

Türk ve Alman Mahkeme Kararları Işığında Olası Kast Hükümlerinin Müşterek Faillik Bakımından Değerlendirilmesi

Ziya KOÇ*

Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK–ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

* Doç. Dr. Adana Bölge Adliye Mahkemesi 1. Ceza Dairesi Başkanı, ziyakoc@yahoo.com. ORCID: 0000-0002-0160-1997.

Makale geliş tarihi: 26 Ocak 2024 **Makale kabul tarihi:** 26 Haziran 2024

Atıf önerisi: Koç, Ziya, “Türk ve Alman Mahkeme Kararları Işığında Olası Kast Hükümlerinin Müşterek Faillik Bakımından Değerlendirilmesi”, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 82, Sayı 3, Temmuz 2024, s.139-185. DOI: 10.30915/abd.1425937.

TÜRK VE ALMAN MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA OLASI KAST HÜKÜMLERİNİN MÜŞTEREK FAİLLİK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

ÖZ

Suçun birden çok fail tarafından, ortak suç işleme kararına dayanarak birlikte işlenmesi mümkündür. Müşterek faillik olarak adlandırılan bu iştirak statüsünde, her bir fail haksızlık ile doğrudan temas halinde olup; bir iş bölümü çerçevesinde hareket etmektedir. Böylece suçun işlenmesi daha kolay bir hale gelmektedir.

Olası kast hükümlerinin müşterek faillik bakımından uygulanması gündeme gelebilir. Faillerin işlemeyi kararlaştırdıkları fiilin icrası esnasında, bir başka suçu işlemeleri halinde, suç ortaklarının ne şekilde sorumlu tutulacağı meselesi uygulamada ve doktrinde tartışılmaktadır. Konu ile ilgili Alman Federal Yüksek Mahkemesi ile Yargıtay'ın farklı kararları bulunmaktadır.

Ortak suç işleme kararı çerçevesinde hareket eden faillerin, özellikle üçüncü kişiler yönünden riziko yaratan eylemlerini birlikte gerçekleştirdikleri esnada, bunu göze almak suretiyle kabullendikleri, eylem planının vazgeçmedikleri durumlarda müşterek fail olarak sorumlu tutulmaları mümkündür. Ortak suç işleme kararına bu riskler dâhil olduğundan meydana gelen netice bakımından da birlikte sorumlu olacakları kabul edilmelidir.

Olası kast, istisnai bir durum olması sebebiyle dar bir biçimde yorumlanmalıdır. Fiilin ortak karar dışında başka bir kişiye yönelen istenmeyen sonuçlarının kabullenildiği ve göze alındığının tespitinde dikkatli davranılması gerekir. Suçun maddi ve manevi unsurları ile birlikte, failin içinde bulunduğu ruhsal durum önem arz etmektedir. Suça iştirakin koşulları çerçevesinde inceleme yapılarak, olası kastın unsurlarının belirlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: olası kast, iştirak, haksızlık, müşterek faillik, bilinçli taksir.

EVALUATION OF DOLUS EVENTUALIS PROVISIONS IN THE LIGHT OF TURKISH AND GERMAN COURT DECISIONS IN TERMS OF CO-PERPETRATION

ABSTRACT

It is possible for the offence to be committed jointly by more than one perpetrator based on a common decision to commit an offence. In this participation status, which is called co-perpetrator, each perpetrator is in direct contact with the wrongdoing and acts within the framework of a division of labour. Thus, it becomes easier to commit the offence.

The application of the provisions on dolus eventualis may come to the agenda in terms of co-perpetration. The issue of how the perpetrators will be held responsible if the perpetrators commit another crime during the execution of the act they decided to commit is discussed in practice and doctrine. There are different decisions of the German Federal Supreme Court and the Court of Cassation on the subject.

It is possible for perpetrators who act within the framework of a joint decision to commit a crime to be held responsible as joint perpetrators, especially in cases where they accept this by taking the risk and do not give up their action plan, while they carry out their actions together that create risks for third parties. Since these risks are included in the joint decision to commit a crime, it should be accepted that they will be jointly responsible for the outcome.

Dolus eventualis should be interpreted narrowly as it is an exceptional case. Care must be taken in determining that the undesirable consequences of the act directed against another person other than the joint decision have been accepted and taken into consideration. Along with the objective and subjective elements of the offence, the mental state of the perpetrator is important. The elements of dolus eventualis should be determined by examining within the framework of the conditions of participation in the offence.

Keywords: dolus eventualis, participation, injustice, co-perpetration, conscious negligence.

GİRİŞ

Türk Ceza Kanunu'nda (TCK) suçlar, kural olarak doğrudan faili esas olarak düzenlenmiştir. Ancak, tek kişi tarafından işlenen bir suçun, birden fazla kişinin katılımı ile işlenmesi de mümkündür. Suçun meydana gelmesine katkıda bulunarak suça iştirak halinde, katkının derecesine göre fail ve şerik olarak sorumluluk statüleri belirlenir.

İştirak halinde işlenen suçlar, genellikle doğrudan kast ile işlenebilen suçlardır. Ancak olası kast ile suça katılmak da mümkündür. Bir suçun işleneceğini öngörmesine rağmen katkıda bulunarak suçun işlenmesine kayıtsız kalınması veya bu durumun kabullenilmesi suretiyle suça iştirak edilebilir.

Türk ve Alman mahkeme kararlarında, olası kast hükümlerinin müşterek failer yönünden değerlendirildiği kararlar bulunmaktadır. Somut olaylara ilişkin, doktrinde ve uygulamada haksızlığın olası kast veya bilinçli taksirle işlendiğine dair tartışmalara rastlanmaktadır. Ceza hukuku doktrininin en çetrefilli alanlarından biri olan olası kast-bilinçli taksir ayrımı burada da karşımıza çıkmaktadır. Uygulama ve doktrin arasındaki görüş farkları Türk ve Alman hukukunda devam etmektedir. Bu sebeple, konu ile ilgili görüş ayrılıklarının tespiti ve uygulamanın meseleye bakışının ele alınmasında yarar vardır. Somut vakalar üzerinden tespitte bulunarak hangi hallerde olası kast veya bilinçli taksirin söz konusu olabileceğini, iştirak hükümlerinin uygulama alanı ile birlikte değerlendirmekte yarar vardır.

Bu çalışmada, öncelikle kast ve müşterek faillğe ilişkin genel açıklamalara yer verilecektir. Konunun daha iyi anlaşılması için olası kastın kapsamını belirlemeye yönelik görüşlere, olası kast ve bilinçli taksir ayrımına değinilecektir. Alman mahkeme kararları ile Yargıtay'ın örnek kararları üzerinden uygulama ve doktrindeki görüşler incelenecektir.

I. KAST HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR

Suçun unsurları incelenirken, öncelikle maddi unsurlarına vurgu yapılır. Doktrinde suçun maddi unsurları; fail, mağdur, konu, hareket, netice (kanuni tarifte yer verilmesi durumunda), nedensellik bağı şeklinde tanımlanmıştır. Ancak, suçun unsurları bunlardan ibaret değildir. Bir davranışın tipte tarif edilen haksızlığı gerçekleştirebilmesi bakımından manevi unsurların da varlığı aranır^[1].

Suçun manevi unsuru, fiil ile fail arasındaki manevi bağı ifade eder. Manevi bağı kurulamadığı durumlarda bir haksızlığın varlığından söz edilemez. Ancak tipikliğin manevi unsurlarının bulunması halinde fiil, failine subjektif olarak isnat edilebilir. Bu nedenle, maddi unsurlar suçun dış cephesini, başka bir deyişle objektif boyutunu teşkil etmekte; manevi unsurlar ise kişinin iç dünyasına ait olup suçun subjektif boyutunu oluşturmaktadır^[2].

Suçların kasten işlenmesi kuraldır; taksirli şekilleri ise kanunda düzenlenmesi halinde mümkündür. Bu sebeple, kast, her suçun zorunlu bir unsurunu oluşturur. TCK'nin 21 inci maddesinde “*suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır*” denilerek bu husus izah edilmiştir.

Alman hukukunda, benzer şekilde, kanunda açıkça düzenlenmesi durumunda suçların taksirli formu kabul edilmektedir (Alman Ceza Kanunu veya Al. CK § 15). Kural olarak, suçlar doğrudan kast ile işlenebilir ancak olası kast ile işlenmesi mümkündür^[3].

Alman hukukunu incelediğimizde, kanunlaştırmalarda kast veya olası kast tanımına yer verilmediğini görmekteyiz^[4]. 1871 tarihli Kanun ile 1851 tarihli Prusya Ceza Kanunu'nda bir tanımlamaya gidilmemiştir. Bu

[1] Mahmut Koca ve İlhan Üzülmüş, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 19. Baskı, 2023, s. 112.

[2] M. Emin Artuk *et al.*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 17. Baskı, 2023, s. 405; Celal Hakan Kan, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu*, Ankara, Akademisyen, 1. Baskı, 2023, s. 255.

[3] Detlev Sternberg-Lieben ve Frank Schuster, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, Kommentar*, Heidelberg, C. H. Beck, 30. Baskı, 2019, § 15, Rn. 72.

[4] Mark Deiters, “Bedingter Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess”, *ZIS*, Cilt, 14, Sayı, 7-8, 2019, https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_7-8_1308.pdf (Yayın Tarihi: 8.01.2024), s. 401.

yöndeki tüm girişimler de başarısızlıkla sonuçlanmıştır^[5]. Kanun koyucu, kastı tanımlamak yerine bunu uygulamaya ve doktrine bırakmıştır^[6].

Alman hukukundan farklı olarak, hukukumuzda kast tanımlanmıştır. Kanun koyucu TCK'nın 21 inci maddesinin birinci fıkrasında kastın tanımına yer vermiştir. Buna göre, “*kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*”.

Doktrinde kast, benzer şekilde, “*tipikliğe ait objektif nitelikteki unsurların fail tarafından bilinmesi ve istenmesi*” olarak tanımlanmıştır^[7].

Kimi yazarlara göre, kastta isteme unsuruna yer verilmesine gerek yoktur. Tipikliğin maddi unsurlarının bilinmesinin kastın varlığı bakımından yeterli olduğu; istemenin kastın bir unsuru olmadığı ileri sürülmüştür^[8].

Kast ve taksir zorunlu olarak bir kişiye karşı işlenen fiilde bir arada bulunamaz. Aynı hareketle, aynı suç tipi bakımından ve aynı konu veya mağdurla ilgili olarak, aynı anda kasten ve taksirle hareket edilemez^[9].

Kastın kapsamına neyin girdiği, TCK'nın 30 uncu maddesinin birinci fıkrasında izah edilmiştir. Buna göre; “*failin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz*”. Böylelikle, kastın kapsamına suçun kanuni tarifinde yer alan maddi

[5] Greg Taylor, “Concepts of Intention in German Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Sayı, 1, Bahar 2004, s. 101.

[6] Helmut Satzger, “Der Vorsatz, einmal näher betrachtet”, *Juristische Ausbildung (Jura)*, Cilt, 2, 2008, s. 112. Benzer şekilde, İsveç ceza hukukunda kastı tanımlayan bir kanuni düzenleme bulunmamaktadır. Kastın tanımı ve unsurları uygulamaya bırakılmış, içtihat hukuku uyarınca kastın tanımı ve çeşitleri belirlenme yoluna gidilmiştir. Ebba Lekvall ve Dennis Martinsson, “The Mens Rea Element of Intent in the Context of International Criminal Trials in Sweden”, <https://www.open-access.bcu.ac.uk/11832/1/PUBLISHED%20VERSION.pdf> (Yayın Tarihi: 15.01.2024), s. 105.

[7] Bahri Öztürk ve M. Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 22. Baskı, 2022, s. 239.

[8] İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 19. Baskı, 2023, s. 234. Doktrinde, kastta isteme unsuruna yer vermenin Roma hukukundan gelen bir durum olduğu izah edilmiştir. Taylor, “Concepts of Intention”, s. 110.

[9] Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 148.

unsurların girdiği, suçun maddi unsurlarının bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi halinde, suçun kasten işlenmiş sayılacağı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, kastın konusu tipiklikte yer verilen yazılı olsun veya olmasın objektif nitelikteki tüm unsurlardır.

Kastın bilme unsuru fiilin işlendiği sırada mevcut olmalıdır (Simultaneitaetprinzip) ve tipiklikte öngörülen tüm unsurları kapsamalıdır. Başka bir deyişle, bu unsurların fail tarafından öngörülmesi^[10] ve istenmiş olması gerekir^[11].

Kastın, failin neticeyi meydana getirmeye yönelik fiili gerçekleştirdiği sırada bulunması yeterlidir. Bu nedenle, hazırlık hareketleri aşamasındaki kast, fiilin doğrudan doğruya icrasına başlanmadığı sürece tek başına failin cezalandırılması için yeterli değildir. Keza, neticenin ortaya çıktığı ana kadar kastın varlığını koruması aranmaz. Kastın, failin neticeyi meydana getirmeye yönelik fiili gerçekleştirdiği sırada bulunması yeterlidir^[12].

Kast, doktrinde, doğrudan kast (dolus directus) ve olası kast (dolus eventualis) olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Doğrudan kast, failin hareketinin suç tipini gerçekleştirdiğini bilmesi veya kesin olarak öngörmesi halinde söz konusudur^[13]. Buradaki bilme, gerçek yaşamda somut olaydaki unsurları, olayın içinde bulunduğu şartları bilmektir. Somut olaydaki unsurların suç normundaki unsurlara uygun olup olmadığı kovuşturma sırasında tespit edilecektir^[14].

[10] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 239. Benzer bir durum Al. CK açısından söz konusudur. Al. CK § 16'da, hata hükümleri bağlamında kastın kapsamına suçun maddi unsurlarının girdiği ve bu unsurlarda yapılacak bir hatanın kastı ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir. Ancak, Alman hukukunda uygulamada ve doktrinde bu tarifile bağlı kalınmadığı görülmektedir. Taylor, "Concepts of Intention", s. 101.

[11] Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2023, s. 438.

[12] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 240.

[13] Johannes Wessels ve Werner Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C. F. Müller, 39. Baskı, 2009, § 7 II 3, Rn. 213. Ingeborg Puppe, "Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis", *ZStW*, Cilt, 103, Sayı, 1, 1991, s. 1.

[14] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 245.

Doğrudan kastta, kastın bilme unsuru belirgindir. Suçun maddi unsurlarına ilişkin bu bilgi kesin ve tam bir biçimde gözükmemektedir. Suçun kanuni tipinin gerçekleştiği failin bilgisi dâhilindedir ve kesin olarak bunu öngörmektedir^[15].

Failin fiili ile hedeflediği asıl netice doğrudan kastın kapsamına girdiği gibi, hareketinin sonucunda meydana gelmesi muhakkak olan neticeler de bu kapsamdadır^[16]. Failin hareketinin zorunlu veya kaçınılmaz yan neticelerinden de fail, doğrudan kastı ile sorumludur. Ancak, hareketin sonucu olarak gerçekleşen neticenin fail tarafından kesin olarak öngörülmesi gerekir. İhtimal veya olası görülen neticeler doğrudan kast kapsamında değerlendirilmeyecektir^[17].

TCK'da bazı suçların doğrudan kast ile işlenebileceği öngörülmüştür. Kanuni tarifte “bilerek”, “bildiği halde”, “öngörmesine rağmen”,

[15] M. Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2023, s. 458.

