

**KASTEN ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS VE
KASTEN YARALAMA SUÇLARININ
MANEVİ UNSUR BAKIMINDAN AYIRT EDİLMESİ**

*Distinguishing of the Attempt to Killing Crime and Intentionally Injuring
Crimes in Terms of Psychological Elements*

Fatih BİRTEK*

GİRİŞ, 1. KAST KAVRAMI, 2. KAST ÇEŞİTLERİ, 2.1. Kast (Doğrudan Kast – Genel Kast), 2.2. Olası Kast (Gayri Muayyen Kast), 3. ÖLDÜRME SUÇU BAKIMINDAN KAST, 4. YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN KAST, 5. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN KAST, 6. KASTEN ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ KASTEN YARALAMA (87/1,2,3) SUÇLARINDA KASTIN AYIRT EDİLMESİ, 6.1. Faili Suça İten Sebep ve Fail İle Mağdur Arasındaki İlişki, 6.2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Aracın Niteliği - Kullanış Biçimi- Atış Mesafesi, 6.3. Darbelerin Yönüne, Sayısı, Kuvveti ve Darbelerin Yönünün Bilerek Seçilip Seçilmediği, 6.4. Atış Mesafesi ve Olay Yerinin Özellikleri, 6.5. Hayati Tehlike, 6.6. Öldürme

* *Öğretim Görevlisi*, Polis Akademisi Başkanlığı Niğde Polis Meslek Yüksekokulu. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Öğrencisi.

Kastının Belirlenmesine Yarayan Diğer Unsurlar, 7. KASTIN İSPATI, 8. IN DUBIO PRO REO İLKESİNİN KASTIN İSPATINDA UYGULANMASI, SONUÇ

ÖZET

Çalışmada; genel olarak manevi unsur ve kast kavramı, öldürme ve yaralama suçları bakımından kast, öldürme ve yaralama kastının birbirinden ayırt edilmesi ve öldürmeye teşebbüs ile yaralama suçlarının kast bakımından ayrılmasında, Yargıtay ve öğreti tarafından ortaya konulan kriterler inceleme konusu yapılacak, kastın ispatı ve kast bakımından şüpheden sanık yararlanır ilkesinin (in dubio pro reo) uygulama alanı incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Manevi unsur, kast, kasten öldürmeye teşebbüs, kasten yaralama, kastın ispatı

ABSTRACT

In this study, the general meaning of the psychological element and the concept of intentional killing, the aspect of intentionally killing and intentionally injuring crimes, when distinguishing intentionally killing from intentionally injuring and distinguishing intentionally killing crimes from intentionally injuring crimes in terms of intention, the criteria put forward by the Turkish High Court of Appeals and doctrine will be the subject of examination. As well, the practice area of the element of the benefit of doubt and proving intention will be scrutinized.

Keywords: Psychological element, intention, attempt to intentional killing crime, intention injuring, verification of the intention

GİRİŞ

Suç işleme düşüncesi ile birlikte suç yoluna (*iter criminis*) giren failin¹ gerçekleştirmek istediği neticenin meydana gelmesi için gerekli olan icrai veya ihmali hareketleri bilerek gerçekleştirmesi ve aynı zamanda neticenin de meydana gelmesini istemesi durumunda, failin ceza hukuku bağlamında sorumluluğu kolaylıkla tespit edilebilecektir.

Ancak failin bilerek yapmış olduğu hareket sonrasında, meydana gelen netice bakımından istemek unsuru yönünden bir tereddüt oluşmuş (failin neticeyi isteyip istemediği hususunda) ise bu durumda failin cezai sorumluluğunun aynı kolaylıkla tespiti mümkün değildir. Failin suç sayılan hareketleri bilerek ve isteyerek yapıp yapmadığı ve nihayet meydana gelen neticenin fail tarafından istenip istenmediği tamamen failin iç dünyasına ilişkindir.

Ceza hukuku bağlamında failin bilmek ve istemek öğelerinden oluşan kastının her olayda mutlak surette tespitine yarayacak kesin bir kural koymak mümkün değildir.

Ancak kast, kişinin iç dünyasına ilişkin olsa da; fail ile mağdur arasındaki ilişki, suç aleti, suçun işleniş biçimi, meydana gelen neticenin ağırlığı gibi kriterler bakımından bir değerlendirme yapıldığında failin iç dünyasına ilişkin kastının dış dünyada *objektif bir yansımının*² bulunduğu görülecektir. Failin iç dünyasında yer alan kastının yine bizzat fail tarafından dışa yansıtılması olan bu unsurlardan yararlanarak, failin suçu kasten işleyip işlemediği (meydana gelen neticeyi isteyip istemediği) hususunda bir kanaate ulaşılmaktadır.

Bu çalışma kapsamında ceza hukuku bağlamında genel hatları itibariyle kast, öldürme, yaralama ve neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçları bakımından kastın görünümü, kasten öldürme suçu ile kasten yaralama suçlarını kast (manevi unsur) yönünden birbirinden ayırmaya yarayan kriterler, kastın tespit edilmesi ve kastın şüpheye yer

¹ Bu şekilde bir belirleme mesafe suçları için rahatlıkla yapılabilir iken, ani suçlar (hareketi neticesine bitişik suçlar) bakımından ayın türden bir suç düşüncesi- suç yolu belirlemesi yapmak mümkün değildir.

² ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 10.

bırakmayacak bir surette tespit edilemediği durumlarda *in dubio pro reo* (şüpheden sanık yararlanır) ilkesinin uygulanıp uygulanamayacağı hususları, uygulama ve öğretilerde yer alan görüşlerle açıklanmaya çalışılacaktır.

1. KAST KAVRAMI

Arapça kökenden gelen kast (kasd), bir işi bile bile yapmak, niyet ederek yapmak, tasavvur, istikamet (yönelme), kötü niyet anlamlarına gelmektedir.³ Kast fail ile meydana gelen netice arasında *manevi bir bağ* kurmaktadır.⁴

5237 Sayılı T.C.K. m. 21/1'e göre: "*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*"

Yargıtay'a göre kast: " Failin bir fiili suç olduğunu bilerek ve isteyerek işlemesidir. Manevi isnadiyetin unsurları şuur ve iradedir."⁵

Öğretilerde kast konusunda, farklı teorilerden hareketle farklı tanımlamalar yapılmaktadır.⁶ Egemen olan görüşe göre kast; " Tipiklikte yer olan objektif unsurların failce bilinmesi ve istenmesidir. "⁷

Diğer tanımlara göre kast:

³ YEĞİN, Abdullah: İslami- İlmi- Edebi- Felsefi Yeni Lügat, İstanbul, 2005, s. 321.

⁴ ÖZGENÇ, İzzet: Bilinçli Taksir, Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004, s. 702. Aynı yönde Yargıtay C.G.K. 27.01.1994 6- 360/32 Kararında: " Kastın hareket ve netice ile fail arasındaki ruhi bir bağ olduğu " ifade edilmektedir. Nakleden, SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU, Vural/ Sadık: Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. 1. Ankara, 1995, s. 1089.

⁵ YCGK. 27.1.1984, 6-360/32 Karar için bkz. SAVAŞ/ MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 1085.

⁶ Tasavvur Teorisine göre kast, neticeye yönelik iradi davranışa eklenen tasavvurlardır. İrade Teorisine göre kast, suç tipindeki unsurların ve neticenin bilinmesi ve gerçekleşmesinin istenmesidir. Bu iki teori ve bunların dışında savunulan ve tasavvur ve iradeye girmeden kastın halledilebileceğini savunan üçüncü teorinin ayrım noktası, kast ve taksiri bir birinden ayırmak ve kastın kapsamını belirlemektir. ÖNDER, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 293; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT- Nur/ Hamide/Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 2008, s. 379- 380; SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2003, s. 421-422.

⁷ ÖNDER, s. 293.

“ Suçu oluşturan hareketin sonuçlarını bilerek ve isteyerek işleme iradesidir.”⁸

“ Failin yapacağı hareketi ve bunun doğuracağı neticeyi tasavvur etmesi ve bunları istemesidir.”⁹

“ Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektir.”¹⁰

“ Yasadaki tanıma uyan hareketi bilerek ve isteyerek yapmadır.”¹¹

“ Failin neticeyi düşünmesi ve gerçekleştirmeye karar vererek hareket etmiş olmasıdır.”¹²

“ Suçun kanuni tanımındaki maddi unsurların somut olayda gerçekleşmekte olduğunun ve yine somut olayda bir hukuka uygunluk sebebinin maddi şartlarının gerçekleşmediğinin bilinmesidir.”¹³

Gerek kanuni tanıma ve gerekse öğretideki hâkim görüşe ve yargı içtihatlarına göre; kastın varlığından bahsedebilmek için iki unsurun varlığı şarttır. Bunlar, suçun kanunda belirtilen maddi unsurlarını *bilmek* ve *istemektir*.¹⁴

Bilmek ve istemek unsurlarının kapsamına geçmeden önce, bilme ve istemenin hangi zamanda bulunması gerektiği ortaya konulmalıdır. Kast ve dolayısıyla bilmek ve istemek; suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada var olmalıdır.¹⁵ Hareket ve kast birbiri yanında ve aynı zamanda bulunmalıdır.¹⁶ Bir görüşe göre, iki unsur suç yolunda fail ile birlikte ilerleyecek ve düşünce veya hazırlık hareketleri aşamasında

⁸ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA- M. Emin/ Ahmet/ A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2006, s. 34.

⁹ SOYASLAN, s. 423.

¹⁰ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 31.

¹¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 379.

¹² ÖNDER, s. 293.

¹³ ÖZGENÇ/ŞAHİN, İzzet/Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 2001, s. 148.

¹⁴ ÖNDER, s. 294; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s.; ÖNDER, s. 294; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 380; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, Bahri/M. Ruhan/ V. Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, 2001, s. 202; HAKERİ, Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2. Baskı, Ankara, 2005, s. 179.

¹⁵ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 202.

¹⁶ ÖNDER, s. 305.

ortadan kalkacak olur ise suç oluşmayacak, icra hareketleri aşamasında ortaya kalkacak olur ise teşebbüs veya gönüllü vazgeçme, icra hareketleri tamamladıktan sonra ortadan kalkacak olur ise etkin pişmanlık veya teşebbüs söz konusu olacaktır.¹⁷ Netice tamamlandıktan sonra ortadan kalkmış ise artık tamamlanmış suç söz konusu olacaktır.¹⁸

Öğretide kastın suçun icra hareketlerinin gerçekleştirildiği sırada bulunması gerektiği ve nihayet icra hareketlerinden önce mevcut olan kastın (hazırlık hareketleri safhasında) icraya geçilmediği sürece tek başına failin cezalandırılmasına yol açmayacağı belirtilmektedir.¹⁹

Kastın bilmek ve istemek unsurlarının kapsamının bilinmesi de failin cezai sorumluluğunun sınırını doğrudan ilgilendirmektedir.

Kastın bilmek unsuru; *suçun kanuni tanımındaki unsularını, yaptığı veya yapacağı hareketleri ve neticeyi* kapsamalıdır.²⁰

Eğer bir suçun niteliğinin değişmesine neden olacak ise mağdurun sıfatının da bilinmesi (kamu görevlisine hakarete, kamu görevlisi sıfatının- Cumhurbaşkanı'na suikaste, Cumhurbaşkanlığı sıfatının) gerekmektedir.²¹

Öğretide nedensellik bağının bilmek unsurunu da kapsadığı ve nedensellik bağındaki önemsiz sapmaların kastı etkilemeyeceği öne sürülmektedir.²² Kanaatimizce nedensellik bağının bilmek unsuru kapsamında yer alıp almadığı sorunu ancak bilmek ve istemek unsurunun aranacağı zaman ve bilmek unsurunun sürekliliği konularında düğümlenmektedir. Eğer bilmek unsurunun icra hareketleri aşamasında varlığı yeterli olarak kabul edilirse nedensellik bağı bilmek unsuru kapsamında yer almayacaktır. Bunun yanında, bilmek unsurunun netice gerçekleşinceye kadar bulunması gerektiği görüşü kabul edilirse, bu durum da nedensellik bağı bilmek unsuru kapsamında yer alacaktır.

¹⁷ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 202.

¹⁸ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 203.

¹⁹ ROXIN den nakleden ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 202; Aynı yönde SOYASLAN, s. 424; ÖNDER, s. 305.

²⁰ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 381.

²¹ DÖNMEZER/ERMAN- Sulhi/ Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. II. 12. Baskı, İstanbul, 1999, s. 927.

²² ÖNDER, s. 301; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 203.

ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, bilmek ve istemek unsurlarının fail ile birlikte suç yolunda ilerleyeceğini ve neticenin gerçekleşmesine kadar geçen safhalarda ortadan kalkması durumunda farklı hukuki sonuçların ortaya çıkacağını belirtmektedir.²³ Başka bir görüşe göre de; kastın bilme unsuru kapsamına nedensellik bağı da dâhildir ve failin nedensellik bağı konusunda yanılmasının sorumluluğuna etkisi yoktur.²⁴

Kanaatimizce, nedensellik bağı bilmek unsuru kapsamında değildir. Bilme unsurunun suçun bütün safhalarında bulunması zorunlu bir unsur olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bilmek unsurunun icra hareketleri aşamasında bulunması gerekli ve yeterlidir.²⁵ İcra hareketleri aşamasındaki bilme neticeyi de kapsamaktadır. İcra hareketlerinin gerçekleştirilmesi ile birlikte artık fail neticenin gerçekleşmesi bakımından gerekli olan hareketi yapmış ve bu hareketlerle birlikte netice bakımından da bilme unsuru gerçekleşmiştir. Gerek icra hareketi ve gerekse netice failin amacına yönelik olan iradenin dış dünyaya yansımış halini doğal yansımasıdır.²⁶ Bu yönü itibarıyla icra hareketi yapıldıktan sonra dış dünyada meydana gelen netice doğal bir olaydır. İcra hareketinin tamamlanmasıyla birlikte, fail doğal bir olay olan netice üzerinde fiili bir hâkimiyete sahip değildir. Bu sebeple dış dünyada meydana gelen ve doğal bir olay olan netice bakımından, icra hareketlerinden sonra meydana gelen *önemsiz* sapmalar failin sorumluluğunu etkilemeyecektir.

Öğretide ilk kez 1825’li yıllarda WEBER tarafından ortaya atılan ve sonraları da Weber Kastı adlandırılan örnek olaya baktığımızda;²⁷ fail öldürmek kastı ile mağdurun başına demir ile vurur ve bu darbe üzerine yere düşen mağdurun öldüğünü zannederek, cesedi ortadan kaldırmak

²³ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 202.

²⁴ HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2008, s. 126.

²⁵ Aynı yönde bkz. ÖNDER, s. 305.

²⁶ ÖZBEK’e göre: “ Nedensellik bağı doğa bilimine ilişkin olup, nedensellik bağına ilişkin düşünceler hareketten neticeye ulaşmaya yönelik bir çizgi izlemektedir. ” ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S. 5, Aralık 2007, s. 48; HAKERİ’ye göre de: “ Nedensellik hareket ile netice arasında doğa kanunlarına göre açıklanacak bağlantıdır ve bu yönüyle nedensellik nedensellik doğa bilimlerini anlamında nedensellikdir. ” HAKERİ, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 126.

