

ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARLARI
— CEZA HUKUKU —
(1970 - 1971)

Doç. Dr. Kayıhan İÇEL.

1 — Hırsızlıkta (alma) unsurunun tamamlanması (Alman Ceza Kanunu § 43, § 242).

a) *Olay.*

Sanık ile şeriki bir lokantaya hırsızlık için girmişlerdir. Polis failleri içki içilen mahalde yakaladığı sırada, şerik bir otomattan aldığı madeni paraları ceketinin ve pantolonunun ceplerine sokmuş bulunmaktaydı. Çalınan şeylerin geri kalan kısmı ise, yerde yanında duran bir torbada bulunuyordu.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Göze çarpmayan, kolaylıkla taşınabilen kâğıt para, madeni para ve mücevher gibi şeylerde, yaygın görüş hırsızlığın tamamlanması için şeyin alınmasını yeterli görmektedir (BGH., GoldtA. 1969, 91; BGH., 20.9.1960 - 5 StR. 328/60). Bu hallerde çalınan şeyin faili olay yerinde yakalandığı sırada henüz hak sahibinin fiilî tasarruf alanında bulunması, fiilî tasarruf kudretinin değişmesine engel değildir. Fiilin tamamlanması güven altına alınmış bir fiilî tasarruf kudretini gerektirmez. Federal mahkeme failin parmağına taktığı iki altın yüzükle mal sahibinin evinde yakalanması olayında hırsızlığın tamamlandığını kabul etmiştir (BGH., 20.9.1960 - 5 StR. 328/60). Fail başkasına ait mahalde kolaylıkla taşınabilir şeyleri elbisesinin ceplerine soktuğu takdirde aynı mülâhazalar öncelikle geçerlidir (BGH., 26.5.1964 - 1 StR. 108/64). Olayda da durum böyledir. Şerikin ceplerine soktuğu paralar üzerinde hâkimiyeti teessüs etmiştir.

(BGH., 21.4.1970 - 1 StR. 45/70; NJW. 1970 Heft. 27, s. 1196).

2 — Paralarda sahtekârlık (Alman Ceza Kanunu § 146).

a) *Olay.*

Sanık hakiki banknotları boydan boya keserek parçalamış ve her bir parçayı özel bir sistemle o şekilde tekrar yapıştırmıştır ki, takriben dokuz banknottan fazla bir kâğıt para elde etmiştir.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Banknot parçalarının yanyana getirilerek yapıştırılması sahte bir varakanın imâli ile (§ 267 StGB) eşdeğerdedir ve bu sebepten sahte kâğıt paranın imâline ilişkin kanunî tipi gerçekleştirir.

(BGH., 17.3.1970 - 1 StR. 491/69; NJW 1970, Heft. 30, s. 1331).

3 — Tehlikeli vasıta kullanma - mağdurun rızası (Alman Ceza Kanunu § 315c).

a) *Olay.*

Olay sırasında asker olan sanık, akşam kışlada arkadaşları ile içki içmiştir. Biralar bittiğinde içlerinden biri otomobille gezinti yapmayı teklif etmiştir. Bu teklifi kabul ederek arkadaşlarından ikisini otomobiline alan sanık, sarhoşluk nedeniyle vasıta kullanma yeteneğinden tamamen yoksun olduğu içindir ki, vasıtayı yılkavi bir tarzda sürerek normal yol şeridi ile geçiş yolu şeridini devamlı olarak değiştirdikten sonra, otomobilin sol tarafı ile otoban yeşil çizgisi üzerinde bulunan korkuluklara çarpmış ve sonra sağdaki kenar şerit üzerinde durmuştur. Şahıslar yaralanmamış, sadece araç hafif hasara uğramıştır.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Birlikte seyahat edenin sarhoşluktan dolayı otomobil kullanma yeteneğine sahip bulunmayan sürücü tarafından bedenî dokunulmazlığının tehlikeye sokulmasına ilişkin rızası StGB § 315 c 1. fıkraya göre, karayolları trafiğinin tehlikeye sokulması suçunda hukuka aykırılığı kaldırmaz. Tehlikeye sokulan kimsenin rızası, ancak korunan hukukî değerın yegâne sahibi olduğu ve bu hukukî değer kendi tasarrufu altında bulunduğu takdirde hukuken önem taşır. Kamusal çıkarın tehlikeye sokulmasının birlikte ve hattâ öncelikle ceza müeyyidesi ile karşılandığı bir durumda rıza hukuka aykırılığı kaldırmaz (BGHSt. 6, 232, 234 - NJW. 54, 1255).

