

CEZA HUKUKUNDA “ŞAKA” AMAÇLI HAREKETLER

Ar. Gör. Zahit YILMAZ *

ÖZET

TCK'nun 21.maddesine göre suçlar kural olarak kasten işlenebilir. Ceza Kanunu'muz açısından failin amacı suçun oluşması açısından önem taşımaz. Ancak fail suç işlerken genel olarak belirli bir amaçla hareket etmektedir. Bu amaçlar arasında şaka yapmak da yer almaktadır. Çalışmamızda şaka amacıyla gerçekleştiren hareketlerin Yargıtay kararları ışığında değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: şaka yapmak, saik, olası kast, bilinçli taksir

ABSTRACT

The 21st article of the Turkish Criminal Code states as a general rule that crimes can be committed wilfully. In terms of our Criminal Code the purpose of the perpetrator is insignificant for the occurrence of the crime. However usually perpetrators do have a specific purpose and one of them is “joking”. This article analyzes acts performed as a joke within the scope of High Court decisions.

Keywords: joking, purpose, probable intent, intentional negligence

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

GİRİŞ

Ceza hukuku, devletin ceza yaptırımını tehdidi ile uygulanmasını sağlamaya çalıştığı emir ve yasakları kapsayan hukuk kurallarının bütünüdür². Ceza veya güvenlik tedbirleri, hukukun en ağır yaptırımlarıdır. Bu anlamda ceza hukukunun sınırlarının tespiti önem arz etmektedir.

Ceza hukuku, toplumsal ya da bireysel olarak önem taşıyan her hareketi değerlendirmek ve onun ceza hukuku açısından konumunu tespitle yükümlüdür. Bu durum, hukuk güvenliği açısından şarttır. Ceza hukuku, kişilerin iradi hareketlerini değerlendirir. İradi ve belli bir amaca yönelik hareketler her zaman ciddi bir mahiyette olmaz, kimi zaman kişiler eğlenmek, başkalarını eğlendirmek, hoşça vakit geçirmek için de çeşitli hareketlerde bulunur.

İşte kişilerin kendi aralarında eğlenme amacıyla yaptığı hareketlerin sonucunda meydana gelen neticelerin ceza hukuku açısından ne anlama geldiği hususu doktrinde yeterince yer almamıştır. Oysa toplumsal yaşamda sıklıkla tekrarlanan, bazen kişilerin eğlenmelerine neden olsa da kimi zaman da ciddi sonuçlar doğuran bu hareketlerin ceza hukuku açısından değerlendirilmesi ve yorumlanması gerekmektedir. Çalışmamızda şaka amaçlı hareketler, Yargıtay kararları ışığında incelenmeye ve sınırlı da olsa bu hareketlere ceza hukukunun verdiği anlam üzerine yorum yapılmaya çalışılacaktır.

I. ŞAKA KAVRAMI

Şaka güldürmek, eğlendirmek amacıyla karşısındakini kırmadan yapılan hareket veya söylenen söz, latife anlamına gelmektedir³. Şaka ile mizah kavramları karıştırılmamalıdır. Gülmece anlamına gelen⁴ mizah daha ziyade güldürme sanatı olarak da tanımlanabilir.

Bu anlamda mizah, bir hukuka uygunluk sebebi olan düşünce ve ifade özgürlüğü içerisinde ele alınabilir. Ancak çalışmamızın konusunu oluşturan husus sanatsal bir değer taşımayan ve herhangi bir mesaj gayesi gütmeyen yalnızca eğlenmek veya karşısındakileri eğlendirme amacıyla yapılan söz,

² Artuk, M.Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2014. s.4.

³ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi 01.04.2014).

⁴ www.tdk.gov.tr (Erişim tarihi 01.04.2014).

hareket ve benzeri fiillerdir. Belli bir sınır dahilinde gerçekleştirilen ve ceza hukukunca korunan değerlere zarar vermediği ölçüde şaka amaçlı hareketler ceza hukukunu ilgilendirmez. Bununla birlikte bazen şaka amacıyla gerçekleştirilen hareketler bir suç sebebiyet verecek neticeler de doğurabilir.

II. CEZA HUKUKUNUNDA ŞAKA KAVRAMININ KONUMU

1. Manevi Unsur ile İlişkisi

Ceza hukukumuz suçun oluşabilmesi için çeşitli unsurların gerçekleşmesini öngörmektedir. Bunlar kısaca tipiklik, maddi unsur, manevi unsur ve hukuka aykırılık unsurlarıdır. Bir fiil işlendiği zaman ceza hukuku bakımından yapılması gereken kişinin şahsi özelliklerini dikkate almaksızın, fiil hakkında değerlendirmede bulunmaktır. İşte işlenen fiil ile kişi arasındaki bağlantı, suç teşkil eden haksızlığın manevi unsurunu teşkil etmektedir⁵.

Failin, işlediği fiil ile arasında manevi bir bağ bulunup bulunmaması ile bu fiilden dolayı sorumlu tutulup tutulmayacağı daha doğru bir ifadeyle kınanıp kınanmayacağı anlamına gelen kusurluluk farklıdır. Manevi unsur olmaksızın bir suçun varlığından bahsedilemez.

Bir kişinin belli bir iradeyle bilerek ve isteyerek bir eylemde bulunması mümkündür. Ancak bu iradenin serbest olup olmadığı, iradesine etki eden sebeplerin durumu hakkında bir yargıya varmak ile o eylemin haksızlığı ya da kınanabilir bir eylem olması birbirinden farklı şeylerdir. İşte kusurluluk manevi unsur da dahil olmak üzere bütün unsurlarıyla gerçekleşen bir fiilden dolayı failin kınanıp kınanamayacağı ile ilgili bir değer yargısıdır⁶.