[16] Doktrinde doğrudan kastın iki dereceli olarak incelendiği görülmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre, birinci derecede doğrudan kast, kastın en yoğun hali olup fail, suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların var olduğunu veya fiilinin sonucunda gerçekleşeceğini bilmekte, buna kesin gözüyle bakmaktadır. Ayrıca, fail söz konusu maddi unsurların gerçekleştirilmesi amacıyla hareket etmektedir. Özellikle ulaşılmak istenen netice, failin hedefini oluşturmaktadır. Ancak burada ulaşılmak istenen tipik neticenin failin nihai amacı olup olmadığının bir önemi yoktur. Mühim olan tipik neticenin meydana getirilmesi amacı ile hareket edilmiş olmasıdır. Örneğin, mirasından yararlanmak için babasını öldüren failin nihai amacı, mirası elde etmektir. Fail bu nihai amaca ulaşmak için ara amaç olarak ölüm neticesini meydana getirmiş olabilir. Bu durumda fail, birinci dereceden doğrudan kast ile hareket etmektedir. İkinci dereceden doğrudan kastı ise, fail harekete başladığı anda suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların var olduğunu veya gerçekleşebileceğini bilmekte, buna kesin gözüyle bakmaktadır. Esasen netice failin maksadına dahil olmamakla beraber, fail amacına ulaşmak için ona zorunlu olarak bağlı bulunan tipik neticeyi de gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla, ikinci dereceden doğrudan kastla meydana gelen netice, yan netice niteliğindedir. Failin gerçekleştirmek maksadıyla hareket ettiği neticelere zorunlu olarak bağlı olan bu neticelerin hedeflenen neticelerden ayrılması mümkün olmadığından, bu neticeler bakımından da kastı doğrudan kast kapsamında değerlendirilir. Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 420-421; Taylor, “Concepts of Intention”, s. 107.

[17] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 247.

“karşılaşmasına rağmen” gibi ifadelere yer verilmişse, bu suçlar ancak doğrudan kast ile işlenebilir; olası kast ile işlenemez. Kanunda bu tabirlerin kullanılması ile failin tipe ait unsurları kesin olarak bildiği kabul edilmektedir^[18].

Olası kast, TCK'nin 21 inci maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, “*kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi halinde olası kast vardır*”.

Olası kast doktrinde farklı terimlerle ifade edilmiştir: “dolaylı kast”^[19], “dolayısıyla kast”^[20], “muhtemel kast”^[21], “gayrı muayyen kast”^[22], “belirsiz kast”^[23], “belirli olmayan kast”^[24] şeklinde de isimlendirilmektedir. Ancak doktrinde ve uygulamada kabul gören terim “olası kast”tır^[25].

Olası kast, doktrinde, “*failin suçun kanuni tanımındaki objektif unsurların gerçekleşebileceğini ciddi bir şekilde mümkün görmesine rağmen, fiili işlemek suretiyle tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmesi*” olarak tanımlanmıştır^[26].

[18] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 170.

[19] Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 18. Baskı, 2023, s. 413.

[20] Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz, 1992, s. 311.

[21] Berrin Akbulut, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2023, s. 510.

[22] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 461.

[23] İçel, *Genel Hükümler*, s. 442.

[24] Terimler için bkz. Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2018, s. 295.

[25] Sulhi Dönmezer *et al.*, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt, II, İstanbul, DR, 15. Tıpkı Baskı, 2021, s. 482; Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 422; Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 247; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 29. Baskı, 2024, s. 225; Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 171; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 510.

[26] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 171; benzer bir tanım için bkz. Wessels-Beulke, *Strafrecht*, Rn. 214.

Doğrudan kastta olduğu gibi, olası kastta bir suçun kanuni tarifindeki maddi unsurların gerçekleşebileceği fail tarafından öngörülmektedir. Ancak, olası kastta farklı olarak bu unsurların gerçekleşmesi muhakkak değil muhtemel olarak görülmektedir. Bu nedenle, olası kast, hukuki niteliği itibarıyla kast kavramının sınırında bir kavram olarak kabul edilmekte ve isteme unsuru bakımından zayıf bir görünüm arz etmektedir^[27].

Olası kastta bilme unsuru, doğrudan kastta olduğu gibi belirgin değildir; görece daha düşüktür. Muhtemel kabul edilen unsurlar, suçun kanuni tanımındaki netice ile sınırlı değildir. Suçun diğer maddi unsurlarına ilişkin muhtemel bir bilgi de olası kast kapsamındadır. Doktrinde, bu durum her iki kast türü arasında bilme unsuruna yönelik yoğunluk farkı olarak izah edilmiştir^[28].

II. OLASI KASTIN UNSURLARI

Olası kastın unsurlarının belirlenmesi, hangi hallerde olası kastın gerçekleştiğinin belirlenmesi konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler, doktrinde bilme (tasavvur-Wissenstheorien), isteme (irade-Willenstheorien) teorileri olarak iki başlık altında incelenmektedir.

Bilme teorileri imkân (olanak veya Möglichkeitstheorie) ve olasılık teorisi (Wahrscheinlichkeitstheorie) olarak ikiye ayrılmaktadır. İmkân teorisine göre, failin neticenin gerçekleşmesini somut olarak olanaklı görmesi yeterlidir. Netice fail tarafından bir şekilde olanaklı görülmüş ve buna rağmen eyleme devam edilmişse hukuki değere yönelik gerçekleşen sonuç faile isnat edilebilecektir^[29].

Teori kastın bilme unsurunu esas almakta, neticenin meydana gelme imkânının biliniyor olmasını aramaktadır. Ancak, bu teori esas alındığında, öngörme unsuru olası kastta ve bilinçli taksirde ortak olduğundan, ayrımın

[27] Ingeborg Puppe, in *Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, Strafgesetzbuch*, Heidelberg, C. H. Beck, 6. Baskı, 2023, § 15, Rn. 105; Sternberg-Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch*, § 15, Rn. 72.

[28] Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 511.

[29] Wolfgang Joecks ve Tobias Kulhanek, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Heidelberg, C. H. Beck, 4. Baskı, 2020, § 16, Rn. 34; Einhard Steininger, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Eine Einführung*, Cilt, 2, Viyana, Linde, 2012, § 5, Rn. 87.

bilinçli taksir aleyhinde genişleyeceği belirtilerek eleştirilmektedir. Örneğin, sisli bir havada ve trafiğin tek gidiş ve tek geliş olarak sağlandığı yolda sollama yapan araç şoförünün, sollama yapması durumunda karşı taraftan araçların gelebileceği, trafik kazasına sebep olacağı bilgisine sahip olması, neticenin olanaklı olması nedeniyle olası kast ile sorumluluğuna gidilecektir^[30].

Bilme teorilerinden bir diğeri olasılık teorisidir. Teori, imkân teorisine göre olası kastın kapsamını daraltmaktadır. Buna göre, failin neticeyi sadece öngörmesi yeterli değildir; tipikliğin gerçekleşmesini muhtemel görmesi gerekir. Bu anlamda, bir şeyin gerçekleşme ihtimali onun mümkün görülmesinden daha fazlasını ifade eder. Başka bir deyişle, neticenin gerçekleşme ihtimali, mümkün görmeye göre daha yoğun (somut) bir biçimde öngörülmektedir^[31]. Ancak bu teori, özellikle olanak ve olasılık arasındaki ayrımın belirlenmesinde somut ölçüler ortaya koyamadığı, failin her olayda sonucun gerçekleşmeyeceğine güvenmesinin mümkün olması sebebiyle eleştirilmiştir. Teori esas alındığında, olasılığın ne zaman yüksek veya düşük olduğu, her ikisi arasındaki sınırın ne şekilde belirleneceği tartışmalıdır. Olası kast ve bilinçli taksir ayrımının, failin bilincindeki tipikliği az ya da çok gerçekleştirme ihtimali ile belirlenmesinin sağlam bir ölçü olmayacağı ifade edilmiştir^[32].

Bilme teorilerinin olası kastı izah etmede sorun teşkil ettiğine dair görüşler, olası kastta bilme unsurunun yanında iradi bir unsurun da bulunması gerektiğini ileri sürerler. İrade teorilerinden kayıtsızlık teorisine (Gleichgültigkeitstheorie) göre, failin öngördüğü neticeye kayıtsız kalması yeterlidir. Neticenin gerçekleşmesini öngören failin, hukuki değere yönelik ihlalin farkında olarak, kayıtsız kalarak hareketine devam etmesi durumunda olası kast ile hareket edilmiş demektir^[33].

Bir başka irade teorisine göre, failin, somut olayda neticenin meydana gelmesini mümkün görerek, bu neticeyi uygun bularak kabullenmesi durumunda olası kast vardır (Billigungstheorie)^[34]. Failin neticeyi uygun bularak

[30] Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 35.

[31] Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 38.

[32] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 176.

[33] Sternberg Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder*, § 15, Rn. 82.

[34] Puppe, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 15, Rn. 32.

kabullenmesi, neticeye yönelik pozitif bir tavır olarak görülmektedir. Bu olumlu tavır, failin olası gördüğü neticeye yönelik hareketini “olursa olsun” tavrıyla devam ettirmesi anlamına gelmektedir. Fail, iç dünyasında yan neticeleri “uygun bulma”, “hesaba katarak kabullenme”, “onaylama”, “rıza gösterme” şeklinde hareket etmişse, sonucu istemese dahi olası kasttan sorumlu olacaktır. Keza, neticenin meydana gelme ihtimalini ciddiye alan ve ona katlanan (Ernstnahmetheorie) kişi de olası kastla hareket etmiştir^[35].

Doktrinde kaçınma teorisi (Vermeidungstheorie) olarak adlandırılan bir başka irade teorisine göre, failin tehlikeyi ciddi olarak müşahede etmesine rağmen, tipikliğin gerçekleşmesinin önlenmesine yönelik çaba sarf etmeksizin, tehlikeli fiilini sürdürdüğü durumlarda olası kasttan söz edilmelidir^[36].

TCK'nin 21 inci maddesinin ikinci fıkrasında, tipik haksızlığın unsurlarının gerçekleşebileceğinin öngörülmesinden bahsedilmiş, kasta mahsus olan bir ölçüt olarak isteme unsuruna yer verilmemiştir^[37]. Doktrinde, kanunda bilme teorilerinden ihtimal teorisinin esas alındığı, iradi unsurdan yoksun bir şekilde olası kastın tanımlandığı ifade edilmiştir. Ancak, kanunda bilinçli taksire de yer verildiğinden, olası kastın bilinçli taksir ile ayrımını ortaya koyacak biçimde, tanımda kabullenme veya başka bir iradi unsura yer verilmesinin uygun olacağı ileri sürülmüştür^[38]. Bilinçli taksirin tanımında isteme unsuruna yer verilmesi nedeniyle ortaya çıkabilecek sorunların giderilmesi amacıyla gerekçede açıklama yapılmıştır. Maddenin gerekçesinde, öngörülen neticenin kabullenilmesinden bahsedilerek bu eksiklik giderilmeye çalışılmıştır^[39].

[35] Christian Jäger, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C.F. Müller, 2009, § 3 II 7, Rn. 81.

[36] Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 42.

[37] Al. CK'da olası kast tanımlanmamakla beraber, olası kastta isteme unsurunun varlığı ile ilgili tartışmalar mevcuttur. Deiters, “Bedingter Vorsatz”, s. 401.

[38] Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 177.

[39] Doktrinde, TCK m. 21'2'de “göze alma, kabullenme veya kayıtsız kalma” şeklinde bir kayda yer vermenin, bilinçli taksir ile (m. 22/3) olası kast arasındaki ayrımı netleştirmek bakımından doğru olabileceği; ancak, bu hususların kanunda yazılmasının da başkaca sorunlara yol açabileceği, bu nedenle, olası kastın tanımında “kabullenme”

Doktrinde hâkim olan görüş, olası kastı izah eden bilme teorilerini yeterli görmemekte, tipikliğin gerçekleşmesine razı olma, onu kabullenme gibi iradi unsurların varlığını olası kast bakımından aramaktadır. Buna göre, failin suçun gerçekleşmesinin mümkün olduğunu ve tamamen uzak olmadığını öngördüğü ve bunu onaylayarak kabullendiği durumlarda olası kastın varlığı kabul edilmektedir. Bu durum, her zaman failin suçun meydana gelmesini arzuladığı biçimde yorumlanmamalıdır. Amacına ulaşmak uğruna, her ne olursa olsun, istenmeyen bir sonucun kabullendiği, göze alındığı, buna razı olduğu durumlarda olası kastın gerçekleştiği kabul edilmektedir^[40].

Fail, işlediği fiilin bazı neticeleri meydana getirebileceğini düşünmüş, bu neticeleri muhtemel ve mümkün olarak tasavvur etmiş ve bunları kabullenmiş ise bu neticeler bakımından olası kastla hareket etmiş sayılır^[41]. Fiilinin sonucunda belli neticelerin gerçekleşebileceğini öngören kişinin, söz konusu fiili yapmaktan kaçınmaması, o fiili işlemekten geri durmaması halinde olası kast vardır. Bu durumda fail tipikliğin gerçekleşmesini muhtemel görmüş ve neticeyi tasvip edici bir biçimde kabullenmiş ve adeta “olursa olsun” düşüncesiyle hareket etmiştir^[42]. Örneğin, evli olduğu bilinen bir şahsın aracına bomba yerleştiren failler, bu aracın ailenin diğer üyeleri tarafından kullanılması ihtimalini göze almışlardır. Bu durumda, müşterek failerin sonucu ciddi bir biçimde göze aldıkları, istenmeyen neticeye katlandıkları

teriminden söz edilmekle yetinildiği ifade edilmiştir. Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 425.

[40] Brian Valerius, in *BeckOK OWiG*, München, C.H. Beck, 40. Baskı, 2023, § 10, Rn. 13; Deiters, “Bedingter Vorsatz”, s. 401; Melanie Halbig, “Abgrenzung Zwischen Bewuster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz”, Johannes Kepler Universitaet Linz, diplomarbeit, Mart 2015, s. 23 vd., <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/417033?originalFilename=true> (Yayın Tarihi: 19.05.2024); Tatjana, Hörnle, “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Yıl: 2018, s. 1577; Momsen, Carsten, “Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“ als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?”, *KriPoZ*, Sayı, 2, 2018, s. 76.

[41] Doktrinde, olası kast bakımından isteme unsuru tartışmalıdır. Genellikle, kabul edilen görüş, failin hareketinin sonucu kabullenmesi isteme unsuru kapsamında değerlendirilmektedir. Joecks ve Kulhanek, *Münchener Kommentar zum StGB*, § 16, Rn. 31.

[42] Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 422.

ve icrai fiilleri birlikte gerçekleştirdikleri kabul edilmelidir. Buna karşın, hedeflenen mağdurdan önce aracı çalmak isteyen bir hırsız tarafından aracın çalıştırılması halinde, artık göze almadan bahsetmek olanaksızdır^[43].

Olası kastta failin ulaşmak istediği amaç önemli olup bu amaca ulaşmak uğruna, muhtemel tehlikeler göze alınır, kabullenir. Olası kastta fail, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, bunların gerçekleşmemesi yönünde bir çaba sarf etmemekte, gerçekleşmesini kabullenmektedir^[44]. Doktrinde faildeki bu kabullenmenin, kayıtsız kalmanın isteme unsurunu oluşturduğu izah edilmiştir^[45].

Kanaatimizce, doktrindeki genel kabul yerindedir. Olası kastın salt bilme unsuru ile izah edilmesi yetersiz kalmaktadır. Failin, bir suçun işlenme ihtimalini öngörmesi, yan neticelerin meydana gelmesi olasılığını ciddiye almasına rağmen; neticenin gerçekleşmemesi için özel bir çaba sarf etmeyerek bunu kabullendiği, göze aldığı, kayıtsız kaldığı, iç dünyasında bu durumla uzlaştığı hallerde olası kast vardır.