(BGH., 14.5.1970 - 4 StR. 131/69; NJW. 1970, Heft. 31, s. 1380).

4 — Tutukluluğun mahsubu (Alman Ceza Kanunu § 60).**a) Olay.**

İşlediği çeşitli suçlardan dolayı tutuklanan sanığın tutukevinden kaçmak için hazırlık yaptığı ve kaçmaya yeltendiği tesbit edilmiştir. Sanığın mahkûm edildiği cezaya tutukluluk süresinin mahsup edilmesi söz konusudur.

b) Federal mahkemenin görüşü.

1. Ceza Hukuku Reform Kanunu ile değişik StGB. § 60 1. fıkraya göre, kural olarak tutukluluk cezaya mahsup edilir. Ancak, mahkûmun suçu işledikten sonraki davranışı açısından mahsup yerinde değilse, hâkim istisnaî olarak tutukluluğun kısmen veya tamamen mahsup edilmesini emredebilir (1. fıkra 2. cümle). Bu meyanda özellikle failin savunmasında faydası olmayan ve, ya sonradan yapılacak mahsup ile cezanın infazında haksız çıkarlar temin etmek için tutukluluğun uzatılması amacını güden veya muhakemeyi başka nedenlerle kötü niyetle uzatmak için yapılan davranışlar nazara alınmalıdır. Bu yönden firar hazırlıkları veya firara teşebbüs mahsuptan sarfınazar için sebep teşkil edebilir. Ancak bu alanda dikkat etmek gerekir ki, bizzat kendileri tutuklama sebebi olan ve failin tutuklanmasını sonuçlayan bu çeşit davranışlar, kendileri tarafından sebebiyet verilen tutukluluğun mahsubunun reddini haklı gösteremezler.

(BGH., 23.7.1970 - 4 StR. 241/70; NJW. 1970, Heft. 39, s. 1752).

5 — İnancı kötüye kullanma suçunda “temellük niyeti” (Alman Ceza Kanunu § 246).**a) Olay.**

Sanık 30.8.1968 günü W. de oturan motorlu araç ustası D. den bir binek otomobilini mülkiyeti muhafaza kaydı ile satın almıştır. Aracın derhal tamire ihtiyacı vardı. Bu nedenle sanık, geri kalan borcunu ödemesizin arabadan kurtulmaya karar vermiş ve onu plâkasız olarak bir sokağa bırakarak, bir gayrimenkul sahibine hurda demir olarak kullanabileceğini söylemiştir. Satıcı otomobili ve paranın geri kalan kısmını almamıştır. Eyalet mahkemesi, sanığın aracı üçüncü kişiye hurda demir olarak kullanması için bırakarak onu temellük ettiği görüşündedir. Zira eyalet mahkemesine göre sanık, bir malik gibi başkasının şeyi üzerinde tasarruf etmiştir.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Bu açıklamalar eyalet mahkemesinin hukukî bir kavram olan StGB § 246 daki (temellük) kavramından hareket edip etmediğini göstermektedir. Bu kavram yönünden önemli olan, failin başkasına ait bir şeyi veya maddî değerini kendi malvarlığına katmasıdır (RGSt. 61, 228, 232; 62, 15, 17; 67, 334; BGHSt. 1, 262, 264 - LM Nr. 3, StGB. § 263; BGHSt. 16, 190, 192 - NJW. 61, 2122). İnancı kötüye kullanma dolandırıcılıktan farklı olarak bir zenginleşme suçu olmadığı için, failin malvarlığının değerinin yükselmesi, zenginleşmesi önemli değildir (BGH., 25.10.1968 - 4 StR. 398/68). Bir kimse kendi adına üçüncü şahsa bağışlayarak da bir şeyi temellük edebilir (BGHSt. 4, 236, 238 - NJW. 53, 1151; BGH. NJW. 54, 1295; BGH. LM Nr. 9, StGB. 350). Fakat bir şahıs malvarlığını değiştirmeksizin ve herhangi bir çıkar veya fayda elde etmeksizin, başkasına ait bir şey üzerinde başkasının adına keyfî olarak tasarrufta bulunduğu veya onu terkettiği yahut imha ettiği takdirde, inancı kötüye kullanma suçu gerçekleşmez. Sadece keyfen ve ödeve aykırı olarak tasarrufta bulunan kimse şeyin ekonomik değerinden "kendisi için" yararlanmış ve kendi malvarlığını değiştirmiş olmaz; bu nedenle fiilî tasarruf kudretinin yalnızca kötüye kullanılması (temellük) değildir (RG, aynı kararlar; BGHSt. 4, 236, 239 - NJW. 53, 1151; BGH., LM Nr. 22, StGB. § 59 - NJW. 53, 1151).

