

Olası Kastla Suça Teşebbüs Nedeniyle Ceza Sorumluluğunun Kabul Edilebilirliği

Acceptability of the Criminal Liability for Criminal Attempt with Dolus Eventualis

Bekir BOGA¹ 

¹Araştırma Görevlisi Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı, Konya, Türkiye

ÖZ

Teşebbüs, bir suçun icra hareketlerine başlanmasına rağmen suçun tamamlanmadığı hallerde cezalandırmayı sağlayan ve bu suretle ceza sorumluluğu alanını genişleten bir müessesedir. Teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğu ancak failin tipik eylem bakımından kasten hareket ettiği durumlarda gündeme gelebilir. Türk Ceza Kanununun 35. maddesinde bu durum açıkça belirtilmektedir. Her ne kadar 35. maddede bir belirleme söz konusu değilse de Türk Hukukunda, öğretide ve Yargıtay kararlarında olası kastla hareket edilen hallerde suç teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu tesis edilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle Türk Ceza Hukukunda genellikle “olası kast netice ile belirlenir” kuralı kabul edilmektedir. Böylelikle olası kastın varlığı teorik anlamda olmasa da pratik anlamda neticenin gerçekleşmesi şartına bağlanmaktadır. Bu görüşün dayandığı neden olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi halinde ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz bir şekilde genişlemesi endişesidir. Buna karşılık öğretide diğer bir görüş teşebbüs bakımından olası kast ile doğrudan kast arasında bir fark bulunmadığını bu nedenle olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğunu kabul etmektedir. Alman Ceza Hukuku öğretisinde ise olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğuna ilişkin görüş birliğinin olduğu söylenebilir. Alman öğretisinde olası kastın varlığı neticenin gerçekleşmesinden bağımsız olarak tespit edilmektedir. Bu çalışmada Alman Hukukundaki görüşler ve uygulama dikkate alınarak olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda cezalandırmaya karşı olan yazarların endişelerinin haklı olup olmadığı incelenmektedir.

ABSTRACT

Criminal liability for attempt to commit is an institution that provides punishment to the perpetrators of an unfinished crime despite what has begun to be committed; thus, it expands the range of criminal liability. The punishment because due to an attempt is possible if only the perpetrator acts with the intention of performing any offense. Article 35 of the Turkish Penal Code (TPC) clearly explains the situation. Although Article 35 of the TPC does not determine that the intention must be the direct intention, the Turkish supreme court (Yargıtay), and criminal law doctrine accept that there is no criminal liability for attempt with conditionan intent. For this reason, the rule that conditional intent is determined according to the result of the offence is mostly valid in Turkish criminal law. Thus, the existence of a conditional intent is conditioned on realizing the result in a practical but not theoretical sense. The background of this opinion is the concern that the range of criminal liability could be expanded intolerably. However, a different opinion in Turkish criminal law doctrine states that there is no difference between direct intent and conditional intent regarding the punishment of a criminal attempt. For this reason, according to the opinion, criminal liability is possible due to a criminal attempt with conditional intent. The conditional intent is determined independently from the result of crime according to German doctrine. In this work, if we accept the criminal liability for attempt with conditional intent, whether the concern to expand the range of criminal liability for attempt with conditional intent is true is examined by considering practices and theories of German Law.

Anahtar Kelimeler: Olası kast, Suça teşebbüs, Gönüllü vazgeçme, Alternatif kast, Risk teorileri, Karar teorileri.

Keywords: Conditional intent (eventual intent), Criminal attempt, Voluntary abandonment, Alternative intent, Risk theories, Decision theories.

Corresponding Author: Bekir Boga E-mail: bboga@erbakan.edu.tr

Submitted: 13.03.2024 • Revision Requested: 24.06.2024 • Last Revision Received: 05.08.2024 • Accepted: 05.09.2024 • Published Online: 01.11.2024



This article is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License (CC BY-NC 4.0)

EXTENDED ABSTRACT

Currently, criminal law aims to prevent risks regarding benefits protected by law before occurring result of an offence. Thus, we can say that punishment for the risks of murder is more important than punishment for murder. Because there is a risk of realizing a crime in the criminal attempt, law punishes the attempt. The Turkish Penal Code (TPC) accepts criminal liability for attempt in Article 35. The criminal attempt is punishable only if the perpetrator acts with intent. However, two forms of intent exist in the TPC. In cases of direct intent, the perpetrator aims to commit the offence or knows absolutely that his act will cause to commit the offence. However, in cases of conditional intent, the perpetrator foresees the possibility of committing the offence. Therefore, the perpetrator knows the risk of committing the offence, but nevertheless, he or she acts. Although Article 35 of the TPC does not determine that the intention must be the direct intention, The Turkish supreme court (Yargıtay), and criminal law doctrine accept that there is no criminal liability for attempt with conditional intent. For this reason, the rule that the conditional intent is determined according to the result of the offence is mostly valid in Turkish criminal law. Thus, the existence of conditional intent is conditioned on realizing the result in a practical but not theoretical sense. The background of this opinion is the concern that the range of criminal liability could be expanded intolerably. However, a different opinion in Turkish Criminal Law doctrine states that there is no difference between direct intention and conditional intent regarding the punishment of a criminal attempt.

There are two important theories regarding conditional intent in German law doctrine. While risk theories determine the conditional intent according to the realized risk by the perpetrator, decision theories investigate the perpetrator's decision, which is contrary to interests protected by law. Both parties concur with the opinion that criminal liability for attempt with conditional intent is possible. Thus there is no theoretical obstacle criminal liability for attempt with conditional intent. However, some authors demand to limit the criminal liability for this attempt. First, an opinion refuses criminal liability in cases of impossible attempts with conditional intent. This view is compatible with Turkish law because in Turkish law, impossible attempts cannot be punished. On the one hand, according to an opinion, abandonment of an attempt with conditional intent must have conditions differ from those of direct intent. The German Federal Court of Justice easily decides that in some cases, an attempt has been abandoned. However, abandonment of an attempt is not voluntary in such cases; for this reason, this approach is criticized in German teaching. Finally, the *dolus alternativus* can limit criminal liability for attempt with conditional intent. Discussions on the *dolus alternativus* should, in our opinion, be further considered in Turkish law. Because an exception is stipulated in the Turkish penal code in terms of provisions for several offenses committed by one act (TPC art. 43 par. 3), and this exception brings practical importance to this discussion.

If the perpetrator knowingly attacks a legally protected interest such as life, the conditional intent is not ambiguous. In this case, punishment for bodily harm rather than murder is unreasonable. Problems in accepting criminal liability for attempt with conditional intent can be limited, but no punishment for such an attempt causes unsolvable problems. This work aims to destroy the worry of criminal liability for attempt with conditional intent. For this purpose, we present solutions in German law, at the same time criticizing, some solutions that have constituted a system for criminal liability for attempt with conditional intent.

GİRİŞ

19. yüzyıl ceza hukuku öğretisinde kastı tamamen psikoloji biliminin esaslarına göre açıklama çabası mevcuttu¹. Bu çabanın bir yansıması olarak kast hukuka aykırılığı istemekle özdeşleştirilmişti. Zamanla bu kavrayış önemli ölçüde değişime uğramıştır. Ancak bugün dahi ceza hukuku öğretisinde bu anlayışın önemli yansımalarının bulunduğu belirtilmelidir.

Bugün ceza hukuku öğretisi suç teorisini ceza hukukunun amaçlarına uygun olarak şekillendirmeyi amaçlamaktadır². Kastın hukuka aykırılığın istenmesi olarak görülmesi ceza hukukunun hem genel önleme hem de özel önleme amaçları ile uyumlu değildir. Hukuki değerleri korumayı hedefleyen ceza hukuku, bu değerlerin bilinçli bir şekilde risk altına sokulmasına şiddetle karşı çıkmalıdır. Failin umarsızca ve bilinçli bir şekilde hukuki değer bakımından risk oluşturduğu durumlarda hukuka aykırılığı isteyip istememesinden bağımsız olarak kasten hareket ettiğinin kabulü, hukuki değerlerin korunması bakımından daha kabul edilebilir bir yaklaşımdır.

Türk Ceza Hukuku öğretisinde son zamanlarda bazı yazarların kastı istemek ile özdeşleştiren anlayışa karşı çıktığı ve hatta kastta bir isteme unsuru bulunmadığını kabul ettiği ifade edilmektedir³. Ancak Türk Ceza Hukuku öğretisi ve yargı uygulaması olası kastla suça teşebbüsle ilgili olarak bu teleolojik yaklaşımın aksine bir ilerleme kaydetmektedir. Failin umarsızca ve bilinçli bir şekilde oluşturduğu tehlikeler bakımından suça teşebbüs müessesinin uygulanması kabul edilmemekte, bir bakıma failin makul bir insan tarafından kabul edilemeyecek düzeyde oluşturduğu risk (risk teorileri), hukuk düzenine karşı sergilediği kötü zihniyet (karar teorileri) ve buna bağlı olarak iradesini oluşturmasından kaynaklanan kusuru affedilmekte, nihayetinde fail neticenin gerçekleşmemesinden ötürü sebepsiz bir şekilde ödüllendirilmektedir. Bu durum kanaatimizce TCK'nın sistematigi ile de uyumlu değildir. TCK'nın 87. maddesinin 4. fıkrasında kasten öldürme sonucu ölüm neticesinin gerçekleşmesi cezalandırılmaktadır. Buna karşılık failin çok yüksek bir riskin bilincine rağmen ölüm neticesinin gerçekleşmesini kabullenerek hareket ettiği durumlarda kasten öldürme suçundan hüküm kurulması gerekmektedir (TCK m. 81). Kanun koyucunun bu iki düzenleme arasında oluşturduğu fark, failin iradesini oluşturmasına dayanan kusur farklılığından ileri gelmektedir. Örneğin bir kişinin uyluk bölgesine saplanan bıçağın ölüme sebebiyet vermesi, failin neticenin gerçekleşmeyeceğine duyduğu güvenle hareket etmesi sebebiyle 87. maddenin 4. fıkrasından cezalandırılacak iken⁴, kafa bölgesine sert bir cisimle vurarak mağdurun öldürülmesi halinde kasten öldürmeden hüküm kurulabilmektedir⁵. İkinci örnekte daha ağır ceza sorumluluğunun sebebi failin iradesine dayanan kusurun ağırlığıdır. Mağdurun ölmediği durumlarda neticenin gerçekleşmemiş olması, netice haksızlığının gerçekleşmemiş olması nedeniyle cezadan indirim yapılmasını sağlayacaktır. Fakat bu durumda olası kastla suça teşebbüs kabul edilmeyerek failin ayrıca iradesine dayanan kusurunun neden affedildiği anlaşılmamaktadır. Örneğin kalabalık bir ortamda insanların bulunduğu yere doğru ateş eden ve bu suretle bir kişinin kafasından ağır bir şekilde yaralanmasına sebebiyet veren kişi, mağdur ölürse olası kastla öldürmeden sorumlu tutulacakken, mağdurun ölmediği ihtimalde ancak kasten yaralamanın neticesi sebebiyle ağırlaşmış halinden sorumlu tutulabilmektedir⁶ (TCK m. 87). Kanun koyucu 87. madde ile 81. madde arasında neticenin gerçekleşmesi bakımından bir fark oluşturmamıştır. Böyle bir ayırım olsa idi hem 81. maddede hem de 87. maddede ölüm neticesinin gerçekleşmesi cezalandırılmazdı. Dolayısıyla sırf ölüm neticesi gerçekleşmediği için 87 veya 86. maddeden cezalandırma yoluna gitmek kanunun sistematigi ile bağdaşan bir uygulama değildir.

Türk Ceza Hukukunda olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin nedeni temel olarak “ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz bir şekilde genişlemesi” endişesidir. Bu çalışmada bu endişeye bağlı olarak ortaya çıkabilecek sorunlar ve bu sorunlara yönelik çözüm önerileri üzerinden Alman Ceza Hukuku öğretisi esas alınarak olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği üzerinde bir inceleme yapılacaktır. Keza olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin teorik gerekçesi olan belirsiz kastı netice belirler kuralının da geçerliliği bu çerçevede tartışılacaktır.

¹ Safferling J.M. C. Vorsatz und Schuld, Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht (Mohr Sebeck 2008) 40; Bozbayındır A, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları (Adalet 2018) 49.

² Roxin C und Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (5. Auflage, C.H. Beck 2020) § 7, N 26.

³ Koca M ve Üzülmüş M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin 2023) 173; Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Bası, Seçkin 2023) 257 vd.

⁴ Yargıtay 1. CD, E. 2011/4475, K. 2012/5542, T. 04.07.2012.

⁵ “Oluşa ve dosya kapsamına göre sanığın, öldürmeye elverişli demir sopa ile maktülün kafasına vurduğu, maktülün otopsi raporunda tespit edildiği gibi “sağ temporoparietookspital kemikleri üstünde görünen 19 cm’lik C harfi şeklinde kırık hattı” oluşturan yarada darbenin şiddetli olduğunu gösterdiği gibi, kırık hattının alt seviyesinde yine sağ parietal kemikte 7 cm’lik çatlak olmasının da bu darbeye bağlı olarak gelişen netice olduğu anlaşılmakla, eylemine bağlı olarak ortaya çıkan kastının öldürmeye yönelik olduğu anlaşılan sanığın, TCK’nın 81. maddesi uyarınca “kastan öldürme” suçundan cezalandırılması yerine, suç niteliğinde yanlıya düşülerek, yazılı biçimde “kastan yaralama sonucu ölüme neden olma” suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi. . .” Yargıtay 1. CD, E. 2018/5859, K. 2019/ 1823, T. 26.03.2019. Yargıtay bu kararında doğrudan kastı kabul etmiş gözükmektedir. Burada normatif biçimde failin neticeyi amaçlayarak hareket ettiği tespit edilmektedir. Kanaatimizce TCK sistematiginde doğrudan kastı tespit edecek amaç unsurunun normatif değil ontik bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Bu amaç tespit edilemediği takdirde failin neticeyi kabullenerek hareket ettiği normatif bir şekilde tespit edilecek ve fail olası kastla öldürmeden sorumlu tutulacaktır. Yargıtay bir başka kararında başa sert ve künt cisim vurularak ölüme sebebiyet verilmesini kasten yaralama sonucu ölüme sebebiyet verme suçunun içerisinde değerlendirmiştir: Yargıtay 1. CD, E. 2014/4237, 2014/3965, T. 17.09.2014.

⁶ Üstelik bu durumda bir de olası kast nedeniyle indirim yapılması gerekecektir: “sanık ...’in de ateşli silahla rastgele ateş ederek olaylarla ilgisi olmayan ... isimli çocuğu boynundan hayatı tehlike ve sabit iz meydana gelecek şekilde yaraladığı. . . sanık ...’in olay günü evine yönelik saldırı olduğundan bahisle ele geçirilemeyen silahla rastgele ateş ederek katlıanı yaraladığı, sanık hakkında olası kastla yaralama suçunun sübut bulduğu, açıklanan nedenlerle mahkumiyetine karar verilmesi gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde beraatine hükümlenmesi” 1. CD, E. 2021/10036, K. 2021/14380, T. 24.11.2021. İfade edelim ki bu olayda kusurluluğu ortadan kaldıran nedenlerin ayrıca tartışılması gerekmektedir.

