçirmesi durumunda, saldırganın bunu fark etmesi halinde, saldırıya uğrayan kişiye yardım etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi takdirde mağdurun ölümü halinde saldırganın öngelen tehlikeli eylem nedeniyle sorumluluğu söz konusu olacaktır. Benzeri şekilde, BGH, köpeğinin saldırısına uğrayan kişiye yardım etmeyen kişi bakımından da, ölüm neticesi doğduğunda, ihmal suretiyle öldürme suçunun gerçekleştiğini kabul etmiştir. Hakeri, bu son kararda garantörlüğün kaynağının gösterilmediğini vurgulamakta ve bu olayda öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlüğün ya da tehlike kaynakları-

¹³² Aynı yönde Hakeri, *a. g. e.*, s. 124.

¹³³ Hakeri, *a. g. e.*, s. 126.

na egemenlikten doğan garantörlüğün burada çatışmakta olduğunu belirtmektedir.¹³⁴

Tehlike kaynaklarına egemenlikten doğan garantörlük bölümünde (yukarıda Başlık B) belirttiğimiz Yargıtay içtihatlarıyla BGH'nin öngelen tehlikeli eylem nedeniyle garantörlüğe ilişkin içtihatları kıyaslandığında, BGH'nin ölüm neticesi bakımından ihmali davranışta bulunan kişiyi, adam öldürmeden sorumlu tuttuğunu; buna karşın Yargıtay'ın ise -özellikle trafik kazalarında- yola fırlayan üçüncü kişinin kusurlu olduğunu kabul etmekle birlikte, ona ceza verilmesi için bir neden olmadığını belirterek BGH'nin yaklaşımından çok daha sınırlı bir sorumluluğa gittiğini; öngelen tehlikeli eylem ya da tehlike kaynağı üzerindeki egemenlikten kaynaklanan garantörlüğü Yargıtay'ın kabul etmediğinin söylenebileceği kanaatindeyim.

Özellikle trafik kazalarında, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük, kendisine çarpılan kimsenin ölmesi durumunda, failin normalde taksirden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Öngelen tehlikeli eylem taksirli dahi olsa, bunu izleyen sonucu önlememe hareketi kasti ise, bu durum daha net belirebilecektir. Örneğin dikkatsizlikle çarptığı bir kimseye durup yardım eden bir sürücü, bu yardımına rağmen mağdurun ölümü söz konusu olursa taksirle öldürmeden sorumlu tutulacakken; hiç durmayarak ve yardım da çağırarak olay yerinden kaçan sürücünün bu eylemi nedeniyle mağdur ölmüşse, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükten ötürü -kasten kaçmışsa- ihmali suretiyle öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir. Hatta Hakeri burada, çarparak yaraladığı kişiyi hastaneye götürmeyerek onun ölümüne neden olan kimse hakkında TCK m. 82/1-h'deki "*bir suçu gizlemek amacıyla öldürme suçunun varlığını kabul etmek*" gerektiği kanaatinde-dir.¹³⁵ Ben de bu yaklaşımın doğru olduğu kanısındayım.

Türk hukuku ise, önceki yasa döneminde öngelen tehlikeli eylemin bulunduğu olayların hemen hepsinde taksirden doğan sorumluluğu kabul etmektedir. Yargıtay, neredeyse hiçbir olayda öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlüğe veya buna dayanan sorumluluğa başvurmaya gerek görmemiştir.¹³⁶

¹³⁴ Hakeri, *a. g. e.*, s. 127.

¹³⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 127.

¹³⁶ Hakeri, *a. g. e.*, s. 128.

Buna ilişkin en çarpıcı Yargıtay kararı CGK'nın 1990 tarihli bir kararıdır. Olay özetle şöyledir: *"Samimi kabul edilen ve aksi kanıtlanamayan savunmasında sanık ısınmak amacıyla fırın içerisinde oturmakta olan ölene "fırının kapısını kapatayım mı" dedikten sonra onun olumlu cevabı üzerine fırının kapısını kapatmış, bu arada şeytanlık edip öleni korkutmak amacıyla çalıştırma ve stop düğmelerine basmış, ölenden kan çıktığını görünce, girdiği psikolojik ortam (panik reaksiyon) içerisinde olay yerinden uzaklaşırken fırın kapısını açmayı düşünememiş, bu durumu ilk karşılaştığı kişilere anlatmıştır. Ölümün havasızlıktan oluşması da bu durumu doğrulamıştır."*¹³⁷ Bu olayda CGK, kastın bulunmadığına, ağır ve yoğunlaşmış taksirli halin varlığına ve dolayısıyla sanığın taksirle adam öldürmeden sorumlu tutulacağına oyçokluğu ile karar vermiştir.

Yargıtay bu kararında ihmali bir suçun varlığı olasılığını hiç tartışmamıştır ve doğrudan doğruya taksirli icrai suçtan failin sorumluluğuna karar vermiştir. Halbuki olayda kanımca öngelen, yükümlülüğe aykırı bir tehlikeli eylem söz konusudur. Yükümlülüğe aykırı bu hareket, bu hareketten doğan sonucun da önlenmesi yükümlülüğünü doğurur.¹³⁸

III. BÖLÜM

KASTEN İHMALİ DAVRANIŞLA ÖLDÜRME SUÇUNUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

1. Teşebbüs

Türk öğretisinde garantörsel ihmali suçlara teşebbüs kabul edilmektedir. Kunter, garantörsel ihmali suçlarda eksik teşebbüsün mümkün olduğu görüşündedir. Örneğin hastanın ilacını birkaç gün veremeyerek hastayı öldürmek isteyen hasta bakıcı yakalandığında ihmali hareket henüz tamamlanmadığı için eksik teşebbüs söz konusudur.¹³⁹ Dönmezer/Erman'da garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsü kabul etmektedirler.¹⁴⁰ Önder de garantörsel ihmali suçlara teşebbüsün müm-

¹³⁷ CGK, 9. 4. 1990 tarih ve 1990/1-60 E/108 K. sayılı ilamı, Hakeri, *a. g. e.*, s. 128.

¹³⁸ Aynı yönde Hakeri, *a. g. e.*, s. 129.

¹³⁹ Aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 177.

¹⁴⁰ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. 1, s. 366.

kün olduğu görüşündedir.¹⁴¹ Soyaslan da garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır.¹⁴²

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün nasıl oluşabileceğini anlamak bakımından şöyle bir örnek verilebilir: *"Bir yayaya çarpıp da onun yaşadığını sanıp ve o andaki bir yardımla kurtulabileceğini düşünmesine rağmen, şahit bırakmamak için onu kaza yerinde bırakan bir sürücü gerçekte yaralının hemen öldüğü olayda veya hemen ölmeyip de hekim müdahalesi halinde kurtarılacak ise veya yaralının üçüncü bir kişinin yardımıyla kurtarılması halinde, kasten öldürmeye teşebbüs suçunu işlemiştir."*¹⁴³

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı bakımından ilk anı esas alan görüş; en son anı esas alan görüş ve doğrudan tehlike görüşü olarak üç farklı görüş öne sürülmektedir.¹⁴⁴

İlk anı esas alan görüşe göre, teşebbüs garantörün neticeyi önlemeye yönelik ilk olanağı kullanmadığı anda başlar (mümkün olan ilk müdahale görüşü). Bu görüş, hareketin mümkün olduğu ilk anı esas almaktadır. (görüşü savunanlar Alman öğretisinde Schröder, Lönnies ve Herzberg'tir).