StGB. § 246 nın bu şartlarının olayda bulunup bulunmadığı eyalet mahkemesinin şimdiye kadarki beyanlarından anlaşılamamaktadır. Sanığın kendisi için üzücü olan veya kendisine engel teşkil eden aracı sadece terketmek istemiş olması ihtimali açıkta kalmaktadır. Failin arabayı üçüncü kişiye parasız olarak bırakmak mı istediği, yoksa onun için sadece otomobilden kurtulmanın mı önem arzettiği kriter olarak kullanılmalıdır.

(BGH., 15.1.1970 - 4 StR. 527/69; NJW. 1970, Heft. 39, s. 1753).

6 — **Hırsızlık - Hata (Alman Ceza Kanunu § 59, § 247).**a) *Clay.*

Sanık başkasına ait olduğu halde karısının zannı ile bir bilezik çalmış ve rehnemiştir. Eyalet mahkemesi şu gerekçelerle sanığı hırsızlık suçundan mahkûm etmiştir : Sanığın malikin şahsı üzerindeki hatası önemsizdir. StGB. § 247 2. fıkra kişisel bir cezasızlık sebebi ihtiva etmektedir. Cezalandırılmayan hırsızlık çeşidi değil, fakat hırsızlık suçunun failidir.

Kanun, fiilen kendi eşinin malını çaldığı takdirde aile huzurunun çıkarına fail hakkında ceza kovuşturmasını yaptırmamaktadır.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Eyalet mahkemesinin bu görüşüne katılmak gerekir. Malı çalmanın eşlik sıfatı kanunî tipe ilişkin değildir. Bu sıfat sadece kişisel bir cezasızlık sebebi yaratmaktadır. Bunun hakkındaki bir hata StGB. § 59'a girmez.

(BGH., 16.6.1970 - 5 StR. 261/70; NJW. 1970 ,Heft. 41, s. 1854).

7 — **Alenen hayasızca hareketler (Alman Ceza Kanunu § 183).**

a) *Olay.*

Sanık 7.7.1969 günü öğlenden sonra caddede duvar üzerine oturmuş ve pantolonunun düğmelerini açarak, gelip geçenlerin göreceği tarzda cinsiyet uzvunu dışarı çıkarmıştır. Mahkeme sanığı edep duygularını rencide etmekten dolayı altı ay hapis cezasına mahkûm etmiştir.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

StGB. § 183, kararda doğru olarak kabul edilen ebede aykırı bir hareketin alenen icrasından başka, bu hareketle üçüncü bir şahsın cinsî ahlâk hissini rencide edilmesini de şart koşturmuştur. Mahkeme, kendi akranı çocuklarla birlikte sanığı seyreden 9 yaşındaki Simone Sch. nin sanığın hareket tarzını "iğrenç" telâkkî ettiğini ve bunun "genel ebede aykırılık duygusu" na bağlı olduğunu ileri sürerek bu şartın gerçekleştiği kanısına varmıştır. Daire bu görüşü izleyememektedir.