1. Türk ve Alman Ceza Hukukunun Olası Kastla Suça Teşebbüse İlişkin Yaklaşımı

Özellikle 2005 yılında 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesinden sonra, Alman Ceza Hukuku öğretisinin Türk Ceza Hukuku öğretisini önemli ölçüde etkilediği görülmektedir. Birçok teorik tartışmadaki benzerliğe rağmen farklı müesseselerde Alman Ceza Hukuku sistemi ile Türk Ceza Hukuku sistemi arasında önemli farkların bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu iki hukuk sistemi arasındaki en önemli farklılığın olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. Türk Ceza Hukuku öğretisinin çoğunluğu⁷ ve son dönemlerdeki istikrar kazanan yargı uygulaması⁸ olası kastla suça teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kabul etmemektedir. Buna karşılık Alman Ceza Hukuku öğretisi ve Federal Mahkeme uygulaması bakımından olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirliği konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

Bu farklılığın temelinde üç ceza hukuku müessesinin bulunduğu düşünülebilir. Öncelikle belirtmek gerekir ki 5237 sayılı TCK'nın teşebbüse ilişkin kabul ettiği sistem, Alman Ceza Kanunundan (Al. CK) farklıdır. Ancak bu söz konusu farklılığın bir nedeni değildir. Al. CK, suça teşebbüsün cezalandırılmasını saf objektif teori⁹ nazariyesi ile ele almamıştır. Kanunun 22. maddesi **failin tasavvuruna göre** tipikliğin gerçekleştirilmesi için doğrudan doğruya icra hareketlerine başlamasını aramaktadır (bireysel objektif teori). Burada teşebbüsün cezalandırılması için önemli olan failin tasavvuruna göre suçun konusu üzerinde bir tehlike oluşturulmasıdır. Buna göre Alman hukukunda failin hareketinin suçun konusu üzerinde objektif bir tehlike oluşturmadığı durumlarda dahi teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu kabul edilebilmektedir¹⁰. Nitekim Kanunun 23. paragrafının 3. fıkrası¹¹ açıkça elverişsiz teşebbüsten ötürü failin ceza sorumluluğu kabul etmiş bulunmaktadır. Ancak 5237 sayılı TCK açıkça elverişli hareketlerle suçun icrasına başlanmasını arayarak saf objektif teoriyi benimsemiş¹², böylelikle suçun konusunun objektif bir tehlikeye maruz kalmadığı tüm durumlar (elverişsiz teşebbüs, suçun konusunun yokluğu¹³) cezalandırılabilirlik alanının dışına çıkarılmıştır¹⁴. Bu farklılık esasen olası kastla hareket edilen hallerde teşebbüsün kabul edilmesinin cezalandırılabilirlik alanının Alman hukuku bakımından daha katlanılmaz şekilde genişlemesine neden olmaktadır. Zira olası kastla suça elverişsiz teşebbüs dahi bu durumda cezalandırılabilir hale gelmektedir. Örneğin A'nın bir ağrı kesicinin içindeki maddeye ölümcül bir alerjisi vardır. A'nın çocuğu B'ye bakıcılık yapan C, B'nin kafa ağrısı şikâyeti üzerine bu ağrı kesiciyi ona vermeyi düşünür. B'nin de aynı genetik alerjiye sahip olabileceği bilgisine rağmen bu ilacı verir. Ancak gerçekte B'nin bu şekilde bir alerjisi bulunmamaktadır. Bu durumda suçun konusu üzerinde bir tehdit oluşmadığından TCK sisteminde cezalandırma hiçbir şekilde gündeme gelmez. Ancak Alman hukukunda C'nin öldürme kastının varlığının kabulü halinde teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu kabul edilebilecektir.

İkinci olarak dikkate alınacak müessese içtimadır. İçtima alanında TCK'nın 43. maddesinin 3. fıkrası kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçlarında zincirleme suç hükümlerinin uygulanmayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle söz konusu suçlar bakımından her halükârda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Aynı esasın farklı neviden fikri içtima hükümleri bakımından da geçerli olup olmayacağı ise tartışmalıdır¹⁵. Ancak Al. CK eylem teklifi düzenlediği 52. maddesinde bu şekilde

⁷ Türk Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüsten ceza sorumluluğunu kabul eden yazarlar özellikle olası kastın teşebbüs bakımından doğrudan kasttan ayrılmayacağını kabul etmektedir. Sözüer A, Suça Teşebbüs (Kazancı 1991) 164; Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III (2.Baskı, Beta 1992) s. 398. Öztürk/Erdem Türk Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin sebebinin bu kast biçiminin gayri muayyen (belirsiz kast) olarak ifade edilmesinden ileri geldiğini ifade etmektedir. Yazarlar olası kastta muhatabın belirli olabileceğini belirterek bu düşünceye karşı çıkmaktadırlar. Öztürk B ve Erdem M. R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbiri Hukuku (23. Baskı, Seçkin 2023) N 614; Demirbaş ise farklı bir perspektiften olası kastla suça teşebbüsü kabul etmektedir. Yazara göre "fail, hareketinin neticesinde belirlenen sonuçlar yanında bir takım olası sonuçları da doğurabilme iktidarına sahip ise olası kasta teşebbüsü kabul etmek gerekir. Çünkü önemli olan hareketin o sonuçları doğurabilmesindeki nedensel bağlıdır." Yazar olası kastla suça teşebbüsü mümkün kabul eden görüşlerin çoğunluğu oluşturduğunu da ifade etmektedir. Ancak yazarın bunu Türk Hukuku bakımından mı yoksa Alman Hukuku bakımından mı ifade ettiği belirsizdir. Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023) 505. Özbek, Doğan ve Bacaksız da teorik olarak olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğunu, ancak uygulama kolaylığı sağlaması bakımından olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesinin daha makul olabileceği, böylelikle sorumluluğun genişleme tehlikesinin önüne geçildiği düşünmektedir. Özbek V. Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023), s. 153.

⁸ Yargıtay'ın 2006 yılına kadar olası kastla suça teşebbüsü kabul eden bazı kararları bulunmaktaydı. Bkz. Tozman Ö, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi, Ceza Hukuku Dergisi, (2010) 12, 163-164. Ancak son dönemdeki kararları istikrarlı biçimde olası kastla suç teşebbüsü reddetmektedir. Yargıtay CGK, E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017; Yargıtay 3. CD, E. 2019/13212, K. 2019/21680, T. 26.11.2019; Yargıtay 1.CD, E. 2014/3823, K. 2015/3150, T. 13.05.2015.

⁹ Teşebbüsün cezalandırılması nedenini asgari suçun konusu üzerinde oluşturulan tehlikede arayan bu teorinin temeli aslında haksızlığa ilişkin bütün unsurları objektif tipiklik alanında toplayan bunun dışındaki manevi unsurları ise kusur alanında toplayan klasik suç teorisinde bulunmaktadır. Nitekim söz konusu yaklaşım özellikle Almanya'da klasik suç teorisine mensup yazarlar tarafından kabul edilmiştir. Eser A und Bosch N, 'Art 22-24 StGB' in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019) § vor 22-24, N 18.

¹⁰ Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II (C. H. Beck 2003) § 29, kn. 6.

¹¹ "Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2)." Hükümün çevirisi şu şekilde verilebilir: Fail suçun konusunun niteliğinde, suçun konusunda veya suçun işlenmesi için gerekli olan araçlarda önemli ölçüde yanlış yaptığı değerlendirmeye nedeniyle icra hareketinin suçun tamamlanması için yeterli olacağı hususunda yanlışlığı düşmüşse mahkeme ceza vermektense vazgeçebileceği gibi verilen cezada indirim de yapılabilir.

¹² Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Adalet 2023) 807; Özbek V. Ö, Doğan K, Bacaksız, P ve İsa Başbüyük, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin 2023) 469; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 610; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 426.

¹³ Hukukumuzda suç konusunun yokluğu bakımından bir yaklaşım elverişli-elverişsiz teşebbüs ayrımı yapmamakta her halükârda işlenemez bir suçun varlığını kabul ederek suç teşebbüsün kabul edilmeceğini belirtmektedir. Özgenç (n. 3) 574; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 431. Bununla birlikte diğer bir yaklaşım bu durumda failin suçun konusu bakımından elverişliliğini değerlendirmektedir. Sözüer (n. 7) 192.

¹⁴ Özgenç (n. 3) 572 vd.; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 429 vd.

¹⁵ Söz konusu istisna hükümünün faklı neviden fikri içtima bakımından öngörülmemesi failin bir eylemle birden fazla kişiyi öldürdüğü ve yaraladığı olaylarda kasten öldürme ve kasten yaralama suçlarından ayrı ayrı hüküm kurulmasına engel bir durum ortaya çıkarmaktadır. Aynı neviden fikri içtima ile farklı neviden fikri içtima arasında bu şekilde bir farklılık oluşturulması öğretilde eleştirilmekte ve bir sorun olarak görülmektedir. Akbulut (n. 12) 1049 vd.; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 556-557; Bu sorunun çözümü için kitabımın önceki basılarında olası kastla suça teşebbüsü kabul etmeyen Özgenç görüş değişikliğine giderek bu tip vakalarda failin yaraladığı kişiler bakımından öldürme kastıyla hareket ettiğini bu nedenle failin birden fazla kasten öldürme suçunu gerçekleştirdiğini (tamamlanmış kasten öldürme, olası kastla öldürmeye teşebbüs) ve 43. maddenin 3. fıkrasındaki istisnanın bu durumlarda geçerli

bir istisna düzenlemesine yer vermemiştir. İlgili madde hükmü yalnızca tek hareketle birden fazla suçun işlendiği durumlarda tek ceza verileceğini belirtmektedir. Böylelikle kasten öldürme ve yaralama suçlarında da bu hüküm uygulanabilecektir. Türk Ceza Hukuku bakımından ise failin olası kastla hareket ettiği hallerde (bir düşünün yerinde rastgele ateş açması gibi) onlarca kişiyi öldürmeye teşebbüsten ayrı ayrı cezalandırılabilmesine ilişkin endişenin, olası kastla suça teşebbüsten ceza sorumluluğunun kabul edilmemesinin bir gerekçesi olduğunu görmekteyiz¹⁶.

Nihayet iki ceza hukuku öğretisi ve uygulaması arasındaki bu farklılıkta, olası kasta yüklenen anlam farklılığı etkilidir. Türk Ceza Hukuku öğretisinde 20. yüzyılın başlarında Karl Binding tarafından benimsenmiş¹⁷ kasta ilişkin anlayışın bir benzeri önemli ölçüde devam ettirilmektedir¹⁸. Yazara göre olası kastta fail ancak gerçekleşmiş olan neticeyi irade etmiş olabilir. Olası kastı neticenin husule getireceğini benimseyen bu anlayış, neticeden bağımsız olası kastın varlığını kabul etmemektedir¹⁹. Bu da tabii olarak olası kastla suça teşebbüsün mümkün olmadığı anlamına gelmektedir. Binding'in kast ve kusura ilişkin anlayışı ceza hukukunu önemli ölçüde etkilese de kendi döneminde dahil genel anlayıştan farklı bir konuma sahip olmuştur²⁰. Dolayısıyla Binding'in bu tespitleri Alman Ceza Hukuku öğretisinde bir istisna olarak kalmıştır. Alman Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüse teorik olarak karşı çıkılmadığı gibi pratik olarak da kabul edilmesinde bir sakınca görülmektedir. Yalnızca olası kastla suça teşebbüsün sınırsız bir şekilde uygulanması ile ilgili endişelerin mevcut olduğu söylenebilir²¹. Türk Hukukunda ise "belirsiz kastı netice belirler (dolus indeterminatus determinatur ab eventu)" kuralı üzerinden olası kastla suça teşebbüse teorik olarak itiraz edildiği²² gibi "sorumluluk alanın katlanılmaz şekilde genişleyeceği endişesi" ile pratik olarak da karşı çıkmaktadır²³.

2. Olası Kastla Suça Teşebbüsün Teorik Olarak Mümkün Olup Olmadığı Sorunu

A. Kastın Tanımı ve Biçimleri ile Teşebbüsün İlişkisi

TCK'da kabul edilen manevi unsur biçimlerinin ilk bakışta dört adet olduğu düşünülebilir: Doğrudan kast (m. 21, f. 1), olası kast (m. 21, f. 2), bilinçli taksir (m. 22, f. 3), taksir (m. 22, f. 2). Ancak gerçekte TCK'nın kabul ettiği sistemde iki farklı manevi unsur biçimi bulunmaktadır: Kast ve taksir. Olası kast, kastın bir formudur; farklı bir manevi unsur biçimi değildir. Bu sebeple zorunlu olarak öngörülen ceza indirimi dışında kural olarak olası kasta farklı bir muamele yapılmaz. Bununla birlikte Alman ve Türk Ceza Hukuku öğretisinde bazı suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilir²⁴. TCK'nın 21. maddesinin gerekçesinde açık bir şekilde kanuni tanımında "bilerek" ifadesinin kullanılması durumunda suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği belirtilmektedir. Keza Alman hukukunda bir belirleme olmamasına rağmen Türk hukukunda kanuni tanımında hukuka aykırılık kavramının kullanıldığı suçların da ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmektedir²⁵. Bunun dışında Türk Ceza Hukuku öğretisi suça teşebbüs bakımından da olası kastın varlığını yeterli görmemektedir.

Öğretide kast kavramının içeriği ve unsurları bakımından oldukça zengin bir tartışmanın bulunduğu ifade edilmelidir. Çalışmamızın kapsamı bakımından bu tartışmalara girmemiz mümkün gözükmemektedir. Bununla birlikte olası kast ile doğrudan kast arasındaki ayrımın öğretinin üzerinde çok durduğu bir konu olmadığı belirtilmelidir. Genel olarak failin tipikliği gerçekleştirilmeyi amaçladığı veya tipikliğin gerçekleşeceğini kesin olarak öngördüğü durumlarda doğrudan kastın varlığı kabul edilirken, failin tipikliğin gerçekleşeceğini olası olarak gördüğü ve tipikliğin gerçekleşmesini kabullendiği durumlarda olası kastın bulunduğu belirtilmektedir²⁶. TCK genel olarak kastı 21. maddenin 1. fıkrasında tanımlamakta, 2. fıkrada ise olası kastı ayrıca

olacağını kabul etmiştir. Yazara göre olası kastla işlenen suçlarda da teşebbüs hükümlerinin uygulanabilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda sorumluluğun sadece ortaya çıkardığı neticelerle sınırlı tutulması gerekmektedir. Özgenç (n. 3) 561-562, 716.

¹⁶ Dönmezer S. ve Erman S., Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2 (15.Baskı, Der 2021) N 570; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 183-184. İçel K., Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta 2016) 498; Yazar olası kastın taksir gibi istisnai bir sorumluluk biçimi olduğunu belirtmektedir. Yazarın böyle bir sonuca nasıl ulaştığı anlaşılabilir. Olası kast, kastın bir türüdür ve olası kastla suçtan sorumluluk için kanununda bir belirlemeye yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. TCK yalnızca olası kastı tanımlamış ve olası kastla hareket edilen durumlarda zorunlu bir ceza indirimi öngörmüştür.

¹⁷ Binding K., Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld, Vorsatz, Irrtum (2. Auflage, Engelmann 1916) 819.

¹⁸ İpekçioğlu P.A., Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs, (Seçkin 2019) 170-171; Katoğlu T. 'Olası Kast ve Suça Teşebbüs' iç Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt 1 (Ankara 2015) 615. Burada kast edilen yazarların Binding'ten etkilenmiş olması değildir. Yazarların bakış açısı ile Binding'in görüşü arasındaki uyuma vurgu yapılmaktadır.

¹⁹ Alman Ceza Hukuku öğretisinde olası kastın varlığı için böyle bir şart aranmadığından bu görüşün taraftar bulamadığına ilişkin olarak bkz. Puppe I, Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46 (1984) 11 Neue Zeitschrift für Strafrecht 491.

²⁰ Engisch K. Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht (2.Auflage Scientia 1964) 122-123.

²¹ Puppe (n. 19) 489; Herzberg R. D. Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch? (1990) 7 Neue Zeitschrift für Strafrecht 314-315; Schmidhäuser E, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch (2. Auflage, Mohr (Paul Siebeck) 1975) § 15, N 62-66.

²² Bozbayındır (n. 1) 339; İçel (n. 16) 431-432; Centel N., Zafer H ve Çakmut Ö., Türk Ceza Hukukuna Giriş (9. Baskı, Beta 2016) 367.

²³ Koca ve Üzülmöz (n. 3) 170 vd.

²⁴ Alman öğretisinde bu mesele özellikle amaç unsuruna yer verilen suçlar bakımından tartışılmaktadır. Jescheck H-H und Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (5.Auflage Duncker & Humblot 1996) 298; Roxin ve Greco (n. 2) § 12, N 14-15; Lackner K ve Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar (29. Auflage C. H. Beck 2018) § 15, N 20. Türk öğretisinde de amaç unsuruna yer verilen suçların ancak doğrudan kastla işlenebileceği ifade edilmektedir. Özbek, Doğan, Bacaksız ve Başbüyük (n. 12) 277; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 412.

²⁵ Özgenç (n. 3) 312; Koca ve Üzülmöz (n. 3) 167.