Bu görüşe yöneltile en büyük eleştiri, teşebbüsün başlangıcını garantörün ilk neticeyi önleme imkanını kullanmadığı anda kabul etmenin ikna edici olmadığı yönündeki eleştiridir. Her ne kadar bu görüş ilk fırsatın kullanılmasını öngörmekle, mağdurun yararlarını koruyor gibi görünmekteyse de olaya garantör açısından bakıldığında, garantörden çok şey beklendiği de söylenebilecektir. Örneğin aşağıdaki örnekte teşebbüsün başlangıcı çok öne alınmaktadır: *"Hasta için henüz yaşamsal bir tehlike doğmamış olmasına rağmen, hastayı hayatta tutmaya yarayacak ilacı hemşirenin hastaya vermemesi sonucunda ölüm neticesinin meydana gelmesi"*.

İkinci görüş ise, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı bakımından en son anı esas almaktadır (mümkün olan en son müdahale görüşü). Buna göre ihmale teşebbüs, yükümlü olan kişinin hareketi yapmak zorunda olduğu ve başarılı olacağı en son anda başlar. Böylece, son kurtarma şansının kullanılmaması teşebbüsün başlangı-

¹⁴¹ Önder, a. g. e., s. 469.

¹⁴² Soyaslan, *Genel Hükümler*, s. 329, Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 115.

¹⁴³ Hakeri, a. g. e., s. 178.

¹⁴⁴ Görüşler ve ayrıntılar Hakeri, a. g. e., s. 178-179-180'den aktarılmıştır.

cını oluşturacaktır. (Bu görüşü Alman öğretisinde Welzel, Kaufmann, AK/Seelmann, Struensee ve Grünwald savunmaktadır).

Bu görüşe Alman öğretisinde Kühl tarafından yöneltilen en büyük eleştiri ise, fail burada mağduru kurtarabilme olanağına sahipken, elindeki birçok olanağı kullanmamış olması nedeniyle mağduru gitgide büyüyen bir tehlikeyle karşı karşıya bırakıyor oluşudur. Garantörlük yükümlülüğü yalnızca mümkün olan en son hareketi değil, ayrıca hukuki yarar yönelik sonuca yakın olan tehlikelerin de önlenmesini gerektirmektedir.

Öğretideki baskın görüş ise, üçüncü görüş olan doğrudan tehlike görüşüdür. Buna göre, garantörsel ihmali suçlarda teşebbüsün başlangıcı olarak korunan yarar bakımından doğrudan bir tehlikenin doğduğu anı esas almak gerekmektedir. (Alman öğretisinde bu görüşü Kühl, Triffterer, Jeschenk/Weigend, SK/Rudolphi savunmaktadır)

Bu görüşe göre, teşebbüsün başladığı an, korunan kişi için doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya halihazırda mevcut bir tehlikenin büyüdüğü ve bu nedenle de beklemeye devam etmenin TCK m. 35/1 anlamında “*doğrudan başlama*” olarak belirlediği andır. Yukarıda verilen hemşire örneği bu açıdan değerlendirilecek olursa, hastanın hayatı için doğrudan ve somut tehlike hastanın gücünün kalmaması halinde değil, hasta bakımından ölüm tehlikesinin mevcut olması halinde mevcuttur denilebilecektir. Bir bisikletliye çarparak ona yardım etme olanağı varken ve çarptığı kimsenin ölümünün olası olduğunu öngörerek olay yerinden kaçan sürücü bakımından öldürmeye teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Keza çocuğunu emzirmeyen anne açısından da öldürme teşebbüsü, emzirmeme eylemi nedeniyle çocuğun yaşamı bakımından somut bir tehlikenin doğmasıyla başlamış sayılacaktır.

Hakeri, TCK m. 35/1 hükmü ışığında değerlendirildiğinde bu görüşün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak somut olayda suçun ne zaman tamamlandığının tereddütlü olabileceğini, bazı olaylarda garantörün derhal harekete geçmesinin gerekli olduğunu da belirtmektedir. (örneğin ağır kanamalı bir hastada, damarın gecikmeksizin bağlanması gerekecektir). Ben de bu görüşün teşebbüs bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyim. Ancak Bu görüşe RATH tarafından yöneltilen eleştiri ise tehlikenin doğduğu anı belirlemenin güç olacağı ve bu kıstasın belirsiz olduğudur.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 181.

Teşebbüs, verilecek cezanın belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır. 765 sayılı (eski) TCK'da teşebbüs eksik ve tam olarak iki tür-lüydü. Fakat yeni yasamız teşebbüsteki bu ayrımı kaldırmış ve yargıca cezanın belirlenmesi bakımından kolaylık sağlamıştır.

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs bakımından her somut olay-da ayrı ayrı değerlendirmeye girişmek gerekmektedir. Örneğin anne-nin çocuğunu emzirmemesi olayında çocuğun hayati tehlikeye girdiği andan itibaren teşebbüs kabul edilecek olursa, bu andan çocuğun kur-tarılmasına kadar olan süreçte geçen gün sayısına ve çocuğun içinde bulunduğ duruma göre failin cezasında indirimle gidilebilecektir. İn-dirim oranı belirlenirken, bir çocuk aç bırakıldığı takdirde yaşına ve fizyolojik durumuna göre hangi günden itibaren ölüm tehlikesinin bu-lunduğu araştırılarak karar verilebilir.¹⁴⁶

Garantörsel ihmali suçlarda elverişsiz teşebbüs halinin varlığı için-se, fail bakımından baştan itibaren garantörlüğü kuran normun var olmamasına rağmen failin bunları var kabul etmesi gerekmektedir. Örneğin failin suda çırpınan kimseyi, gerçekte komşusu olduğu halde, karısı zannederek, ölmesini sağlamak amacıyla ona yardım etmemesi durumunda garantörsel ihmali suçta elverişsiz teşebbüs oluşmuş sayı-lır. Çünkü hiç kimse komşusu üzerinde garantör değildir.¹⁴⁷ Bir diğer örnek de garantörlüğü kuran durumun gerçekte mevcut olmamasına rağmen, failin garantörlüğün varlığını düşünerek harekete geçmeme-sidir. Örneğin 12 yaşındaki oğlu babasından gizlice yüzme öğrenir. Babasına da sürpriz yapmak için birlikte gittikleri havuzda bir arkada-sından, kendisine çarparak havuza düşmesini sağlamasını söyler. Ar-kadaşı da mağdura çarpar; mağdur suya düşer. Babası oğlunun havuza düştüğünü görmesine rağmen oğluna, ölmesini sağlamak için yardım etmez. Burada aslında babanın oğlu üzerinde garantörlükten doğan sorumluluğu yoktur. Çünkü oğlu gerçekte yüzme bilmektedir.¹⁴⁸

Ancak garantörün kendisi tarafından korunmak durumunda olan kişi tehlike altındaysa elverişsiz teşebbüsten hüküm kurulacak mıdır?

Burada BGH'nin bir kararı bize yol gösterecektir. Bu karara konu olan olay bir tren istasyonunda geçmektedir. Mağdur, bir istasyonda

¹⁴⁶ Hakeri, *a. g. e.*, s. 181.

¹⁴⁷ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. I-s. 468.

¹⁴⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 184.

