

ALMAN VE TÜRK MAHKEME KARARLARI VE DOKTRİN IŞIĞINDA OLASI KAST- BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI*

Esma Nur TURHAN**

ÖZ

Bu Çalışmada esas itibariyle suç teorisinin en zor ve tartışmalı konularından bir olan olası kast ve bilinçli taksir ayrımı ele alınmaktadır. Çalışmada önce kast ve taksirin kanundaki tanımına ve olası kast - bilinçli taksir ayrımına ilişkin Alman suç teorisinde ileri sürülen görüşler kısaca değinilmektedir. Arkasından olası kast – bilinçli taksir ayrımında Alman suç teorisinde çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine yol açan “Lederriemenfall/Deri Kemer Olayı” olarak meşhur olan olay ve bu olay ile ilgili Federal Yüksek Mahkemesinin kararı incelenmektedir. Daha sonra olası kast – bilinçli taksir ayrımında yine yoğun tartışmalara yol açan AIDS Olayı ile ilgili Federal Yüksek Mahkemenin kararı ve bu konudaki tartışmaları tekrar alevlendiren Berlin Yasadışı Araba Yarışı olayı ilgili Berlin Eyalet Mahkemesi Kararı ve Federal Yüksek Mahkeme kararı doktrinde ileri sürülen görüşler açısından değerlendirilmiştir.

Çalışmada karşılaştırma yapmak açısından olası kast – bilinçli taksir ayrımının tartışmalı olduğu üç Türk Yargıtay kararı örnek alınarak, bu kararlar, Alman doktrinde ileri sürülen görüşler ve Alman Federal Yüksek Mahkeme kararları ışığında incelenmiştir. Alman uygulamasının aksine, Türk uygulamasında öncelikle bilme unsuru açısından sıkıntılar bulunduğu görülmektedir. Kararlarda failin olay anındaki mevcut bilgisi dikkate alınmamıştır. Olası kast – bilinçli taksir ayrımı açısından isteme unsurunun varlığı ise Yargıtay kararlarında ve ilk derece mahkemesi tarafından neredeyse hiç tartışma konusu yapılmadığı görülmektedir.

Anahtar Kelimeler: *Kast, taksir, olası kast- bilinçli taksir ayrımı, yasadışı araba yarışları ve olası kast, Lederriemen-Fall, AIDS Olayı*

* Bu Çalışma, Eylül 2019’da Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Prof. Dr. WALTER PERRON’un danışmanlığında hazırladığım ve Eylül 2019 tarihinde başarılı bulunarak kabul edilen “**Vorsatz und Fahrlässigkeit im deutschen und türkischen Strafrecht- Der Vorsatzbegriff und die Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit im deutschen und türkischen Strafrecht**” adlı yüksek lisans tezime dayanmaktadır. Çalışma, Tezdeki konulara dayanmakla birlikte, bazı konular güncellenmiş, Tez Danışmanının önerileri doğrultusunda düzeltmeler ve eklemeler yapılmıştır.

** Tübingen Eberhard Karls Üniversitesi Hukuk Fakültesi Doktora Öğrencisi **e-posta:** esmaturhan32@gmail.com

ORCID ID: 0000-0002-6237-0272

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.775438

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 31/04/2020

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 06/05/2020

**DIE ABGRENZUNG ZWISCHEN BEDINGTEM VORSATZ UND
BEWUSSTER FAHRLÄSSIGKEIT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG
DER ENTSCHEIDUNGEN DER TÜRKISCHEN UND DEUTSCHEN
GERICHTE UND LEHRE**

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Beitrag befasst sich im Wesentlichen mit einer der schwierigsten Fragen der Strafrechtslehre nämlich mit der Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit. Zunächst werden die Definitionen von Vorsatz und Fahrlässigkeit und die Abgrenzungstheorien in der deutschen Strafrechtslehre kurz dargestellt. Anschließend wird der berühmte "Lederriemenfall", welcher in der deutschen Strafrechtslehre als Ausgangsfall der Abgrenzungstheorien zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit angenommen wird und die Entscheidung des Bundesgerichtshofes darüber untersucht. Danach wird die Entscheidung des Bundesgerichtshofes über den HIV-Fall, der wieder heftige Kontroverse über die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit auslöste, der Berliner Raser Fall, der diesbezügliche Diskussionen wieder aufflammen ließ und die Entscheidung der ersten Instanz und des Bundesgerichtshofes unter Heranziehung der Strafrechtslehre analysiert.

Aus dem rechtsvergleichenden Aspekt werden in diesem Beitrag drei Entscheidungen des türkischen Kassationshofes, in denen die Abgrenzung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit umstritten ist, als Beispiel genommen und diese Entscheidungen werden unter Heranziehung der in der deutschen Lehre vertretenen Meinungen sowie der BGH Entscheidungen diskutiert. Die Erörterung der türkischen Fälle zeigt, dass im Gegensatz zur deutschen Praxis in den türkischen Entscheidungen vorerst die Feststellung des Wissenslements problematisch ist. Die tatsächliche Kenntnis des Täters bei Begehung der Tat wurde nicht hinreichend festgestellt. Über das Wollenselement wurde in den Entscheidungen kaum diskutiert.

Schlüsselwörter: *Vorsatz und Fahrlässigkeit, Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, illegaler Autorennen, Lederriemen Fall, HIV-Fälle*

**THE DISTINCTION OF CONDITIONAL INTENT AND ADVERTENT
NEGLIGENCE IN THE LIGHT OF THE GERMAN AND TURKISH
COURTS JUDGEMENTS AND DOCTRINE**

ABSTRACT

This research mainly deals with one of the most difficult and controversial issues of criminal law, specifically; the distinction between "conditional intent" and "advertent negligence". In this research, the definition of "intent" and "negligence" of the German Criminal Code and the distinction between conditional intent and advertent negligence in German criminal theory will be examined. The renowned

case titled “Lederriemenall” which leads discussions on the distinction between conditional intent and advertent negligence will be examined in terms of discussions in both doctrine and German Federal Court of Justice. After that the decision of the German Court of Justice about the HIV case, which has blazed a heavy dispute about the delimitation between conditional intent and advertent negligence, Berliner Car Race Case released another controversy to analyze the decision in consideration of the German Court of Justice and in German doctrine.

Based on comparative research, this research will include three decisions of the Turkish Court of Cassation, in which the distinction between conditional intent and advertent negligence are controversial. These examples and decisions will be discussed using the opinions represented in German doctrine and the BGH decisions. Contrary to German practice, Turkish controversial cases shows that the “knowledge element” of ‘intention’ is problematic in the practice. Moreover, the existence of “desire element” in terms of the distinction between eventual intent and culpable negligence has not been adequately discussed at both decisions on Trial Court and Turkish Court of Cassation.

Key Words: intent, negligence, distinction between conditional intent and advertent negligence, illegal car race, Lederriemen Case, AIDS Cases

I. Giriş

Alman ceza hukukçusu Hans Welzel’in söylediği gibi, olası kast ve bilinçli taksir ayrımı ceza hukukunun en zor ve en tartışmalı konularından biridir.¹ Aradan geçen zaman Welzel’in bu konuda ne kadar haklı olduğunu göstermiştir.²

Hem Türk hem de Alman ceza hukukunda kast merkezi bir öneme sahiptir; çünkü taksirle işlenen suçlar yalnızca kanunda açıkça düzenlendiği takdirde cezalandırılır (TCK m. 22/1, Alman Ceza Kanunu = Alman CK § 16). Buna ek olarak kast - taksir ayrımının diğer sonuçlarına kısaca değinmek gerekir. Taksirle işlenen suçlarda teşebbüs mümkün olmadığı gibi (TCK m. 35/1; Alman CK § 22), suça iştirak da ancak kasten işlenen suçlar bakımından mümkündür (TCK m. 40/1; Alman CK § 26, § 27).³ Kast ve taksir

¹ WELZEL, s. 69.

² RUPPENTHAL, s. 15.

³ Alman Ceza Kanunu’nun Türkçe çevirisi için Bkz. YENİSEY/PLAGEMANN, Alman Ceza Kanunu.

ayrımındaki en önemli sonuçlardan biri de kasten işlenen suçlar için taksirle işlenen suçlara göre daha yüksek bir ceza öngörülmüş olmasıdır. Hatta bazı durumlarda taksirle işlenen suçlar cezasız kalmaktadır. Tüm bunlar kast ve taksir ayrımının ne kadar önemli olduğunu göstermektedir.⁴

Alman Ceza Kanununda ne “kast” ne de “taksir” tanımlanmamıştır. Kanun bu konuya ilişkin sadece kısmi düzenlemeler içermektedir.⁵ Alman Ceza Kanununda kasta ilişkin yer alan esas düzenleme şu şekildedir: “*Füili işlediği sırada suçun kanuni tanımındaki (tipiklikteki) bir unsuru bilmeyen kişi kasten hareket etmiş olmaz.*” Görüldüğü gibi kanunda kastın tanım ve kastın çeşitlerine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Kanun koyucu kasttan ve taksirden ne anlaşılması gerektiği hususunu böylece uygulama ve doktrine bırakmıştır.⁶

Buna karşın Türk Ceza Kanununda hem “kast” hem de “taksir” tanımlanmıştır (TCK m. 21, 22). Ancak olası kasta ilişkin kanundaki düzenleme, olası kastı bilinçli taksirden ayırmak bakımından oldukça problemlili gözükmektedir.

Alman doktrininde genel kabul gören kısa tanıma göre kast, “*tipikliğin bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi*” veyahut aynı anlama gelen “*tipikliğin tüm maddi unsurlarının gerçekleştirilmesinin bilinmesi ve istenmesi*”dir.⁷ Bu kısa formül Türk Ceza Kanununun 21. maddesinin 1. fıkrasında yer alan kast tanımı ile örtüşmektedir. TCK m. 21 f. 1’e göre “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*”.⁸ Bu tanımlara göre kast, “bilme unsuru” (Wissenselement) ve “isteme unsuru” (Wollenselement) olarak iki unsurdan oluşmaktadır. Bu iki unsur olası kast ve bilinçli taksir ayrımı açısından önemli bir rol oynamaktadır.⁹ Ancak Türk doktrininde kastın tanımına ilişkin m. 21 f. 1 hükmü bazı yazarlarca eleştirilmektedir. Örneğin, Özgenç’e göre, bu düzenlemede ceza hukukundaki

⁴ Bu konuda bkz. SATZGER, Jura 2008, s. 112; AKBULUT, s. 428 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 145-146; HAKERİ, s. 263-264.

⁵ VOGEL, Leipziger Kommentar (LK), StGB, 12. Bası, Vor § 15, Kenar numarası (Kn.) 10.

⁶ KÜHL, AT, § 5 Kn. 6; SATZGER, Jura 2008, s. 112.

⁷ KÜHL, AT, § 5 Kn. 6; SATZGER, Jura 2008, s. 113; HEINRICH, AT, § 12 Kn. 264; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, StGB § 15 Kn. 9.

⁸ KÜHL, AT, § 5 Kn. 6; SATZGER, Jura 2008, s. 113; HEINRICH, AT, § 12 Kn. 264; Sternberg-Lieben/Schuster, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, § 15 StGB, Kn. 9.

⁹ JOECKS, Studienkommentar, StGB, 12. Bası, § 15 Kn. 7.

klasik görüş etkili olmuştur. Yazara göre, “istemek, kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır. Yani, kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile, kasten hareket etmiştir.” Yazara göre, “kastta isteme unsurundan söz edilmesi doğru değildir.”¹⁰ Özgenç’e göre, doğrudan kast ile olası kast arasındaki ayrım da isteme unsuruna göre değil, failin maddi unsurlar hakkındaki bilgisine göre yapılmalıdır.¹¹ Farklı gerekçelerle Koca/Üzülmez de bu tanımları eleştirmektedirler.¹² Yazarlara göre, istemek kastın bir unsuru değildir ve bu nedenle kanundaki kast tanımında isteme unsurundan söz edilmesi doğru olmamıştır.¹³ Ancak Türk doktrinindeki çoğunluk görüşü, kastın bilme ve isteme olmak üzere iki unsurdan oluştuğu yönündedir.¹⁴ TCK m. 21 f. 1’deki tanımın doktrinindeki hakim görüşü yansıttığı söylenebilir.

Olası kastta (bedingter Vorsatz) bilme ve isteme unsuru kastın diğer çeşitleri olan **maksat** (Absicht) ve **doğrudan kast** (Wissentlichkeit) da olduğu kadar belirgin değildir.¹⁵ Maksatta isteme unsuru, doğrudan kastta ise bilme unsuru baskındır. Olası kast ise hem bilme hem de isteme unsurunun en zayıf olduğu kast çeşididir.¹⁶ Olası kastta ne neticenin gerçekleşeceğine yönelik doğrudan kastta olduğu gibi kesin bir bilgi bulunmakta, ne de maksatta olduğu gibi neticenin gerçekleşmesi çabalanmaktadır. Olası kastta fail korunan hukuki değer tehlikeye düştüğünün farkındadır.¹⁷

Olası kast - bilinçli taksir ayrımı Alman ceza hukuku doktrininde oldukça tartışmalıdır. Alman hukukundaki görüş ayrılıklarının merkezinde olası kasttaki isteme unsurunun vazgeçilebilirliği bulunmaktadır.¹⁸ Bu konuda

¹⁰ ÖZGENÇ, s. 252-253.

¹¹ ÖZGENÇ, s. 253

¹² KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 156 vd.

¹³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 158; AKBULUT, 398.

¹⁴ Bkz. ARTUK/GÖKÇEN, s. 323 vd.; HAKERİ, s. 232 vd.; ÖZBEK/KORAY/BACAĞIZ/TEPE, s. 238 vd.; DEMİRBAŞ, s. 372 vd.; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 365 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 259 vd.

¹⁵ WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, §7 Kn. 333

¹⁶ KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 386; SATZGER, Jura 2008, s. 116: Alman Hukukunda kast, maksat (Absicht), doğrudan kast (Wissentlichkeit) ve olası kast (bedingter Vorsatz) olarak üç kategoride incelenmektedir. Maksatta isteme unsuru, doğrudan kastta ise bilme unsuru yoğundur. Maksatta (Absicht) failin hareketinin amacı tipik neticenin gerçekleştirilmesine yönelik olmalıdır. Doğrudan kastta (Wissentlichkeit) ise fail hareketinin tipik neticeyi gerçekleştireceğini bilmektedir veya kesin olarak öngörmektedir.

¹⁷ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 299.

¹⁸ KÜHL, AT, § 5 Kn. 54 vd.; JAKOBS, AT, § 8 Kn. 8.

Türk doktrini de Alman doktrininden çok da farklı değildir.¹⁹ Türk doktrininde bazı yazarlar olası kastta isteme unsurunun söz konusu olmadığı görüşünü savunmaktadır.²⁰ Bu çalışmada Alman suç teorisindeki görüşler esas alınarak olası kast bilinçli taksir ayrımı incelenecektir.

Olası kastın kabul edilebilmesi için asgari olarak failin neticenin gerçekleşebileceğini mümkün olarak görmesi aranmaktadır. Bilme unsurundaki bu koşul Alman doktrininde kabul görmektedir. Tartışmalı olan bilme tarafındaki bu koşulun nitelendirilmesi, diğer bir ifade ile hangi özellikleri taşıması gerektiğidir. Olası kastın varlığı için isteme unsurunun eklenmesi gerekip gerekmediği de tartışmalıdır.²¹ Alman doktrinindeki baskın görüşe göre olası kast ile bilinçli taksir bilme alanında birbirleriyle kesişmektedirler. Zira her ikisinde neticenin gerçekleşeceği fail tarafından mümkün olarak görülmektedir.²²

Alman doktrinindeki olası kastın tanımına ilişkin görüşler iki grupta incelenebilir: **“bilme teorileri” (“Wissenstheorien”)** ve **“isteme (irade) teorileri” (“Willenstheorien”)**.²³ İlk grup olası kastı sadece bilme unsuruna göre tanımlarken, ikinci grup bilme unsuruna isteme unsurunu da dahil etmektedir.²⁴ Konunun daha iyi anlaşılması açısından bu farklı teoriler aşağıda Alman hukukundaki teorik tartışmaların başlangıcı olan meşhur Deri Kemer Olayı (Lederriemenfall) üzerinden ortaya konacaktır.

Olası kast ve bilinçli taksir ayrımı sadece Alman doktrini ve uygulamasında değil Türk doktrini ve uygulamasında da oldukça tartışmalıdır. Bu zor ayrım sorunu bu çalışmada Alman ve Türk uygulamasındaki mahkeme kararları ışığında daha yakından incelenmeye çalışılacaktır.

¹⁹ Bu konuda bkz. ÖZTÜRK/ERDEM, 15. Bası, s. 262 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 155 vd.; AKBULUT, s. 411 vd.

²⁰ Örneğin, KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 155. Yazarlara (s. 155) göre, “olası kastta da neticenin istenmesi aranmamaktadır. Aksine neticenin gerçekleşebileceğinin öngörülmesine rağmen fiilin işlenmesi yeterli görülmektedir.”

²¹ SATZGER, Jura 2008, s. 117.

²² HEINRICH, Strafrecht AT, § 12 Kn. 295 vd.

²³ Bkz. SATZGER, Jura 2008, s. 117; HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 1 vd.; KÜHL, AT, § 5 Kn. 46: “Vorstellungstheorien” ve “Willenstheorien”.

²⁴ KÜHL, Strafrecht AT, § 5 Kn. 54 vd.; KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 11 vd.

II. Kast ve Taksir ayrımına ilişkin Alman Uygulamasından Örnekler

1. Deri Kemer Olayı

Alman Federal Yüksek Mahkemesinin “Deri Kemer Olayı” (“Lederriemenfall”) hakkında verdiği karar yayınlandığı tarihten bugüne kadar ders kitaplarında olası kasta ilişkin emsal karar olarak yer verile gelmiştir.²⁵ Federal Yüksek Mahkemenin bu konudaki görüşü hala içtihatları etkilemektedir.²⁶

O zamanlar Alman ceza hukukçusu Karl Engisch, Federal Yüksek Mahkemenin bu kararının kastın sınırları hakkında yeni tartışmaların başlangıç noktası olabileceğini söylemekte haklıydı; ki, öyle de oldu.²⁷ Bu sebeple ilk önce bu kararın incelenmesi yerinde olacaktır. Olayın oluş şekli şu şekildedir:

K ve J, en az birer elbise ve kiralari için gerekli parayı elde etmek amacıyla ortak tanıdıkları M’yi gasp etmeye karar verirler. Bu amaçlarına ulaşmak için M’ye karşı güç kullanarak onu karşı koyamayacak hale getirip evindeki eşyaları rahatça almak istemektedirler.

M’nin karşı koymasını önlemek için ne yapabileceklerini düşünürler ve ilk olarak ona uyku hapi verip uyutma fikri akıllarına gelir. Ancak bu girişimleri başarısız olur. Daha sonra K, deri bir pantolon kemeri ile M’nin boğazını sıkmayı, onu bağlamayı ve ağzını tıkamayı önerir. J de bu öneriyi kabul eder. Her iki fail de mağdurun boğazını bu şekilde sıkarak M’nin bilincini kaybetmesinin de ötesinde ona ciddi zararlar verebileceklerini, hatta M’nin ölümüne sebebiyet verebileceklerini öngörürler.

8 Şubat 1954 tarihindeki ziyaret sırasında K, J’nin de bulunduğu sırada, planlarını gerçekleştirmek ister. Fakat cesaret edemez ve kemeri J’ye verir. Ancak J’de bir şey yapmaz.

Sanıklar planlarından tam olarak vazgeçmezler. Ancak J, M’nin boğazını deri kemerle sıkılmaları gerektiğini söyler. Çünkü sanıklar, M’nin sadece bilincini kaybetme tehlikesini değil, aynı zamanda ölebileceği tehlikesini de öngörmüşlerdir. Bu sebeple J, M’yi kum torbasıyla bayıltma fikrini öne sürer ve K da bu teklifi kabul eder. Her iki sanık da kum torbasının mağdurun kafasına çarpmasıyla kafasının şeklini alacağından ve bu yüzden de mağdurda ciddi yaralanmalar meydana gelmeyeceğini düşünürler.

²⁵ BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1688.

²⁶ PUPPE, HRRS 2018, s. 393.