Simone Sch. nin yaşındaki bir çocuğun duyguları da ebede aykırı bir hareketle rencide olabilirse de, bu suretle StGB. § 183 deki anlamında çocuğun "ebep duygularının ihlâl edildiği" her zaman söylenemez. Bu hal, mahkemenin görüşünün aksine, çocuğun seyrettiği şeyi yakışıksız addettiği her durumda mutlaka bulunmaz. Aksine, bir çocuk dahi seyrettiği hareketin cinsiyete ilişkin yönünü, büyüklerin kavramları ve kelimeleri ile olmasa da, çocuk muhayyalesinde teşhis etmeli ve değerlendirmelidir (Bk. : KG., JR. 65, 29). Durumun Simone Sch. bakımından böyle olduğu anlaşılammamaktadır. Ancak sanığın sövme suçundan sorumlu olup olmadığı incelenmelidir.

(BGH., 15.7.1970 - 2 StR. 231/70; NJW. 1970, Heft. 41, s. 1855).

8 Korkutarak faydalanma - dolandırıcılık (Alman Ceza Kanunu § 253, § 255, § 263).

a) *Olay.*

Sanık 2.9.1963 tarihinde "Bild" gazetesinde 12 yaşındaki Volker A. nın kaçırıldığını ve failin çocuğun hayatına karşılık 25.000 DM. fidye istediğini okumuştur. Bu haber sanıkta kendisini çocuğu kaçırın kimse olarak tanıtmak ve böylece fidyeyi ele geçirmek fikrini uyandırmıştır. Saat 10.30 da "Bild" gazetesinin Frankfurt'taki yazıişleri müdürlüğüne telefon eden sanık, Volker'in hayatta olduğunu ve çocuğun babasını aynı gün saat 20 de fidyeyi almak için Karlsruhe'deki M. kapısında bekleyeceğini, kendilerinin üç kişi olduğunu ve çocuğun yanlarında bulunduğunu söylemiştir. Saat 14'ü biraz geçerken sanık tekrar telefon ederek randevuyu 15'e almak istediğini söylemiş, fakat telefona cevap veren polis memuru çocuğun babasının bu kadar çabuk Karlsruhe'ye gelemeyeceğini bildirmiştir. Buna rağmen sanığın 15 ten 17 ye kadar kararlaştırılan yerde beklediği polis memurları tarafından görülmüştür. 17.30 da sanık "Bild" gazetesinin yazıişleri müdürlüğüne bir defa daha telefon etmiş ve aynı yerde saat yirmiye kadar bekleyeceğini, yalnız olmadığını, kendisini koruyanların bulunduğunu bildirmiştir. Saat 20 yi biraz geçerken sanık M. kapısına gelmiş ve orada beklemeye başlamış ise de, polis tarafından yakalanmıştır.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Korkutarak faydalanma suçu, sanık gibi, cebren kaçırma suçundan yararlanan üçüncü bir kişi tarafından da işlenebilir. Bu suç yönünden önemli olan, kaçırma suçu failinin hürriyeti kısıtlamakta devam etmesi değil, aksine, sanığın mağduru halen mevcut bedenî veya hayatî tehlike ile tehdit etmesidir. Burada failin yaptığı tehdidi gerçekleştirmek kastını güdüp gütmemesi ve tehdidin gerçekleştirilmesinin onun yönünden mümkün olup olmaması önemli değildir (RGSt., 3, 262, 263; BGH., 21.6.1951 - 4 StR. 312/51)... Bu nedenle olayda dolandırıcılık değil, fakat korkutarak faydalanma suçu mevcuttur.

(BGH., 30.6.1970 - 1 StR. 127/70; NJW. 1970, Feft. 41, s. 1855).

9 — Dolandırıcılık (Alman Ceza Kanunu § 263).