Yukarıda yaptığımız açıklamalar ışığında şaka amacıyla gerçekleştirilen hareketlerin ceza hukuku açısından suçun “manevi unsur” içerisinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aşağıda izah edileceği üzere *saik* veya *amaç* suçun manevi unsurları kapsamında ele alınan bir kavramdır.

⁵ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2013, s.227.

⁶ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.449.

2. Bir saik türü olarak “Şaka”

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’na göre suçlar kural olarak kasten işlenir. Bu husus TCK’nun 21/1.maddesinde “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanunî tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” şeklinde ifade edilmektedir. Kanun’un, suçun işlenmesi açısından failde ne gibi bir amaç olduğunu kural olarak dikkate almadığını görmekteyiz. Ceza hukukunun, ceza normunun ihlaline etki yapmadıkça failin zihinsel ve ruhsal durumu ile uğraşmadığı ifade edilmektedir⁷. Suçun kanuni tanımındaki unsurları bilme ve isteme suretiyle gerçekleştirmek, suçun kasten işlenmesi için gerekli ve yeterlidir⁸. Bununla birlikte Kanun koyucunun bazı suçlarda bilme ve istemenin haricinde bir motivasyon veya içsel neden aradığı da görülmektedir. Saik olarak ifade edilen bu psikolojik durum, bazı suçlar açısından suçun unsuru, bazı suçlar açısından cezayı artıran veya azaltan nitelikli unsurlar arasında yer almakta olan bir haldir⁹. Saikin, kasttan önce gelen kastı hazırlayan bir düşünce olduğu da ifade edilmektedir¹⁰. Bir görüşe göre de suç tipinde bilme ve isteme dışında failin ayrıca belli bir amaca yönelik hareket edilmesinin düzenlendiği hallerde bu amacın yokluğu, unsurun ve dolayısıyla suçun da yokluğu anlamına gelecektir¹¹. Saik, suçun temel ya da nitelikli hali açısından (tipik açıdan) önem arz etmiyor ise bu durum cezanın belirlenmesinde nazara alınabilir¹².

Saik, faili suç işlemeye sevk eden neden olarak da ifade edilmektedir. Bu hususun içsel bir neden olduğu ortadadır. Zira failin bir suçu ne amaçla işlediği, ancak onunla fiil arasındaki psikolojik amaçla anlaşılabilir¹³. Örne-

⁷ **Centel, Nur- Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem Yenerer**, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6.Baskı, İstanbul 2010, s.395.

⁸ **Centel-Zafer- Çakmut**, s.395.

⁹ **Özgenç**, s.278. İçel, s.199.

¹⁰ **Özgenç**, s.278. Yazar amaç veya saik kavramlarını birlikte ele almaktadır. **İçel, Kayıhan**, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5.Baskı, İstanbul 2013, s.198. **Centel, Zafer, Çakmut**, s.395.

¹¹ **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 359, 360.

¹² **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s. 360, 361.

¹³ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda bazen saik, bazen amaç bazen de maksat ifadelerine rastlanılmaktadır. Zafer, saiki, faili harekete geçiren içsel neden, failin neticenin ötesindeki yararları elde etme arzusunun amaç olduğunu ifade etmektedir. Doktrinde failin iradesinin yöneldiği neticeyi ifade eden olarak bazı yazarlarca kabul edilen maksat kavramının amaç veya saik kavramları ile karışmaya müsait olduğunu ifade eden Zafer, kullanılan kelimelerden ziyade kelimelerin fonksiyonlarına bakmanın gerekli olduğunu ifade etmekte-

ğın kasten öldürme suçunda fail, mağduru parasına kavuşma amaçlı öldürebileceği gibi, sadece nefret ettiği için de öldürebilir. Failin mağduru, çekmiş olduğu acılardan kurtarmak için öldürmesi de pekala mümkündür. Ancak failin suçu işlemekteki amacı çoğu zaman o suçla korunmak istenen hukuki değer ihlal edildiği gerçeğini değiştirmez. İşte bu nedenle sadece belli suçlar açısından kanun koyucu saiki dikkate almıştır. Ancak bir görüşe göre saiki kasttan ayırt etmek de mümkün değildir¹⁴.

Saiki suçun sebepleri arasında değerlendirmek suretiyle sadece kriminolojik bir olgu olarak ele almak yeterli değildir. Zira suçun işlenmesi genellikle bir amaca dayansa da ceza hukuku açısından öncelikle tespiti gereken durum suçun oluşup oluşmadığıdır. Dolayısıyla doktrinde ifade edildiği üzere sadece suçun oluşumu açısından genel kastın varlığının yeterli görülmesi, cezanın bireyselleştirilmesine ve ceza hukukunun son çare olma ilkesine uygun düşmez¹⁵. Son çare olma ilkesi ceza hukuku açısından önemsiz hareketlerin cezalandırılmasını engellemeyi amaçlamaktadır. *Hakeri* bu durumu “*Ceza hukukunda “önemsiz hareketler kategorisi” vardır. Ceza hukukunda, tipik, hukuka aykırı ve kusurlu her eylemin cezalandırılması, ceza hukukunun “ultima ratio” (son araç) özelliğine aykırıdır. Bu itibarla, önemsiz hareketlerde ceza hukuku dışındaki hukuk dallarının yaptırımlarının uygulanmasını tercih etmek, bu ilkenin bir sonucudur*” şeklinde ifade etmektedir¹⁶.