²⁷ ENGISCH, NJW 1955, s. 1688.

15 Şubat 1954 günü akşamı sanıklar M'yi ziyaret eder. J kum torbasını cebine koymuş, K da, J'nin haberi olmadan kendi kararıyla her ihtimale karşı deri kemeri yanında getirmiştir. Sanıklar o gece M'de kalmak için ricada bulunurlar; M'de bu ricayı kabul eder. K, M'nin odasında, J ise diğer bir odada uyurlar.

Sabaha karşı saat 4'e doğru J, K'nın yanında kum torbasıyla M'nin kafasına kuvvetli bir şekilde iki kez vurur. Darbeler istenen etkiyi göstermez ve M uyanır. Bir sonraki vuruşta ise kum torbası patlar. M yataktan kalkar ve J ile boğuşmaya başlar. K bu sırada deri kemeri getirir. K, M'ye arkadan yaklaşır ve deri kemeri arkadan onun kafasına geçirir. Kemer önce M'nin çenesine takılır. Bu ana kadar M, K'nın da saldırının içinde olduğunu bilmemektedir. J kendisinin de önceden deri kemer ile ilgili bildiği plana yardım etmek için M'nin ellerini ve kollarını bastırmasıyla M'yi beraber yatağa atarlar.

Burada J, M'nin kollarını tutarken K kemeri tekrar M'nin kafasına geçirir ve kemer bu defa M'nin boynuna takılır. Sonra her ikisi de kemerin birer ucundan tutarak tüm güçleriyle, M'nin kolları düşünceye kadar çekerler. M kalkmaya çalışırken J, M'nin üzerine sırtıyla atlar ve onu aşağı doğru bastırır. K, M'nin boğazını tekrar kemer ile sıkar. K, M hareket etmeyi bırakıncaya ve ses çıkaramayıncaya kadar kemeri sıkmaya devam eder. J bunu fark edince, K'ya bırakması için bağırır. Bunun üzerine K, M'nin boğazını sıkmayı bırakır. M'nin ellerini bağlayan sanıklar arkasından mağdurun kıyafetleri ve eşyalarında arama yapmaya başlarlar. Sonrasında tekrar M'ye bakarlar ve M'nin hayatta olup olmadığı konusunda endişeye kapılırlar. Mağduru yeniden canlandırmaya çalışırlarsa da bu işe yaramaz. Arkasından evden ayrılırlar.

Failler olayda mağdurun ölümünü amaçlamadıkları gibi kesin olarak ölümün gerçekleşeceğini de bilmemektedirler. Bu nedenle faillerin, ne maksatla (Absicht) ne de doğrudan kast ile (Wissentlichkeit) ile hareket etmeleri söz konusu değildir. Olayda kast ve taksir arasında sınırda kalan bir durum söz konusudur. Burada tartışılan sorun olayda faillerin olası kastla öldürme ile mi, yani Alman CK § 211'e göre kasten öldürmenin nitelikli hali mi, yoksa § 222'ye göre taksirle öldürme ile mi hareket ettikleri hususuydu.

Federal Yüksek Mahkemesi'nin olay hakkında verdiği kararın gerekçesine geçmeden önce, olayı Alman doktrinindeki farklı çözüm yollarına göre inceleyeceğiz. Yukarıda da bahsedildiği gibi olası kasta ilişkin görüşler **“bilme” (Wissenstheorien)** ve **“irade” (Willenstheorien)** teorileri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bilme teorileri de temelde **“imkan teorisi”**

(Möglichkeitstheorie), “ihtimal teorisi” (Wahrscheinlichkeitstheorie) ve “risk teorileri” (Risikotheorien) olarak üçe ayrılmaktadır.²⁸ Yukarıda da bahsedildiği gibi bilme teorileri olası kastı sadece bilme unsuru açısından ele almaktadırlar.

Olayda **imkan teorisi (Möglichkeitstheorie)**²⁹ ve **ihtimal (olasılık) teorisi (Wahrscheinlichkeitstheorie)**³⁰ benzer sonuca varmaktadır. Olası kastın varlığı için en az koşulu imkan teorisi aramaktadır.³¹ Bu teoriye göre fail, neticenin gerçekleşmesini **mümkün olarak görmüş** olmasına rağmen hareketi icra etmesi halinde olası kast bulunmaktadır. Ancak failin neticenin gerçekleşmesini soyut olarak mümkün görmesi yeterli olmayıp, **somut olarak mümkün görmesi** gerekir.³² Fail neticenin gerçekleşme ihtimalini somut olarak kavramış ve yine de fiili işleme kararını gerçekleştirmiş ise, ayriyeten özel bir iradi fiil aranmaksızın korunan hukuki değere karşı karar vermiştir.³³ Somut olarak mümkün görmeden bahsedebilmemiz için ise; failin, neticenin gerçekleşeceğine dair belirli dayanak noktaları bulunmalıdır. Bu görüşe göre; olası kastta isteme unsurunun önemi yoktur.³⁴ Ancak fail, bilinçli taksirde de neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak gördüğü için imkan teorisini esas alarak olası kastı bilinçli taksirden ayırmak oldukça zordur.³⁵

Olayımızda failler neticenin ölüm ile sonuçlanabileceği somut ihtimalini öngörmüşlerdir. Ancak bu durum onları mağdurun boğazını deri kemer ile sıkmaktan alkoymamıştır ve böylece imkan teorisine göre failler kasten (olası kast ile) hareket etmişlerdir.

İhtimal teorisi (Wahrscheinlichkeitstheorie), imkan teorisine (Möglichkeitstheorie) kıyasen olası kastın bilme tarafında daha yüksek

²⁸ KÜHL, Strafrecht AT, § 5 Kn. 45

²⁹ Türk hukukunda bu teori ile ilgili olarak bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 173; BOZBAYINDIR, s. 289 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 265, bu teoriyi “olanak teorisi” olarak adlandırmaktadır.

³⁰ Türk hukukunda bu teori için bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, 12. Bası, s. 173; BOZBAYINDIR, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları, s. 123; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 265. Türk hukukunda bu teori, BOZBAYINDIR tarafından “ihtimal teorisi“, ÖZTÜRK/ERDEM tarafından ise “olasılık teorisi” olarak adlandırılmaktadır.

³¹ KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 14

³² SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, s. 241 vd.; KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 16; Freund, Strafrecht AT, § 7 Kn. 70.

³³ SCHMIDHÄUSER, JuS 1980, s. 241, 249.

³⁴ KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 16; ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 41 vd.

³⁵ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 302.

koşullar arayarak imkan teorisini geliştirmeye çalışmaktadır.³⁶ Buna rağmen iki teori birbirinden çok da uzak değildir. Aralarındaki fark daha ziyade terminolojik anlamdadır.³⁷ İhtimal teorisine göre fail, neticenin gerçekleşmesini **muhtemel (wahrscheinlich)** olarak görmesi (addetmesi) halinde olası kast ile hareket etmiştir. “Muhtemel” (“wahrscheinlich”) terimi, “mümkün görme”den (“möglich”) daha yoğun, “kuvvetle muhtemel”den (“überwiegend wahrscheinlich”) daha hafif olarak anlaşılmalıdır.³⁸ Olayımızda failler neticenin meydana gelebileceğini sadece mümkün olarak değil, mümkünden daha fazla yani muhtemel olarak görmüşlerdir. Bu netice, faillerin mağdurun ölümünü engellemek yönündeki çabalarından anlaşılmalıdır. Dolayısıyla sonuç olarak ihtimal teorisi de Deri Kemer Olayında faillerin olası kast ile fiili işlediklerini kabul etmektedir.³⁹

Bilme teorilerinde son grup olarak “**risk teorileri**” (“**Risikotheorien**”) de bu olayda olası kast sonucuna ulaşmaktadır. Risk teorileri altında birçok farklı görüşler bulunmaktadır. Burada hepsini incelemek oldukça uzun olacağından çalışmamızda bazılarına değinilmekle yetinilecektir. Bu görüşü savunanlardan **Herzberg**'e göre fail, neticenin gerçekleşmesi açısından **müsaade edilmeyen/ izin verilmeyen (unerlaubt)** ve aynı zamanda **korumasız (unabgeschirmt) tehlikeyi** öngörmüş ve yine de hareketi icra etmiş olması halinde olası kast ile hareket etmiştir.⁴⁰ Yazara göre, fiilin işlenmesi sırasında veya işlenmesinden sonra neticenin gerçekleşmemesi için şans veya tesadüfün tek başına veya büyük bir oranda araya girmesi gerekiyorsa ancak bu durumda bir tehlike “korumasız” (“unabgeschirmt”) olarak kabul edilebilir.⁴¹

Yukarıdaki olayda da failler, mağdurun boğazını sıkmakla tipikliğin gerçekleşmesini öncesinden kendilerinin de bildiği, korumasız bir tehlike (unabgeschirmt Gefahr) oluşturmuşlardır. Buna rağmen hareketlerine devam etmişler ve bu yüzden de olası kast ile hareket etmişlerdir.⁴²

Diğer taraftan **isteme teorileri (Willenstheorien)**, bilme teorilerinden (Wissenstheorien) farklı olarak kast ile taksiri birbirinden ayırırken kastın sadece bilme unsurunu değil, aynı zamanda isteme unsurunu

³⁶ SATZGER, Jura 2008, s. 117.

³⁷ KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 17.

³⁸ MAYER, Strafrecht, Allgemeiner Teil, s. 121.

³⁹ Bkz. ROXIN, JuS 1964, s. 55; HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 1 vd.

⁴⁰ HERZBERG, JZ 1988, s.639.

⁴¹ HERZBERG, JZ 1988, s. 642.

⁴² HERZBERG, JuS 1986, s. 251 vd.

da dikkate almaktadırlar.⁴³ İsteme teorileri, **kayıtsız kalma teorisi (Gleichgültigkeitstheorie)**, **ciddiye alma teorisi (Ernstnahmetheorie)**, **razı olma (kabullenme) teorisi (Billigungstheorie)** ve **neticeyi önleme teorisi (Vermeidungstheorie)**'dir.⁴⁴

Kayıtsız kalma teorisi, failin neticenin gerçekleşmesine yönelik olan içsel tutumlarına (tavırlarına), yani failin neticenin gerçekleşmesine karşı **kayıtsızlığına (gleichgültig)** dayanır. Bu teoriye göre; gerçekleşmesi mümkün olarak görülen netice karşısında failin korunan hukuki değere karşı kayıtsız kalarak göze alması halinde olası kast vardır.⁴⁵ Bu teori çok dar, tek taraflı ve fazla duygulara bağlı olarak olası kastı bilinçli taksirden ayırmaya çalıştığı için Alman doktrininde eleştirilmektedir.⁴⁶ Doktrinde, “netice karşısındaki kayıtsızlığın” failin neticeyi kabul ettiğine dair indikatör olarak değerlendirilebileceği belirtilmektedir.⁴⁷ İncelediğimiz olaya geri dönecek olursak; K ve J, M'nin ölümü karşısında kayıtsız (ölürse ölsün) değildiler. Aksine M'nin ölümü her ikisi için de istenmeyen bir durumdur. Bu sonuca mağduru yeniden canlandırmaya çalışmalarından ve başta kum torbası ile denemeleri ve işe yaramaması sebebiyle son çare olarak mağdurun boğazını deri kemer ile sıkmalarından ulaşılmaktadır. Dolayısıyla bu teoriyi takip edersek, olayda faillerin olası kast ile değil bilinçli taksirle hareket ettiklerini söyleyebiliriz.^{48,49}

Diğer taraftan Alman doktrininde ağırlıkta olan **ciddiye alma teorisi (Erstnahmetheorie)** olası kastın varlığı için bilme unsurunda, failin neticeyi sadece öngörmüş olmasını yeterli görmeyip, aynı zamanda neticeyi **“ciddi olarak mümkün görmesini” (ernstlich für möglich halten)** de aramaktadır.⁵⁰ Bu görüşe göre, bilme unsuru açısından fail, tehlikenin büyüklüğünü ve

⁴³ Bkz. KÜHL, Strafrecht AT, § 5 Kn. 54 vd.; KINDHÄUSER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 11 vd.

⁴⁴ Bu teorilerin Türkçe karşılıkları için bkz. KARAASLAN, s. 216; HEINRICH, Ceza Hukuku Genel Kısım – I, Editör, Yener Ünver, Ankara 2012, s. 189-190.

⁴⁵ STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, § 15 StGB, Kn. 84; ENGİSCH, NJW 1955, s. 1689.

⁴⁶ Bkz. RENGIER, Strafrecht AT, § 14 Kn. 24 vd.; ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 40; WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht AT, § 7 Kn. 338.

⁴⁷ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 40.

⁴⁸ ENGİSCH, NJW 1955, s. 1689 vd.; ayrıca bkz. ROXIN, JuS 1964, s. 54, 56.

⁴⁹ ROXIN (Strafrecht AT, § 12 Kn. 40), ENGİSCH'in, Deri Kemer Olayında kayıtsız kalma teorisini esas alarak bilinçli taksire ulaşmasını eleştirmektedir.

⁵⁰ KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 391; GEPPERT, Jura 2001, s. 57.

yakınlığını tanımış, öngörmüş olmalıdır.⁵¹ İsteme unsuruyla ilgili olarak da failin, neticeyi **kabullenmiş (sich abfinden)** olması aranmaktadır. Fail, amaçladığı hedefine ulaşmak için hareketinin sonuçlarını kabullenir ve gerçekleşip gerçeklemeyeceği tam belli olmayan neticeye katlanır. Buna karşın bilinçli taksirde ise fail, neticenin gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen neticenin gerçekleşmeyeceğine **ciddi olarak güvenmektedir (fest vertrauen)**.⁵²

Buradaki olayda failler, deri kemer ile M'nin boğazını sıkmakla onun ölümüne yol açabilecekleri ihtimalinin açıkça farkındadırlar. Bu sebeple ilk önce daha az tehlikeli bir yol olan kum torbasını kullanmayı seçmişlerdir. Ancak bu başarısız olunca eski planları olan deri kemere geri dönmüşlerdir. Failler, yağmadan vazgeçmek istememişler ve mağdurun eşyalarını ne pahasına olursa olsun almak istemişlerdir. Mağdurun ölümü onlar için rahatsız edici olsa da bu muhtemel neticeyi tercih ederek kabullenmişlerdir.⁵³ Bu gerekçe ile ciddiye alma teorisi de olayda olası kastın varlığı sonucuna ulaşmaktadır.

Neticeyi önleme teorisi (Vermeidungstheorie) olası kastı bilinçli taksirden, failin neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak görmesi ve aynı zamanda neticeyi önlemek için **önleme iradesi (Vermeidungswille)** ile karşı tedbirler (gegenwirkende Faktoren) alıp almamasına göre ayırmaktadır. Ayrımdaki kriter **“ciddi anlamdaki önleme çabaları”dır (“ernsthafte Vermeidensbemühungen”)**.⁵⁴ Failler de Deri Kemer Olayı'nda mağduru öldürmeyi değil, sadece mağdurun karşı koymasını önlemek (bilincini kaybetmesini) istemişlerdir. M'nin ölümünden kaçınmak için de kemer ile boynunu sıkarken ölmeyecek şekilde ayarlayarak sıkmışlardır. Bu şekilde boğmanın dozunu ayarlamaları önleme iradesi olarak kabul edilip olayda bilinçli taksire ulaşıp ulaşılamayacağı tartışmalıdır. Bir taraftan faillerin boğmanın dozunu boğulmayı engelleyecek şekilde ayarladıklarına inandıkları yani en azından önleme iradelerini gösterdikleri savunulabilir. Çünkü faillerin hareketleri ölüm neticesini (Nebenfolge) önlemeye yönelikti.⁵⁵ Bu gerekçe ile neticeyi önleme teorisi takip edildiğinde olayda bilinçli taksirin

⁵¹ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 299 vd.

⁵² WESSELS/BEULKE/SATZGER, Strafrecht AT, §7 Kn. 339 vd.; JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 299 vd.; KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 391.

⁵³ JESCHECK/WEIGEND, AT, § 29, s. 300, ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 21 vd.; ROXIN, JuS 1964, s. 59.

⁵⁴ KAUFMANN, ZStW 70 (1958), s. 64 vd., 74; KÜHL, § 5 Kn. 81; ROXIN, § 12 Kn. 53 vd.

⁵⁵ STRATENWERTH, ZStW 71 (1959), s. 62.

kabul edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır. Öte yandan failer neticeyi önlemeye yönelik karşı tedbirler almış ve boğmanın dozunu neticenin gerçekleşmeyeceği şekilde ayarlamaya çalışmış olsalar da, önleme çabalarının muhtemelen başarısız olacağına farkındaydılar. Dolayısıyla diğer bir görüşe göre; olayda failerin olası kast ile öldürmeden dolayı sorumlu tutulması gerekir.⁵⁶ Burada da görüldüğü gibi neticeyi önleme teorisindeki önerilen kriterler, her olayda doğru bir sonuca ulaştırmayabilir. Çünkü failin, her olayda neticeyi önleme imkanı olmayabilir. Alman doktrinindeki bazı yazarlara göre neticeyi önleme teorisindeki önerilen kriterler olası kastın belirlenmesinde indikatör olarak dikkate alınabilir. Bu kapsamda failin neticeyi önleme çabası neticeyi kabullenip kabullenmediğine ilişkin bir ölçüt olarak göz önünde bulundurulmalıdır.⁵⁷

Federal Yüksek Mahkeme olayla ilgili 22.04.1955 tarihli kararında failerin olası kast ile hareket ettiği sonucuna varmıştır.⁵⁸ Federal Yüksek Mahkeme'ye göre olayın oluş şekline M'nin ölümünün failer için oldukça istenmeyen/arzu edilmeyen bir durum olduğu görülmektedir. Federal Yüksek Mahkeme önceki kararlarındaki gibi olası kast ve bilinçli taksiri birbirinden ayırıcı kriter olarak **“razı olma”(billigen) kriterini** kabul etmiş olsa da razı olmanın neticenin failin isteklerine uygun olması anlamına gelmeyeceğini vurgulamıştır. Olası kast, netice fail tarafından arzu edilmediğinde de kabul edilmelidir. Sonuç olarak Federal Yüksek Mahkemeye göre olayda failer neticeye **hukuki anlamda razı olmuşlardır (billigen im Rechtsinne)**. Federal Mahkeme hukuki anlamda razı olmayı bu kararda ilk defa şu şekilde formüle etmiştir: Eğer fail, istediği hedefe ulaşmak için, gerektiğinde, yani hedefe başka türlü ulaşamayacaksa, hareketinin aslında istemediği (arzu etmediği) bir neticeye sebep olmasına da razı olur (sich damit abfindet) ve bununla neticenin ortaya çıkmasını istemiş olduğu kabul edilir. Mahkemeye göre olası kast ile bilinçli taksir arasındaki fark, bilinçli taksirde failin neticenin meydana gelmeyeceğine güvenmesidir.⁵⁹

Sonuç olarak Federal Yüksek Mahkeme'ye göre failer her ne pahasına olursa olsun M'nin değerli eşyalarını elde etmek istemişlerdir. Her ne kadar

⁵⁶ KÜHL, AT, § 5 Kn. 83; ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 54; HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 12.

⁵⁷ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 53.

⁵⁸ BGH (Federal Yüksek Mahkeme), 22.04.1955 – 5 StR 35/55 = BGHSt 7, 363; NJW 1955, 1688.

⁵⁹ BGHSt 7, 363 = NJW 1955, 1688.

bunu M'ye en az zarar verecek şekilde yapmak isteseler de, bu işe yaramayınca en sonunda tehlikeli yolu seçmek yoluna gitmişlerdir. Kum torbasını deneyip başarısız olunca önceden hayati tehlikeyi bildikleri kemer ile boğma yoluna başvurmaya karar vermişlerdir. Öncekinin (kum torbasının) aksine mümkün olarak gördükleri neticenin gerçekleşmeyeceğine dair güvenlerinden değil, M'nin ölümüne yol açsa dahi hiçbir şekilde eşyalardan vazgeçmek istememelerinden dolayı bu yola gitmişlerdir. Federal Yüksek Mahkeme bu gerekçeye dayanarak olayda faillerin ölüm neticesine razı oldukları ve olası kast ile hareket ettikleri sonucuna varmıştır.