III. OLASI KAST VE BİLİNÇLİ TAKSİR AYRIMI

Olası kast, hukuki niteliği gereği bilinçli taksirden farklıdır. Bilinçli taksir, TCK'nin 22 nci maddesinin üçüncü fıkrasında tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, “kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır”.

Kanun koyucu bilinçli taksiri tanımlarken, kast ile ayrımını yapmak üzere isteme unsuruna yer vermiştir. Olası kast ile bilinçli taksir yönünden ortak nokta, her iki durumda failin neticeyi öngörmüş olmasıdır. Bilinçli taksirde

[43] Benzer bir örnek karar için bkz. M. Emre Tulay, *Ceza Hukukunda Şahısta veya Konuda Hata*, Ankara, Adalet, 2023, s. 219.

[44] Sternberg-Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, § 15, Rn. 72; Lekvall ve Martinsson, “The Mens Rea Element of Intent”, s. 106.

[45] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 178. Doktrinde aksi yönde, bilinçli taksirin kast alanına dâhil edilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu düşünceye göre, kastta sonucun sadece öngörülmesi yeterli değildir, irade unsurunun da şu veya bu şekilde bu sonucu kapsamaması gerekir. Bilinçli taksirde irade unsuru bulunmaz, Tell örneğinde ok atan sonucu öngörmekte, bütün dikkatini, becerisini neticenin meydana gelmesini engellemek amacıyla ortaya koymaktadır. Dönmezer *et al.*, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, s. 520.

fail öngördüğü neticeyi istememekte; olası kastta ise neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalmakta, kabullenmektedir. Ancak tipikliğin subjektif unsuru ile ilgisi ve kişinin iç dünyasına, ruhsal durumuna ait bir mesele olması nedeniyle olası kast ile bilinçli taksir ayrımı doktrinin en çetrefilli konulardan biri olup bu ayrım genellikle somut olayın koşulları çerçevesinde bir çözüme kavuşturulmaktadır^[46].

Doktrinde, olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayrımın ortaya konulabilmesi için bazı görüşler ileri sürülmüştür. Bilinçli taksiri izah etmede isteme unsuruna yer vermeyen yazarlar dahi, kanunda böyle bir düzenlemenin bulunması nedeniyle, olası kast ve bilinçli taksiri ayırmada isteme unsuru ile bağlantılı değerlendirme yapmak durumunda kalmışlardır^[47].

Olası kast ve bilinçli taksiri ayırmada başvurulan formüllerden biri, Frank formülü olarak adlandırılan görüştür. Buna göre, fail “öyle ya da böyle herhalde hareketi gerçekleştirirdim” diyorsa olası kast; buna karşılık, “neticenin gerçekleşeceğini bilseydim hareketi gerçekleştirmezdim” diyorsa bilinçli taksir söz konusudur^[48].

Olası kastı, bilinçli taksirden ayırmada sıkça başvurulan hususlardan biri de failin öngördüğü neticenin meydana gelmemesi konusunda herhangi bir çaba sarf edip etmemesine ilişkindir. Bu konuda Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin görüşü önemlidir. Neticeyi göze alma, onu kabullenme hususunda, failin bir tehlikenin gerçekleşebileceğini müşahade etmesine rağmen planını sürdürüp sürdürmediği ve kendisi tarafından farkında olunan tehlikenin meydana gelmesini fiilen önleyecek ve neticeden kaçınmaya götürecek tedbirlerin alınmayıp tesadüfe bırakılıp bırakılmadığı, önemli bir ölçüt olmaktadır^[49].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin bu görüşü, Alman doktrinde de kabul görmektedir. Bu görüşe taraftar yazarlara göre, tipikliğin somut olayda gerçekleşme ihtimali faili eylem planından alıkoymamışsa, fail amacına

[46] Sternberg-Lieben ve Schuster, *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, § 15, Rn. 72; Akbulut, *Genel Hükümler*, s. 510.

[47] Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 178.

[48] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 249.

[49] Thedor Blank, *Strafrecht AT 1*, München, Heymanns, 2001, Rn. 87.

ulaşmak için tipikliğin gerçekleşmesi rizikosuna katlanmışsa olası kast vardır. Olası kast, daha ziyade tipikliğin gerçekleşmesi riskini bilmektir. Failin neticenin gerçekleşmeyeceğine dair kusurlu bir biçimde güveni söz konusu ise dikkatli hareket etmek gerekir. Şayet, fail şans ve talih gibi hususlara güvenerek hareket etmişse, neticenin meydana gelmeyeceğine yönelik bu güveni somut olayda belirli ve ölçülebilir olgulara dayanmakta ise bilinçli taksir söz konusudur^[50].

Bilinçli taksir halinde fail, suçun meydana gelmeyeceğine belirsiz bir biçimde değil, ciddi bir biçimde güvenmekte, tehlikeyi ciddiye almakta, ancak her şeyin yolunda gideceğine güvenmektedir. Sonucun gerçekleşmeyeceğine dair belirsiz bir umut olası kastın varlığını ortadan kaldırmaz. Her iki durumda bilme unsuru ortak olduğundan, ayırım failin iradesinin yönüne göre tespit edilmelidir^[51].

Burada aranılan husus esasen, failin istenmeyen sonucun meydana geleceğini ciddi bir biçimde öngörmüş olması, buna rağmen hareketine devam etmesidir. Doktrinde, eskiden failde neticenin meydana gelmeyeceğine dair umudun varlığı bilinçli taksir için yeterli görülmekteydi. Ancak modern anlayış, faildeki inancın basit bir umuttan ibaret olamayacağı; şayet fail sonucun gerçekleşmeyeceğini ciddi bir biçimde öngörmüş ise bilinçli taksirin varlığı kabul edilmektedir. Buna göre, riskin gerçekleşmesine dair belirsiz bir umut söz konusu ise ve olay şansa veya akış seyrine bırakılmışsa olası kasttan bahsedilmelidir^[52]. Doktrinde, Federal Mahkemenin, neticenin meydana gelmeyeceğine dair kesin bir ölçüt ortaya koyamadığı, somut olayın özelliğine göre bir değerlendirme yaptığı belirtilmiştir. Örneğin, gaz sızıntısına sebep olan failin, mağdurun zarar görmeyeceğine dair basit inancının yeterli olmadığına hükmedilmiştir. Ancak mahkeme, ne zaman

[50] Urs Kindhäuser, Skript zur Vorlesung Strafrecht AT, s. 2, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Kindhaeuser/Strafrecht_AT/s-at-14.pdf (Yayın Tarihi: 19.05.2024); Jörg Eisele, “Bedingter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?”, *Juristen Zeitung*, Cilt, 73, Sayı,11, 2018, s. 549.

[51] BGHSt 36, 1 (9 f.); NStZ 2003, 603; NStZ 2008, 451 için bkz. Valerius, *BeckOK OWiG*, § 10, Rn. 14.

[52] Taylor, “Concepts of Intention”, s. 113.

neticenin meydana gelmeyeceğine dair ciddi bir öngörünün olduğuna ilişkin somut bir belirleme yapmamıştır^[53].

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, bir başka kararında, doktrindeki genel görüşten hareketle, olası kastta iki farklı ruhi durumun bulunduğunu tespit etmiştir. Buna göre, fail sonucu ya onaylamakta ya da sonucun meydana gelmesi durumu ile kendi içinde uzlaşmakta, başka bir deyişle bu hususta bir iç barışa erişmektedir. Esasen, failin sonucu onaylaması, kabullenmesi olası kast bakımından kuvvetli bir göstergedir. Bu husus doktrinde itiraz görmemektedir. Ancak, failin sonuç ile uzlaşmasının, örneğin karşıt partinin seçim sonucunu kazandığına ilişkin uzlaşma gibi kadenci bir yaklaşım olduğu izah edilmiştir. Doktrinde, Alman hukukunda, olası kastta isteme unsuru bakımından bu yaklaşımın zayıf ve deyim yerindeyse işi sulandırmak olduğu ifade edilmiştir^[54].

Bilinçli taksirde, faildeki güvenin bir dayanağı bulunmalı ve somut olayda bu husus araştırılmalıdır. Bu dayanak, failin bilgisi, tecrübesi, kişisel yetenekleri veya kullanılan vasıtanın niteliğine yönelik olabilir^[55]. Olası kastta, korunan hukuki değer tehlikeye düşürülmesi bilinci içinde netice olayın kendi gelişimine ve akışına bırakılmakta ve fail tarafından neticenin

[53] BGH, NStZ (1999) 508, karar ve değerlendirmeler için bkz. Taylor, “Concepts of Intention”, s. 114.

[54] Anette Grünwald, “Mord Für Ein Tödlich Endendes Autorennen Auf Dem Kursfürstendamm”, *Juristen Zeitung*, Cilt, 72, Sayı, 21, 2017, s. 1069. Döner dükkânı davası olarak adlandırılan olayda, yabancı düşmanı bir failin, bir Türk’e ait döner dükkânını ateşe vermesi neticesinde, dükkân sahibinin yaralanması sebebiyle olası kast ile hareket ettiği kabul edilmiştir. Federal mahkeme, sanığın sonucun gerçekleşmesini çok da uzak olmayan bir olasılık olarak görmesi ve ayrıca bunu onaylaması veya arzu ettiği amaca (Türklerin Almanya’dan gönderilmesi) ulaşmak adına bununla uzlaşması halinde, öldürme kastının mevcut olacağına hükmetmiştir. Öte yandan, failin sadece muğlak (belirsiz) bir şekilde değil, ciddi bir biçimde ölüm neticesinin gerçekleşmeyeceğine güvenmesi durumunda, öldürmeye teşebbüsten beraat etmesi gerektiği; çünkü failde öldürme kastının olmadığı ifade edilmiştir. BGH, 20.06.2000- 4 StR 162/00, Karara erişim için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=20442&pos=0&anz=1> (Yayın Tarihi: 19.05.2024).

[55] Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 475.

gerçekleşmemesine yönelik özel bir çaba sarf edilmemektedir^[56]. Bilinçli taksirde ise, fail tipikliğin gerçekleşmesini kabullenmez; aksine ya bunu ciddiye almaz veya ciddiye almakla birlikte özen yükümlülüğüne aykırı olarak neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenir^[57]. Fail, her şeyin yolunda gideceğine güven duymakta, olası kast halinde “olursa olsun” derken, bilinçli taksirde “inşallah olmaz” diyerek hareket etmektedir^[58].

Kanaatimizce, olası kast ve bilinçli taksiri birbirinden ayırmada, suçun işlenmesi olasılığı her iki durumda öngörülebilir olduğundan, bunun dışında bir ölçüt ile hareket edilmesi gerekir. Yukarıda yer verdiğimiz olası kast kabulü ile bağlantılı olarak bilinçli taksirin varlığını ortaya koymak mümkündür. Şayet fail, neticenin meydana gelme olasılığını ciddi bir biçimde öngörmüş, kişisel bilgi ve tecrübesi gibi nedenlere dayanarak ve somut olgular çerçevesinde neticenin meydana gelmeyeceğine ciddi bir biçimde güvenmiş, bu doğrultuda kişisel çaba sarf etmiş ancak dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak istenmeyen sonuç meydana gelmiş ise bilinçli taksir söz konusudur. Aksi durumda, olası kastın varlığını kabul etmek gerekir.

IV. MÜŞTEREK FAİLLİĞİN KOŞULLARI

Suçta iştirake ilişkin hükümler, TCK'nin 37 ila 41 inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. TCK'nin 37 nci maddesinde “faillik” başlığı altında doğrudan faillik (müstakil), müşterek faillik ve dolaylı faillik; m. 38'de “azmettirme”, m. 39'da “yardım etme” hükümlerine yer verilmiştir.

Müşterek faillik, TCK'nin 37 nci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “*suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur*”. Kanuni düzenleme uyarınca ve eşdeğer sorumluluk ilkesine göre, suçun kanuni tanımındaki fiili işbirliği halinde birlikte gerçekleştiren her suç ortağı haksızlıktan sorumludur^[59].

Müşterek faillikten söz edebilmek için iki unsurun bir arada gerçekleşmesi gerekir. Öncelikle, faillerin fiili birlikte icra etmeleri, başka bir deyişle

[56] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 505, 506.

[57] Eisele, “Bedingter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?”, s. 549.

[58] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 289 vd.

[59] Koca ve Üzülmez, *Genel Hükümler*, s. 454.

suçun işlenişi üzerinde müşterek hâkimiyet kurmaları gerekir. Fiilin birlikte işlenmesi müşterek failliğin objektif unsurunu oluşturmaktadır. Fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulduğu için her bir suç ortağı fail statüsünde değerlendirilmektedir. Birlikte suç işleme kararına dayanarak, suçun icrasına ilişkin işbölümü esas çerçevesinde; fiil üzerinde etkili, fonksiyonel bir katkıda bulunulmalıdır. Bu işbölümü sayesinde, fiilin işlenişi mümkün hale gelir veya kolaylaşır ya da fiilin başarısızlıkla sonuçlanma riski ciddi bir biçimde ortadan kalkar^[60]. Bu anlamda, müşterek faillik, her bir failin fiilin işlenmesine katkıda bulunması ve bu katkının karşılıklı olarak birbirini tamamlaması anlamında işbirliğini gerektirir^[61].

Suç ortaklarının suçun icrasında üstlendikleri roller, suçun icrasına bulunan katkının arz ettiği önem ve zaruret ex ante bir değerlendirme ile göz önünde bulundurulur. Bu derecede olan katkı fiilin icrası bakımından fonksiyonel hâkimiyet niteliğindedir. Fiilin icrası veya akim kalması ihtimali müşterek faillerden her birinin elinde olmalıdır. Buna göre, suçun icrasına bulunan katkı, suçun başarıyla işlenmesi açısından zaruret arz ediyorsa, o suç ortağı müşterek faildir. Bu katkı, fiilin başarıyla tamamlanması açısından gereklilik arz ettiği gibi, bu müşterek katkılardan herhangi birinden vazgeçilmesi durumunda fiilin gerçekleşmeme, akim kalma tehlikesi ortaya çıkmaktadır. Ex post bir değerlendirme ile mutlaka illi bir katkının varlığı burada aranmamaktadır. Olayın somut şartları ele alınarak, suçun işlenişine bulunan katkının suçun işlenişi üzerinde icra ettiği fonksiyonel hâkimiyet dikkate alınmalıdır^[62].

Müşterek failler, işlenen suç ile doğrudan temas halinde olduklarından, haksızlıktan sorumludur. Bunun için bağıllık kuralına gerek yoktur. Müşterek failler, bir suç işleme kararı ile işbölümü esasına dayalı olarak müşterek katkıda bulunmakta, işlenen suç sebebiyle doğrudan doğruya ve karşılıklı olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu hareketler, birbirini takip eden icra hareketleri şeklinde de gerçekleşebilir^[63].

[60] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 613.

[61] Erdem ve Öztürk, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 411.

[62] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 600.

[63] Suça iştirakte, suç ortakları arasında iki irade bulunur. Bunlardan ilki, suç ortağının kendi fiiline yönelik iradesi, diğeri ise suça (kasti ve hukuka aykırı bir fiile) katılma

Suçun işlenmesine bulunulan katkının, suçun kanuni tarifinde yer alan maddi unsurların tamamını yalnız başına gerçekleştirecek bir mahiyette olması zorunlu değildir. Aralarındaki işbölümü gereğince, bu maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmek suretiyle de fiil üzerinde müşterek hâkimiyet kurulabilir^[64].