Erem de saiki değersiz görmenin onu izah etmek anlamına gelmediğini ifade etmiştir¹⁷. Yazarın aslında her suçta saik olmasına rağmen her suçta neden özel kast aranmadığı sorusuna “*genel kastın sübutunda saik fiilen aranmaktadır*” şeklinde cevap verdiği görülmektedir¹⁸.

dir. **Zafer, Hamide**, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 3.Baskı, İstanbul, 2013, s.281, 282.

¹⁴ **Erem, Faruk**, “Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Yıl 1969 Cilt 26 Sayı 1-2, s.3.

¹⁵ Doktrinde saikin suçun oluşumu açısından aranan bir unsur olmadığı bununla birlikte suçluların cezalandırılmasında genel kastın yeterli sayılmasının da günümüz ceza politikası anlayışına uymadığı ifade edilmektedir. Artuk, Gökçen, Yenidünya’ya göre “çağdaş ceza hukuku suçlunun ıslah ve tedavisi ve dolayısıyla cezanın ferdileştirilmesini gaye edinmiştir. Bunun için de suçlu kişiliği tanınmalı; faili suça iten saikler bilinmelidir”. **Artuk-Gökçen-Yenidünya**, s.359.

¹⁶ **Hakeri, Hakan**, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007, s.92. <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-69-300> (Erişim Tarihi 01.04.2014).

¹⁷ Yazar, saiki “özel kastın neticenin neticesi anlayışı, kast içi anlayış, suçları ayırıcı saik, hareketin gayesi saik” başlıkları altında incelemiştir Detay için bkz. **Erem**, s.1-3.

¹⁸ **Erem**, s.3.

Bütün bu değerlendirmeler neticesinde şakanın ceza hukukumuz açısından öncelikle saik ile bağlantılı bir husus olduğu söylenmelidir. Kişilerin eğlenmek, hoş zaman geçirmek amacıyla yaptığı el, söz ya da benzeri fiillerle elde etmek istediği amaç şaka amacıdır. Şaka saiki de diğer saikler açısından söylenebileceği gibi kastı ortadan kaldırmaz. Ancak bu husus cezanın belirlenmesi açısından dikkate alınabilir¹⁹. Bu anlamda kazanç hırsı, aç gözlülük, mesleki başarı hırsı gibi nedenlerin²⁰ yanında şaka saiki de suçun işlenmesinde bir etken olarak göz önünde bulundurulabilir.

III. ŞAKA AMAÇLI HAREKETLERDE MANEVİ UNSURUN TESPİTİ

Şaka amacıyla hareket eden kişiler, bazen gerçekleştirdikleri hareketin neticelerini öngörmez, bazen öngörmesine rağmen tehlikeli bir netice gerçekleşmeyeceğine inanır kimi zamanda eyleminin sonuçlarını umursamaz. Bu ihtimallerde manevi unsurun tespiti farklılık arz eder.

Şaka amacıyla gerçekleştiren fiilleri kasti suçlar açısından ve taksirli suçlar açısından farklı şekilde değerlendirmenin gerektiği kanaatindeyiz. Zira saik, kastı hazırlayan ve kasttan önce gelen bir duygu olduğuna göre taksirli suçlarda saikten bahsedemeyiz. Her ne kadar taksirli suçlarda da failin iradi hareketini belli bir amaçla gerçekleştirdiği söylenebilirse de failin netice açısından bir isteğinin olmadığı düşünüldüğünde burada faili ha-

¹⁹ Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında “Tehdit, mağduru istenilen bir hareketi yapmaya zorlamak ve onu korkutmak olduğuna göre, hukuken değerlendirilebilmesi için uygunluk elverişlilik, yeterlilik koşulları gerçekleşmelidir. Kavgada kızgınlıkla söylenen sözlerde bu koşullar gerçekleşmediğinden tehdit suçu oluşmayacaktır. Söylenmesi için sebep olmayan ve yapılması mümkün bulunmayan ancak kızgınlık anında sarfedilen sözlerde kasıt bulunmamaktadır” şeklinde hüküm vermiş olmasına karşın karara katılmayan bazı üyeler “Tartışmada kızgınlıkla söylenen sözlerin hiç bir zaman ciddi ve korkutucu olmayacağına göre yargıç tarafından saptanılacak bir durumdur. Şaka ve benzeri saikler tahrik nedeniyle “indirici sebep” olabilirler ve kastı kaldıramazlar” gerekçesiyle karşı oy kullanmışlardır (Yarg.CGK, 18.12.1991, 1990/4-368, 1991/36).

²⁰ Centel, Zafer, Çakmut, s.571.

rekete sevk eden güdünün *saik* olarak ifade edilmemesi gerekir. Zira saik, ifade edildiği üzere *kasttan önce gelen ve kastı hazırlayan* bir düşüncedir. Bununla birlikte aşağıda da arz edeceğimiz üzere kişilerin şaka amacıyla yaptıkları hareketler bazen taksirli suçların gerçekleşmesine neden olabilmektedir.

1. Olası Kast ve Bilinçli Taksir Açısından Şaka Amaçlı Hareketler

A. Olası Kast ve Bilinçli Taksir Kavramları

TCK'nun 21 nci maddesinin ilk fıkrası “*Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır. Kast, suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir*” şeklindeki düzenlemesi ile suçun asıl manevi unsurunun kast olduğunu, suçların kural olarak kasten işlenebileceğini belirtmiştir. Kastın kişi ile fiil arasında manevi bir bağ kurduğu ifade edilmektedir²¹.