A. ve B. adlı kişiler tarafından dövülür ve yaralı olarak olay yerinde terk edilir. Ancak A, cezalandırılma olasılığına karşı B.'ye mağduru öldürmeyi önerir. Bunun üzerine her iki fail de istasyona dönerler ve A. mağduru rayların üzerine atarken B. de durumu seyrederek. Ancak mağdur istasyonda bulunan diğer yolcuların onu görmesi ve makinisti uyarmalarıyla kurtulur. Sonradan yapılan araştırmalarda trenin aslında mağdurun rayların üzerinde bulunduğu yere varmadan duracağını (hesapların bunu gösterdiğini) ve makinistin zaten iş bu noktaya gelmeden de mağduru fark edeceğini ortaya koyar.

Bu olayda B.'nin sorumluluğu ihmal suretiyle kasten öldürmeden olacaktır. Zira, B.'nin öngelen eylem nedeniyle mağdura karşı bir garantörlüğü bulunmaktadır. Yerel mahkeme bu gerekçeyle R.'yi mahkum eder. Kararı *“olayda elverişsiz teşebbüsün varlığı nedeniyle”* temyiz eden R.'nin avukatlarının talebini Alman Federal Yüksek Mahkemesi (BGH) olayda mağdura yönelik objektif olarak mevcut, somut ve esaslı bir tehlikenin bulunduğunu; trenin oluşabilecek muhtemel bir arıza nedeniyle ya da makinistin dikkatsizliği vb bir nedenle duramayabileceğini; bu nedenle de mağdurun trenin altında kalabileceğini belirterek yerel mahkemenin kararını onar.¹⁴⁹

Garantörün hiçbir şekilde sonucu önlemesinin zaten mümkün olmadığı durumlarda failin cezalandırılmayacağını da belirtmek gerekmektedir. Örneğin, garantör aslında zaten ölmüş bulunan veya hekim çağrılrsa dahi kurtarılması olanaklı olmayan mağdurun kurtarılabilceğini düşünerek; ölmesine neden olmak için hekime haber vermez. Burada garantörün ihmali, mağdurun kurtulma olasılığını engellemediği gibi azaltmamaktadır da.¹⁵⁰

Garantörsel ihmali suçta gönüllü vazgeçme mümkündür. Örneğin çocuğunu ölmesini sağlamak amacıyla aç bırakan annenin bir süre sonra çocuğunu yeniden beslemeye başlaması durumunda gönüllü vazgeçme mümkündür. Burada artık anneye ceza verilmeyecektir.¹⁵¹

¹⁴⁹ Hakeri, a. g. e., s. 184.

¹⁵⁰ Dönmezer/Erman, a. g. e., C. I, s. 474.

¹⁵¹ Dönmezer/Erman, a. g. e., C. I, s. 442 ve Yeni TCK m. 36.

2. İştirak

Kanunda iştirak bakımından *faillik* ve *şeriklik* ayrımı yapılmaktadır. Faillik de müstakil (doğrudan), dolaylı (dolayısıyla) ve suçun birden fazla kimse tarafından iştirak halinde işlenmesini ifade eden müşterek (ortaklaşa) faillik şeklinde belirir. Şeriklik ise, azmettirme ve yardımda bulunma şeklinde ortaya çıkar.¹⁵²

İhmali suçlarda fail şerik ayrımı anlamak bakımından şöyle bir örnek verebiliriz: “Bir fabrikada gece bekçisi olan B, hırsızların fabrikaya girdiğini görür fakat müdahale etmesi mümkün ve beklenebilir olmasına rağmen herhangi bir müdahalede bulunmaz.”

Garantörsel ihmali suçlarda fail ancak garantör olabilir. Garantör olmayan kimselerin fail olabilmesi olanağı yoktur. Garantör olmayan kimseler ancak şerik olabilirler.

Müşterek faillik bakımından konuyu, sadece ihmali failer arasında önceden anlaşmak yoluyla müşterek failliğin söz konusu olabileceği durumlarda, birden fazla müşterek fail arasında üzerlerine düşen görevi yerine getirmeme konusunda ortak bir irade bulunması gerekir. Buna örnek olarak bir acil serviste çalışan hemşirelerin, maaş azlığını protesto etmek için işi durdurma kararı almaları ve bu kararın uygulanması nedeniyle hastaların ölmesi durumu verilebilir.¹⁵³ Ya da anne-babanın önceden anlaşarak yeni doğmuş bebeklerini terk etmeleri de buna örnektir.¹⁵⁴

Öğretide garantörler arasında müşterek failliğin mümkün olamayacağını savunanlar da bulunmaktadır. (Kaufmann). Örneğin 50 yüzücünün, boğulmakta olan bir çocuğa yardım etmemesi halinde bunların TCK m. 98 anlamında genel yardım etmeme suçunu müştereken işledikleri söylenemez. Burada yardım etmeyen her yüzücü ayrı ayrı sorumludur. Ayrıca, müşterek ihmali faillikten sorumluluk için faillerin arasında bir anlaşma olması da gerekli değildir.¹⁵⁵

Acaba icrai ve ihmali failer arasında müşterek faillik mümkün

¹⁵² Hakeri, *a. g. e.*, s. 186.

¹⁵³ Soyaslan, *Özel Hükümler*, s. 114.

¹⁵⁴ Yargıtay 1. CD 9. 11. 2004 tarih ve 2004-627 E-3777 K sayılı ilamı Hakeri, *a. g. e.*, s. 189.

¹⁵⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 189.

müdür?Burada bazı yazarlar icrai ve ihmali suçlarda fail profilinin farklı olması nedeniyle müşterek failliğin mümkün olamayacağını savunmaktadırlar. (Begehungs/Pflichtdelikte). Buna örnek olarak da havuzda görevli olan cankurtaranın, bir kimsenin yüzme bilmeyen birini suya ittiğini görüp de harekete geçmemesi halinde iten kimse bakımından icrai, olaya müdahale etmeyen fail bakımından ise ihmali davranışla faillik olduğunu savunmaktadırlar. Bu kişiler faildirler fakat müşterek fail değildirler.¹⁵⁶

Diğer bir görüş ise bir suçun icrai ve ihmali failer bakımından birlikte işlenmesi halinde, icrai davranışta bulunanı fail; ihmali davranışta bulunanı ise yardım eden olarak kabul etmektedir. (Zira bu görüşe göre, fiilin egemenliği icrai davranışta bulunmaktadır. . Buna örnek olarak babanın, çocuğunun annesi tarafından öldürülmesini yalnızca seyretmesi verilebilir.

Başka bir görüş ise (Özgenç) başkasının icrai fiilini önlememe suretiyle hem garantörlüğün gereği yerine getirilmediği için garantörsel ihmali suçun, hem de icrai suçu işleyen kimsenin fiiline de yardımın söz konusu olduğunu ve bu durumda içtima kuralları uygulanarak, ihmali failin failliğinin şeriklikle kıyaslandığında asli olması nedeniyle, asli norm-tali norm ilkesi uyarınca, garantörsel ihmali suçtan sorumlu olacağını savunmaktadır.

Hakeri'ye göre, sonucu önlemeye ilişkin aynı yükümlülüğe sahip iki kişiden birinin icrai diğerinin ihmali tutum içerisinde olması halinde müşterek failliği kabul etmek; fakat bunun dışında, sorunu içtima kurallarıyla çözmek gerekmektedir.¹⁵⁷ Örneğin gardiyanların aralarında anlaşarak birinin mahkumlardan birine bıçak vermesi, diğerinin de mağdur bıçaklanırken müdahale etmemesi durumunda gardiyanlar arasında müşterek faillik kabul edilmelidir. Ben de Hakeri'nin görüşüne katılmaktayım.