²⁶ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 20.

tanımlanmaktadır. Bu tanım olası kastın bilinçli taksirden farkını ortaya koyma konusunda yeterli olmasa da²⁷ TCK bakımından doğrudan kast-olası kast ayrımı için yaptığımız açıklamaların geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

Olası kast öğretide belirsiz veya gayri muayyen kast olarak da isimlendirilmektedir. Böylelikle bir anlamda belirli kast-belirsiz kast ayrımı doğrudan kast-olası kast ayrımı ile özdeşleştirilmektedir. Öğretide failin kastının belirli bir **konu** üzerinde somutlaştığı durumlarda belirli kastın bulunduğu; konun belirsiz olması, tipik hareket veya neticenin kimin üzerinde gerçekleşeceği konusunun failin zihninde somutlaşmamış olması durumunda belirsiz kastın bulunduğu ifade edilmektedir²⁸. Bu itibarla belirsiz kast ile olası kast kavramını özdeşleştirmekte ve belirsiz kastı netice belirler kuralını uygulamakta, nihayetinde olası kastla suçta teşebbüsün mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Olası kastla suçta teşebbüsün cezalandırılmasının önünde teorik bir engel olup olmadığının tespiti için iki sorunun cevaplandırılması gerekmektedir. I. 35. maddede yer alan kast ifadesi doğrudan kast ile sınırlı olarak mı anlaşılmalıdır? II. Belirsiz kastı netice belirler kuralı olası kast bakımından da uygulanabilir mi?

1. Teşebbüse İlişkin 35. Madde Düzenlemesinde Geçen Kast İfadesi Doğrudan Kastla Sınırlı Mıdır?

Türk Ceza Kanununun lafzından hareketle iki farklı sonuca ulaşılabılır. Birinci olarak TCK “işlemeyi kast ettiği suç” ibaresini kullanmaktadır. Eğer bu ibare bir suçun işlenmesinin amaçlanması şeklinde anlaşılırsa TCK’nın olası kastla hareket edilen hallerden teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kabul etmediği sonucuna ulaşılması gerekecektir. Zira ancak doğrudan kastta fail tipikliği gerçekleştirmeye yönelik bir amaçla hareket edebilir. Olası kastta, failin tipikliği gerçekleştirmeye yönelik bir amacı bulunmamaktadır.

Ancak dikkat edilmelidir ki bu şekilde bir kabule ulaşıldığında öğretide ikinci dereceden doğrudan kast kapsamına sokulan olaylarda da teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğundan vazgeçilmesi gerekebilir. Zira bu vakialarda fail tipikliği gerçekleştirme amacı ile hareket etmemekte; tipiklik, hedeflediği eylemin **zorunlu** bir sonucu olarak gerçekleşmektedir²⁹. Klasik olarak verilen örnekte fail, sigorta tazminatı almak için bir gemiyi batırır. Bu eylemi sonucunda gemide bulunan kişilerin ölmesi zorunlu bir sonuçtur. Ancak fail, dar anlamda bu sonucu gerçekleştirme amacı ile hareket etmemektedir. Geminin batmaya başlaması sırasında tesadüfen yakınından geçen bir başka geminin yardımı ile gemide bulunan kişiler kurtulur. Bu durumda failin işlemeyi kast ettiği suç kasten öldürme olmadığı için teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğuna başvurabilmek de mümkün değildir.

Modern kast öğretisinde kast istemek veya dar anlamda amaç kavramı ile özdeş görülmemektedir. Klasik suç teorisine hâkim olan psikolojik kusur teorisine rağmen 19. yüzyılın sonlarına doğru savunulmaya başlayan tasavvur teorileri kastın failin hareket ederken sahip olduğu tasavvurundan belirleneceğini, kasttaki iradi unsurun hareket iradesinden daha fazla bir anlam taşımadığını kabul etmişti. Klasik suç teorisinin en önemli temsilcisi v. Listz³⁰ tarafından dahi savunulan bu yaklaşım Frank ve normatif kusur teorisi ile birlikte daha güçlü bir şekilde dile getirilmiştir³¹. Ancak klasik suç teorisi hukuka aykırılığın da kast kapsamında olduğunu kabul ediyordu. Bilahare amaçsal suç teorisi Roma Hukukundan bakiye kast anlayışını (dolus malus) reddetmiş ve failin hukuka aykırılığına ilişkin bilgiyi, kast kavramının dışına taşımıştır³². Günümüzde Alman Hukukunda hâkim olan kast anlayışında final suç teorisinin önemli bir etkisi bulunmaktadır. Bu teori kastı amaç ile eşitlese de amaçsallığı genel anlamından farklı bir şekilde tanımlamıştır. Welzel’e göre failin gerçekleştirmeyi hedeflediği amaç, bu amaca ulaşmak için gerekli olan araç hedefler, amaca ulaşmanın yanında onunla birlikte kabul edilen nedensel faktörlerle birlikte dikkate alınan yan sonuçlar da amaçsallığın içerisinde³³. Böylelikle bütün kast biçimleri amaçsallık ile özdeşleştirilmektedir.

Günümüzde Alman Ceza Hukuku öğretisinde kastın isteme kavramı ile özdeşleştirilmesinden tamamen vazgeçildiği söylenebilir. Kastta bir isteme unsurunun varlığı ancak amaç kastında açık bir şekilde kabul edilmekte (Absicht), diğer kast biçimlerinde (özellikle olası kast) bir isteme unsuru kabul edilse de bu unsura günlük hayattaki anlamı değil, normatif bir anlam yüklenmektedir³⁴. Nitekim Alman Federal Mahkemesi de deri kemer (Lederriemen-Fall)³⁵ davasından itibaren hukuki anlamda kabullenme kavramını kullanmakta ve failin arzu etmediği neticeler bakımından da kasten hareket edebileceğini vurgulamaktadır. Esasen kastı istemek veya dar anlamda amaçla özdeşleştirmek Feuerbach dönemi ceza hukuku anlayışına uygundur. Feuerbach ise olası kastı, bir kast biçimi olarak kabul etmemektedir³⁶. TCK’nın olası kastı ayrıca tanımlaması ve günümüz modern kast anlayışı

²⁷ Koca ve Üzülmöz (n. 3) 173; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 415; Katoğlu (n. 18) 614; Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı Adalet 2011) 210.

²⁸ Dönmezer ve Erman (n. 16) 484; Belirsiz kastın tanımına ilişkin öğretide bir görüş birliğinin bulunmadığının ve günümüz kast anlayışında belirsiz kasta yer vermenin uygun olmayacağına ilişkin bkz. Önder (n. 7) 292.

²⁹ Roxin ve Greco (n. 2) §12, N 18; Sternberg-Lieben D und Schuster F ‘Art 15-18 StGB’ in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019) § 15 N 68; Karakehya H. Ceza Hukuku Genel Hükümler (2.Baskı Adalet 2023) 100.

³⁰ Listz F und Schmidt E, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I, (26. Auflage, Walter de Gruyter 1932) 253 ff.

³¹ Frank R, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre (1890) 10 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 169-228.

³² Kindhäuser, U ve Zimmerman T, Strafrecht Allgemeiner Teil, (11. Auflage, Nomos 2024) § 13, N 7.

³³ Welzel H, Das neue Bild des Strafrechts, (4. Auflage, Otto Schwartz & Co., 1961) 1-2.

³⁴ Maurach, R und Zipf, H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I (8. Auflage, C.F. Müller 1992) § 22, N 14; Roxin C, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in Festschrift für Hans-Joachim Rudolph zum 70. Geburtstag, (Luchterhand 2004) 243.

³⁵ BGH, 22.04.1955 - 5 StR 35/55. Dava konusu ve mahkemenin değerlendirmesi için bkz. Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 21.

³⁶ Bozbayındır (n.1) 46 vd.

dikkate alındığında TCK'nın 35. maddesinde yer alan bu düzenlemenin failin ancak gerçekleştirmeyi amaçladığı suç tipleri ile sınırlı bir şekilde yorumlamak mümkün değildir. Bu itibarla 35. maddede belirtilen kast ifadesini doğrudan kastla sınırlandırmamak gerekir. Buradaki kast ibaresi modern kast anlayışına uygun olarak bütün kast biçimlerini kapsar şekilde anlaşılmalıdır³⁷.

TCK'nın 35. maddesini lafzi olarak yorumlayan diğer bir anlayış maddede kullanılan “doğrudan doğruya” ibaresinin doğrudan kastı işaret ettiği görüşündedir³⁸. Belirtilmelidir ki buradaki doğrudan doğruyalık, kastı değil; icra hareketlerini nitelendirmektedir. İcra hareketlerinin başladığı anın tespiti bakımından TCK maddi objektif teoriyi benimsemiş ve tipik harekete doğrudan doğruya bağlantılı olan hareketlerin de icra hareketleri içerisinde kabul edilmesini arzulamıştır³⁹. Kaldı ki bu ibare Al. CK'da da kullanılmaktadır (unmittelbar Ansetzen) ve bu husus icra hareketlerinin başlangıç anı bağlamında değerlendirilmektedir⁴⁰. Bu itibarla “doğrudan doğruyalık” ifadesinin doğrudan kastı işaret ettiğine ilişkin bu yorumu kabul etmemekteyiz.

2. Belirsiz Kastı Netice Belirler Kuralı Olası Kast Bakımından Geçerli Midir?

Öncelikle ifade edilmelidir ki olası kast, tipikliğin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin belirsizlik sebebi ile “belirsiz kast” olarak nitelendirilebilir. Ancak yukarıda öğretinin yaptığı tanımlama doğrultusunda belirsiz kasttan, kastın belli bir konu üzerinde somutlaşmaması anlaşılıyorsa olası kastı belirsiz kast olarak nitelendirmek hatalı olacaktır. Çünkü olası kast belirli bir konu üzerinde somutlaşabilir. Failin, mağdurun kafasına öldürmeyi amaçlamaksızın kürekle vurması, ölüm neticesi bakımından olası kastla hareket ettiği bir örnektir⁴¹. Bu örnekte kastın belirli bir konu üzerinde somutlaşmadığı ileri sürülemez.

Kastın belirli olup olmaması sadece konu ile sınırlı değil; nedensel süreç ve buna bağlı olarak tipikliğin bütün unsurları bakımından tetkik edilebilir. Genel bir suç işleme niyeti kastın varlığı bakımından yeterli değildir, failin zihninde tipikliğin gerçekleşmesi ile bağlantılı bir tasavvurun somutlaşması gerekmektedir⁴². Failin mağdura öldürme kastı ile vurduğu ve mağdurun öldüğünü düşündüğü fakat mağdurun ölmediği, bilahare fail tarafından suç delilinin ortadan kaldırılması maksadı ile mağdurun gömüldüğü ve boğularak hayatını kaybettiği örnekte öldürmeye yönelik failin genel kastının kasten öldürme suçundan sorumlu tutulması için yeterli olduğu kabul ediliyordu (dolus generalis). Günümüz öğretisinde bu sorun hata bağlamında nedensellik bağı üzerindeki yanılığın önemli olup olmamasına göre çözümlenmektedir⁴³. Kastın belirliliği şeriklerin ceza sorumluluğu bakımından da tartışılmaktadır. Azmettiren bakımından fail, mağdur ve zaman bakımından daha belirli bir kast aranırken, yardım eden bakımından aranan belirlilik daha zayıftır⁴⁴. Diğer taraftan failin hangi tipikliği gerçekleştireceğine ilişkin belirsizlik sorunu alternatif ve kümülatif kast konuları ile ilişkili görülmekte ve içtimaya ilişkin bir mesele olarak kabul edilmektedir⁴⁵. Alternatif ve kümülatif kastın ise olası kast olarak anlaşılamayacağı öğretiler vurgulanmaktadır⁴⁶.

Bu açıklamalarımız gösteriyor ki olası kast kavramı ile belirsiz kast kavramı birbirlerinden farklıdır. Öğretinin belirsiz kasta ilişkin tanımı dikkate alındığında olası kastın her zaman belirsiz kast olmayacağı da açıktır. Olası kast pekâlâ bir konu üzerinde somutlaşabilir⁴⁷. Bilahare verilecek olan bir şahsa yönelik öldürme amacı olmaksızın öldürücü bir darbe vurma örnekleri, olası kast olarak kabul edilir ve bu durumda kastın yöneldiği konu belirlidir. Diğer taraftan doğrudan kastın, hatta birinci dereceden doğrudan kast olarak nitelendirilen amaç kastının yöneldiği konunun belirsiz olması da mümkündür. Bir terör örgütü mensubunun insanları öldürmek için bir alışveriş merkezine bomba yerleştirilmesi ve patlatması örneğinde kimin ve kaç kişinin öleceği belirsizdir. Burada fail “mümkün olduğunca fazla kişiyi öldürme” amacı ile hareket eder. Bu amaç birinci dereceden doğrudan kast olmakla konu bakımından belirsizdir. Ancak birinci dereceden doğrudan kastla suça teşebbüste ceza sorumluluğu üzerine bir tartışma bulunmamaktadır⁴⁸.

³⁷ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu da 35. maddede yer alan kast ibaresini bütün kast biçimlerini kapsar şekilde anlamaktadır. “TCK'nun 35. maddesinin birinci fıkrasındaki “işlemeyi kastettiği” ibaresi, teşebbüsün ancak kasten işlenen suçlar bakımından mümkün olduğunu ortaya koysa da, söz konusu maddede kastın çeşidi yönünden bir ayrıma gidilmediği görülmektedir. Bu nedenle olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs hükmünün uygulanmasına bir engel olmadığı ileri sürülebilir ise de...” Yargıtay CGK, E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017 (karararama.yargitay.gov.tr E.T: 1.02.2024) Ayrıca bkz. Öztürk ve Erdem (n. 7) N 358.

³⁸ Katoğlu (n. 18) 620; Bozbayındır (n. 1) 339.

³⁹ Akbulut (n. 12) 817.

⁴⁰ Alman Ceza Hukuku sisteminde teşebbüs bakımından bireysel objektif teori kabul edildiğinden icra hareketlerinin başladığı an bakımından failin tasavvuru da dikkate alınmaktadır. Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil (7.Auflage Kohlhammer 2022) N 725. Bununla birlikte bu sistemde de doğrudan doğruya icra için failin tipikliğe ilişkin hareketleri gerçekleştirmesinin gerekli olmadığı, korunan hukuki değerlerin doğrudan doğruya tehlikeye düşürülmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir Heinrich (n. 40) N 728. Alman Ceza Kanununun eski halinde teşebbüs tanımlanırken bir cürmü veya cünhayı işleme kararı ile hareket etme tabirini kullanmıştı (§ 43). Bkz. Kohlrausch E, Deutsche Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (Walter de Gruyter 1947) 42. Bu tanımlama biçiminden yola çıkan Wächter benzer şekilde teşebbüsü failin suçu işlemeyi amaç edindiği haller ile sınırlandırmıştı. Wächter, K.G, Deutsches Strafrecht, (Breitkopf Haertel 1881) 209. Ancak günümüzde ne TCK'da ne de Al. CK'da bu çerçevede yorumlanacak bir ibare bulunmamaktadır.

⁴¹ Hakeri (n. 26) 216.

⁴² Vogel J und Bülte J, ‘Art 15-16 StGB’ in Cirener, G, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T und Schluckebier W, Leipziger Kommentar StGB, Einleitung, §§ 1 bis 18, (13.Auflage, De Gruyter 2019) § 15, N 44.

⁴³ Heinrich, (n. 40) N 288.

⁴⁴ Vogel und Bülte (n. 42) § 15, N 44.

⁴⁵ Sternberg-Lieben und Schuster (n. 29) § 15, N 57 a.

⁴⁶ Jescheck und Weigend (n. 24) 303.

⁴⁷ Öztürk ve Erdem (n. 7) N 614; Nitekim Dönmezer ve Erman'ın ders kitaplarının 15. baskısında belirsiz kast neticeyi belirler kuralı olası kast bakımından da benimsenmesine rağmen olası kast ile belirsiz kastın eş anlamlı olmadığı olası kastın belirli olabileceği hususu belirtilmiştir. Dönmezer ve Erman (n. 16) N 563, 2228 sayılı dipnot.

⁴⁸ Nitekim Yargıtay 16. CD'si buna benzer bir olayda yaralanan kişiler bakımından da öldürmeye teşebbüsten ceza sorumluluğu tayinini doğru bulmaktadır. Yargıtay 16. CD, E. 2018/2445, K. 2018/2842, T. 20.09.2018.

