

Çeviri/Translation

**BİR OLASI KAST DEĞERLENDİRMESİ OLARAK;
ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ
KU'DAM YARIŞ KARARI**

*As a Consideration on Eventual Intent;
the Ku'dam Racing Decision of German Federal Court*

Erdal YERDELEN^{*}

Berna Ayşen YILMAZ^{}**

Alman Federal Mahkemesi

Millet Adına

Karar¹

4 Str 399/17

1 Mart 2018

BGHSt : Evet

BGHR : Evet

Referans Kitabı : Evet

Yayınlanma : Evet

* Doçent Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, erdal.yerdelen@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8796-2186.

** Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, berna.yilmaz@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-4099-4930.

Çeviri Gönderim Tarihi/Received: 08.11.2019.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.01.2020.

Atıf/Citation: Yerdelen, Erdal, ve Berna Ayşen Yılmaz. "Bir Olası Kast Değerlendirmesi Olarak; Alman Federal Mahkemesi Ku'dam Yarış Kararı." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 1 (2020): 235-248.

1 <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2018-3&Seite=7&nr=81558&pos=234&anz=245>.

Alman Ceza Kanunu m. 212/1

Özet: Trafikte gerçekleşen riskli davranışlarda, olası kastla öldürmenin varlığının kabul edilmesi için failin bizzat kendisinin uğrayabileceği tehlikenin anlamı.

Alman Federal Mahkemesi, 1. Mart 2018 – 4 StR 399/17 – LG Berlin kararı

1 ve 2 numaralı faillere karşı kasten öldürme vd. nedeniyle açılan ceza davası

Alman Federal Mahkemesi 4. Ceza Dairesi 1 Şubat 2018 tarihli ve 1 Mart 2018 tarihli oturumlarda aşağıda isimleri belirtilen katılanlar ile şu şekilde karar almıştır:

Alman Federal Mahkemesi Başkanı Sost-Scheible

Alman Federal Mahkemesi Hâkimleri Roggenbuck, Cierniak, Bender

Federal Yüksek Mahkemesi Üyesi Dr. Feilcke

Federal Savcılık Temsilcisi Savcı

Avukat –duruşmada- ve Avukat –duruşmada- Sanık H.’nin müdafii

Avukat –duruşmada- X ve Avukat –duruşmada- Sanık N.’nin müdafii

Avukat –duruşmada- Katılan K.’nin temsilcisi

Avukat –duruşmada- Katılan M. W.’nin temsilcisi

Şahsen katılan M. W. –duruşmada-

Avukat –duruşmada- katılan P. W.’in temsilcisi

Yazı İşleri Müdürü

Gereği Düşünüldü:

Sanıkların temyiz başvurusu üzerine, 27 Şubat 2017 tarihli Berlin Eyalet Mahkemesi kararı, aşağıdaki tespitlerle bozulmuştur.

Dava, eyalet mahkemesinin başka bir ceza dairesine, yargılama giderleri hakkında da karar verilmek üzere, davanın yeniden görüşülmesi ve karara varılması için gönderilmiştir.

Gerekçe:

1. Eyalet Mahkemesi, sanıkları, tehlikeli kasten yaralama ile eylem birliği içerisinde kasten nitelikli öldürme ve trafik güvenliğini kasten tehlikeye sokma suçlarından müebbet hapis cezasına mahkûm etmiştir. Ayrıca araç kullanma izninin kaldırılmasına, sürücü belgesinin geri alınmasına ve ömür boyu araç kullanma izni verilmemesi için durumun idareye bildirilmesine de karar vermiştir. Sanık, bu kararın usul ve esas bakımından hukuka aykırı olduğu iddiasıyla temyiz yoluna başvurmuştur.

2. Hükümde ortaya konulan tespitlere göre; Sanık H, 1 Şubat 2016 tarihinde, gece saat 00.30'da yüksek donanımlı aracıyla Berlin'de Kurfürstendamm (Ku'damm) istikametinde seyretmektedir. Sanığın yanında yolcu olarak K. bulunmaktadır. Sanık H, Adenauerplatz kavşağına geldiğinde kırmızı ışıkta durmuştur.