²⁷ ÖNDER, s. 301; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 203.

için denize atar; gerçekte ölmemiş olan mağdur denizde boğulma neticesinde yaşamını yitirir. Weber bu olayda, faildeki genel kasttan, yani öldürme kastından hareket ederek bu neticenin gerçekleşmesinde gelişen nedensellik bağındaki sapmanın önemsiz olduğunu ve *failin kastının sonuçta gerçekleşmiş olduğunu* ve bu sebeple sorumluluğunun kast sorumluluğu içinde olduğunu kabul etmektedir.²⁸ Weber'in olayın çözümü için kabul ettiği *failin kastının sonuçta gerçekleşmiş olduğu* ölçütü bizim de katıldığımız; bilme unsurunun icra hareketleri aşamasındaki *bilme* unsurunun neticeyi de kapsadığı yönündeki görüşü desteklemektedir.²⁹ Bu olay itibariyle, biri kasten öldürmeye teşebbüs ve diğeri de taksirle öldürme olmak üzere iki suç oluştuğunu³⁰ kabul etmek mümkün değildir. Failin öldü zannı ile mağduru denize atması olayını taksirle öldürme olarak değerlendirmek hukuken mümkün değildir. *Taksirli suç netice ile anlaşıldığına ve nihayet failin mağdurun ölebileceğini öngörmesi gerekirken öngörmemesi gerektiğine göre*³¹ öldü zannı ile mağduru denize atan failin, denize atma fiilini gerçekleştirirken öngörmesi gerekirken, öngörmeme halinin ve dolayısıyla taksirin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Kanaatimizce fail başa vurma şeklindeki icra hareketi ile netice bakımından da bilme şartını yerine getirmiştir.

Bilme unsuru, *kasttan bağımsız objektif cezalandırılabilme koşulumu, kişisel cezasızlık nedenlerini, ceza muhakemesi koşullarını, failin kendi kusur yeteneğini, hukuka uygunluk nedenlerini,*³² eylemin

²⁸ ÖNDER, s. 301.

²⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 381.

³⁰ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 203.

³¹ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 212.

³² ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 203.

*hukuka aykırılık bilincini*³³, *hukuka uygunluk sebeplerini*³⁴, *suç tipinde öngörülen ağır neticeyi*³⁵ kapsamamaktadır.

Kastın istemek unsuru ise; failin neticeyi düşünmesi ve gerçekleştirmeye karar vererek hareket etmesidir.³⁶ Kastta bilme unsuru istemeyi de gerektirmez.³⁷ Her bilinen şey istenmiş değildir, ancak istenmiş olan her şeyin ise bilindiği farz edilir.³⁸

Kastın istemek unsuru her şeyden önce kasıtlı bir hareketle taksirli bir hareketi birbirinden ayırmaya yarar.³⁹ *Failin istemiş olduğu netice ile birlikte başka neticeler de meydana gelmiş ise bu durumda ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir.* İlk olarak failin istemiş olduğu netice ile birlikte meydana gelen netice failin gerçekleştirmek istediği neticenin oluşması için zorunlu ise bu durumda fail bakımından bu neticeler bakımından da istemek unsurunun varlığı kabul edilmelidir.⁴⁰ *Zorunlu olarak gerçekleşen ve tipe uygun bulunan neticeler gerçekte failin maksadı değildir; ancak gerçekleştirilmesi arzulanan neticeden ayrılabilmesi*

³³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 381; SOYASLAN, s. 424-425; ÖNDER, s. 304. Aynı yönde; YCGK, 29.05.1995-6-149/178, YKD XXI, 9 Eylül 1995, s. 1464 vd. den nakleden CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 381, dn. 129. *Hukuka aykırılık bilincinin bilme unsuru kapsamında olduğuna ilişkin karşı görüş için bkz. ÖZGENÇ, Bilinçli Taksir, s. 705.*

³⁴ Karşı görüş için bkz. ÖZGENÇ, Bilinçli Taksir, s. 705; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 33.

³⁵ AVCI, Mustafa: Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi (KHUKA), Y. 2005, S. 1, s. 88; ÖNDER, ağırlaştırıcı netice mağdurun şahsından kaynaklandığı durumlarda bu ağırlaştırıcı sebebin de fail tarafından bilinmesi gerektiğini belirtmektedir. Gerçekten T.C.K. m. 82/1,f bendi uyarınca kasten öldürme suçu bakımından, gebe olduğu BİLİNER kadının öldürülmesi nitelikli kasten öldürme suçu sayılmaktadır. Bu madde itibarıyla de mağdurun şahsından kaynaklanan ağırlaştırıcı nedenin fail tarafından bilinmesi gerekmektedir.

³⁶ ÖNDER, s. 294; AVCI, s. 88. ÖZGENÇ e göre: “ *İstemek, kastın bir unsurunu oluşturmamaktadır. Kişi işlediği fiilin sonuçlarını öngörmüş ise, bunların gerçekleşmesini istemese bile kasten hareket etmiştir.* ” ÖZGENÇ, Bilinçli Taksir, s. 706.

³⁷ ÖNDER, s. 295.

³⁸ ÖNDER, s. 295; AVCI, s. 88; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 204.

³⁹ Taksirden farklı olarak kastta, fail aynı zamanda neticeyi istemektedir de. ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 204.

⁴⁰ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 204; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 383; ÖNDER, s. 296; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 34; ÖZGENÇ, İzzet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 216.

mümkün olmayan neticelerdir ve ayrılamayan bu neticelerin gerçekleşeceğini fail düşünmekle beraber bu düşünce (öngörme) yapacağı hareketten onu vazgeçirmemektedir.⁴¹

Örneğin, hasmını öldürmek isteyen kişinin, hasmının bindiği uçağa bomba koyması halinde hasmı ile birlikte uçakta bulunan diğer kimselerin de ölümünden dolayı kasten öldürme suçundan sorumludur. Çünkü bu ölüm neticeleri fail asıl istediği neticeye zorunlu olarak bağlı olan neticelerdir.

İkinci olarak failin asıl istediği netice ile birlikte gerçekleşen ve fakat *asıl neticenin gerçekleşmesi bakımından zorunlu olmayan*⁴², *gerçekleşme ihtimali olan*⁴³ neticeler bakımından fail neticeleri öngörüp öngörmemesine ve kabullenip kabullenmemesine bağlı olarak bilinçli taksir veya olası kast bakımından sorumludur.⁴⁴

2. KAST ÇEŞİTLERİ

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 21. maddesinde iki tür kast tanımlanmaktadır. Bunlar kast (21/1) ve olası kast (21/2). Türk Ceza Kanunu her iki kast türü arasında ceza yaptırımını yönünde farklılık öngörmüştür. Gerçekten m. 21/2 uyarınca, olası kastla işlenen, *ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmi beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir.*

Öğretide yoğun kast, özel kast, başlangıçta kast- eklenen kast, ani kast- düşünce kastı, zarar kastı- tehlike kastı v.b. türler inceleme konusu yapılmaktadır.⁴⁵ Ancak bu çalışmanın amacı bakımından, kast türleri başlığı altında yapacağımız inceleme kast ve olası kast kavramları ile sınırlandırılmıştır.

⁴¹ ÖNDER, s. 296.

⁴² ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 204.

⁴³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 384.

⁴⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 384; ÖNDER, s. 296.

⁴⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 385 vd.; ÖNDER, s. 308 vd.; SOYASLAN, s. 425 vd.; ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 203 vd.

2.1. Kast (Doğrudan Kast – Genel Kast)

5237 Sayılı Kanun'da özel kast genel kast ayrımı terk edilmiştir.⁴⁶ Bu bağlamda kasten işlenen suçlar kural olarak hem kast hem de olası kast ile işlenebilir.⁴⁷ 765 Sayılı Kanun'da Suçta özel kastın arandığı hallerde saik göz önünde tutulmaktaydı.⁴⁸ 5237 Sayılı Yasa bakımından özel kast, *amaç* (m. 109/5), *maksat* (m. 158/1, m. 79, m. 80) gibi kelimelerle ifade edilmiştir.⁴⁹ Bunun yanında bazı suçlar bakımından da cezayı ağırlaştırıcı bir neden olarak düzenlenmiştir.⁵⁰ Bu haller dışında özel kast bakımından önemli olan saik, 5237 Sayılı Kanun bakımından cezanın bireyselleştirilmesini öngören 61. maddenin f bendi bağlamında⁵¹ cezanın alt ve üst sınır arasında belirlenmesi için kullanılan kriterlerden birisidir.

5237 Sayılı Yasa hükmüne bakıldığında: “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.*” (21/1)

Failin düşünüp öngördüğü bir neticeyi gerçekleştirmeye yönelik iradeyle hareket ettiği durumlarda doğrudan kast vardır.⁵² Doğrudan kast, failin suçun gerçekleşeceğini açıkça tasavvur etmesi⁵³ ve neticeyi muhakkak saymasıdır.⁵⁴

⁴⁶ AVCI, s. 89.

⁴⁷ AVCI, s. 89.

⁴⁸ YCGK, 03.06.1985- 83/330. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 802.

⁴⁹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 384.

⁵⁰ Örn. Namus saiki, kan gütmeye saiki kasten öldürme suçunun nitelikli hali olarak düzenlenmiştir.

⁵¹ “**Madde 61 - (1) Hâkim, somut olayda;**

- a) Suçun işleniş biçimini,
- b) Suçun işlenmesinde kullanılan araçları,
- c) Suçun işlendiği zaman ve yeri,
- d) Suçun konusunun önem ve değerini,
- e) Meydana gelen zarar veya tehlikenin ağırlığını,
- f) Failin kast veya taksire dayalı kusurunun ağırlığını,
- g) **Failin güttüğü amaç ve saiki,**

Göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanunî tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.

⁵² CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 386.

⁵³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 386.

⁵⁴ AVCI, s. 90.

Fail belirli bir neticeyi gerçekleştirmek üzere hareket etmiş ve bu neticeye zorunlu olarak bağlı, muhakkak ve kesin⁵⁵ başka neticeler de meydana gelmiş ise bu neticeler bakımından da doğrudan kast ile hareket ettiği kabul edilir.⁵⁶

Suçun işlenmesinde kullanılan silahın yapısı gereği birden çok insanın ölümüne sebebiyet verecek özelliğinin bulunması⁵⁷ durumunda bu silahın kullanılması ile birlikte failin gerçekleştirmek istediği netice ile birlikte gerçekleşen neticeler bakımından sorumluluğu da doğrudan kast ile sorumluluktur. Zira bu hallerde gerçekleşmesi zorunlu, muhakkak neticeler söz konusudur.⁵⁸

Yukarıda açıklandığı üzere, asıl netice ile birlikte gerçekleşen neticeler muhakkak ve zorunlu değil ise failin bu neticeleri öngörüp öngörmemesi ve kabullenip kabullenmemesine göre manevi unsurun bilinçli taksir veya olası kast olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

Ancak suçun kanuni tanımında: *bilerek, bilmesine rağmen, bildiği halde* ifadeleri var ise bu suçlar ve nitelikli halleri ancak doğrudan kast (genel kast) ile işlenebilir.⁵⁹

2.2.Olası Kast (Gayri Muayyen Kast)

5237 Sayılı Yasa'ya göre olası kast:

“Kişinin, suçun kanunî tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemi hâlinde” söz konusudur. (m. 21/2)

Bu tanım öğretide eleştirilmiştir. Bu eleştirilere göre; olası kast tanımlaması ile öngörme üstün tutulmuş ve bu yönüyle tanım bilinçli taksire yaklaştırılmıştır.⁶⁰ Olası kast ile bilinçli taksir neticenin öngörülmesi bakımından değil, neticenin kabullenilip kabullenilmemesi

⁵⁵ MALKOÇ, İsmail: Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005, s. 293.

⁵⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 386; ÖNDER, s. 296; AVCI, s. 90; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 34; ÖZGENÇ, Bilinçli Taksir, s. 707.

⁵⁷ Bomba, nükleer biyolojik kimyasal silahlar, zehirli gazlar vs.

⁵⁸ HAKERİ, s. 186.

⁵⁹ MALKOÇ, s. 294; AVCI, s. 89; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 37.

⁶⁰ HAKERİ, Hakan: Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2006, s. 43.

bakımından ayrılmaktadır.⁶¹ Kanunda yer verilen tanımda neticenin fail tarafından kabullenip kabullenmediği yazılmamış ve bu yönüyle tanım bilinçli taksire yaklaştırılmış⁶² ve kastın istemek unsuruna tanımda yer verilmemiştir.⁶³

21. madde gerekçesinde Yargı kararlarından mülhem örneklerle yer verilmiştir.

Bu örneklerden birincisine göre; “ *Yolda seyreden bir otobüs sürücüsü, trafik lambasının kendisine kırmızı yanmasına rağmen, kavşakta durmadan geçmek ister. Ancak kendilerine yeşil yanan kavşaktan geçme hakkına sahip olan yayalara çarpar ve bunlardan bir veya bir kaçının ölümüne veya yaralanmasına neden olur. ... Bu durumda otobüs sürücüsü meydana gelen ölüm veya yaralanma neticelerinin gerçekleşebileceğini öngörerek, bunları **kabullenmiştir**.* ”⁶⁴ Bu örnek itibarıyla kabullenme, olası kast için zorunlu bir unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak yukarıda açıklandığı üzere neticenin kabullenilmesi unsuru madde metninde olası kast tanımında yer almamıştır. Bu yönüyle 21. madde metninde yer aldığı biçimiyle olası kast tanımı eksiktir. Bu eksiklik metne dâhil olmayan gerekçede örnekleme suretiyle giderilmeye çalışılmıştır.⁶⁵

İkinci örnekte ise “*Düğün evinde törene katılanların tabancaları ile odanın tavanına doğru ardu ardına ateş ettikleri sırada, bir kişinin aldığı alkolün de etkisi ile elinin seyrini kaybetmesi sonucu, yere paralel olarak yaptığı atışlardan bir tanesinden çıkan kurşun, törene katılanlardan birinin alınına isabet ederek ölümüne neden olur. Bu örnek olayda kişi yaptığı atışlardan çıkan kurşunların orada bulunan her hangi birine isabet edebileceğini öngörmüş, fakat buna rağmen silahıyla atışa devam etmiştir. Burada da fail silahıyla ateş ederken ortaya çıkacak yaralama*

⁶¹ YILDIZ, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s. 35; HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 43.

⁶² YILDIZ, s. 35.

⁶³ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 43.

⁶⁴ 1. CD. 25.09.1997, 11794/12180 (Yargıtay Kararları Dergisi, Mart 1998, s. 441) den nakleden ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 218, dn. 286.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 390.

*veya ölüm neticelerini kabullenmiştir.*⁶⁶ Öğretide bu örneğin hatalı olduğu ileri sürülmektedir.⁶⁷ Anılan kararda *objektif olarak ölüm neticesinin meydana gelmesinin doğal görülmesi* kriterinden hareketle olası kast nitelmesi yapılmıştır. Ancak bu şekilde bir kabul ile kaza ve tesadüf dışındaki bütün olaylarda doğrudan kastın varlığı öne sürülebilecek ve bu suretle taksir kurumunun içi boşaltılmış olacaktır.⁶⁸

Kanaatimizce gerekçede yer verilen bu örnekte bilinçli taksir durumu söz konusudur. Somut olay itibarıyla düğün evinde havaya ateş açan kimsenin, yaralanma veya ölüm meydana gelebileceğini öngördüğü/öngörmesi gerektiği mutlaklıdır. Ancak bu kimsenin netice bakımından *olursa olsun kastıyla* değil *nasılsa olmaz* diyerek, neticenin meydana gelmeyeceğini varsayarak havaya ateş açmaya devam ettiğini kabul etmek lazımdır.⁶⁹ Bu tür durumlarda failin netice bakımından **olursa olsun kastıyla hareket ettiği ispat edilemez ise objektif olarak ölüm neticesinin meydana gelmesinin doğal görülmesi** kriteri yerine bu yöndeki şüphe fail lehine yorumlanmak suretiyle manevi unsurun *bilinçli taksir* olduğunu kabul etmek gerekmektedir. *Olası kast ile bilinçli taksir arasındaki nitelik farkı neticenin kabullenip kabullenmediği noktasında olduğuna göre, her somut olayda neticenin fail tarafından kabullenip kabullenmediği araştırılmalı ve neticenin kabullendiğinin ispat edilmesi halinde olası kast, bu yönde bir ispat olmadığı sürece bilinçli taksir yönünde değerlendirme yapılmalıdır.*⁷⁰

⁶⁶ YURTCAN, Erdener: Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005, s. 59. Örnek YCGK. 06.02.1996 tarih ve 1-339/10 Sayılı Karar'dan mülhemdir.