5237 Sayılı TCK'nun 21. maddesinde “*kast*”ın tanımı yapılarak kastın suçun kanuni tanımındaki unsurların bilerek ve istenerek gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmiştir. Şakanın kastı ortadan kaldırmadığı bir gerçektir. Zira şaka amacıyla yapılan hareketlerde de kişiler eylemlerini bilerek ve isteyerek gerçekleştirmektedirler²².

²¹ Özgenç, s. 230.

²² “Tehdit fiili, kişinin ruh dinginliğini bozan, iç huzurunu, bilinç ve irade özgürlüğünü ihlal eden bir olgudur. Fiilin mağdur üzerinde ciddi bir korku yaratabilmesi açısından sonuç almaya objektif olarak elverişli, yeterli ve uygun olması gerekir. Ayrıca tehdidin somut olayda muhatap üzerinde etkili olması şart değildir. Bu nedenle mağdurun korkup korkmadığı araştırılmaz. Tehdit suçunun manevi ögesi genel kasttan ibaret olup suçun yasal tanımındaki unsurlarının bilerek ve istenerek işlenmesini ifade eder. Olayda tasarlanmanın varlığı aranmadığı gibi, saikin de önemi yoktur. Kavga ve tartışma sırasında haksız bir fiilin kendisinde husule getirdiği şiddetli öfke ve elemin (gazabın) failin iradesini etkileyen bir etken olarak kusur yeteneğinde meydana getirdiği azalma nedeniyle koşulları varsa, ancak yasal indirim nedeni olarak kabul edilebilir ise de, önceden ilke boyutunda kastı kaldıran ve suçun oluşumunu engelleyen bir husus olarak kabulü mümkün değildir. Bu açıklamaların ışığı altında sanık Aziz Özyürek'in öbür sanık Ahmet Pekbak'ın cep telefonundan arasının bozuk olduğu mağdura “Ayağına dikkat et, topuğundan vuracağım” diyerek mesaj gönderip tehdit ettiğinin oluşa uygun kabulü karşısında, sonuç almaya objektif olarak uygun ve elverişli olması ve muhatap üzerinde etkili olması gerekmemesi nedeniyle TCY 106/1 fıkra 1.cümlede tanımlanan “vücut tamlığına yönelik “tehdit suçunu oluşturduğu gözetilmeden “...bu mesajın şaka amaçlı gönderildiği... şikayetinden vazgeçen mağdurun da olayın tamamen şaka amaçlı olduğunu sonradan belirttiği...”, “biçiminde yasal olmayan ve oluşa uygun düşmeyen gerekçelerle sanıkların beraatine karar verilmesi” (Yarg. 4. CD., 30.06.2009, 2008/540, 2009/13015).

Failin gerçekleştirmek istediği neticeye zorunlu olarak bağlı bulunmayan neticeleri öngörmesi ve kabullenmesi halinde ise *olası kasttan*²³ bahsedilmelidir. Hareketinin belirli bir neticeyi meydana getireceğini öngören failin bundan kaçınmaması halinde netice açısından “*olursa olsun*” şeklindeki kabulü onun olası kastının varlığını göstermektedir. TCK’nun 21/2. maddesinde olası kast “*Kişinin, suçun kanuni tanımındaki unsurların gerçekleşebileceğini öngörmesine rağmen, fiili işlemesi hâlinde, olası kast vardır*” şeklinde düzenlenmiş ve olası kastın, kasta göre daha hafif cezalandırılacağı öngörülmüştür²⁴. Örneğin (A)’ya ateş eden failin, kurşunun (A)’nın yanında duran (B)’ye de isabet edebileceğini öngörmesine rağmen bunu kabullenmesi halinde olası kast mevcuttur. Dikkat edilirse atılan kurşunun (B) ye gelmesi (A) ya karşı gerçekleştirilen hareketin neticesine zorunlu olarak bağlı bulunan bir hareket değildir. Şartlar failin fiilini bu noktaya getirmekte fail de bu duruma müdahale etmeyerek akışına bırakmaktadır²⁵.

Olası kast, doğrudan kasttan farklıdır. Zira doğrudan kastta fail bir neticeyi gerçekleştirmek bilinç ve iradesindedir. Oysa olası kastta fail gerçekleştireceği eylemin muhtemel bazı neticelerin meydana getireceğini öngörmüş ve bunları kabul etmiştir. Yani doğrudan kasttaki isteme unsuru zayıflamıştır. Dikkat edildiğinde olası kastta açık bir biçimde isteme olmamasına rağmen kesin bir reddediş de olmadığı görülecektir. Olası kastın varlığı, her somut olayda ayrıca incelenmesi gereken bir durumdur. Bu anlamda hakim somut olayda ikincil, yani muhtemel durum bakımından yapacağı incelemede araç ve hareketlerin asıl neticenin yanında diğer neticenin de gerçekleştirilmesini elverişli araçlarla yapılıp yapılmadığını araştırmak zorundadır²⁶.

Olası kastta haksızlık unsuru daha azdır. Peki ama neden fail sorumlu tutulmaktadır? Bir görüşe göre neticenin gerçekleşme ihtimaline rağmen failin devam etmesi neticeyi istediği anlamına gelir. Rıza teorisi bakımından failin razı olup kabullendiği bu neticeyi baştan itibaren istediği anlamına

²³ İçel, s.197. Centel-Zafer- Çakmut, s.390.