Bu itibarla zaten öğreti tarafından teorik zemini yeterli bir şekilde izah edilmemiş olan ve kanaatimizce teşebbüsten doğan ceza sorumluluğu bakımından bir değeri bulunmayan “belirsiz kastı netice belirler” kuralının “olası kastla” hareket edilen hallerde tatbiki mümkün değildir. Diğer taraftan bir ölçüde bu kuraldan türetildiğini söyleyebileceğimiz “olası kastı netice belirler” ilkesinin de kast öğretisinin içerisinde çelişkiden fazla bir anlam ifade etmediği de belirtilmelidir⁴⁹. Kastın failin hareketi anında bulunması gerekmektedir⁵⁰ (Simultaneitätssprinzip). Önceki kast veya eklenen kast bu anlamda mümkün değildir⁵¹. Bu birinci yargının doğruluğu kabul edildikten sonra kast hareketin gerçekleşmesinden sonraki bir olgu ile tespit etmek veya kastın varlığını neticenin gerçekleşmesi şartına bağlamak çelişkili bir yaklaşım olacaktır. Olası kast neticeden bağımsız hem teorik hem de pratik olarak belirlenebilir.

B. Teşebbüs Aşamasında Kalmış Suçlarda Olası Kastın Tespiti

1. Teorik Olarak

Alman Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla suça teşebbüs tartışmasız bir şekilde kabul edildiğinden literatürde olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesinin mümkün olduğuna ilişkin doğrudan bir tespit bulunmamaktadır. Bununla birlikte olası kastın bilinçli taksir karşısında sınırlarını belirlemek için ortaya atılan kast teorileri; olası kastı, neticenin gerçekleşmesinden bağımsız olarak belirlemekte ve böylelikle olası kastla suça teşebbüse teorik bir zemin hazırlanmaktadır.

Buna karşılık olası kastla suça teşebbüsü izah etmekte en çok zorlanan teorinin imkân teorisi olduğu söylenebilir. Bu teoriye göre failin neticenin gerçekleşeceğine ilişkin bir imkân öngörerek hareket etmesi olası kastın varlığı için yeterlidir. Bu kavrayış bütün tehlike kastlarının zarar kastı olarak değerlendirilmesini sağlayacak ve tehlike suçlarının anlamını yitirmesine neden olacaktır. Örneğin bir kişiyi hayatı bakımından tehlike yaratacak şekilde terk etmek, kasten öldürme suçuna teşebbüsü oluşturacaktır. Bu durumda terk suçuna ilişkin Al. CK düzenlemesi anlamını kaybetmektedir⁵².

Esasen imkan teorisinin sorunu olası kastın alanını tahammül edilemez şekilde genişletmesidir⁵³. Tabii olarak bu durum olası kastla suça teşebbüsün sorumluluk alanını da katlanılmaz bir şekilde genişletmektedir. Aynı sorunun bütün tasavvur teorileri bakımından bulunduğunu söylemek doğru olmayacaktır. Diğer tasavvur teorileri entelektüel unsur üzerinden olası kastın varlığını tespit etmektedir. Bu teoriler bakımından olası kastı belirleyen husus netice değil, failin tipikliğin gerçekleşme ihtimaline ilişkin bilgisidir.

Günümüzde Frisch, Herzberg ve Puppe gibi yazarların başını çektiği risk teorisi olarak adlandırılan öğreti tasavvur teorilerinin devamı olarak görülmektedir. Bu teoriler kastın varlığını failin izin verilmeyen riski bilerek hareket etmesi ile temellendirir⁵⁴. Buna karşılık yazarların olası kast ile bilinçli taksirin ayrımı bakımından izledikleri yollar farklılık göstermektedir. Ancak bu teoriye mensup yazarların olası kastla suça teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunun alanını genellikle sınırlandırma çabaları bulunmaktadır.

Puppe, olası kastla hareket edilen hallerde failden aktif ve gönüllü bir vazgeçme iradesi göstermesinin talep edilmesini olası kastla bağdaşmaz olduğunu düşünmektedir. Puppe'nin değerlendirdiği Alman Federal Mahkemesi kararına⁵⁵ konu olan olayda fail eski karısının kafasına sandalye ayağı ile birden fazla kez sert biçimde vurur. Bilahare kafasından ağır yaralanan karısını hastaneye yakın bir yerde bırakır ve olay yerinden uzaklaşır. Mağdur doktorların müdahalesi ile kurtulur. Federal mahkeme bu olayda failin gönüllü vazgeçme iradesini göstermeye yeter bir çabasının bulunmadığını kabul etmektedir. Puppe ise failin hareketini gerçekleştirirken gösterdiği kaçınma çabasının kasttan dolayı ceza sorumluluğunu kaldırırken hareketini gerçekleştirdikten sonra gösterdiği açık olmayan kaçınma çabasının teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kaldırmamasını çelişkili görmektedir⁵⁶. Bu itibarla Puppe günümüz yazarları arasında olası kastla suça teşebbüse teorik olarak karşı çıkmamakta, sadece olası kastla hareket edilen hallerde gönüllü vazgeçme bakımından birinci ve ikinci dereceden doğrudan kastla aynı kriterlerin aranmasına karşı çıkmaktadır.

Puppe'nin kast öğretisi normatif bir kast anlayışı geliştirmeyi hedeflemektedir. Fail tarafından bilinen tehlike üçüncü makul bir kişi tarafından değerlendirildiğinde neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin makul bir açıklama getirilemiyorsa fail kastla

⁴⁹ Üzülerek belirtmeliyiz ki Yargıtay bu kurala dayanarak olası kastla işlenen suçlara iştirakin de mümkün olmayacağına ilişkin içtihatlarında bulunmaktadır. Yargıtay 1. CD, E. 2022/3871, K. 2022/6342, T. 06.07.2022; 1. CD, E. 2021/10728, K. 2021/14799, T. 08.12.2021. Yabancı öğretinin taksirli suçlarda müşterek failliğin kabul edilmemesi nedeniyle oluşan sorumsuzluk boşluğunu gidermek için taksirli suçlarda müşterek failliği tartıştığı günümüzde (ayrıntılı bilgi için bkz. Böhringer J, Fahrlässige Mittäterschaft, Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten, (Nomos 2017), 41 ff) Yargıtay'ın bu şekilde içtihatları ile olası kastla hareket edilen durumlarda büyük bir sorumsuzluk alanı oluşturmasını şaşkınlıkla karşılamaktayız. Nitekim 3. CD'si verdiği bir kararda bunun mahzurlarını görmüş olacak ki olası kastla müşterek failliğin mümkün olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay 3. CD, E. 2020/377, K. 2020/2961, T. 13.02.2020.

⁵⁰ Heinrich (n. 40) N 288, Koca ve Üzülmüş (n. 3) 168.

⁵¹ Maurach und Zipf (n. 34) § 22, N 18- 20; Koca ve Üzülmüş (n. 3) 168; Önder (n. 7) 291-292.

⁵² Küpper G, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, (100/4), 1988 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 768.

⁵³ Baumann J, Weber U, Mitsch W und Eisele J. Strafrecht Allgemeiner Teil, (13 neu bearbeitete Auflage, Giese King 2021) § 11, N 24.

⁵⁴ Bozdayındır (n. 1) 126 vd.

⁵⁵ BGH, 27-04-1982 - 1 StR 873/81.

⁵⁶ Puppe (n. 19) 488-489.

hareket etmektedir. Bu durumda kast tehlikeliliği bulunmaktadır⁵⁷ (Vorsatzsgefahr). Bu öğreti de olası kast teşebbüsü teorik olarak bir bağdaşmazlık içerisinde değildir⁵⁸. Zira Puppe olası kastın varlığının neticenin gerçekleşmesine değil, tehlikenin gerçekleştirilmesine bağlamıştır. Örneğin arkadaşını metroda tren raylarının üzerine iten bir kişinin gerçekleştirdiği eylem kısa bir süre içinde trenin gelmeyeceğine ve arkadaşının kurtulacağına ilişkin mantıklı ve kabul edilebilir bir güvenle izah edilemez⁵⁹. Bu durumda kast tehlikesi bulunmaktadır ve fail neticenin gerçekleşip gerçekleşmesinden bağımsız olarak kasten hareket etmektedir.

Herzberg başlangıçta kast öğretisini korumalı-korumasız tehlike ölçütüne göre şekillendirmişti⁶⁰. Ancak daha sonra yazar olası kast-bilinçli taksir ayırımı teşebbüs hükümleri üzerinden yapmaya çalışmıştır. Puppe gibi kastın varlığının fail tarafından bilinen tehlikenin hukuki olarak değerlendirilmesi ile tespit edileceğini söyleyen Herzberg'e göre, eğer fail tasavvuruna göre doğrudan doğruya bir tehlike oluşturuyor ise kasten hareket etmektedir. Başka bir deyişle failin izin verilmeyen riski gerçekleştirdiği bilgisi ile hareket etmesi ne kast bakımından ne de teşebbüs bakımından yeterlidir. Fail ancak nitelikli bir tehlike (doğrudan tehlike) oluşturduğunu bilerek hareket ediyorsa kasten hareket etmektedir ve teşebbüs bulunmaktadır⁶¹. Yazar böylelikle üvey çocuğunu bir araba çarpması umudu ile yol kenarına gönderen annenin suça teşebbüsten sorumlu tutulamayacağı gibi olası kastla hareket etmediğini de temellendirmektedir. Böylelikle Herzberg'in öğretisinin de olası kastla suça teşebbüsle bağdaştığını hatta olası kastı teşebbüs hükümleri ile temellendirdiğini ifade etmemiz gerekmektedir. Hatta bu öğreti risk teorileri çerçevesinde olası kastla suça teşebbüsün sınırlarını da belirlemeyi bir ölçüde başarmaktadır. Diğer taraftan önceki tarihli yazılarında Herzberg'in de olası kastla suça teşebbüsün sınırsız bir şekilde cezalandırılmasına ilişkin endişeleri bulunmaktadır. Herzberg olası kastla suça teşebbüsün daha hafif bir teşebbüs biçimi olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre özellikle olası kastla bilinçli taksir arasındaki ayırım bakımından sınırda kalan vakialarda failin cezalandırılmasından Al. CK § 23 III hükmü gereğince sarfi nazar edilmesi veya cezasında önemli ölçüde indirimine gidilmesi gerekmektedir⁶².

Kanaatimizce gerek Herzberg'in gerekse Puppe'nin olası kastla suça teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunu sınırlandırma çabalarının risk teorileri ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. İki yazarın risk teorilerine mensup olmasını bu anlamda rastlantısal bir durum olarak görmekteyiz.

Diğer taraftan irade teorileri, olası kastla suça teşebbüsü daha kolay bir şekilde temellendirmektedir. Bu teoriler bilinçli taksirde bir iradi unsurun bulunmadığını, olası kastta ise bir iradi unsurun bulunması gerekliliğini kabul ettiklerinden neticeden veya tipikliğin gerçekleşmesinden bağımsız olarak bu unsurun tespitini olası kastın varlığı bakımından yeterli görmektedirler. İrade teorileri ilk başlarda failin psikolojik tutumunu dikkate alarak neticeye karşı içsel bir kabullenmenin varlığını aramış, ancak zamanla normatif bir iradi unsurun varlığını olası kastın kabulü için yeterli görmüştür⁶³. Günümüzde Alman Ceza Hukuku öğretisi ve yargı uygulamasında irade teorileri arasında kabul edilen ciddiye alma teorisinin (Erstnahmetheorie) egemen olduğu söylenebilir⁶⁴. Bu anlayışın temsilcilerinden olan Roxin, kastı failin hukuki değerlere yönelik verdiği karar olarak izah eder (karar teorisi)⁶⁵. Bu teoride olası kastı bilinçli taksirden ayıran husus, failin hukuki değerlerin ihlaline yönelik vermiş olduğu karardır. Yazar, olası kastla suça teşebbüsün mümkün olduğunu ve hatta teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğu tayininin zorunlu olduğunu kabul eder. Esasen yazarın kast teorisi ile teşebbüs bakımından tespiti arasında bir uyum bulunmaktadır. Zira yazar failin hukuki değerlere karşı kararının bulunmasını kast bakımından yeterli görür. Bunun için failin neticeyi amaçlamış veya gerçekleştirmiş olması gerekmemektedir. Başka bir suçu işlemeyi amaçlamış olan failin bu suçun gerçekleştirilmesine hizmet eden öldürme kastının bu anlamda ceza hukuku ile ilişkisinin bulunmadığını kabul etmek için bir sebep bulunmamaktadır⁶⁶.

Bu itibarla Türk Hukukunda "olası kast netice ile belirlenir" şeklinde benimsenen kuralın teorik bir zemini bulunmamaktadır. Olası kast neticeden bağımsız olarak tespit edilebilir. Roxin'in karar teorisi olası kastı failin hukuki değere karşı vermiş olduğu normatif olarak belirlenen karar üzerinden temellendirirken, risk teorileri (Puppe ve Herzberg) failin oluşturduğu tehlikenin normatif değerlendirmesi ile tespit etmektedir. Neticeli suçlarda neticenin gerçekleşmesi sadece suçun tamamlanması bakımından bir fonksiyon arz eder. Bu durumun failin bilincinde olduğu tehlikenin niteliği veya hukuk düzenine karşı olmuş olduğu kararla bir ilgisi bulunmamaktadır.

⁵⁷ Puppe I, 'Art 15-16 und 28-29 StGB' in Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen H-U ve Saliger F (Hrsg), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (6. Auflage, Nomos 2023) § 15, N 67

⁵⁸ Yazar makalesinin son paragrafında gönüllü vazgeçmenin olası kastla suça teşebbüsün cezasız kalmasında dar bir temel oluşturduğunu belirtmektedir. Puppe (n. 19), 491.

⁵⁹ Puppe (n. 57) § 15, N 72.

⁶⁰ Herzberg R. D, Abgrenzung Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit- ein Problem des objektiven Tatbestandes (1986) 26 (4) Juristische Schulung 249-262.

⁶¹ Herzberg, R. D, Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefährdungsmerkmal des Vorstazsdelikt, in Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag (C. F Müller 2006) 322-323.

⁶² Herzberg (n. 21) 314-315; Yazarın bu düşüncesini sonradan değiştirdiğine ilişkin bkz. Tozman (n. 8) 159-161. Roxin haklı olarak Herzberg'in bu yaklaşımını eleştirmektedir. Zira olası kastla suça teşebbüs vakiaları ile StGB § 23 III hükmü arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Roxin (n. 10) § 29, N 79.

⁶³ Bozbayındır (n.1) 140 vd.

⁶⁴ Bozbayındır (n.1) 148. Murmann U, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Auflage, C. H. Beck 2022) § 24, N 23; Heinrich (n. 40), N 300; Jescheck und Weigend (n. 24) 299; Gropp W und Sinn A, Strafrecht Allgemeiner Teil (5. Auflage, Springer 2020) § 4 N. 150 ff.

⁶⁵ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 21 vd. Risk teorileri içerisinde sayılmış olsa da Frisch de aynı yaklaşıma sahiptir. Schroth U, Vorsatz als Aneignung der unrechtkonstituierenden Merkmale (Peter Lang 1994) 56.

⁶⁶ Roxin (n. 10) § 29, N 78.

2. Pratik Olarak

Alman Federal Mahkemesi (BGH) olası kastla suça teşebbüsten ceza sorumluluğunu kabul etmekte ancak irade teorilerinin etkisi altında kastın varlığının ispatı için oldukça yüksek bir eşik aramaktadır (Hemsweltheori).

Mahkeme özellikle failin neticenin gerçekleşmeyeceğine ilişkin ciddi bir güvenle hareket ettiği durumlarda olası kastın varlığını kabul etmemektedir. Örneğin AIDS hastası olan birinin korumasız cinsel ilişkiye girerek mağduru hasta ettiği vakıda “bu hastalığın tedavisinin bulunacağına ilişkin güven olası kastın varlığını dışlayabilmektedir⁶⁷. Veya bir kişinin üzerine otomobil sürülen vakıda, mağdurun kendisini güvenli bir yere atabilme ihtimaline güven duyulması durumunda olası kastın varlığı kabul edilmemektedir⁶⁸. Böylelikle olası kast-bilinçli taksir ayırımında irade teorilerinin argümanlarına dayanılarak olası kastla suça teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunun alanı ciddi bir şekilde sınırlandırılmaktadır.

Bu anlayış olası kastla suça teşebbüs bakımından Yargıtay uygulamasına yaklaşmaktadır. Buna rağmen Federal Mahkeme suça teşebbüs için failin tipikliği gerçekleştirilmeyi amaçlamasını aramamakta tehlikeyi ciddi göyerek neticeyi kabullenmesi durumunda olası kastın varlığını kabul etmektedir. Bu durumda olası kast neticeye göre belirlenmemekte, failin tipikliği gerçekleştirilmeyi kabullenip kabullenmemesine göre ancak yüksek bir ispat eşliğinin aşılmasıyla tespit edilmektedir.