a) *Olay.*

Yayınevlerinin reklâmlarını yapan bir firmada çalışan sanık, aldatıcı beyanlarda bulunarak bir ev hanımının bir dergiye abone olmasını sağ-

lamıştır. Siparişi veren kadın ve işçi olan kocası ilk sayısını aldıkları zaman derginin sanık tarafından garanti edilenin tam aksine kendilerine uygun düşmediğini, işe yaramaz olduğunu görmüşler ve dergiyi bir mektupla firmaya geri yollamıştır. Bunun üzerine sözleşme başka hiç bir şeye ihtiyaç kalmaksızın firma tarafından iptâl edilmiştir.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Yayınevlerinin reklâmlarını yapan firma temsilcisi aldatıcı beyanlarla müşteri için yararsız bir derginin ısmarlanmasını sağlarsa, sipariş verenin itirazı üzerine firma sahibi sözleşmeyi iptâl etmeye önceden hazır olsa dahi, müşterinin malvarlığı temsilci tarafından tehlikeye sokulmuş olur. Bu tehlike hayat gerçekleri yönünden ve ekonomik bakımdan malvarlığının zarara uğratılması ile aynı niteliktedir. Bu nedenle olayda dolandırıcılık suçu gerçekleşmiştir.

(BGH., 16.7.1970 - 4 StR. 505/69; NJW. 1970, Heft. 43, s. 1932).

10 — İhmâl suretiyle icra ile adam öldürme - tehlikede bulunana yardım etmeme (Alman Ceza Kanunu § 212, § 330 c).

a) *Olay.*

Sanık, son soruşturmanın açılması kararında, eve dönerken tartışma sırasında bir ayyaşı kalbine vurduğu bıçakla öldürmekten dolayı, adam öldürme suçu ile itham edilmektedir. Çocuk mahkemesi meşru müdafaa halinde olduğu için sanığı tamamlanmış adam öldürmeden beraat ettirmiş ve sonra şu mülâhazalarla adam öldürmeye teşebbüsten iki yıl hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm etmiştir: Bıçak darbesinden sonra mağdur artık kurtarılabilir halde değildi. Fakat sanık bu durumdan habersiz olarak mağduru kendi başına bırakmış ve böylece yardım etmemeden dolayı ölümün meydana gelmesini göze almıştır.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Çocuk mahkemesi sanığın davranışını ihmal suretiyle icra şeklinde görmüştür. Bu kavram yönünden şart failin neticeyi önlemekle yükümlü olmasıdır. Şayet fail kusurlu veya kusursuz olarak tehlike durumunu yaratmışsa bu yükümlülük mevcuttur. Tehlikeye sebebiyet veren davranışın hukuka aykırı nitelikte bulunmasının gerekip gerekmediği sorununu burada tüm olarak cevaplandırılması gerekli değildir (Bu konuda bk.: BGHSt. 19, 152 - NJW. 64, 412). Fakat herhalde mütecavizin meşru mü-

dafaa halinde yaralanmış olması tecavüze uğrayanın yardım yükümlülüğünün doğması için yeterli değildir.

Doktrinde fikirler birbirinden ayrılmaktadır. Tecavüze uğrayanın yardım yükümlülüğünün bulunduğunu kabul etmeyen müellifler şunlardır : *Welzer*, Deutsches Strafrecht § 28 A I 4; *Dreher*, StGB., 31. Aufl., § 1, Vorbemerkungen D I 4; *Schönke - Schröder*, StGB., 15. Aufl., Vorbemerkungen, Nr. 120 d; *Mezger*, Strafrecht, 13. Aufl., § 29 III 2c; *Eb. Schmidt*, Niederschriften Gr. StR - Komm., Bd. 2, s. 269; *Henkel*, Mon-SchrKrim, 61, s. 183; *Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte, s. 180 ve son. Karşı görüşün taraftarı olanlar ise şu müelliflerdir : *Maurach*, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, § 46 III C 4; *Baumann*, Strafrecht, Allg. Teil, § 18 II 3 c; *Vogt*, ZStrW., Bd. 63, 403; *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, s. 266 ve son.