Dolaylı faillik, bir kimsenin hareket etmekle yükümlü olup da hareket etmeye istekli olan bir başkasının hareketini cebir veya hile ile engellemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Burada da emredilen bir hareketin yapılmaması söz konusudur fakat bu hareketi yapmayan kimsenin arkasında bir garantör bulunmaktadır. Örneğin B. adlı kişi

¹⁵⁶ Görüşler ve ayrıntıları Hakeri, *a. g. e.*, s. 190 vd.'den aktarılmıştır.

¹⁵⁷ Hakeri, *a. g. e.*, s. 191.

boğulmak üzeredir. Kendisi yüzme bilemeyen ve B.'yi kurtarmak için herhangi bir girişimde de bulunmayan E., olay yerinde bulunan ve B.'yi kurtarmak isteyen K.'yi silahla tehdit eder. B, boğulur ve ölür. Burada, E.'nin dolaylı fail olarak B.'nin ölümünden sorumluluğu söz konusudur.

Ancak, ihmal suretiyle dolaylı faillikte arka planda olan kimse, aktif bir hareketiyle olaya kattığı bir araç kullanmamakta fakat netice-nin meydana gelmesinde sorumlu olmaktadır. Örneğin akıl hastasının bir başkasını öldürmesini engellemeyen hemşirenin durumu böyledir. Zira hemşirenin garantörlüğü söz konusudur ve ölüm neticesini engellemediği için bundan sorumludur.

İhmalde şeriklik ise iki grupta incelenmelidir: İhmali bir suça pozitif bir fiil ile katılma ve icrai veya ihmali bir suça ihmal suretiyle katılma.¹⁵⁸

İhmali bir suça olumlu bir eylemle katılmaya örnek olarak bir ağır hastanın (H.) yaşamının, arkadaşı A.'nın temin ettiği ilaca bağlıdır. A. ile yolda karşılaşan H.'nin düşmanı olan D., A.'ya yüklüce bir miktar para teklif eder ve ilacı H.'ye götürmemek için A.'yı ikna eder. Bunun sonucunda da H. ölür. Burada A.'nın fiili ihmali bir suça olumlu eylemle katılmaktır.

Garantörsel ihmali suçlarda garantörün azmettirilmesi söz konusu olabilir. Bunun

İçin, garantörün neticeyi önlememe konusunda ikna edilmesi yeterlidir. Azmettirmede, garantörsel ihmali suçlar bakımından, garantörlüğü bilerek hareketsiz kalmak konusunda ihmali fail, azmettiren tarafından ikna edilmektedir. Burada, ihmal edenin garantör olması yeterlidir; azmettirenin garantör olması şart değildir. Örneğin A.'nın çocuğu havuza düşer ve A.'nın arkadaşı olan B., A.'yı çocuğunu kurtarmaması için ikna eder. Burada B.'nin garantör olması şartı yoktur.¹⁵⁹

Öğretide azınlık görüşü ise, ihmali suçlarda aktif hareketle yardımcı kabul etmemektedir. Bu görüşe gerekçe olarak da bu tip bir suçun başlıbaşına icrai bir suç olacağı gösterilmektedir. Örneğin boğulmak üzere olan C.'nin babası olan B., C.'yi kurtarmak için herhangi bir gi-

¹⁵⁸ Hakeri, *a. g. e.*, s. 193.

¹⁵⁹ Hakeri, *a. g. e.*, s. 194.

rişimde bulunmaz. Bu sırada olay yerinde bulunan ve kendisi de çocuğu kurtarma olanağına sahip olmayan E., C.'yi kurtarmak isteyen K.'yı zorla tutar ve çocuğun kurtarılmasını engeller. Bu görüşe göre, E. burada ihmale yardımdan değil, bizzat icrai hareketle öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır. (Schmidhäuser ve Kaufmann)¹⁶⁰

İhmali davranışla iştirak da söz konusu olabilir. Buna şöyle bir örnek verebiliriz. Gardiyan G., mahkumlardan birinin diğerini yaraladığını görür. Buna rağmen G. kendi kendine *“mahkumun bu tavrını görmemiş de olabildim”* diye düşünerek olaya müdahale etmez. Burada gardiyan garantördür ve olaya müdahale etmemesi nedeniyle doğabilecek sonuçlardan sorumludur.

Garantör olmayan kişiler de şerik olarak sorumlu tutulabileceklerdir. Burada, bir suç işlenirken yalnızca olay yerinde bulunmak suretiyle mağdurda korku yaratması söz konusu olan bir kimsenin durumu buna örnek olarak verilebilir. Olayın daha net anlaşılabilmesi için Yargıtay'ın 1951 tarihli şu kararını örnek gösterebiliriz: *“... Kaçırmanın asli faili olup da ırza geçmede sadece hazır olan kimse, huzuru ile mağdura korku yarattığı ve mukavemetin faydasızlığı kanaatini mağdurda tevhit ettirdiği takdirde tecavüze de fer'i iştirak etmiş olur.”*¹⁶¹

Aynı şekilde garantörün de ihmali bir hareketle iştiraki mümkündür. İhmal suretiyle iştirak, garantörlükte, yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, *“tek ve aynı sonucun bir yandan bir hareket eden tarafından gerçekleştirilmesi ve aynı anda da bir ihmal eden (yani garantör) tarafından önlenmediği”* hallerde de söz konusu olabilmektedir.¹⁶² Buna örnek olarak, üçüncü bir kişinin oğluna yönelik öldürme fiilini babanın engellememesi hali gösterilebilir.

İhmalde aktif azmettirme kabul edilmektedir fakat ihmal suretiyle azmettirme ise genellikle öğretilde kabul edilmemektedir. (Roxin/Kühl/Cramer/Jeschenk/İçel/Sokullu/Akıncı/Özgenç/Sözüer/Mahmutoğlu/Ünver). İhmal suretiyle azmettirmeyi kabul etmeyenlerin gerekçesi, saf bir ihmalin azmettirme için yeterli olmadığı, kanunun azmettirmede aradığı koşulların ihmal suretiyle azmettirmede bulunmadığı zira bir kimseyi ihmali tutum takınarak bir suç işleme

¹⁶⁰ Hakeri, a. g. e., s. 194.

¹⁶¹ CGK, 17. 12. 1951; 1951-210 E; 222 K sayılı ilamı Hakeri, a. g. e., s. 195.

¹⁶² Dönmezer/Erman, a. g. e., C. II, s. 556 vd.

konusunda ikna etmenin olanaklı olmadığıdır. Azmettirenin, faili etkilemek konusunda aktif bir tavır alması gerekmektedir. Hiçbir şey yapmamak suretiyle bir kimseyi azmettirmek bu nedenle olanaklı değildir.¹⁶³

İhmali davranışla yardımın olanaklı olup olmadığı da öğretide tartışmalıdır. Bazı yazarlar ihmali davranışla yardımın mümkün olamayacağı görüşündedirler. (Kaufmann, Grünwald, Stratenwerth), bazı yazarlarsa bu halde sadece failliği kabul etmektedirler (Bloy); Rudolphi ise, garantörlüğün söz konusu olduğu hallerde failliğin bulunacağı görüşündedir.¹⁶⁴

Hakeri'ye göre, ihmal suretiyle yardım durumunda, her koşulda garantörün failliği kabul edilmelidir. Fiili egemenliği olsun ya da olmasın, garantörlüğün türü ne olursa olsun bir sonucun gerçekleşmemesi konusunda yükümlülüğü olan birinin, bu neticenin gerçekleşmemesi için girişimde bulunmaması durumunda sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir.¹⁶⁵

3. İçtima

Burada temel olarak iki durum incelenmelidir. Birincisi, birden fazla ihmali suçun içtimaı durumunda ceza nasıl belirlenecektir? İkincisi, birden fazla ihmali veya icrai suçun içtimaı durumunda ceza nasıl belirlenecektir?