²⁴ TCK m.21/2 “Bu hâlde, ağırlaşmış müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda müebbet hapis cezasına, müebbet hapis cezasını gerektiren suçlarda yirmi yıldan yirmibeş yıla kadar hapis cezasına hükümlenir; diğer suçlarda ise temel ceza üçte birden yarısına kadar indirilir” şeklindedir.

²⁵ Özgenç de olası kast halinde olayın adeta kendi seyrine bırakıldığını söylemektedir Özgenç, s.240.

²⁶ Apaydın, Cengiz, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul 2008, s.104.

gelir, kayıtsızlık teorisi ise failin suç tipini ihlali göze alması nedeniyle sorumlu tutmaktadır²⁷.

B. Bilinçli Taksir ve Olası Kast

TCK'nun 22'nci maddesinde “*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*” denilerek taksir tanımlandıktan sonra “*kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır*” şeklindeki düzenlemeyle bilinçli taksir tanımlanmıştır. Bilinçli taksir halinde kişi, iradi davranışının sonuçlarını öngörmekle birlikte, gerçekleşmeyeceğini düşünmekte, istememekte ve kendisine göre gereken önlemleri aldığı ya da almasına gerek olmadığına güvenerek hareketine devam etmektedir²⁸. Kişinin bu düşüncesi şahsi maharetleri, kendisine güven gibi nedenlerden kaynaklanabilir. Ancak toplum kuralları, bireylerin bu tarz tehlike doğuran davranışlara devam etmemesini emreder. Olası kastta ise, kişi iradi hareketinin neticesini öngörmekte ve fakat ona karşı kayıtsız kalmaktadır. Burada kişi açısından önemli olan hareketinin devam etmesidir, gerçekleşmesi muhtemel netice onun için önem arz etmemektedir.

Failin şaka amacıyla gerçekleştirdiği bir hareketi bilinçli taksirle mi yoksa olası kastla mı gerçekleştirildiğini somut olayda kesin bir biçimde ortaya koymak zordur. Bu anlamda madde metninde düzenlenmemesine rağmen gerekçede yer alan kabullenme gibi hususların varlığı ile olası kastı, bilinçli taksirden ayırt etmek mümkün ise de somut olayın durumuna göre bu durumun ispatı için farklı ölçütler gerekmektedir²⁹. Bilinçli taksir ile olası kastın farkını ortaya koymaya çalışan bir görüşe göre “*bilinçli taksirde sonu-*

²⁷ Artuk-Gökçen-Yenidünya, s.302, 303.

²⁸ Özgenç, kastta isteme unsuruna yer verilmesi nedeniyle oluşan izah güçlüğü nedeniyle bilinçli taksire yer verildiğini, esasen kastın suçun kanuni tarifteki maddi unsurlarını bilmek olduğunu ifade etmiştir. İşte bu nedenle yazar, sisli bir havada tekneyle boğazdan geçmeye teşebbüs eden kişi, neticeyi muhtemel gören ya da buzlu yolda zincir takmaksızın araç kullanarak kaza yapan kişilerin eylemini olası kast kavramında görmektedir. **Özgenç**, s.268, 269.

²⁹ Olası kast ile bilinçli taksir arasında madde metninden kaynaklanan benzerliklerin meydana getirdiği sorunlar nedeniyle doktrinde genel tanımların ya dikkatli şekilde yapılması ya da tanım verilmemesi önerilmiştir. **İçel**, s.202. Centel-Zafer-Çakmut da Kanun'un Gerekeçe'sinde olası kast için verilen örneklerin, failin neticeyi kabullendiğinin ispat edilmemesi nedeniyle kesin bir şekilde olası kastla hareket edildiğini göstermediğini ifade etmektedir. **Centel-Zafer-Çakmut**, s.394.

*cun meydana gelmemesi için koşullara uygun bir inanç ve çaba, olası kastta ise kayıtsızlık, önemsememe durumu vardır*³⁰. Olası kastın varlığının ispatının zor olduğunu ifade eden *Hakeri* de Alman Federal Mahkemesi tarafından konulan ölçütleri paylaşmıştır. Bu noktada Mahkeme, *failin eylemini iyi bir biçimde sonuçlanacağına ilişkin hiçbir veri olmamasına rağmen eylemini gerçekleştirdiği hallerde ya da bu durumu tesadüflere bırakıyorsa kabullenme olduğunu* ifade etmektedir³¹. *Zafer* de olası kast bakımından failin hareketinden meydana gelen neticeyi öngördüğünü ve bu öngörüye rağmen devam ettiğinin ispat edilmesi gerektiğini ifade ederek *“hayatın olağan akışı içerisinde failin öngörmesi gereken neticeyi failin de öngördüğü kabul edilir”* demektedir³². *Centel-Zafer-Çakmut* ise bilinçli taksirde netice öngörülmesine rağmen gerçekleşmeyeceğinin umulması durumu varken olası kastta ise netice umursanmamaktadır demektedir³³.

Kanaatimizce olası kast ile bilinçli taksiri ayıran ölçütler madde metninde yetersiz şekilde düzenlenmesine karşın³⁴ somut olaylarda kişilerin eylemlerini gerçekleştirdikleri esnada dış dünyaya yansıyan hareketlerinden yola çıkarak manevi unsuru tayinde zorunluluk vardır. İstememe unsuru bilinçli taksiri, olası kasttan ayıran bir ölçüt olsa da kişilerin hiçbir tedbir almaksızın, fiilinin neticelerini tesadüflere bıraktıkları takdirde tecrübelerine güvendiklerinden ve neticeyi istemediklerinden bahisle olası kastla hareket etmediği yönündeki bir algı olası kastı işlevsiz hale getirmektedir. Bu durumlarda kişilerin eylemlerinin neticelerini gerçekten kabullenip kabullenmediklerini hassas bir şekilde değerlendirmek gerekmektedir.