3. Sanık H. diğer araçta bulunan sanık N.'yi fark ettiğinde yüksek güçteki motorun sesiyle uyarı yapmış ve yarış yapmak için hazır olduğunu işaret etmiştir. Sanıklar aralarında bu şekilde kısa irtibat kurup gaz pedalı ile oyun oynamaya hazır olduklarını belirtmiş ve jestlerle Kurfürstendamm ve Tauentzien caddesi boyunca yarışmaya karar vermiştir. Sanıkların amaçları, Tauentzien caddesi ile Nürnberger caddesi köşesine kadar yarışmaktır. Bu mesafe yaklaşık 2,5 km uzunluğundadır ve bu istikamette 11 adet trafik ışıklı kavşak bulunmaktadır.

4. Sanık H., sanık N.'den evvel hedefe ulaşmak için kırmızı ışıklara riayet etmeksizin yüksek hızla hareket etmiştir. Sanık N., önce iki ışıklı kavşakta durmuş, diğer sanık H.'den önce hedefe ulaşmak için kalan kırmızı ışıkların hiçbirinde durmayarak müsaade edilen hız sınırının çok üstünde seyretmiştir. Sanık N., Sanık H.'ye en geç Uhland caddesi metrosu önünde yetişmiştir. Kurfürstendamm'ın orta ada kısmında duran ve karşıdan karşıya geçmeye çalışan iki yaya, bu iki sanığın kullandığı araçların altında kalmamak için kendilerini Metro girişindeki kaldırımlara zor atmıştır.

5. Her iki araç bu sırada ortalama 100 km süratin üzerine çıkmıştır. Breitscheidplatz kavşağını her iki sanık da dönmesi gereken hız sınırına yakın bir şekilde dönmüştür. Tauentzien caddesi ve Ranke caddesi kavşağındaki ışıkları her iki sürücü de kırmızı ışık yanarken geçmiştir.

6. Bu kavşağın çıkışında sanık H., diğer sanık N.'ye ulaşmak için aracının hızını 100 ile 150 km arasında yükseltmiştir. Her iki sürücünden N. yolun solunda, H. ise yolun sağında Tauentzien caddesi ve Nürnberg caddesi kavşağına kadar bu şekilde yüksek hızla seyretmiştir. Her iki sürücü, kavşaktaki kırmızı ışığa kadar böyle seyrederken; sanık N., diğer sanık H.'den birkaç metre önce ve 139-149 km hıza, diğer sanık H. ise 160-170 km süratle ulaşmıştır.

7. Bu anda her iki sanık da Nürnberg caddesinden aracı ile çıkan ve kendisine yeşil ışık yanmakta olan araç sürücüsü ile kendi aracında bulunan (yanındaki) yolcuyla sadece yaralamakla kalmayıp büyük ihtimalle ölümlerine neden olacağına da bilinciyle hareket etmiştir. Diğer kişilerin, bunların arasında sanık N.'nin kullandığı araçta yolcu olan K. da dâhil, kavşakta bekleyen insanların, çarpışmanın etkisiyle otomobillerden kopan parçalarla fiziki zarar görme olasılığını kabullenmiştir.

8. Sanık H., kavşakta araç hâkimiyetini tamamen kaybederek (aracı durdurabilme hususundaki etkili müdahale iradesini kaybetmiş bir şekilde), Nürnberg caddesinden sağ tarafta nizami olarak seyreden ve kendisine yeşil ışık yandığı için kavşaktan aracıyla geçen mağdur W.'nin aracına çarpmıştır. Sanık H.'nin aracı sola doğru savrulmuş ve o anda diğer sanığın kullandığı ve yaklaşık 140 km süratle seyreden araca çarpmıştır. Sanık N.'nin kullandığı araç da ön kısmından bu araçlara çarpmıştır.

9. Bu kadar şiddetli çarpışma etkisiyle aracının bir kısmı havaya savrulan mağdur W. ağır şekilde yaralanmış ve kaza yerinde hayatını kaybetmiştir. Sanık N.'nin yanında yolcu olarak bulunan kişi de ağır şekilde yaralanmıştır. Araçlardan kopan parçalar, bir yayanın kafasını adeta sıyrarak geçmiştir. Sanık ise hafif yaralanmıştır.