3. Olası Kastla Suça Teşebbüsten Ötürü Ceza Sorumluluğunun Suç Politikası Bakımından Değerlendirilmesi

A. Olası Kastla Suça Teşebbüsten Ötürü Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi

1. Elverişsiz Teşebbüs Durumunda

Alman öğretisinde elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliğinin kabul edilmesi tabii olarak olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılabilirlik alanını ciddi bir şekilde genişletmektedir. Bu nedenle Alman öğretisinde olası kastla suça teşebbüsün cezalandırma alanını sınırlandırılmasını öneren görüşler bulunmaktadır.

Schmidhäuser özgün bir şekilde oluşturduğu suç teorisinde kastı iradi unsurdan tamamen ayırır ve kusur alanında konumlandırır. Buna mukabil yazar teşebbüsün kusurla ilgili bir sorun olmadığını haksızlık ile ilgili bir olduğunu ifade eder⁶⁹. Bu nedenle yazar teşebbüs bakımından olası kast ile doğrudan kast arasında aslında bir ayrım yapmamaktadır⁷⁰. Ancak yazara göre haksızlık amaç haksızlığı veya zarar haksızlığı olarak ortaya çıkabilir⁷¹. Bu çerçevede yazar objektif teşebbüs teorilerin (boş bir silahla bir kişiyi öldürmek için tetiğe basılması gibi) amaç haksızlığı içeren vakılarda teşebbüsü kabul etmemesi nedeniyle eleştirmektedir⁷². Diğer taraftan yazar subjektif teorileri de failin aksine unsur yanılışı ile hareket ettiği durumlarda teşebbüsün varlığını kabul

⁶⁷ BGH, 04.11.1988, 1.StR 262/88.

⁶⁸ Alman Federal Mahkemesinin (BGH) kararına (07.06.1983 4 StR 51/83) konu olan bir olayda A bir motorlu grup içindeki arkadaşı D ile yaşadığı tartışma sonrasında intikam almak için aracıyla D'nin lokal önündeki motorunu çarpıp düşürür. Durumu fark eden grup A'nın bu eylemi gerçekleştirmiş olabileceğini düşünürler ve düzenli bir şekilde kapı önündeki motorlarını kontrol etmeye başlarlar. A kısa bir süre öfkeyle geri döner bu sırada onu fark eden Udo park etmiş araçların yanında kısa bir sürenin A'nın ne yapacağını gözlemlemek için bekler. Udo lokale dönerken caddede A kendisini fark eder ve otomobilini üzerine sürer. Udo çevik bir hareketle lokalin ön bahçesine kendini atar ve kazadan kurtulur. Bu olay yaşandıktan kısa bir süre sonra motorlu grup eğlencelerine devam etmek için başka bir yere gitmeye karar verirler. Lokal ile eğlenceye gidecekleri ev arasında Udo Er ve Michael Pe tekrar A ile karşılaşır. A öfke ile ikisinin üzerine tam gaz aracını sürer. Udo tekrar kendini kenara atmaya başarsa da araç Michael'in ayağına kenardan çarpar ve hafif bir şekilde yaralanmasına sebebiyet verir.

Bu çarpmadan sonra motorlu grup polisi durumdan haberdar ederler. Grup polisi beklerken A tekrar lokalin çevresine gelir. Bu sefer olayla alakası olmayan, tesadüfen o gün lokalde bulunan ve evine doğru giden Erwin'in üzerine otomobilini sürer. Erwin korkuyla kaldırma kaçmaya çalışmasına rağmen ona çarpar, kaputunun üzerinden kaldırırın kenarına düşerek yaralanmasına sebebiyet verir. Erwin yaralı bir şekilde kaldırın bitişindeki duvardan kendini atmak için çabalarken A arabasını geri vitese takarak tekrar Erwin'in üstüne doğru gelir. Erwin ancak çevredekilerin yardımı ile kendisini duvardan atarak kurtulur.

Bölge mahkemesi iki olay bakımından da failin olası kastla öldürmeye teşebbüste bulunduğunu kabul etmiştir. Zira fail arabasıyla bu kişilere çarpması durumunda onların ölümüne sebebiyet verebileceğini öngörmesine rağmen hareket etmekte ve bu neticeyi kabullenmektedir. Buna karşılık Federal Mahkeme çevirisini vereceğimiz şu gerekçe ile bu kararları kaldırmıştır:

“Öldürme kastının önünde tehlike kastına nazaran çok daha yüksek bir eşik bulunduğu failin ölüm neticesini öngördüğü bir durumda sadece belli belirsiz değil, ciddi bir şekilde neticenin gerçekleşmeyeceğine güveni söz konusu olabilir. Bu durumda fail ölüm neticesi bakımından sadece bilinçli taksirle hareket etmektedir. . . Ağır ceza mahkemesi sanığın hareketiyle Michael P'nin ölümünü kabullendiğini temellendirmek için yalnızca onun mağdura arabasıyla çarpmak istediğini vurgulamaktadır. Daha geniş bir değerlendirmede bu şekilde aracıyla bir kişiye çarpmak isteyen kişinin o kişiyi öldürmeyi kabullenmesi, genelleştirilmiş bir formda doğru olmayan bir iddia olarak ele alınır. Sanığın, Michael'in, önceki olayda Udo Er'in yaptığı gibi kendini güvenli bir şekilde yolun kenarına atabileceğine güvenmesi, her halükârda dışlanmaması gereken bir ihtimaldir. Somut olayın şartlarından sanığın çarpma ile mağdurun sadece yararlanacağına güvenemeyeceği sonucuna ulaşılamamaktadır. Udo Er bakımından bölge mahkemesi bunu açıkça kabul etmektedir. Bu sebeple mahkemeye sanığın mağduru yalnızca korkutmayı istediğine ilişkin beyanını kapsamlı bir şekilde tartışması gerekirdi. Nitekim bölge mahkemesi sanığın bu hızla bir kişiye çarparak onun ölümüne veya ağır bir şekilde yaralanmasına sebebiyet vereceğini kabullendiği söyleyerek sanığın öldürme kastı ile hareket etmemiş olabileceğini doğrulamaktadır. Bu itibarla sanık yalnızca muhtemel bir şekilde ağır bir yaralanmaya sebebiyet verebileceğini düşünmüş ve sadece bu sonucu kabullenmiş ise öldürme kastı bulunmamaktadır.”

Federal Mahkeme bu olayda bölge mahkemesinin bariz bir şekilde kendisi tarafından açıklanmayan bilinçli taksir ihtimalini görmezden gelmesi gerekçesi ile kararı kaldırmıştır.

Güvenlik görevlilerinin üzerine kaçmak amacıyla hızla araç sürüldüğü durumlarda Yargıtay kasten yaralamaya teşebbüsün bulunup bulunmadığını tartışmamakta yalnızca görevi yaptırmamak için direnme suçunun oluştuğuna karar vermektedir. Yargıtay CGK, E. 627/2014, K. 502/2017, T. 28.11.2017; Yargıtay, 3. CD, E. 2019/13212, K. 2019/21680, T. 26.11.2019.

⁶⁹ Schmidhäuser (n. 21) § 15, N 62.

⁷⁰ Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 63.

⁷¹ Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 64.

⁷² Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 65.

ettiği için eleştirmektedir⁷³. Yazarın bu açıklamalarından olası kastla elverişsiz bir teşebbüsün gerçekleştirildiği durumların (zira bu durumda ne amaç ne de tehlike haksızlığı bulunmaktadır) cezasız kalması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır⁷⁴.

Yazarın söz konusu görüşlerinin olası kastla suça teşebbüs bakımından Türk hukuku ile bir uyumsuzluğu bulunmamaktadır. Zira daha önce de ifade edildiği üzere Türk hukukunda elverişsiz teşebbüsün cezalandırılabilirliği kabul edilmemektedir. Dolayısıyla olası kastla elverişsiz teşebbüs Türk hukuku bakımından cezalandırılabilir değildir.

2. Alternatif Kast ve Olası Kastla Suça Teşebbüs

Alternatif kast, bir kast biçimi olmamakla birlikte failin tasavvurundaki eylemi gerçekleştirdiği takdirde iki farklı tipik eylemden ancak birini gerçekleştirebileceği vakıalar için kullanılan bir üst kavramdır⁷⁵. Failin yan yana yürüyen iki kişiye tek el ateş ettiği bir örnekte ya öldürülmesi amaçlanan kişi isabet alıp hayatını kaybedecektir, ya da hedefte sapma sonucu diğer kişi isabet alıp hayatını kaybedecektir. Ancak failin tek el ateş etmesi durumunda bu ihtimallerden sadece birisi gerçekleşebilir. Alternatif kast konunun aynı olduğu durumlarda gündeme gelmektedir. Örneğin failin kendisine ait olmayan bulduğu ve sonrasında aldığı eşyanın kaybolmuş bir eşya mı yoksa zilyedin geçici olarak bıraktığı bir eşya mı olduğunu bilmediği durumda da alternatif kastın varlığı kabul edilmektedir. Burada eşya kaybedilmiş olduğu için malikin zilyetliğinden çıkmış ise 160. maddede düzenlenen suç, buna karşılık zilyetliğin devam etmesi söz konusu ise (kayıp eşya değilse) hırsızlık (TCK m. 141) oluşacaktır⁷⁶.

Alternatif kast bakımından Alman öğretisinde kabul edilen genel çözüm fikri içtima kurallarının uygulanmasıdır⁷⁷. Burada biri tamamlanmış diğeri teşebbüs aşamasında kalmış veya ikisi de teşebbüs aşamasında kalmış iki suç tek hareketle işlenmiştir. Bu suçlar arasında fikri içtima (Al. CK § 52 I) hükümleri uygulanarak bir çözüme varılır. Ancak diğer bir görüş bu durumda sadece gerçekleşen suç bakımından failin kastının bulunduğunu kabul etmektedir⁷⁸. Bu görüşün itiraza uğradığı nokta teşebbüs edilen suç tipinin ağır bir suç olmasına rağmen tamamlanan suçun hafif bir suç tipi olması halinde sadece cezası hafif olan suçtan ötürü cezalandırmanın kabul edilecek olmasıdır. Örneğin A, B ve köpeğine doğru bir el ateş eder. Burada A ya B'yi vuracaktır (kasten öldürme) ya da köpeğini (mala zarar verme). A'nın köpeği vurduğu durumda kasten öldürmeye teşebbüsten değil, sadece mala zarar verme suçundan sorumlu tutulması öğretisi tarafından kabul edilmemektedir⁷⁹.

Ancak öğretilerde hâkim görüşün alternatif kast durumunu kümülatif kasttan ayırmaması eleştirilmektedir⁸⁰. Kümülatif kast durumunda alternatif kasttan farklı olarak fail kastı kapsamında bulunan birden fazla suç tipini gerçekleştirmeye muktedirdir. Örneğin kalabalık bir caddede bombalı eylem gerçekleştiren bir terörist, bu eylemiyle birden fazla kişinin ölebileceği ve yaralanabileceğini bilir. Somut olayda bombanın patlaması birden fazla kişinin ölümü açısından elverişlidir. Ancak alternatif kast durumlarında failin gerçekleştirdiği eylem ancak bir suç tipini gerçekleştirmeye muktedirdir. Dolayısıyla bu iki durum arasında bir fark oluşturulması gerektiği ifade edilebilir.

Aslında buradaki sorun Türk Hukukunu Alman Hukukundan daha fazla ilgilendirmektedir. TCK'nın kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları bakımından zincirleme suç hükümlerini (dolayısıyla aynı neviden fikri içtima kuralını) uygulamaması alternatif kastla kümülatif kastın aynı şekilde muamele görmesini daha sorunlu bir hale getirmektedir. Örneğin A, B'yi öldürmek amacıyla pusu kurar ve B'nin arabası geçerken tam otomatik silahı ile B'ye doğru bir şarjör ateş eder. Olayda arabada bulunan B'nin eşi C hayatını kaybederken mermilerden hiçbiri B'ye isabet etmez. Bu olayda kasten öldürmeye teşebbüs ve kasten öldürme suçlarında gerçek içtima hükümlerine göre ceza verilecektir. Buna karşılık A, B ve C yolda yürürken tek el ateş etmek suretiyle B'yi hedef alsa ancak mermi C'ye isabet etse yine aynı sonuca ulaşılabilecektir. İkinci örnekte A'nın gerçekleştirdiği eylem iki tipikliği de gerçekleştirmeye muktedir değildir. Alman Ceza Kanuna göre ise her iki olay bakımından da fikri içtima kuralları uygulanabilecektir.

Dolayısıyla Türk Hukukunda Alman öğretisindeki hakim yaklaşımın benimsenmesini⁸¹ doğru bulmamaktayız⁸². Alternatif kast vakıaları bakımından ya failin daha ağır suç tipinden cezalandırılmasına ilişkin görüş ve yahut da suç tipinin konusuna göre ayırım yapan yaklaşım dikkate alınmalıdır. Öncelikle bu iki görüşün pratik sonuçlarının Türk hukuku bakımından büyük ölçüde aynı olacağını ifade edelim. Birinci görüş alternatif kast hallerinde failin daha ağır suç bakımından kastının bulunduğunu daha hafif suç

⁷³ Schmidhäuser (n. 21) § 15 N 66.

⁷⁴ Tozman (n. 8) 49; Puppe (n. 18) 419; Monika K, Eventual Vorsatz und Versuch (Schulthess Polygraphischer 1974) 43. Benzer bir anlayış anılan son yazar tarafından İsviçre öğretisinde benimsenmektedir. 98 ff.

⁷⁵ Çiçek M ve Hacıoğlu B. C, Ceza Hukukunda Alternatif Kast (Dolus Alternativus) (2023) 27 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 448; Heinrich (n. 40) N 292; Jescheck und Weigend (n. 24) 304.

⁷⁶ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 93; Akbulut (n. 12) 524; Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 452.

⁷⁷ Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 461.

⁷⁸ NK/StGB-Zayck, 5.Baskı, § 22, N 20.

⁷⁹ Roxin und Greco (n. 2) § 12, N 94; Wessels J, Beulke W und Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil (53.Auflage C. F. Müller 2023) N 349.

⁸⁰ Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 462; Wessels, Beulke und Satzger (n. 79) N 350.

⁸¹ Türk Ceza Hukuku öğretisinde bu husus dikkate alınmaksızın Alman Ceza Hukuku öğretisindeki yaklaşım aynı şekilde benimsenmektedir. Öztürk ve Erdem (n. 7) N 424; Demirbaş (n. 7) 414; Akbulut aynı görüşte olmakla birlikte suç konusunun tek olduğu durumlarda yalnızca gerçekleşen suçtan dolayı ceza verilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Akbulut (n. 12) 524-525.

⁸² Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 463 vd.

bakımından kastının düştüğünü kabul etmektedir⁸³. İkinci görüş ise alternatif kastın kapsamında olan suç konularının eşit hukuki değere sahip olması durumunda yalnızca gerçekleşen suçtan ötürü ceza sorumluluğunun kabul edileceğini, teşebbüs halinde kalan suçun cezalandırılmayacağını kabul etmektedir. Buna karşılık konuların eşit hukuki değere sahip olmadığı durumlarda daha düşük hukuki değere sahip olan suç konusunun zarara uğraması durumunda tamamlanmış suçun haricinde daha yüksek değerli suç konusu bakımında teşebbüs halinde kalmış suçun da cezalandırılması gerektiğini, buna karşılık tersi durumda yalnızca daha yüksek hukuki değere sahip suç konusu ile ilgili tamamlanmış suçtan ceza verilmesinin yeterli olacağını kabul etmektedir⁸⁴.