Birinci durumda, aynı olayda garantörsel ihmali suçla saf ihmali suç söz konusu ise, failin öncelikle garantörsel ihmali suçtan cezalandırılması gerekecektir. Örneğin bir trafik kazasında, yaralı kişiye yardım etmeyen kişi bakımından hem TCK m. 98'deki genel yardım yükümlülüğünün ihlali suçu hem de garantörlük söz konusuysa (örneğin yaralı kişi, yardım etmeyeninin eşiyse ve yardım etmeme nedeniyle yaralı ölmüşse), yardım etmeyen kişi (eş) hakkında ihmal suretiyle öldürmeden hüküm kurmak gerekecektir. Zira TCK m. 98, garantörlük olmayan durumlar için, genel nitelikteki yardım yükümlülüğünün ihlalini düzenlemektedir. Bu nedenle, TCK m. 98, böyle bir olayda "yardımcı

¹⁶³ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. II, s. 556 vd.

¹⁶⁴ Aktaran Hakeri, *a. g. e.*, s. 196.

¹⁶⁵ Hakeri, *a. g. e.*, s. 200.

norm"dur ve yardımcı normun sonralığı ilkesi gereğince, olayda ikincil olarak uygulanmalıdır.¹⁶⁶

Türk hukukunda ayrıca, ihmali zincirleme (müteselsil) suç da düşünülebilir. Kanunumuz herhangi bir ayırım yapmadığı için, sadece "suçun işlenmesi"nden bahsettiğinden hem ihmali hem de garantörsel ihmali suçlarda teselsülün varlığı kabul edilmelidir.¹⁶⁷

Yargıtay da ihmali hareketlerle zincirleme suçun işlenebileceği görüşündedir. Nitekim bir kararında özetle şöyle demektedir: "*Sanığın Yargıtay'dan gelen dosyaların esasını kapatmama, bir kısım belgeleri dosyalarına yerleştirmeme ve temyiz dilekçeleriyle ilgili işlem yapmama şeklinde aynı nitelikteki 1991-1992 yılları içinde süregelen ve bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak yasanın aynı hükmünün ihlali niteliğinde bulunduğu kabul edilen eylemleri için TCK 230 ve 80. maddelerinin (Yeni TCK m. 257; 43) uygulanması uygun görülmüştür.*" görüşündedir.¹⁶⁸

İçtimada incelenmesi gereken ikinci hal ise, birden fazla ihmali ve icrai suçun içtimai halidir. Burada da ilk düşünülmesi gereken husus birbirini izleyen icrai ve ihmali hareketlerin varlığıdır. Örneğin failin bir tehlike kaynağı açması, sonra da bu tehlike kaynağını emniyet altına almaması veya yok etmemesi buna örnektir.

Önceki icrai hareketi (örneğin bombalı bir zarf gönderme gibi) bir ihmali hareket izliyorsa (örneğin mağdurun uyarılmaması) ne yapmak gerekecektir?

Bu durumda ilk olarak her ihmali veya icrai davranış tek başına suç niteliği taşıyorsa ve ikisi de kasdi veya taksirli ise, ikisinin de haksızlık ve kusur içeriği birbiriyle uyumlu ise bu durumda sadece icrai davranış göz önünde tutulur Pozitif davranışla amaçlanan sonucun, ihmali davranışla önlenmemesi artık cezalandırılmaz.¹⁶⁹

Ancak her iki davranış da farklı kusur şeklini içeriyorsa, kusurda taksir-kast özellikle dikkate alınmalıdır. Burada sonuç sadece taksirli icraya değil, bunu takip eden kasti ihmale de dayanmaktadır. Buna, sonradan eklenen kast (*dolus subsequens*) örnek olarak gösterilebilir.

¹⁶⁶ Hakeri, a. g. e., s. 206.

¹⁶⁷ bkz TCK 43 ve ayrıca Dönmezer/Erman, a. g. e., c. I, s. 380 vd.

¹⁶⁸ 4. CD 3. 5. 1994 tarih ve 1994/942 E-3887 K sayılı ilamı (Hakeri, a. g. e., s. 208).

¹⁶⁹ Hakeri, a. g. e., s. 209.

Örneğin taksirle neden olunan trafik kazasından sonra mağdurun kurtarılmasının kasten ihmal edilmesi veya bir hastaya dikkatsizlikle yanlış ilaç vererek zehirleyen hemşirenin durumun farkına varmasına rağmen sonucu engellemek için herhangi bir girişimde bulunmaması sonradan eklenen kasta örnektir.¹⁷⁰

Kastın eklenmesinden sonra yapılan ihmali hareketlerin ayrı bir suç oluşturmaması halinde ne tür bir içtima uygulamak gerekecektir? Dönmezer'e göre, bu halde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir.¹⁷¹

İçel ise böyle bir durumda kasta dayanan suçun tamamlanıp olup olmamasına bakarak durumu değerlendirmekte, suç tamamlanmışsa taksire ilişkin normların yardımcı norm olması nedeniyle sadece kasıtlı suçtan ötürü sorumluluğu kabul etmektedir. Kasıtlı harekete dayanan suçun teşebbüs aşamasında kalması halinde ise bu kez kasıtlı suçla taksirli suçun aynı suç olup olmamasına göre ayrıma gitmektedir. Burada da, eğer ikisi de aynı suç ise, yine taksirli suça ilişkin normun yardımcı norm olması nedeniyle, sonra uygulanması gerekecektir. Örneğin yanlışlıkla yangına neden olan kimsenin, yangına müdahale etmemesine rağmen, binanın yanmasını itfaiyenin önlemesi durumunda; yangına neden olan kimse teşebbüsten sorumlu tutulacaktır. Buna karşılık, taksirle işlenen suç ile teşebbüs aşamasında kalan suç farklı suçlar ise, bu takdirde fail her iki suçtan dolayı sorumlu olacaktır. Yazar, buna örnek olarak, trafik kazasında çarparak yaraladığı kimseye yardım etmemesi sonucunda, yaralının ölmesini vermekte ve burada çarpan kişi hem yaralı ölmüşse bu sonuçtan, hem de yaralıyı olay yerinde bırakmışsa bu sonuçtan sorumlu tutulmak gerekecektir.¹⁷²

İçel'in görüşünün değerlendirme bakımından karışık ve somut olaya uygulanmasının güç olduğu; bu nedenle Dönmezer'in görüşünün benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyim.

Kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi halinde, bunun yaptırımı TCK 81 ve 82. maddelerde öngörülmüştür. Buna göre, hakim bu cezalara oranla daha hafif bir ceza takdir edebilir. Çünkü bir suçun ihmali ya da icrai davranışla işlenmesi hali birbirinden farklıdır.

¹⁷⁰ Hakeri, *a. g. e.*, s. 212.