10. Eyalet Mahkemesi; birlikte fail olarak işledikleri suçlar nedeniyle (Alman Ceza Kanunu –StGB- m. 25/2) her iki sanığın da şu şekilde cezalandırılmalarına karar vermiştir:

- Maktül W.'yi tehlikeli araçla nitelikli kasten öldürme (StGB m. 211/2);

- Sanık N.'nin yanında bulunan yolcu K.'yı tehlikeli araç ve hayatı tehlike yaratan bir muameleye başvurarak tehlikeli kasten yaralama (StGB m. 224/1-2 ve 5) ve trafikte geçiş üstünlüğüne uymamak

ve kavşağa hızlı girmek suretiyle trafik güvenliğini kasten tehlikeye koyma (StGB m. 315c/1-2 a ve d)

11. Sanıkların kanun yolu başvurusunda esasa ilişkin itirazları isabetli olduğundan, usule ilişkin itirazların incelenmesine gerek görülmemiştir. Hükümde, hukuki olarak esasa ilişkin birçok açıdan eksiklik mevcuttur.

12. Değerlendirme sonucunda hükmün kasten öldürme suçundan verilmemesi gerektiği kanaati oluşmuştur.

13. Kasıtlı fiilden hüküm kurabilmenin şartı, StGB m. 16/1'e göre, failin suçun kanuni tanımındaki unsurları, fiili gerçekleştirdiği sırada bilmesidir. Buna göre kast, fiilin gerçekleştirilmesi sırasında var olmalıdır. (Karşl. BGH. Urteil vom 23. Oktober 1985 – 3 StR 300/85, StV 1986, 59; Beschluss vom 7. September 2017 – 2 StR 18/17, NStZ 2018, 27; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 15 Rn. 3; MüKo-StGB/Schneider, 3. Aufl., § 212 Rn. 5). Eğer failin kastının sonradan ortaya çıktığı belli ise burada artık kasıtlı fiilden bahsedilemez. (Karşl. BGH. Urteile vom 30. April 1997 – 2 StR 550/96, BGHR StGB § 15 Vorsatz 5; vom 23. Oktober 1985 – 3 StR 300/85, aaO; Beschlüsse vom 7. September 2017 – 2 StR 18/17, aaO; vom 14. Juni 1983 – 4 StR 298/83, NStZ 1983, 452; Fischer, aaO, § 15 Rn. 3). Kastın, fiilin gerçekleştirilme zamanında varlığının zorunlu olması nedeniyle kasıtlı bir suçtan sorumluluk yoluna gidilebilmesi için neticeyi meydana getirecek bir davranışın gerçekleştirilmesi gerekir. Bu davranış, öngörülen veya yüksek olasılıkla muhtemel addedilen bir neticeyi (örneğin öldürme fiilinde ölüm sonucunu) meydana getirecek türden olmalıdır. Bunun somut olayda sanık bakımından gerçekleştiği hususu inceleme konusu yapıldığı karardan anlaşılammaktadır. Bu karar, bu hususu yeterince ortaya koyamamaktadır. Tam tersine:

14. Mahkeme, - 25. paragrafta açıklandığı gibi "en geç şu anda..." ifadesiyle – sanıkların Tauentzien/Nürnberg caddelerinin birleştiği kavşağa geldikleri sırada olası kast ile hareket ettiklerini belirlemiştir. Mahkemenin bu tespitinden anlaşılacağı üzere; sanıkların, kazanın meydana geldiği kavşağa girmeden evvel araçlarını sürme şekillerinin, trafikte seyreden başka kişilerin ölümünü ihtimal dâhilinde görüp üstlendikleri (kabul ettikleri) hususu mahkeme

tarafından kabul edilmemiştir. Mahkeme, buna ilişkin ikna edici açıklamalarda bulunmamıştır. **Sanıkların öldürme kastına sahip olduklarının söylenebilmesi, kasıtlı fiilden sorumlu tutulabilmesi için gerekli olan ilk an, kavşağa girdikleri zamandır. Sanıkların, kavşağa girme anından itibaren öldürmeye ilişkin başka bir davranışta bulunmaları veya ölümü önlemeye yönelik bir davranışı ihmal etmeleri halinde kasıtlı öldürmeden sorumlu tutulmaları mümkün olacaktır.**