Meşru müdafaa halinde bulunan kimsenin bir tehlikeye sebebiye veren herhangi bir kimseden esaslı şekilde farklı durumda olduğundan hareket etmek gerekir. Tecavüze uğrayanın tehlike yaratan hareketi, yâni mütecavize karşı yapmış olduğu savunma, serbestçe verdiği bir karara dayanmamakta, aksine mütevacizin hukuka aykırı davranışı bu hareketi dâvet etmektedir. Bu özel durumun, savunma hareketi ile tehlikeye sokulan mütecavizin hukukî durumuna etkisi olması gerekir. Hukuka aykırı bir tecavüzle kendisinin tehlikeye girmesine sebebiyet veren şahıs, tecavüze uğrayandan koruyucusu olmasını isteyemez. Bununla mütecaviz her yönden müdafaasız bir duruma sokulmuş olmamaktadır. StGB. § 330 c tarafından ceza müeyyidesi ile korunan genel yardım isteme hakkı esasen mevcuttur. Çünkü bu hükümdeki anlamı ile "felâket" kişinin tehlikeye bizzat sebebiyet vermesi halinde de gerçekleşmiş olur (BGHSt., 6, 147, 152 - NJW. 54, 1049). Tecavüze uğrayana bundan fazla bir yükümlülüğün yüklenmesi, meşru müdafaa hakkının esasına aykırıdır. Çünkü böylece mütecaviz, kendisinin ve başkasının kusuru olmaksızın bir felâkete uğrayan kazazededen daha fazla korunmuş olurdu. Bu nedenle olayda ihmal suretiyle icra ile adam öldürme suçu nazara alınmamalıdır. Buna karşılık sanığın StGB. § 330 c gereğince tehlikede bulunana yardım etmeme suçundan sorumlu tutulması gerekir.

(BGH., 29.7.1970 - 2 StR. 221/70; NJW. 1970, Heft. 50, s. 2252).

11 — Adam öldürme ile sonuçlanan müessir fiil (Alman Ceza Kanunu § 226).

a) *Olay.*

Fail annesinin evinin üst katında hizmetçi Resi G. ye fiilî tecavüzde bulunmuş ve onu kolundan yaraladığı gibi, burun kemiğini de kırmıştır. Sanığın tecavüz teşkil eden hareketlerinin devam etmesi karşısında korkan kadın, odasının penceresinden balkona kaçmaya yeltenmiş ve bu sırada düşerek ölmüştür.

Mahkeme mağdurenin kolundaki yaranın ve burun kemiğindeki kırığın pencereden düşmesinden dolayı olmadığı hususundaki inancını kesin bir şekilde açıklamıştır. Mahkemenin bu inancı bilirkişi raporlarına ve diğer delillere dayanmaktadır.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

StGB. § 226 mağdurun ölümüne müessir fiilin sebebiyet vermesini şart koşmaktadır. İmparatorluk yüksek mahkemesinin bir kararı (RG, DR. 45, 22) dışında eski içtihatlar, bu hükümdeki müessir fiili bedenen zarar verilmesi şeklinde anlamakta ve failin davranışının ölüm neticesine sebep teşkil etmesini yeterli görmemektedir (RGSt., 44, 137; OGHSt., 2, 335, 337; BGH., 3.12.1953, 4 StR. 378/53 “*Dallinger*, MDR. 54, 150”) Buna karşılık Federal mahkeme bir kararında (BGHSt., 14, 110 - NJW 60, 638) 226. paragrafın uygulanma imkânını genişletmektedir. Yüksek mahkeme bundan böyle müessir fiil hareketinin tecavüze uğrayanın ölümüne sebebiyet verip vermediğine, yâni müessir fiile sebep teşkil eden davranışın aynı zamanda ölüm neticesine etkili olup olmadığına kriter olarak dayanmakta ve şekildeki bir nedensellik bağlantısını yeterli görmektedir.

Stree (GoltdA. 1960, 289, 292) Federal mahkemeden daha da ileri gitmektedir. Bu müellife göre, StGB. § 226 üçüncü bir kişi veya olayda olduğu gibi bizzat mağdur tarafından ölüme doğrudan doğruya sebebiyet verilmesi halinde de uygulanabilir. Mahkeme de sonuçta bu görüşe varmaktadır.

Federal mahkemenin zikredilen kararının dayandığı görüşten hareket edilse dahi, sanığın ölümle sonuçlanan müessir fiil suçundan mahkûm edilmesi mümkün değildir. Mahkeme şayet bu karara dayanmışsa onu yanlış anlamış demektir. Ölüm neticesi üçüncü şahsın müdahalesinden veya mağdurun bizzat kendi hareketinden doğmuşsa StGB. § 226

uygulanamaz. Bu paragrafın uygulanabilmesi için müessir fiil hareketinin gerçekleşmesinde doğrudan doğruya etkili olması gerekir.