Esasen bu görüşün kast öğretisi bakımından tatmin edici olmadığı haklı olarak ifade edilmektedir. Zira bu görüş, fikri içtimanın uygulanmadığı durumlarda bir suçun tamamlanmasıyla diğer suç bakımından kastın bulunmadığını, ortadan kalktığını ileri sürmektedir. Halbuki bu durumda failin teşebbüs aşamasında kalmış diğer suçu işlemeye yönelik kastı ortadan kalkmış değildir⁸⁵. Ancak TCK bakımından mesele değerlendirilecek olursa burada birinci olarak 43. maddenin 3. fıkrasındaki düzenlemenin adil olmayan bir sonucu ortaya çıkaracağı ortadadır. Bu düzenleme ile TCK'nın kabul ettiği teşebbüs sistemi birlikte ele alınırsa alternatif kast durumlarında teşebbüs aşamasında kalmış öldürme suçu bakımından cezalandırmanın kabul edilmemesi gerekmektedir. Zira bu durumda failin iki suçu birden işleyebilme imkanı bulunmamaktadır. TCK'nın teşebbüse ilişkin anlayışında failin suçun konusu üzerinde oluşturduğu tehlike veya zarar teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni olarak izah edildiğinden ve alternatif kast vakalarında failin tehlikeliliği nihayetinde tek suçla sınırlı olduğundan burada görünüşte bir içtima kuralı kabul edilmeli ve yalnızca tamamlanmış kasten öldürme suçundan sorumluluk tesis edilmelidir⁸⁶. Buna karşılık failin yaptığı hareket iki suçu da gerçekleştirmeye elverişli ise (örneğin iki el ateş etmişse) bu durumda artık alternatif kasttan değil, kümülatif kasttan söz edilecektir⁸⁷ ve fail her iki suçtan da içtima hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilecektir.

Bu noktada Lampe'nin 1958 yılında kaleme aldığı makaleyi ayrıca incelemek gerekmektedir. Zira yazar bu makalesinde olası kastın teşebbüsten doğan ceza sorumluluğunu temellendiremeyeceğini kabul etmektedir. Ancak bu görüşünü alternatif kast vakaları üzerinden izah etmeye çalışmaktadır. Bunun sebebi yazarın olası kastın her halükarda doğrudan kastla zorunlu bir birliğin bulunmasını gerekli görmesidir⁸⁸. Yazar alternatif kast bağlamında olası kast-olası kast, doğrudan kast-olası kast, doğal kast-olası kast kombinasyonlarının bulunduğunu ve bu kombinasyonların hiçbirinde olası kastın suça teşebbüsü temellendiremeyeceğini kabul etmektedir⁸⁹. Yazarın ilginç olan görüşü olası kast-olası kast kombinasyonunda gizli bir doğrudan kastın bulunduğudır. Örneğin A kendisini kovalamakta olan şahıslardan birini öldürmek amacıyla (ancak hangisi öldüreceği belirsiz) ateş eder. Bu durumda şahıslardan birisi ölürse diğerinin öldürülmeye teşebbüs edilmesi bakımından ayrıca bir kınama yargısında bulunulması gerekli değildir. Ancak her ikisini de vuramazsa bu durumda nihayetinde birini öldürmeye yönelik doğrudan kastı bulunduğundan öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir⁹⁰.

Öncelikle belirtmemiz gerekir ki yazarın olası kast-olası kast kombinasyonu olarak ifade ettiği denklem gerçekte doğrudan kast-doğrudan kast kombinasyonudur. Zira fail burada iki şahıstan birini öldürme amacıyla hareket etmektedir. Her ikisini öldürmesi bakımından da doğrudan kastı bulunmaktadır zira ölüm neticesini amaçlayarak hareket etmektedir. Failin ölüm neticesini amaçlamadığı durumda ne şekilde hareket edileceği sorusu ise cevapsız kalmaktadır.

Diğer taraftan Lampe doğrudan kast-olası kast kombinasyonunda birincil olarak istenen netice-ikincil olarak istenen netice (kabullenilen) ayrımı yaparak sorunu çözmeye çalışmaktadır. Yazara göre ikincil olarak istenen neticeye yönelik teşebbüs her halükarda cezasız kalmalıdır. Örneğin fail, bir ormancının yanındaki köpeğini öldürmek istiyor ancak bununla birlikte ormancıyı da öldürebileceğini kabulleniyor ise amacını gerçekleştirdiği durumda veya her ikisini de öldüremediği durumda

⁸³ Schroeder H, 'Art 15-16 StGB' in Jescheck, H-H, Ruß, W ve Willms, G, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung, §1- § 31 (10. Auflage, Walter de Gruyter 1985) § 16, N 106.

⁸⁴ Heinrich (n. 40) N 294; Maurach und Zipf (n. 34) § 22, N 27; Wessels, Beulke und Satzger (n. 79) N 351-353; Çiçek ve Hacıoğlu (n. 75) 460-461.

⁸⁵ Roxin und Greco (n. 2) § 12 N 94.

⁸⁶ Bu çözüm önerimizin özellikle hedefte sapma durumlarında bir mahsurunun bulunduğunu belirtmemiz gerekmektedir. A, B'yi vurma amacıyla bir el ateş eder, fakat B'yi değil, hemen yanındaki C'yi vurur ve öldürür. Burada A'nın C'nin ölümü bakımından olası kastla hareket ettiği söylenebilir. Somut olaya çözümümüz uygulandığında A yalnızca C'yi olası kastla öldürmekten sorumlu tutulacaktır. Bu ise A'nın cezasında zorunlu bir indirimle gidilmesini gerektirmektedir (TCK m. 21, f. 2). Ancak somut olay bakımından bu ceza indiriminin ceza adaletine uygun olup olmayacağı tartışılabilir. Türk Ceza Hukuku öğretisinde olası kastla hareket edilen hallerde ceza indirimine gidilmesine ilişkin düzenleme eleştirilmektedir. Özbek, Doğan, Bacaksız ve Başbüyük (n. 12) 283; Demirbaş (n. 7) 404. İfade edelim ki kanunumuzun bu noktada benimsediği anlayış özgündür. Alman Ceza Kanunu kastı tanımlamakta, İsviçre ve Avusturya Ceza Kanunları kastın tanımını yapmakta ve olası kastı da bu suretle tanımlamaktadır. Ancak üç kanunda da bizim kanunumuzda olduğu gibi olası kast bakımından zorunlu bir ceza indirimi öngörülmemektedir. Her ne kadar olası kastın doğrudan kasta nazaran haksızlık içeriğinin daha az olduğunu kabul etsek de (Jescheck und Weigend (n. 24) 299; Öztürk ve Erdem (n. 7) N 416) kanunumuzda en azında bu ceza indiriminin zorunlu değil ihtiyari olarak öngörülmesinin daha doğru olduğunu düşünmekteyiz. Zira bu ceza indirimi sadece alternatif kast durumunda değil, olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesi nedeniyle de bazı sorunlara sebebiyet vermektedir. Yargı uygulamamız ölüm neticesinin gerçekleşmediği durumlarda olası kastla öldürmeye teşebbüsü kabul etmediğinden yaralama suçundan hüküm kurmakta ve yaralama suçunun da olası kastla gerçekleştirilmesinden ötürü cezada zorunlu bir indirimle gitmektedir. Yargıtay CGK, E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017. Öğretimde bu uygulamaya itiraz edilmektedir. Koca ve Üzülmöz (n. 3) 184. Ancak kanunun açık ifadesi karşısında bu itirazın somut bir dayanağının olmadığını düşünmekteyiz.

⁸⁷ Heinrich (n. 40) N. 249 a.

⁸⁸ Lampe E-J, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz (1958) 9 Neue Juristische Wochenschrift s. 332.

⁸⁹ Lampe (n. 88) 333.

⁹⁰ Lampe (n. 88) 333.

kasten öldürmeye teşebbüsten cezalandırılmayacaktır⁹¹. Yazarın bu görüşleri olası kastla cezalandırmayı neticeye bağladığından ve Alman hukukunda olası kastın varlığı için neticenin gerçekleşmesi gerekmediğinden kabul görmemiştir⁹².

3. Gönüllü Vazgeçme ve Olası Kastla Suça Teşebbüs

Türk Ceza Hukukunda önemli ölçüde bir tartışma konusu olmasa da Alman Ceza Hukuku öğretisinde ve yargı uygulamasında teşebbüsün tamamlandığı ana ilişkin değişik belirlemeler bulunmaktadır. Teşebbüsün tamamlanması (beendet Versuch) veya tamamlanmaması (unbeendet Versuch) gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması bağlamında önem arz etmektedir. Eğer teşebbüs tamamlanmamışsa failin başkaca bir şey yapmasına gerek olmaksızın eylemini sona erdirmesi yeterli görülmektedir. Buna karşılık teşebbüs tamamlanmış ise failin aktif bir çaba ile neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekmektedir⁹³.

Türk Hukukunda bu konuda genellikle objektif bir yaklaşım sergilenmektedir⁹⁴. Teşebbüs aşamasında kalmış eylem tipikliği objektif olarak gerçekleştirilmeye elverişli ise icra hareketleri tamamlanmıştır. Bu durumda failin aktif bir çaba ile neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekir. Buna karşılık bazı durumlarda failin gönüllü vazgeçmeden yararlanma imkânı bulunmamaktadır. Örneğin fail mağduru öldürmek amacıyla bir el ateş etmiş ve isabet kaydedememiş ise artık gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanamaz. Zira bu durumda icra hareketleri tamamlanmış ve fakat failin neticenin gerçekleşmesini önlemek için aktif bir çaba gösterebileceği bir durum ortaya çıkmamıştır.

Alman uygulamasında ise bu tip vakılarda bütüncül değerlendirme teorisine (Gesamtbetrachtungslehre) başvurulmaktadır⁹⁵. Fail eylemini bıraktığı anda gerçekleştirdiği eylemin neticenin gerçekleşmesini sağlayamayacağına ikna olmuş ve daha fazlasını yaparak neticeyi gerçekleştirme imkanına sahip ise icra hareketlerinin tamamlanmadığı kabul edilmekte ve failin eylem bütünlüğü içerisinde yeni eylemi gerçekleştirmekten imtina etmesi, gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmesini mümkün kılmaktadır. Federal Mahkeme olası kastla suça teşebbüsü var olduğu durumlarda bu teoriyi kullanarak fail hakkında gönüllü vazgeçme hükümlerini uygulamaktadır. Buna karşılık Federal Mahkeme kararlarında bu anlamda bir birlik sağlanabilmiş değildir. Özellikle 5. Ceza Senatosu olası kastla suça teşebbüs hallerinde bu teoriyi dikkate almamaktadır⁹⁶.

1. Ceza Senatosu tarafından verilen kararlarda failin daha fazlasını yapmaya imkânı varken, amacına ulaştığı için eylemine devam etmediği vakılarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir. Failin mağdurun sırtına hıncını almak için sivri mutfak bıçağı ile bir kere vurduğu fakat eylemine devam etmediği, direnmeden etrafındaki kişilere teslim olduğu⁹⁷; pokerde kaybettiği paraları geri alabilmek için failin mağdurla boğuştuğu, bu sırada mağdurun çantasından düşen ve özelliğini bilmediği gaz tabancasını alarak yüzüne bir el ateş ettiği, mağdurun yaralanarak mukavemetinin kırıldığı ve bu sayede paraları alıp olay yerinden uzaklaştığı⁹⁸; failin mağdura ders vermek amacıyla karnına bir bıçak darbesi vurduğu, daha fazla bıçak darbesi mümkün iken bunu gerçekleştirmediği⁹⁹ vakılarda gönüllü vazgeçme hükümlerinin uygulanmasını kabul etmiştir¹⁰⁰.

Öğretide Federal Mahkemenin bu yaklaşımı ikna edici bulunmamaktadır. Her şeyden önce bütüncül değerlendirme teorisi

⁹¹ Lampe (n. 88) 333.

⁹² Puppe (n. 19) 419.

⁹³ Gropp und Sinn (n. 64) § 9, N 104-106.

⁹⁴ Öztürk ve Erdem (n. 7) N 646; Koca ve Üzülmüş (n. 3) 442-443; Sözüer (n. 7) 250; Benzer bir kabul Alman Hukukunda tek eylem teorisi tarafından ileri sürülmektedir. İmparatorluk Mahkemesinin içtihatlarına hakim olan bu teorisin bugün de bir çok takipçisi bulunmaktadır. Roxin (n. 10) § 30, N 178.

⁹⁵ Gropp und Sinn (n. 64) § 9, N 128-129; Roxin (n. 10) § 30 N 181; Streng F, Rücktritt und dolus eventualis (1990) 45 (5) Juristen Zeitung 213-214.

⁹⁶ Roxin (n. 10) § 29 N 47-55.

⁹⁷ BGH, 28.02.1989 - 1 StR 36/89.

⁹⁸ BGH, 05.09.1989 - 1. StR 390/89.

⁹⁹ BGH, 27.10.1992 - 1 StR 273/92. Bu olayla ilgili bilahare Büyük senato tarafından da benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşılmıştır. BGH 19-05-1993 - GSSt 1/93. Ancak Roxin 5. Senatunun bilahare vermiş olduğu aksi yönde bir karar nedeniyle Büyük Senatunun vermiş olduğu bu kararın yargı kararları arasındaki uyumsuzluğu gideremeyeceği kanaatindedir. Roxin (n. 10) § 30, N 55.

¹⁰⁰ Türk yargı uygulamasında olası kastla suça teşebbüs kabul edilmediği için bu gibi durumlarda gönüllü vazgeçmenin uygulanabilirliği tartışılmaktadır. Bu durumlarda failin öldürme kastının bulunmaması nedeniyle sadece kastla yaralama suçundan hüküm tesis edilmektedir: "Sanık aşamalarda birbiriyle uyumlu anlatımlarında, olay yerine ayrı yaşadığı eşiyile müşterek çocuklarının durumunu konuşmak için gittiğini, aralarında başlayan tartışmada alkol almasının da verdiği etkiyle kendini kaybederek mağdureye vurmaya başladığını, ancak öldürme amacının olmadığını, istese bunu yapabileceğini, mağdurenin yapma demesi üzerine de eylemine son verdiğini savunmuş, bu savunma, mağdurenin olayın sonrasında hastane polisince alınan ifadesiyle de doğrulanmıştır. Olayın saat 18.00 sıralarında meydana gelmiş olması ve olaydan iki saat kırkbeş dakika sonra mağdurenin ifadesinin saat 20.45'te gözetildiğinde, bu ifadenin alındığı sırada mağdurenin ifade verecek ölçüde kendisinde olduğunu göstermektedir. Kaldı ki, tanıkların soruşturma aşamasında alınan ifadeleri de savunmayı doğrulamaktadır. Gerek mağdurenin gerekse yakınları olan tanıkların sonraki aşamalarda, ilk anlatımlarından farklılık gösteren ifadelerine itibar edilmesi olanaksızdır.

Sanığın, aralarındaki tartışma nedeniyle aniden gelişen olayda hem nacak hem de bıçak kullandığı ve mağdureyi, sol 6. interkostal aralıkta toraksa nazif olan ve pnomotoraks oluşturan tek sayıda kesici delici alet darbesiyle hayati tehlikeye neden olacak şekilde, kafa ve sol femurdaki diğer iki kesici alet darbeleriyle ise hayati tehlikeye neden olmayacak halde üç yerinden yaraladığı, herhangi bir engel neden bulunmadığından eylemine devam etme olanağı olduğu halde, mağdurenin yapmamasını söylemesi üzerine, eylemini sürdürmüyerek bırakıp gittiği anlaşılmaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kuruluyula, 1. Ceza Dairesinin kararlarına süreklilik kazandırır düzeyde yansımış müşterek kabule göre, **delici kesici aletle vaki olup hayati tehlike yaratan darbin bir adette kalması durumunda failin kastının öldürmeye yönelik bulunduğu hususu kuşkulu kalacağından ve aşılacak kuşku da lehe yorumlanmak gerektiğinden eylemin yaralama olarak kabul ve takdirinde zorunluluk bulunmaktadır.**" Yargıtay CGK, E. 2006/1-97; K. 2006/132, T. 02.05.2006; Sanığın, kesici aletle mağdura iki kez vurduğu ve bu darbelerden sadece bir tanesinin yaşamını tehlikeye soktuğu diğerinin ise basit bir tıbbi müdahale ile giderilebilir nitelikte yaralamaya neden olduğu, **sanığın eylemini devam ettirme imkanı varken devam ettirmediği ve sanığın öldürme kastı ile hareket etmediği yaralama kastı ile hareket ettiği anlaşılmakla...** Yargıtay 3. CD, E. 2014/5902, K. 2014/7383, T. 25.02.2014. ... sanığın da aracının içerisinde ele geçirilemeyen ele geçirilemeyen bir bıçakla mağdurun göğüs bölgesine vurduğu, ardından da mağdurun peşinden gidip ele geçirdiği bir taşla mağdurun kafasına vurmaya suretiyle mağduru yaraladığı anlaşılmakla, mağdurdaki yaralanmalardan yalnızca göğüse nazif kesici-delici alet yaralanmasının mağdurun yaşamını tehlikeye düşürmesine, sanığın aynı bıçakla mağdurun **peşinden gidip bıçakla eylemine devam etme imkanı varken bıçağı kullanmamasına**, sanığın suçta kullandığı taşın ele geçirilememesi nedeniyle öldürmeye elverişli olup olmadığının tespit edilememesine ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın öldürme kastı ile hareket ettiği sabit olduğundan. ... 3. CD, E. 2015/1857, K. 2015/27976, T.12.10.2015.

ikinci dereceden doğrudan kast ve olası kastla suça teşebbüs hallerinde uygulanabilirliği olan bir teori değildir. Zira olası kastla suça teşebbüs vakıalarında failin ölüm neticesini amaçlayarak ölümün gerçekleşmesine kadar bu eylemi devam ettirme iradesi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu vakılarda failin ölüm neticesi için daha fazlasını yapma imkânı bulunmaktayken yapmamasının teşebbüsün tamamlanmadığı şeklinde yorumlanması anlamsızdır¹⁰¹. Diğer taraftan failin tek başına bunu yapmaması, failin ortaya çıkardığı tehlikenin ortadan kaldırılma iradesi gösterdiği anlamına gelmemektedir¹⁰². Gönüllü vazgeçme cezası kaldırılan bir şahsi sebeptir. Bu nedenle icra hareketleri tamamlanmadığı için failin eylemine son vermesinin yeterli görüldüğü durumlarda dahi bu tehlikenin ortadan kaldırılmasına yönelik düşünce değişikliğinin bulunması gerekir¹⁰³. Böyle bir şart aranmazsa failin dış etkenler nedeniyle eylemine devam etmediği durumlarda da gönüllü vazgeçmeden söz edilmesi gerekir. İcra hareketlerinin tamamlandığı durumlarda ise zaten failin aktif bir hareketle neticenin gerçekleşmesini engellemesi gerekmektedir. Bu bakımdan doğrudan kast ile olası kast arasında bir ayırım yapılamaz¹⁰⁴.