15. Mahkeme, bu şekilde meydana gelen kazaya sebebiyet veren davranışın öldürme kastını taşıdığı konusunu açıklayamamıştır. Maddi olayın tespitinde ve hükmün devam eden bölümlerinde sanıkların kavşağa girerken kazayı önleyebilecek bir durumda olmadıkları tespit edilmiştir. Sanık H.'nin kavşağa girdiği anda kazayı önleyici bir davranışta bulunabilecek durumda olmadığı belirlenmiştir. Kararın bir başka bölümünde sanıkların hızları nedeniyle kavşağa girdikleri anda artık kazayı önleyebilecek herhangi bir reaksiyon gösterebilecek durumda olmadıkları zikredilmiştir. Kazanın ana nedeni; araçların çarpışma anındaki hızları ve kırmızı ışık yanmasına rağmen kavşağa girmeleridir. O anda bu durumu değiştirecek bir noktada olmadıkları için de her iki sanığın kasıtlı olarak hareket ettiği kabul edilmiştir. **Hükümde, sanıkların kazaya neden olan davranışlarının, öldürme kastını ortaya koyup koymadığı hususu tartışılmamıştır. Karardan böyle bir neticeye varılması mümkün değildir. Bu olayda öldürme kastı, ölüme neden olan çarpışmanın önlenmesinin mümkün olmadığı andan itibaren vardır ve bu andan evvelki davranış için öldürme kastının varlığı kabul edilemez.**

16. Temyiz incelemesi, sadece hukuki denetimi içerdiğinden mahkemenin olası kast değerlendirmesi yapmasına neden olan delil değerlendirmeleri, denetimin kapsamı dışında tutulmuştur (Karşl. BGH, Urteile vom 12. Januar 2017 – 1 StR 360/16, juris Rn. 10; vom 18. September 2008 – 5 StR 224/08, NStZ 2009, 401, 403; vom 20. Juni 2013 – 4 StR 159/13, juris Rn. 19).

17. a) **Federal Mahkeme yerleşik içtihatlarına göre; fail, ölüm neticesinin, davranışının çok uzak bir sonucu olmadığını biliyor (bilme unsuru) ve bunu önemsemiyor veyahut hedeflediği amaç**

uğruna en azından ölüm neticesinin gerçekleşmesine katlanıyorsa (isteme unsuru) olası kast söz konusudur. Bu durumda sonucun gerçekleşmesinin, fail için önemsiz veya onun istemi dışında olmasının farkı bulunmamaktadır (Karşl. BGH, Urteile vom 27. Juli 2017 – 3 StR 172/17, NStZ 2018, 37, 38; vom 8. Dezember 2016 – 1 StR 351/16, NStZ 2017, 277, 279; vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 67; vom 14. August 2014 – 4 StR 163/14, NJW 2014, 3382, 3383; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183, 186). **Buna karşın bilinçli taksirden söz edebilmek için failin, olası gördüğü sonucun gerçekleşmesini kabullenmesi ve sonucun meydana gelmeyeceğine yönelik ciddi bir inançla hareket etmesi gerekir** (BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 72/15, NStZ 2016, 211, 215; vom 30. April 2014 – 2 StR 383/13, StV 2015, 300, 301; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, BGHSt 57, 183, 186; vom 16. Oktober 2008 – 4 StR 369/08, BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 63).

18. Bu tespitlere göre, somut olayda sanıkların olası kast ile hareket edip etmediklerinin belirlenmesi, delillerin her iki açıdan yeterli derecede değerlendirilmesi ve maddi gerçeklerle karşılanması ile mümkün olabilir (Karşl. BGH, Urteile vom 7. Juli 2016 – 4 StR 558/15, aaO; vom 19. April 2016 – 5 StR 498/15, aaO; vom 16. September 2015 – 2 StR 483/14, NStZ 2016, 25, 26).

19. **Öldürme veya yaralama suçlarında kastın veya bilinçli taksirin tespiti, olaydaki bütün objektif ve sübjektif şartların bir genel bakış açısıyla incelenmesini gerektirir. Bu incelemeyi yaparken öncelikle kastın isteme unsurunun değerlendirilmesinde genel olarak duruşma hâkiminin, failin kişiliğini tahlil etmesi ve onun olayı işlediği andaki psikolojik algısını, motivasyonunu ve olayın gerçekleşmesi için önemli olan koşulları, özellikle somut saldırı tarzını dikkate alması icap eder** (Karşl. BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, NStZ-RR 2016, 79, 80; vom 18. Oktober 2007 – 3 StR 226/07, NStZ 2008, 93 f.; vom 22. März 2012 – 4 StR 558/11, aaO, 186 f.). **Burada suç oluşturan fiilin objektif tehlikeli olma durumu, kastın hem bilme hem de isteme unsuru için önemli bir belirleyicidir** (Karşl. BGH, Urteile vom 14. Januar 2016 – 4 StR 84/15, aaO, 80; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ-RR 2013, 242,