Müşterek failliğin sübjektif unsurunu birlikte suç işleme kararı oluşturmaktadır. Birlikte suç işleme şeklinde ortaya çıkan iştirak iradesi, bir suçun işlenmesi hususunda uzlaşmayı ifade eder. Müşterek faillerin hangi suçların işleneceğini önceden net bir biçimde kararlaştırmaları şart değildir. Failler buna yönelik olasılıkları da kabul etmiş olabilirler. Bu anlamda, bir suç işleme kararı somut bir suçun işlendiği esnada aranan kasttan farklıdır. Kast, tipikliği gerçekleştirmeye yönelik olup failler bilerek ve isteyerek tipe uygun eylemi gerçekleştirirler^[65].

Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet, müşterek failler arasında, üzerinde anlaşmaya varılmış bir suç planının varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu anlaşma en geç suçun işlenmesi anında, iradi ve karşılıklı olarak hareket etmeyi kapsaması, bunun diğer ortakların bilgisine ulaşması ve onların açık veya zımni onayını alması önem arz etmektedir^[66]. Bu sebeple, müşterek faillerden her birinin diğerinin eylemi hakkında genel bir fikre sahip olması yeterlidir^[67].

Ortak suç işleme kararı, bir başka kişinin fiile olan katkısının diğer faillere isnad edilebilmesinin temel dayanağını ve aynı zamanda sınırını oluşturmaktadır^[68]. Bu sebeple, diğer failler ortak kararın dışına çıkarak bir suç işlemişlerse ve ortak karardan önemli bir sapma söz konusu ise diğer failler bundan sorumlu tutulamaz. Örneğin, failler hırsızlık suçunun işlenmesine ve kesinlikle olumsuz bir durumda cebir veya şiddete başvurulmayacağını kararlaştırmış olabilirler. Ortaklardan birinin malı zorla alması halinde, sadece bu fail yağma suçundan sorumlu olur; diğer failler hırsızlık suçundan

iradesidir. Zafer, *Genel Hükümler*, s. 529.

[64] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 455.

[65] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 761.

[66] Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, s. 456.

[67] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 762.

[68] Öztürk ve Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 410.

cezalandırılırlar. Buna karşılık, ortak karardan, filin ağırlığı ve tehlikeliliğinde değişikliğe yol açmayan ve somut olayın özelliklerine göre öngörülebilirlik sınırları içerisinde kalan önemsiz sapmalar söz konusu olsa bile, müşterek faillerin tümü bundan sorumlu tutulur. Suç planı ne kadar belirsiz ise sorumluluğun kapsamı o oranda genişlemektedir^[69].

Açıkça kararlaştırılanın aksine, müşterek faillerden birinin kararlaştırılan suçun nitelikli şeklini ya da bir başka suç tipini gerçekleştirme halinde, diğer müşterek failler gerçekleşen bu ağır neticeden ancak bunun gerçekleşeceğini en azından tahmin etmeleri, hesaba katmaları ve bunun gerçekleşmesine katlanmaları kaydıyla sorumlu tutulabilirler. Örneğin, faillerin sopalarla birlikte darp ettikleri mağdura faillerden biri sert bir darbeye bulunarak ölümüne sebebiyet vermiş olabilir. Gerçekleşen ağır neticeden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için suçun somut işleniş açısından bir belirlemeye gitmeyip, tamamen kayıtsız kalındığına dair sarih ve zımni bir müşterek iradenin varlığı gereklidir. Başka bir deyişle, müşterek faillerden birinin sınırı aşması halinde, diğer suç ortaklarının öngördükleri ve ihtimal dâhilindeki bu duruma kayıtsız kalmaları veya buna ses çıkarmayarak katlanmaları gerekir^[70].

Suçta iştirak edenlerin kast ettikleri dışında bir suç işlenmiş ise bu suçtan diğer ortaklar sorumlu tutulamaz. İştirak iradesi dışında kalan suçlarda fail, yeni ve değişik bir kastla hareket eder. Ancak, gerçekleşen suç, iştirak iradesi kapsamında kalan bir suç olmakla beraber, iştirak iradesi kapsamında kalan suçun öngörülebilir gelişiminin bir sonucu ise suç ortakları bundan sorumludur. Başka bir deyişle, gerçekleşen suçla iştirak iradesi kapsamında kalan suç arasında bir bağ varsa, örneğin netice sebebiyle ağırlaşan bir suç söz konusu ise suçun tüm ortakları, gerçekleşen neticeden iştirak hükümlerine göre sorumlu olurlar. Buna karşılık, gerçekleşen suç veya suçlar, iştirak iradesi kapsamında kalan suçun öngörülebilir gelişiminin bir sonucu değilse, yani gerçekleşen suçlar ile iştirak iradesi kapsamında kalan suçlar arasında bir bağ yoksa ortaklar, sadece iştirak iradesi kapsamında kalan suçtan veya o suçta teşebbüsten sorumlu olurlar. İştirak iradesi dışında kalan suç bakımından iştirak hükümleri uygulanmaz^[71].

[69] Öztürk-Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku*, s. 410.

[70] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 540.

[71] Zafer, *Genel Hükümler*, s. 531.

V. SUÇUN OLASI KAST İLE MÜŞTEREK FAİLLİK ŞEKLİNDE İŞLENMESİNE İLİŞKİN MAHKEME KARARLARI VE BUNLARA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

A) ALMAN FEDERAL YÜKSEK MAHKEMESİ KARARLARI

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, deri kemer olayı (*Lederriemenfall*) olarak adlandırılan bir davada müşterek faillerin olası kast ile hareket ettiklerini kabul etmiştir^[72]. Karara konu olayda, failler K ve J, ortak tanıdıkları M'den güç kullanarak bir takım elbise ve odanın kirasını ödemek için gerekli parayı almak amacıyla hareket etmiş, ancak eylem sonucunda M'nin ölümüne sebebiyet vermişlerdir. Failler başlangıçta, M'yi karşı koyamaz hale getirmeyi, bunun için deri bir kemer ile boğazını sıkarak bayıltmayı ve ağzını kapatmayı planlamışlar, ancak ölüm tehlikesini düşününce bundan vazgeçerek kum torbası ile vurarak bayıltmaya karar vermişlerdir. Olay günü her ihtimale karşı, J'nin bilgisi dışında K, yanına bir deri kemer almıştır. Failler gece misafir olarak kalmak istemiş ve M tarafından bu teklif kabul edilmiştir. M'nin uyuduğu sırada J, kum torbasıyla başına vurmaya çalışmış, ancak M uyanmış ve kendisini savunmuştur. O anda K, deri kemeri M'nin boynuna geçirmiş, J de yardımına yetişmiştir. Failler kemeri hep birlikte M'yi ses çıkaramayıp kolları düşene kadar tüm güçleriyle çekmiş; akabinde ölebileceğinden korkarak ara ara kayışı gevşetmişlerdir. M'nin bilinçsiz bir biçimde kendinden geçtiğini fark eden failler, bu sefer onu canlandırmaya çalışmışlar ancak başarısız olmuşlardır^[73].

Federal Mahkeme, faillerin mağdurun ölümünü hukuki anlamda onayladıklarından bahisle cezalandırılmaları gerektiğine karar vermiştir. Mahkemeye göre, failler en başından beri ölüm riskinin farkındaydı, bu riske rağmen eylem planından vazgeçmemişlerdi ve bunu göze almışlardı. Bu nedenle ölüm neticesini eylem planları dâhilinde kabullenmişlerdi. Yarattıkları tehlike nedeniyle, ölüm neticesinin meydana gelmeyeceğine güvendiklerine dair somut olgular bulunmamaktaydı^[74].

[72] BGH, Urteil vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55 BGHSt 7, 363, NJW 1955, 1688.

[73] Halbig, "Abgrenzung zwischen bewusster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz", s. 76; Der Lederriemenfall nach BGHSt 7, s. 363, <https://www.lecturio.de/magazin/bghst-7-363-lederriemenfall/> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[74] Rita Vavra ve Sascha Holznagel, "Der Bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem", *ZJS*, Yıl: 2018, Sayı, 6, https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_6_1262.pdf (Yayın Tarihi: 15.01.2024).

Doktrinde bu karar eleştirilmiştir. Faillerin eylem planını uygularken öldürme düşüncesi ile değil, bayılarak para alma düşüncesi ile davrandıkları, neticenin meydana gelmesine engel olmak istedikleri, bu nedenle faillerin olası kast ile hareket etmedikleri ileri sürülmüştür. Federal Mahkemenin bu kararı ile olası kastta isteme unsurunu genişlettiği ancak ortadan kaldırmadığı ifade edilmiştir^[75]. Federal Mahkeme, müşterek faillikten bahsedebilmek için; faillerin birbirlerinin eylemine destekleyici bir biçimde katkı sunması ve birbirinin eylemini tamamlaması gerektiğini vurgulamıştır. Somut olayda faillerin aynı amaç doğrultusunda, birbirini destekler mahiyette hareket ettiklerini, suçun işlenmesi konusunda ortak menfaatlerinin bulunduğunu belirterek müşterek fail olarak hareket ettiklerini kabul etmiştir^[76].

Kanaatimizce, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararı yerindedir. Olası kastın bilme unsurunun somut olayda bulunduğuna dair bir tereddüt yoktur. Failler yarattıkları tehlikenin neticesinde ölümün meydana gelebileceğini en başından öngörmüşlerdir. Buna rağmen, eylem planlarından vazgeçmemişler, ölüm riskini göze almışlardır. Her ne kadar arada kemeri gevşetmiş ve hayata döndürmek için bir çaba içerisine girmişlerse de neticeyi kabullendiklerinin kabulü yerindedir. Esasen gösterilen bu çaba sonucun önlenmesi bakımından yetersiz kalmış ve istenmeyen sonuca failler katlanmıştır. Keza, olası kast ile hareket edilen durumlarda neticenin gerçekten istenmemiş olması kastın kabulü bakımından bir sorun teşkil etmez.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, Berlin araba yarışı (Berliner Autoraser-Fall) olarak bilinen olayda, olası kast ve bilinçli taksir hükümlerini müşterek faillik bakımından değerlendirmiştir^[77]. Karara konu olayda, kırmızı ışıkta duran N, gece vakti 00.30 sıralarında, yan koltukta kız arkadaşı K olduğu

[75] Taylor, "Concepts of Intention", s. 113.

[76] Müşterek faillğe ilişkin benzer bir karar için bkz. BGH, Beschl. v. 06.08.2019 – 3 StR 190/19, Mittäterschaft, <https://kripoz.de/Schlagwort/mittaeterschaft/> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[77] BGH, Beschluss vom 16.06.2019- 4 StR 345/18, karara erişim için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=4%20StR%20345/18&nr=93009> (Yayın Tarihi: 19.05.2024); Der Dolus Eventualis und Sein Beweis, Der Berliner Raserfall, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Puppe/dolus_eventualis.pdf (Yayın Tarihi: 19.05.2024).

halde, diğer araç sürücüsü H ile belli bir yere kadar yarışma konusunda anlaşılırlar. H, hedefe birinci olarak ulaşmak amacıyla kırmızı ışıkları hiçe sayarak ve hız sınırını büyük oranda aşarak araç kullanmış; diğer araç sürücüsü N ise ilk önce iki kırmızı ışıkta durmuş, daha sonra hız limitini çok fazla aşarak H'yi takip etmeye başlamıştır. Başlangıçta kurallara uyan N, sonradan kuralları ihlal etmiştir. Araçlar kazanın meydana geldiği kavşaktaki kırmızı ışığı da geçmişler, saatte 170 km hıza ulaşmışlardır. H kendisine yeşil yanan ve sağdan gelerek kavşağa giren W'nin aracı ile şiddetli bir biçimde çarpışmış, H'nin aracı N'nin aracı ile de çarpışmış, mağdur W olay yerinde hayatını kaybetmiş, N'nin kız arkadaşı K da ağır yaralanmıştır. Olayda araç sürücüleri N ve H hafif bir biçimde yaralanmıştır^[78].

Berlin Eyalet Mahkemesi, her iki sürücüyü olası kastla öldürmeden sorumlu tutmuştur. Al. CK § 211'de düzenlenen kasten öldürmenin nitelikli halinden (Mord) cezalandırılmalarına karar vermiştir. Eyalet mahkemesinin kabulüne göre, gece vakti de olsa olayın gerçekleştiği yer merkezi bir yer olup her an başka araçların geçmesi ihtimali bulunmaktadır. Failler sahip oldukları araçların lüks ve güçlü olması nedeniyle kendilerini güvende hissetmiş, araçlarını hız limitinin üzerinde kullanarak ve kırmızı ışıkta durmadan geçmeleri nedeniyle ölüm neticesini öngörmüş ve ölüm sonucu kabullenmişler, neticenin meydana gelmesine ciddi bir biçimde güven duymayarak işi şansa bırakmışlardır. Faillerin 170 km/saat hıza ulaşarak trafik kurallarını ağır bir biçimde ihlal etmelerinin, başkalarının hukuki menfaatlerine karşı düşüncesizce bir hareket olduğu, bu durumun suçun maddi unsurunun ve aynı zamanda kusurluluğun bir göstergesi olduğu kararda vurgulamıştır. Faillerin davranışları ile ölen kişi ve diğer insanlar bakımından somut bir tehlike yarattıkları, sübjektif açıdan böyle bir tehlikeyi öngörmenin yeterli olduğu, acil bir durumda araçlarını kontrol edebilecekleri, gerekirse kaçabileceklerini

[78] Christoph Zehetgruber. "Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-“ bzw. „Raserfällen", *KriPoZ*, Cilt, 6, 2018, s. 358. Kararla ilgili açıklamalar için ayrıca bkz. Reşit Karaaslan. "Ölüm veya Yaralama İle Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı, 145, 2019, s. 205-207; Esmâ Nur Tarhan, "Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt, 24, Sayı, 3, 2020, s. 467.

varsaysalar dahi, ulaşılan hız ve kırmızı ışık ihlali dikkate alındığında bir zararın meydana gelmemesinin şansa bırakıldığı ifade edilmiştir^[79].

Federal Yüksek Mahkeme, faillerin de olayda ciddi bir biçimde yaralanma tehlikelerinin olduğunu, neticenin meydana gelmeyeceğine dair güven içinde hareket ettiklerini, suçun manevi unsuru bakımından olası kastla ölümün failer tarafından onaylanmadığını, bu nedenle olası kast hükümlerinin uygulanma yerinin bulunmadığını, bilinçli taksir halinin varlığını kabul edilmiştir. Mahkemeye göre, eyalet mahkemesi tarafından sanıkların birden fazla aracın karıştığı diğer kaza kombinasyonlarını veya birinci çarpışmanın dışındaki diğer çarpışmaların neticesinde kendileri veya üçüncü şahısların zarar görebileceği kaza sonuçlarını mümkün ve bunları kabul ettiğini kanıtlayamamıştır. Her ne kadar yüksek hız nedeniyle bir kazanın meydana gelmesi olası ise de, meydana gelen ilk kazanın sonucunda başka kazaların meydana gelebileceği hususunun faillerin bilgisinde olduğu ve kabullenildiği açıklanmamıştır. Sanıkların kazanın kontrolsüz bir şekilde genişlemesini, aracın takla atmasını ve dolayısıyla kazaya karışan diğer tarafın ölümünün ötesinde, üçüncü şahıslara yönelik bir tehlikeyi fark ettiği ve onayladığı açık değildir. Olası kastın varlığı, somut olayda objektif bir biçimde belirlenmelidir. Prensip olarak, eylem ne kadar tehlikeli ve sonuç ne kadar muhtemel ise, kasıtlı olma ihtimali de o kadar yüksektir^[80].