¹⁷¹ Dönmezer/Erman, *a. g. e.*, C. II, s. 397 vd.

¹⁷² İçel'den aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 213.

Buna göre, bir kimseyi suda boğarak öldürmekle, suda boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtarmamak farklı fiillerdir. Bu nedenle cezaları da farklı olmalıdır.

IV. BÖLÜM

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Kasten ihmali davranışla adam öldürme suçunu işlediğimiz bu çalışmadan ulaştığımız fikirler kısaca şöyledir:

A. Aile Hukukundan Kaynaklanan Garantörlükte

Ebeveynlerin çocukları üzerindeki garantörlüğü bakımından kanımca çocuğun sevgin ve ergin olması ailenin garantörlüğünü kaldırmamalıdır. Çünkü Türk aile yapısı ve Türk ekini, çocuğun ergin olmakla ailesinden ayrı yaşama hakkına sahip olduğunu genellikle kabul etmemektedir.

Eşler arasındaki garantörlükte ise, arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı altında birlikte yaşamakla -araları bozuk dahi olsa- henüz resmen boşanmadıklarından ve ayrı da yaşamadıklarından garantörlük ilişkisinin varlığını kabul etmek gerekir.

Yargıtay, 15 yaşından küçük kızlarını gayri resmi şekilde evlendiren anne ve baba bakımından anneyi ırza geçme suçunda fer'i fail olarak kabul etmemiştir. Kanımca, yeni MK hükümleri gereğince (MK m. 186, 189, 336) artık bu Yargıtay içtihadı geçerli olmamak gerekir. Zira yeni MK'ya göre, eşler evlilik birliğini birlikte yönetirler ve hak ve borçlardan birlikte sorumludurlar. Özellikle de MK 336 gereğince, eşlerin velayet hakkını birlikte kullanmaları esastır.

Anne ve babanın aynı evde yaşayan çocuklarını tehlikelerden koruma yükümlülüğü vardır. Yükümlülüğün sınırının ne olacağı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre (Kühl, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 87) bir çocuğun her tehlikeli eylemine müdahale yükümlülüğü yoktur. Örneğin, çocuğun bir duvara çıkıp oynamasına müdahale edilmez; meğerki duvarın diğer tarafında yüksekçe bir çukur olsun. Diğer bir görüş ise, ebeveynin yükümlülüğünü geniş kabul etmektedir. Örneğin ebeveynin çocuğu beslemek, çocuğa bakmak, gerektiğinde çocuğa tıbbi yardım te-

min etmek, vücut ve yaşamını tehdit eden kasti ya da taksirli kendini yaralamayı önlemek gibi yükümlülükleri vardır. (BGH: Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin görüşü, aktaran: Hakeri, *a. g. e.*, s. 88)

Burada kanımca BGH'nin görüşünün çok sert olduğu düşünülmeli ve öğretideki ilk görüşe ağırlık verilmelidir. Aksi halde, ebeveynlerin çocuğun en küçük hareketinden dahi sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

Hatemi de hak ehliyeti ve kişiliğin sağ ve tam olarak doğmakla başlayacağını belirtmekte fakat çocuğun sağ doğmak şartıyla, ana rahmine düştüğü andan itibaren medeni haklardan yararlanacağını belirtmektedir. Yine Hatemi, insan hakları kapsamına giren *"yaşama hakkının"*, geciktirici şarta bağlı olmayarak, cenine de tanınması gerektiğini belirtmektedir.

Ben de bu görüşün doğru olduğunu düşünmekteyim. Nitekim MK m. 28/c. 2'ye göre, *"Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde etmektedir."* hükmü de bu görüşümü desteklemektedir.

Kanımca, eşler arasında fiili bir ilişki olmasa bile, eşler aynı çatı altında birlikte yaşamakla-araları bozuk dahi olsa-garantörlük ilişkisinin devam edeceği yönündeki görüşün kardeşler bakımından da kabul edilmesi ve kardeşlerin aynı çatı altında yaşamaları durumunda, araları bozuk da olsa, birbirlerine karşı garantörlüğünün sürmesi gerektiği kabul edilmelidir. Hatta kardeşler aynı çatı altında yaşamıyor olsalar dahi, aralarında sıkı bağlantı bulunuyorsa ve sık sık haberleşiyorlarsa, birinin başına gelen bir tehlikeyi diğerinin engelleme olanağı varsa engellemesi; aksi halde ölüm neticesi meydana gelmişse bundan sorumlu tutulması gerekecektir. Kanımca boşanma davasının açılmış olması garantörlüğün sona erdiği anlamında yorumlanmalıdır.

Kanımca nişanlılığın garantörlüğe kaynak olması gerekmektedir. Zira, nişanlılık her ne kadar evlilik için zorlayıcı bir hak vermiyor da olsa, nişanlılık MK ile düzenlenmiş olan yasal ve özel bir statüdür ve nişanın bozulması yine MK ile hukuki sonuca bağlanmıştır. Şu halde, yasa koyucu nişanlılığı *"evlilik hazırlığı"* gibi görmüş fakat ona evlilik kadar ağır bir yükümlülük ya da ağır sonuçlar yüklememiştir. Nişanlılığın yasada tanımlanmış olan *"özel bir statü"* olması nedeniyle, nişanlı çiftler arasında garantörlük yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Aksine bir yaklaşım MK'nın amacıyla da bağdaşmamaktadır.

Kanımca, bu ilişkiler nişanlılıktan farklı düşünülmelidir ve bu nedenle, yasada düzenlenmediği için bu tip ilişkiler bakımından, nişanlılığın aksine, yasal bir garantörlüğün var olmadığını kabul etmek gerekir. Ancak eşcinselliğin yasalarla korunduğu Hollanda gibi toplumlar da bu tip garantörlüğün varlığını kabul etmek zarureti doğacaktır.

B. Tehlike Kaynakları Üzerindeki Egemenlikten Doğan Garantörlükte

Yargıtay 1968 tarihli bir kararında bir gözü görmeyen sarhoş olduğu anlaşılan ehliyetsiz şahsa direksiyonu teslim eden kişinin sorumlu olduğuna karar vermiştir. Ancak Yargıtay sonraki kararlarında bu yöndeki içtihadından -kanımca yanlış olarak- dönmüş ve pek çok kararında ehliyetsiz araç kullanmanın KYTK gereğince ayrı yaptırımı olduğunu ve ehliyetsiz olan kişinin araç kullanmasına izin veren ya da direksiyonu bu kişiye teslim eden kişinin, doğan ölüm sonucundan sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.

C. Sözleşmeden Doğan Garantörlükte

1. Genel Olarak

Üstlenmenin, kendisine söz verilen bir kişinin eksikliğinden ya da ihmalden kaynaklanan bir durum nedeniyle yerine getirilmemesi halinde ise Hakeri, söz verene sorumluluk yüklenemeyeceği kanısındadır. Örneğin, bir rehber eşliğinde dağa tırmanan bir turist, dağın zirvesinde ve zor bir inişten önce rehberine aslında parası olmadığını ve bunu da ta en baştan beri bildiğini söylemişse, rehberin bu nedenle sözleşmeyi iptal etmesi durumunda ihmalden doğan sonuç nedeniyle sorumluluğuna gidilemeyecektir. Burada olsa olsa TCK m. 98'deki genel kural uygulanır (tehlike altındaki kimseye yardım etmeme)

Oysa kanımca, bu halde de rehberin sorumluluğunu kabul etmek gerekecektir. Rehber, tedbirli davranarak ücretinin en azından yarısını tırmanma öncesinde tırmanıcıdan almalıydı. Ücretinin yarısını almadan tırmanışa geçmemeliydi. Rehberin bunu yapmamış olması onun ihmali ve rehberin mesleki ihmali nedeniyle, dağın zirvesinde rehbersiz kalan dağcının ölmesi halinde rehberin ihmali suretiyle adam öldürmeden sorumlu olması gerekecektir. Zira dağcının yaşamının

rehberin sözleşmeyi feshetmesi nedeniyle tehlikeye girdiği açıktır.