243; Beschluss vom 26. April 2016 – 2 StR 484/14, NStZ 2017, 22, 23). **Ancak işlenen fiilin tehlikeliliği ve sonucun gerçekleşme olasılığının derecesi, sanığın olası kastla hareket edip etmediğine ilişkin karar için belirleyici tek kriter değildir. Yüksek derecede tehlikeli olan fillerde dahi failin olası kastla hareket edip etmediği somut olayın koşullarına bağlıdır** (Karşl. BGH, Urteil vom 15. Oktober 1986 – 2 StR 311/86, BGHR StGB § 15 Vorsatz, bedingter 1 – Willenselement; Beschluss vom 7. März 2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446). İlk derece hâkimi somut olayda kastın varlığını sorgulayan koşulları dikkate alarak incelemesini yapmaktadır (Karşl. BGH, Urteil vom 26. November 2014 – 2 StR 54/14, NStZ 2015, 516, 517; Beschlüsse vom 19 - 12 - 10. Juli 2007 – 3 StR 233/07, NStZ-RR 2007, 307; vom 27. August 2013 – 2 StR 148/13, NStZ 2014, 35).

20. Mahkeme delil değerlendirmesinde bulunurken aktarılan hususları gereğince irdeleyememiştir. Temyiz konusu kararda, bir başka araçla çarpışma halinde sanığın kendisinin uğrayabileceği olası tehlike durumu, sanığın kastının belirlenmesi bakımından yasal zeminde tartışılmamıştır.

21. Bu olaydaki gibi failin kendisine yönelik açık bir tehlikenin olduğu durumlarda, aşağıdaki ilkelerden hareket edilmesi gerekir:

aa) Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki karşıdan gelen tehlikeli eylemin kabullenilmesi halinde kendisine yönelik bir tehlikenin de olduğu durumlarda öldürme kastının varlığının mümkün olmayacağı şeklinde bir genel kural bulunmamaktadır. Ancak başkasının ölümünü kabullenme halinde kendisi de tehlikeye giriyorsa bu durumda failin kasıtlı sayılamayacağına dair içtihatlar da bulunmaktadır (Karşl. BGH, Urteile vom 20. Juni 2000 – 4 StR 162/00, NStZ 2000, 583, 584; vom 20. Dezember 1968 – 4 StR 489/68, VerKMitt 1969, Nr. 44). Ancak trafikte başından itibaren bir başka kişinin yaralanmasını veya bir kazanın meydana gelmesini amaçlamayan, bunu planlamayan ancak yüksek risk içeren davranışlarda, failin kendisine yönelik tehlikeyi de biliyor olması ancak bu riski bertaraf edeceğine dair bir kurtuluş yolu olduğuna güvenmesi durumunda kastın varlığını kabul etmek mümkün olacaktır (Karşl. BayObLG, NJW 1955, 1448, 1449 für den alkoholisierten Autofahrer; Roxin, AT

I, 4. Aufl., § 12 Rn. 23 ff.; ders., FS Rudolphi, 2004, 243, 255; Frisch, Vorsatz und Risiko, 1983, S. 219; Jäger, JA 2017, 786, 788; Walter, NJW 2017, 1350 f.) **Buna uygun olarak ilk derece hakimi, bu tür bir olay seyrinin var olması halinde somut durumla ilişkili olarak failin bakış açısıyla kendi davranışı nedeniyle kendi vücut bütünlüğüne yönelik de bir riskin (tehlikenin) olup olmadığı ve varsa hangi kapsamda olduğu konusunu tartışmalıdır. Bunun için suçun objektif koşullarından bilhassa fail tarafından kullanılan trafik aracından ve somut tehlikeli, tehdit edici kaza senaryolarından önemli emareler ortaya çıkabilir. Böylece failin; kendisine yönelik bir tehlikeye ilişkin algısı üzerinde kendi arabasında ya da motosikletin üzerinde olup olmaması, yayalarla, bisiklet sürücüleriyle, diğer taşıtlarla ve hatta yük taşıtlarıyla çarpışma riskinin olup olmadığı önemlidir.**

22. Ceza dairesi, sanıkların, olası bir kaza halinde kendilerine yönelik gerçekleşecek tehlikeyi üstlenmeleri hususunu, sanıkların kendi araçları içinde kendilerini güvende hissettiklerinden hareket ederek reddetmiştir.