(BGH., 30.9.1970 - 3 StR. 119/70; NJW. 1971, Heft. 4, s. 152).

12 — İsnat kabiliyetinin aranacağı zaman (Alman Ceza Kanunu § 51).

a) *Olay.*

15 yaşındaki sanık 23.5.1969 tarihinde daha önce bir kaç defa ufak tefek işlerini gördüğü L. ye ait mağazanın kasasını soymaya ve suçunun öğrenilmesini önlemek için de mağaza sahibesini boğarak öldürmeye karar verir. Ebeveyninin evinde fiilini icraya yarayacak ip bulamayan sanık bir kadın çorabını cebine sokarak yola koyulur. Sanık, mağazaya girdiğinde yalnız olan kadınla bazı şeylerin satışıyla ilgili konuşmaya girişir ve istediği bir fincan takımını indirmek üzere rafa doğru dönen mağdurenin boynuna büktüğü kadın çorabını aniden geçirerek boğmak için çekmeğe başlar. Şuursuz olarak yere düşen ve kendine tekrar geldiğinde başka bir odada bulunduğunu gören mağdureye sanık ses çıkarmadığı takdirde bir şey yapamayacağını söylerse de, hemen sonra sessizce duran kadının başına iki yumruğunu bütün kuvveti ile vurarak yeniden şuurunu kaybetmesine sebebiyet verir ve mutfığa koşarak aldığı bıçağı bir kaç defa mağdureye saplar. Yedi darbenin mağdurenin başına, diğerlerinin ise uyluğuna ve göğsüne isabet ettiği sonradan tesbit edilmiştir. Mağdureyi bıçakladıktan sonra mağazayı terketmek isteyen sanık karşıdaki evin kapısının açık olduğunu görmüş ve üstündeki kanları temizleyerek kilere saklanmıştır. Kendisini orada buldukları zaman tamamen şaşkın bir durumda olan ve tutuklanırken hiç bir şekilde karşı koymayan failin mağazadaki para ile ilgilenmediği görülmüştür.

Önemli miktarda kan kaybetmesine rağmen mağdure L. nin hayatı kurtarılmış, ancak aldığı yaralar yüzünün sol yanındaki sinirlerin felce uğramasına sebebiyet verdiği gibi, görme yeteneğine de ket vurmuştur.

Bilirkişi Dr. D. nin verdiği bilirkişi raporuna göre, sanığın mağazaya giderken sara yüzünden davranışını anlayışlı bir tarzda kontrol edemeyecek duruma girmiş bulunması ve daha önce kurduğu plândan vazgeçmiş olması mümkündür.

Çocuk mahkemesi, sanığın, fiilini plânladığı ve sonraki hareketinin sebeplerini ortaya koyduğu sırada isnat kabiliyetine sahip bulunduğunu, olayların hiç olmazsa boğmaya teşebbüse kadar onun tarafından öngörülen şekilde cereyan ettiğini, fiilin icrası sırasında bilerek hareket edip etmemesinin önemli olmadığını ileri sürmüştür.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Mahkemenin bu görüşü izlenemez. Sanığın, fiilini plânladığı ve hazırlıklarını yaptığı sırada isnat kabiliyetine sahip bulunduğu gerekçesi ile cezalandırılması mümkün değildir. "Actio libera in causa" nın şartları olayda yoktur. Çünkü sanık isnat kabiliyetinin kalkmasına kasten veya taksirle sebebiyet vermiş değildir (BGHSt. 2, 14 (15) - NJW. 52, 354; BGHSt. 17, 333 - NJW. 62, 1830. Ayrıca bk. : BGHSt. 23, 133, 135 - NJW. 70, 715). Fiil isnat kabiliyeti bulunduğu sırada plâmlandığı ve hazırlandığı tarzda cereyan etse dahi, fail, fiilin icrasında isnat kabiliyetinden voksun olduğu ve actio libera in causa hali de söz konusu bulunmadığı takdirde cezalandırılmaz.

(BGH., 21.10.1970 - 2 StR. 313/70; NJW. 1971, Heft. 6, s. 254).