⁶⁷ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 45.

⁶⁸ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 45.

⁶⁹ Aynı yönde HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 45.

⁷⁰ 1. Ceza Dairesi 2007/8147 E.N , 2007/9996 K.N⁷⁰ sayılı kararına konu olayda: “ Olay yerinin bölünmüş ve 3 şeritli asfalt yol olduğu, olay yerinde ışık kontrollü kavşak sistemi ve kavşak içinde yaya geçidi çizgilerinin bulunduğu; alkollü olan ve aracı ile İzmit yönünden Sakarya yönüne gitmekte olan sanığın, olay yeri olan D-100 Köseköy Işıklı Kavşağına geldiğinde, yayalara yeşil ışık, araçlara kırmızı ışık yandığı, diğer araçların durarak beklediği, yayaların yaya geçidinden geçtiği sırada, yaya geçidinden geçmekte olan yayalara çarpacağını, bu çarpmanın yaralanmayla ya da ölümle sonuçlanabileceğini öngörmesine karşın, aracının hızını kesmeden, duran araçların sağından geçerek kavşağa girdiği, yaya geçidinden, sanığın gidiş yönüne göre yolun solundan yolun sağına geçmekte olan maktule N.....'a kaldırırma 3.50 metre kala çarptığı ve yaklaşık 20 metre sürüklediği, olay yerinden kaçtığı; maktülenin, kafatası travması zemininde gelişen beyin kanaması ve genel vücut travması zemininde gelişen etraf

Olası kast, bir suçun kanuni tanımındaki unsurların somut olayda gerçekleşmekte olduğunun muhtemel sayıldığı⁷¹ neticenin olayın seyrine bırakıldığı⁷² hallerde söz konusudur. Olası kastta kişi, neticenin gerçekleşmesini muhtemel kabul etmekle birlikte bunun gerçekleşmemesi için özel bir çaba göstermemekte/ neticenin gerçekleşmesine katlanmakta/ neticeyi kabullenmektedir.⁷³

Olası kastta fail şöyle düşünmektedir: “ İster şöyle olsun ister böyle olsun, mutlaka eylemi işleyeceğim ”⁷⁴ “ olursa olsun ”.⁷⁵ Bu tür kasta, *olursa olsun kastı* da denilmektedir.⁷⁶

Dolaylı kastta da kastın bilmek ve istemek unsurları vardır.⁷⁷ Hasımına ateş ederken hasımının yanında duran kimseyi de gördüğü ve onu da yaralayabileceğini ihtimal dâhilinde gördüğü halde kastın bilmek unsuru, hareketten caymamak ve harekete devam etmek suretiyle açık bir isteme olmasa da *istemek sonucuna eş değer istememiş olmama durumu* da yoktur ve bu durumda da isteme unsuru gerçekleşmektedir.⁷⁸

Olası kast sadece netice bakımından değil suçun diğer unsurları bakımından da söz konusu olabilir.⁷⁹ Kasten ihmalî davranışla işlenebilen suçların (m. 83, m. 89) olası kast ile de işlenebilmesi mümkündür.⁸⁰ Kasten ihmalî davranışla işlenen suçlar bakımından; kanun, sözleşme veya ön gelen tehlikeli eylem nedeniyle *BELİRLİ* bir yükümlülüğü yapmak ile mükellef olan kimsenin bu yükümlülüğünü, neticeyi öngörerek ve netice bakımından olursa olsun diyerek yapmaması durumunda olası kast söz konusu olacaktır. Karayolunda seyredirken aniden önüne çıkan yayaya çarpan sürücünün, yayanın yaralanmasını

kemiği kırıkları ile müterafik iç ve dış kanamanın müşterek sonucu olarak öldüğü, eylemin olası kastla insan öldürme suçunu oluşturduğu ” na hükmedilmiştir.

⁷¹ AVCI, s. 90.

⁷² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 217.

⁷³ ÖNDER, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994, s. 10.

⁷⁴ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 387.

⁷⁵ MALKOÇ, s. 294.

⁷⁶ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 43.

⁷⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 387.

⁷⁸ YCGK. 03.06.1985-85/330 Karar için bkz. SAVAŞ/MOLLAMAHMUTOĞLU, s. 802-806.

⁷⁹ AVCI, s. 90; MALKOÇ, s. 294; ÖZGENÇ, Bilinçli Taksir, s. 710.

⁸⁰ AVCI, s. 91; HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 163.

gördüğü halde sırf olayı faili meçhul bırakmak amacıyla olay yerinden ayrılması ve mağdurun da zamanında müdahale edilememesi sebebiyle kan kaybindan yaşamını yitirmesi olayında sürücünün kastı olası kastsır. Sürücü ölüm neticesi bakımından *ön gelen tehlikeli eyleminden dolayı garantördür* ve olursa olsun kastıyla yaralıyı olay yerinde bırakıp kaçmıştır.

Olası kast diğer kast çeşitlerine göre daha az haksızlık içermesi sebebiyle⁸¹ 5237 Sayılı Kanun'da ceza sorumluluğunu azaltan genel bir neden olarak düzenlenmiştir.⁸² Ancak öğretilde belirtildiği üzere madde 21/2 de yer alan ve cezada indirim öngören bu hüküm olmasaydı da hâkimin cezayı bireyselleştirmesinde kusurun yoğunluğu m. 61 uyarınca dikkate alınacağından ceza indirimi yine yapılabilecek ve cezanın basamaklı olduğu hallerde altı sınır esas alınabilecekti.⁸³

Olası kast hükmüne (21/2) ilişkin olarak, “ ...kanunda bilinçli taksir kavramı ile arasındaki ayrımın tam olarak ortaya konulmadığı, kuralın uygulanması suretiyle ceza indirimi öngörülmesinin, doğrudan kast ile olası kast arasında eşitsizlik oluşturduğu, ayrıca belirtilen ceza indiriminin sadece öldürme ve yaralama suçları için uygulanabilmesi nedeniyle mutlak olarak korunması gereken yaşam ve vücut dokunulmazlığının ihlal edildiği, bu nedenlerle T.C.K. m. 21/2 hükmünün Anayasa'nın 2., 10. ve 17. maddelerine aykırı olduğu” gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne somut norm denetimi yoluyla müracaat edilmiş ve Anayasa Mahkemesi de E. 2005/107, K. 2009/23 ve 19.02.2009 tarihli kararı⁸⁴ ile:

“Yasa'nın 22. maddesinin üçüncü fıkrasında bilinçli taksir, kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi hali olarak tanımlanmıştır.

Birbirlerine yakın kavramlar olsalar da, olası kasıt ya da bilinçli taksirle hareket eden kişilerin psikolojik durumları arasında farklılıklar mevcut olması nedeniyle bunlar için değişik yaptırımlar öngörülmüştür.

⁸¹ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 44; ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA, s. 35.

⁸² MALKOÇ, s. 294.

⁸³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 389.

⁸⁴ Karar İçin bkz. <http://www.anayasa.gov.tr/general/kararbilgibank.asp>. Anılan Karar 30 Mayıs 2009 tarih ve 27243 Mükerrer Sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmıştır.

Bilinçli taksirde fail, neticenin meydana gelmesini istemez, gerçekleşmemesi için gerekeni yapar ve gerçekleşme imkân ve ihtimalinin varlığını kabul ettiği durumda hareketi yapmaktan vazgeçer. Olası kastta ise, fail hareketinin hukuka aykırı netice meydana getirebileceğini öngörmekle beraber, meydana gelmesi mümkün ve muhtemel netice onu hareketi yapmaktan alıkoymaz. Bir başka ifadeyle, fail neticenin meydana gelmesini doğrudan istememekte ancak bunu kabullenmektedir...

...Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerine ilişkin kurallar, ceza hukukunun ana ilkeleri ile Anayasa'nın konuya ilişkin kuralları başta olmak üzere, ülkenin sosyal, kültürel yapısı, etik değerleri ve ekonomik hayatın gereksinimleri göz önüne alınarak saptanacak ceza politikasına göre belirlenir. **Yasa koyucu, cezalandırma yetkisini kullanırken toplumda hangi eylemlerin suç sayılacağı, bunun hangi tür ve ölçüdeki ceza yaptırımını ile karşılanacağı, nelerin ağırlaştırıcı veya hafifletici sebep olarak kabul edilebileceği ve ceza sistemini tamamlayan müesseseler konusunda takdir yetkisine sahiptir...**

Yasa koyucunun itiraz konusu kuralla, **ceza hukuku alanında anayasal sınırlar içinde takdir hakkını kullanarak olası kastı tanımladığı ve suçun olası kast ile işlenmesi halinde fail her ne kadar neticenin meydana geleceğini öngörmüş olsa da sonucu meydana getirmek için bir gayret göstermediği ve bu sonucu istemediği ancak kabullendiği için, bu kast türünde kusur ve haksızlık içeriği doğrudan kasta göre daha az olduğundan temel cezada indirim yapılmasını öngördüğü anlaşılmaktadır...** denilerek itiraz konusu kuralın Anayasa'ya aykırı olmadığına OYBİRLİĞİ ile karar verilmiştir.

3. ÖLDÜRME SUÇU BAKIMINDAN KAST

Öldürme suçu bakımından fail, hareketinin ölüme sebebiyet vereceğini bilecek ve nihayet hareketinin yönelmiş olduğu kişinin ölümünü isteyecektir. Fiil ile maksat arasında bu şekilde bir uygunluk olmaz ise fail kasten öldürme suçundan sorumlu tutulamaz.⁸⁵ Örneğin failin kastı yaralamak ise ve neticede ölüm meydana gelmişse artık kasten

⁸⁵ AVCI, s. 91.

öldürme suçu değil neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçu (m. 87/4) söz konusu olacaktır.

Kasten öldürme suçunun olusması bakımından failin saiki önemsizdir. Saik öldürme suçunun unsuru olmadığı için, saikin tespit edilememesi ya da tespit edilen saikin aslında objektif olarak bir kimseyi öldürme amacıyla hareket etmeye sevk edecek nitelikte olmaması önemli değildir.⁸⁶

Ancak kasten öldürme suçu bakımından saikin hiçbir önemi olmadığını söylemek de mümkün değildir. Failin saiki kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bakımından önem taşımaktadır. Kanun koyucu, töre (namus) saiki, kan gütme saiki altında işlenen kasten öldürme suçunu nitelikli kasten öldürme suçu olarak düzenlemiştir. Böyle hallerde saik, suçun manevi unsurlarından biri haline gelmiştir ve saikin yokluğu suçun (veya nitelikli halin) yokluğu anlamına geleceğinden suç oluşmayacaktır.⁸⁷ Bu nitelikli hallerde failin saikinin araştırılması gerekmektedir.

Kasten öldürme suçunun meydana gelmesi için genel kast (doğrudan kast) yeterlidir.⁸⁸ Kasten öldürme suçu tasarlama kastı ile işlenebilir ancak 5237 Sayılı T.C.K. münhasıran ayrı bir kast türü olarak tasarlama kastını düzenlememiş kasten öldürme suçunun nitelikli halleri içerisinde yer vermiştir. (m. 82/1,a).

Kasten öldürme suçu, doğrudan kast, olası kast ve eklenen kast (m. 82/1, h) ile işlenebilir.⁸⁹

Kasten öldürme suçunun nitelikli halleri bakımından kastın bilmek unsuru kapsamında nitelikli hallerin bazılarının bilinmesi gerekmektedir. Örneğin gebe olduğu **bilinen** kadının kasten öldürülmesi nitelikli hal sayılmaktadır. (m. 82/1, f) Yine alt soy, üst soy, eş veya kardeşin öldürülmesi halinde (m. 82/1, d) öldürülen kişinin bu sıfatının bilinerek

⁸⁶ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK- Durmuş/M. Ruhan/R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008, s. 142.

⁸⁷ ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA- M.Emin/Ahmet/A.Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, 2008, s. 50.

⁸⁸ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 140.

⁸⁹ AVCI, s. 91.

öldürülmüş olması gerekmektedir. Aksi halde meydana gelen ağır neticeden (nitelikli öldürme) fail sorumlu tutulamayacaktır.

4. YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN KAST

T.C.K. m. 86 nazarında yaralama suçundan bahsedebilmek için, failin hareketi neticesinde mağdur yönünden; vücuda acı verici, sağlığı bozucu ve algılama yeteneğini etkileyici bir takım zararların meydana gelmesi gerekmektedir.

Vücuda acı verme; beden bütünlüğünün önemsiz olmayan biçimde bozulmasına yönelik her türlü harekettir.⁹⁰ Bedene fiili müdahale şeklinde gerçekleştirilen hareketler bakımından bu şartın genellikle gerçekleşmiş olduğu kabul edilmektedir.⁹¹ Ancak yaralama suçunun oluşması bakımından mutlaka bedene temas edilmesi gerekmeyip, yüksek tonda bir ses ile de duyma işlevi bozukluğu meydana getirildiği hallerde de yaralama suç söz konusu olacaktır.⁹² Yaralama suçu bakımından mağdurun vücuduna yönelik etki, önemli olmalı ve belirli bir ağırlığa ulaşmalıdır.⁹³ Kanaatimizce önemli olmayan ve *nihayet basit tıbbi müdahale ile giderilebilir niteliği dahi taşımayan travmalar bakımından* kasten yaralama suçunun değil cebir (T.C.K. m. 108) suçunun oluştuğunu kabul etmek gerekir.⁹⁴

Sağlığı bozma; süresi ne olursa olsun patolojik durum ortaya çıkarmak veya böyle bir patolojik durum önceden var ise bunu artırmaktır.⁹⁵ Bu anlamda sağlığın bozulması kavramı içerisinde kişinin biyolojik aktivitelerinde meydana gelen ve hastalık boyutuna ulaşmasa dahi⁹⁶ biyolojik aktiviteleri olumsuz etkileyen her türlü değişim olarak adlandırılabilir.

⁹⁰ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 198.

⁹¹ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT- Nur/Hamide/Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 2007, s. 128.

⁹² Kindhauser BT. den nakleden TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 198, dn. 22.

⁹³ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Kişilere Karşı*, s. 129.

⁹⁴ Cebir suçunun maddi unsuru (hareket) bakımından üst sınırın “B.T.M.” ile iyileşir yaralama olduğu hususunda Bkz. MALKOÇ, İsmail, s.461.

⁹⁵ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Kişilere*, s. 129.

⁹⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, *Kişilere*, s. 129.

Algılama yeteneğinin bozulması; korku, uyku bozukluğu gibi kişinin psikolojik durumunda ortaya çıkan her türlü olumsuz değişikliktir.⁹⁷ Bu bağlamda hareketin psikolojik bir hastalığa yol açması gerekmemektedir. Kişinin ruhsal durumunda değişiklik meydana getirmesi yeterlidir. Fail tarafından meydana getirilen hareket neticesinde mağdurun ruhsal durumu eskisi gibi değil ise ve sinirsel bir değişim yaşamış ise bu halde algılama yeteneğinin bozulduğu kabul edilmelidir.

Kasten yaralama suçunun söz konusu olabilmesi için, sayılan bu üç neticenin oluşabileceğinin fail tarafından bilinmeli ve bu neticelerin mağdur üzerinde gerçekleşmesi istenmelidir.