Hakeri'ye göre, gönüllü üstlenmeden kaynaklanan garantörlüğün zamansal ve nesnel sınırları bulunmaktadır. Bu nedenle, üstlenilen görevin yerine getirilmesi garantörlüğü sonlandıracaktır. Örneğin çocuğa saat 17'ye kadar bakmayı üstlenen bir bakıcının yükümlülüğü bu saatte sona erer ve bakıcının anne-babanın eve gelmesini bekleme görevi yoktur. Aynısı, mağara araştırmacısını belli bir saatte mağaradan çekmeyi üstlenen bir kimsenin, araştırmacının dalgınlığı, düşüncesizliği ya da geçirdiği bir kaza nedeniyle zamanında çıkışa gelmemesi halinde onu saatlerce mağara girişinde bekleme yükümlülüğü bulunmayışı bakımından da kabul edilmektedir.

Ancak kanımca bakıcı örneği bakımından yazarın görüşü benimsenebilir olarak görünse dahi; mağara araştırmacısı örneğinde yazarın görüşüne katılmak olanaksızdır. Zira bakıcı örneğinde çocuk açısından nesnel olarak (ilk görünüşte ve normal koşullarda) çocuğun evin içinde yaşamsal tehlikeye maruz kalabileceğini söylemek güçtür. Oysa mağaracının zamanında çıkışa gelmemesi halinde ise, mağaranın girişindeki rehberin durumundan kuşkullanması ve mağaracının mağaradan neden çıkmadığını -olanakları dahilinde- soruşturması; hatta gerektiğinde olay yerine yardım ekibi çağırması da bir zorunluluktur. Zira, evdeki birinin -bir çocuk dahi olsa- olağan koşullarda zarar görme olasılığı azdır. Buna karşın, mağaradaki bir düşüp ayağını kırmış, oksijensiz kalmış, yolunu kaybetmiş olabilir.

Yine eve anne-babası geç gelen çocuğun bakıcısının -kanımca- tedbiren çocuğun anne-babasına telefon etmesi ve makul bir süre için onların dönüşünü beklemesi uygun olacaktır. Örneğin anne-baba trafiğe yakalanmış olabilir. Bu durumda, saat 17. 01'de evi terk eden ve ocakta bir yemek bırakarak çıkan bir bakıcının; salt görevinin saat 17'de sona erdiğini söyleyerek sorumluluktan kurtulamaması; çıkabilecek olası bir yangın sonucunda çocuğun ölmesi halinde sorumlu olması gerekecektir.

2. Hekimlerin Garantörlüğü

Hekimlerin garantörlüğü bakımından, kanımca, MK m. 23 hükmü de hiç kimsenin kısmen de olsa özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini buyurucu bir şekilde belirtmektedir. Şu halde, açlık grevine girerek

ölümü seçen kimseye, tıbbi müdahale yönünde bir rızası olmasa da devletin müdahale etmesi, AY m. 12/1, AY m. 17; MK m. 23/2 ve MK m. 24 gereğince bir zorunluluk olarak kabul edilmeli ve bu haldeki birine yardım etmeyen hekim nedeniyle, o kimse ölmüşse hekimin ihmal suretiyle adam öldürme nedeniyle sorumluluğu kabul edilmelidir.

Aşçıoğlu, hekimin adam öldürmeden sorumluluğunun genellikle ihmali bir davranışla ortaya çıkabileceğini savunmaktadır. Yargıtay 4. HD, 13. 3. 1973 tarih ve 1973/2684 E-2978 K sayılı kararında doktorun şok yapması olanağı bulunan bir ilacı verirken hastayı ve yardımcı personelini uyarması ve gerekirse enjeksiyonu bizzat yapması gerektiğine işaret ederek, doktorun hastaya verilen ve alerjik özellik taşıyan penisilin içerikli ilacı önce küçük ve hastaya zarar vermeyecek dozda (ilmin gerektirdiği tutarda) vererek, hastanın vücut tepkilerini gözlemlemesi; eğer hasta ilaca herhangi bir olumsuz tepki vermiyorsa, tedavi için gerekli olan doza çıkılabileceğini; hatta ilacın tümünün dahi verilebileceğini; Aksi halde yapılan işin tedavi olmayacağını, bilgisizlik ve ağır kusur nedeniyle ölüme neden olmak olacağını; alerjik bünyelerde at serumu ile hazırlanan tetanos enjeksiyonlarında alerjinin bu şekildeki uygulama ile önlenebileceğini belirtmiş ve ölümden sorumlu olan doktoru uygulamayı bizzat yapmaması veya yapacak kişiyi uyarmamış olması nedeniyle tazminata mahkum etmiştir. Aynı gerekçelerin hekimin ihmal suretiyle ölüm sonucundan sorumluluğu bakımından da geçerli olması gerektiği kanısındayım.

Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır. Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı reddedemeyeceği belirtilmektedir. Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Ancak Yargıtay bu gibi durumlarda hastasına yardım etmeyen hekimin sorumluluğunu TCK m. 257 kapsamındaki genel nitelikteki görevin ihmali olarak görmekte ve hekimin garantörlüğünü kabul etmemektedir. Kanımca Yargıtay'ın bu yaklaşımı yanlıştır ve hekimin garantörlüğünün kabul edilmesi gerekmektedir. Hekimlerin hastaya bakmakla yükümlü olup olmadıkları ve bu noktadaki ihmallerinin

cezalandırılıp cezalandırılmayacağına da değinmek gerekmektedir. Buna göre, kural olarak hekimin hastaya bakıp bakmama yönünde bir serbestisi bulunmaktadır. Ne var ki Hususi Hastaneler Kanunu m. 32 ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 18'e göre, hekimin acil hallerde ve resmi veya insani yükümlülükler nedeniyle hastalara bakmayı reddedemeyeceği belirtilmektedir. Bu yükümlülük askeri hastaneler için de bulunmaktadır.

Hekim, hastanede yer olmadığını gerekçe göstererek, hastalarını başka bir hastaneye gönderebilecek midir? Yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle, acil hallerde hekimin hastaya müdahale yükümlülüğü bulunmaktadır. Şu halde, hastanede yer olmasa dahi hekim acil müdahaleyi yapacaktır. Hastanede boş yatak olmaması, hekimin hastaya bakmamasını haklı gösterecek bir gerekçe olamaz. Bu nedenle de hasta ölürse, hekimin ölüm neticesinden sorumluluğu olduğunu kabul etmek gerekecektir. Kaldı ki bu durumda hekimden beklenen hastaya esaslı bir müdahale yapmadı değil, yalnızca ilk müdahaleyi gerçekleştirmesidir.