Doktrinde Federal Yüksek Mahkemenin Deri Kemer Olayı'ndaki bu kararı ile olası kast - bilinçli taksir için belirleyici kriter olarak "razı olma"den vazgeçmemesi eleştirilmiştir.⁶⁰ Öte yandan "neticenin arzu edilmesi"nin (Erwünschtheit des Erfolges) Federal Yüksek Mahkemece olası kast – bilinçli taksir ayırımında artık bir kriter olarak kabul edilmemesi doktrinde neredeyse herkes tarafından olumlu karşılanmıştır.⁶¹

Neredeyse kayıtsız kalma teorisi haricindeki tüm teoriler Deri Kemer Olayı'nda - farklı gerekçelere dayandırarak da olsa - olası kastı kabul etmişlerdir. Ancak biz burada Alman doktrinindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisini takip etmenin daha doğru olduğu görüşündeyiz. Yukarıda belirtildiği üzere ciddiye alma teorisi bilme unsuru açısından failin neticenin meydana gelmesini **ciddi olarak mümkün görmesini** ve isteme unsuru açısından da failin bu neticeyi **kabullenmiş** olmasını aramaktadır.

2. AİDS Olayları

1980'lerin sonunda AİDS-kararları, Deri Kemer Olayından sonra olası kast bilinçli taksir arasındaki ayırım ile ilgili tartışmaları yeniden başlatmıştır.⁶²

Federal Yüksek Mahkemenin 1988'deki ilk AİDS kararındaki sorun, HIV virüsü taşıdığını bilmesine rağmen başkalarıyla korunma tedbiri olmaksızın cinsel ilişkiye giren kişinin ceza sorumluluğu idi. Olaya ilişkin görüşler öldürmeye teşebbüsten cezasızlığa kadar uzanıyordu. Hangi suç tipinin gerçekleştiği tartışmalarının yanı sıra bir diğer sorun, olayda öldürme veya yaralama kastının bulunup bulunmadığı hususuydu. Doktrinindeki bilimsel

⁶⁰ Bkz. ROXIN, JuS 1964, s. 56.

⁶¹ KÜHL, AT, § 5 Kn. 58.

⁶² Bu konudaki Federal Yüksek Mahkeme kararları için bkz. BGH 4.11.1988 – 1 StR 262/88, BGHSt 36, 1; BGH 12.10.1989 – 4 St R 318/89, BGHSt 36, 262.

tartışmaların yanında, bu kararda suç politikasına ilişkin görüşler de etkili olmuştur.⁶³

Federal Mahkeme 04.11.1988 tarihli kararıyla, korunmasız cinsel ilişkide bulunduğu için AİDS virüsü (HIV) taşıyan failin, **kasten yaralamanın nitelikli haline teşebbüsten** cezalandırılmasını kabul etmiştir. İlk AİDS kararında olayın oluş şekli kısaca şu şekildedir⁶⁴:

Sanık 1989 yılında kendi isteği ile yaptırdığı AİDS testinde kendisine HIV-Virüsü bulaştığını öğrenir. Fail, doktor tarafından, tedbir almaksızın, yani korunmaksızın cinsel ilişkiye girmesi durumundaki bulaşma riski hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilir. Doktor ayrıca hayatının sonuna kadar virüsün bulaşıcı olduğu, partneriyle korunmasız ilişkiye girmemesi gerektiği hususlarında da sanığı bilgilendirir.

Tüm bunlara rağmen fail, hastalığı hakkında karşı tarafı bilgilendirmeksizin homoseksüel partnerle ilk başta korunmasız ancak ereksiyondan önce korunmalı olarak cinsel ilişkiye girer. Daha sonrasında yapılan muayenelerde partnerlerinde HIV-Virüsüne rastlanmaz.⁶⁵

Deri Kemer Olayında olduğu gibi Federal Yüksek Mahkeme bu olayda da arzu edilmeyen neticenin de istenebileceği sonucuna varmıştır.⁶⁶ Federal Yüksek Mahkemenin olası kast ve bilinçli taksir ayırımındaki süreklilik arz eden içtihadına göre fail, suçun kanuni tanıtımda yer alan neticenin gerçekleşmesini mümkün ve gerçekleşmesi ihtimalinin çok uzak olmadığını öngörmüş ve bu neticeyi, gerçekleşmesini göze alarak veya en azından ulaşmak istediği hedef için kabullenerek onaylamışsa fail olası kast ile hareket etmiştir; neticenin meydana gelmesinin bizatihi arzu edilmemiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Buna karşılık fail, mümkün olarak gördüğü neticeyi kabullenmemiş ve sadece belli belirsiz bir şekilde değil (nicht nur vage), ciddi olarak gerçeklemeyeceğine güvenmiş (ernsthaft vertrauen) ise artık bu durumda bilinçli taksirin varlığı kabul edilmelidir.

Bu olayda öldürme kastını ilk derece mahkemesi gibi Federal Yüksek Mahkeme de kabul etmemiştir. Federal Yüksek Mahkeme gerekçesinde; öldürme kastı açısından yaralama kastına göre aşılması gereken daha yüksek

⁶³ FRISCH, JuS 1990, s. 362 vd.; SCHÜNEMANN, JR 1989, s. 89 vd.

⁶⁴ BGHSt 36, 1= NJW 1989, s. 781.

⁶⁵ Olay için bkz. ROXIN, (HRR), Olay No. 8; PUPPE, AT, § 9, Kn. 22.

⁶⁶ KÜHL, AT, § 5, Kn. 58.

bir psikolojik eşik (eine viel höhere Hemmschwelle) bulunduğu işaret etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme olayda bu psikolojik sınırın aşıldığını tespit edememiştir. Mahkeme kararında, AİDS'in değişiklik gösteren ve duruma göre uzun bir kuluçka döneminden sonra ortaya çıkması, sanığın, birçok AİDS hastası gibi, AİDS'in bu süre içinde tedavisinin bulunacağı ve kendisinde ve bulaştırmış ise partnerinde tedavinin bulunmasından sonra AİDS hastalığının ortaya çıkacağı ümidini taşıması gerekçeleri ile ölümcül bir neticenin sanık tarafından onaylanmış olduğunu şüpheli bulmuştur. Yukarıda belirtildiği gibi kasten yaralamaya teşebbüsü kabul etmiştir.

Federal Yüksek Mahkemenin bu kararı doktrinde yoğun bir şekilde eleştirilip tartışılmıştır. Öldürme kastından önce burada öncelikle incelenmesi gereken husus, sonradan ortaya çıkan geç neticelerin faile objektif olarak isnat edilip edilemeyeceği sorunudur. Doktrindeki bir görüşe göre; sonradan ortaya çıkan bu neticenin faile isnadı, korunma tedbirlerinin gereklerine uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığına bakılarak karar verilmelidir. Olayda fail, ilişkinin sonuna doğru ereksiyondan önce korunma tedbirine başvurduğu ve bu nedenle gerekli tedbirleri özenli ve eksiksiz bir şekilde yerine getirmediği için netice, daha doğrusu tehlike, faile objektif olarak isnad edilebilecektir.⁶⁷

Olayda öldürme kastının reddi doğrudur; çünkü düşük enfeksiyon ihtimaline karşı olası kastın kabul edilmesi oldukça çok ağır olurdu.⁶⁸ Bununla birlikte, Federal Yüksek Mahkemenin ret gerekçesine tam olarak katılmak zor gözükmektedir. Çünkü öldürme kastına ulaşmak için daha yüksek bir eşığe dayanılması (höhere Hemmschwelle)⁶⁹ burada yerinde değildir; öyle ki HIV virüsünün bulaşması halinde muhtemelen her zaman ölüm ile

⁶⁷ KNAUER, GA 1998, s. 439 vd.

⁶⁸ PUPPE, AT, 4. Bast, § 9 Kn. 25.

⁶⁹ Federal Yüksek Mahkemenin takip ettiği **eşik teorisine (Hemmschwellentheorie)** göre öldürme suçlarında kastın ayrıca incelenmesi gerekmektedir. Zira öldürme kastında, yaralama kastı (Verletzungsvorsatz) ve tehlikeye düşürme kastına (Gefährdungsvorsatz) göre aşılması gereken daha yüksek bir eşik bulunmaktadır. Esasında eşik teorisi, öldürme (olası) kastının aceleye getirerek kabulünü engellemek amacı ile kabul edilmiştir. Ancak bu durum uygulamada, sınırdaki olaylarda çoğunlukla öldürme kastının, özenli ve kapsamlı bir delil değerlendirmesi sonucuna göre değil, söz konusu yüksek eşığe genel bir atıfla reddine yol açmıştır. Doktrinde eşik teorisi ve uygulanması eleştirilmiştir. Federal Yüksek Mahkeme 22.03.2012 tarihi kararıyla Eşik Teorisinin anlam kapsamını oldukça daraltmıştır. Eşik teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. KREY/ESSER, AT, § 12 Kn. 389 vd.; BGH NStZ 1983, 407; BGH NStZ-RR 1996, 97; BGH StV 1982, 509; BGHSt 57, 183 (189) = BGH NStZ 2012, 384 (386); WESSELS/BEULKE/SATZGER, AT, § 7 Kn. 345 vd. Bu konuda eleştiriler için bkz. GEPPERT, JURA 2001, s. 55 vd.; PUPPE, GA 2006, s. 65.

neticelendiğinden öldürme ve yaralama kastı (failen) birbiriyle çakışır. Öte yandan Federal Yüksek Mahkemeye göre; failin AİDS'e çare bulunacağını ummuş olması, o zamanın araştırmalarına göre oldukça belirsiz/dayanaksız bir umuttur ve süreklilik arz eden içtihatlarla göre kastı kabul etmemek için yeterli değildir.⁷⁰ Bugüne kadar da AİDS'e bir çare bulunamamıştır. Failin bir kez bile dayanmadığı ve ileri sürmediği bu durum oldukça belirsiz ve dayanaksız bir umuttur.⁷¹

Karardaki bir diğer sorun, olayda failin yaralama kastının bulunup bulunmadığına ilişkindir. Burada kasten değil de taksir ile yaralamanın kabul edilmesi halinde, yani failin muhtemel bir enfeksiyonu öngörmüş olması halinde, büyük ihtimalle fail cezasız kalacaktır. Çünkü pratikte enfeksiyonun kaynağını bulmak neredeyse imkansızdır. Olayımızda da virüs (enfeksiyon) failin partnerlerinde bulunmamıştır. Bu durumda teşebbüs açısından sorumluluk gündeme gelmektedir ve taksir ile işlenen filler açısından teşebbüs mümkün olmadığı için de fail cezasız kalacaktır.⁷²

Korunmasız cinsel ilişkiye girilmesi halinde AİDS virüsünün bulaşma riski o zamanki araştırmalara göre % 0.1'den % 1'e kadardır.⁷³ Buna karşılıklı bulaşma halinde ölüm ile neticelenmesi olasılığı ise oldukça yüksektir.⁷⁴ Bu düşük bulaşma riskine rağmen kastın bulunduğunu söylemek zordur. Burada failin her şeyin iyi gideceğine güvenmiş olduğunu kabul etmek daha uygun düşmektedir.

Olayı **imkan teorisine** (Möglichkeitstheorie) göre incelediğimizde olası kastın varlığı sonucuna ulaşılabilecektir. Çünkü bilme unsuru açısından bakıldığında, fail, doktoru tarafından bulaşma riski hakkında ayrıntılı olarak bilgilendirilmiştir; fail virüsün bulaşmasını mümkün olarak görmüştür. Diğer taraftan bir kerelik cinsel ilişki sonucunda virüsün bulaşma ihtimali yüksek olmadığı için ve fail virüsün bulaşmasını muhtemel olarak görmediği için **ihtimal teorisine** (Wahrscheinlichkeitstheorie) göre ise olası kast bulunmamaktadır.⁷⁵

⁷⁰ ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 84.

⁷¹ ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 84.; PUPPE, AT, § 9, Kn. 24

⁷² RENGIER, JURA 1989, s. 228; karşılaştır, PUPPE, AT, Kn. 24.

⁷³ PUPPE AT, § 6, Kn. 23; KNAUER, GA 1998, s. 440 vd.: Kondom kullanılması halinde virüsün bulaşma ihtimali (riski) sıfıra yakındır.

⁷⁴ SCHÜNEMANN, JR 1989, s. 93.

⁷⁵ HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 12.

Bu kararın risk teorisi açısından da incelenmesi yararlı olacaktır. Risk teorilerinin bir çeşidi olan **Puppe** tarafından geliştirilen **kast tehlikesi teorisine (Lehre von der Vorsatzgefahr)** göre, olası kast bilinçli taksir arasındaki ayırıcı kriter “*makul bir üçüncü kişinin değerlendirmesine tabi olarak farkına varılan tehlikenin boyutu*”dur. Bu görüşe göre bir tehlike, kendi içinde bakıldığında neticeyi meydana getirmeye elverişli bir yöntem ise kast tehlikesi (Vorsatzgefahr) olarak kabul edilmelidir.⁷⁶ Kast tehlikesi teorisi, burada düşük bulaşma olasılığını elverişli bir yaralama yöntemi olarak görmemektedir. Makul bir fail dahi neticenin meydana gelmesini kabullenmeden bu tehlikeyi göze alabilir. Sonuç olarak bu görüş olayda olası kastın varlığını kabul etmemektedir. Bu görüşe göre, Federal Yüksek Mahkemenin bu kararı eleştirel olarak ele alınmalıdır; çünkü kararda doktorun faile yaptığı bilgilendirme ve ikazlar kastın kabulünde tek emare (Indiz) olarak alınmıştır.⁷⁷

Buna karşın **Herzberg**, Federal Mahkeme gibi, olayda failin olası kast ile yaralamaya teşebbüsten dolayı sorumlu tutulması gerektiğini savunmaktadır. Fail, partnerine hastalığı hakkında bir şey söylemeksizin korunmasız cinsel ilişkiye girmiştir. Böylece, korunmasız bir tehlikeye yol açmıştır. Ancak **Herzberg**'e göre sonradan ortaya çıkan geç neticeler burada faile isnat edilemez ve bu nedenle de fail öldürme suçundan sorumlu tutulamaz.⁷⁸

Mevcut olayda virüsün partnerine bulaşması karşısında fail kayıtsız (umursamaz) değildi. İlişkinin sonuna doğru da olsa koruyucu tedbire başvurması bunu göstermektedir. Bu nedenle **kayıtsız kalma teorisine (Gleichgültigkeitstheorie)** göre fail, olayda olası kast ile değil, bilinçli taksir ile hareket etmiştir.⁷⁹

Neticeyi önleme iradesi teorisine (Vermeidungstheorie) göre fail, kendisinden beklenebilen ve neticenin gerçekleşme riskini azaltmada oldukça etkili olan tedbirleri bilinçli olarak yerine getirmemesi, yani neticeyi önlemek için harekette bulunmaması sebebiyle olayda olası kastın varlığı kabul edilmelidir.⁸⁰

⁷⁶ PUPPE, NK, StGB, 5. Bası, § 15, Kn. 69.

⁷⁷ PUPPE, AT, § 9, Kn. 28 vd.

⁷⁸ HERZBERG, JuS 1987, s. 778 vd.

⁷⁹ HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 11 vd.

⁸⁰ HILLENKAMP, 32 Probleme aus dem Strafrecht, s. 12; ayrıca bkz. KÜHL, AT, § 5 Kn. 81 vd.

Fail burada, ilişkinin sonuna doğru koruyucu tedbire başvurmuş olsa da bu hareketi (kondom kullanması) onun korunan hukuki değerini olası ihlalini reddeden kişisel bir karar içerisinde olduğunu gösteren bir indikatör olarak ele alınmalıdır.⁸¹ “İndikatör” (gösterge) den ne anlaşılması gerektiği hususu bu noktada ayrıca ele alınmalıdır. Zira olası kastın belirlenmesinde, failin dışı vurduğu davranışlarından iç dünyasındaki katılımının tespit edilmesi oldukça zordur. Burada kastın belirlenmesinde, hakime çeşitli indikatörlerin (İndikatoren) yardımcı olması gerektiği belirtilmektedir. Bu bahsedilen indikatörler, bilme ve isteme unsuru açısından farklılık göstermektedir. Olası kasttaki bilme unsurunun varlığının tespitindeki indikatörler şu şekilde sayılmaktadır: hareketin objektif tehlikeliliği ve failin bu tehlikeliliği öngörmesindeki zekası, olayın kişi tarafından öngörülebilirliği ve kestirilebilirliği, hareketi icra eden kişinin olayı idrak edebilmesi için sahip olduğu zaman. Karşı indikatör olarak, kişinin idrak yeteneğini etkileyen alkol veya uyuşturucu maddeler, kişinin somut olaydaki duygusal yükü gibi durumlar örnek olarak gösterilmektedir. İsteme unsuru için gösterilen indikatörler ise şunlardır: failin gerçekleştirdiği neticeyi önlemeye yönelik davranışları, failin kendisinin de yaralanma ihtimali, fail ile mağdur arasındaki duygusal yakınlık (mağdurun failin için önemli biri, sevdiği biri olması gibi), mağduru yeniden canlandırmaya çalışmak gibi olaydan sonra yapılan spesifik hareketler. Federal Yüksek Mahkeme, olaya bakan hakimlerden suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamının birlikte dikkate alınmasını⁸² istemektedir.⁸³ İncelediğimiz olayda ise failin korunma tedbirine başvurması, olası kastın isteme unsuru açısından failin neticeyi kabul etmediğine dair bir indikatördür. Burada kişi, neticenin gerçekleşme (virüsün bulaşması) ihtimalini öngörmüş, ancak ciddiye almamış ve bu nedenle de neticeyi kabullenmemiştir; fail düşüncesiz (leichtsinig) bir şekilde virüsün bulaşmayacağına güvenmiştir. Bu gerekçeye dayanarak **ciddiye alma teorisine** (Ernstnahmetheorie) göre fail olayda olası kast ile değil bilinçli taksirle hareket etmiştir.⁸⁴

Özet olarak mevcut olayda, olası kast ile yaralamanın kabulü oldukça zor gözükmektedir. Failin, riskleri ve sonuçlarının farkında olmasına rağmen korunmasız cinsel ilişkiye girmesi tek başına failin bunları kabullendiği sonucuna varılması için yeterli değildir. Olası kastın kabulü için daha fazla

⁸¹ CANESTRARI, GA 2004, s. 226 vd.

⁸² “eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände”

⁸³ KÜHL, AT, § 5 Kn. 87.

⁸⁴ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 27, 85; krş. KÜHL, AT, § 5, Kn. 75 vd.

bir gerekçelendirme gayretine ihtiyaç vardır.⁸⁵ Federal Yüksek Mahkeme neticenin gerçekleşmesi ihtimalinin çok daha yüksek olduğu olaylarda olası kastın varlığını kabul etmezken, burada neden kabul ettiğini anlamak zordur.⁸⁶ Mevcut olaydaki gibi olaylarda cezasızlık pek tatmin edici olmasa da, ceza hukukundaki bu boşluklar ceza hukuku dogmatikini manipüle ederek doldurulmaya çalışılmamalıdır.⁸⁷

3. Berlin Yasadışı Araba Yarışı Olayı

Son yıllarda, Almanya genelinde “yasadışı araba yarışları” gittikçe artmış ve bu yarışlar, yarışla ilgisi olmayan birçok üçüncü kişilerin yaralanması veya ölmesi ile neticelenmiştir.⁸⁸ Özellikle Berlin’de gerçekleşen yasadışı araba yarışı olayı tüm Almanya’da gündem olmuştur. Berlin Eyalet Mahkemesi (Landgericht) bu olay ile ilgili verdiği 27.02.2017 tarihli kararda, ilk defa bir yasadışı araba yarışında sürücüleri kasten öldürmenin nitelikli halinden ömür boyu hapis cezasına mahkum etmiştir.⁸⁹ O zamana kadar ki gerçekleşen diğer yasadışı araba yarışlarında, failer yalnızca taksirden dolayı sorumlu tutulmuşlardı.⁹⁰ Ancak yakın zamanda (01.03.2019) Federal Yüksek Mahkeme Hamburg’daki bir yasadışı araba yarışında, olayın gerçekleşme durumu Berlin olayından farklı olmakla birlikte, ilk defa yasadışı araba yarışı sürücüsü hakkında kasten öldürmenin nitelikli halinden kurulan mahkumiyet hükmünü onamıştır.⁹¹

⁸⁵ SCHNEIDER, in: MüKo-StGB, Cilt 4, 3. Bası, § 212 Kn. 56.