Kasten yaralama suçu genel kast veya olası kast ile işlenebilir. Yaralama suçu bakımından failin genellikle fiil sonucu ağır bir neticenin meydana gelebileceği ihtimali göz önünde bulundurulur.⁹⁸ Gözün veya kulağın üzerine sert bir yumruk vuran kişi, bu yumruk neticesinde mağdurun görme veya duyma yeteneğini yitirebileceği ihtimalini göz önünde bulundurur.⁹⁹ Bu bakımdan yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış olduğu durumlarda (87/1,2,3) failin olası kast ile hareket ettiğini söylemek mümkündür.¹⁰⁰

Yaralama suçunun manevi unsurunun gerçekleşmesi bakımından failin saiki önem taşımadığı için fail şaka veya alay saiki ile de hareketi gerçekleştirmiş olsa bile eylem yaralama suçunu oluşturacaktır.¹⁰¹

Öğretide yaralama suç bakımından saikin, yaralama suçunu eziyet ve kötü muamele suçlarından ayıran bir unsur olduğu belirtilmektedir.¹⁰² Gerçekten, eziyet ve kötü muamele suçlarında da netice “B.T.M.” ile iyileşir türden yaralanmalar şeklindedir.¹⁰³ Ancak hem eziyet (m. 96) hem de kötü muamele (m. 232) suçları saik bakımından kasten yaralama suçundan ayrılmaktadır. Eziyet suçunda failin saiki sistematik bir

⁹⁷ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, Kişilere, s. 130.

⁹⁸ AVCI, s. 91.

⁹⁹ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 250.

¹⁰⁰ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 250.

¹⁰¹ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 201.

¹⁰² EREM/TOROSLU, s. 406 (Nakleden TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 201, dn. 42).

¹⁰³ MALKOÇ, s. 370, 768.

biçimde mağdura acı çektirmek iken¹⁰⁴, kötü muamele suçunda saik, merhamet, acıma ve şefkat ile bağdaşmayacak bir biçimde ve yine belirli bir süreklilikte acı çektirmektedir.

Kasten yaralama suçunun temel biçimi ve nitelikli hali, terör amacıyla ve bir terör örgütünün faaliyeti kapsamında işlenmesi Terörle Mücadele Kanunu m. 4/a uyarınca terör suçu sayılmaktadır.¹⁰⁵

5. NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN KAST

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, 765 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda (Mülga) yer alan objektif sorumluluk hallerine yer vermemiştir.¹⁰⁶ Objektif sorumluluk yerine 23. madde hükmü ile neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç tanımlaması yapmıştır. Bu düzenleme ile netice sebebiyle ağırlaştırılmış suçlar açısından kusursuz sorumluluk terk edilmiştir.¹⁰⁷

23. madde uyarınca kasten meydana getirilmiş ilk netice ile birlikte daha ağır ve fail tarafından istenmeyen bir neticenin meydana gelmesi durumunda bu ağır neticenin faile yüklenebilirliği açısından failin bu ağır netice bakımından en azından taksirle hareket etmiş olması gerekmektedir.

T.C.K.'nın 23. maddesi hükmüne göre: “ *Bir failin kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için, bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir.* ”

Bu bağlamda, failce kastedilenden daha ağır bir netice meydana gelmiş ise bu halde 765 Sayılı T.C.K.'da olduğu gibi yeni bir suç oluşmamakta, aynı suç kapsamında suçun nitelikli hali söz konusu olmaktadır.¹⁰⁸

¹⁰⁴ MALKOÇ, 369.

¹⁰⁵ TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 201; Aynı durum kasten öldürme suçu için de söz konusudur.

¹⁰⁶ MALKOÇ, s. 46.

¹⁰⁷ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 249.

¹⁰⁸ ÖZBEK, Veli Özer: Neticesi Sebebiyle Ağırlaştırılmış Suçlar, Ceza Hukuku Dergisi, Ankara, (Ağustos) 2008, Y.2, S. 4, s. 223; Aynı yönde ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 222.

T.C.K m. 23, bir fiilin *kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşmasından bahsettiğine* göre ilk hareketin kasten yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların manevi unsuru bakımından, *kast-taksir, kast- bilinçli taksir, olası kast-taksir*, olasılıkları mümkündür. Öğretide kast-kast kombinasyonunun da mümkün olabileceği de belirtilmektedir.¹⁰⁹ Kanaatimizce *ağır neticeler bakımından* (m. 87/1,2,3,) *kast- kast, kast- olası kast kombinasyonu* mümkün iken, ağır netice olarak ölüm meydana gelen hallerde – *failin istediğinden başka bir netice meydana gelmiş ise* - (87/4, 95/4, 102/6, 103/7) *kast-kast ve kast- olası kast kombinasyonları* mümkün değildir. Bu hallerde artık kasten veya olası kast ile işlenmiş öldürme suçu söz konusu olacaktır.¹¹⁰ Taksir-taksir kombinasyonu neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlar bakımından mümkün değildir.¹¹¹

Kast-taksir kombinasyonu, birinci aşamada kasten işlenen temel suç, ikinci aşamada ise EN AZINDAN taksirle sebebiyet verilen ağır neticeden oluşmaktadır.¹¹² Madde metninde yer alan “*en azından*” ifadesi ile kanun koyucu, ağırlaşan netice bakımından failin kusursuz olduğu durumlarda bu ağır veya başka netice bakımından failin sorumluluğunun olmayacağını belirtmektedir.¹¹³ Ağır veya başka netice bakımından fail tarafından **olası kast düzeyine varmamakla birlikte**, kasten yapılan asıl fiilden böyle bir neticenin doğabileceği düşünülebilir ve ağır veya başka netice ile failin fiili arasında illiyet bağı mutlaka bulunmalıdır.¹¹⁴ Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta ağır netice, bağımsız bir sebepler serisinin sonucu olarak değil, failin yarattığı sebepler serisine bağlı olarak meydana gelmekte¹¹⁵ ve bu sebeple de faile yüklenebilir olmaktadır.

¹⁰⁹ ÖZBEK, s. 224; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 212 (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK: Madde metninde yer alan *en azından taksirle* ifadesinden hareketle böyle bir sonuca ulaşmaktadır.).

¹¹⁰ MALKOÇ'ta : “ *Fail tarafından olası kast düzeyine varmamakla birlikte, kasten yapılan asıl fiilden böyle bir neticenin doğabileceği düşünülebilir* ” (MALKOÇ, s. 351) diyerek görüşümüzü desteklemektedir.

¹¹¹ ÖZBEK, s. 224; MALKOÇ, s. 47.

¹¹² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 250.

¹¹³ MALKOÇ, s. 351.

¹¹⁴ MALKOÇ, s. 351.

¹¹⁵ ÖZBEK, Veli Özer: Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği...,s. 53.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçta fail, ağırlaşan netice bakımından çoğunlukla *muhtemel kast* ile hareket etmektedir.¹¹⁶ Meydana gelen ağır veya başka neticeden failin sorumlu tutulabilmesi için bu neticeler ile failin fiili arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Aksi halde failin bu ağır ve başka neticelerden sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir.¹¹⁷

İnceleme konumuz açısından bakıldığında yaralama suçunu düzenleyen m. 87/1,2,3,4 hükümleri, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama halleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda yaralama suçu açısından, failin ağırlaşan neticelerden sorumlu tutulabilmesi için failin ilk anda yaralamak kastı ile hareket etmesi gerekmektedir. Ağırlaşan neticeler bakımından ise en azından taksirle hareket etmesi 23. madde gereğince zorunludur.

87. maddenin 1,2,3. fıkralarından yer alan haller *ağır neticeye* örnek iken, 87/4' te yer alan ölüm neticesinin meydana gelmesi hali *başka netice* haline örnektir.¹¹⁸ Her ne kadar m. 87/4'te ölüm neticesi olarak failin kastettiğinden başka bir suç meydana gelmiş ise de kanun koyucu bunu aynı suç kapsamından nitelikli hal olarak düzenlemiştir.¹¹⁹ Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların ağırlaşan neticeye ilişkin suç tipine nazaran daha az bir ceza öngörülmesinin nedeni; ağır neticeye ilişkin bir riskin varlığına rağmen suçun fail tarafından işlenmiş olmasıdır.¹²⁰

Kasten yaralama sonucunda mağdurun ölmesi halinde failin bu ölüm neticesinden sorumlu tutulabilmesi için, fiilin kasten yaralama suçunun temel şeklini (m. 87) oluşturacak ağırlıkta olması gerekmektedir.¹²¹ Basit tıbbi müdahale ile iyileşir bir fiil nedeniyle (m. 86/2) ölüm

¹¹⁶ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 250; AVCI, s. 92.

¹¹⁷ ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 251.

¹¹⁸ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT: Asıl istenen netice ile birlikte meydana gelen ağır netice aynı suçun nitelikli hali ise bu durumda gerçek olmayan netice sebebiyle ağırlaşmış suç; meydana gelen ağır netice asıl istenenden farklı bir suça vücut veriyor ise bu halde de gerçek netice sebebiyle ağırlaşmış suç olarak tanımlanmaktadır. (CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 409-410).

¹¹⁹ Bu durumun neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç kavramının özelliklerini uygun bir düzenleme olduğu hakkında bkz. ÖZBEK, s. 223, 224.

¹²⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ- Mahmut/İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006, s. 216.

¹²¹ AVCI, s. 92; ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 251.

meydana gelmiş ise fail bu durumda neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralamadan değil taksirle öldürmeden (m. 85/1) sorumludur.¹²² Aksi görüşe göre fail yaralamak kastı ile hareket ettiği için netice bakımından taksirle öldürme suçu söz konusu olmayacak ve failin sorumluluğu kasten yaralama ile sınırlı kalacaktır.¹²³

Yargıtay ise: “Sanığın, iş ortağı olan maktule *kronik kalp hastalığı olduğunu bilmesine rağmen, olay günü basit etkili eylemde bulunduğu, inzimam eden olayın stresi ve eforu sonucunda gelişen kalp yetmezliği sonucu ölümün meydana geldiği, bu şekilde sanığın ölüm sonucunu istememekle birlikte öngördüğü* anlaşılmaktadır. Bu nedenle sanığın, 5237 S.K. 22/3, 23, 85. maddeleri uyarınca cezalandırılması gerekir” görüşünü benimsemektedir.¹²⁴

İncelediğimiz konu bağlamında şu tespiti yapmak mümkündür: Neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (m. 87/1,2,3) suçu ile kasten öldürmeye teşebbüs suçu bakımından failin kastının hangi suça yönelik olduğunun tespiti, failin cezai sorumluluğunun belirlenmesi bakımından zorunludur. Eğer failin kastı yaralamak ise, yaralamanın ağır neticeleri bakımından (özellikle 1,2,3. fıkralar) failin ağırlaşan neticeden sorumlu tutulabilmesi için ağır neticeyi en azından öngörmesi (taksir derecesi) gerekmektedir. Kasten yaralama neticesinde ölüm meydana gelmiş ise bu halde de failin ağır neticeden sorumlu tutulabilmesi için taksir veya bilinçli taksir seviyesinde sorumlu olması gerekmektedir. Eğer failin ağır netice (ölüm) bakımından olası kastı veya kastı ispat edilir ise bu halde artık nitelikli yaralama suçundan değil, öldürme suçundan söz etmek mümkündür.

Neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar bakımından, ağırlaşan farklı neticeye yönelik olarak (m. 87/4, 102/6) failin kastının bulunmaması

¹²² ÖZGENÇ, Genel Hükümler, s. 251.

¹²³ HAFIZOĞULLARI, Zeki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksir ve Taksir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Prof_Dr_Zeki_HAFIZOĞULLARI.htm s.17 (10.06.2009).

¹²⁴ Y. 1. CD. 2006, E.2006/685, K. 2006/1921 (<http://www.adalet.org/forum2/karar/yenickarar.php>. Erişim Tarihi. 03.01.2009). Aynı yönde bkz. 1. Cd. 17.04.2007 E. 2007/4671, K. 2007/2883.

gerekmektedir. Aksi takdirde neticesi sebebiyle ağırlaşan suç değil doğrudan farklılaşmış olan neticeye ilişkin suç işlenmiş olacaktır.¹²⁵

6. KASTEN ÖLDÜRMEYE TEŞEBBÜS VE NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ KASTEN YARALAMA (87/1,2,3) SUÇLARINDA KASTIN AYIRT EDİLMESİ

Öldürme ve yaralama kastının tespiti aslında ispat teorisini ilgilendirmektedir.¹²⁶ Ancak öldürme ve yaralama suçlarının manevi unsur bakımından bir birinden ayırt edilmesi noktasındaki önemi sebebiyle konu suç teorisini de ilgilendirmektedir.¹²⁷

Mağdurun vücuduna acı vermek, sağlığını veya algılama yeteneğini bozmak amacı mağdura karşı etkili eylemde bulunan failin ağırlaşan neticeler bakımından en azından taksiri söz konusu ise neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu olacaktır. Ancak aynı fail öldürme kastı ile hareket etmiş olur ise bu halde kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır. Her iki olayda da failin hareketi sonucu mağdur üzerinde meydana gelen olumsuzluk eşit iken, failin kastına göre alacağı ceza miktarı değişmektedir.

O halde netice aynı olduğu halde suç tipinin değişmesinin ve nihayet failin cezai sorumluluğunun artmasının nedeni failin kastının farklı olmasıdır.

Mağduru öldürmek amacıyla elverişli araçlar ile doğrudan doğruya icraya başlayan fakat elde olmayan sebeplerden ötürü istediği neticeyi elde edemeyen fail kasten öldürmeye teşebbüs suçundan sorumlu olacaktır. Yine aynı şekilde yaralamak kastı ile mağdura yönelik etkili eylemde bulunan ve ağırlaşan netice bakımından da en azından taksirli bir şekilde (ağır neticeyi öngörerek) hareket eden fail neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçundan sorumlu olacaktır.

¹²⁵ KARAKEHYA, Hakan: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda, Ağırlaşan Neticenin Muhtemel Olmasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 9, Nisan 2009, s. 163.

¹²⁶ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 30.

¹²⁷ HAKERİ, Hakan: Die Türkischen Strafbestimmungen zum Schutz des Lebens der Person im Vergleich mit dem deutschen Recht, Pfaffenweiler, 1994, s. 243 ten nakleden AVCI, s. 93.

İnceleme konumuzun amacı bakımından neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçunun nitelikli halleri içerisinde yer alan, kasten yaralama suçu kapsamında ölüm neticesinin meydana gelmesi (m. 87/4) hali ayırık tutulmuş; çalışmamızın bundan sonraki bölümü kasten öldürmeye teşebbüs suçu ile m. 87/1,2,3'te yer alan neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarının manevi unsur yönünden ayırt edilmesi ile sınırlandırılmıştır.

Kast (bilmek ve istemek unsurları) gerçekte kişinin iç dünyasına ilişkin bir ögedir. Ancak iç dünyaya ilişkin olan bu ögenin hareket biçiminde dış dünyada yansımaları görmek mümkündür. Özellikle öldürme ve yaralama suçları bakımından, failin dış dünyada meydana getirdiği değişiklikler (failin iç dünyasında gerçekte istediği neticeyi elde etmek için yapmış olduğu hareketler) niyetin dış dünyadaki tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır.

Nitekim **Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2006/1-97 E.N, 2006/132 K.N.** kararına göre¹²⁸ kasten öldürmeye teşebbüs ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış kasten yaralama suçlarının manevi unsur yönünden birbirinden ayrılması konusunda:

“ Eylemin hangi suç niteliğine uyduğunun belirlenebilmesi, sanığın kastının saptanması ile mümkündür. Esasen failin iç dünyasını ilgilendiren kastının belirlenmesinde, olay öncesinde, olay sırasında ve sonrasında failin dışa yansıyan davranışları ölçü olarak alınmalıdır.