Kanun koyucunun olası kastı Kanun’a dahil etmesinde önemli bir gerekçe olan düğünlerde veya maç sonlarında havaya ateş etme, aşırı alkollü bir biçimde veya herhangi bir tedbir almaksızın araç kullanarak aile facialarına yol açma veya ciddi tedbirler alınması gereken hassas tesis ve yerlerde bu tedbirleri hiçe saymak şeklindeki hareketlerin, sırf fail veya failerde açık bir isteme unsuru olmadığından bahisle taksir kapsamında ele alınmasını doğru bulmamaktayız.

³⁰ **İçel**, s.214.

³¹ (BGH 19.7.2001 StR 144/01) **Hakeri, Hakan**, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2013, s.218.

³² **Zafer**, s.247.

³³ **Centel-Zafer-Çakmut**, s.393.

³⁴ İçel’de olası kastın Türk Ceza Kanunu’nda yapılan olası kast tanımının yeterli olmadığını ve bilinçli taksirle benzerlik arz ettiğini ifade etmektedir. **İçel**, s.197.

Kişilerin şaka amaçlı harekette buldukları şeklindeki savunmalarında eylemin gerçekleşme biçimi, failin gerçekten neticeyi öngörmesine rağmen kayıtsızlık içinde olup olmadığı, dışarıdan bakıldığında failin bu eyleminin neticelerini kabullenip kabullenmediğinin tespiti ile manevi unsurun tespiti dikkatli bir biçimde yapılmalıdır.

Şaka amacıyla olan kişiler genellikle karşısındakinin zarar görmesini amaçlamazlar. Amacı şaka yapmak olan bir kişinin karşısındakinin öldürmek ya da ağır şekilde yaralamak olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bununla birlikte şaka amacıyla hareket eden kişiler, kimi zaman kayıtsızlıkla kimi zaman da hukuka aykırı bir biçimde kendilerine duydukları güvenden dolayı amaçlarından daha ciddi ve ağır neticelere sebep olabilirler. Dolayısıyla şaka amaçlı hareketlerde manevi unsur amaç da dikkate alınarak genel esaslara göre çözümlenmelidir.

Sonuç olarak şaka maksadıyla hareket eden bir kişi eyleminin neticelerini öngörmesine rağmen bunu istememiş, hukuka aykırı olarak tecrübesine güvenerek bir şey olmaz zannı ile hareket edip taksirli şekli düzenlenen bir suça sebebiyet vermiş ise bilinçli taksirle cezalandırılmalıdır. Neticeyi öngörmesine rağmen umursamaksızın hareketine devam etmişse olası kasttan bahsedilmelidir. Yine failin doğrudan doğruya şaka amaçlı hareket etmesine halinde eylemin ikili bir ayırıma tabi tutulması gerekmektedir. Eğer suç tipinde saik aranmış, ancak fail suç tipinde aranan saik yerine şaka saiki ile hareket etmişse (örneğin şaka amacıyla bir başkasının malının rızası dışında alınması halinde hırsızlık suçu oluşmaz) suç oluşmayacaktır, ancak suç tipinde herhangi bir saike yer verilmeyen hallerde ise şaka amacı yalnızca TCK'nun 61.maddesi gereğince temel cezanın belirlenmesinde bir özellik arz edecektir.

IV. YARGITAY KARARLARINDA ŞAKA AMAÇLI HAREKETLER

Yargıtay'ın, özellikle yaralama veya ölme neticesi doğuran birtakım olaylarda fail ya da faillerin şaka yaptıklarına dair savunmaları doğrultusunda meseleyi bilinçli taksir veya olası kast kapsamında değerlendirdiğini görmekteyiz. Yargıtay bazı kararlarında ise suçun niteliğine göre şakanın sadece cezanın bireyselleştirilmesinde bir işlev göreceğini ifade etmektedir.

1. 765 sayılı TCK Dönemi

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 765 sayılı Kanun döneminde verdiği kararlarda neticenin istenmemiş olmasına rağmen şaka nevinden hareketlerde faillerin dikkat ve özen eksikliğinin varlığı nedeniyle taksirli suçun oluştuğundan bahsedildiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay “16 yaşında çocuk olan sanığın köylüsü ve samimi arkadaşı ölenle şakalaşırken çekmecedan aldığı babasına ait tabancayla öleninin yanına gelip ‘hadi şimdi konuş’ diye tabancayı tevcih edip ölenin de ‘çek bakayım’ demesi üzerine şakayı sürdürmek için tabancayı yukarı aşağı kaldırıp indirdiği sırada elini tetiğe dokunmasıyla çıkan tek kurşunun ölüme neden olması olayında sanığın öldürme kasdını göstermiş herhangi bir delil bulunmadığından fiili dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu ölüme sebebiyet suçunu oluşturur”³⁵ şeklindeki kararı ile de bu durumu ifade etmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, “korkutmak, şaka yapmak maksadıyla fırın içinde oturan maktûlün üzerine kapağı kapatıp bırakan ve havassızlıktan ölümüne neden olan sanığın eylemi; sonuç istenmediğinden taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturmuştur” şeklindeki kararı ile neticenin istenmemesinden hareketle meseleyi taksirle ifade etmiştir³⁶. Kararlarda dikkati çeken husus “şaka yapmak için” veya “şaka yapmak maksadıyla” şeklindeki ifadelerdir. Bahsedilen amacın kastı hazırlama amacındaki saik olmadığı sadece fiilin yöneldiği amaç olduğu kanaatindeyiz. Zira neticeye yönelik bir amaçla hareket, sadece kasti suçlar açısından mümkündür.