⁸⁶ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 83; SCHNEIDER, in: MüKo-StGB, Cilt 4, 3. Bası, § 212 Kn. 56; PUPPE, AT, § 9, Kn. 28. Örneğin, Federal Yüksek Mahkeme 1987 yılında verdiği bir kararında, iş ile ilgili bir tartışma sırasında failin, mağdurun (yetişkin bir erkek) kafa, boyun ve ensesine 23 kez çekiçle vurduğu olayda olası kastın varlığını reddetmiştir: StV (Strafverteidiger) 1987 92.

⁸⁷ RENGIER, JURA 1989, s.229.

⁸⁸ Olayın kronolojisi için bkz. <http://www.berliner-zeitung.de/berlin/chronologie--tote-und-verletzte-bei-illegalen-autorennen-24693064>, erişim tarihi 26.02.20; Türk Yargıtayın yasadışı araba yarışları ile ilgili kararı için bkz. CK 29.03.2016, E. 2014/12-585, K. 2016/50; 12. CD, 02.03.2017, E. 2017/248, K. 2017/1603; 12. CD, 06.11.2014, E. 2013/26403, K. 2014/22089; 12. CD, 30.04.2014, E. 2013/18930, K. 2014/10543.

⁸⁹ LG Berlin (Berlin Eyalet Mahkemesi), NStZ 2017, s. 471 vd.

⁹⁰ AG Köln, 12.1.2016 tarih ve 643 Ls 308/15 10 Js 22/15 sayılı Kararı; LG Köln, 14.4.2016 tarih ve 117 KLs19/15 sayılı Kararı; LG Köln, 23.5.2016 tarih ve 113 KLs 34/15 sayılı Kararı; Köln Eyalet Mahkemesinin bu karar Federal Alman Yüksek Mahkemesinin (BGH) 22.11.2016 tarih ve 4 StR 501/16 sayılı Kararı ile onanmıştır: bu konuda bkz. LG Berlin, NStZ 2017, s. 473.

⁹¹ BGH, 01.03.19 tarih ve 4 StR 345/18 sayılı Kararı.

Berlin'deki bu olay, AIDS olayında olduğu gibi, dikkatleri tekrar kast doktrinine yöneltmiştir.⁹² Olayla birlikte olası kast- bilinçli taksir ayrımı hakkındaki tartışmalar tekrar güncel hale gelmiştir.⁹³

Çalışmada öncelikle Berlin Eyalet Mahkemesinin olaya ilişkin kararı, ardından da Federal Yüksek Mahkemenin kararı ele alınacaktır. Olayın oluş şekli Eyalet Mahkemesinin tespitlerine göre şu şekildedir:

N. arabasıyla 01.02.2016 gecesi saat 0:30 sıralarında yan koltukta oturan kız arkadaşı K.'yi eve götürmek için yolda olduğu sırada, arabasıyla yolda olan H. ile kırmızı ışıkta yan yana dururlar. Pencereyi açıp birbirlerine baktıklarında daha önceden birbirlerini yasadışı araba yarışlarından tanıdıklarının farkına varırlar. Kısa bir konuşmadan sonra, jest ve gaz pedallarına basarak Kurfürstendamm ve Tauentzienstrasse boyunca sürecek bir yarış için anlaşılırlar.

Araba yarışı için anlaşıldıktan sonra H., anlaşıldıkları hedefe en hızlı şekilde ve N.'den önce ulaşmak için kırmızı ışıkları hiçe sayarak yüksek hızla arabasını sürmeye başlar. N. ise ilk önce iki kırmızı ışıkta durur; ancak daha sonrasında izin verilen hız sınırını açıkça/oldukça aşarak ve kırmızı ışıklarda durmadan geçerek H.'yi takip etmeye başlar. N., H.'ye mümkün olduğunca çabuk yetişme ve her şeyden önce yarışı birinci olarak bitirme ve aynı zamanda trafik kurallarını dikkate almama konusunda karar verir. N. en geç Uhlandstraße'de H.'ye yetişir. Yarışın devamında araçlar kazanın gerçekleştiği kavşağı da kırmızı ışıkta geçerler; araçların saatteki hızları o esnada en az 170 km'dir. H, o anda kendisine yeşil yanan ve kavşağın sağından gelerek kavşağa giren W.'nin aracı ile şiddetli bir şekilde çarpışır. H.'nin aracı N. nin aracıyla da çarpışır. Mağdur W.'nin aracı çarpışmanın etkisiyle 70 m. ileriye sürüklenir. W., daha olay yerinde hayatını kaybeder. N.'nin kız arkadaşı K. da ağır yaralanır. Diğer taraftan N. ve H. ise hafif yaralanır.

Yapılan yargılama sonunda Berlin Eyalet Mahkemesi, her iki sürücüyü de olası kastla öldürmeden sorumlu tutarak Alman CK § 211'e göre kasten öldürmenin nitelikli halinden (Mord) müebbet hapse mahkum etmiştir. Eyalet Mahkemesi kararını şu şeklide gerekçelendirmiştir: Sanıklar en geç o anda (kazanın gerçekleştiği kavşağa girerken) Nürnberger Straße (kazanın gerçekleştiği kavşaktaki W.'nin geldi yol) üzerinden kendisine

⁹² KUBICIEL/WACHTER, HRRS 2018, s. 335.

⁹³ Türk hukukundaki tartışmalar için bkz. KARAASLAN, s. 203 vd.

yeşil ışık yanan sürücülerin (ve araçta olabilecek diğer kişilerle) kendilerinin sürdükleri araçlarla çarpışabileceklerini ve çarpışmanın etkisiyle kişilerin sadece yaralanabileceklerinin değil, çok yüksek hızla araç kullanmaları sebebiyle yarışın büyük ihtimalle kişilerin ölümüyle de sonuçlanabileceğinin farkına varmışlardır. Sanıklar, sebebiyet verebilecekleri kaza sonucunda başkalarının – N.'nin aracındaki K.'da dahil olmak üzere- bedensel zararlara uğramaları karşısında kayıtsızdılar ve bir veya birden fazla diğer araçlarla kavşak bölgesinde bir çarpışmanın meydana gelmesini rastlantıya, şansa bırakmışlardır. Sanıklar, kavşağın yakınında yürüyen yayaların ve başkalarının etrafta uçan enkaz parçaları ile zarar görmesi veya ölmesini de göze almışlardır (billigend in Kauf nehmen).

Sanık H, kavşağı kırmızı ışıkta geçmesi, yüksek hız ile kavşak alanına girmesi ve yapısal sebeplerle sağ taraftaki yoldan (Nürnberger Straße'den) gelebilecek bir aracın görülme ihtimalinin olmaması nedeniyle –hiçbir şekilde tepki vermeye imkanı olmadan (absolut unfähig noch zu reagieren)- kavşağın orta noktasında, Nürnberger Straße tarafından gelen ve kurallara uygun bir şekilde yeşil ışıkta kavağa giren mağdur W.'nin arabası ile çarpışmıştır.

Eyalet Mahkemesi, Federal Yüksek Mahkemenin olası kast bilinçli taksir ayırımına ilişkin içtihatlarını dikkate alarak olayda sanıkların olası kast ile hareket ettikleri sonucuna varmıştır.

Eyalet Mahkemesine göre yarış, şehrin dışında az kişinin oturduğu kırsal alandaki bir yolda veya hız sınırının olmadığı bir otoyolda değil, gece vaktinde de zaman zaman otobüslerden, taksilerden, araçlardan ve yayalardan oluşan trafik yoğunluğu olan Berlin'nin merkezindeki bir alanda gerçekleşmiştir. Çarpışma noktasından (kaza noktasından) önce sanıklar araçlarını saatte 100 km'den fazla bir hızla sürmüşler, yer yer kırmızı ışıklarda durmadan geçmişlerdir.

Eyalet Mahkemesine göre sanıklar büyük, açık ve somut bir yaşam tehlikesi oluşturmuşlar, olayın ölüm ile neticelenmesini kabullenmişler ve en ağır sonuçları göze almaya hazırdılar. Sanıklar ağır sonuçlar karşısında kayıtsızdılar ve onlar için yarışını birinci olarak bitirmek daha önemlidir. Kavşağa giriş anından itibaren artık ciddi şekilde her şeyin iyi gideceğine güvenmeleri mümkün değildi ve olayın gidişatını tesadüfe, şansa bırakmışlardı. O andan itibaren objektif olarak kazayı önleyecek bir hareket, bir direksiyon veya fren manevrası yapılmaları da artık mümkün değildi.

Eyalet Mahkemesi, üçüncü bir kişinin ölümü ile sonuçlanabilecek bir kaza düşüncesinin kural olarak failin kendisinin de muhtemelen ölümü ile

sonuçlanabilecek bir yaralanma düşüncesini de içerdiğini ve bu nedenle failin bir nevi kamikaze düşüncesi ile hareket ettiğinin varsayıldığı iddiasını (Mitsch, Die Strafbarkeit illegaler Rennen de lege lata et ferenda, DAR 2017, s. 70) da tartışmıştır. Yine Eyalet Mahkemesi, failin, kutsalı gibi gördüğü arabasına kural olarak zarar gelmesini istemediği eleştirisinin (Preuß, Die Strafbarkeit nicht genehmigter Kraftfahrzeugrennen de lege lata und de lege ferenda, NZV 2017, s. 106) de değerlendirildiğini belirtmiştir. Eyalet Mahkemesi bu eleştirilere şu gerekçe ile cevap vermiştir: Sportif olarak kullanılan bu tür araçlar özel bir güven hissi vermektedir. Bu araçların sürücüleri, tonlarca ağırlıktaki, çok kısa sürede hızlanabilen, kapsamlı bir güvelik teknolojisi ile donatılmış otomobillerinde kendilerini korumalı, güçlü ve bir tankta veya kalede gibi güvende hissetmekte ve kendilerine yönelik her türlü tehlikeyi görmezden gelmektedirler.

Mahkemenin tespitlerine göre sanıklar, kavşak alanındaki sürüş şekillerinin sonucu olarak başka bir araç sürücüsünün ölümünü mümkün olarak öngörmüş ve bu sonucu da göze almışlardır. Eyalet Mahkemesi olayda sanıklar hakkında Alman CK § 211'e göre kasten öldürmenin nitelikli halinden (cinayet = Mord) hüküm kurmuştur. Mahkemeye göre sanıklar mağduru genel tehlike oluşturan bir araçla (mit einem gemeingefährlichen Mittel) öldürmüşlerdir. Mahkeme, her iki sanığın olayda müşterek fail olarak hareket ettiklerini kabul ederek ikisini de müebbet hapse mahkum etmiştir.

Federal Yüksek Mahkeme 01.03.2018 tarihli kararı ile Berlin Eyalet Mahkemesinin bu kararını birçok noktadan hukuka aykırı bularak bozmuştur. Federal Yüksek Mahkeme kararında olası kast ve bilinçli taksir ile ilgili yerleşik içtihatlarını tekrarlayarak teyit etmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre; neticenin gerçekleşmesi karşısında fail, kayıtsız ve netice fail için arzu edilmemiş olabilir. *“Kast veya (bilinçli) taksirin bulunup bulunmadığının incelenmesi özellikle öldürme ve yaralama suçlarında, suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamının birlikte dikkate alınmasını gerektirir. (Olası kastın isteme unsurunun değerlendirilmesinde olaya bakan hakim, öncelikle, failin kişiliğini detaylı olarak incelemeli ve failin olayın icrası sırasındaki psikolojik durumunu, saikini (Motivation) ve olayla ilgili önemli koşulları - özellikle somut saldırı şeklini - dikkate almalıdır Burada hareketin objektif tehlikeliliği olası kastın hem bilme hem de isteme unsuru için önemli bir indikatördür. ... Ancak hareketin tehlikeliliği ve neticenin gerçekleşme olasılığının derecesi tek başına olası kastın kabulü için belirleyici kriterler değildir; oldukça tehlikeli fiillerde daha ziyade somut olayın özellikleri önem arz etmektedir. ... Bunu yaparken olaya bakan hakim, somut olayda*

söz konusu olabilecek kastın varlığını şüpheye düşürebilecek durumları göz önünde bulundurmalıdır.”⁹⁴

Kararın devamında Federal Yüksek Mahkeme, Eyalet Mahkemesi'nin kararındaki olayın ortaya konuluş şeklinin öldürme kastının kabulü için yeterli olamayacağını belirtmiştir. Gerekçe olarak ise Mahkeme, olası kastın fiilin icrası sırasında (Begehung der Tat) bulunduğu için yeterli bir şekilde tespit edilmemiş olmasını göstermiştir. Eyalet Mahkemesinin kararına göre failler, kavşağa girdiklerinde ancak yarışın trafikteki bir kişinin ölümü ile sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bunu kabullenerek göze almışlardır. Aynı zamanda Eyalet Mahkemesi, kararının devamında faillerin o anda artık çarpışmayı önlemek için herhangi bir imkanlarının bulunmadığını ve hiçbir şekilde tepki verme imkanlarının olmadığını belirtmiştir. Federal Yüksek Mahkeme'ye göre ise bu sebepten dolayı, o esnada sanıkların olası öldürme kastının olmadığı görülmektedir. Dolayısıyla Eyalet Mahkemesi faillerin kazanın gerçekleştiği kavşağa girmeden önce öldürme kastı ile hareket ettiklerini ortaya koyamamıştır.

Federal Yüksek Mahkeme kastın aranacağı zaman ile ilgili eleştirisinin yanında, trafikteki riskli davranışlarda kasıtlı hareket ile ilgili olarak önemli bir hususun da altını çizmiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre – bu olayda da olduğu gibi - failin kendisinin de zarar görmesinin yakın (muhtemel) olduğu durumlarda, şu prensiplerden hareket edilmesi gerekir: İlk etapta bir başkasını yaralama veya bir kazaya neden olma düşüncesiyle hareket edilmediği için trafik güvenliği için tehlikeli (riskli) davranışlarda, failin kendisine de bir zarar gelebileceğini öngörmesi, failin her şeyin iyi gideceğine güvendiğini gösterir ve dolayısıyla öldürme kastının kabulü aleyhine bir durum oluşturur. Eyalet Mahkemesi ise olayda faillerin kendilerini arabalarında güvende hissettikleri ve böylelikle kendilerinin de zarar görmesi riskini göz ardı ettikleri gerekçesiyle böyle bir durumun olmadığını kabul etmiştir. Mahkemeye göre, sanıklar yan koltukta oturan K.'nin yaralanmasını da göze almışlardır. Federal Yüksek Mahkemeye göre, Eyalet Mahkemesi, faillerin burada tonlarca ağırlığa sahip, oldukça hızlı ve kapsamlı güvenlik teknolojisi ile donatılmış araçlarında genelde kendilerini bir tank veya kalede gibi güvende hissettiklerini belirtmiştir ki, böyle bir genel hayat tecrübesi kuralı bulunmamaktadır.

⁹⁴ Federal Yüksek Mahkemenin (BGH) 01.03.2018 tarih ve 4 StR 399/17 sayılı Kararı: Deutsches Autorecht (DAR) 2018, 217.

Son olarak Federal Yüksek Mahkeme olayda her iki araba sürücüsünün müşterek fail olarak sorumluluğunu da kabul etmemiştir. Federal Yüksek Mahkemeye göre faillerde trafikteki diğer bir kişinin olası kast ile öldürmesini kapsayan birlikte suç işleme kararı bulunmamaktadır.

Kamuoyunda Eyalet Mahkemesi'nin kararı yasadışı araba yarışlarına karşı açık bir uyarı olarak memnuniyetle karşılanırken, Federal Yüksek Mahkemenin kararı bozması ise eleştirilmiştir.⁹⁵

Berlin'de gerçekleşen bu yasadışı araba yarışında faillerin olası kastla mı yoksa bilinçli taksir ile hareket ettiklerinin belirlenmesinin failler hakkında hükmedilecek yaptırım açısından çok önemli hukuki sonucu bulunmaktadır. Alman Ceza Kanununa göre, olayda bilinçli taksir kabul edildiği takdirde failler hakkında hükmedilecek cezanın üst sınırı en fazla beş yıldır. Buna karşın olayda olası kastın varlığı kabul edildiği takdirde, faillerin ömür boyu hapis cezasına⁹⁶ mahkum edilmeleri söz konusu olacaktır. Ancak sanıkların ölümle sonuçlanan yasadışı bir araba yarışından dolayı ömür boyu hapis cezasına mahkum edilmesi hayata karşı işlenen diğer kasıtlı suçlarla, özellikle de öldürmenin nitelikli halin, yani cinayet ile kıyaslandığında oldukça orantısız gözükmektedir.⁹⁷ Diğer taraftan böyle bir olayda beş yıllık bir hapis cezası da tatmin edici değildir.

Belirtmek gerekir ki, Berlin yasadışı araba yarışı olayında sadece isteme unsuru değil, aynı zamanda bilme unsuru da tartışmalı olduğu için yukarıda incelediğimiz Deri Kemer ve AİDS olaylarından ayrılmaktadır. Zira Deri Kemer Olayı'nda failler hareketlerinin sonucunda muhtemel somut ölüm neticesini öngörmüşlerdir. Kum torbası ile olan denemeleri başarısız olunca, önceden öngördükleri ve tartıştıkları hayati tehlikeye rağmen, deri kemer ile mağduru etkisiz hale getirme yoluna gitmişlerdir. AİDS olayında ise fail, görevli doktor tarafından, özellikle gerekli korunma tedbirleri ve enfeksiyonun bulaşma tehlikesi hakkında detaylı olarak bilgilendirilmiştir.

⁹⁵ VAN LIJNDEN, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 01.03.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/mord-urteil-im-fall-der-berliner-raser-aufgehoben-15473572.html>, erişim tarihi 26.04.2019)

⁹⁶ Alman ceza hukukunda ömür boyu hapis cezasından anlaşılan özgürlüğün belirli olmayan bir süre için kısıtlanmasıdır. En erken 15 yıl cezaevinde kaldıktan sonra hükümlü koşullu salıvermeden yararlanabilir. Bu durumda koşullu salıvermedeki deneme süresi 5 yıldır. (Alman CK § 57a), bu konuda bakınız; https://de.wikipedia.org/wiki/Lebenslange_Freiheitsstrafe, erişim tarihi, 26.12.2010.

⁹⁷ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, 439; WALTER, NJW 2017, 1350.

Tüm bunlar dikkate alındığında her iki olay bilme unsuru açısından sıkıntılı değildir; failler neticeyi mümkün olarak görmüşlerdir. Her iki olayda esas tartışmalı olan isteme unsuruydu. Öte yandan, Berlin yasadışı araba yarışı olayında faillerin, daha kazanın gerçekleştiği kavşağa girmeden önce yarışın ölümle neticelenebileceği ihtimalini öngörüp öngörmedikleri dolayısıyla bilme unsuru şüphelidir. Bu bağlamda diğer bir sorun ise failler bu neticeyi öngörmüşlerse, ne zamandan itibaren öngördüklerinin tespit edilmesidir. Öngördükleri kabul edildiği takdirde, cevaplanması gereken diğer soru ise; faillerin kendilerini de tehlikeye sokmalarına rağmen ölüm neticesini kabullenip kabullenmediklerinin tespiti hususudur. Araba yarışlarına katılanların genellikle kemer dahi takmamaları onların herhangi bir kaza gerçekleşmeyeceğine olan güvenlerini göstermektedir. Çünkü onlara göre kemer takan kişi kaza yapacağını düşünmektedir.⁹⁸ Bu hususun faillerin ölüm neticesini kabullenmediğini gösteren bir indikatörü olarak dikkate alınması gerekir.