Yerleşmiş yargısal kararlarda da vurgulandığı üzere, adam öldürmeye kalkışma ve yaralama suçlarını birbirinden ayıran başlıca ölçütler; failin olay öncesi, olay sırası ve olaydan sonraki davranışları kastın belirlenmesinde ölçü olarak alınmalıdır. Yargıtay'ın yerleşmiş kararlarına göre, adam öldürmeye teşebbüs ve yaralama suçlarını birbirinden ayıran başlıca ölçüler; fail ve mağdur arasındaki husumetin nedeni ve niteliği, failin cürümde kullandığı saldırı aletinin mahiyeti, atış veya darbe sayısı ile mesafesi, mağdurun vücudunda meydana getirilen yaraların yerleri ile nitelik ve nicelikleri, hedef seçme imkânı olup

¹²⁸ Karar metni UYAP Mevzuat 8.1. Programından alınmıştır. Aynı yönde Bkz. C.G.K, 14.12.1999, 1-278.

olmadığı, olayın akışı ve sebebi, failin işlemeye kastettiği cürmün meydana gelmesine iradesi dışında engel bir halin olup olmadığıdır. ”

Uygulamanın geliştirdiği kıstaslardan hareketle öğretide de kastın dış dünyaya yansıyan tezahürlerinden tespit edilmesi konusunda farklı ayrımlar yapılmaktadır. Bunlar, suçun işleniş biçimi ve bunun dışında kalan hususlar dikkate alınarak yapılan ayrımlardır.¹²⁹ Biz de çalışmamızın bundan sonraki kısmında yargı uygulamaları ile ortaya çıkan içtihatlardan ve öğretide geliştirilen kriterlerden hareketle, kasten öldürmeye teşebbüs ve kasten yaralama suçlarını manevi unsur yönünden ayırt etmeye yarayana kriterleri konu bütünlüğü içerisinde ayrı başlıklar altında incelemeyi uygun bulduk.

6.1. Faili Suça İten Sebep ve Fail İle Mağdur Arasındaki İlişki

Suç işleme nedeni, kişiyi suç iten ruhsal sebep olarak tanımlanmaktadır.¹³⁰ Celalli psikopatlar dışında, basit ve önemsiz sebeplerden dolayı ancak yaralama suçu işlenebilir.¹³¹ Bu sebeple meydana gelen failin mağdura karşı suç işlemesinin altında yatan önemli bir neden bulunmalıdır.

Failin kastının belirlenmesi kapsamında, fail ile mağdurun düşmanlığı bulunup bulunmadığı da araştırılmalıdır.¹³² Ancak fail ile mağdur arasındaki husumetin nedeni çok eskiye dayanıyor ise, bu halde husumetin işlenen suçun nedeni olarak kabul edilmesi, hayatın olağan akışına uygun değildir.¹³³ Fail ve mağdur arasında önemli bir husumetin bulunması halinde kastının öldürmek; önemli bir husumetin bulunmaması halinde ise kastın yaralamak olduğu kabul edilmektedir.¹³⁴

Ancak bu kural mutlak değildir. Özellikle ani gelişen ve haksız tahrik altında gerçekleşen olaylarda fail ile mağdur arasında her hangi bir husumet bulunmasa da öldürme suçu işlenebilmektedir. Kaldı ki, *öldürme*

¹²⁹ AVCI, s. 93 vd. ; HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 31 vd.

¹³⁰ FİNZİ, La Intenzione di Uccidere, Milano- 1954, s. 131 den nakleden POLAT, A. Zeki: Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, İstanbul, 1999, s. 71.

¹³¹ EREM, Faruk: Adam Öldürme Kastı, Yargıtay Dergisi, C. VIII, S. 1-2, Ocak- Nisan, 1982, s. 55.

¹³² Yargıtay CGK, 19.01.1970, 596/19 Sayılı Karar.

¹³³ Yargıtay CGK, 12.11.1990, 251/272 Sayılı Karar.

¹³⁴ Yargıtay. 1. CD. 29.03.1988, 1311/1263 Sayılı Karar.

*kastı hareketin dış tezahüründen ve unsurlarından çıkarılabildiği takdirde, saikin bulunmaması önem ifade etmez.*¹³⁵

Nitekim Yargıtay'a göre “ Ülke genelinde yaygın şiddet hareketlerinin doruk noktaya ulaştığı ve her gün birçok kişinin öldürüldüğü bir ortamda siyasi görüş ayrılığı nedeniyle izlenip dükkândan çıktığında önü kesilerek tabanca ile üç metreden hayati organları hedef alınarak ateş edilen mağdurun yaralanmasında, tıbbi nitelikte hayati tehlike meydana gelmemiş olsa bile öldürme kastının kabulü gerekir.”¹³⁶

Yine Yargıtay: “Öldürücü tüfek ve iradi yöneltme ile yakından görüp hedef seçerek yapılan tek atışın mağdurun göbeğinden isabetle hayati tehlikenin oluştuğu ve mağdurun tıbbi olanaklarla yaşama döndürüldüğü” bir olayda, “başka atış ve eski husumet olmaması”nın açığa çıkan öldürme kastını kaldırmayacağını belirtmektedir.¹³⁷

6.2. Suçun İşlenmesinde Kullanılan Aracın Niteliği - Kullanış Biçimi- Atış Mesafesi

Kasten öldürme suçunun gerçekleştirilmesi için fail mutlak surette silaha ihtiyaç duymaz. Özellikle karşı koyma gücü bulunmayan mağdurların öldürülmesinde failin fiziki kuvveti de ölüm neticesini almaya yetecektir. Bu bağlamda yeni doğmuş çocuk veya felçli kişilere karşı işlenmiş suçlarda boğaz sıkmak ve göğüs üzerine oturmak (karın göğüs basısı) suretiyle ölüm meydana gelen hallerde failin kastının öldürmek olduğu kabul edilmelidir.¹³⁸

Kanaatimizce yeni doğmuş çocuk veya felçli kişilere karşı olmasa da failin silah kullanmadığı durumlarda da öldürme kastının varlığının tespiti mümkündür. Özellikle failin kişisel özellikleri (uzun boylu, iri yapılı olması, öldürücü sporlarda uzmanlığı) ve yine mağdurun kişisel özellikleri ve faile karşı koyma gücünün yeterli olmadığı durumlarda da failin öldürme kastının bulunması mümkündür.

¹³⁵ ERMAN/ÖZEK, s. 26.

¹³⁶ Nakleden, CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 385, dn. 139.

¹³⁷ Y. 1. CD., 04.04.2000- 299/888, YKD XXXVI, 6 (Haziran 2000), s. 955 ten nakleden CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 384, dn. 136.

¹³⁸ EREM, s. 60.

Alet kullanmaksızın, sadece doğal silah olan eller ve ayakların kullanıldığı durumlarda, failin iradesinin yaralama değil de öldürmeye yönelik olup olmadığı; darbelerin şiddetine, tekrarlanmasına ve indirilmiş bölgenin niteliğine bağlıdır.¹³⁹ “ Fail, *mağduru sonuç alıncaya kadar darp etmiş ise* öldürmek kastı ile hareket ettiğini kabulde zaruret vardır.¹⁴⁰

Bu bağlamda bir etkili eylemin nitelik ve şiddeti, *ölümü beklenir sonuç haline getirmiş* ve tıbbi müdahaleye rağmen şahıs kurtarılamayarak ölmüş ise, failin öldürme kastıyla hareket ettiğini kabullenmek ve bu doğrultuda ceza yaptırımına yönelmek zorunludur.¹⁴¹

Suçta kullanılan silahtan yola çıkarak failin kastının tespit edilebilmesi için öncelikle suçta kullanılan silahın failin amacını gerçekleştirmek için elverişli araç olup olmadığı araştırılmalıdır.¹⁴²

Yargıtay, av tüfeğinin öldürmeye teşebbüs suçunun elverişli silah olarak kabul edilebilmesi için, kastedilen sonucu meydana getirme etkinliğinde ve yapısında olmasını aramaktadır.¹⁴³ Av tüfeklerinin etkili mesafelerinin dışından¹⁴⁴ yapılan atışlarla vaki yaralanmaları, vasıtanın elverişsizliği yani öldürücü yarayı açabilecek etkinlikte bulunmaması nedeni ile silahla müessir fiil olarak nitelendirmektedir.¹⁴⁵

Savaş silahları, yakın mesafeden etkili ateşli silah (otomatik- yarı otomatik tabanca) , bomba ve kimyasal silah kullanılması durumunda failin kastının öldürmek olduğu kabul edilmelidir.

¹³⁹ FİNZİ, s. 35 ten nakleden, POLAT, s. 38.

¹⁴⁰ Y. CGK. E. 1995/1-119, K. 1995/198 Sayılı Karar. (Karar metni için bkz. POLAT, s. 38-39).

¹⁴¹ Y. CGK, E. 1995/1-119, K. 1995/198. (Karar metni için bkz. POLAT, s. 39).

¹⁴² 1.CD. 18.05.1992, E. 1992/665, K. 1992/1194. (Karar için bkz. POLAT, s. 29, dn. 14).

¹⁴³ POLAT, s. 28.

¹⁴⁴ Av tüfeğinin etkili atış mesafesi Adli Tıp Kurumu Fizik İhtisas Dairesince tespit edilmektedir. Örneğin 30-35 metre mesafeden yapılan atışlar bakımından yaralama kastı kabul edilmektedir. (1. CD. 07.04.1994, E. 1994/419, K. 1994/799 Sayılı Karar (Yayınlanmamış Karar). Bu bölümde yer alan ve (Yayınlanmamış Karar) şeklinde dipnot ile belirtilen kararlar için bkz. POLAT, s. 28 vd.) Bu kısımdan sonra anılan kararlar sadece (Yayınlanmamış Karar) ayracı ile belirtilecektir.

¹⁴⁵ POLAT, s. 29.

Kastın belirlenmesinde yalnız kullanılan ateşli silahın türü değil, kullanım biçimi de göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁴⁶

Yargıtay'a göre: “ Tanık ifadeleri ile avcı ve iyi nişan alan biri olarak nitelendirilen failin 3-5 metre gibi yakın mesafeden müteaddit el ateş ederek mağduru kolundan yaraladığı olayda, sanığın silahla yaralama suçu yerine, kasten öldürmeye tam teşebbüs suçundan hüküm kurulması kanuna aykırıdır. ”¹⁴⁷

Yapısında öldürücülük vasfı bulunan silah, yaralama kastı ile kullanılabilirliği gibi,¹⁴⁸ kolaylıkla yaralayabileceği veya öldürebileceği koşullar içinde ateş edip, isabet kaydetmeyen kimse, kastının öldürmek veya yaralamak olmayıp sadece tehdit olduğunu da söyleyebilecektir.^{149, 150, 151}

¹⁴⁶ EREM, s. 24.

¹⁴⁷ Y. 1. CD.08.02.1995, E. 1995/52, K. 1995/270 (Yayınlanmamış Karar).

¹⁴⁸ Nitekim Y. 1. CD. 05.07.1994, E. 1994/1698, K. 1994/2313 Sayılı Kararında (Yayınlanmamış) : “ Sanığın tabancasında 5 adet mermi daha bulunduğu halde yakın mesafeden tek el ateş etmiş olması, ve başkaca ateş etmemesi, isabet kaydettiği tek el atışta da sol diz altından giriş ve tibia fibula kemiklerinde parçalı kırık meydana getirecek şekilde hayati tehlike meydana getirmeyecek şekilde yaraladığı olayda, failin mağdur a karşı eyleminin silahla yaralama kabulü ile cezalandırılması gerekirken, öldürmeye teşebbüs ile cezalandırılması yasaya aykırıdır. ” denilmektedir.

¹⁴⁹ POLAT, s. 33. “ Sanığın öldürme tehdidini gerçekleştireceği inancını vermek amacıyla, çok yakın mesafeden 7 el ateş ettiğinin anlaşılması, sanıkta öldürme veya yaralama kastı olsaydı bu kadar yakın mesafeden ve açıklanan adette yapılan atışlarla müdahili hiç olmazsa yaralamamasının mümkün olmadığı da göz önünde tutulduğunda, sanığın eyleminin silahla tehdit olarak nitelendirilmesinde zorunluluk olduğu halde, sanığın eyleminin öldürmeye eksik teşebbüs olarak kabul edilmesi yasaya aykırıdır. ” (1. CD. 14.05.1996, E. 1996/999, K. 1996/1715- Yayınlanmamış Karar).

¹⁵⁰ “ Sanığın öldürme tehdidini gerçekleştireceği inancını vermek amacıyla, çok yakın mesafeden 7 el ateş ettiğinin anlaşılması, sanıkta öldürme veya yaralama kastı olsaydı bu kadar yakın mesafeden ve açıklanan adette yapılan atışlarla müdahili hiç olmazsa yaralamamasının mümkün olmadığı da göz önünde tutulduğunda, sanığın eyleminin silahla tehdit olarak nitelendirilmesinde zorunluluk olduğu halde, sanığın eyleminin öldürmeye eksik teşebbüs olarak kabul edilmesi yasaya aykırıdır. ” (1. CD. 14.05.1996, E. 1996/999, K. 1996/1715- Yayınlanmamış Karar).

¹⁵¹ 1. CD. 20.11.1995, E. 1995/3161, K. 1995/3354: “ Olay gününden önce de müdahili tehdit eden sanığın, kolaylıkla yaralayabileceği veya öldürebileceği şartlar içinde müdahile yakın mesafeden 5-6 el ateş etmesi, müdahilde her hangi bir yara husule gelmemiş olması da göz önünde tutulduğunda, eylemin silahla tehdit olarak nitelendirilmesinde zorunluluk vardır. ”

Silahın **öldürücü mesafesinde**¹⁵² ateş edip, hayati tehlikeye neden olacak bölgeleri hedef almak, öldürme kastını gösterir.¹⁵³

Maktulün boyun nahiyesine büyük damarları kesecek tazyikte ustura ile vuran failde - özel nedenler bulunmadıkça- öldürme kastının varlığının kabulü gerekir.¹⁵⁴

“ Sanığın, mağdurun kafasına doğrudan doğruya, taşıdığı öldürmeye elverişli satırla birden fazla vurduğu, mağdurun uzun süren tıbbi tedavi ile hayati tehlikesini atlattığı ve başında 7x8 cm’lik kemik defekti olduğu, sol kolda güç kaybı ve sağ gözde tam görme kaybına neden olacak şekilde yaralandığı anlaşıldığına göre eylemin, öldürmeye tam kalkışma olduğu halde aksine hüküm kurulması kanuna aykırıdır.”^{155, 156, 157}

¹⁵² Her silah için öldürücü mesafe farklıdır. Hatta av tüfeklerinde öldürücü mesafe hangi tür fişegin kullanıldığı ile yakından ilgilidir. Bu mesafe fişegin türüne göre 20-25 metreye çıkabilecektir. Yargıtay av tüfeği ile tekli kurşun (domuz kurşunu) ile 15 metre mesafeyi öldürücü mesafe sayarak kastın öldürmek olduğuna hükmetmiştir. Bkz. 1. CD. 29.09.2005, 2443-2619. MALKOÇ, s. 310.

“ Adli Tıp Fizik ve Balistik Dairesinin emsal raporlarına göre, dolgusunda şervatin denilen ve halk arasında domuz kurşunu diye isimlendirilen irice saçmalar bulunan fişek av tüfeği ile ateş edildiğinde etkili tesir mesafesinin 35-40 metre, 16 mm. Çapında tek kürevi kurşun av tüfeği ile atıldığında bu tür atışın etkili tesir mesafesi 45-60 metre, 2,5-3 mm. Çapındaki küçük saçmaların etkili tesir mesafeleri ise 10-15 metre olarak kabul edilmektedir. ”

“ 6,35 mm. Yarı otomatik tabancaların etkili tesir mesafesi 15-20 metre, 7,65 mm. Yarı otomatik tabancaların etkili tesir mesafesi 25-30 metre, 9 mm. Çaplı yarı otomatik tabancaların etkili tesir mesafesi 50-60 metredir. ” Bkz. POLAT, s. 29 vd.- 31 vd.