23. Eyalet mahkemesi, sanıkların, kendileri açısından kabul edilebilir şekilde bu tür güvenlik duygusu içinde olduklarını gerekçelendirmemiştir. Burada hukuki açıdan hatalı bir şekilde, somut olayda var olmayan bir tecrübe kuralına başvurulmuştur (Karşl. BGH, Urteil vom 14. Dezember 1954 – 5 StR 416/54, BGHSt 7, 82, 83; Beschluss vom 8. September 1999 – 2 StR 369/99, BGHR StPO § 261 Erfahrungssatz 6; Meyer-Göfner/Schmitt, 60. Aufl., § 337 Rn. 31).

24. Aleyhine temyiz yoluna başvuru kararı, trafiğe katılan kişilerin genelde kendilerine ilişkin bir riski hesaba katmadıkları yönünde bir varsayımdan hareket etmektedir. Buna ilaveten bahsi geçen şekildeki sportif amaçlı kullanılan taşıtların özel bir güvenlik duygusu verdiği şeklinde açıklamada bulunulmuştur. Bu tür araçların sürücüleri; tonlarca ağırlıkta, çok güçlü bir şekilde hızlanan ve kapsamlı bir güvenlik tekniğine sahip olan arabalarında kendilerini tıpkı bir tankta veya bir kale içindeymiş gibi korunaklı, güçlü ve üstün hissederek, kendileri için her tür riski görmezden gelir. **Bununla birlikte belli türde bir donanıma sahip motorlu taşıt içerisinde, belli bir tip sürücünün kendisini tamamen güvende hissettiği ve vücuduna**

zarar verebilecek her tür riski görmezden geldiği şeklinde bir tecrübe kuralı bulunmamaktadır. Ayrıca sanıkların ilişkili olarak bu duruma uygun bir varsayımsal resim, hayali görüntü somut olarak kanıtlanmış değildir. Şehir içi bir kavşakta diğer binek araçları ve otobüslerle (karar gerekçesinde bildirildiği gibi) saatte en az 139-160 km hızla çarpışmak şeklinde var olan objektif tehlike içeren kaza senaryoları bakımından bu sonucun kabul edilmesi mümkün değildir.

25. Ayrıca sanıklar tarafından yapılan tehlike değerlendirmesiyle ilişkili; tutarsız, çelişkili kabuller, aleyhine temyiz yoluna başvuru kararı, etkili olmuştur. Mahkeme, bir yandan sanıkların kendi araçları içerisinde kendilerini güvende hissettiklerini ve kendilerine ilişkin hiçbir tehlikeyi hesaba katmadıklarını kabul etmiştir. Buna karşın mahkeme, aynı araçta bulunan sanığın; müdahil K.'nin beden yaralanmasıyla ilişkili olarak kasıtlı ve hatta bu tür bir tehlikeli aletle ve hayati tehlike yaratan bir davranışla kasıtlı bir şekilde hareket ettiğini belirtmiştir. Hatta Mahkeme, sanıkların; müdahil K.'nin öldürücü yaralanmalara uğrayabileceğini de hesaba kattıkları tespitinden hareket etmiştir. Müdahil K., olay gerçekleşirken sanık N.'nin yanında bulunduğu için eyalet mahkemesi, aynı taşıt iç kısmındaki yolculara ilişkin olarak birbiriyle çelişen iki tehlike değerlendirmesinde bulunmuştur. Aynı araçta bulunan sanıklara ve davaya katılanlara yönelik tehlikeyi farklı değerlendirmek, mantığa uygun bulunmamış ve ceza dairesi tarafından kabul edilmemiştir.

26. Eyalet mahkemesinin sanık N.'nin birlikte işlenen cinayette suçlu olduğu şeklindeki kabulüne dayandırdığı mülahazalarına rağmen, hukuki açıdan yapılan yeniden incelemede bunun yerinde olmadığı, tespit edilmiştir. İştirak halinde suç işlemenin şartlarının; tipikliğe ilişkin zorunlu incelemesi yapılmadığı için -ki burada kasten öldürme suçunun varlığına yöneliktir- eyalet mahkemesi tarafından birlikte gerçekleştirilen davranışa ilişkin yapılan değerlendirme yetersiz kalmıştır.