Olası kastta fail neticeyi amaçlamamakla birlikte gerçekleştirebileceğini öngörmüştür. Failin yaptığı hareket rağmen neticenin gerçekleşmemesi şansa ve tevafuka bırakılmıştır. Örneğin Federal Mahkemenin kararına konu olan olayda fail mağduru sırtından sert bir şekilde bıçakladıktan sonra mağdurun yaşaması doğrudan kast ve olası kast arasındaki bir farktan değil, sadece tevafuktan kaynaklanmaktadır. Bu sebeple biz gönüllü vazgeçme kurallarının uygulanması bakımından doğrudan kastla olası kast arasında ayırım yapılmasına karşıyız. Bu itibarla Türk hukukunda olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda mevcut gönüllü vazgeçmeye ilişkin anlayışın devam ettirilmesi ve failin yaptığı hareketin objektif olarak ölüm neticesini gerçekleştirmeye elverişli kabul edildiği durumda icra hareketlerinin tamamlandığı sonucuna ulaşılması gerekmektedir.

B. Olası Kastla Suça Teşebbüsün Cezalandırılmasının Suç Politikası Bakımından Gerekli Olması

Modern ceza hukuku öğretisi haksızlığın hem harekette hem de neticede bulunduğunu kabul eder¹⁰⁵. Olası kastla hareket edilen hallerde fail, tipikliği gerçekleştirebileceğine ilişkin tasavvurla hareket ettiğinden eylemi sırf bu yüzden netice haksızlığından bağımsız olarak kasti haksızlık değerine sahiptir. Teşebbüs hükümleri ile uygulanan ceza indirimi, neticenin gerçekleşmediği durumlarda neticenin haksızlığının gerçekleşmemesinin bir karşılığı olarak görülebilir¹⁰⁶. Buna karşılık suç politikası bakımından olası kastla da olsa öldürme kastının varlığı halinde kasten yaralama suçundan hüküm kurulmasının bir anlamı bulunmamaktadır. Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2017 yılında olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmeyeceğini vurguladığı kararına (E. 2014/414, K. 2017/554, T. 19.12.2017) konu olan olay bu anlamda çarpıcı bir örnek oluşturmaktadır. Olayda sanık S bir tartışma sırasında silahını çekmiş, bunu fark eden maktul M sanığın silahına sarılmış, yaşanan boğuşmada silahın ateş alması ile M hayatını kaybetmiş, olay yaşanırken işyerinin üst katından inmekte olan S'nin yeğeni Y, tabancadan ateşlenen kurşunlardan birisinin hedefi olmuş ve basit tıbbi müdahale ile giderilemeyecek şekilde yaralanmıştır. İlk derece mahkemesi tarafından Y'nin yaralanmasına ilişkin olarak S'nin olası kastla hareket ettiği kabul edilmiş, ve olası kastla yaralama suçundan hüküm kurulmuştur. Temyiz incelemesi yapan 8. CD (13407-40361 31.12.2012), sanığın Y bakımından eyleminin taksirle yaralama suçunu oluşturduğu gerekçesi ile bozma kararı vermiştir. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı, aşağıdaki gerekçe ile bu karara karşı itiraz etmiştir:

“Sanığın, ... ve kardeşleri ile tartıştığı sırada, tabancayla karşı gruptan birini veya birilerini yaralama veya öldürme kastı ile silahı çıkartarak ateş etmek istediği sırada, maktul ...'in eline sarılarak silahı çekmeye çalışması sonucu silahtan çıkan mermilerden birinin merdivenlerden inmekte olan sanığın yeğeni ve iş yeri çalışanı olan mağdur ...'e isabet etmesi ve mağdurun yaralanması, sanığın kastının, yaralama veya öldürme olduğu ve nitekim yaptığı atışlar sonucu, amacına ulaşarak...’ı öldürdüğü, aynı iş yeri içerisinde veya onların yakınında bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen atışlarına devam etmesi eylemi, mahkemece sanığın, mağdur ... yönünden olası kastla hareket ettiğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.”

Buna karşılık 8. CD, itirazı reddettiği kararında şu ilginç tespitte bulunmaktadır:

“... kaldı ki itiraza göre olası kastla yaralama suçunun değil olası kastla adam öldürmeye teşebbüs suçunun oluştuğunun kabulü gerektiği. . .”

Yargıtay CGK bu itiraz üzerine aşağıdaki gerekçelerle olası kastla yaralama suçunun oluştuğunu kabul etmiştir:

“sanık ...'in maktullerle kavga ettiği sırada üzerinde bulunan tabancasını çıkarması, çekişme sırasında patlayan tabancanın emniyetinin açık

¹⁰¹ Puppe I, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt (1986) 1 Neue Zeitschrift für Strafrecht 1986 16-18; Herzberg (n. 21) 312.

¹⁰² Roxin (n. 10) § 30 N 59.

¹⁰³ Roxin (n. 10) § 30 N 62.

¹⁰⁴ Diğer taraftan Alman Ceza Hukuku öğretisinde bütüncül değerlendirme teorisinin sadece doğrudan kastla işlenen suçlarda uygulanması durumunda doğrudan kastla hareket edilen hallerde olası kastla hareket edilen hallere göre failin gönüllü vazgeçme hükümlerinden yararlanmasına daha fazla imkân tanıdığı itirazı ileri sürülmektedir. Streng (n. 94) 213. Roxin'e göre bu argümana iki farklı yönden karşı çıkılabilir. Birinci olarak gönüllü vazgeçmenin doğasından bağımsız olarak daha kapsamlı bir amaca sahip olan kişi amacına daha kısa sürede ulaşan kişiye göre gönüllü vazgeçmeden yararlanabilmek için daha uzun bir süreye sahiptir. İkinci olarak tipikliği gerçekleştirme amacıyla hareket eden kişinin daha fazlasını yapma imkanı varken yapmaması durumunda eylem kararını revize etmesi, hukuki zemine geri dönülmesi durumu bulunmaktadır. Roxin (n. 10) § 30 N 75. Bu tartışmanın icra hareketlerinin tamamlanması bakımından objektif teoriyi dikkate alan Türk hukuku bakımından değerinin bulunmadığını ifade etmekle yetiniyoruz.

¹⁰⁵ Jescheck und Weigend (n. 24) 239-240; Maurach und Zipf (n. 34) AT I, § 17, N 5.

¹⁰⁶ Objektif teoriler bakımından burada netice haksızlığı gerçekleşmediğinden ceza indirimine gitmek TCK'da olduğu gibi zorunlu görülmektedir. Jescheck und Weigend (n. 24) 513.

olduğunun ve haznesine önceden mermi sürüldüğünün anlaşılması, sanık ...'in, maktul ... ile çekişmesi esnasında iş yerinde bulunan diğer kişilerin, hatta o esnada iş yeri önünden geçmekte olan olayla ilgisiz kişilerin de isabet alıp yaralanabileceklerini öngörmesine rağmen elinde bulunan tabancanın tetiğine basması, diğer bir ifadeyle "olursa olsun" düşüncesiyle hareket etmesi ve meydana gelebilecek sonuçları göze alarak kabullenmesi karşısında, sanığın mağdur ...'e yönelik eyleminde, öngörülen muhtemel neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalması nedeniyle taksirle değil olası kastla hareket ettiğinin kabulünde zorunluluk bulunmaktadır.

Öte yandan, herhangi birisinin yaralanması veya ölmesi muhtemel olan olayda, "olası kast netice ile belirlenir" ilkesinden hareketle, sanığın, mağdur ...'in yaralanması şeklindeki neticeden dolayı sadece olası kastla yaralama suçundan sorumlu tutulması gerektiği, eyleminin öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmelidir."

Bu kararlar CGK failin aynı nitelikteki hareketlerindeki iradesini ölen bakımından "öldürme kastı" yaralanan bakımından ise "yaralama kastı" olarak tespit etmektedir. Ancak neticenin gerçekleşmemesi teşebbüsü ilgilendiren bir husustur ve burada neticenin gerçekleşmemesinin neden failin iradesinin farklı bir şekilde yorumlanması gerektiğine ilişkin yeterli bir açıklama bulunmamaktadır. Diğer taraftan oluşturulan bu farklılığın failin ceza sorumluluğunu da ciddi bir şekilde sınırlandırdığı belirtilmelidir. Fail burada ancak silahla basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek bir yaralamadan sorumlu olacak ve üstelik cezası olası kastla hareket ettiği gerekçesi ile indirilecektir.

Türk hukukunda olası kastla suça teşebbüse karşı çıkan yazarların suça teşebbüsü reddetmesinin temelinde failin sorumluluk alanının katlanılamayacak şekilde genişlemesi endişesi bulunmaktadır. Bu endişenin nedeni ise Alman Ceza Kanununda bulunmayan fakat TCK'da yer alan istisna düzenlemesidir. TCK'nın 43.maddesinin 3.fıkrasında kasten öldürme, kasten yaralama, işkence ve yağma suçları bakımından uygulanmayacağı belirtilmesi pratik bir farklılığa neden olmaktadır. Roxin ders kitabında verdiği bir örnekte; A, B'yi öldürmek için ateş eder. Fakat bu sırada B'nin hemen yanında C de bulunmaktadır ve A'nın C'nin ölmesini kabullenmiştir. A amaçladığı suç tipini gerçekleştirir ve B'yi öldürür. C ise olayda yara almadan kurtulur¹⁰⁷. Roxin bu olayda C bakımından A'nın olası kastla öldürmeye teşebbüs edip etmediğinin tartışılmasının gereksiz olduğunu belirtir¹⁰⁸. Zira Alman Ceza Kanununda bu şekilde bir istisna hüküm bulunmadığından her halükarda A en yüksek cezayı gerektiren kasten öldürmenin (Mord § 212) cezası ile cezalandırılacaktır. Ancak Türk hukukunda aynı durum geçerli değildir. İstisna hüküm nedeniyle eğer burada C bakımından öldürmeye teşebbüs kabul edilirse fail hakkında kasten öldürme ve kasten öldürmeye teşebbüsten ayrı ayrı cezaya hükmedilecek ve bu durum infaz aşamasında failin çok daha uzun bir süre ceza evinde kalmasına neden olabilecektir (CvGTİHK m. 107, f. 3).

Bu sorun failin belirli bir bireye yönelik özel bir tehlikeyi değil, genel bir tehlike gerçekleştirdiği durumlarda daha karmaşık bir hale gelecektir. Örneğin Türk yargı uygulamasında düğün yerlerinde gerçekleştirilen ateşli silahla ateş açma eylemi sonucunda ölüm neticesi meydana gelirse failin bu netice bakımından olası kastla hareket ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık A'nın yüz kişinin bulunduğu düğün yerinde beş el ateş açtığı ve kimsenin yaralanmadığı bir olayda teşebbüsten ötürü ceza sorumluluğunu kabul edersek yüz farklı olası kastla öldürmeye teşebbüs suçunun oluştuğunu kabul edecek miyiz?

Ancak diğer taraftan failin münhasır bir konu üzerinde özel bir tehlike oluşturduğu durumlarda bu endişenin yersiz olduğu görülmektedir. A araba kullanırken, daha önce tartıştığı B'nin yaya geçidinden karşıdan karşıya geçtiğini görmüştür. A hışımla gaza basmış ve son sürat hızla B'nin üzerine gelmeye başlamıştır. Durumu fark eden B çevik bir hareketle kaçmaya çalışmışsa da arabanın yan aynasının koluna çarpmasına engel olamamış ve kolu kırılmıştır¹¹⁰.

İnsanların yaşamları bakımından genel bir tehlikenin oluşturulduğu durumlarda (silahla havaya ateş açmak, alkollü vaziyette kural ihlali yapmak suretiyle araç sürmek) kasten öldürme veya yaralama suçuna teşebbüsten ötürü cezai sorumluluk tesis edebilmek mümkün değildir. TCK'nın kabul ettiği teşebbüs sistemi böyle bir cezalandırmayı gerçekleştirmek için elverişli değildir. Suça teşebbüs için tehlike teorisini benimseyen TCK'da teşebbüsten ötürü cezai sorumluluk ancak ilgili suç tipinin konusuna özel olarak yönelen bir tehlikenin bulunduğu hallerde (doğrudan doğruya icra) gündeme gelebilecektir¹¹¹. Suç konusunu özel olarak tehlikeye uğratmayan hareketler genel tehlike suçları çerçevesinde cezalandırılacaktır. Bu itibarla TCK'nın kabul ettiği sistem çerçevesinde genel tehlike oluşturan eylemler başka bir sonuca sebebiyet vermediği müddetçe sadece genel tehlike suçlarının tipikliğini oluşturmaktadır.

¹⁰⁷ Roxin (n. 10) § 29 N 72.

¹⁰⁸ Roxin (n. 10) § 29 N 74.

¹⁰⁹ Hakeri (n. 27) 208; Yargıtay 1. CD, E. 2015/4140, K. 2016/3581, T. 12.10.2016.

¹¹⁰ Bkz. Dipnot 69'da verilen Federal Mahkeme Kararı.

¹¹¹ Yargıtay CGK'nın 22.05.2012 tarihli E. 6-340/2011, K. 209/2012 sayılı kararına konu olan olayda failler bir gıda deposundan hırsızlık yapmak amacıyla 6 asma kilitten 2 tanesini boru anahtarlarıyla çıkartırlar. Bu sırada mağaza sahibinin gelmesiyle kaçmaya çalışan failler mağaza sahibi ve çevredeki vatandaşlar tarafından yakalanarak polise teslim edilirler. Bu olayda yargı makamları arasında hırsızlık suçunun icra hareketlerinin başlayıp başlamadığı konusunda bir uyuşmazlık çıkmış, CGK söz konusu hareketi hırsızlık suçunun icra hareketi olarak kabul etmiştir.