¹⁵³ Y. CGK. 30.09.2003, 1-226/229. Aynı yönde içtihatlar için bkz. HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 35.

¹⁵⁴ POLAT, . 34.

¹⁵⁵ 1. CD. 27.03.1996, E. 1996/591, K. 1996/1028 (Yayınlanmamış Karar).

¹⁵⁶ Motorlu araç ile çığnemek veya bir kimseyi hareket halindeki aracın önüne iteklemek, mağdur ile sanık arasında husumet bulunması halinde öldürme kastına bağlanmaktadır. EREM, s. 25.

¹⁵⁷ “Sanığın mağduru minibüsün altında kalması için minibüsün önüne iteklemesi, öldürme kastına dayalıdır ” Y. 1. CD. 16.06.1981, E. 1981/3179, K. 1981/2856.

Failin olayda birden çok silahı aynı kapsamda birbiri ardına veya birlikte kullanması durumunda da kastının öldürmek olarak kabulü zorunludur.¹⁵⁸

Üstünde daha etkili bir araç – örneğin tabanca- varken sopa ile mağduru yaralayan failde öldürme kastı yoktur.¹⁵⁹

Kanaatimizce fail etkisiz araç ile neticeyi aldığına inanmış veya engel bir sebep (unutma, telaş vs.) nedeniyle etkili silahı kullanamamış ise sırf etkili silahın yanında bulunmuş olması ve suç işlemede kullanılmamış olması öldürmek kastının aksini ispat etmede yetersiz kalacaktır.

6.3. Darbelerin Yönüne, Sayısı, Kuvveti ve Darbelerin Yönünün Bilerek Seçilip Seçilmediği

Darbelerin mücerret, *baş, göğüs, karın gibi yaşamsal bölgelere yönelik olması* failin öldürmek kastını gösteren bulgulardan olsa da mutlak anlamda ve tek başına failin öldürmek kastını ortaya koymaz.

Öldürme kastı, öldürmeyi gerektirir ciddi bir husumetin bulunması, darbelerin sayısı, şiddeti ve sonucu alınmasını önleyen bir engelin bulunup bulunmadığı gibi unsurların eklenmesi ile ortaya çıkar.¹⁶⁰

Darbelerin yönünün failin kastının belirlenmesine yardımcı olarak kullanılabilmesi için failin iradesi ile ve bilerek bu yöne isabet alıp almadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

“ Hiçbir karşı hareketi bulunmayan mağdura, sınırı göstermek için eğildiği sırada, baltanın demir künt tarafı ile vurarak temporal (baş- kulak arası) bölgede 4,5x6 cm boyutlarında kemik defekti meydana getiren kastın eyleminde, öldürme kastı vardır.”¹⁶¹

¹⁵⁸ “ Hasımın başına sopa veya taş ile şiddetle vurup yere düşürdükten sonra, üzerine çullanıp elleri ile boğazını sıkıp boğmaya çalışan sanığın kastı öldürmektir. ” Y. CGK. 15.05.1989, 1989/125-188.

¹⁵⁹ AVCI, s. 93. Yargıtay: “ Elinde bulunan tüfekte ateş etme imkanı varken, ateş gücünden istifade etmeyip, tüfeğin dipçliğini kullanan sanıkta veya belinde tabanca olduğu halde, ölenin başına sopa ile vuran suçluda öldürme kastının bulunmadığı” nı kabul etmiştir. Kararı nakleden: POLAT, s. 63.

¹⁶⁰ Y. CGK. 22.11.1982, E. 1982/1-276, K. 1982/431.

¹⁶¹ 1. CD. 16.04.1987, E. 1987/1277, K. 1987/127. Karar için bkz. POLAT, s. 56.

Yargıtay CGK. 04.03.1985, E. 1984/1-249, K. 1985/112 Sayılı Kararına göre:

“ Sanığın bıçağını, çocuğunun ayakkabısını giydirmek için eğilmiş durumda olan eşinin sırtına solda pnömotoraks, sol böbrekte yırtık oluşturacak şiddet ve derecede sapladığının açıklıkla anlaşılması karşısında, eylemin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesinde zorunluluk vardır.”^{162, 163}

Yargıtay CGK. 22.06.1970 tarih, E. 69-487, K. 70-257 Sayılı Kararına göre:

“ Beş metre uzaklıktan atılan taşın, sağ kulak arkasına değmesinin tesadüf eseri olmayıp da başın hedef alındığını gösteren deliller açıklanmadan fiilin öldürmeye teşebbüs (kastın da öldürme kastı) olarak kabulünde isabet yoktur. ”

Darbenin isabet yeri, tesadüflerin ürünü olabilir. Sanığın hareketli oluşu, nişan almaktaki acemilik veya heyecanı, kullanılan aletteki arıza¹⁶⁴ failin kastının tespitinde önemlidir.

“ Sanığın bıçağını hedef seçerek sapladığının belirlenememesi, yaraların boğuşma sırasında husule geldiğinin anlaşılması,¹⁶⁵ sanığın öldürücü yarayı ika ederken serbest iradesi ile hedef alarak vurduğunun anlaşılabilmesi, mücadele anında hedef alma imkânının bulunmaması¹⁶⁶ durumlarından sanığın öldürme kastının belirlenemediği durumlarda mevcut deliller sanık lehine değerlendirilerek kastın yaralamak olduğunun kabulü gerekmektedir.

¹⁶² Aynı yönde Bkz. Y. 1. CD. 04.04.2000-299-888: “Öldürücü tüfek ve iradi yöneltme ile yakından görüp hedef seçerek yapılan tek atışın mağdurun göbeğinden isabetle hayati tehlikenin olduğu ve mağdurun tıbbi olanaklarla yaşama döndürüldüğü bir olayda, başka atı ve eski husumet olmamasının açığa çıkan öldürme kastını kaldırmayacağı ortadadır.” (Nakleden CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 384, dn. 136; Aynı yönde 1. CD. 24.04.1995, 560/1162 (Yayınlanmamış Karar).

¹⁶³ Y.CGK. 21.05.1979, E. 98k, K. 232: “ Sanığın sopa ile yaptığı darbelerin öldürülenin hayati olmayan bölgelerine ve birisi başına isabet etmesine göre, sanığın başı hedef almadığı anlaşıldığından hareketin yaralama kastı olarak kabul edilmesi gerekmektedir.”(Nakleden AVCI, s. 93).

¹⁶⁴ ERMAN/ÖZEK, Sahir/Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992, s. 25.

¹⁶⁵ 1. CD. 25.01.1996, E. 1995/3386, K. 1996/62.

¹⁶⁶ 1. CD. 01.02.1995, E. 1994/4283, K. 1995/190. Benzer içtihatlar için bkz. POLAT, s. 42-44.

Saldırganın öldürmeye elverişli silah ile mağdurun, baş, göğüs ve karın gibi hayati önemi haiz bölgelerine hedef alması mümkün iken hiçbir engel sebep olmadığı halde böyle yapmayarak silahını mağdurun öldürücü olmayan ayak ve bacak nahiyelerine yöneltmesi öldürme kastı ile hareket etmediğini gösterir.¹⁶⁷

Yakın tarihli bir Yargıtay **CGK. 2006/1-97 E., 2006/132. K.** Sayılı Kararına¹⁶⁸ göre: “ *Saniğin, aralarındaki tartışma nedeniyle aniden gelişen olayda hem nacak hem de bıçak kullandığı ve mağdureyi, sol. 6. interkostal aralıktan toraksa nafiz olan ve pnomotoraks (akciğer travması) oluşturan tek sayıda kesici delici alet darbesiyle hayati tehlikeye neden olacka şekilde, kafa ve sol femurdaki diğer iki kesici alet darbeleriyle ise hayati tehlikeye neden olmayacak halde üç yerinden yaraladığı, her hangi bir engel neden bulunmadığından eylemine devam etme olanağı olduğu halde, mağdurenin yapmamasını söylemesi üzerine, eylemini sürdürmeyerek bırakıp gittiği anlaşıldığından,*

Delici kesici aletle vaki olup hayati tehlike yaratan darbin bir adette kalması durumunda failin kastının öldürmeye yönelik bulunduğu hususu kuşkulu kalacağından ve aşlamayacak kuşku da lehe yorumlanmak gerektiğinden eylemin yaralama olarak kabul ve takdirinde zorunluluk bulunmaktadır.

Bu kabulün sonrasında, neticenin ağırlığının, mağdurenin hayati tehlike geçirmiş olması ve birden çok silah darbesine maruz bırakılmasının ve oluşuma etki eden sair unsurların temel ceza belirlenirken alt sınırdan ayrılma noktasında takdir hakkı yönünden nazara alınması gerekir.”

6.4. Atış Mesafesi ve Olay Yerinin Özellikleri

Olay yerinde düşük görüş olanağının olması (gece, fiziki engeller, yağmurlu hava, sisli hava) hedef seçme imkânını kısıtlar. Bu belirsizlik

¹⁶⁷ POLAT, s. 45. . **CGK. 06.04.1987, E. 1986/1-567, K. 1987/171 Sayılı Kararına** “ *Saniğin öldürmeye elverişli tabancayla etkili mesafeden, mağdurun baş, göğüs ve karın gibi hayati önemi haiz bölgelerini hedef alması mümkün iken, hiçbir mani sebep olmaksızın böyle yapmayarak, 4 kurşunu da yere ve ayak-bacak bölgesine ateş ederek yaralaması öldürme kastıyla hareket etmediğini göstermektedir.”*

¹⁶⁸ Karar metni için Bkz. UYAP. 8.1.

ve şüphe hali ise lehe yorumlanarak sanığın oluşan maddi sonuçla sınırlı biçimde sorumlu tutulmasını gerektirir.

Yargıtay tarafından, “ Olay günü sanık tarlasında 8-10 kişilik grup halinde maktul ve yanındakileri gördüğü, tarlasından çıkmaları için ikaz ettiği, çıkmak istememeleri üzerine evine gidip av tüfeğini alarak 40-50 metreden yaptığı atışlarla maktulün vurulmasına neden olduğu, keşifteki tespitlere göre olay yerinin çalılık olması atış mesafesinin çok açık olmaması da dikkate alınarak sanığın silahın tesir sahası fazla olmayan bir mesafeden açıkça hedefi görerek ateş ettiği belirlenemediğinden, olayın sebebi sonuçlanması da değerlendirildiğinden sanığın öldürme kastının bulunduğu anlaşılamadığından müessir fiil kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile sanığın müteaddit kereler ateş etmiş olmasının cezanın üst sınırdan tayininde göz önünde bulundurulması gerekirken öldürme kastının kabul edilmesi ” yasaya aykırı bulunmuştur.^{169, 170, 171}

6.5. Hayati Tehlike

Hayati tehlike ile kast edilen, fiilden sonraki kısa bir zaman süresi içinde ölüm tehlikesinin bulunduğudur.¹⁷² Adli tıp bakımından hayati tehlike raporunun verilebilmesi için bu tehlikenin bir kez dahi olsa varlığı yeterli görülmekte iken,¹⁷³ bazı olaylarda hayati tehlike belirtilmeyen mağdurlar kısa süre içinde ölmekte,¹⁷⁴ bazı olaylarda ise hayati tehlike belirtilen mağdur aynı gün hastaneden taburcu edilmektedir. Çoğu kez hekimler sorumluluğu üzerlerinden atmak için hayati tehlike yönünde

¹⁶⁹ 1. CD. 03.04.1995, E. 1995/617, K. 1995/918 (Yayımlanmamış Karar).

¹⁷⁰ “ 20-50 metre mesafeden ateş edilmiş olduğu tespit edilmiş olmakla birlikte, **sanığın hedef seçme imkanı bulunduğu keskinlikle belirlenememesi, olayın gece vakti cereyan etmesi de göz önünde tutulduğunda**, maktüldeki yaraların hayati bölgelerde olmasının sanığın öldürme kastının delili olarak gösterilemeyeceği ve bu suretle failin kastının yaralamak olduğu kabul edilmiştir. ” 1. CD. 28.02.1996, E. 1995/3828, K. 1996/488 (Yayımlanmamış Karar).

¹⁷¹ Yargıtay 1. CD. 04.04.1988, 1166/1370 Sayılı Kararında: “ *Mağdurun silahlı saldırısına maruz kaldıktan sonra, sanığın gizlendiği ve kendisini emniyete aldığı direğin arkasından korunma içgüdüğü ile ve bu amaca matufen gece karanlığında rastgele yaptığı tabanca atışlarında öldürme kastı olamayacağı...*” kabul edilmiştir. Nakleden HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 36.

¹⁷² HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 35.

¹⁷³ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 35.

¹⁷⁴ AVCI, s. 95.

rapor verme eğilimi göstermektedir.¹⁷⁵ Hayati tehlike bulunup bulunmaması kastın belirlenmesi bakımından göz önüne alınabilecek bir kriterdir. Ancak “ *Mücerret hayati tehlike tevlit etme hali, tek başına öldürme kastını göstermez.*”¹⁷⁶

“ Sanığın öldürücü nitelikteki silahla 6-18 metre mesafeden 3 el ateş ederek mağduru hayati önemi olan bölgelerinden tehlike oluşturup 45 gün iş ve gücüne engel olacak derecede yaralama eyleminin adam öldürmeye teşebbüs olduğu gözetilmeden suç niteliğinin kabulünde hataya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir. ”¹⁷⁷

“ Sanığın kendisiyle arkadaşlığını bitirmek isteyen mağdureyi bıçakla 12 yerinden yaraladığı, mağdurede mevcut 12 adet kesici delici alet yaralarından 11 adedinin yüzeysel olduğu, sadece bir tanesinin batına nafiz olup hayati tehlike doğurduğu, mağdur ve annesi müştekinin anlatımları da dikkate alındığında hayati bölgelerin özellikle hedef alınmadığı, etkin bir engellemenin söz konusu olmadığı, olaydan sonra sanık ve mağdurenin evlendikleri hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın kastının yaralamaya yönelik olduğunun kabulü ile yaralama suçundan cezalandırılması gerekmektedir.”¹⁷⁸

Ceza Kanunu m. 87/1, d bağlamında hayati tehlike doğuracak şekilde yaralama suçunun işlenmesi mümkün olduğundan¹⁷⁹, hayati tehlike kriteri ancak diğer kriterler ve olayın oluşu ile birlikte değerlendirildiğinde failin öldürme kastının ortaya çıkarılmasında değer kazanabilecektir.

¹⁷⁵ EREM, s. 21.

¹⁷⁶ Y. CGK. 11.06.1984 Tarih ve 66/207 Sayılı Karar. (Nakleden AVCI, s. 95).

¹⁷⁷ 1. CD. 12.10.2005, 2808-2825 (Karar için bkz. MALKOÇ, s. 305).

¹⁷⁸ Y. 1. CD. 2006/3782 E.N., 2007/758 KN. Kara metni için Bkz. UYAP 8.1; Yargıtay 1. CD. 28.01.2002, 3238/172 Sayılı Kararında “ Sanık H'nin her bir mağdura yakın mesafeden hedef alarak yaptığı atışta mağdur A yı sağ yüzden giriş yapan mandibula kırığına neden olacak derecede, mağdur A yı sağ omuz altında giriş yapacak şekilde yaraladığı eyleminin öldürmeye kalkışmak olduğu halde, raporlara göre hayati tehlike tevlit etmemesi nedeniyle silahla yaralama olarak kabulü ile suç vasfının belirlenmesinde hata yapıldığı ” yönünde karar verilmiştir.” Kararı Nakleden HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 35.

¹⁷⁹ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 35.