Federal Mahkemeye göre, her iki sanığın da o sırada hala çok sayıda araç sürücüsünün bulunduğu şehir içi bölgede, kırmızı ışıkta geçerken azami 170 km/saat hızla araç kullandığı dikkate alınır, bilme unsurunun kabulü sorun teşkil etmez. Her ikisinin de çarpışma olasılığını bildikleri varsayılabilir. Bilinçli taksir halinde fail, yükümlülüğünü ihlal ettiğinde muhtemel sonucun meydana gelmeyeceğine inanırken; olası kastta bu durumu kabullenir. Kararda, faillerin daha önceki yarışlarda başlarına bir şey gelmemesi, kendilerinin ve araçlarının zarar görmesini istemedikleri, bir kazanın vuku bulması halinde yarışı kaybedeceklerini bildikleri, H'nin emniyet kemeri takmayarak kaza olasılığını ciddi bir biçimde öngörmediği, bu nedenle iradi unsurun bulunmadığı ifade edilmiştir. Buna göre, olası kast

[79] “Der BGH und die „mörderischen Raser”, <https://www.juracademy.de/rechtsprechung/article/bgh-moerderischen-raser> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[80] Bkz. “Der BGH und die „mörderischen Raser”. Hörnle, “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, s. 1576.

veya bilinçli taksir failin iç dünyasına ait bir mesele olduğundan, ex ante bir değerlendirme ile ve failin bakış açısıyla ele alınmalıdır. Failler için bir yaşamsal riskin varlığı, kendilerine yönelik tehlike algısı; ölüm veya yaralanma veya araçlarının ciddi bir biçimde zarar görme riskinin kabullenilmediği ve riskin gerçekleşmeyeceğine dair güven hususunda bir gösterge olabilir^[81].

Federal Yüksek Mahkeme, olayda her iki araç sürücüsünün müşterek fail olarak sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir. Mahkeme, faillerin olası kast ile birlikte suç işleme kararı bulunmadığından eylemde müşterek fail olarak değerlendirilemeyeceklerine karar vermiştir^[82]. Eyalet mahkemesinin, müşterek faillik çerçevesinde H'nin eylemini N'ye karşılıklı olarak yüklemesi, Federal Yüksek Mahkeme tarafından kabul görmemiştir. Buna göre, müşterek faillikten bahsedebilmek için faillerin ortak bir eylem planı ile hareket etmeleri, fiili birlikte işleyerek karşılıklı olarak birbirlerini desteklemeleri, tamamlayıcı davranışlarda bulunmaları gerektirir. Dolayısıyla, somut olayda, faillerin başka bir kişiyi öldürmeyi öngören ortak bir suç planlarının olmadığı ve ayrıca N'nin destekleyici, takviye edici bir katkısının olduğuna dair kanıt olmadığı görüşü benimsenmiştir^[83].

Mahkemeye göre, müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda, temel alınacak ölçüt her zaman Al. CK § 25/2 uyarınca suç teşkil eden harekettir. Bu nedenle, öldürme suçlarında birlikte faillikten bahsedebilmek için, bir kişiyi öldürmeye yönelik ortak kararın ve bunun iş birliği çerçevesinde birlikte gerçekleştirilmesi aranmalıdır. Faillerin bir kişinin ölümüne sebep olan fiili işlemeye karar vermeleri, ölüm neticesinden sorumlu tutulmaları için

[81] Bkz. "Der BGH und die „mörderischen Raser". Zehetgruber, "Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-" bzw. „Raserfällen", s. 361.

[82] Vavra ve Holznel, "Der Bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem", s. 559. Doktrinde Puppe'ye göre, failler akılsızca davranmışlardır. Yazara göre, olayda failler her ne kadar bir kazanın gerçekleşmesini istememişlerse de, akli başında bir insanın yapmayacağı, açık ve kontrol edilemeyecek bir biçimde üçüncü kişileri tehlikeye atmışlardır. Böyle davranmakla her şeyin yolunda gideceğine güvendiklerinden de bahsedilemeyecektir. Bu nedenle olası kast hükümlerinin uygulanması gerekir. LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17, ZIS 2017, www.zis-online.com (Yayın Tarihi: 15.01.2024), s. 441.

[83] Bkz. "Der BGH und die „mörderischen Raser". Momsen, "Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle" als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?", s. 79.

yeterli değildir. Kazaya kadar geçen sürenin çok kısa olması ve sanıkların yarışın yakında sona ermesine ve yarışı kazanmaya odaklanmaları göz önüne alındığında, sanıkların bir kişiyi öldürmeye yönelik ortak niyetlerinin üstü kapalı bir biçimde gerçekleştiği söylenemez. N'nin diğer failin eylemini tamamlayıcı, destekleyici bir davranışının olduğu yönündeki görüş yerinde değildir^[84].

Kanaatimizce mahkemenin bu kabulü yerindedir. Olası kastın tartışıldığı durumlarda, faillerin de zarar görme ihtimalinin, somut olayda yaralanma veya ölme riskinin bulunduğu araştırılmalıdır. Bu durum faillerin neticeyi kabullenmediği ve her şeyin yolunda gideceğine dair güven duyduklarını ortaya koyan bir gösterge olabilir. Esasen, olası kastta isteme unsurunu ifade eden kabullenme olgusu, faillerin ruhsal durumu ile alakalı bir meseledir. Bu nedenle tespitinde güçlükler yaşanması normaldir.

Federal Yüksek Mahkemenin faillerin müşterek fail olarak fiili gerçekleştirmediklerine dair kabulü de yerindedir. Failler her ne kadar yarışma konusunda anlaşmış ise de, olası kast ile ölüme sebep olmak hususunda bir iştirak iradelerinin olduğundan söz edilemez. Somut olayda bilinçli taksir hükümlerinin uygulanması gerekir. Taksirle işlenen suçlarda fiile kusurları oranında faillerin katılması mümkündür. Ancak bu durumda her fail kendi fiili sebebiyle, müstakil fail olarak sorumlu olacaktır.

Federal Yüksek Mahkeme'nin bir kararında yağma suçunun işlenmesi sırasında olası kast ile öldürmeye teşebbüs suçu, müşterek faillik bakımından değerlendirilmiştir. Karara konu olayda, failler S ve C, eylemi sustalı bıçak ile gerçekleştirmek amacıyla anlaşmışlardır. S, karate atlayışı ile mağdur R'nin üzerine atlamış, aralarında çıkan tartışma üzerine mağdurun göğsüne ve kalçasına iki güçlü bıçak darbesinde bulunmuştur. Bu esnada C, olaya karışmadan kenardan izlemiş, elinde bulundurduğu kelebek bıçağı ile kendisini

[84] Bkz. "Der BGH und die „mörderischen Raser"". Alman hukukunda, araba yarışları nedeniyle meydana gelen ölüm ve yaralanma hadiselerinin önlenmesi ve uygulama ile doktrindeki tartışmaların önüne geçilmesi amacıyla bir kanuni düzenlemeye gidilmiştir. Al. CK § 315d ile yasa dışı araba yarışlarında kastın ispatındaki zorluk nedeniyle özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre, kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi halinde on yıla kadar hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

güvenli alanda tutmuş, birkaç kez S'yi yanına gelmesi için çağırmış, her iki fail olay yerinden yağma suçunu tamamlamadan ayrılmışlardır^[85].

Eyalet mahkemesi, faillerin olası kastla öldürmeye teşebbüs amacı ile hareket ettiğini kabul etmiştir. Federal Yüksek Mahkeme, C'nin eylemi açısından değerlendirmelerde bulunmuştur. Buna göre, müşterek faillerden biri, diğer suç ortağının eylemlerinden en azından olası kastının varlığı halinde sorumludur. Aşan kısmın öngörülebilir olmaması halinde bu kısım faile yüklenemez. Mahkemeye göre, dosyadaki mevcut deliller ışığında; C, yağma suçunun işlenmesinde bıçak kullanılacağını bildiği sabit olsa da, mağdurun öldürülmesini kabullendiği ispatlanamamıştır. C'nin diğer faile defalarca yanına gelmesini söylemesi, yaralının yanından uzaklaşmasını istemesi nedeniyle olası kast ile öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması yerinde değildir. Çünkü S ortak suç planını öylesine aşmıştı ki, C'nin bunu hesaba katması kendisinden beklenemeyecek bir durumdur.

Federal Yüksek Mahkeme, bir başka kararında, birden fazla failin tekme ve yumruklarla kendilerinden güçsüz olan bir kişiyi öldürdükleri olayda olası kast ve iştirak hükümlerini incelemiştir. Mahkeme, faillerin olay sırasında birlikte hareket etmeleri, fiil üzerinde icrai hâkimiyet kurmaları sebebiyle eylemin karşılıklı olarak birbirlerine yüklenebileceğine karar vermiştir. Faillerin tekme ve yumruklarla darp eylemi sırasında ölüm sonucunu kabullendiklerini, aralarında zımni bir suç işleme kararının olduğunu, dolayısıyla olası kast ile öldürmenin meydana geldiğini kabul etmiştir^[86]. Mahkemeye göre, benzer kararlarda vurgulandığı üzere, faillerin olası kast veya bilinçli taksirle hareket edip etmedikleri, her bir fail yönünden suçun tüm objektif ve sübjektif unsurları dikkate alınarak incelenmelidir. Bu inceleme, suça iştirak edenlerin fiilin işlendiği esnada hangi saik ve psikolojik durum ile hareket ettiğini de içermelidir. Suçun işlenmesi anında failin ruhi durumu göz önünde bulundurulurken, neticeyi öngörmesini etkileyebilecek hususlar da dikkate alınmalıdır^[87].

[85] Karar için bkz. BGH, Beschluss vom 03.03.2011–4 StR 52/11, <https://openjur.de/u/165135.html> (Yayın Tarihi:12.10.2024).

[86] Karar için bkz. BGH, Urteil vom 26.01.2005–5 StR 290/04, <https://openjur.de/u/181492.html> (Yayın Tarihi: 12.01.2024).

[87] Karar için bkz. BGH, Urt. v. 26.1.2005-5 StR 290/04, http://www.wiete-straftrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html (Yayın Tarihi: 14.01.2024). Benzer bir olayda,

Alman Federal Yüksek Mahkemesi, müşterek failliğin söz konusu olduğu durumlarda, her bir suç ortağının, diğer kişilerin eylemlerinden yalnızca kendi kastı kapsamında sorumlu olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre, suç planına uygun olarak, tehlikeli bir aletin kullanılmasını içerse dahi, kendisi böyle bir alet kullanmayan bir suç ortağının mağduru öldürmek için olası kastla hareket ettiği sonucu otomatik olarak çıkarılamaz. Kararda grup dinamikleri içerisinde düşünmeden suça katılmanın mümkün olabileceği, bu nedenle olası kast veya bilinçli taksirin dikkatle incelenmesi gerektiği izah edilmiştir^[88]. Bununla birlikte, diğer bir failin gerçekleştirdiği eylem, somut olayın koşulları çerçevesinde beklenmesi gereken bir durum ise, ortak suç işleme kastı kapsamındadır. Ciddiyetleri ve tehlikeliliği eşdeğer olan neticeler, istenmemiş olsalar dahi faillerin iradesi içinde kabul edilmelidir. Aynı şekilde, suç ortağının eylemlerine kayıtsız kalan, bunu onaylayan veya umursamayan failler neticeden sorumludur^[89].

Kanaatimizce, Federal Yüksek Mahkeme'nin olası kasta ve suça iştirake ilişkin tespitleri son derece önemlidir. Her bir fail yönünden objektif ve sübjektif unsurların birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, faillerin gerçekleştirmeyi planladıkları bir fiilin icrası sırasında, istenmeyen bir neticenin meydana geldiği her durumun faillere karşılıklı olarak yüklenemeyeceğine dair tespiti de yerindedir.

Dessau-Rosslau Bölge Mahkemesinin bir kararında, yirmi iki yaşındaki maktul, failler tarafından bıçaklanarak öldürülmüştür. Mahkeme, maktulün bıçaklanması esnasında kalp krizi geçirmesi nedeniyle öldüğünü tespit etmiştir. Somut olayda, kasten öldürme hükümlerine göre değil, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçu hükümlerine göre faillerin cezalandırılmasına karar verilmiştir. M. Volkan, Dülger. "Yargıtay 1. CD'nin Doğrudan Kast-Olası Kast Ayrımına İlişkin Kararının Türk ve Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 74.

[88] BGH, Beschl. v. 1.9.2016–2 StR 19/16 Rn. 19, <https://openjur.de/u/2115666.html> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

[89] BGH, Urt. v. 22.11.2000–3 StR 331/00–NStZ 2001, 143; BGH, Urt. v. 19.3.2013–5 StR 575/12, kararlar için bkz. http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html#mittaeterschaft (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

B) YARGITAY KARARLARI

Yargıtay'ın, suçun iştirak halinde ve olası kastla işlenmesine dair kararları bulunmaktadır.

Yargıtay, araba yarışları ile ilgili, Alman Federal Yüksek Mahkemesi ile benzer yönde kararlar vermektedir. Faillerin gündüz vakti, hız limitinin 110 km/saat olduğu meskûn mahal dışında, 200 km/saat hızla şehirlerarası yolda üç araç halinde yarış yaptıkları, sanıklardan birinin direksiyon hâkimiyetini kaybederek kazaya sebebiyet verdiği ve araçta bulunan bir kişinin öldüğü olayda bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasına karar vermiştir^[90].

Kanaatimizce, Yargıtay kararına konu olayda, faillerin yüksek hızla yarış yapmaları sebebiyle ölüm veya yaralama sonuçlarının meydana geleceğini öngördükleri sabittir. Ancak, olası kastın iradi unsuru bakımından, sonucun kabullenildiğini söylemek güçtür. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararında vurguladığı üzere, faillerin aracın içinde olmaları, kendilerinin ve araçlarının zarar görmesini istememeleri, kazanın meydana gelmemesi için manevra yaptıkları ve çaba sarf ettikleri anlaşılmaktadır. Yaratılan riziko sebebiyle istenmeyen neticenin göze alındığı, onaylandığını tespit etmek güçtür. Keza, tüm faillerin meydana gelen yaralama ve ölüm neticesini birlikte gerçekleştirmek hususunda ortak suç işleme planından da söz edilemeyecektir. Esasen, burada, öngörülen ancak istenmeyen netice, başka bir deyişle

[90] “Olay tarihinde sanığın araba severler grubu olarak, Orhangazi ilçesinden idaresindeki otomobil ile ön sağ koltukta H. A. Y., arka koltukta ise ölen arkadaşı F. K. olduğu halde, H. H. A., E. K., L.Ç., O.B. ve D. K.'ın kullandığı araçlarla birlikte toplam altı tane aracın, pazar günü gündüz vakti, Bursa'ya doğru yola çıktıkları; hız limitinin 110 km/s olduğu meskun mahal dışında, 7 metre genişliğindeki tek yönlü yolda seyir halinde iken, yolda üç aracın, sanık ile tanıklar E. K. ve H. H.'ın araçlarının yarışa tutuştukları, iki aracın peşinden gelen sanığın, tanık H. H.'ın aracını geçip öndeki arkadaşı tanık E.'i geçmek için yolun sağından soluna ve tersine makaslar yaparak yaklaşık 200 km/s hızla ilerlediği sırada öndeki aracın yavaşlaması üzerine bu araca çarpmamak için sağa kırdığında direksiyon hakimiyetini kaybederek yolun sağındaki Joil Petrol İstasyonunun 2 nolu yakıt pompasına çarpması sonucunda F. K.'ın ölümüne, asli kusurlu olarak neden olduğu olayda; sanık hakkında, hız limitini üstünde ve yarış yapmak suretiyle olay neden olması nedeni ile bilinçli taksir koşullarının oluştuğu ve hükümde sanık hakkında TCK'nın 22/3. maddesi gereğince bilinçli taksir hükümlerinin uygulanmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır. Sanık müdafininin bu yöndeki temyiz itirazları reddedilmiştir”. Yargıtay On İkinci Ceza Dairesi, 11 Mayıs 2023 Tarih ve E.2020/4908, K.2023/1593.

korkulan başa gelmiştir. Bu nedenle, bilinçli taksirin kabulü yönündeki tespitlere katılmaktayız. Keza, bir başka kararda failin önceki tecrübelerine güvenerek sonucun meydana gelmeyeceğine güvendiği, içinde bulunduğu ruhi durum ve somut olayın objektif koşulları çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği isabetli bir biçimde vurgulanmıştır^[91].