Öğretide bu içtihat hakkı olarak eleştirilmektedir. Özgenç (n.3) 428; Koca ve Üzülmüş (n. 3) 564. Aksi yönde: Akbulut (n. 12) 818-819. Zira kapı kilitlerinin sökülmeyle başladığı kapıyı açmak için daha dört kilidin bulunduğu durumda suçun konusu henüz doğrudan tehdit altına girmiş değildir. Olası kastla hareket edilen hallerde de bu anlayıştan sapmak için bir sebep bulunmamaktadır. Hareket münhasıran bir suç konusunu tehlikeye düşürmüşse suça teşebbüs gündeme gelebilir. **Bunun haricinde genel nitelikli tehlikeler (tehlikeli araç kullanmak gibi) teşebbüsün tartışılacağı suç tipini doğrudan tehdit etmedikçe suça teşebbüsten söz edilemez.**

Failin gerçekleştirdiği bu genel tehlikeli eylem bir kişinin yaşamını doğrudan doğruya tehdit edebilir. Örneğin havaya ateş açan kişi başka bir kişinin yaralanmasına, trafik kurallarını yasa dışı sokak yarışı yapmak suretiyle ihlal eden kişi trafiğe katılan diğer bir sürücünün veya yayanın yaralanmasına sebebiyet verebilir. Bu durumda genel tehlike, bir kişinin yaşamına yönelik özel bir tehlikeye dönüşmüştür. Şüphesiz bu noktada oluşturulan her risk olası kastla suça teşebbüsü temellendirmeyecektir. Failin genel tehlikeyi gerçekleştirme iradesi risk teorisi karar teorisi veya benimsenecek farklı bir anlayışa göre öldürme kastı olarak belirleniyor ise failin öldürmeye teşebbüsten sorumlu tutulması gerekir¹¹². Buna karşılık söz konusu irade öldürme kastı olarak nitelendirilemiyorsa yaralama kastı olup olmadığı tetkik edilmelidir. Genel tehlikenin oluşturulduğu durumların çoğunda failin en azından yaralama kastı ile hareket ettiği belirtilmelidir¹¹³. Buna rağmen failin meydana gelen netice bakımından ne öldürme ne de yaralama kastının varlığı tespit ediliyorsa taksirli suçlardan hükümlülük tesis edilmesi gerekecektir. Neticenin gerçekleşmediği durumda tabii olarak taksirli suçlarda teşebbüsten söz edilemeyecektir.

Failin kasten öldürme suçunun konusu bakımından doğrudan doğruya bir tehlike oluşturduğu ve yukarıda belirttiğimiz teorik mülhazalar ile olası kastın kabul edildiği ise olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmemesi için hiçbir sebep bulunmamaktadır. Failin yanında bir kişi daha bulunan mağduru öldürmek için ateş ettiği vakialarda öldürülmesi amaçlanan mağdurun yanındaki kişinin de ölümü göze alınmaktadır. Bu durumda failin hem öldürmeyi amaçladığı kişi bakımından hem de yanındaki kişi bakımından öldürme kastı ile hareket ettiği sabittir. TCK'nın 43. maddesinin 3.fıkrasındaki istisna hükmü nedeniyle bu durumda öğretideki "ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz şekilde genişlemesi endişesinin" haklılık payının olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bu gibi durumlarda Türk Ceza Hukuku öğretisinde alternatif kasta ilişkin yukarıda ifade ettiğimiz düşüncenin dikkate alınması gerektiği kanaatindeyiz. Failin gerçekleştirdiği eylem objektif olarak ancak bir suçu tamamlamaya elverişli ise faili ayrıca diğer suça teşebbüsten sorumlu tutmanın TCK'nın benimsediği teşebbüs teorisi bakımından da uygun olmadığını düşünmekteyiz. Bununla birlikte gerçekleştirilen eylem objektif olarak birden fazla tipikliği gerçekleştirmeye elverişli ise (kümülatif kast) gerçek işleme hükümleri (TCK m. 43, f. 3) çerçevesinde hareket edilmesi gerekecektir.

Olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda olası kast-bilinçli taksir ayrımının da ceza sorumluluğu alanını önemli ölçüde sınırlandıracağı ifade edilmelidir. Bu sorun her ne kadar öğretilerde tam olarak çözüme kavuşturulamamış olsa da teşebbüs aşamasında kalmış suçlarda da aynı şekilde göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Failin tehlikeyi bilinçli olarak gerçekleştirmesinin ilgili suç tipi bakımından olası kast mı, bilinçli taksir mi olduğu mahkemece irdelenmelidir. Eğer bu konuda Federal Mahkemenin yaklaşımı dikkate alınırsa olası kastla suça teşebbüsün alanı önemli ölçüde sınırlandırılmış olacaktır.

Son olarak şu hususu da belirtmek gerekir: Bir suçun ancak doğrudan kastla işlenebileceği kabul edilmiş ise bu suça olası kastla suça teşebbüs edilemeyeceği açıktır.

Sonuç

1. "Belirsiz kastı netice belirler" ve bu kurala dayanılarak üretilen "olası kastı netice belirler" gibi kuralların teorik bir alt yapısı bulunmamaktadır. Bu yargılar kastın, failin hareketi gerçekleştirdiği anda bulunması ilkesi ile de çelişkilidir. Ölüm neticesi bazı olaylarda hareketin gerçekleştirilmesinden altı ay-bir yıl gibi çok uzun süreler de gerçekleşebilir. Bu durumda failin hareket ettiği anda kastının bulunmadığı, hareketin tamamlanmasından altı ay sonra kastının bulunduğu sonucuna ulaşmak kast öğretisi çerçevesinde tutarlı bir yaklaşım değildir.

2. Olası kast, neticeden bağımsız olarak belirlenebilir. Olası kastın sınırlarını belirleyen teoriler, olası kastı gerçekleştiren neticeye göre belirlememektedir.

3. Teşebbüs hükümleri bakımından doğrudan kast ile olası kast arasında bir ayırım yapma imkânı bulunmamaktadır. İşlemeyi kastettiği suç ibaresi doğrudan kastla özdeşleştirilemez. Böyle bir anlayış kastı amaçlamak veya istemek kavramı ile özdeşleştirir. Bu ise modern kast anlayışı çerçevesinde benimsenebilecek bir yaklaşım değildir.

4. Keza 35. madde hükmünde bulunan doğrudan doğruyalık ibaresi icra hareketlerinin başladığı anın belirlenmesi ile ilgili olup teşebbüsün ancak doğrudan kastla gerçekleştirilebileceği anlamını vermemektedir.

5. Öğretinin ve yargı makamlarının olası kastla suça teşebbüsün kabul edilmesi durumunda ceza sorumluluğu alanının katlanılmaz şekilde genişleyeceğine ilişkin endişesinin haklılık payı bulunmaktadır. Buna karşılık çeşitli müesseseler ve Alman uygulaması ile gösterdiğimiz üzere olası kastla suça teşebbüs kabul edilse de ceza sorumluluğu alanının sınırlandırılmasına ilişkin etkili

¹¹² Bu konu olası kast ile bilinçli taksir arasındaki ayırma sorunudur. Bu sorunun çözümü bu çalışmamızın konusunu değil, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsünde hazırlamakta olduğumuz doktora tezinin konusunu oluşturmaktadır. Bu sebeple burada açık bir şekilde herhangi bir teoriye taraf olunmamaktadır.

¹¹³ Yargıtay ise olası kastla suça teşebbüsü kabul etmediği için yaralama neticesinin de gerçekleşmediği durumlarda ancak tehdit suçundan sorumluluğun tartışılması gerektiğini belirtmektedir: "Şağın içinde şikayetçi ve mağdurların bulunduğu araca doğru rastgele ateş etmesi eyleminin silahlı tehdit suçunu oluşturup oluşturmadığının tartışılmaması" Yargıtay 8. CD, E. 2014/34733, K. 2015/19695, T. 22.06.2015. Ölüm neticesinin gerçekleşmesinin tamamen tesadüfe bırakıldığı bu olayda kasten yaralama suçunun dahi tartışılmaması "olası kastı netice belirler" kuralı ile oluşturulan geniş bir sorumsuzluk alanını göstermektedir. Silahla ateş açma eylemi elbette tehdit suçunu oluşturabilir. Ancak bunun için failin, en azından mağdurun yaralanmamasına ilişkin bir önlem almış olması gerekmektedir. Örneğin mağdurun boş odası kurşunlanıyor ise burada mala zarar verme ve tehdit suçlarından ceza sorumluluğu tartışılabilecektir. Yargıtay CGK, E. 2015/364, K. 2017/6, T. 17.01.2017. Buna karşılık mağdurun zarar görüp görmemesinin tamamen tesadüfe bırakıldığı olaylarda Yargıtay'ın öldürme veya yaralama kastını neden kabul etmediği anlaşılmalıdır.

çözümler mevcuttur. Bu sebeple biz olası kastla suça teşebbüsün hiçbir şekilde kabul edilmemesinin ceza adaleti bakımından oluşturacağı sorunların, yukarıda izah edildiği biçimde kabul edilmesiyle gerçekleşecek sorunlara nazaran daha katlanılmaz olduğunu düşünmekteyiz. Teorik olarak bir geçerliliği olmayan olası kastı netice belirler kuralına pratik olarak da bir geçerlilik tanınmamalı, olası kastla suça teşebbüs kabul edilmeli ve ceza sorumluluğu yukarıda çerçevesi belirlenen sınırlar dahilinde tespit edilmelidir.

6. Bu çerçevede suçun konusu bakımında doğrudan doğruya tehlike oluşturan hareketlerin suçun icra hareketi olarak değerlendirilmesi gerekliliğinin bir sonucu olarak genel tehlike oluşturan eylemlerde olası kastla suça teşebbüsün düşünülmesine gerek bulunmamaktadır. Olası kastla suça teşebbüsün cezalandırılması için failin hareketinin suçun konusu üzerinde doğrudan doğruya bir tehlike oluşturması gerekmektedir. Diğer taraftan olası kastla suça teşebbüsün kabul edilebilmesi için failin gösterdiği iradenin risk-karar teorileri veya benimsenecek farklı bir anlayışa göre olası kast olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması beyan etmemiştir.

Finansal Destek: Yazar finansal destek beyan etmemiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: Author declared no conflict of interest.

Grant Support: Author declared no conflict of interest.

KAYNAKLAR / REFERENCES

- Akbulut B, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı, Adalet 2023).
- Baumann J, Weber U, Mitsch W und Eisele J. Strafrecht Allgemeiner Teil, (13 neu bearbeitete Auflage, Giese King 2021).
- Binding, K, Die Normen und ihre Übertretung, Band 2, Schuld, Vorsatz, Irrtum (2. Auflage, Engelmann 1916).
- Bozbayındır A, Türk ve Mukayeseli Ceza Hukukunda Olası Kast Kavramı ve Sınırları (Adalet 2018).
- Böhringer J, Fahrlässige Mittäterschaft, Ein Beitrag zum Verhältnis von Zurechnung und Beteiligung bei Vorsatz- und Fahrlässigkeitsdelikten, (Nomos 2017).
- Centel N, Zafer H ve Çakmut Ö, Türk Ceza Hukukuna Giriş (9. Baskı, Beta 2016).
- Çiçek M ve Hacıoğlu B. C. Ceza Hukukunda Alternatif Kast (Dolus Alternativus) (2023) 27 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 443-474.
- Demirbaş T, Ceza Hukuku Genel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023).
- Dönmezer S. ve Erman S, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt 2 (15. Baskı, Der 2021).
- Eser A und Bosch N, 'Art 22-24 StGB' in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019).
- Frank R, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre (1890) 10 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 169-228.
- Gropp W und Sinn A, Strafrecht Allgemeiner Teil (5. Auflage, Springer 2020).
- Hakeri H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (10. Baskı)
- Heinrich B, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Auflage, Kohlhammer 2022).
- Herzberg R. D, Abgrenzung Vorsatz und bewußter Fahrlässigkeit- ein Problem des objektiven Tatbestandes (1986) 26 (4) Juristische Schulung 249-262.
- Herzberg R. D, Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch? (1990) 7 Neue Zeitschrift für Strafrecht 311-318.
- Herzberg, R. D, Zum Fahrlässigkeitsdelikt in kriminologischer Sicht und zum Gefahrmerkmal des Vorstazsdelikt, in Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag (C. F Müller 2006) 317-336.
- İçel K, Ceza Hukuku Genel Hükümler (Yenilenmiş Bası, Beta 2016).
- Jescheck H-H ve Weigend T, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil (5. Auflage Duncker & Humblot 1996).
- Karakehya H, Ceza Hukuku Genel Hükümler (2. Baskı Adalet 2023).
- Katoğlu T. 'Olası Kasıt ve Suça Teşebbüs' iç Nevzat Toroslu'ya Armağan, Cilt 1 (Ankara 2015) 611-626.
- Kindhäuser, U ve Zimmerman T, Strafrecht Allgemeiner Teil, (11. Auflage, Nomos 2024).
- Koca M ve Üzülmöz M, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (16. Baskı, Seçkin 2023).
- Kohlrausch E, Deutsche Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen (Walter de Gruyter 1947).
- Küpper G, Zum Verhältnis von dolus eventualis, Gefährdungsvorsatz und bewußter Fahrlässigkeit, (100/4), 1988 Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 758-785.
- Lackner K ve Kühl K, Strafgesetzbuch Kommentar (29. Auflage C. H. Beck 2018).
- Lampe E-J, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz (1958) 9 Neue Juristische Wochenschrift 332-333.
- Listz F und Schmidt E, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Band I, (26. Auflage, Walter de Gruyter 1932).
- Maurach, R und Zipf, H, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband I (8. Auflage, C.F. Müller 1992).
- Monika K, Eventual Vorsatz und Versuch (Schulthess Polygraphischer 1974).
- Murmann U, Strafrecht Allgemeiner Teil (7. Auflage, C. H. Beck 2022).
- Önder A, Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III (2. Baskı, Beta 1992).
- Özbek V. Ö, Doğan K, Bacaksız, P ve İsa Başbüyük, Ceza Hukuku Genel Hükümler (14. Baskı, Seçkin 2023).
- Özbek V. Ö, Doğan K ve Bacaksız P, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler (18. Baskı, Seçkin 2023).
- Özgenç İ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler (19. Bası, Seçkin 2023).
- Öztürk B ve Erdem M. R, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbiri Hukuku (23. Baskı, Seçkin 2023).
- Puppe I, Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46 (1984) 11 Neue Zeitschrift für Strafrecht 488-491.

- Puppe I, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt (1986) 1 Neue Zeitschrift für Strafrecht 1986 14-18.
- Puppe I, 'Art 15-16 und 28-29 StGB' in Kindhäuser U, Neumann U, Paeffgen H-U ve Saliger F (Hrsg), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch (6.Auflage, Nomos 2023).
- Roxin C, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II (C. H. Beck 2003).
- Roxin C, Zur Normativierung des dolus eventualis und zur Lehre von der Vorsatzgefahr, in Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag (Luchterhand 2004) 243-257.
- Roxin C, und Greco L, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I (5. Auflage, C.H. Beck 2020).
- Safferling J.M. C, Vorsatz und Schuld, Subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht (Mohr Seibeck 2008).
- Schmidhäuser E, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch (2. Auflage, Mohr (Paul Siebeck) 1975).
- Schroeder H, 'Art 15-16 StGB' in Jescheck, H-H, Ruß, W ve Willms, G, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Erster Band, Einleitung, §1- § 31 (10. Auflage, Walter de Gruyter 1985).
- Schroth U, Vorsatz als Aneignung der unrechtkonstituierenden Merkmale (Peter Lang 1994).
- Sözüer A, Suça Teşebbüs (Kazancı 1991).
- Sternberg-Lieben D und Schuster F 'Art 15-18 StGB' in Schönke A und Schröder H (Hrsg), Strafgesetzbuch Kommentar (30. Auflage, C. H. Beck 2019).
- Streng F, Rücktritt und dolus eventualis (1990) 45 (5) Juristen Zeitung 212-220.
- Tozman Ö, Türk ve Alman Ceza Hukukunda Olası Kastla İşlenen Suçlara Teşebbüs Problemi, Ceza Hukuku Dergisi, (2010) 12, 139-171.
- Vogel J und Bülte J, 'Art 15-16 StGB' in Cirener, G, Radtke H, Rissing-van Saan R, Rönnau T und Schluckebier W, Leipziger Kommentar StGB, Einleitung, §§ 1 bis 18, (13.Auflage, De Gruyter 2019).
- Wächter, K.G, Deutsches Strafrecht, (Breitkopf Haertel 1881).
- Wessels J, Beulke W und Satzger H, Strafrecht Allgemeiner Teil (53.Auflage C. F. Müller 2023).
- Welzel H, Das neue Bild des Strafrechts, (4. Auflage, Otto Schwartz & Co., 1961).

ATIF BİÇİMİ / HOW CITE THIS ARTICLE

Boga B, 'Acceptability of The Criminal Liability for Criminal Attempt with Dolus Eventualis' (2024) 12 (2) Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology, 93.