27. Ceza Kanunu m. 25/2 anlamında birlikte faillik; temelinde her müşterek failin suça objektif bir katkı sağlamak zorunda olduğu müşterek suç işleme kararını şart koşar (st. Rspr.; Karşl. BGH, Beschlüsse vom 13. September 2017 – 2 StR 161/17, NStZ-RR 2018, 40;

vom 4. April 2017 – 3 StR 451/16, juris Rn. 7). **Müşterek suç planı, açıkça alınmak zorunda değildir, daha ziyade zımni bir anlaşma yeterlidir. Bu anlaşma aynı zamanda başlangıçtaki suç planının genişletilerek iş bölümüne dayalı olarak fiilin icra edilmesi şeklinde de yapılabilir** (BGH, Urteile vom 1. Dezember 2011 – 5 StR 360/11, NStZ-RR 2012, 77, 78; vom 15. Januar 1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289, 292; vom 9. März 1994 – 3 StR 711/93, NStZ 1994, 394; Beschluss vom 18. Mai 1995 – 5 StR 139/95, BGHSt 41, 149, 151). Suç işleme kararının daha doğrusu suç işleme planının çıkış noktası, Ceza Kanunu m. 25/2 uyarınca her zaman bir suç olmak zorundadır. Bu yüzden birlikte faillik halinde işlenmiş öldürme suçu iş bölümüne dayalı bir birlik-telik ile bir kişinin ölümüne yönelik müşterek suç işleme kararını şart koşar. Öldürme suçunun birlikte fail olarak işlenmiş olmasının kabul edilebilmesi için faillerin, sadece bir kişinin ölümüyle sonuçlanan müşterek bir faaliyete karar vermiş olmaları yeterli değildir.

28. **Sanıklar tarafından alınmış trafiğe katılan diğer kişilerin olası kastla öldürülmesini kapsayan müşterek suç işleme kararının tespiti eksiktir. Ceza dairesi, sadece sanıkların Adenauer meydanındaki buluşmalarında spontane bir şekilde bir araba yarışını yapmaya karar verdiklerini tespit etmiş ve kanıtlamıştır. Eyalet Mahkemesi ayrıca sanık N.'nin giderek artan hızda araba sürüşüyle sanık H. ile birlikte ortak bir yarış yapmayı ve belli bir güç gösterisine girmeyi istediğini ifade ettiğine dikkat çekmiştir. Ancak bu açıklamalardan sadece yasal olmayan bir sokak yarışının kararlaştırılması ve müştereken icra edilmesi sonucu çıkarılabilir. Eyalet Mahkemesi, ne yarışın kararlaştırıldığı an için ne de yarışın gidişatı sırasında birlikte suç işleme kararının en azından zımnen genişletildiğini tespit edememiş ve kanıtlamamıştır. Mahkeme, daha ziyade bir araba yarışı ya da beraberliği bozmak için oynanan final oyunu (play-off) ile bir güç gösterisinin doğal olarak müşterek fiil hâkimiyetine dayanan bir davranış arz ettiğine dikkat çekmiştir. Bu mülahazaların kasten öldürme suçuyla zorunlu bağlantısı iştirakin incelenmesi çerçevesinde yer almaz. Kararın hiçbir noktasından sanıkların, bir başkasını müşterek bir fiille öldürme kararı aldıklarına ilişkin sonuç çıkarılamamaktadır.**

29. Temyiz edenlerin eyalet mahkemesi tarafından başvuru trafik bilirkişi raporuna karşı açıklamaları aşağıdaki düşüncelere gerekçe oluşturmaktadır:

30. Bir sanığın kasten davranıp davranmadığının tespiti maddi sorundur ve maddi sorunun belirlenmesi, ilk derece hâkiminin sorumluluğundadır (Karşl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 367/15, NStZ 2016, 668, 669 f.; vom 16. Mai 2013 – 3 StR 45/13, NStZ 29 30 - 17 - 2013, 581, 583; vom 13. Dezember 2005 – 1 StR 410/05, NJW 2006, 386 f.; LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 15 Rn. 63). Bu inceleme, her zaman somut durumla ilişkili olarak gerçekleştirilmelidir ve örneğin belirli bir kişi çevresinde veya belirli bir tarzda gerçekleşen esas itibarıyla kasıtlı bir suçu onaylayan veya reddeden hukuki ilkeler veya tecrübe kuralları şeklinde genelleştirici bir incelemeye izin verilmez (Karşl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 2015 – 4 StR 367/15, aaO, 669 f.; Beschlüsse vom 7. März 2006 – 4 StR 25/06, NStZ 2006, 446; vom 14. Januar 2003 – 4 StR 526/02, NStZ 2003, 369, 370; LK-StGB/Vogel, aaO, § 15 Rn. 67; genel istatistiksel ifadelerin, kararlardaki tahmini öneminin küçük olması konusunda ayrıca karşl. BGH, Beschlüsse vom 17. Februar 2016 – 2 StR 545/15, StV 2016, 720, 722; vom 30. März 2010 – 3 StR 69/10, NStZ-RR 2010, 203, 204). Bu, aynı zamanda aleyhine temyiz yoluna başvuru karar ve temyize başvuru “trafikte yarışan” kişi çevresi daha doğrusu “trafikte yarışmacılar öbeğine mensuplar” ile alakalı temyiz başvurusu için de geçerlidir. Somut olayı aşacak şekilde öldürme kastının varlığı veya yokluğu sorusu ile alakalı olarak anılan kişi gruplarını katagorik olarak sınıflandırma caiz değildir.