D. Öngelen Tehlikeli Eylemden Kaynaklanan Garantörlükte

Yargıtay CGK son içtihatlarından birinde yola dikkatsizce fırlayan yayaya çarpmamak için sürücü direksiyon kıran ve başka birine çarpıp onun ölümüne neden olan, başka bir deyişle, yola fırlayan ilk yayanın kendi fiili nedeniyle üçüncü bir kişi bundan zarar gördüğü olayda yola fırlayan yayayı, kusurlu bulmuş fakat ölüm neticesinden sorumlu tutmamıştır. Ancak bu kararın yanlış olduğu kanısındayım. Yaya, dikkatsizce yola çıktığı için doğabilecek ölüm neticesinden yayanın sorumlu olması gerekir. Hatta kendisini yola bilerek (örneğin intihar etmek maksadıyla) atmışsa ve ona çarpmamak için direksiyon kıran sürücü üçüncü bir kişiye çarparak onu öldürmüş ya da örneğin kendisi uçurumdan aşağı düşerek (veya başka bir araçla çarpışarak) ölmüşse, kendisini kasten yola atan yayanın ihmali davranışla kasten adam öldürmeden (en azından olası kasıttan) sorumlu tutulması gerekecektir. Aksi halde, CGK kararında olduğu gibi hem yola fırlayan yayanın kusurunu kabul etmek; hem de yayaya taksirden bile ceza verilemeyeceğini belirtmek hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.

Tehlike kaynaklarına egemenlikten doğan garantörlük bölümünde (yukarıda Başlık B) belirttiğimiz Yargıtay içtihatlarıyla BGH'nin öngelen tehlikeli eylem nedeniyle garantörlüğe ilişkin içtihatları kıyaslandığında, BGH'nin ölüm neticesi bakımından ihmali davranışta bulunan kişiyi, adam öldürmeden sorumlu tuttuğunu; buna karşın Yargıtay'ın ise –özellikle trafik kazalarında– yola fırlayan üçüncü kişinin kusurlu olduğunu kabul etmekle birlikte, ona ceza verilmesi için bir neden olmadığını belirterek BGH'nin yaklaşımından çok daha sınırlı bir sorumluluğa gittiğini; öngelen tehlikeli eylem ya da tehlike kaynağı üzerindeki egemenlikten kaynaklanan garantörlüğü Yargıtay'ın kabul etmediğinin söylenebileceği kanaatindeyim.

Özellikle trafik kazalarında, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlük, kendisine çarpılan kimsenin ölmesi durumunda, failin normalde taksirden sorumlu olacakken, kasten adam öldürmeden sorumlu tutulmasına neden olabilecektir. Öngelen tehlikeli eylem taksirli dahi olsa, bunu izleyen sonucu önlememe hareketi kasti ise, bu durum daha net belirebilecektir. Örneğin dikkatsizlikle çarptığı bir kimseye durup yardım eden bir sürücü, bu yardımına rağmen mağdurun ölümü söz konusu olursa taksirle öldürmeden sorumlu tutulacakken; hiç durmayarak ve yardım da çağırarak olay yerinden kaçan sürücünün bu eylemi nedeniyle mağdur ölmüşse, öngelen tehlikeli eylemden kaynaklanan garantörlükten ötürü –kasten kaçmışsa– ihmali suretiyle öldürmeden sorumlu tutulması gerekecektir.

Hatta Hakeri burada, çarparak yaraladığı kişiyi hastaneye götürmeyerek onun ölümüne neden olan kimse hakkında TCK m. 82/1-h'deki *“bir suçu gizlemek amacıyla öldürme suçunun varlığını kabul etmek”* gerektiği kanaatinde. Ben de bu yaklaşımın doğru olduğu kanısındayım.

E. Garantörsel İhmali Suçlarda Teşebbüs Bakımından

Garantörsel ihmali suçlarda teşebbüs bakımından, öğretideki bas-
kın görüş doğrudan tehlike görüşüdür. Buna göre, garantörsel ihmali
suçlarda teşebbüsün başlangıcı olarak korunan yarar bakımından doğ-
rudan bir tehlikenin doğduğu anı esas almak gerekmektedir. (Alman
öğretisinde bu görüşü Kühl, Triffterer, Jeschenk/Weigend, SK/Ru-
dolphi savunmaktadır)

Bu görüşe göre, teşebbüsün başladığı an, korunan kişi için doğrudan bir tehlikenin doğduğu veya halihazırda mevcut bir tehlikenin büyüdüğü ve bu nedenle de beklemeye devam etmenin TCK m. 35/1 anlamında “doğrudan başlama” olarak belirdiği andır. Yukarıda verilen hemşire örneği bu açıdan değerlendirilecek olursa, hastanın hayatı için doğrudan ve somut tehlike hastanın gücünün kalmaması halinde değil, hasta bakımından ölüm tehlikesinin mevcut olması halinde mevcuttur denilebilecektir. Bir bisikletliye çarparak ona yardım etme olanağı varken ve çarptığı kimsenin ölümünün olası olduğunu öngörerek olay yerinden kaçan sürücü bakımından öldürmeye teşebbüsün varlığı kabul edilmelidir. Keza çocuğunu emzirmeyen anne açısından da öldürme teşebbüsü, emzirmeme eylemi nedeniyle çocuğun yaşamı bakımından somut bir tehlikenin doğmasıyla başlamış sayılacaktır.

Hakeri, TCK m. 35/1 hükmü ışığında değerlendirildiğinde bu görüşün benimsenmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak somut olayda suçun ne zaman tamamlandığının tereddütlü olabileceğini, bazı olaylarda garantörün derhal harekete geçmesinin gerekli olduğunu da belirtmektedir. (örneğin ağır kanamalı bir hastada, damarın gecikmeksizin bağlanması gerekecektir). Ben de bu görüşün teşebbüs bakımından kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyim.

F. Garantörsel İhmali Suçlarda İştirak Bakımından

Hakeri’ye göre, sonucu önlemeye ilişkin aynı yükümlülüğe sahip iki kişiden birinin icrai diğerinin ihmali tutum içerisinde olması halinde müşterek failliği kabul etmek; fakat bunun dışında, sorunu içtima kurallarıyla çözmek gerekmektedir. Örneğin gardiyanların aralarında anlaşarak birinin mahkumlardan birine bıçak vermesi, diğerinin de mağdur bıçaklanırken müdahale etmemesi durumunda gardiyanlar arasında müşterek faillik kabul edilmelidir. Ben de Hakeri’nin görüşüne katılmaktayım.

G. Garantörsel İhmali Suçlarda İçtima Bakımından

İçtimada incelenmesi gereken ikinci hal, birden fazla ihmali ve icrai suçun içtimaı halidir. Önceki icrai hareketi (örneğin bombalı bir zarf gönderme gibi) bir ihmali hareket izliyorsa (örneğin mağdurun

uyarılmaması) ne yapmak gerekecektir? Kastın eklenmesinden sonra yapılan ihmali hareketlerin ayrı bir suç oluşturması halinde ne tür bir içtima uygulamak gerekecektir? Dönmezer'e göre, bu halde gerçek içtima kurallarının uygulanması gerekir. İçel ise böyle bir durumda kasta dayanan suçun tamamlanıp olup olmamasına bakarak durumu değerlendirmekte, suç tamamlanmışsa taksire ilişkin normların yardımcı norm olması nedeniyle sadece kasıtlı suçtan ötürü sorumluluğu kabul etmektedir. İçel'in görüşünün değerlendirme bakımından karışık ve somut olaya uygulanmasının güç olduğu; bu nedenle Dönmezer'in görüşünün benimsenmesi gerektiği düşüncesindeyim.