Bir göçmen kaçakçılığına konu olayda, sanıklar, suçta kullanılan teknenin teknik özellikleri itibarıyla çok sayıda göçmeni taşımaya elverişli olmadığını öngörmelerine rağmen denize açılarak göçmenlerin ölüme sebebiyet vermişlerdir. Yargıtay, failerin böyle bir tekne ile denize açılmaları durumunda ölüm riskinin varlığını ciddi bir biçimde öngördüklerini, tehlikenin farkında

[91] “...daha önce alkollü olarak araç kullanmasından dolayı hakkında trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilen ve kazadan yaklaşık 2 saat 22 dakika sonra yapılan ölçümde 1,38 promil alkollü olduğu belirlenen sanık S.’un, güvenli sürüş yeteneğini ortadan kaldıracak ölçüde alkollü olmasına rağmen direksiyon başına geçip, yönetimindeki otomobili, azami hız limitinin 70 kilometre/saat olarak belirlendiği yerleşim yeri içinde yasal hız sınırının neredeyse iki katına varacak şekilde süratlice ve tanık M. A.’nin hızını azaltması yönündeki uyarılarını dikkate almayıp, temyiz dışı mağdur sanık Y. E.’nin idaresindeki araçla önceden kararlaştırılmasa dahi yarış yaparcasına sürmeye devam ettiği, sürüşle ilgili becerilerinde azalma olduğu ve bu hâli ile yaralama ya da ölüme neden olabileceğini öngördüğü hâlde, önceki tecrübelerinin olumsuz neticelenmemesine olan güveni sebebiyle ölüm veya yaralanma ile neticelenebilecek kazayı önleyebileceğine güvendiği, böyle bir zanla objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı hareket ederek, asli kusurlu olarak meydana getirdiği kaza sonucunda bir kişinin ölümüne ve bir kişinin nitelikli şekilde yaralanmasına neden olduğu, bununla birlikte temyiz dışı sanık A.’ın yönetimindeki aracın sol şeride yöneldiğini gördüğünde onu selektör yaparak ikaz ettiği, temyiz dışı sanık A.’ın yönetimindeki aracın sol şeride yerleşerek, istikametini kapatması üzerine oluşması muhtemel kazayı önlemek amacıyla ve şoförlük yetenekleri ile süratine güvenerek, geriden gelen temyiz dışı mağdur sanık Y. E.’nin idaresindeki aracın önüne geçebileceğini düşünüp, kontrolsüzce sağ şeride doğru manevra yaptığı; ancak, meydana gelen sonucu kabullenmediği ve arzulamadığı, bu nedenle olası kastın uygulanma koşullarının oluşmadığı, gerçekleşmesini istemediği ancak öngördüğü sonucun meydana gelmesini engelleyecek şekilde objektif özen yükümlülüğüne uygun davranmayan sanık S.’un bir kişinin ölümüne ve bir kişinin nitelikli şekilde yaralanmasına neden olma eyleminde bilinçli taksirle hareket ettiği, sonuç olarak sanık S.’un eylemine uyan suç vasfının doğru biçimde belirlendiği anlaşıldığından, sanık müdafilerinin ve katılanlar vekilinin suç vasfına yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmemiş, hükümde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır”. Yargıtay On İkinci Ceza Dairesi, 21 Şubat 2023 Tarih ve E.2022/9556, K.2023/512.

olduklarını, buna rağmen eylemlerinden vazgeçmediklerini kabul ederek, müşterek fail olarak sanıkları olası kast ile öldürmeden sorumlu tutmuştur^[92].

Karardan anlaşılacağı üzere, beş yolcu kapasitesine sahip tekneye ondokuz yabancı uyruklu yolcu alınmış ve yolculardan beşi hayatını kaybetmiştir. Kararın içeriğinden faillerin göçmenleri birlikte yurt dışına çıkarma hususunda anlaşmaları sabittir. Teknenin ebatı ve teknik özellikleri itibarıyla yeterli donanım ve personele sahip olmadığı; daha önce benzer ölümle sonuçlanan hadiselerin de gerçekleştiği dikkate alındığında ölüm neticesinin öngörülebilir olduğu anlaşılmaktadır. Olası kast hükümleri bakımından bilme unsuru somut olayda mevcuttur. Ancak faillerin kendilerinin de aynı teknede bulunmaları sebebiyle yaratılan tehlikeli durumdan etkilenip etkilenmedikleri, kendi yaşamlarını da riske atıp atmadıkları anlaşılmamaktadır. Faillerin can güvenliğinin olmadığı bir durumda neticeyi ne şekilde kabullendikleri veya onayladıkları şüpheli hale gelecektir. Bu meyanda, faillerde ve yolcularda can yeleklerinin olup olmadığı araştırılmalıdır. Dolayısıyla faillerin neticenin meydana gelmeyeceğine dair somut delillere dayanan güvenlerinin olup olmadığı, işin şansa bırakılıp bırakılmadığı, ölüm veya yaralama sonucunun önlenmesi için bir çaba içerisine girilip girilmediği hususları belirsizdir. Somut olayda, bilinçli taksirin neden gerçekleşmeyeceği, yukarıda saydığımız çekinceler çerçevesinde karşılanmamış; gerekçede bunlara yer verilmemiştir. Failler de teknede bulunmuş, kendilerinin ve göçmenlerin ölüm riskini önlemeye yönelik her göçmene can yeleği dağıtılmış, önceki tecrübelerine

[92] "...eylemin sanıklar Ş. ve K. tarafından birlikte gerçekleştirildiğinin saptandığı, göçmenlerin deniz yoluyla naklinde kullanılan teknenin sanık Ş. tarafından bizzat görüldüğü ve kullanıldığı, sanık Kasım'ın ise, cep telefonunun imaj dosyasında yapılan bilirkişi incelemesine göre suçta kullanılan tekne ile ilgili yazışmalar yapmış olması karşısında teknenin özelliklerini bildiğinin kabulü gerektiği, bu itibarla sanıkların baştan itibaren göçmen kaçakçılığı organizasyonunun bir parçası oldukları, iştirak iradesi ile hareket ettikleri, teknik donanımdan yoksun, denize açılmaya elverişli olmayan tekneyle, yeterli araç ve personel olmaksızın 5 yolcu kapasitesinin oldukça üstündeki 19 yabancı uyruklu göçmeni Yunanistan'a göndermek üzere yola çıkaran sanıkların eylemi ile ölümler arasında illiyet bağı bulunduğu, takdir indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında, yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmasına karar verildiği, sanık K. lehine uygulanabilecek başkaca lehe yasa hükmünün ise bulunmadığı anlaşıldığından, hükümlerde bu yönleriyle hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 11 Eylül 2023 Tarih ve E.2022/2945, K.2023/5176.

dayanarak neticenin meydana gelmeyeceğine güvenilmiş ise failerin bilinçli taksirden; aksi halde olası kastından söz etmek gerekir.

Yargıtay incelemesinden geçen bir başka olayda; dosya kapsamındaki delillerden sanıkların olay günü hasımları olan kişiyi öldürmek amacıyla plan yaptıkları ve sanıkların maktulün mahallesine gelerek yaptıkları plan doğrultusunda her birinin ayrı silahlarla ateş ederek husumetlisi olan şahsı öldürdükleri anlaşılmıştır. Bu olayla alakası ve sanıklarla herhangi bir husumeti de bulunmayan üçüncü bir kişi de aynı sokak üzerinde, sanıklara göre maktulden on beş metre daha uzakta olduğu halde, vücuduna aldığı bir adet mermi çekirdeği yarası nedeniyle hayatını kaybetmiştir. Olayın oluş şekli, tarafların konumları dikkate alınarak, sanıkların hedefi olan kişiyi silahla öldürmeleri olayında üçüncü bir şahsın vurulacağına muhakkak olmadığı, üçüncü kişinin ölümüne neden olan kurşunun hangi sanığın silahından çıktığı ise tespit olunamamıştır. Dört sanığın silahları ile ayrı ayrı ateş etmeleri suretiyle fiil üzerinde birlikte hâkimiyet kurdukları ifade edilmiştir. Olayın meydana geldiği sokağın dar oluşu, bu alanda silahlarını kasıtlı olarak ateşlemeleri ve bu fiili işlerken neticelerini öngörüp bunları kabul ettikleri değerlendirilerek olası kastla her bir sanığın üçüncü bir kişinin ölümünden iştirak halinde sorumlu oldukları kabul edilmiştir^[93].

Bir başka olayda Yargıtay, benzer şekilde, her iki sanığın ayrı silahlarla ateş etmek suretiyle asıl öldürmek istedikleri kişi dışında, araçta bulunan üçüncü bir kişinin yaralanmasına sebep oldukları gerekçesiyle yaralama eyleminden cezalandırılmalarını yerinde bulmuştur. Davaya konu olayda, failerin ikisinin silah kullandığı tespit edilmiş ve failer asıl eylemi birlikte gerçekleştirirken, üçüncü bir kişinin yaralanmasına sebebiyet vermişlerdir^[94].

[93] Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 23 Şubat 2022 Tarih ve E.2020/2876, K.2022/1405.

[94] “İleri sürülen iddia ve savunmaların toplanan delillerle birlikte gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterildiği, vicdani kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, eylemin sanıklar tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olduğu, dosya kapsamında eksik incelemenin söz konusu olmadığı, katılanların beyanları, teşhis tutanaklarının içeriği, olay yerinden ele geçirilen kovanların iki ayrı silahla atıldıklarına dair uzmanlık raporu, sanıkların savunmalarının aksine olay gün ve saatinde olay yerinde bulduklarını destekleyen HTS kayıtları ile Olay ve Olgular kısmında yer verilen diğer deliller karşısında haklarında mahkûmiyet hükümleri kurulmasında bir isabetsizlik

Yargıtay incelemesinden geçen bir başka olayda, karşıt iki grup arasında silahlı çatışma meydana gelmiş, kimin silahından çıktığı belirlenemeyen bir merminin isabet etmesi sebebiyle, taraflar ile husumeti bulunmayan bir kişi hayatını kaybetmiştir. Yargıtay, sokak üzerinde iki taraflı silahlı çatışma şeklinde gerçekleşen olayda, maktulün ölümüne sebep olan merminin hangi sanığa ait silahtan atıldığına belirlenemediği hallerde, iki grup üyeleri arasında birlikte suç işleme kararı olmadığından, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince her bir sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Söz konusu kararda, iki üye, tüm sanıklar yönünden olası kast ile öldürmeden ceza verilmesi gerektiğini düşünerek karara muhalefet şerhi yazmıştır^[95]. Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlarda benzer şekilde uygulamaya devam edildiği, karşıt gruplar arasında bir çatışma söz konusu

bulunmadığı, her ne kadar Bölge Adliye Mahkemesi kararında istinaf istemleri hususunda ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmemiş ise de bu bölümde, ilgili temyiz sebeplerine yönelik gerekçeli değerlendirme yapılarak söz konusu eksikliğin Yargıtay tarafından giderilmiş olduğu, sanıkların önceye dayalı husumet nedeniyle katılan H.'ı hedef alarak, elverişli silahlarla yakın mesafeden birden fazla kez öldürme kastıyla ateş ettikleri ancak; aracın hareket halinde olması ve ateş sesi ile birlikte hızlanması sebebiyle katılan H.'ın isabet almadığı, bu nedenle eylemin teşebbüs aşamasında kaldığı, sanıkların önceki öldürme suçuna fail, yardım eden veya azmettiren olarak iştiraki bulunmayan katılan H.'ı bir görevi yerine getirme inancı ve sırf kan gütmeye saikiyle öldürmeye teşebbüs ettikleri, olay anında aynı araçta bulunan ve kırılan cam parçalarının isabet etmesi nedeniyle yaralanan katılan F.'e karşı gerçekleştirilen eylemin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğunun kabulünde bir isabetsizlik bulunmadığı, takdiri indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında, yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmasına karar verildiği anlaşıldığından, anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde eleştiri nedeni dışında hükümlerde hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 22 Mart 2023 Tarih ve E.2022/3023; K.2023/1220.

[95] "Sokak üzerinde iki taraflı silahlı çatışma şeklinde cereyan eden olayda, maktulün ölümüne sebep olan merminin hangi taraftan atıldığına tespitinin mümkün olmadığı kabul edilen olayda; olası kasıtlı işlenen suçlarda fiilen birlikte hareket etmeyen karşı gruplardaki sanıklar hakkında TCK'nin 37. maddesinde belirtilen müşterek faillik hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı, maktulün ölümüne neden olan sanıkların belirlenip, neticeye göre cezalandırılmaları gerektiği, iki ayrı gruba ait sanıklar arasında birlikte suç işleme kararı ve iştirak iradesi bulunmadığına göre, oluşan şüphenin sanıklar lehine yorumlanması suretiyle ayrı ayrı beraatlerine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 20 Mart 2019 Tarih ve E.2018/5762, K.2019/1750.

olduğunda, merminin silahından çıktığı tespit edilen sanığın olası kast ile ölüm neticesinden sorumlu tutulduğu görülmektedir^[96].

Yargıtay, bu tür durumlarda, faillerin her birinin ateş edip etmediğini ele almaktadır. Şayet faillerin hepsi ateş etmiş ve bu eylem sonucunda istenmeyen bir netice meydana gelmişse faillerin tamamının olası kast ile meydana gelen neticeden cezalandırılmalarına karar verilmektedir. Aksi halde, müşterek faillerden silahla ateş etmeyenler bakımından olası kastın gerçekleşmeyeceğine hükmedilmektedir. Bu durumda, sadece silahı kullanan ve ölüme sebep veren kişi cezalandırılmakta; diğer failler ise iştirak iradeleri istenmeyen sonucu kapsamadıklarından dolayı sorumlu tutulmamaktadır^[97].