Tüm bu soruları araştırmadan önce kastın fiilin icrası sırasında bulunup bulunmadığı hususunun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Eyalet Mahkemesinin tespitlerine göre, olayda failler en geç kazananın gerçekleştiği kavşağa girdiklerinde olası kastın kabulü için gerekli olan yarışın diğer araç kullanıcıları için ölüm ile sonuçlanabileceğini öngörmüş ve göze almışlardır. Ama aynı zamanda Mahkeme, o anda faillerin kesinlikle başka türlü hareket edebilecek durumda olmadıklarını ve bu yüzden de çarpışmayı önleme imkanlarının da olmadığı tespitini yapmıştır. Federal Yüksek Mahkeme ise bozma gerekçesinde, yerinde olarak fiilin icrası sırasında bulunması gerekli olan kastın bulunmadığı sonucuna varmıştır. Alman CK § 16'ya göre kast, "fiilin icrası sırasında" bulunmalıdır.⁹⁹ Buna göre kastın belirlenmesinde, fiilin işlenmesinden önceki kast (dolus antecedens) ve aynı şekilde fiilin işlenmesinden sonraki kast (dolus subsequens) dikkate alınmaz.¹⁰⁰ Ancak Eyalet Mahkemesinin tespitlerinden hareket edilirse, olay anındaki kastın değil, fiilin işlenmesinden sonraki kastın varlığını kabulü gerekir. Olayın akışı

⁹⁸ WALTER, NJW 2017, 1351.

⁹⁹ Alman CK § 16 f. 1 şu şekildedir: "Fiilin icrası sırasında kanundaki suç tipinin unsurunu oluşturan bir durumu [maddi unsuru] bilmeyen kişi, kasten hareket etmiş olmaz. Taksirli davranış sebebiyle cezalandırılabilme saklıdır": Bkz., YENİSEY/PLAGEMANN, Alman Ceza Kanunu.

¹⁰⁰ ROXIN, Strafrecht AT, § 12, Kn. 89 vd.; SATZGER, Jura 2008, s. 118. Türk Hukuku için bkz. AKBULUT, s. 357; KOCA/ÜZÜLMEZ, 12. Bası, s. 165; ÖZTÜRK/ERDEM, s. 257 vd.; KARAASLAN, s. 232 vd.

(Kausalverlauf) failin elinden çıktıktan sonra, netice hakkındaki istek (Wille) kastın belirlenmesinde dikkate alınmaz. Eyalet Mahkemesinin görüşüne göre faillerin neden daha öncesinde değil de tam kazanın meydana geldiği kavşak yakınında kast geliştirdikleri anlaşılır değildir. Diğer taraftan faillerin, kavşak alanına girmeden önce de olası kast ile hareket ettikleri hususu tamamen ihtimal dışı değildir. Ancak olayda, somut bağlantı noktaları bulunmaması sebebiyle faillerin hangi andan itibaren kasten hareket ettiklerinin tespitinin kolay olmadığını da belirtmek gerekir.¹⁰¹

Olayı kastın unsurları açısından incelemeye geçtiğimizde, ilk önce olası kastın bilme unsuru tartışılmalıdır. Alman hukukundaki ağırlıklı görüş, failden normal bir kişinin bilmesi gerekeni bilmesini istememekte, ondan bunu beklememektedir. Bundan ziyade mahkemelere (hakime), failin gerçek bilgisini (tatsächliche Kenntnis), diğer bir ifadeyle olay anındaki mevcut bilincini (Bewusstsein) araştırma görevini yüklemektedir. Mahkemenin (hakimin), failin iç dünyasına (Psyche) doğrudan erişme imkanı yoktur ve failin kendisi de geriye dönüp baktığında bile, suçun icrası sırasında gerçekten kafasının içindekileri söylemesi çoğunlukla mümkün olmamaktadır. Bu nedenle mahkemeye, objektif vakıaların (Tatsache) yardımı ile failin icrası sırasındaki failin muhtemel bilgisini yeniden kurgulayarak ortaya koymaktan (rekonstruieren) başka bir yol kalmamaktadır. Federal Yüksek Mahkemeye göre, mevcut bilginin ispatlanması gerekmemekte, herkesin ulaşabileceği genel hayat tecrübesi kapsamındaki ortak bilince göre neticenin gerçekleşme ihtimalinin bulunması yeterlidir. Buna ek olarak, sanığın neticenin meydana geleceğini öngörmediği yönündeki savunmalarını mahkeme, olaydaki fail aleyhindeki maddi unsurlara atıfta bulunarak çürütebilir.¹⁰²

Failin, yasadışı araba yarışı sırasındaki “şiddetli heyecanından” (“affektnahe Erregung”) dolayı yaptığı davranışın tehlikesini kavrama imkanının ortadan kalktığı durumda, az önce bahsettiğimiz husus dikkate alınmamalıdır. Gerçekten de Alman yargı içtihatları, psikolojik (olarak) istisnai bazı durumların, kişilerin mantıklı ve akla yatkın düşüncelerini arka plana atmasına sebep olduğunu ve hatta en basit sebep sonuç ilişkisini düşünmeyi bile imkansız kıldığını kabul etmektedir. Bu gibi durumlarda fail, kendisinin sebep olduğu tipikliğe ilişkin (önemli) tehlike hakkında bilgisi zaten yoktur ve bunun sonucu olarak da gerçekleşen neticeyi kabullenmesi

¹⁰¹ JÄGER, JA 2018, s. 470; HÖRNLE, NJW 2018, s. 1577; BECHTEL, JuS 2019, s. 114 vd.

¹⁰² KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441.

da söz konusu değildir. Ancak faillerin Berlin araba yarışı olayında şiddetli ve ani bir heyecan nedeniyle istisnai bir durumda olduklarını kabul etmek zor gözükmektedir. Çünkü olayda yarışçılardan biri olan N., yarışın başında iki kırmızı ışıktan durduktan sonra diğer ışıklarda durmadan yarışa devam etmiştir. Bu durum faillerin yarışa düşüncesiz (kafasız) bir şekilde başlamadıklarını göstermektedir. Ayrıca yarışın devamında araçlarını önemli bir süre sürüş açısından riskli durumlarda dahi iyi bir şekilde sürmüşlerdir ki, bu durum da aynı şekilde faillerin olağan dışı psikolojik bir durumun içinde olmadıklarını göstermektedir. Sonuç olarak tüm bu hususlar faillerin yarış sırasında mevcut çok yakın bir tehlikeyi fark etmelerini imkansız hale getirecek psikolojik bir durumda olmadıklarını göstermektedir.¹⁰³

Diğer taraftan Eyalet Mahkemesi, faillerden birinin kazanın gerçekleşmesinden hemen sonra sürekli tekrar ettiği “bu nasıl olabilir, bu nasıl olabilir” şeklindeki cümleyi dikkate almamıştır. Olaydan sonraki bu sözler failin, yarışın ölümle sonuçlanabileceğini öngörmediğine işaret edebilir. Sanığın, neticenin gerçekleşmesinden sonraki bu davranışı, sadece bilme unsuru açısından değil aynı zamanda isteme unsuru açısından da dikkate alınmalıdır.¹⁰⁴

Olası kastın isteme unsuru açısından olayı incelediğimizde, öncelikle Eyalet Mahkemesinin ileri sürdüğü hususun yani, faillerin kapsamlı güvenlik teknolojisi ile donatılmış araçlarının kendilerine belirli bir güven duygusu verdiğini ve böylece kendilerine yönelik risk ve tehlikeleri göz ardı ettiklerine ilişkin tespitinin de incelenmesi gerekir. Zira yukarıda bahsedildiği gibi; kişinin kendisinin de neticenin gerçekleşmesi ile zarar görme ve yaralanma ihtimalinin bulunduğu durumlar, isteme unsuru açısından failin neticeyi kabullenmediğine ve her şeyin iyi gideceğine dair güvenini gösteren bir indikatör olarak değerlendirilmektedir.¹⁰⁵ Olası kastın kabulü için öncelikle bu hususun çürütülmesi ve aksinin ortay konması gerekmektedir. Eyalet Mahkemesinin, faillerin kapsamlı tekniklerle donattıkları arabalarında güvenli hissettikleri yönündeki bir genel tecrübe kuralının varlığını kabul etmek mümkün değildir. Böyle bir genel tecrübe kuralı bulunmamaktadır.¹⁰⁶ Eyalet Mahkemesinin kararındaki diğer bir çelişki ise H. ’nın arkadaşı K. ’nın

¹⁰³ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441 vd.

¹⁰⁴ JÄGER, JA 2018, s. 471; Ayrıca bkz. JÄGER, JA 2017, s. 787 vd.

¹⁰⁵ Bkz. s. 18.

¹⁰⁶ JÄGER, JA 2018, s. 470 vd.; aynı yönde HÖRNLE, NJW 2018, s. 1576

yaralanması ile ilgili tespitidir. Mahkeme kararında bir taraftan faillerin kendilerine yönelik tehlikeyi görmezden geldikleri belirtilirken, diğer taraftan faillerin yan koltukta oturan sürücünün arkadaşı K'nın yaralanmasını göze aldıkları ileri sürülmektedir.¹⁰⁷

Doktrinde *Puppe*, faillerin böyle yüksek bir kaza tehlikesine yol açarak “akılsızca” (*unvernünftig*) davrandıklarını belirtmektedir. Yazara göre olayda failler bir kazanın gerçekleşmesini istememişlerdir. Ancak fail, aklı başında bir insanın yapmayacağı böylesine büyük, apaçık ve kontrol edilemeyecek başkasını tehlikeye atan bir davranışa kalkışıyorsa, neticeyi istemiş gibi kabul edilmelidir. *Puppe*'ye göre, olaydaki büyük, apaçık ve kendileri açısından kontrolsüz kaza tehlikesi göz önüne alındığında faillerin artık her şeyin iyi gideceğine güvendiklerinden söz edilemez.¹⁰⁸

Federal Yüksek Mahkeme, ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş olsa da, Eyalet Mahkemesinin olayda tekrardan olası kastın varlığını kabul etmesinin önünü tamamen kapatmamıştır. Ancak bunun için ilk derece mahkemesinden faillerin neticenin gerçekleşmesiyle kendilerinin de zarar göreceklarini görmezden geldiklerini ve kazanın meydana geldiği kavşağa girmeden önce başka insanları tehlikeye sokmayı göze aldıklarını tespit etmesi gerekmektedir.¹⁰⁹ Federal Yüksek Mahkemenin Hamburg'da gerçekleşen bir olayında ilk defa bir failin kasten öldürmenin nitelikli halinden (cinayetten) sorumlu tutulduğu kararı onaylaması da Berlin'deki yasa dışı araba yarışında faillerin olası kast ile hareket ettiklerinin kabulünün hala mümkün olabileceğini göstermektedir.¹¹⁰ Federal Yüksek Mahkemenin bozma kararından sonra yapılan yeniden yargılama sonucunda Berlin Eyalet Mahkemesi 26.03.2019 tarihinde verdiği kararda, önceki kararında olduğu gibi, olası kastın varlığını kabul ederek, failleri tekrar kasten öldürmenin nitelikli halinden (cinayet)

¹⁰⁷ JÄGER, JA 2018, s. 471.

¹⁰⁸ PUPPE, ZIS 2017, s. 441.

¹⁰⁹ HÖRNLE, NJW 2018, s. 1578.

¹¹⁰ Burada kısaca Hamburg'daki yasa dışı araba yarışındaki olayın meydana gelişine kısaca yer vermek gerekmektedir. Bu olay, Berlin'deki olaydan bazı noktalardan ayrılmaktadır. Hamburg Eyalet Mahkemesi 2018 Şubat ayında verdiği kararda faili cinayet ve cinayete teşebbüsten dolayı müebbet hapse mahkum etmişti. Olayda fail Mayıs 2017'de, alkollü olarak ve çaldığı taksi ile polisten kaçmaktadır. Fail, gidiş yönünün tersinden giderken aracın kontrolünü kaybederek 130 km/h hızla karşı yönden gelen bir başka taksi ile çarpışmıştır. Karşı taksidedeki bir kişi olay yerinde hayatını kaybetmiş, olayda iki kişi de ağır yaralanmıştır. Federal Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını 01.03.2019 (4 StR 34/18) tarihli Kararı ile kararı onamıştır.

sorumlu tutup müşterek fail olarak mahkum etmiştir. Basına yansıyan haberlere göre Eyalet Mahkemesi yeni kararında, faillerin “önemsiz sebepten dolayı kişilerin hayatlarıyla oynadıklarına”, faillerin, sadece kendilerini düşündüklerine ve düşüncesiz olduklarına” ve “araçlarını da taparcasına sevdiklerine” vurgu yapmıştır.¹¹¹

Eyalet Mahkemesinin bu kararının Federal Yüksek Mahkemece onaylanıp onaylanmayacağını hep beraber göreceğiz. Bu çalışmanın tamamlanması aşamasında Eyalet Mahkemesinin gerekçeli ikinci kararı henüz yayınlanmamıştı. Bu nedenle Eyalet Mahkemesinin kararının Federal Yüksek Mahkemenin bozma gerekçelerini karşılayıp karşılamadığı hususu çalışmada değerlendirilememiştir.

Ayrıca belirtelim ki, Federal Yüksek Mahkeme, Berlin Eyalet Mahkemesinin kararını bozduğu aynı gün 20 yaşındaki bir sanık hakkında benzer bir olayda taksirle ölüme neden olmadan kurulan bir ilk derece mahkeme kararını da bozmuştur.¹¹²

Berlin yasadışı araba yarışı olayı öldürme kastının, özellikle de kasttaki isteme unsurunun, ispatının ne kadar zor olduğunu açıkça göstermektedir. Zira faillerin her şeyin iyi gideceğine güvenip güvenmediklerini tespit etmek için faillerin kafasının içine bakmak mümkün değildir.¹¹³ Alman kanun koyucu artan yasadışı araba yarışlarından dolayı, 2017 yılında yasadışı araba yarışlarıyla ilgili olarak Ceza Kanununa §. 315d hükmü ile yeni bir suç tipi eklemiştir. Yasadışı araba yarışlarında kastın ispatındaki zorluk nedeniyle eklenen § 315d hükmü, özellikle de 5. fıkrasında netice sebebiyle ağırlaşmış halinde kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi durumunda on yıla kadar hapis cezasının öngörülmesi, doktrinde yerinde bir düzenleme olarak karşılanmıştır.¹¹⁴ Alman kanun koyucunun bu düzenlemesi ile ileride gerçekleştirilecek olan yasadışı araba yarışlarında öldürme kastının ispatı artık çok problemlili olmasa da, objektif olarak tehlikeli olan fillerdeki olası kast - bilinçli taksir ayırımına ilişkin problem tartışmalı olarak kalmaya devam etmektedir. Olası kastın ispatındaki zorluk nedeniyle Alman doktrinindeki bazı yazarlar çözüm olarak klasik kast

¹¹¹ Bu konuda bkz. <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffdstraf%2F2019%2F415202.htm&pos=1&hlwords=on>, erişim tarihi 26.02.20.

¹¹² Federal Yüksek Mahkemenin, 01.03.2018 tarihli Kararı: DAR 2018, s. 377.

¹¹³ STERNBERG-LIEBEN/SCHUSTER, in: Schönke/Schröder, 24. Bası, § 15 StGB, Kn. 80; ayrıca bkz. PERRON, in: Nishihara FS, s. 145 vd.

¹¹⁴ Bkz. JÄGER, JA 2018, s. 471; PUPPE, ZIS 2017, s. 443 vd..

ve taksir şeklindeki ikili ayrımın yerine, özellikle de objektif tehlikeli fiiller açısından, Anglosakson Hukukundaki “kayıtsızlık” (recklessness) şeklinde üçüncü bir kategorinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadırlar.¹¹⁵

Berlin’deki olay, Alman Ceza Kanunu 15. ve 16. paragraflarının ya çok ağır ya da çok hafif olduğunu göstermiştir. Çünkü tüm kast çeşitlerini eşit gördüğü için fazla ağırdır; bilinçli taksirde ceza artırımı kabul etmediği için de fazla hafiftir.¹¹⁶ Çünkü, kanundaki söz konusu düzenlemelere göre, burada tartışılan olayda taksirin kabul edilmesi halinde faile verilebilecek ceza en fazla 5 yıla kadar hapis cezasıdır; olayda kastın kabul edilmesi halinde ise ömür boyu hapis cezasına kadar giden bir ceza verilebilmektedir.

III. Kast ve Taksir Ayrımına İlişkin Türk Uygulamasından Örnekler

Alman hukukuna ilişkin incelemeler olası kastın ispatının, özellikle de isteme unsurunun, uygulamada ne kadar zor olduğunu göstermektedir. Konu bu yönü itibarıyla Türkiye’deki uygulamanın ele alınması gerektirmektedir. Ancak ilk önce olası kast ve bilinçli taksirin kanuni tanımları kısaca ortaya konacaktır. Olası kastın tanımının Türk Ceza Kanununa alınmasının gerekçesi olarak, TBMM Alt Komisyonunda, genel kast, bilinçli ve bilinçsiz taksir tanımlarının kanuna alınması gösterilmiştir.¹¹⁷

Türk Ceza Kanununun 21. maddesinin 2. fıkrasına göre; “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır.*” Bu tanımla, Türk kanun koyucunun olası kastın tanımına isteme unsurunu almaktan imtina ettiği görülmektedir. Ancak bu durum olası kastı bilinçli taksirden ayırmayı oldukça zorlaştırmakta ve birtakım problemleri de beraberinde getirmektedir. Ceza Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrasında ise bilinçli taksir şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde*

¹¹⁵ Bkz. HÖRNLE, NJW 2018, s. 1578; BOZBAYINDIR, s. 275 vd.; KARAASLAN, s. 240.

¹¹⁶ WALTER, NJW 2017, s. 1352.

¹¹⁷ TCK Tasarısı ile ilgili olarak TBMM Adalet Komisyonu bünyesinde yürütülen çalışmalara akademisyen olarak katılan ÖZGENÇ (Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, s. 266), bilinçli taksire ilişkin bir hükmün Tasarıya eklenmesinin doğru olmadığını belirtmesine rağmen, Adalet Alt Komisyonunda bu hükmün Kanun metninde muhafazasının kabul edildiğini belirterek, “şayet ‘bilinçli taksir’ konusunda Kanuna bir hüküm konulacaksa, olası kast konusunda da konması gerektiği yönünde bir itirazda” bulunduğunu, itirazı üzerine Alt Komisyonunda Kanun metninde olası kast konusundaki hükmün konmasının kabul edildiğini belirtmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 170; YILDIZ, s. 35 orada dipnot 93.

bilinçli taksir vardır.” Bilinçli taksirin bu tanımında, olası kasttan farklı olarak isteme unsuruna (neticenin istenmemesi) yer verilmiştir. Olası kastta ayırıcı bir unsura yer verilmediği için iki kavramın birbirinden ayrılmasında belirsizlikler söz konusu olmaktadır.¹¹⁸ Olası kastın bu şekildeki tanımı nedeniyle bilinçli taksirin bulunduğu olayların olası kasta dahil edilmesi tehlikesi bulunmaktadır.¹¹⁹

Türk kanun koyucu madde gerekçesinde bu ayırımın zorluğunu gidermeye çalışmıştır. Maddenin gerekçesi şu şekildedir: “*Olası kast durumunda suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, kişi fiili işlemektedir. Diğer bir deyişle, fail unsurların meydana gelmesini kabullenmektedir.*”¹²⁰ Buna göre fail neticenin gerçekleştirmesini öngörmesine rağmen hareketine devam ederse ve neticeyi kabullenirse olası kast ile hareket etmiştir. Böylece olası kastın isteme tarafında “kabullenmek” aranacaktır.¹²¹ Buna rağmen Türk doktrininde ayırım probleminin gerekçedeki bu açıklama ile çözülemeyeceği ileri sürülmektedir.¹²² Çünkü sadece suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden kabullenmenin bulunduğu sonucuna varılamaz. Bu sorun ancak sistematik bir yorumla giderilebilir. Şöyle ki, 21. madde 1. fıkrasındaki kastın temel tanımında isteme unsuruna yer verilmiştir. Böylece sistematik bir yorum yaptığımızda, kastın bir çeşidi olan olası kastın da aynı şekilde bir isteme unsuru içerdiği sonucuna varılabilir.¹²³ Doktrinde olası kastın kanuni tanımına isteme unsurunun eklenmesi konusunda görüşler vardır.¹²⁴ Doktrinde sonuç olarak TCK’daki olası kast tanımını, Alman

¹¹⁸ SÖZÜER, ZStW 119 (2007), s. 721; ROXIN/ISFEN, GA 2005, s. 235; YILDIZ, s. 34 vd.; KOCA/ÜZÜLMEZ, s.170 vd. Ancak KOCA/ÜZÜLMEZ’e göre (s. 170), “ileride yapılacak bir değişiklikle, bilinçli taksire ilişkin tanım Kanundan çıkartıldığında, mevcut olası kast tanımı hiçbir boşluk doğurmayacaktır.”