6.6. Öldürme Kastının Belirlenmesine Yarayan Diğer Unsurlar

Öldürme kastının tam bir belirleyicisi olmamakla birlikte, failin mağduru tehdit etmesi, suçta kullanmak üzere silah temin etmesi ve bu silahla atış talimleri yapması, suç işlendikten sonra cesedi saklayacağı yerin önceden ayarlanması gibi durumlar olayın tümü incelendiğinde sadece dengeleyici unsur olarak kullanılmalıdır.¹⁸⁰ Bütün bu hususlar failin kastının belirlenmesinde yanıltıcı olabilir.¹⁸¹

“ *Ben 18 sene hapis yatarım*” diyerek bıçağını mağdurun göğsüne saplayan failin kastı öldürmektir.¹⁸²

“ Sanığın, toprak anlaşmazlığı nedeniyle çıkan kavgada, “*seni öldüreceğim*” diyerek 7-8 metre mesafeden mağdura tabanca ile bir çok kez ateş etmesi, yaralama kastının değil, öldürme kastını açığa çıkmasıdır.”¹⁸³

Yargıtay C.G.K. 24.09.2002, 1-186/321 Sayılı Kararında: “ Maktule bir el ateş ettiği, daha sonra tüfeğe yeniden fişek koyarak caddeye çıkıp kaçmaya çalışan maktulü bir süre kovalayıp bir el daha ateş ettiği, arkasından “ *vurdum... çocuğunu* ” diye bağırdığı olayda sanığın eylemi öldürme kastıyla gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır ” tespitinde bulunulmuştur.

Yaşamsal bölgesinden hayati tehlike doğuracak şekilde bıçaklamasına rağmen, kaçan mağduru yakaladığında bıçaklamaya devam eden sanık¹⁸⁴ ve hasmını suya attıktan sonra kıyıya çıkıp kurtulmaya çalışmasına engel olmaya çalışan ve onu suyun altında

¹⁸⁰ ERMAN/ÖZEK, s. 26; POLAT, s. 59.

¹⁸¹ ERMAN/ÖZEK, s. 26.

¹⁸² 1. CD. 04.12.1975, 3146/3884 ERDURAK, Yılmaz Göngör: Türk Ceza Kanunu, 3. Bası, Ankara, 1994, s. 908 den nakleden, POLAT, s. 61).

¹⁸³ Y. 1. CD. 18.06.1981, 3161/2941 Sayılı Karar. Aynı yönde: ““ Olay günü kıraathanede arkadaşları ile birlikte oturan ve aralarında önceye dayanan husumet bulunan mağdurun yanına gidip “ *çık dışarı seni öldüreceğim* ” dediği, mağdurun da sandalyesinden kalkmayarak “ *vuracaksan burada vur* ” demesi üzerine, sanığın tabanca ile ardı ardına 3 el ateş edip hayati tehlike doğuracak şekilde yaralandığının anlaşılması karşısında eylemin öldürmeye teşebbüs olarak nitelendirilmesinde zorunluluk bulunduğu ” Y. 1. CD. 16.03.1993, 375/622 (Nakleden HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 37).

¹⁸⁴ 1. CD. 12.05.1982, E. 1983/1819, K. 1983/1718 (YKD. Ağustos 1983, s. 1236).

tutan¹⁸⁵ sanık; ölüm neticesi meydana gelmesine engel olabilecek durumları bertaraf ederek öldürmek kastını ortaya koymaktadır.

Hiçbir engel neden olmadığı halde eyleme devam etmemek öldürme kastının olmadığını gösterir.¹⁸⁶

Ancak failin, öldü zannıyla ve neticeyi aldığı kanaatiyle mağduru terk etmesi öldürme kastının bulunmadığı anlamını taşımaz.¹⁸⁷ **Fail neticeyi aldığına inanmış ve bu suretle mağduru terk etmiş ise bu halde artık öldürmek kastının varlığından şüphe edilemez.**

Nitekim Yargıtay 1. CD. 29.05.1996, E. 1996/1796, K. 1996/1986 Sayılı Kararında: “ Sanığın olay günü gündüz saatlerinde 4 metre mesafeden öldürücü vasfı etkin olan silahla 1 el ateş ederek mağduru hayati tehlike tevlit edecek derecede yaraladığı ve yere düşmesinden sonra oradan uzaklaştığı, tamamlanan eylemin öldürmeye tam teşebbüs olduğunun kabulü gerekirken, başka ateş etmemesi nedeniyle silahla yaralama olarak kabulü” yasaya aykırı bulunmuş ve bozma nedeni yapılmıştır.

“ Oluşa ve dosya içeriğine göre, olay günü sanık İlhan ile maktul arasında başlayan kavgada *sanığın 128 cm. uzunluğunda 3 cm. kalınlığındaki çoban sopası ile maktulün kafasına hedef alarak şiddetli bir biçimde vurması sonucu* kafatası çökme kırığı ile birlikte, kafa içi değişimler ve gelişen komplikasyonlar sonucu ölümüne neden olduğu olayda, sanığın ortaya çıkan kastı öldürmeye yönelik olduğu halde; kasten öldürme suçundan mahkûmiyet yerine yazılı şekilde öldürme kastı olmaksızın müessir fiil sonucu ölümüne sebebiyet verme suçundan mahkûmiyet kararı verilmesi ” yasaya aykırı bulunmuştur.¹⁸⁸

¹⁸⁵ FİNZİ, s. 52 den nakleden POLAT, s. 62.

¹⁸⁶ AVCI, s. 94. “ Hayati tehlike doğuran yaranın tek oluşu, mani sebep olmadığı halde sanığın eylemine devam etmemesi,” 1. CD. 28.11.1995, E. 1995/3152, K. 1995/3470. “Yaralardan birinin hayati tehlike tevlit ettiği, yere düşen mağdura eliyle vurduğu, bıçakla vurması mümkün iken, devam etmediği” (1. CD. 13.12.1995, E. 1995/2882, K. 1995/3724) durumlarında failin kastı öldürmek yaralamaktır.

¹⁸⁷ Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, s. 173, 174.

¹⁸⁸ 1. CD. 2006/5913, E. N. 2007/8352 Karar metni UYAP 8.1 den alınmıştır. “Kurşun mağdurun kalbine isabet etmiş ve mağdur yere yıkılmış ise silahta başka mermi olması ve bu mermilerin kullanılmamış olması sanıkta öldürme kastını kaldırmaz” EREM, s. 34.

Failin mağdura etkili mesafeden birkaç kez ateş etmesi, hayati bölgelerden yaralaması ve olay yerine gelip mağdura yardım etmek isteyenleri silah tehdidi ile hareketsiz bırakmak şeklindeki eylemi¹⁸⁹ ile fail öldürmek kastını açığa çıkarmıştır.

Suçtan sonra teslim olmak¹⁹⁰ veya mağduru hastaneye kaldırmak, yaralama kastı için karine olabilir. Ancak aynı unsurlar pişmanlığın da yansıması olarak kabul edilebilir.¹⁹¹ Kaçmak ise her zaman öldürme kastına delalet etmez.¹⁹²

7. KASTIN İSPATI

Kasten öldürmeye teşebbüs ile neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama suçlarının manevi unsur yönünden ayrılması sorunu gerçekte bir ispat sorunudur ve bu yönüyle Ceza Usul Hukuku'nun kapsamında yer almaktadır.¹⁹³ Ancak suç teorisi bakımından, eylemin hangi suç kapsamında kabul edilmesine ilişkin bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle failin hangi suç kastıyla hareket ettiğinin ortaya çıkarılması gerekmektedir.

Kastın ispatlanması bakımından karine usulü ve ispat usulü olarak adlandırılan iki tür sistem mevcuttur.¹⁹⁴

¹⁸⁹ Y. CGK. 07.03.1994, E. 1994/1-26, K. 1994/73.

¹⁹⁰ EREM, s. 68.

¹⁹¹ Kaldı ki 5237 Sayılı T.C.K. da etkin pişmanlık genel bir hüküm niteliğinde değil ilgili olduğu her suç tipinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu bağlamda kasten öldürme suçunda failin pişmanlığına ilişkin özel hüküm bulunmamakla birlikte failin pişmanlığı, m. 61 e göre temel cezanın belirlenmesinde dikkate alınabilecektir.

¹⁹² EREM, s. 68; “ Sanık, aşamalarda savunmasında açıkça beyan ettiği üzere, önce ölenin şiddetli saldırısına maruz kaldığı halde, sol kasıkta oluşturduğu yaralamadan dolayı gücünün azaldığını fark sonucu almış olmasına dayalıdır. Ölenin hayati bölgesine yönelik şiddetli darbe ölümü başlı başına oluşturur nitelikte yara açmıştır. Her ne kadar, *olay sonrası çevredekilerin etkisiyle öleni hastaneye yetiştirme çabalarına katılmışsa da*, sırf bu yöndeki olumlu davranışı kastını belirleyici etken değildir. Yukarıdan beri açıklanan veriler kül halinde değerlendirildiğinde kastının adam öldürmeye yönelik olduğu sonucuna varılmalıdır.” Y. CGK. 02.07.1996, 1-133/170 (YAŞAR, Osman: İçtihatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s. 208-209).

¹⁹³ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 30.

¹⁹⁴ AVCI, s. 95.

Yargıtay, özellikle başa yapılan darbeler bakımından kafatasında kırık meydana getirecek derecede ise karine usulünü kabul ederek failin öldürmek kastı ile hareket ettiği görüşünü benimsemektedir.¹⁹⁵

Bunun dışındaki durumlarda ise ispat usulünü kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay:

“ Ceza yargılamasının amacı, hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır, yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sorunca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. ” gerekçeleri ile ispat usulünü benimsediğini açıkça dile getirmektedir.¹⁹⁶

İspat usulünün benimsendiği sistemde failin kastının hangi suça yönelik olduğu sorunun kim tarafından ortaya konulması gerektiği, başka bir ifadeyle ispat yükünün kimin üzerinde olacağı önemli bir sorundur.

Özel hukuk yargılamasında ispat külfeti iddia edene düşer. Kendisine ispat yükü düşen taraf, o vakıyı ispat edememiş ise ve ispat edemeyen taraf davacı ise dava ispat yükünün yerine getirilmemesi nedeniyle reddedilir.¹⁹⁷ İspat yükü kendisine düşen taraf bu külfeti yerine getirmez ise, davayı ve ispat ile kazanabileceği çıkarı kaybeder.¹⁹⁸

Ceza yargılamasında ise istisnalar dışında¹⁹⁹ hiçbir süjenin belli bir olguyu ispat yükü yoktur.²⁰⁰ Ceza Muhakemesi, maddi sorunun çözülmesi suretiyle maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını ve ardından

¹⁹⁵ 1. Ceza Dairesi 2007/8147 E.N , 2007/9996 K.N; Y. CGK. 19.03.1973, 1-420/229.

¹⁹⁶ Y. CGK. 19.04.1993, 6-79/108 nakleden ÖZTÜRK, Bahri: 1999 CMUK Tasarısında Şüpheli ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı, İrfan BAŞTUĞ Armağanı, Ankara, 2001, s. 76.

¹⁹⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, Baki/Ramazan/Ejder: Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara, 2004, s. 423.

¹⁹⁸ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 422.

¹⁹⁹ Hakim, bilirkişinin, zabıt katibinin reddi ve eski hale getirme talebi durumlarında ispat külfeti iddia edenidir.

²⁰⁰ CENTEL/ZAFER, Nur/Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2008, s. 689; ÖZBEK, Veli ÖZER: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s. 603.

hukuki sorunun çözüme kavuşturulmasını amaçlamaktadır.²⁰¹ Ceza muhakemesinde, ispatın konusu hâkimin gerçek konusundaki kanaatini oluşturmaktır.²⁰² İspat konusu, ceza yargılamasının amacıyla da sıkı bağlantı içindedir.²⁰³ Yargıç, sübut konusundaki şüphesini yenip bir kanaate ulaşamazsa, o husus sabit olmamış kabul edilir²⁰⁴ ve ispat edilemeyen bir konuda faile sorumluluk yüklenemez.

Ceza yargılamasında ispat külfeti, yargılamada belirli bir olgunun ispatının yargılamanın hangi tarafınca yerine getirileceğini düzenleyen bir kavramdır.²⁰⁵ Bu bağlamda ispat yükünün iddia edene ait olacağı²⁰⁶ veya Cumhuriyet Savcısı'na ait olacağı ve mahkemeye ait olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır.²⁰⁷

İspat külfetinin hangi süjeye ait olduğu sorunun çözümü susma hakkı ile yakından ilgili olduğu kadar²⁰⁸ yargılama taraflarının sorumlulukları ile de ilgilidir. Öncelikle kimliğine ilişkin konular dışında susma hakkına sahip olan ve bu hakkını hüküm aşaması da dâhil olmak üzere kullanmak konusunda serbest olan şüpheli/sanığın üzerinde ispat yükünün olduğunu söylemek mümkün değildir. Kaldı ki, suç işlememiş olan şüpheli veya sanığa ispat yükü yüklenirse, şüpheli veya sanık olmayan şeyi ispat ile mükellef tutulmuş olacaktır.²⁰⁹ Hâkim kanaatini, sanığın suçlu olmadığını ispat edememiş olması vakıasına dayandıramaz.²¹⁰ Sanığın böyle bir ispat yükü ile yükümlü olmaması,

²⁰¹ YURTCAN, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1987, s. 212; FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002, s. 68-69.

²⁰² KUNTER, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, s. 592.

²⁰³ ALTUNDERE, Nazan: Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi, Suç ve Ceza, Nisan-Mayıs-Haziran 2008, S. 2, s. 168.

²⁰⁴ TOROSLU/FEYZİOĞLU- Nevzat/Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2008, s. 174.

²⁰⁵ YURTCAN, s. 223.

²⁰⁶ TOSUN, Öztekin: Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, C. 1, İstanbul, 1984, s.303 ten nakleden AVCI, s. 95; Aynı yönde bkz. TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002, s. 266.

²⁰⁷ Görüşler için bkz. ALTUNDERE, s. 168.

²⁰⁸ ALTUNDERE, s. 168.

²⁰⁹ Aynı yönde bkz. AVCI, s. 96.

²¹⁰ EREM, Faruk: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986, s. 361.

şüpheden sanığın yararlanacağı yönündeki ilkenin doğal bir sonucu olarak kabul edilmektedir.²¹¹

İspat yükü iddia makamı olan C. Savcısı'na yüklenir ise, öğretide haklı olarak belirtildiği üzere,²¹² şüphelinin aleyhine olduğu kadar lehine olan delilleri de toplamak ile mükellef olan bir makamın ispat külfeti ile yükümlü olduğunu söylemek mümkün değildir.²¹³ Kanaatimizce Cumhuriyet Savcısı'nın ispat külfeti ile yükümlü olduğu kabul edilir ise özellikle takibi mağdurun şikâyetine bağlı suçlar bakımından Cumhuriyet Savcısının bu külfeti nasıl yerine getireceği de ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ceza yargılamasında davayı yapılandırma görevi mahkemenindir.²¹⁴ Bu bağlamda mahkeme maddi gerçeğin araştırılması noktasında sanığın lehine ve aleyhine olan tüm delilleri araştırmak ve ortaya koymak ile mükelleftir.²¹⁵ O halde sanığın eylemi gerçekleştirme noktasında yaralamak kastıyla mı yoksa öldürmek kastıyla mı hareket ettiğini ortaya çıkaracak olan süje mahkemedir. Elde edilen delilleri serbestçe ve doğrudan doğruya değerlendirecek olan ve nihayet serbest delil sistemine göre failin kastının öldürmek ya da yaralamak olduğu noktasında vicdani kanaat getirecek olan mahkemedir.