2. 5237 Sayılı Kanun Döneminde Verilen Kararlar

5237 Sayılı Kanun’la, daha önce doktrinde yerini bulan olası kast kavramı artık Kanun içerisine alınmış, bu suretle şaka hareketleri açısından olası kastın da uygulanabilmesi mümkün kılınmıştır. Bununla birlikte Yargıtay bu dönemde de şaka amaçlı hareketleri taksirle izah etmeye devam etme yolunu seçmiştir. Buna örnek olarak “Sanık Osman Açikkuzu ve aracın içinde bulunan tanıklar Kenan Vural ve Cahit Ceylan ile müşteki Özlem Deveci’nin

³⁵ Yarg.CGK., 18.11.1988, 374/478.

³⁶ Yarg.CGK., 4.4.1990, 60/108. Belirtmek gerekir ki bahse konu kararların verildiği tarihte 765 sayılı Kanun meri olduğundan olası kast şeklinde bir düzenleme Kanun’da yer almaktaydı.

yargılama aşamalarında ısrarlı ve istikrarlı bir şekilde sanığın kuru sıkı tabancanın dolu olduğunu bilmeden oynarken müştekiye doğrultup şaka amacıyla tetiğe basarak yaraladığına dair anlatımları karşısında, eylemin taksirle yaralama suçunu oluşturabileceği düşünülmeden yazılı ve yeterli görülmeyen gerekçe ile kasten yaralama suçundan hükümlülüğüne karar verilmesi” gösterilebilir³⁷. Yargıtay’ın bu kararında olası kast kavramı içerisinde ele alınması gereken bir olayı sadece şakalaşma çerçevesinde değerlendirerek bilinçli taksirle çözmeyi tercih ettiği görülmektedir³⁸. Kanaatimizce kişinin eyleminin neticesini muhtemel görmesi halinde artık olası kasttan bahsetmek gerekir. Doktrinde de kişinin elinde olan bir tabancanın ateş almaması üzerine nasılsa patlamıyor şeklinde hareket etmesi neticesinde tetiği basarak bir kişiyi öldürdüğünde olayın olası kast kapsamında ele alınması gerektiği ifade edilmektedir³⁹.

Yargıtay bazı kararlarında şaka amaçlı hareketler neticesinde meydana gelen ölüm veya yaralanmaları, bilinçli taksirle çözmeye çalışmakla birlikte farklı kararların mevcut olduğu da anlaşılmaktadır. Nitekim yeni tarihli bir kararında Yargıtay mağdurun yaralanabileceğini öngörmesine rağmen elindeki bıçağı tehlikeli bir şekilde savurma neticesinde yaralamaya neden olan failin eylemini olası kast kapsamında değerlendirmiştir⁴⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, bir kararında hakaret suçu açısından şakanın suç işleme kastını ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir⁴¹. Bir başka

³⁷ **Yarg.3.CD. 01.02.2011, 2009/18661, 2010/798.**

³⁸ Benzer bir olayda da Yargıtay aynı istikamette karar vermiştir “Sanığın teyzesine gitmek için izin istediği, annesinin izin vermemesi üzerine şaka yapmak için duvardaki tüfeği eline alıp, gülerak “sen bana izin vermezsen seni vururum” dediği, kardeşi Bahar ve maktûlenin de güldükleri, içerisinde kontrol etmeden, boş olduğuna inanarak maktûle doğru yönelttiği sırada tüfeğin ateş alması sonucu maktûlenin ölümüne sebebiyet verdiği olayda; eylem bilinçli taksirle insan öldürmek suçunu oluşturduğu halde, sanığın olası kastla annesini öldürme suçundan hüküm kurulması” (**Yarg.1. CD. 21.03.2008, 2007/933, 2008/2182**).

³⁹ **Özgenç**, s. 241.

⁴⁰ “Sanığın savunmasına, mağdur ve tanık anlatımlarına ve tüm dosya kapsamına göre, sanığın olay tarihinde mağdurla şakalaşırken, mağdurun yaralanabileceğini öngörmesine rağmen elindeki bıçağı mağdura doğru salladığı ve bıçakla mağduru yaşamının tehlikeye girmesine neden olacak şekilde yaraladığı anlaşılmakla, sanığın eyleminin olası kastla yaralama suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi” (**Yarg. 3. CD., 07.11.2012, 11295/37112**).

⁴¹ “Suç tarihinden çok kısa bir süre önce bu göreve atanmış bulunan sanığın mahkeme kaleminde gerçekleşen konuşma öncesinde diğer personele yönelik olarak da olumsuz söz ve davranışlar sergilemesi, olağan duyarlılıkla değerlendirildiğinde bir kamu görevlisinin kendisini aşağılanmış sayacağı nitelikteki “şişko” hitabını mağdurun alinganlık gösterdiğini bilerek ve yazı işleri müdürünün uyarısına karşın ısrarla her fırsatta ve çalışma ortamında yi-

kararında da Yargıtay sanık ile mağdur arasındaki daha önceye dayanan şakalaşmaları, sanığın mağdur ile arasında husumetinin olmadığı yönünde yorumlamıştır⁴². Hakaret suçu açısından da diğer suçlar da olduğu gibi genel kastın bulunmasının yeterli olduğu, tahkir şeklinde bir saike Kanun'da yer verilmediği, şaka yapma saikinin suçu oluşumunu engellemeyeceği ifade edilmiştir⁴³. Bu nedenle failin mağdura yönelik davranışı şaka yapmak amacıyla olmasına rağmen onu küçük düşürücü, toplum içinde rencide edici, şeref ve saygınlığına zarar verici bir mahiyette olması halinde eylem suç teşkil edecektir. Nitekim daha önce de arz ettiğimiz üzere hangi fiilin şaka olduğu konusu taraflar arasındaki ilişki, samimiyet ölçütleri içerisinde ele alınmalıdır. Nitekim Yargıtay da yukarıda ifade edilen kararda aynı şekilde hareket etmiştir.