[96] “12.09.2019 günü sanık İ. H. B., S. Efendi Sokak girişinde bulunan Akbank önünde sokak içerisinde telefonla konuşmakta iken, yoğun olarak motosiklet sesleri geldiğini duyması üzerine motosikletli olan temyiz dışı sanık M. E. ve yanındaki arkadaşı S.’e telefonla konuştuğunu belirterek gürültü yapmamalarını söylediği, bunun üzerine İ. H. ile M. arasında tartışma çıktığı, etraftakilerin müdahale etmesi sonucunda motosikletli şahısların olay yerinden ayrıldığı, bir süre sonra M.’un yanında diğer iki arkadaşı temyiz dışı S. A. ve M. S. T. ile tekrar olay yerine geri geldiği, sanık İ. H. gelen şahıslar ile tartışırken akrabası olan temyiz dışı O. A.’in de olaya dahil olduğu, olay yerine gelen M., Se. ve M. S. ile O. arasında arbede yaşandığı ve M., M. S. ve Se.’in O.’ı darp ettiği, M. S.’in silahla O.’ı yaraladığı, kavga esnasında O.’in ise M. ve S.’i bıçakla yaraladığı, olay yerine gelen maktul çocuk E.’in ise tarafı olmadığı kavga esnasında O. tarafından bacağında bıçakla yaralandığı, sanık İ. H.’in ise silahını alarak ilk olarak havaya ardından elinde silahla kaçmakta olan M. S.’e doğru ateşlediği, M. S.’in tam arkasında bulunan maktulün ise sanık İ. H.’in açtığı ateş sonrasında yaralandığı ve kaldırıldığı hastanede öldüğü değerlendirilerek sanık hakkında olası kastla nitelikli öldürme suçundan uygulama yapıldığı, anlaşılmıştır. . . sanığın kalabalık ve işlek bir caddede öldürücü niteliği haiz tabanca ile sonucu öngörerek ateş ettiği anlaşılmakla olayın gerçekleşme şekline göre suç vasfının tayininde isabetsizlik bulunmadığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olduğu, maktul tarafından sanığa yönelen bir saldırı bulunmayıp bu saldırıyı uzaklaştırmak amaçlı meşru savunma veya sınırın aşılması halinden bahsedilemeyeceği, dosya içeriğinden maktulden sanığa yönelen ve haksız tahrik oluşturan bir eylemin bulunmadığının tespit edildiği anlaşıldığından anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde hükümde hukuka aykırılık bulunmamıştır”. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 05 Ekim 2023 Tarih ve E.2022/8638, K.2023/5970.

[97] “..kasten öldürmeye teşebbüs eyleminin sanıklar tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya yeterli olduğu, suçta kullanılan aracın öldürmeye elverişli olduğu, sanıkların aralarında önceye dayalı husumet bulunan, mağdura yönelik öldürme kastıyla ısrarlı takipleri ve atış sayısı gibi hususlar

Yargıtay'ın bu kabulünde faillerin sonucu öngörmelerine rağmen, eylem

nazara alındığında suç vasfının kasten öldürmeye teşebbüs olarak kabulünde isabetsizlik bulunmadığı, eyleme uyan suç vasfı ile yargılama sonucunda oluşan kanaat ve takdire göre ceza yaptırımının yasal bağlamda ve gerekçesi gösterilerek belirlendiği, sanıklar mağdur O.'un elinde bir cisim olduğunu ve kamyonete binerek üzerlerine geldiğini beyan etmiş iseler de; Mahkemenin kabulünde belirttiği gibi dosyada mevcut kamera kayıtlarında mağdurun sanıkların üzerine gelmediği, mağdurun sanıklardan kaçmaya çalıştığının anlaşıldığı, sanıkların mağdurdan korkmalarına rağmen araçları ile mağduru takip etmiş olmalarının da hayatın olağan akışına aykırı olduğu anlaşılmakla, olayda meşru savunma koşullarının bulunmadığının sabit olduğu, mağdurdan sanıklara yönelen ve haksız tahrik oluşturan eylemlerin niteliği ve ulaştığı boyut dikkate alındığında belirlenen indirim oranının isabetli olduğu, maktul A.'ya yönelik eylemin sanıklardan T. tarafından olası kast altında işlendiği, olası kastla işlenen suçlarda sadece failin sorumluluğuna gidilebileceği, bu bağlamda mağdur O.'a yönelik eyleme iştiraki bulunmakla birlikte maktul A.'nin ölümüyle sonuçlanan eylemde maktule yönelik atışı tespit edilemeyen sanık T.'in bu suçtan beraatine karar verilmesinde isabetsizlik bulunmadığı, takdiri indirimin Mahkemenin takdir yetkisi kapsamında, yasal, yerinde ve yeterli gerekçelerle uygulanmamasına karar verildiği anlaşıldığından anılan temyiz sebeplerinin incelenmesinde hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 22 Kasım 2023 Tarih ve E.2022/9334, K.2023/7074. Başka bir olayda sanıklar karşılıklı guruplar haline silahlı çatışmaya girmiş ve olası kastla bir kişinin ölümüne sebebiyet vermişlerdir. Konu ile ilgili benzer şekilde, hangi silahtan atıldığı tespit edilen sanık yönünden karar verilmiştir. "Sanık S. müdafilerinin eksik araştırmaya, suçun işlenmediğinden bahisle sübuta, meşru savunma hükümlerinin uygulanması gerektiğine yönelen temyiz istemleri yönünden yapılan incelemede, İleri sürülen iddia ve savunmaların toplanan delillerle birlikte gerekçeli kararda gösterilip tartışıldığı, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin açıkça gösterildiği, vicdanî kanının dosya içindeki belge ve bilgilerle uyumlu olarak kesin verilere dayandırıldığı, olay esnasında sanığın ve maktulün bulunduğu konum, sanığın kullandığı silahtan atıldığı belirlenen mermi çekirdeklerine ait parçaların maktulün cesedinin hemen yanında bulunması hususları birlikte gözetildiğinde eylemin sanık tarafından gerçekleştirildiğinin saptandığı, alınan raporların yeterli ve hüküm kurmaya elverişli olduğu, eksik araştırmanın bulunmadığı, 5237 sayılı Kanun'un 25 inci maddesi uyarınca meşru savunma şartlarının oluşmadığına, sanığın öğle yemeği sıralarında olayın geçtiği nakliyeciler sitesi içerisine doğru orada bulunması muhtemel kişi veya kişilerin yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörebilecek durumda olmasına rağmen neticeyi kabul ederek ateş etmeye devam etmek suretiyle maktulün ölümüne sebebiyet vererek olası kastla öldürme suçunu işlediği kabul edilerek buna göre uygulama yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamıştır". Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 20 Haziran 2023 Tarih ve E.2022/1371, K.2023/4400.

planından vazgeçemedikleri ve kabullendikleri esas alınmaktadır. Ancak, meydana gelen sonucun gerçekleşmesinin muhtemel olmasından ziyade muhakkak olduğunun kabul edildiği durumlarda olası kast yerine doğrudan kast ile uygulama yapılmaktadır^[98].

765 sayılı TCK döneminde, 463 üncü maddede bu tür durumları düzenleyen bir hüküm bulunmaktaydı. Öldürme veya yaralama fiillerini iki veya daha çok kişinin birlikte gerçekleştirdiği ve failin kim olduğunun belirlenmediği hallerde, her bir fail hakkında tayin edilmiş cezadan belli bir oranda indirim yapılması öngörülmekteydi. Mülga kanundaki bu çözüm şekli, haksız durumda bulunan kimse, bundan doğan tüm sonuçlardan sorumludur (versari in re illicita) kuralını esas almaktaydı. Bu prensip günümüz ceza hukukunda kabul görmemektedir.

Doktrinde bir görüşe göre, bu tür durumlarda, açıkça kararlaştırılanın dışında bir başka suç tipinin daha gerçekleşebileceğini her müşterek fail somut olayda hesaba katmakta ve bunun gerçekleşebileceğini göze almaktadır. Her ne kadar hedef alınan şahsın dışındaki kişiye karşı müşterek faillerin, bir ortak kararı bulunmamakla beraber, somut olayda en azından zımni olarak üçüncü bir şahsın da yaralanabileceğine veya ölebileceğine dair müşterek bir iradelerinin varlığı kabul edilmelidir. Bu nedenle, müşterek faillerin işlemeyi kararlaştırdıkları suçun dışında bir başka suçu da işleyebileceklerine yönelik olası kast ile hareket etmeleri halinde, iştirak kurallarına göre sorumluluğun belirlenmesinde teorik açıdan bir sorun bulunmamaktadır. Böyle bir durumda meydana gelen neticeden tüm müşterek faillerin sorumlu tutulması gerekir. Şayet ölüm neticesi gerçekleşmişse olası kastla öldürmeden, yaralama gerçekleşmişse yaralamadan hüküm kurulması gerekir. Olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün kabul edilmesi durumunda, diğer unsurlar

[98] “...sanıklar M. Ç. ve Ö. T.’in tüfeklerle gazinoya doğru ateş ettikleri, yapılan atışlar sırasında katılan E. gazino kapısı önünde görünür vaziyette iken, atışlardan birisi katılan E.’ye isabet ederek Adli Tıp raporunda belirtildiği şekilde yaralanmasına sebep olduğu olayda, her ne kadar sanıklar Ö. ve M. ile katılan E. arasında öldürmeyi gerektirir bir husumet yoksa da etkili atış mesafesi, suçta kullanılan silahın öldürmeye elverişli olması, 4-5 el ateş edilmesi, katılan E. ’nin bulunduğu yer itibarıyla isabet almasının mutlak ve kaçınılmaz olduğu dikkate alındığında, sanıkların eylemlerinin kasten öldürmeye teşebbüs suçunu oluşturduğuna yönelen Bölge Adliye Mahkemesinin kararlarında isabetsizlik görülmediğinden Tebliğname görüşüne iştirak olunmamıştır”. Yargıtay Birinci Ceza Dairesi, 21 Kasım 2023 Tarih ve E.2023/4026, K.2023/7042.

da mevcutsa, öldürmeye teşebbüsten ceza sorumluluğunun belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür^[99].

Doktrinde, karşıt gruplar arasında meydana gelen silahlı çatışmalar bakımından, iki ayrı grubun olası kastla neden oldukları neticeye birbirlerine isnat edilebilecek şekilde katlanmalarından söz edilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, gerçekten aynı yönden hareket eden müşterek faillerden her birinin diğer müşterek failin fiilinin meydana getirebileceği olası sonuçları kabullendiğinden ve dolayısıyla meydana gelen neticeyi onunla birlikte üstlendiğinden söz edilebilirse de; bu isnadiyetin karşı gruplara yüklenmesi mümkün değildir. Burada her iki grubun olayla tarafı olmayan üçüncü bir kişiye karşı birlikte suç işleme kararı çerçevesinde hareket ettiklerinden söz edilemez. Bu nedenle, her iki grupta yer alan faillerin müstakil fail olarak kabul edilmeleri; olası kastla işlenen suçlarda teşebbüsün kabul edilmesi halinde, her bir failin olası kastla öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir. Olası kast ile işlenen suçlarda teşebbüsün kabul edilmediği hallerde ise, faillerin kasten yaralama sonucu ölüme neden olma (TCK m. 87/4) suçundan cezalandırılmaları gerektiği ileri sürülmüştür^[100].

Yukarıda verilen örnekleri, Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin içtihatlarında belirlediği kriterler uyarınca incelemekte fayda vardır. Öncelikle, somut olayın özelliklerinin dikkatlice incelenmesinde yarar vardır. Olay yerinin dar bir sokak olduğu, üçüncü kişilerin zarar görme ihtimalinin yüksek olduğu bir zaman diliminde fiil işlenmiş, failer düşüncesizce hareket ederek, tehlikeyi artırmışsa istenmeyen sonucu kabullendikleri, göze aldıkları kabul edilebilir. Eylem ne kadar tehlikeli ve sonuç ne kadar muhtemel ise kastın varlığı o kadar yüksektir.

Tüm failer yönünden olası kastın bilme ve iradi unsurları araştırılmalıdır. Genel bir bakışla ve ex ante bir değerlendime ile somut olayda her bir fail yönünden kastının istenmeyen neticeyi kapsayıp kapsamadığı incelenmelidir. Her bir failin ruhi durumu esas alınarak, failin bakış açısı

[99] Mahmut Koca, "Müşterek Faillerin Olası Kastla İşledikleri Suçlardan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kararlarının Değerlendirilmesi", in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022, s. 112; Kerim Çakır, *Suçta İştirakte Müşterek Faillik*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2022, s. 118.

[100] Koca, "Müşterek Faillerin Olası Kastla...", s. 115.

ile suçun işlenmesi anında neticeyi öngörmesini etkileyebilecek hususların varlığı gözden geçirilmelidir. Olası kast istisnai bir durum olduğundan dar yorumlanmasında yarar vardır^[101].

Olası kast ile ilgili belirleme yaptıktan sonra, müşterek faillik hükümlerine göre meseleyi incelediğimizde, öncelikle faillerin ortak suç kararının kapsamına istenmeyen sonuçların da girdiği ispatlanmalıdır.

Fiil üzerinde fonksiyonel hâkimiyet, müşterek failler arasında, üzerinde anlaşmaya varılmış bir suç planının varlığını zorunlu kılmaktadır. Bu anlaşma en geç suçun işlenmesi anında, iradi ve karşılıklı olarak hareket etmeyi kapsamaması, bunun diğer ortakların bilgisine ulaşması ve onların açık veya zımni onayını alması önem arz etmektedir^[102]. Bu sebeple, müşterek faillerden her birinin diğerinin eylemi hakkında genel bir fikre sahip olması yeterlidir^[103]. Ancak, müşterek faillik, ne ortak bir eylem planı üzerinde açık bir anlaşmayı ne de başka bir kişinin eylemlerinin tüm ayrıntılarını bilmeyi gerektirir^[104].

Müşterek faillerden birinin ortak suç işleme kararının sınırını aşması durumunda, bu husus öngörülebilir ve ihtimal dâhilinde ise; buna katlandıklarının ortaya konulması kaydıyla işlenen suçtan müşterek fail olarak sorumlu tutulabilirler^[105]. Müşterek faillerden biri planlanan suçun sınırını şuurulu bir biçimde aşması halinde, aşılacak kısmı açısından sınırı aşan suç ortağı ya müstakil fail olarak veya şartları varsa aşılacak kısmın icrasında diğer müşterek fail/failleri vasıta olarak kullanmışsa dolaylı fail olarak sorumlu tutulur. Ancak illiyet bağındaki önemsiz sapmalar müşterek failliğin kabulüne engel değildir. Açıkça kararlaştırılan aksine, müşterek faillerden birinin kararlaştırılan suçun nitelikli şeklini ya da bir başka suç tipini gerçekleştirme halinde, diğer müşterek failler gerçekleşen bu ağır neticeden ancak bunun gerçekleşeceğini en azından tahmin etmeleri, hesaba katmaları ve bunun

[101] İçel, *Genel Hükümler*, s. 446.

[102] Koca ve Üzülmöz, *Genel Hükümler*, s. 456.

[103] Dülger, *Genel Hükümler*, s. 762.

[104] Kararlar için bkz. BGH, *Beschl.* v. 26.6.2002 – 1 StR 191/02–NStZ 2003, 85; BGH, *Urt.* v. 15.1.1991 – 5 StR 492/90–BGHSt 37, 289; BGH, *Urt.* v. 8.10.2014–1 StR 359/13 Rn. 28, § 25 StGB – Täterschaft, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html (Yayın Tarihi: 15.01.2024)

[105] Artuk *et al.*, *Genel Hükümler*, s. 762.

gerçekleşmesine katlanmaları kaydıyla sorumlu tutulabilirler. Gerçekleşen ağır neticeden diğer suç ortaklarını müşterek fail olarak sorumlu tutabilmek için suçun somut işlenişi açısından bir belirlemeye gitmeyip, tamamen kayıtsız kalındığına dair sarih ve zımni bir müşterek iradenin varlığı gereklidir^[106]. Başka bir deyişle, müşterek faillerden birinin sınırı aşması halinde, diğer suç ortaklarının öngördükleri ve ihtimal dâhilindeki bu duruma kayıtsız kalmaları veya buna ses çıkarmayarak katlanmaları gerekir^[107].

Yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, somut olayın özelliklerine göre, suçun işlenmesi sırasında, rizikonun göze alındığı ve kabullenildiği tespit edilmelidir. Örneğin, şehrin işlek caddelerinden birinde, yaya ve araç trafiğinin yoğun olduğu bir vakitte, düşüncesizce hasmını öldürmek için uzun namlulu silahlarla ateş edilerek çevrede bulunan üçüncü kişilerin yaralandığı veya öldüğü bir olayda, tüm faillerin olası kast ile hareket ettikleri kabul edilmelidir. Bu meyanda, suç planı ne kadar belirsiz ise ve tehlike ne kadar yüksek ise sorumluluğun kapsamı da o ölçüde genişlemektedir. Ciddiyetleri ve tehlikeliliği eş değer neticeler istenmemiş olsalar da faillerin iradesi içinde kabul edilmelidir. Suç ortağının eylemine kayıtsız kalan, bunu onaylayan veya umursamayan diğer suç ortakları neticeden sorumlu olurlar.

Faillerin kastına göre bir değerlendirme yaparak, öldürme kastı ile hareket edildiği durumlarda tüm failleri öldürmeden; yaralama kastı ile hareket edilmiş ancak ölüm sonucu meydana gelmişse, TCK'nın 87 nci maddesinin dördüncü fıkrası uygulanarak, kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutmak gerekir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarında vurguladığı üzere, faillerin üçüncü bir kişinin ölümünü veya yaralamasını ne şekilde onayladıklarının, gerçekleştirilen fiilin sonucunda meydana gelen başka neticelerin ciddi bir biçimde öngörülebilir olup olmadığının, neticenin önlenmesi için bir çaba içine girilip girilmediğinin incelenmesi gerekir. Suçun tüm maddi

[106] Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 620.

[107] Doktrinde bir görüşe göre, hedefte sapmanın bu tür durumlarda uygulama yeri bulunmamaktadır. Somut olarak gerçekleşen netice ile tasavvur edilen konu üzerinde gerçekleştirilmesi amaçlanan netice failin kastının kapsamında, artık sapma ile uyuşan bir durum yoktur. Hedefte sapmadan bahsedebilmek için meydana gelen somut neticenin kast kapsamında olmaması gerekir. Tulay, Şahısta veya Konuda Hata, s. 200-201.

ve manevi unsurları ile birlikte faillerin içinde buldukları ruhi durum da dikkate alınarak belirlemeye gidilmelidir. Aksi takdirde, iştirak iradesinin istenmeyen sonucu kapsamadığı, neticenin göze alınarak kabullenilmediği, bunun tüm faillerce zımnen de olsa onaylanmadığının kabul edildiği durumlarda, olası kast ile birlikte hareket etme söz konusu olmayacaktır. Bu durumda, olası kast ile hareket eden failin, müstakil fail olarak sorumluluğu söz konusu olacaktır. Hangi failin silahından çıktığı tespit edilemeyen bir mermi ile ölüm veya yaralama neticesi meydana gelmiş ise, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince tüm sanıkların beraatlarına karar verilmelidir.

Mahkemenin, faillerin gerçekleştirmeyi planladıkları bir fiilin icrası sırasında, istenmeyen bir neticenin meydana geldiği her durumun faillere karşılıklı olarak yüklenemeyeceğine dair tespiti önemlidir. Somut olayın özelliğine göre, tehlikenin daha az olduğu, nispeten geç ve تنها bir vakitte fiilin işlendiği, üçüncü kişilerin zarar görmemesi için tedbir alındığı, failin atıcılığına veya tecrübesine güvenerek neticenin meydana gelmeyeceğine inandığı durumlarda bilinçli taksir ile sorumluluğa gitmekte yarar vardır. Faillerin tehlike halini öngörmelerine rağmen, üçüncü bir kişinin ölümünü onaylamadıkları, neticenin meydana gelmeyeceğine somut bulgulara göre ciddi bir biçimde güvendikleri durumlarda bilinçli taksir hükümleri uygulanmalıdır. Hangi failin fiili gerçekleştiğinin tespit edildiği durumlarda, o fail yönünden cezai sorumluluğun tayinine gitmenin; aksi halde tüm faillerin şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince beraatına karar vermenin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

Karşıt gruplar arasında meydana gelen silahlı çatışmalarda, yukarıdaki kabul ile bağlantılı olarak, faillerin karşılıklı olarak ve birbirlerini tamamlayıcı, destekler mahiyette olay ile alakası olmayan bir kişinin ölümünden sorumlu tutulmaları, tüm faillere neticenin sorumluluğunun yüklenmesi müşterek faillik hükümlerine göre mümkün değildir. Faillerin, üçüncü bir kişiyi öldürme konusunda ortak bir suç işleme kararından söz edilemeyeceği gibi, fiili birlikte işledikleri de sabit değildir. Faillerin ne şekilde üçüncü bir şahsın ölümünü onayladıkları, bir suç işleme planı çerçevesinde hareket ettiklerinin ispatı sorun teşkil etmektedir. Dolayısıyla, müstakil faillik hükümlerine göre hareket etmek gerekir. Failler neticeyi ciddi bir biçimde öngörmelerine rağmen, amaç suçun işlenmesinden vazgeçmemiş, kontrolsüzce hareket ederek başka kişilerin can güvenliğini riske atmış, tehlikeli

durumun sonucunda istenmeyen sonuçlar meydana gelmiş ise, her bir fail ayrı ayrı olası kast ile sorumlu tutulmalıdır^[108].

SONUÇ

Türk ve Alman mahkeme kararlarını incelediğimizde, müşterek faillerin olası kastla hareket ederek bir suçu işlemelerini kabul eden kararlara rastlamaktayız. Yaptığımız araştırmalarda, uygulamada karşılaşılan örneklerin daha çok öldürme ve yaralama suçları ile alakalı olduğunu görmekteyiz.

Bir suçun istenmeyen neticelerinin göze alındığı, kabullenildiği veya buna katlanıldığı durumlarda, müşterek faillerin sorumluluğuna gidilmektedir. Öncelikle, ex ante bir değerlendirme ile her bir fail yönünden neticenin gerçekleşmesi tehlikesinin ciddi bir biçimde öngörüldüğünün, zımnî de olsa onaylandığının tespiti gerekir. Failin bakış açısıyla bunu engelleyen bir halin bulunup bulunmadığı da ayrıca incelenmelidir.

Ciddiyetleri ve tehlikeliliği eş değer neticeler bakımından, bunlar istenmemiş olsalar dahi faillerin iradesi içinde kabul edilmelidir. Suç ortağının eylemine kayıtsız kalan, bunu onaylayan veya umursamayan, kendi içinde bu durum ile uzlaşan failler gerçekleşen neticeden karşılıklı olarak sorumlu tutulmalıdır. Bu anlamda, tehlikeli durumun faillerin ortak suç işleme planı içinde olduğu, göze alındığı kabul edilmelidir.

Yargıtay kararlarını incelediğimizde, istenmeyen neticenin ne şekilde diğer faillere isnad edildiğine dair somut belirlemeler olmakla birlikte, bunlar yetersizdir. Özellikle, bilinçli taksir ve olası kast ayrımının yapılabilmesi açısından somut olaya dair hangi bulgulardan hareket edildiği her durumda açık değildir. Hukuki güvenlik ve gerekçe hakkı açısından somut olayda bu hususların ortaya konulmasında yarar vardır.

[108] Aksi yönde, merminin kimin silahından çıktığının belirlendiği durumlarda o failin olası kast ile sorumluluğuna; belirlenemediği durumlarda ise şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereğince tüm sanıkların beraatına karar verilmesine dair görüşler için bkz. Özgenç, *Genel Hükümler*, s. 651; Ersan Şen ve Erkam Erdem, “Karar İncelemesi: İştirakle İşlenen Suçlarda Olası Kastın Gündeme Getirdiği İsnadiyet Sorunu”, <https://sen.av.tr/tr/makale/olasi-kast> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

KAYNAKÇA

- Akbulut, Berrin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 10. Baskı, 2023.
- Artuk, M. Emin *et al.*, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 17. Baskı, 2023.
- Blank, Thedor, *Strafrecht AT 1*, München, Heymanns, 2001.
- Çakır, Kerim, *Suçta İştirakte Müsterek Faillik*, Ankara, Adalet, 1. Baskı, 2022.
- Deiters, Mark, “Bedingter Vorsatz als Beweisthema im Strafprozess”, *ZIS*, Cilt: 14, Sayı: 7-8, 2019, https://www.zis-online.com/dat/artikel/2019_7-8_1308.pdf (Yayın Tarihi: 8.01.2024).
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 17. Baskı, 2023.
- Dönmezer, Sulhi *et al.*, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, Cilt: II, İstanbul, DR, 15. Tıpkı Baskı, 2021.
- Dülger, M. Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 2. Baskı, 2023.
- Dülger, M. Volkan, “Yargıtay 1. CD’nin Doğrudan Kast-Olası Kast Ayrımına İlişkin Kararının Türk ve Alman Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu: 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Eisele, Jörg, “Bedingter Tötungsvorsatz bei verbotenen Kraftfahrzeugrennen?”, *Juristen Zeitung*, Cilt: 73, Sayı:11, 2018, s. 549-556.
- Grüneward, Anette, “Mord Für Ein Tödlich Endendes Autorennen Auf Dem Kursfürstendamm”, *Juristen Zeitung*, Cilt: 72, Sayı: 21, 2017, s. 1069-1072.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Adalet, 29. Baskı, 2024.
- Hörnle, Tatjana, “Vorsatzfeststellung in ‘Raser-Fällen’”, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2018, s. 1576-1578.

- Melanie Halbig, “Abgrenzung Zwischen Bewuster Fahrlässigkeit und Eventualvorsatz”, Johannes Kepler Universitaet Linz, diplomarbeit, Mart 2015, <https://epub.jku.at/obvulihs/download/pdf/417033?originalFilename=true> (Yayın Tarihi: 19.05.2024)
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2023.
- Jäger, Christian, *Examens-Repetitorium Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C.F. Müller, 4. Baskı, 2009.
- Joecks, Wolfgang ve Kulhanek, Tobias, in *Münchener Kommentar zum StGB*, Heidelberg, C. H. Beck, 4. Baskı, 2020.
- Kan, Celal Hakan, *Halkı Kin ve Düşmanlığa Tahrik veya Aşağılama Suçu*, Ankara, Akademisyen, 1. Baskı, 2023.
- Karaaslan, Reşit, “Ölüm veya Yaralama İle Sonuçlanan Yasadışı Araba Yarışlarının Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı ve Objektif İsnadiyet Teorisi Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 145, 2019.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 16. Baskı, 2023.
- Mahmut Koca, “Müşterek Faillerin Olası Kastla İşledikleri Suçlardan Sorumluluğuna İlişkin Yargıtay 1. Ceza Dairesinin Kararlarının Değerlendirilmesi”, in Veli Özer Özbek (Ed.), *Yargıtay Ceza Dairesi Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, 1. Ceza Dairesi Kararları*, Ankara, Seçkin, 1. Baskı, 2022.
- Kindhäuser, Urs, Skript zur Vorlesung Strafrecht AT, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Kindhaeuser/Strafrecht_AT/s-at-14.pdf (Yayın Tarihi: 19.05.2024).
- Lekvall, Ebba ve Martinsson, Dennis. “The Mens Rea Element of Intent in the Context of International Criminal Trials in Sweden”, <https://www.open-access.bcu.ac.uk/11832/1/PUBLISHED%20VERSION.pdf> (Yayın Tarihi: 15.01.2024).

- Momsen, Carsten, “Voluntatives Vorsatzelement und psychologisches Schuldmoment Die Diskussion um die sog. „Raser-Fälle“ als Ausdruck einer sich wandelnden Strafkultur?”, *KriPoZ*, Sayı: 2, 2018, s. 76-100.
- Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz, 1992.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin, 19. Baskı, 2023.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, M. Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*, Ankara, Seçkin, 22. Baskı, 2022.
- Puppe, Ingeborg, “Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventualis”, *ZStW*, Cilt: 103, Sayı: 1, 1991, s. 1-38.
- Puppe, Ingeborg. in *Kindhäuser, Neumann, Paeffgen ve Saliger, Strafgesetzbuch*, Heidelberg, C. H. Beck, 6. Baskı, 2023.
- Satzger, Helmut, “Der Vorsatz, einmal näher betrachtet”, *Juristische Ausbildung (Jura)*, Cilt: 2, 2008, s. 112-118.
- Steininger, Einhard, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Eine Einführung*, Cilt: 2, Viyana, Linde, 2012.
- Sternberg-Lieben, Detlev/Schuster, Frank, in *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch*, Heidelberg, C. H. Beck, 30. Baskı, 2019.
- Şen, Ersan ve Erdem, Erkam, “Karar İncelemesi: İştirakle İşlenen Suçlarda Olası Kastın Gündeme Getirdiği İsnadiyet Sorunu”, <https://sen.av.tr/tr/makale/olasi-kast> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- Tarhan, Esmâ Nur, “Alman ve Türk Mahkeme Kararları ve Doktrin Işığında Olası Kast-Bilinçli Taksir Ayrımı”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 24, Sayı: 3, 2020, s. 447-500.
- Taylor, Greg, “Concepts of Intention in German Criminal Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Sayı: 1, Bahar 2004, s. 99-127.
- Tulay, M. Emre, *Ceza Hukukunda Şahista veya Konuda Hata*, Ankara, Adalet, 2023.
- Valerius, Brian, in *BeckOK OWiG*, München, C.H. Beck, 40. Baskı, 2023.

- Vavra, Rita ve Holznagel, Sascha, “Der Bedingte Tötungsvorsatz als Klausurproblem”, *ZJS*, Yıl: 2018, Sayı: 6, https://www.zjs-online.com/dat/artikel/2018_6_1262.pdf (Yayın Tarihi: 15.01.2024).
- Wessels, Johannes ve Beulke, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg, C. F. Müller, 39. Baskı, 2009.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Beta, 7. Baskı, 2018.
- Zehetgruber, Christoph, “Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit bei sog. „Renn-“ bzw. „Raserfällen”, *KriPoZ*, Cilt: 6, 2018, s. 358-362.
- BGH, Urteil vom 22.4.1955 – 5 StR 35/55 BGHSt 7, 363, *NJW* 1955, s. 1688.
- BGH, Urteil vom 20.06.2000- 4 StR 162/00, <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&nr=20442&pos=0&anz=1> (Yayın Tarihi: 19.05.2024).
- BGH, Beschluss vom 03.03.2011–4 StR 52/11, <https://openjur.de/u/165135.html> (Yayın Tarihi:12.10.2024).
- BGH, Urteil vom 26.01.2005–5 StR 290/04, <https://openjur.de/u/181492.html> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Urt. v. 26.1.2005-5 StR 290/04, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Beschl. v. 1.9.2016–2 StR 19/16 Rn. 19, <https://openjur.de/u/2115666.html> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Urt. v. 22.11.2000–3 StR 331/00–NStZ 2001, 143; BGH, Urt. v. 19.3.2013–5 StR 575/12, kararlar için bkz, http://www.wiete-strafrecht.de/User/Inhalt/25_StGB.html#mittaeterschaft, (Yayın Tarihi: 14.01.2024).
- BGH, Beschluss vom 16.06.2019- 4 StR 345/18, karara erişim için bkz. <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&az=4%20StR%20345/18&nr=93009> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

Der Dolus Eventualis und Sein Beweis, Der Berliner Raserfall, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Puppe/dolus_eventualis.pdf (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

Der Lederriemenfall nach BGHSt 7, 363, <https://www.lecturio.de/magazin/bghst-7-363-lederriemenfall/> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

“Der BGH und die “mörderischen Raser”, <https://www.juracademy.de/rechtsprechung/article/bgh-moerderischen-raser> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

LG Berlin, Urt. v. 27.2.2017 – 535 Ks 8/17, ZIS 2017, www.zis-online.com (Yayın Tarihi: 14.01.2024).

Mittäterschaft, <https://kripoz.de/Schlagwort/mittaeterschaft/> (Yayın Tarihi: 14.01.2024).