Tüm delillere rağmen, hâkim ispatlanmaya çalışılan olaya ilişkin olarak, kafasında hala “ acaba öyle mi ” sorusunu taşıyorsa, *bu durum sanık lehine değerlendirilmeli ve olayın ispatlanamadığı kabul edilmelidir.*²¹⁶

Failin **kastının** hiçbir şüpheyeye yer vermeyecek derecede belirlenememesi durumunda, şüpheden sanık yararlanır evrensel kuralını

²¹¹ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara, 2003, s. 296; TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 266.

²¹² YURTCAN, Erdener: CMUK Şerhi, İstanbul, 2006, s. 533.

²¹³ C.M.K. m. 160/2 uyarınca: “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, **şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.**”

²¹⁴ CENTEL/ZAFER, s. 689.

²¹⁵ CENTEL/ZAFER, s. 689.

²¹⁶ CENTEL/ZAFER, s. 690.

uygulamak gerekir.²¹⁷ Failin öldürmek kastının tam olarak belirlenemediği durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği failin yaralamak kastı ile hareket ettiğinin kabulü zorunludur. Bu bağlamda suç artık kasten öldüremeye teşebbüs olmaktan çıkıp, neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (87/1,2,3) olarak nitelik değiştirecektir.

8. IN DUBIO PRO REO İLKESİNİN KASTIN İSPATINDA UYGULANMASI

Hukuk sistemimizde kusurluluk karinesi bulunmadığından, kusur ve cezayı etkileyen hallerde de **şüpheden sanık yararlanır ilkesi (*In Dubio Pro Reo*)** geçerlidir.²¹⁸

Uygulamamız bakımından her ne kadar ispat yükünün küçümsenemeyecek ölçüde sanığın aleyhine genişlemiş olsa da²¹⁹, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin uygulama alanı da cezasızlık hallerinde ve cezayı ortadan kaldıran halleri de içine almak suretiyle genişlemekte olduğu bir gerçektir.²²⁰

Yargıtay CGK. 18.11.2003 tarih ve 2-262/277 Sayılı Kararında.²²¹

“ Sanık Hakkında cezayı kaldıran veya hafifleten nedenlerin bulunup bulunmadığı hususlarındaki kuşku da sanık lehine hüküm vermeyi gerektirir ” denilmekle bu genişleme açıkça ortaya konulmaktadır.

*In dubio pro reo ilkesi gereği hâkim, ispatlanamayan ve şüpheli kalan hususları sanık lehine ispatlanmış gibi dikkate almak zorundadır.*²²² İnceleme konumuz bakımından sanığın kastının yaralamak

²¹⁷ HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 41; CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT ise: “ Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ceza muhakemesi hukukunda geçerli olduğunu ve ceza hukuku kurallarının yorumlanmasında kullanılmayacağını belirterek, hakimin ceza hukukunda yorum yaparken mevcut seçeneklerden sanığın en lehine olanı seçme yükümlülüğü yoktur. Tereddüt halinde hakim, sanığın lehine olanı değil, doğru olanı seçmelidir. ” görüşünü benimsemektedir. CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, s. 84-85.

²¹⁸ AVCI, s. 96.

²¹⁹ CENTEL/ZAFER, s. 159-160.

²²⁰ CENTEL/ZAFER, s. 691.

²²¹ Kararı nakleden ALTUNDERE, s. 174.

²²² FEYZİOĞLU, Vicdani Kanaat, s. 192.

olduğunu iddia ettiği durumlarda mahkemece bu durumun aksi ispatlanmadığı ve nihayet bu yönde küçük dahi olsa mahkemede acaba sorusu sorulduğu durumlarda şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği failin kastı yaralamak olarak kabul edilmek zorundadır.

Uygulamada ise özellikle öldürmek kastı- yaralamak kastı ayrımının yapılamadığı ve bu ispatın zor olduğu durumlarda, şüpheden uzak ve kesin bir sonuca ulaşamadığı hallerde sanık aleyhine suçluluk karinesi ve tevilli ikrar ile yetinilerek veya gerekçe gösterilmeden kastı veya taksiri var saymak suretiyle yeni ve kanunda yer verilmeyen objektif sorumluluk halleri yaratılmaktadır.²²³

Oysa A.H.İ.M, ceza mahkemesinin önyargıya dayanarak itham edilen kişinin suç işlediği varsayımından hareketle işe başlamasının, A.İ.H.S m. 6/2 yi ihlal edeceği sonucuna varmıştır.²²⁴

Her ne kadar kast kişinin iç dünyasına ilişkin ve hatta ispatı zor olan bir durum olsa da sırf bu nedenle failinin kastının ispatından sarfınazar edilemez.²²⁵

Kastın tespitinde tereddüt edilen hallerde ispat usulü dairesinde hele olan durumun kabulü gerekir²²⁶ ve öldürme kastının şüpheye mahal bırakmayacak şekilde ispat edilemediği durumlarda, hafif suçun işlendiği (yaralama suçu) kabulü sanık lehine benimsenmelidir.²²⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2005/6-157 E.N, 2006/21 K.N. Sayılı Kararına göre:²²⁸ “ *Ceza yargılaması, açılan dava ve sanıkla sınırlı olarak yapılır. Bu yargılamada mahkûmiyet kararı verilebilmesi için sanığın suç işlediğinin kesin delillerle ispat edilebilmesi gerekir. Sanıktan suçsuz olduğunu ispat etmesi beklenemez.*

²²³ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 220.

²²⁴ ÜNAL, Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Haklarının Uluslar arası İlkeleri, T.B.M.M. Yayını No: 85, s. 190 dan nakleden TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR, s. 266.

²²⁵ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, s. 185.

²²⁶ EREM, s. 62.

²²⁷ SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2002, s. 129.

²²⁸ Karar metni için Bkz. UYAP 8.1. Mevzuat Programı.

Dosyamızda suça konu sayaç kancasının düşürüldüğü sabit olmakla birlikte bunun sanık tarafından düşürüldüğüne veya sanığın kancanın düşük olduğunu bildiğine ilişkin yeterli ve kesin delil yoktur. Sanık açısından mahkûmiyete yeterli delil bulunmadığına göre beraatına karar verilmelidir.”

Yargıtay 1. CD. 22.10.2003, 380/2645 Sayılı Kararında:²²⁹

“ Sanığın mağdur Mustafa’yı öldürme kastıyla ateş ettiğinin netlik kazanmaması, bu yöndeki anlatımların yargılama evrelerinde çelişki arz etmesi, bizzat Mustafa’nın Savcılıkça alınan beyanında “ *Duvarın üstüne çıkararak ateş etseydi beni öldürebilirdi* ” deyişiyile, *sanığın öldürmeye elverişli bir ateşlemeyi tercih etmediğinin ortaya koyması, gerek soruşturmanın gerekse kovuşturma evresinde mahallinde yapılan keşfin, arkasına sığınılan duvara mermi isabeti olduğunu açıklığa kavuşturamaması karşısında, kuşkunun lehe yorumlanacağı temel ilkesi de gözetilerek, sanık Zafer in mağdur Mustafa’ya yönelik eyleminin silahla yaralamaya tam kalkışmak olduğunun kabulüyle cezalandırılması yerine, giderilmemiş kuşkuyu aleyhe değerlendirmek suretiyle adam öldürmeye kalkışmadan hüküm kurulması ” yasaya aykırı bulunarak bozma sebebi yapılmıştır.²³⁰*

Şüpheden sanık yararlanır ilkesi Yargıtay tarafından uygulamada istikrar kazanmış *evrensel hukuk ilkesi olarak*²³¹ açıkça benimsenmiş bir ilkedir.

SONUÇ

Suç işleyen ya da suç işlemek maksadıyla icra hareketlerine başlayan failin gerçekte hangi suçu işlemek istediği iç dünyası ile ilgili bir durum olmakla birlikte; failin dış dünyada meydana getirdiği hareket ve netice gibi değişikliklerden yola çıkarak failin iç dünyasında yer alan kastının

²²⁹ Kararı nakleden HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 42.

²³⁰ Yargıtay 1. CD. 02.10.2001 2064/3474 Sayılı Kararında “ Kasta ilişkin kuşkunun sanık lehine yorumlanması müstekar uygulamadır ” Karar için bkz. HAKERİ, Kasten Öldürme, s. 42; Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesine yer verilen karar örnekleri için bkz. ALTUNDERE, s. 171-174.

²³¹ Ceza Genel Kurulu 2003/4MD-280 E.N, 2004/20 K.N. (Karar içi bkz. UYAP. 8.1.).

tespit edilmesi mümkündür. Ancak kişinin iç dünyasına ilişkin olan bu kastın tespiti hususunda mutlak bir kural koymak mümkün değildir.

Bu bağlamda failin dış dünyada meydana getirmiş olduğu değişikliklerden hareketle, gerek öğretide ve gerekse yargı kararlarında ortaya konulan kriterlerin hiç birisi sorunun çözümü bakımından tek başına yeterli değildir. Bu kriterlerden bir veya bir kaç, her somut olay bakımından değerlendirilmeli ve bu değerlendirme neticesinde şüpheye yer bırakmayacak şekilde failin hangi suça yöneldiği, gerçekte hangi suçu işlemek istediği tespit edilmelidir.

Kastın ispatı gerçekte ceza usul hukukunun konusu içinde yer almakla birlikte eylemin hangi suç tipine girdiğinin tespiti ve bu suç tipinin unsurları bakımından bir değerlendirme yapmanın zorunlu olması sebebiyle kastın ispatı suç genel teorisini de yakından ilgilendirmektedir.

Ceza yargılamasında, özel hukuk yargılamasında olduğu gibi bir ispat külfeti bulunmamaktadır. Ceza yargılamasının hiçbir süjesi ispat külfeti ile yükümlendirilmemiştir. Kastın ispat edilmesi tamamen delilleri serbestçe ve doğrudan doğruya değerlendirecek olan mahkemenin davayı şekillendirme yetkisi kapsamında değerlendirilmesi gereken bir husustur. Bu bağlamda bir ispat külfetinden söz etmek yerine failin kastının ispat edilemediği durumlarda fail lehine olan bir sonucun kabul edilmesi gerekmektedir. Hiçbir şekilde karinelere veya kastın ispatının zorluğundan hareketle yaklaşık ispat yeterli görülerek failin kastının öldürmeye yönelik olduğu yönünde kanunda olmayan bir objektif sorumluluk hali meydana getirilmemelidir. Failin kastının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ispat edilemediği durumlarda evrensel hukuk ilkesi olan, şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo) ilkesi manevi unsur bakımından da uygulanmalıdır.

Bu bakımdan failin öldürmek kastının ispat edilemediği durumlarda bir derece daha hafif ve failin lehine olan yaralamak kastına göre bir değerlendirme yapmak zorunludur. Bu sebeple, şüpheden sanık yararlanır ilkesine göre kasten öldürmeye teşebbüs suçu yerine yaralama suçunun basit hali (m. 86) veya somut olayın özelliğine göre neticesi sebebiyle ağırlaşmış yaralama (m. 87/1,2,3) suçundan sorumlu tutulabilecektir.

KAYNAKÇA

- ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA-** M. Emin/ Ahmet/ A. Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2006.
- ARTUK/GÖKCEN/YENİDÜNYA-** M.Emin/Ahmet/A.Caner: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Yenilenmiş 9. Baskı, Ankara, 2008.
- ALTUNDERE,** Nazan: Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi, Suç ve Ceza Dergisi, Nisan-Mayıs- Haziran 2008, S. 2.
- AVCI,** Mustafa: Kasten Öldürme ve Kasten Yaralama Suçlarının Manevi Unsurlarını Ayırt Etmeye Yarayan Ölçütler, Kamu Hukuku Arşivi Dergisi (KHukA), Y. 2005, S. 1.
- CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT-** Nur/ Hamide/Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5. Baskı, İstanbul, 2008.
- CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT-** Nur/Hamide/Özlem: *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, 2007.
- CENTEL/ZAFER,** Nur/Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, İstanbul, 2008.
- DÖNMEZER/ERMAN-** Sulhi/ Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım C. II. 12. Baskı, İstanbul, 1999.
- EREM,** Faruk: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, Ankara, 1986, s. 361.
- EREM,** Faruk: Adam Öldürme Kastı, Yargıtay Dergisi, C. VIII, S. 1-2, Ocak- Nisan, 1982.
- ERMAN/ÖZEK,** Sahir/Çetin: Ceza Hukuku Özel Bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, 1992.
- FEYZİOĞLU,** Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara, 2002.
- GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ,** A. Şeref/Feyyaz: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 4. Bası, Ankara, 2003.

- HAFIZOĞULLARI**, Zeki: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Taksir ve Taksir Karinesine Dayandırılan Kusurlu Sorumluluk, http://www.egm.gov.tr/egitim/dergi/eskisayi/44/web/makaleler/Prof_Dr_Zeki_HAFIZOGULLARI.htm (10.06.2009).
- HAKERİ**, Hakan: Yeni Türk Ceza Hukukunun Temel Kavramları, 2. Baskı, Ankara, 2005.
- HAKERİ**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara, 2008.
- HAKERİ**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları, Ankara, 2006.
- KARAKEHYA**, Hakan: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşan Suçlarda, Ağırlaşan Neticenin Muhtemel Olmasının Ceza Sorumluluğuna Etkisi, Ceza Hukuku Dergisi, Y. 4, S. 9, Nisan 2009.
- KOCA/ÜZÜLMEZ-** Mahmut/İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.
- KUNTER**, Nurullah: Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989.
- KURU/ARSLAN/YILMAZ**, Baki/Ramazan/Ejder: Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara, 2004.
- MALKOÇ**, İsmail: Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara, 2005.
- ÖNDER**, Ayhan: Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992.
- ÖNDER**, Ayhan: Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul, 1994.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Bilinçli Taksir, Çetin Özek Armağanı, İstanbul, 2004.
- ÖZGENÇ**, İzzet: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2006.
- ÖZGENÇ/ŞAHİN**, İzzet/Cumhur: Uygulamalı Ceza Hukuku, Ankara, 2001.
- ÖZBEK**, Veli Özer: Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar, Ceza Hukuku Dergisi, Ankara, (Ağustos) 2008, Y.2, S. 4.
- ÖZBEK**, Veli ÖZER: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- ÖZBEK**, Veli Özer: Ceza Hukukunda Nedensellik Bağlantısı ve Neticenin Objektif Yüklenebilirliği Teorisi, Ceza Hukuku Dergisi, Y.2, S. 5, Aralık 2007.

- ÖZTÜRK**, Bahri: 1999 CMUK Tasarısında Şüpheli ve Sanık Hakları, Özellikle Savunma Hakkı, İrfan BAŞTUĞ Armağanı, Ankara, 2001.
- ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK**, Bahri/M. Ruhan/ V. Özer: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara, 2001.
- POLAT**, A. Zeki: Öğreti ve Uygulamada Adam Öldürme Suçları, İstanbul, 1999.
- RESMÎ GAZETE 30 Mayıs 2009 tarih ve 27243 Sayılı Nüsha.**
- SAVAŞ / MOLLAMAHMUTOĞLU**, Vural/ Sadık: Türk Ceza Kanunu'nun Yorumu, C. 1. Ankara, 1995.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Ankara, 2003.
- SOYASLAN**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2002.
- TEZCAN/ERDEM/ÖNOK-** Durmuş/M. Ruhan/R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2008.
- TEZCAN/ERDEM/SANCAKDAR:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara, 2002.
- TOROSLU/FEYZİOĞLU-** Nevzat/Metin: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2008.
- UYAP** Mevzuat Programı 8.1.
- YEĞİN**, Abdullah: İslami- İlmi- Edebi- Felsefi Yeni Lügat, İstanbul, 2005.
- YILDIZ**, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007.
- YURTCAN**, Erdener: Yeni Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2005.
- YURTCAN**, Erdener: Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul, 1987.
- YURTCAN**, Erdener: CMUK Şerhi, İstanbul, 2006.