¹¹⁹ YILDIZ, TCK, s. 36.

¹²⁰ Bkz. TBMM, Dönem: 22, Yasama Yılı: 2, Sıra Sayısı: 664, s. 448 vd.

¹²¹ KARAASLAN, s. 227: “Ancak bu, fail tarafından öngörülmesine rağmen arzu edilmeyen her türlü neticenin olası kastın kapsamı dışında kalması demek değildir; zira isteme unsuru günlük dildeki arzu etme veya hoşuna gitme demek değildir, aksine sadece ve sadece hukuki anlamda bir kabullenme demektir.”

¹²² YILDIZ, s. 35 vd.

¹²³ ROXIN/ISFEN, GA 2005, s. 234 orada dipnot 34.

¹²⁴ İlgili kanun maddeleri ile ilgili değişiklik önerisi için bkz. ROXIN/ISFEN, GA 2005, s. 235: **Madde 21 f. 2 Cümle 1:** “Bir kimse, suçun kanuni tanımında yer alan unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlerse, eğer fail neticeyi göze almışsa, olası kast vardır.” **Madde. 22 f. 3:** “Fail tarafından meydana gelmesi öngörülmüş, ancak

doktrinindeki teoriler ışığında değerlendirdiğimizde, TCK'nın bilme ve risk teorilerinden ziyade - her ne kadar madde metnine tam olarak geçirilememiş olsa da - Alman doktrinindeki isteme teorilerine yaklaştığı söylenebilir.¹²⁵

Alman Ceza Kanunundan farklı olarak Türk Ceza Kanununda olası kastın varlığı halinde doğrudan kasta göre zorunlu ceza indirimi (m. 21 f. 2) ve bilinçli taksir halinde bilinçsiz taksire göre zorunlu ceza artırımı (m. 22 f. 3) kabul edilmiştir.

Yargıtay'ın süre gelen içtihatlarında olası kast bilinçli taksir ayrımı şu şekilde ifade edilmektedir: “*Gerek olası kast, gerekse bilinçli taksirde netice fail tarafından öngörülmektedir. Bilinçli taksirde, öngörülen neticenin gerçekleşmeyeceği ümit edilmekte, olası kastta ise bu netice fail tarafından göze alınmakta ve kabullenilmektedir. Olası kastta fail öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenerek, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almazken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörmesine rağmen, şansa veya başka etkenlere, hatta kendi bilgi veya becerisine güvenerek öngörülen sonucun gerçekleşmeyeceği inancıyla hareket etmektedir.*”¹²⁶ Yargıtay bu kriterlere diğer birçok kararlarında da yer vermiştir.¹²⁷

Yargıtay'ın bu kriterleri, temelde Alman Federal Yüksek Mahkemesinin takip ettiği razı olma teorisine (Billigungstheorie) ve doktrinindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisine (Ernstnahmetheorie) karşılık gelmektedir.¹²⁸ **Bozbayındır**'a göre Yargıtay, olası kastın kabulü için isteme tarafında neticenin kabul edilmesini aradığı için razı olma teorisine (Billigungstheorie) yaklaşmıştır; ancak uygulamada failin neticeyi içsel olarak arzu edip etmediğine pek bakılmamaktadır.¹²⁹

Yine de Türk uygulaması bazı noktalarda Alman uygulamasından ayrılmaktadır. Alman uygulaması olası kastın bilme tarafında, failin neticenin meydana gelmesinin öngörülmesi; isteme tarafında ise, failin neticenin meydana gelmesini göze almasını ve kabullenmesini aramaktadır. Bilinçli

gerçekleşmeyeceğine güvenilmiş bir netice meydana gelirse, bilinçli taksir vardır.”

¹²⁵ Ayrıca bkz. KARAASLAN, s. 224

¹²⁶ Bkz. CGK, 23.09.2014, E. 2014/1- 314, K. 2014/389.

¹²⁷ Bkz. CGK, 07.06.2011, 54-120; CGK 06.07.2010, 51- 162); CGK. 31.03.2015, E. 2014/619, K. 2015/80; CGK. 07.11.2017; E. 2017/860, K. 2017/454.

¹²⁸ Bkz. BOZBAYINDIR, s. 339 vd.

¹²⁹ BOZBAYINDIR, s. 384.

taksirde ise öngörülen neticenin gerçeklemeyeceği ümit edilmektedir. Alman doktrinindeki ağırlıklı görüşten ve Alman uygulamasından farklı olarak Yargıtay failin neticenin gerçekleşmeyeceğine sıkı bir şekilde güvenmesini (fest vertrauen) aramamaktadır. Alman doktrininde “**ümit etmek**” (hoffen) ve “**güvenmek**” (vertrauen) kavramlarının aynı şey olmadığı ve arasında fark bulunduğu belirtilmektedir. Alman doktrinine göre; neticenin meydana gelmesini ciddiye alan ve her şeyin yolunda gideceğine (bir şey olmayacağına) güvenmeyen fail, yine de şansının yaver gideceğine ve hiçbir şeyin olmayacağını ümit etmeye devam edebilir. Buradaki „**ümit etmek**“, işi “**oluruna bırakmak**” (Daraufankommenlassen) olarak anlaşılmalıdır ve olası kastın varlığını engellemez.¹³⁰ Ancak bu konuda Yargıtay, kavramlar arasında herhangi bir ayrıma gitmemektedir. Diğer taraftan Yargıtay, failin, neticenin meydana gelmemesi için önlem alıp almamasını da olası kast bilinçli taksir ayırımında bir kriter olarak kabul etmektedir. Böylece Yargıtay’ın, neticeyi önleme teorisini (Vermeidungstheorie) de dikkate aldığı söylenebilir. Ancak bu teorisinin takip edilmesi uygulamada zorluklara yol açabilir; zira failin her olayda neticeyi önlemeye yönelik hareketlerde bulunma imkanı olmayabilir.

1. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 05.10.2010¹³¹ Tarihli Kararı

Türkiye’de kişilerin yaralanması ve ölümüyle sonuçlanan trafik kazalarının sayısının fazla olması sebebiyle, Türk uygulamasında bu gibi olaylarda olası kast - bilinçli taksir ayrımı sıkça tartışılmaktadır.

Yargıtay’ın 05.10.2010 tarihli kararına esas teşkil eden olayın oluş şeklinde ilk derece mahkemesi ve Yargıtay hemfikirdir. Olayın meydana geliş şekli özet olarak şu şekildedir:

Sanık Y. ve kız arkadaşı, otomobil ile yolda seyir halindedir. O sırada A. ve kuzeni B. A’nın kullandığı motosiklet ile karşı yönden gelmektedir. A. olayın gerçekleştiği sırada 18 yaşının altındadır. İki araç yolda karşılaştıkları sırada Y., A. ve B.’nin kendisine el hareketi yaparak bir şey söylediğini görür. Y. bu hareketi küfür olarak algılar ve U dönüşü yaparak motosikletin peşine düşer. Kısa süre sonra motosiklete yetişir ve motosikletin önüne geçip sağ şeritte iyice yavaşlayarak motosiklettekilere durmaları için işaret eder. Bunun üzerine A. ve B. paniğe kapılır ve A. hızını artırarak sol şeritten kaçmak ister. Y., A. ve B.’nin kaçmalarını engellemek için otomobilinin önünü sol

¹³⁰ ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 27; BOZBAYINDIR s. 152.

¹³¹ CGK, 05.10.2010, E. 2010/1-132, K. 2010/183.

şeride kırar ve bunun üzerine motosiklet otomobilin arka sol tarafına çarparak yolun sol tarafına doğru şarampole kayıp devrilir. A. ağır yaralanır. B. de yaralanır. Sanık Y., A.'yı kendi aracına alıp ambulansı beklemeden yola çıkar ve yolda karşılaştığı ambulansa A.'yı devreder. Tüm müdahalelere rağmen A. kurtarılamayarak hayatını kaybeder.

Yerel mahkeme olayda, haksız tahrik altında olası kastla öldürmekten dolayı faili TCK m. 82/1-e, 21/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca 15 yıl hapis cezasına mahkum etmiş, Yargıtay ilgili ceza dairesi de yerel mahkemenin bu kararını onamıştır. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının Y.'nin bu şekilde gerçekleşen eyleminin olası kastla öldürme değil, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet verme suçunu oluşturduğu gerekçesiyle karara itiraz etmesi üzerine, konu Yargıtay Ceza Genel Kurulu önüne gelmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itiraz gerekçesi şu şekildedir: *“Somut olayda olduğu gibi bilinçli taksirde failin sonucu öngörmüş olmasının olası kast olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği sonucu ortaya çıktığından her iki eylemin karşılaştırılması gerekmektedir. Olası kastta fail neticeyi öngörmekte, ancak amacına ulaşmak onun için çok önemli olduğundan ‘olursa olsun’ demektedir. Bilinçli taksirde ise fail neticeyi öngörmekte, ancak sonucun meydana gelmeyeceği kanaatiyle veya fiili icra sırasında göstereceği maharet ya da çaba ile neticenin doğumunu önleyeceği inancıyla hareket etmektedir. Somut olayda ise sanık Y. maktul A.'nın kullandığı motosikleti sollayarak önüne geçmesi maktulün motosikleti sol şeride sürmesi ve sanığın da sol şeride geçerek önüne geçmesi olayında, sanık maktulün motosikletinin kendi arabasına çarpabileceğini ve bu sonucun meydana gelebileceğini öngörmektedir. Ancak kendi maharetine güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğiyle inancıyla hareket etmektedir. Dosyada sanığın sonuçta ölürse ölsün mantığıyla hareket ettiğine ilişkin bir delil yoktur. Anlatılan sebeplerle sanığın eylemi olası kastla insan öldürmek suçunu değil, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu oluşturmaktadır.”*

İtirazı inceleyen Ceza Genel Kurulu önce kast ve taksir ayırımına ilişkin süreklilik arz eden içtihadını tekrar ettikten sonra itiraz konusu olayı ele almıştır.

Ceza Genel Kuruluna göre; *“basit taksirde, failin neticeyi bir dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali sebebiyle öngörememesi söz konusu iken, bilinçli taksirde fail neticeyi öngörebilmesine ve olası kasttan farklı olarak bu neticeyi kabullenmemesine rağmen, yanlış bir öngörü ile neticenin*

meydana gelmesini engelleyebileceğini ya da neticenin gerçekleşmeyeceğini zannetmektedir. Başka bir deyişle neticeyi öngörmekle birlikte, neticenin meydana gelmeyeceği yönünde yanlış bir öngörüye sahiptir. Objektif özen yükümlülüklerine aykırı davranmasından ortaya çıkabilecek neticeyi kendi yetenekleriyle engelleyebileceğini zannetmekte veya neticenin meydana gelmemesi yönünden şansına güvenmektedir.”

Yargıtay’a göre olası kastta fail suçun kanuni tanımında yer alan unsurlardan birisinin somut olayda gerçekleşebileceği öngörülmesine rağmen, fiili işlemektedir. Başka bir ifade ile fail, “*muhtemelen değil ama büyük olasılıkla gerçekleşecek olan neticenin meydana gelmesini kabullenmekte, göze almaktadır. Olursa olsun demektir. Neticeyi bertaraf etmek için özel bir çaba göstermemektedir.*”

Özet olarak Ceza Genel Kuruluna göre, “*muhtemelen görünen neticenin failce bilinmesi halinde doğrudan kast, öngörülen olası neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalınması durumunda olası kast, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesinin istenmemesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmek suretiyle neticenin meydana gelmesinin engellenemediği ahvalde bilinçli taksir, öngörülebilen neticenin objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket edilmiş olması sebebiyle öngörülemeyen hallerde ise basit taksir söz konusu olacaktır.*”

Ceza Genel Kurulu’na göre karara esas teşkil eden olayda, “*kendisine küfür edildiğini düşünen sanık, bunun nedenini sormak için motosikletin peşine düşmüş, önüne geçmiş, yavaşlayarak ve işaret ederek motosikleti durdurmak istemiştir. Bu amaçla, öncelikle sağ şeritte önlerinde yavaşlamış, sonra durmaları için işaret etmiş, buna rağmen durmayarak sol şeritten kaçmaya çalışmaları üzerine de arabasını sol şeride kırmıştır. Burada sanığın doğrudan yaralama veya öldürme kastı ile hareket etmediği açık ise de; sanık, karayolunda seyreden bir otomobil sürücüsünün yapması gereken normal davranış biçimlerini terk etmiş, adeta otomobilini maktul ve arkadaşının bulunduğu motosikleti durdurmak için bir alet olarak kullanma yolunu seçmiş, bu suretle de gerek kendisi için, gerek motosiklet için, gerekse karayolunu kullanan diğer araç ve kişiler için tehlikeli sonuçlar doğuracak şekilde hareketler sergilemiş, bunu yaparken de otomobilinin önünü motosikletin kaçış yönüne kırmakta bir beis görmemiştir. Dolayısıyla da, ısrarla gerçekleştirdiği eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmüş ve bu hareketinin neticesini kabullenmiştir; başka bir deyişle “olası ölüm neticesine” kayıtsız kalmış, “olursa olsun” demiştir.” Bu gerekçeye dayanarak Yargıtay Ceza Genel*

Kurulu, olayda olası kastı kabul etmiş ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının olayda bilinçli taksir olduğuna dair itirazının reddine karar vermiştir. Ayrıca Genel Kurulu, olayda sanık tarafından “küfür” olarak algılanan hareketin sanık yönünden “haksız tahrik” oluşturacağı ve haksız tahrik hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay’ın bu kararı öncelikle, kastın bilme unsuru açısından incelenmelidir; ancak olayda bu unsurun varlığı oldukça şüpheli gözükmektedir. Mağdurun motosikleti ile sol şeritten kaçmaya çalışması üzerine, failin arabasını sol şeride kırmada ortada kasıtlı ve tehlikeli bir hareket bulunduğuna dair şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu, yine de olayda yaralama kastının (Verletzungsvorsatz) var olduğu anlamına gelmemektedir. Bu açıdan incelenmesi gereken ilk husus failin hareketi yaparken neticeyi öngörüp öngörmediğidir. Kanaatimizce olayda failin, hareketinin ölüm ile sonuçlanacağını öngördüğünü ve bunu ciddi olarak mümkün gördüğünü (ernstlich für möglich halten) söylemek zor gözükmektedir. Uygulamada kastın bilme unsuruna ilişkin kapsamlı bir araştırmadan sonra karar verilmelidir.¹³² Normal bir kişinin bilmesi gerekenler değil; failin olay anındaki mevcut bilgisi ortaya konmalıdır.¹³³ Bu olayda da failin başka bir kişinin yaralanmasını veya ölümünü mümkün olarak görüp görmediği daha fazla araştırılıp açıklığa kavuşturulmalıydı. İlk derece mahkemesinin failin şeridi değiştirip frene bastığı anda failin bilgisinin ne durumda olduğunu belirlemeyi ihmal ettiği görülmektedir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu da ilk derece mahkemesinin bu konudaki eksikliğini eleştirmemiştir. Bu eksikliğin tespit edilip dosyayı ilk derece mahkemesine göndermek yerine Yargıtay’ın dosya içeriğine dayanarak olayı kendisi yeniden canlandırıp değerlendirmeyi tercih ettiği görülmektedir. Kanaatimizce; Alman doktrinindeki görüşler ışığında olayı incelediğimizde olayda netice fail tarafından öngörülemeyi için bilinçsiz taksirin varlığı kabul edilebilecekken, Yargıtay Ceza Genel Kurulu olası kastın varlığını kabul etmiştir.

Olayda ölüm neticesi fail tarafından öngörülmeyi için olası kastın varlığını kabul etmek mümkün görünmemektedir. Bunun dışında Ceza Genel Kurulunun kararı bazı çelişkiler de içermektedir. Bir yandan kast ve taksir ayırımında failin neticenin meydana gelmemesi için önlem alıp almadığı ayırıcı kriter olarak sayılırken, failin, çarpışmadan sonra mağduru kendi

¹³² HEINRICH, AT, § 12 Kn. 269.

¹³³ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441.

aracına alıp ambulansa götürmesi şeklindeki neticenin meydana gelmemesi yönündeki çabası kararda dikkate alınmamıştır. Zira bu durum, failin neticeyi kabullenmediğine dair bir indikatör olarak görülebilir. Diğer bir eleştiri noktası ise - kararda da bahsedildiği gibi - fail kendisini ve kendisine yakın olan bir kişiyi tehlikeli bir duruma sokmuştur. Bu husus da failin neticeyi kabullenmediğini, neticeyi öngördüğü varsayılsa bile olası kastla hareket etmediğini gösteren bir durum teşkil etmektedir. Bu husus da kararda dikkate alınmamıştır. Diğer taraftan Türkiye’de trafikte bu tarz düşüncesiz (rücksichtslos) hareketler nedeniyle oldukça fazla kazalar meydana geldiği gözden uzak tutulmamalıdır. Buna tepki olarak mahkemeler ağır cezalar verme eğilimindedir. Ancak bu tarz olaylarda yeterli araştırma yapılmadan olası kastın kabulü de doğru değildir. Her halükarda, münferit olayla ilgili durumların esaslı ve özenli bir şekilde araştırılıp tespit edilmesinde ilk derece mahkemeleri gibi Yargıtay uygulamasında da eksiklikler bulunduğu gözlenmektedir.

2. Ceza Genel Kurulunun 23.09.2014¹³⁴ ve 25.03.2014¹³⁵ Tarihli Kararları

Aşağıda inceleyeceğimiz iki olayın oluş şekillerinin birbirine benzemesi sebebiyle, kararlar birlikte ele alınacaktır. İlginç bir şekilde her iki karar da aynı yılda verilmiştir. İlk olayda fail doldurduğunu unuttuğu av tüfeğini maktulün bacağına doğrultup tetiğe basmıştır. Tüfeğin ateş alması sonucu yaralanan mağdur, hastaneye kaldırılırken ölmüştür. İkinci olayda ise fail tabancayı mağdura şaka amaçlı doğrulttuğu sırada tabancanın bir kez ateş almasıyla kişinin yaralanmasına sebebiyet vermiştir. Ateşli silahlarla ilgili bu şekildeki vakıalar Türkiye’de oldukça sık meydana gelmektedir.¹³⁶ Her iki olayda da failer silahı ateşlemek istememişlerdir. Ancak riskli hareketleri nedeniyle olayda kasten mi yoksa taksirle mi hareket ettikleri sorunu gündeme gelmektedir.

23.09.2014 tarihli karara esas teşkil eden olayın meydana geliş şekli özetle şu şekildedir:

Sanık ile maktul birlikte çobanlık yapmaktadırlar. Aynı zamanda da birbirleriyle akrabadırlar. Her iki aile arasında başkalarına ait olup sahipleri

¹³⁴ CGK, 23.09.2014, E. 2014/1-314, K. 2014/389.

¹³⁵ CGK, 25.03.2014, E. 2012/3-1496, K. 2014/135.

¹³⁶ Bkz. CGK, 22.05. 2012, E. 2011/1-480, K. 2012/207; 1. CD. 13.04.2015, E. 2014/663, K. 2015/2219.

tarafından kullanılmayan arazilerde koyun otlatma meselesi nedeniyle anlaşmazlık bulunduğu belirtilmektedir. Sanık ile maktul arasında olay tarihinden otuz gün önce aynı mesele nedeniyle tartışma yaşanmıştır. Ancak aralarındaki anlaşmazlığın husumet doğuracak boyutta olmadığı tanık beyanlarından anlaşılmaktadır.

Olay günü sanık, maktul ve tanık S. arazide koyun otlatmaktadırlar. Yaktıkları ateşin başında iken, sanık maktulün yakasından tutup, daha önceden de yaptığı şakalar gibi, “ateş edeyim mi” diyerek, omzunda asılı tüfeğini indirerek çapraza almıştır. Bunun üzerine maktulün; “fişek vardır beni vurursun”, tanığın da; “mermi olabilir” şeklindeki uyarılarına rağmen sanık, “tüfekte fişek yok” diyerek tetiğe basmıştır. Ancak tüfek boş değildir; silahın ateşlenmesi sonucu maktul bacağından ağır bir şekilde yaralanır. Sanığın tetiğe bastığı sırada aralarındaki mesafe iki metreden azdır. Sanık kemeri ile maktulün bacağına bağlayıp tanık S.’yi yardım çağırmaya gönderir. Hastaneye doğru yola çıkarılan maktul tüm müdahaleye rağmen hastaneye ulaştırılmadan hayatını kaybeder.