31. Davaya yeniden bakacak ilk derece hâkimi, kasten öldürme suçunun varlığı sonucuna ulaşmadığı için aşağıdaki hususları dikkate alarak olası cinayet değerlendirmesi yapabilecektir:

32. Genel tehlike yaratan araçların kullanılması, öldürmenin sübjektif unsurunun belirlenmesinde etkilidir. Aleyhine temyiz yoluna başvuru kararda, öldürme kastı bağlamında, sanıkların kendi araçlarının tahrip olmasına ilişkin olası düşüncelerinin yarışmanın yarattığı adrenalin sarhoşluğunda ve kendinden geçme halinde ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Ancak bununla birlikte sanık-

ların, kazaya karışan diğer araçlarla kendi araçlarının oraya buraya savrulan enkaz parçalarıyla insanların ölümüne neden olabileceklerini göze aldıklarının kabul edilmesi şeklinde bir sonuca varılamaz.

33. İcabında, nitelikli öldürme suçunda bir nitelikli hal olan sin-sice öldürme unsurunun da tartışılması gerekmektedir. Ancak bu unsur kapsamındaki faydalanma bilinci hususu da etraflıca incelenmelidir (Karşl. BGH, Urteile vom 15. November 2017 – 5 StR 338/17, NStZ 2018, 97, 98; vom 29. Januar 2015 – 4 StR 433/14, NStZ 2015, 392, 393; vom 11. November 1986 – 1 StR 367/86, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 1; vom 30. Januar 1990 – 1 StR 688/89, BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 11; und vom 25. Oktober 1984 – 4 StR 615/84, NStZ 1985, 216).

34. Kurul- eyalet mahkemesi ceza dairesinin görüşünün aksine-tüm yarış olayının, sürece dayalı bir fiili olay olarak kabul edildiğine dikkat çekmektedir.

35. Yeni ilk derece hâkimi, sanıkların trafik kuralları ile alakalı işledikleri kabahatlerinden dolayı yanlı olma bakımından, icabında olası bir (puan) kayıt süresi aşımı ve bununla bağlantılı olarak, her bir sicil kaydının kullanılıp kullanılmayacağı hususlarını ayrıntılı olarak inceleme imkâna sahip olacaktır. Bu bağlamda hükümde, temyiz yoluyla denetimin mümkün olacağı şekilde, bu kullanılabilirlik halinin maddi koşullarının tespit edilmesi gerekir (Karşl. BGH, Beschluss vom 19. August 1993 – 4 StR 627/92, NJW 1993, 3081, 3084; MüKo-StVR/Koehl, § 29 StVG Rn. 5).

36. Alman Ceza Kanunu m. 69a'ya göre olası bir araç kullanma yasağı süresi takdir edilirken, hürriyeti bağlayıcı ceza sonucundaki ceza infazı süresi ve etkileri de dikkate alınmalıdır (Karşl. BGH, Beschluss vom 8. Juli 1997 – 4 StR 271/97, NStZ-RR 1997, 331, 332).

**Sost-Scheible
Bender**

**Roggenbuck
Feilcke**

Cierniak

Hakem Değerlendirmesi	: ift hakem.
Finansal Destek	: Yazarlar bu alışma iin finansal destek almadığını beyan etmiştir.
ıkar atışması	: Yazarlar ıkar atışması bildirmemiştir.
Telif Beyanı	: Yazarlar, orijinal eserin telif korumasına sahip olmadığını belirtmiştir.
Peer Review	: Double peer-reviewed.
Financial Support	: The authors declared that this study has received no financial support.
Conflict of Interest	: The authors have no conflict of interest to declare.
Copyright Notice	: The authors stated that the original work is not under copyright protection.
Contribution Rate	: Equal.