13 — Taksirle adam öldürmede öngörme imkânının araştırılması (Alman Ceza Kanunu § 222).

a) *Olay.*

Sanık önemli miktarda alkol aldıktan sonra 15.10.1968 akşamı saat 19.45 de otoban yakınında bulunan ve S. den E.F. ye giden 27 numaralı federal yolda otomobilini 100 - 120 km. hızla sürmekteydi. Kanındaki alkol miktarı asgarî binde 1,9 dur. Çift yönlü olan yolun ortasında bulunan sanık karşıdan gelen araçlar yüzünden ışıklarını söndürmüştür. Tekrar ışıklarını yaktığında takriben 30 - 50 metre önünde aynı yönde giden ve geçiş çizgisinin solundan sağına, yolun ortasına doğru hareket halinde bulunan bir motosikletli görmüştür. Anî fren yapmasına rağmen sanığın otomobili motosiklete yetişmiş ve duruncaya kadar onu 40 - 50 metre sürüklemiştir. Motosikletin sürücüsü ölmüştür.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Bir trafik kazasının alkollü araç kullanan şoför bakımından kaçınılabilir nitelikte olup olmadığını incelerken, şoförün alkolsüz olarak aynı hızla giderken kazadan kaçınabilip kaçınamayacağına değil, alkolün etkisiyle idrak ve reaksiyon yeteneğinin azalmasına rağmen hangi hızla gitsydi, kritik bir durumda dikkatini toplayabileceğine ve bu hızda dahi kazanın meydana gelip gelmeyeceğine bakmak gerekir.

Kusurlu bir şekilde trafik kurallarına aykırı hareket edildiği hususunda ve bunun meydana gelen ölüm neticesindeki nedenselliğinde hiç şüphe olmasa dahi, taksirle adam öldürme suçundan mahkûmiyet için failin

neticeyi öngörme imkânının bulunması gerekir (BGHSt. 10, 369, 371 - NJW. 57, 1526). Olayda bu imkânın mevcudiyeti hususunda şüphe yoksa da, diğer olaylarda bu yönde ayrıntılı bir inceleme ve tartışma gerekli olabilir.

(BGH., 26.11.1970 - 4 StR. 26/70; NJW. 1971, Heft. 9, s. 388).

14 — Tekerrür süresinin tesbiti (Alman Ceza Kanunu § 17).

a) *Olay.*

Sanık çeşitli tarihlerde işlediği suçlardan mahkûm olduktan ve cezalarını çektikten sonra, diğer bazı suçlar daha işlemiş, bunların tümünden dolayı aynı hükümle cezalandırılmıştır.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

Fail çeşitli suçlardan mahkûm edildikten sonra yeni suçların tümünden dolayı aynı hükümle mahkûm olursa, tekerrür süresi her bir suç için ayrı olarak tesbit edilir (Karşı görüş : OLG. Hamm, NJW. 70, 2073).

(BGH., 10.2.1971, - 2 StR. 527/70; NJW. 1971, Heft. 19, s. 850).

15 — “Polis gözetimi altında bulundurma” müeyyidesinin niteliği - emniyet tedbirlerinin geçmişe yürürlü olarak uygulanabileceği (Alman Ceza Kanunu § 2, § 38, § 39, § 248; Federal Almanya Anayasasının 103. maddesi).

a) *Olay.*

Mahkeme, 1970 Ocak ayının başından Şubat ayının başına kadar işlediği yağma ve hırsızlık suçlarından dolayı faili 2 yıl 6 ay hapis cezasına mahkûm etmiş ve ayrıca 1 Nisan 1970 tarihinde yürürlüğe giren kanunla değişik StGB. § 248 gereğince polis gözetimi altında tutulmasına karar vermiştir. Savcı hükmü sanık lehine temyiz etmiştir.

b) *Federal mahkemenin görüşü.*

“Polis gözetimi altında bulundurma” müeyyidesi emniyet tedbiri niteliğinde olup, bu yönden “geçmişe yürürlük yasağı” na tâbi değildir.

(BGH., 2.3.1971 - 1 StR. 1/71 - NJW. 1971, Heft. 21, s. 948).