İlk derece mahkemesi sanık hakkında olası kastla öldürmeden (TCK m.82 f. 1-e ve m. 21 f. 2) hüküm kurmuştur. Yargıtay **1. Ceza Dairesi** ise, eylemin bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturduğu gözetilmeden, suç vasfında yanılıya düşülerek “olası kastla öldürme” suçundan hüküm kurulduğu gerekçesi ile ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar vermiştir. Ceza Dairesine göre; sanığın, boş olup olmadığını kontrol etmeden, ancak boş olduğuna inanarak av tüfeği ile ateş etmesi göz önüne alındığında eylem “bilinçli taksirle öldürme” suçunu oluşturmaktadır.¹³⁷

Olayda kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiğinden bahisle, **Ceza Dairesinin iki üyesi** karşı oy kullanmıştır. İki üye gerekçe olarak şu hususu ileri sürmüşlerdir: “*Sanığın dolu olan av tüfeğinin tetiğine iradi olarak bastığı, dairemizin yerleşik içtihatlarına göre av tüfeği ile yakın mesafeden bacağa toplu saçma girişi meydana getirecek şekilde atış yapılması halinde muhakkak olan ölüm neticesinin gerçekleşeceğinin sanık tarafından bilinmesi gerektiği, nitekim maktulün ‘femoral arter ve ven’ yaralanmasından ileri gelen dış kanamadan oluşan şok nedeni ile öldüğü, bu durumda silahın etkili mesafeden vahim sonuçlar meydana getirmeye elverişli olması, atış mesafesi ve meydana gelen yaraların nitelikleri birlikte değerlendirildiğinde, sanığın eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik*

¹³⁷ 1. CD, 28.12.2012, E. 2010/7384, K. 2012/10146.

olduğunun kabulüyle kasten öldürme suçundan mahkumiyeti gerektiği. ...”

İlk derece mahkemesinin ilk kararında direnerek olayda olası kast olduğundan bahisle yeniden aynı yönde hüküm kurması üzerine, uyuşmazlık Ceza Genel Kurulu önüne gelmiştir. İlk derece mahkemesi direnme kararında Yargıtay 1. Ceza Dairesi’ndeki iki üye gibi av tüfeği ile ateş edilen mesafeye değinilmiştir. Buna göre: *“Sanığın öldürücü niteliğe sahip, içinde çok sayıda saçma tanelerinin bulunduğu fişek olan av tüfeği ile etkili mesafeden maktulün bacağına ateş ettiğinin, ateş sonucu maktulün ağır yaralanacağıının, saçma tanelerinin atış mesafesine göre bacak bölgesinde parçalayıcı bir etki doğuracağıının, ciddi kan kaybına neden olabilecek arterde hasar oluşturacağıının, olay yerine ve sağlık yardımı almak için hastaneye ulaşımındaki zorluk nedeniyle doku ve kan kaybı sonucu ölümün muhtemel olabileceğinin makul herkes tarafından öngörülebilir olduğu, bu öngörüye ve maktulle tanık tarafından uyarılmasına rağmen ateş etmekten vazgeçmeyip öngördüğü neticeyi istememesine rağmen olursa olsun şeklindeki bir niyet ve iradeyle hareket ettiği gözetildiğinde, neticeyi göze aldığı ve kabullendiği, bunun sonucunda maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu kabul edilmelidir.”*

Ceza Genel Kurulu kast ve taksire ilişkin süreklilik arz eden içtihatlarını tekrarladıktan sonra kararında olayın oluş şekline ilişkin şu tespitlerde bulunmuştur: *“Sanık ile maktulün akraba oldukları, birlikte aynı yerlerde çobanlık yaptıkları, her iki aile arasında başkalarına ait olup sahipleri tarafından kullanılmayan arazilerde koyun otlatma meselesi nedeniyle anlaşmazlık bulunduğu, sanık ile maktul arasında olay tarihinden otuz gün önce aynı mesele nedeniyle tartışma yaşandığı, ancak aralarındaki anlaşmazlığın husumet doğuracak boyutta olmadığı, sanık ve ağabeyinin köyde av tüfeği ile dolaştıkları, arkadaşlarına doğrultup şaka mahiyetinde; “seni vururum” dedikleri, bu durumun tedirginliğe yol açtığı, hatta babalarının uyarıldığı ... anlaşılmaktadır.”*

Ceza Genel Kuruluna göre; *“dosya içeriği itibarıyla sanığın maktulü doğrudan öldürmek amacıyla bilerek ve isteyerek hareket ettiğine ilişkin, her türlü şüpheden uzak, somut, yeterli, kesin ve inandırıcı delil bulunmamaktadır.”*

Ancak **Ceza Genel Kurulu** olayda **olası kastla öldürme suçunun** işlendiği sonucuna vararak ilk derece mahkemesinin direnme kararını onamıştır. Genel Kurulun olası kastın kabulüne ilişkin gerekçesi şu şekildedir: *“Kullanılan silahın niteliği, etki alanı, öldürmeye elverişliliği ile atış mesafesi*

gözönünde bulundurulduğunda; olay yerine gelmeden önce doldurduğunu unuttuğunu söylediği av tüfeğini, maktulün ve tanığın av tüfeğinin dolu olabileceği uyarılarına aldirmeden maktulün bacağına doğrultup ateş eden sanığın, saçma tanelerinin maktulün hedef alınan bacağına isabet edebileceğini ve atış mesafesine göre ölümcül bir etki meydana getirebileceğini, olay yerinin sağlık kuruluşlarına uzaklığı gözetildiğinde, hastaneye ve dolayısıyla ölümün mümkün ve muhtemel olduğunu bilmesine rağmen, ateş etmek suretiyle, öngördüğü muhtemel neticeyi istememekle birlikte göze alıp kabullendiği ve sonucunda maktulün ölümüne neden olduğu olayda, eyleminin “olası kastla öldürme” suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir.”

Çoğunluk görüşüne katılmayan **bazı Genel Kurul üyelerine göre olayda olası kast değil, doğrudan kast** bulunmaktadır: “Somut olaya gelince, sanık olay yerine gelmeden önce tüfeğine bizzat kendisi fişek sürmüştür. Olay anında tüfeğin dolu olduğunu bilmektedir. Buna rağmen çok yakın mesafeden, tüfeğin namlusunu maktule yöneltmiş, ölen ve tanık tarafından uyarılmasına rağmen, bilinçli olarak tetiğe basmıştır. Yapılan incelemede, tüfeğin hiçbir arızasının bulunmadığı anlaşılmıştır. Yargıtay I. Ceza Dairesinin yerleşmiş uygulamalarına göre, kısa mesafeden diz ile kalça arasına, (uyuk bölgesi) av tüfeği ile yapılan atışlarla ölüm husule geldiğinde kastı aşan yaralama sonucu ölüm değil, doğrudan kasıtlı öldürme suçunun olduğu kabul edilmektedir. ... öğretide ve uygulamada benimsenmiş tanımlara göre, sanığın olaydaki eylemi doğrudan kasıtlı insan öldürmedir. Yakın mesafeden karşısındaki kişinin diz ve kalça arasını hedef alarak ateş eden sanığın, ‘ben onu öldürmek istememiştim’ şeklindeki savunması dosya içeriği, tanık anlatımı ve hayatın gerçeklerine uygun düşmemektedir. Bu nedenle, sanığın olası kasıtlı değil, doğrudan kasıtlı insan öldürmekten (82/1-e) maddesi gereği cezalandırılması görüşünde olduğumuzdan, olayda olası kasıtlı öldürme suçu vardır şeklindeki sayın çoğunluğun görüşüne katılamıyoruz”

Genel Kurul Başkanı ve bir Genel Kurul Üyesi ise olayda “sanığın içinde fişek bulunduğunu unuttuğu av tüfeğini şaka amacıyla maktulün bacağına doğru tutarak ateş etmesi şeklindeki eyleminin, meydana gelebilecek ölüm sonucu kabullendiğine ilişkin delil bulunmadığından **bilinçli taksirle öldürme suçunu oluşturduğu**” görüşüyle karşı oy kullanmıştır.

Somut olayda öncelikle bilme unsuru sıkıntılı gözükmektedir. Sanık av tüfeğinin boş olup olmadığını kontrol etmeden tetiği çekmiştir. Maktulün ve tanığın uyarılarını dikkate almayıp “tüfekte fişek yok” demiştir. Yargıtay kararında sanığın av tüfeğinin boş olduğuna güvendiğinden değil,

“inandığı”ndan bahsedilmektedir. Ancak kararda failin tüfeğin neden boş olduğuna inandığına ilişkin bir açıklama getirilmemiştir. Fail, av tüfeğinin boş olduğuna inanıyorsa, buradan hareketle neticenin gerçekleşmesini de mümkün gördüğü sonucuna ulaşamaz.

İlk derece mahkemesi ise kararında failin hareketi sonucunda ölüm neticesinin makul herkes tarafından öngörülebilir olduğundan bahsetmiştir. Ancak failin neticeyi öngörüp görmediği hususuna değinilmemiştir. Yukarıda da bahsedildiği gibi¹³⁸ Alman doktrinine göre; neticenin makul bir kişi için öngörülebilir olup olmadığından ziyade, fail tarafından öngörülüp öngörülmediğine bakılmalıdır. Mahkemenin buradaki görevi, failin gerçek bilgisini (tatsächliche Kenntnis), olay anındaki mevcut bilincini (Bewusstsein) araştırıp tespit etmektir.¹³⁹

Olası kast ve bilinçli taksirin isteme tarafı için failin neticenin meydana gelmesini mümkün ve çok uzak görmemesi aranmaktadır. Failin burada potansiyel bilgisi değil, o andaki bilgisi önemlidir.¹⁴⁰

Türk doktrini ve yargı kararlarında kastın fiilin icrası sırasında bulunması gerektiği hususuna yeterince değinilmemektedir. Bu sebeple incelediğimiz olayda, failin olay anındaki kastına (failin tetiği çektiği veyahut önceki kararda failin aracını sol şeride kırdığı ana) bakılmamasına şaşırılmaması gerekir. Bu durum tipikliğin manevi unsurunun tam olarak nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgili oldukça ciddi bir sorundur.¹⁴¹

Fail olayda gereken dikkat ve özeni göstermemiştir. Çünkü silahların kullanımındaki genel kurallara göre, her silah her zaman dolu olarak kabul edilmelidir ve hiçbir şekilde, şaka mahiyetinde de olsa, insanlara doğrultulmamalıdır. Fail bu gerekli dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla davranışının, suçun kanuni tanımında belirtilen neticesini öngörmeyerek hareketi gerçekleştirmiştir. Dolayısıyla burada failin bilinçsiz taksir ile hareket ettiğinin kabulü gerekir.

¹³⁸ Bkz. s. 18 vd.

¹³⁹ KUBICIEL/HOVEN, NStZ 2017, s. 441.

¹⁴⁰ WELZEL, AT, § 13, s. 65.

¹⁴¹ Karaaslan'a göre (KARAASLAN, Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast- Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi, TBBD 2019, s. 232), “Türk öğretisinin eş zamanlılık prensibini henüz tam anlamıyla eserlerine aktarmadığı, halen birçok eserde sonradan oluşan kast veya eklenen kast kavramlarına yer verildiği de görülmektedir.”

Buna göre, Ceza Genel Kurulunun kararı çelişkilidir. Çünkü kararda bir taraftan failin tüfeğin boş olduğuna inandığından söz edilirken diğer taraftan da failin mağdurun ölümünü öngördüğü ve bunu kabullendiği tespiti yapılmaktadır. Neticenin fail tarafından öngörüldüğünün, bunun fail tarafından kabullenildiği sonucuna varabilmek için aşağıdaki iki hususun detaylı ve tam olarak belirlenmesi gerekir.

Kararda failin ve ağabeyinin köyde av tüfeği ile dolaştıkları, arkadaşlarına doğrultup şaka mahiyetinde; “seni vururum” dedikleri, bu durumun tedirginliğe yol açtığından babaları tarafından uyarıldığından bahsedilmektedir. Öncelikle burada failin babası tarafından durumun tehlikeliliği (başkalarına şaka mahiyetinde av tüfeğini doğrultulmasının) hakkında ne derecede uyarıldığının incelenmesi gerekirdi. İkinci olarak da, failin gerçekten mağdurun ve tanıdığın uyarılarına rağmen ciddi olarak tüfeğin boş olduğuna güvenip güvenmediğinin de belirlenmesi gerekirdi. Bu iki hususun belirlenmesinden sonra failin, hareketinden kaynaklanan tehlikeyi öngörüp görmediği de belirlenmeliydi.

Ceza Genel Kurulunun bazı üyelerinin olayda doğrudan kastın bulunduğu yolundaki değerlendirmeleri de yerinde değildir. Olayda sanığın ne tipikliğin (ölümün) gerçekleşeceğine dair kesin bilgisi vardır, ne de mağduru öldürmek amacı ile hareket etmiştir. Mahkemece aksi tespit edilmeyen kendi beyanına göre sanık, tüfeğinin boş olduğunu düşünmektedir. Yukarıda da bahsedildiği gibi, olayımızda sanığın neticenin gerçekleşmesini mümkün olarak görüp görmediği (öngördüğü) de şüphelidir. Aynı şekilde sanığın olayda öldürme maksadıyla hareket etmediği de açıktır. Sadece ateş edilen mesafeden dolayı, sanığın neticenin gerçekleşeceğine dair kesin bilgisi olduğu ve doğrudan kastla hareket ettiği sonucuna varılamaz. Alman doktrinine göre; “kesinlik en yüksek olasılık derecesine eşittir”¹⁴² Sonuç olarak olayda doğrudan kastın varlığı her durumda kabul edilemez.

Yargıtay Ceza Dairesi kararında, olayda irdelenmesi gereken hususun sanığın elindeki av tüfeğini iradi olarak ateşleyip ateşlemediği noktası olduğu belirtilmiştir. Ancak failin av tüfeğini iradi olarak kendi isteğiyle ateşlediği konusunda bir şüphe yoktur. Tetiğin fail tarafından iradi olarak çekilmesi ise kastın bulunduğu anlamına gelmemektedir.

İnceleyeceğimiz **ikinci kararın** oluş şekli ilk karara benzemektedir. Olayın oluş şekli kısaca şu şekilde özetlenebilir. S. ve Ö. 20 yıllık arkadaş ve

¹⁴² ROXIN, Strafrecht AT, § 12 Kn. 20.

15 yıllık komşudurlar. Olay günü S. arkadaşı Ö. ile akşam 19:30 sıralarında karşılaşırlar. S., silahını çekip Ö.'ye yönelterek; "uzun zamandır nerelerdesin, neden görünmüyorsun, senin ayaklarına sıkayım mı" şeklinde konuştuğu sırada elindeki tabanca bir defa patlar ve patlamayla mağdur karın bölgesinden hayati tehlike geçirecek biçimde yaralanır. S., Ö.'yü derhal hastaneye götürür. Ö. ifadesinde, S.'nin kendisine şaka yapmak isterken, istemeden tabancanın tetiğine dokunup yaralandığını, olayın tamamen kaza sonucu olduğunu ve S.'nin onu kasti yaralamadığını beyan eder.

Olayda **ilk derece mahkemesi**¹⁴³ ve **Yargıtay 3. Ceza Dairesi**¹⁴⁴ olası kast ile yaralama suçunu kabul etmiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise olayda olası kasttan değil bilinçli taksirden ceza verilmesi gerektiği düşüncesiyle itiraz kanun yoluna başvurmuştur

Yargıtay 3. Ceza Dairesi üyelerinden biri olayda olası kast değil bilinçli taksir bulunduğu gerekçesi ile karşı oy kullanmıştır. Buna göre; *"Sanıkla mağdur arasında hiçbir husumetin bulunmadığı, sanığın mağduru kasten yaralama veya öldürme kastıyla üzerine doğru ve öldürücü bölgeyi hedef alacak biçimde ateş etmesini gerektirir aralarında hiçbir anlaşmazlık bulunmadığı gibi aksini gösterecek veya belirleyecek dosya içinde herhangi bir delil de olmadığı, olay öncesi ve sonrası dostluk ilişkisinin devam ettiği dosya içindeki tüm beyanlardan bariz biçimde anlaşılmaktadır. Olayın öncesine dayanan dostluk ve arkadaşlık ilişkilerinin olaydan sonra da devam ettiğine göre; mahkemesince 'bilinçli taksir veya olası kasıt' suçlarının oluşup, oluşmadığı tartışılmadan, sanığın kasıtlı biçimde mağduru yaraladığına dair verilen hükmün dosya içinde mevcut delillerle ..." örtüşmemektedir.*

Aynı şekilde **Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı** da, sanık ile mağdur arasındaki dostluk ve arkadaşlık ilişkisi olduğu, sonrasında da bu dostluk ilişkisinin devam ettiği hususunun altını çizmiştir. Yargıtay Başsavcılığına göre, failin mağduru kasten yaralamasını gerektiren hiçbir delil olmadığı gibi, yakın mesafeden öldürücü bölgeye ateş edilmesi bir husumeti gerektirmektedir. Başsavcılığa göre, bu nedenlerle olayda olası kast ile yaralama değil, bilinçli taksir ile yaralama suçu bulunmaktadır.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 25.03.2015 tarihli kararında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının kabul ederek Yargıtay 3. Ceza Dairesinin

¹⁴³ Diyarbakır 3. Asliye Ceza Mahkemesinin 22.1.2008 gün ve 148-34 sayılı Kararı için bkz. Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 8.2.2011 tarih ve 20032-3845 sayılı Kararı.

¹⁴⁴ Yargıtay 3. Ceza Dairesinin 8.2.2011 tarih ve 20032-3845 sayılı Kararı.

08.02.2011 tarihli onama kararının kaldırılmasına, eylemin bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturacağı gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay Ceza Genel Kuruluna göre, sanığın, şaka amaçlı tabancayı doğrulttuğu sırada birden patladığı yönündeki savunmasının aksini gösteren, kasten ateş ettiğini ispatlar nitelikte bir delil bulunmamaktadır. Sanığın, üzerinde taşıdığı tabancayı mağdura şaka amaçlı doğrulttuğu sırada tabancanın bir kez ateş almasıyla mağdurun batın bölgesinden hayati tehlike geçirecek şekilde yaralanması ve sanık ile tanışın mağduru hemen hastaneye götürerek tedavisini yaptırması şeklinde gerçekleşen olayda, sanık ile mağdurun 20 yıllık arkadaş olup aralarında herhangi bir husumet bulunmamaktadır. Ceza Genel Kuruluna göre, sanık içerisinde mermi olan tabancayı mağdura doğrulttuğu sırada ateş alabileceğini ve mağdurun yaralanabileceğini öngördüğü halde öngörülen bu muhtemel neticenin meydana gelmesini istememesine rağmen objektif özen yükümlülüğüne aykırı hareket etmesinden neticeyi engelleyemediği için **bilinçli taksirden** sorumlu tutulmalıdır.

İlk olayda olduğu gibi burada da fail tabancayı şaka amacıyla mağdura doğrultmuştur. Ancak iki olay bazı noktalardan birbirinden ayrılmaktadır. Bu olayda fail ilk olayın aksine tabancanın dolu olduğunu bilmektedir. Fail tabancayı mağdura doğrulttuğu anda aniden silah ateş almıştır.

Olayda fail, tabanca elindeyken şaka amacıyla da olsa gereken dikkat ve özeni göstermemiştir. Burada sorun önceki olaylarla aynı olup failin, kendi davranışının başkalarını tehlikeye atabileceğini ve dolayısıyla tehlikeli neticeyi öngörüp öngörmediğine ilişkindir. Bu olayda da failin tehlikeli neticeyi öngörmüş olmasına şüphe ile yaklaşılması gerekir. Zira tabanca failin elindeyken şaka yaptığı sırada ateş almıştır.

Kanaatimizce olayda olası kastın varlığını kabul etmek pek mümkün görünmemektedir. Zira failin olayda neticeyi kabullendiğini söylemek zordur. Çünkü fail ve mağdur uzun zamandan beri arkadaşlardır ve olay sonrasında da arkadaşlıkları devam etmiştir. Fail mağduru yaralamak istememiş, olaydan hemen sonra da onu hastaneye götürmüştür. Mağdur, sanık hakkında şikâyetçi bile olmak istememiştir. Dolayısıyla bilme unsuru bir tarafa bırakıp isteme unsuru açısından olayı incelediğimizde bile failin burada yaralamayı kabullendiği sonucuna varılamaz. Failin olayda neticeyi öngördüğü sonucuna varılsa - ki bu oldukça zor gözükmektedir - bilinçli taksirin varlığı kabul edilebilir. Ancak olayın oluş şekli daha ziyade failin bilinçsiz taksir ile hareket ettiğini göstermektedir.

Yargıtay içtihatlarında, olası kast - bilinçli taksir ayrımında kriter olarak failin öngördüğü neticenin meydana gelmesini kabullenerek, sonucun meydana gelmemesi için herhangi bir önlem almamasından bahsedilirken, incelediğimiz her iki olayda faillerin neticeyi önlemeye çalışmalarının – birinci olayda kanamayı durdurmak için mağdurun bacağına kemeri ile bağlaması ve yardım çağırması, ikinci olayda mağduru derhal hastaneye götürmesi – Yargıtay tarafından dikkate alınmadığı görülmektedir.

İncelediğimiz Türk mahkeme kararında kast ve taksir ayrımında esas itibariyle silahların objektif tehlikeliliği, atf mesafesi ve fail – mağdur arasındaki husumete değinilmekle yetinilerek, suçun maddi ve manevi unsurlarının tamamının birlikte dikkate alınmadan karar verildiği görülmektedir. Ayrıca incelenen kararlar, uygulamada kast - taksir ayrımına ilişkin bir netlik olmadığını göstermektedir. Alman uygulamasının aksine, Türk uygulamasında isteme unsuru yanında bilme unsuru açısından da sorunlar bulunduğu görülmektedir. Mahkemelerin failin olay anındaki mevcut bilgisi kararlarda yeterince tespit edilmemiştir. Kararlarda olası kast – bilinçli taksir ayrımı açısından isteme unsurunun varlığı ise neredeyse hiç tartışma konusu yapılmamıştır.

Failin silah elindeyken gerekli dikkat ve özeni göstermemesi nedeniyle silahın ateş alması sonucu kişilerin ölmesi veya yaralanması şeklindeki benzer olaylarda Yargıtay’ın bilinçli taksiri kabul eden kararları da bulunmaktadır.¹⁴⁵ Ateşli silahların kullanılmasında dikkatsiz davranılması ve böyle olayların yaygın olması sebebiyle Yargıtay, olası kastın varlığını kabul ederek daha ağır cezalar verme eğiliminde olduğu söylenebilir. Ancak bu gerekçeye dayanarak, incelenen olaylarda olduğu gibi, olası kastın kabulü isabetli değildir. Burada incelenen her iki olayda da Yargıtay’ın tehlikeye düşürme kastı (Gefährdungsvorsatz) ile yaralama kastını (Verletzungsvorsatz) birbiriyle karıştırdığını ve netice olarak sanıkların orantısız bir şekilde daha ağır cezalandırılmasının yolunu açtığını söyleyebiliriz. Kanaatimizce Yargıtay kararları ile suç teorisine aykırı bir şekilde olası kastın kapsamının genişletilmesi yerine yasal düzenleme ile ateşli silah kullanımına ve trafikte

¹⁴⁵ 1. CD., 27.01.2011, E. 2011/374, K. 2011/ 214; 12 CD., 16.02.2016, E. 2015/4024, K. 2016/2131. İlk kararda fail aşırı alkolü iken yanında bulunan tabancayı çıkartarak oynamaya başladığı sırada tabancanın ateş alması sonucu bir kişinin ölümüne sebep olurken, ikinci kararda ölen kişi silahı sanığa gösterip silahtan anlayıp anlamadığını sorduğu sırada sanığın tetiğe bir iki kere basması sonucu tabancadan çıkan mermiler ile mağdurun ölümüne sebep olmuştur. Her iki kararda Yargıtay failin bilinçli taksir ile hareket ettiğini sonucuna ulaşmıştır.

gerçekleşen olaylara ilişkin yeni bir suç tanımına yer verilmesi, suç ve ceza politikası açısından daha uygun bir çözüm olacaktır. Nitekim Alman kanun koyucu yasa dışı araba yarışları açısından ortaya çıkan sorunu 30.09.2017 tarihli bir kanun değişikliği Alman Ceza Kanununa eklediği § 315d hükmü ile çözüme yoluna gitmiştir. Benzer bir düzenleme Türk uygulamasındaki sorunları çözüme açısından da yerinde olacaktır.

IV. Sonuç

Karşılaştırmalı olarak yaptığımız bu incelemede, olası kastın isteme unsurunun sadece Alman ceza hukukunda değil, Türk ceza hukukunda da oldukça tartışmalı olduğu görülmektedir. Tartışmalı olan diğer bir nokta ise bilme unsuruna ilaveten isteme unsurunun aranmasının gerekli olup olmadığına ilişkindir. Çalışmada incelenen kararlar ışığında, kast ve taksir ayrımı açısından; sadece failin suçun unsuruna ilişkin bilgisinin yeterli olmadığı ve isteme unsurunun da gerektiğini söyleyebiliriz.

Olası kast-bilinçli taksir ayrımında karşılaşılan problemlerin öncelikle isteme unsuru ile çözülebileceği konusunda pek çok gerekçe öne sürülebilir. Bu konuda Alman doktrindeki ağırlık görüş olan ciddiye alma teorisi (Ernstnahmetheorie) diğer görüşlere nazaran daha anlaşılır ve uygulanabilir sonuçlara ulaştırdığından bu teorinin takip edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

İncelenen Alman mahkeme kararları, Alman doktrinin ve uygulamasının sıklıkla olası kast-bilinçli taksir ayrımı sorunu ile karşı karşıya kaldığını göstermektedir. Berlin Yasadışı Araba Yarışı Olayı yeniden bu iki kavram arasındaki ayrımın ne kadar zor olduğunu göstermiştir. Berlin'deki olay, kastın ispatının zorluğunu, özellikle de kastın isteme unsuru açısından, tekrar göstermiştir. Faillerin adeta kafasının içine bakılıp aklından geçmiş olanları tespit etmek mümkün olmadığından, failin neticeyi kabullenip kabullenmediğini söylemek oldukça zordur.

Alman uygulamasına ilişkin incelenen kararlar, somut olayda kast veya taksirin kabul edilmesine göre faillere verilecek olan cezanın ya çok ağır ya da çok hafif olduğunu da göstermektedir. Buna karşılık Türk Ceza Kanundaki olası kastın varlığı halinde doğrudan kasta göre zorunlu ceza indirimini (m. 21 f. 2) ve bilinçli taksir halinde bilinçsiz taksire göre zorunlu ceza artırımını (m. 22 f. 3) hükmedilecek ceza açısından makasın Alman Ceza Kanundaki gibi fazla olmaması sebebiyle yerinde bir düzenlemedir.¹⁴⁶

¹⁴⁶ Aynı yönde BOZBAYINDIR, s. 385.

Yargıtay'ın, olası kast ve bilinçli taksir ayrımında her ne kadar neticeyi önleme teorisi ve kayıtsız kalma teorisine ilişkin görüşlere de kararlarında yer verse de genel itibariyle Federal Yüksek Mahkemenin takip ettiği razı olma teorisi (Billigungstheorie) ve Alman ceza hukuku doktrindeki ağırlıklı görüş olan ciddiye alma teorisine benzer bir görüşü takip ettiği söylenebilir. Ancak Türk uygulaması bazı noktalarda Alman uygulama ve teorisinden ayrılmaktadır. İncelenen kararlar, Türk uygulamasında olası kast - bilinçli taksir ayrımına ilişkin bir netlik olmadığını ve olası kast – bilinçli taksir ayrımı için doktrinde görüş birliği olmadığını göstermektedir. Alman mahkemelerindeki kararlara kıyasla Türk mahkemeleri kararlarında öncelikle kastın bilme unsurunun gerekliliği ve bu unsurun tespiti sorunludur. İncelenen Türk mahkeme kararlarında neticenin fail tarafından ne zaman öngörüldüğü yeterince ortaya konulmadığı görülmektedir. Ayrıca bu kararlarda bilme unsurunun tespiti ile ilgili olarak objektif kriterlerin esas alındığı anlaşılmaktadır. Tehlikeli ve riskli davranışı gerçekleştirdiği için failin neticeyi öngörmüş olması (normatif ve emredici olarak) gerektiği düşüncesinden hareket edilmektedir. Bu şekilde, tipikliğin manevi unsuru nesnelleştirilmektedir. Aynı zamanda bu durum manevi unsurun fiilin icrası sırasındaki tespitini de engellemektedir. Diğer bir sorun ise, kastın, fiilin icrası sırasında bulunması gerektiği hususu incelenen kararlarda göz önünde bulundurulmamış olmasıdır.

Türkiye'de, gerek trafikte, gerekse ateşli silahların kullanımında, kişilerin dikkatsiz ve düşüncesiz davranması ile başkalarının yaralanması ve ölümü ile sonuçlanan olayların sayısının çokluğu sebebiyle, incelenen kararlarda bilinçsiz taksir kabul edilebilecek durumlarda olası kastın kabul edilmesi Türk mahkemelerinin daha ağır ceza verme eğiliminde olduğunu göstermektedir. Ancak ceza hukukundaki kurumların toplumdaki infiale cevap vermek adına bu şekilde yorumlanması ve kapsamının genişletilmesi de doğru değildir.¹⁴⁷ Bu tarz olaylara ilişkin, Alman Ceza Kanuna yasadışı araba yarışları ile ilgili olarak eklenen § 315d gibi yeni bir suç tipinin Türk Ceza Kanununa eklenmesi yerinde olacaktır.

Türk uygulamasında olası kast-bilinçli taksir ayrımının yanında, doğrudan kast ve olası kast ayrımında da Alman uygulamasından farklı olarak sorunlar olduğu görülmektedir.

Sonuç olarak, olası kasta ilişkin her şeyi açıklığa kavuşturacak bir tanım için ceza hukukçularının nesillerdir süren arayışına rağmen böyle bir tanım

¹⁴⁷ Aynı yönde bkz. KARAASLAN, s. 239.

bulunmadığından, olası kastın tanımı ve kriterleri konusundaki tartışmalar bundan sonra da devam edecektir.¹⁴⁸

KAYNAKÇA

AKBULUT, Berrin: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Bası, Ankara 2019.

ARTUK, Mehmet Emin/GÖKÇEN, Ahmet: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 11. Bası, Ankara 2017.

BECHTEL, Alexander: “Die Raser-Fälle als Katalysator vorsatzdogmatischer Diskussion”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 2/2019, 114-118.

BECK-ONLINE: **Fachdienst Strafrecht**, Ausgabe 7/2019, im Internet abrufbar unter <https://beck-online.beck.de/Dokument?vpath=bibdata%2Fzeits%2Ffdstraf%2F2019%2F415202.htm&pos=1&hlwords=on>. (erişim tarihi: 21.09.2019)

BERLINER ZEITUNG: “Chronologie: Tote und Verletzte bei illegalen Autorennen”, **Berliner Zeitung**, 05.09.16 (<http://www.berliner-zeitung.de/berlin/chronologie--tote-und-verletzte-bei-illegalen-autorennen-24693064>, erişim tarihi: 05.04.2019)

BOZBAYINDIR, Ali Emrah: **Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları**, Ankara 2018.

CANESTRARI, Stefano: “Die Struktur des dolus eventualis, Die Unterscheidung zwischen bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit und die neuen Risikophänomenologien”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht (GA)** 2004, 210-227.

CENTEL, Nur/ZAFER, Hamide/ÇAKMUT, Özlem: **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, 10. Bası, İstanbul 2017.

DEMİRBAŞ, Timur: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Ankara 2017

ENGISCH, Karl: “Anmerkung zu BGH Urteil von 22.04.1955-5 StR 35/55”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** Heft/4 1955, 1688-1689.

¹⁴⁸ KÜHL, AT, § 5 Kn. 45.

- FREUND, Georg: **Strafrecht Allgemeiner Teil, Personale Straftatlehre**, 2. Bası, Berlin 2009.
- FRISCH, Wolfgang: “Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Straftat? - BGHSt 36, 1”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 5/1990, 362-370.
- GEPPELT, Klaus: “Zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, insbesondere bei Tötungsdelikten”, **Juristische Ausbildung (Jura)** Heft 1/2001, 55-59.
- HAKERİ, Hakan: **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara 2017.
- HEINRICH, Bernd: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Stuttgart 2016.
- HEINRICH, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım I**, Yener Ünver (Editör), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.
- HERZBERG, Rolf D.: “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ein Problem des objektiven Tatbestandes”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 4/1986, 249-262.
- HERZBERG, Rolf D.: “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewusst fahrlässigen Verhalten- Teil 1: Erster Teil: Das Wollen beim Vorsatzdelikt und das Problem eines einheitlichen Handlungsbegriffs”, **Juristen Zeitung (JZ)** 1988, 573-579.
- HERZBERG, Rolf D.: “Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vo bewusst fahrlässigen Verhalten- Teil 2: Die Unterscheidung”, **Juristen Zeitung (JZ)** 1988, 635-643.
- HERZBERG, Rolf D.: “Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, ein Problem des objektiven Tatbestandes”, **Juristische Schulung (JuS)** Heft 4/1986, 249-262.
- HERZBERG, Rolf D.: “Bedingter Vorsatz und objektive Zurechnung beim Geschlechtsverkehr des Aids-Infizierten- AG München”, **Juristische Schulung (JuS)** 1987, 777-783.
- HILLENKAMP, Thomas/CORNELIUS, Kai: **32 Probleme aus dem Strafrecht Allgemeiner Teil**, 15. Bası, München 2017.
- HÖRNLE, Tatjana: “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** 2018, 1576-1578.

- HÖRNLE, Tatjana: “Plädoyer für die Aufgabe der Kategorie ‘bedingter Vorsatz’”, **Juristen Zeitung, (JZ)** 2019, 440 – 449.
- JAKOBS, Günther: **Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, 2. Bası, Berlin/New York 1991.
- JÄGER, Christian: “Anm. zu LG Berlin: Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)** 2017, 786-788.
- JÄGER, Christian: “Too Fast and Furious – Die Todesraser vom Kurfürstendamm reloaded”, **Juristische Arbeitsblätter (JA)**, 2018, 468-471.
- JESCHECK, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: **Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil**, 5. Bası, Berlin 1996.
- JOECKS, Wolfgang/Jäger, Christian: **Strafgesetzbuch, Studienkommentar**, 12. Bası, München 2018.
- JOECKS, Wolfgang (Hrsg.) /MIEBACH, Klaus (Hrsg.): **Münchener Kommentar zum StGB (MüKo-StGB), Cilt 4**, 3. Bası, München 2017.
- KAUFMANN, Armin: “Der dolus eventualis im Deliktsaufbau, Die Auswirkungen der Handlungs- und der Schuldlehre auf die Vorsatzgrenze”, **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 70 (1958), 64-86.
- KARAASLAN, Reşit: “Ölüm veya Yaralanma ile Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **TBB Dergisi** 2019 (145), 203-272.
- KINDHÄUSER, Urs: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Bası, Baden Baden 2017.
- KINDHÄUSER, Urs/NEUMANN, Ulfrid/PAEFFGEN, Hans-Ulrich (Hrsg.): **Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, Band 1 (§§1- 145 d)**, 5. Bası, Baden-Baden 2017.
- KNAUER, Christoph: “AIDS und HIV - Immer noch eine Herausforderung für die Strafrechtsdogmatik”, **Goltdammer’s Archiv für Strafrecht**

(GA) 1998, 438-442.

KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 12. Bası, Ankara 2019.

KREY, Volker/ESSER, Robert: **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, 6. Bası, 2016.

KUBICIEL, Michael/HOVEN, Elisa: “Die Strafbarkeit illegaler Straßenrennen mit Todesfolge”, **Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)** 2017, 439-445.

KUBICIEL, Michael/WACHTER, Matthias: “Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement- Zugleich Besprechung von BGH”, **Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafrecht (HRRS)** 8-9/2018, 332-325.

KÜHL, Kristian: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 8. Bası, München 2017.

LAUFHÜTTE, Heinrich Wilhelm/RISSING-VAN SAAN, Ruth/TIEDEMANN, Klaus (Hrsg.): **Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (LK), Band 1: Einleitung; §§ 1 bis 31**, 12. Bası, Berlin 2007.

VAN LIJNDEN, Costantin: “Das Urteil wird auf Kritik stoßen”, **Frankfurter Allgemeine Zeitung**, 01.03.2018 (<http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/mord-urteil-im-fall-der-berliner-raser-aufgehoben-15473572.html>, erişim tarihi 26.04.2019)

MAYER, Hellmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 1967.

PERRON, Walter: “Vorüberlegungen zu einer rechtsvergleichenden Untersuchung der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit”, in: **Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag**, Baden-Baden 1998, 145-156.

PUPPE, Ingeborg: **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, 4. Bası, Baden-Baden 2019

PUPPE, Ingeborg: “Entscheidungsanmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 27.2.2017-535 Ks”, **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)** 8-7/2017, 439-444.

PUPPE, Ingeborg: “Begriffskonzeptionen des dolus eventualis”,

Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2006, 65-79.

RENGIER, Rudolf: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 10. Bası, 2018 München.

RENGIER, Rudolf: AIDS und Strafrecht, Jura Heft 4/1989, 225-232.

ROXIN, Claus: **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, 4. Bası, München 2006.

ROXIN, Claus: "Zur Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit- BGHSt 7, 363", **Juristische Schulung (JuS)** Heft 2/1964, 53-61.

ROXIN, Claus: **Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts, 100 Entscheidungen für Studium und Examen**, München 1998.

ROXIN, Claus/ISFEN, Osman: "Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuches", **Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)**, 2005, 228-243.

RUPPENTHAL, Miriam: **Der bedingte Tötungsvorsatz, Eine rechtsvergleichende Studie**, Diss. Berlin 2017.

SATZGER, Helmut: "Der Vorsatz, einmal näher betrachtet", **Juristische Ausbildung (Jura)** Heft 2/2008, 112-118.

SCHMIDHÄUSER, Eberhard: "Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat ("dolus eventualis" und "bewusste Fahrlässigkeit")", **Juristische Schulung (JuS)** Heft 4/1980, 241-252.

SCHÖNKE Adolf/SCHRÖDER Horst (Hrsg.): **Strafgesetzbuch Kommentar**, 29.Bası, München 2014

SCHÜNEMANN, Bernd: "Riskanter Geschlechtsverkehr eines HIV-Infizierten als Tötung, Körperverletzung oder Vergiftung?", **Juristische Rundschau (JR)** Heft 3/1989, 89-95

STRATENWERTH, Günter: "Dolus eventualis und bewusste Fahrlässigkeit", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 71 (1959), 51-71.

SÖZÜER, Adem: "Die Reform des türkischen Strafrechts", **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)** 119 (2007), 717

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Türk**

Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2017.

ÖZGENÇ, İzzet: **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 15. Bası, Ankara 2019

ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan: **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku**, 15. Bası, Ankara 2015.

WALTER, Tonio: “Der vermeintliche Tötungsvorsatz von ‘Rasern’”, **Neue Juristische Wochenschrift (NJW)** 2017, 1350-1353.

WELZEL, Hans: **Das Deutsche Strafrecht**, 11. Bası, Berlin 1969.

WESSELS, Johannes/ BEULKE, Werner/SATZGER, Helmut: **Strafrecht Allgemeiner Teil**, 48. Bası, Heidelberg 2018.

YENİSEY, Feridun/PLAGEMANN: Gottfried, **Alman Ceza Kanunu - Strafgesetzbuch**, 2. Baskı, İstanbul 2015.

YILDIZ, Ali Kemal: **5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu- Açıklamalar- Değerlendirmeler- Öğretiden Görüşler ve Yargıtay Kararları**, İstanbul 2007.

ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75**, 5. Bası, İstanbul 2015.