nelemiş olması karşısında, beraat kararında belirtilenin aksine bu sözlerin şaka yollu söylenmediği, maiyetinde çalışan ve henüz aday memur olması nedeniyle mukabele gücünden mahrum bulunan mağdur Ömer'i aşağıladığını bilerek bu hitabı sürdüren sanığın, neticeyi "bilme" ve "isteme"den ibaret suç kastı ile hareket ettiği anlaşıldığından, Yargıtay C.savcısının temyiz itirazının kabulü ile Yargıtay 4. Ceza Dairesince verilen beraat hükmünün bozulmasına karar verilmelidir" (**Yarg. CGK., 26.12.2006, 4.MD-251/324**).

⁴² "Mağdur ve sanığın arkadaş oldukları, aralarında herhangi bir husumet bulunmadığı tüm dosya kapsamı ile sabittir. Mağdurun da doğruladığı üzere, zaman zaman sanık ile aralarında kaba, küfürleşmeler içeren şakalar yapıldığı, olay günü de sanığın, mağdurun çalışmakta olduğu akaryakıt istasyonuna geldiğinde ona küfürler içeren sözler ile şaka yaptığı ve üzerinde taşımakta olduğu silahı çıkartarak her iki yanına doğru iki el ateş ettiği anlaşılmaktadır. Gerek mağdur ile sanık, gerekse tanıklar ikinci atış sonrasında tabancanın tutukluk yaptığını belirtmişlerdir. Sanığın, tutukluğu giderdiği ve üçüncü atış ile mağdurun raporlarda belirtilen şekilde yaralandığı açıktır. Aralarında herhangi bir husumet bulunmayan ve olay sırasında da herhangi bir anlaşmazlık yaşanmayan sanığın, mağdura kasıt ile ateş ettiğini gösterir, her türlü şüpheden uzak kesin bir kanıt bulunmamaktadır. Öte yandan mağdurun yaralanması öncesinde tabancanın tutukluk yapmış olması, sanığın bunu gidermesi ve yeterli kontrolü yapmadan mağdura yönelttiği silah ile ateş ederek onu yaralamasından ibaret eyleminde, meydana gelen neticenin sanık tarafından istenmediği açıktır. Kaldı ki, yaralama öncesinde mağduru hedef almadan iki el ateş etmiş olması ve yaralama sonrasında tabancada bir mermi daha bulunmuş olması, sanığın mağduru hastaneye götürmek için sarf ettiği çaba, kendiliğinden kolluğa başvurup teslim olması gibi olgular nazara alındığında, eylemin oluş biçimine ilişkin ve sanığın sorumluluğuna etkili olan kuşku sanık lehine değerlendirilmelidir. Bu nedenle yerel mahkemece, toplanan kanıtların değerlendirilmesinde ve sanığın eyleminin taksirle yaralamaya neden olmak suçuna uyduğunun kabul edilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır" (**Yarg.CGK, 12.10.2004, 2004/1-163, 2004/194**).

⁴³ **Arısoy, Mine**, "Hakaret", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007, s.170. 765 sayılı Kanun döneminde Erman eserinde şaka maksadının tahkir kastını ortadan kaldırdığını ifade etmiştir. Erman, arkadaşlar arasında şaka yapılması halinde tahkir maksadından söz edilemeyeceğini ifade etmekle birlikte mağdurla fail arasındaki şahsi münasebetlerin alay ve şakayı haklı gösterecek bir samimiyet olmaması halinde hakaretin mevcut olacağını ifade etmektedir. **Erman, Sahir**, Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1950, s.148.

Yukarıda değinilen kararlarında Yargıtay’ın, açıkça saike yer verilmeyen suç tiplerinde saikin kastı ortadan kaldırmayacağına, ancak cezanın bireysel-leştirilmesinde ya da takdiri bir indirim nedeni olarak ele alınmasında ölçüt olabileceğine hükmettiği görülmektedir. Saikin suçun unsuru olduğunun Kanun’da belirtildiği hallerde, bu saik yerine şaka saikiyle hareket edilmesi halinde ne şekilde hareket edileceğine de değinmek gerekmektedir. Bu suç tipine en tipik örnek olarak hırsızlık suçu (m.141) gösterilebilir. Zira bu suç tipinin oluşabilmesi failin, suçun konusunu oluşturan taşınır malı “kendisine veya başkasına yarar sağlamak maksadıyla” bulunduğu yerden almasına bağlıdır. İşte bu nokta da failin malı, muhatabına şaka yapmak amacıyla almasının bu suç kapsamında değerlendirilmeyeceği şeklinde görüş mevcuttur⁴⁴.

Kanaatimizce; şaka saiki manevi unsurlar içerisinde ele alınmalıdır. Failin saiki suçun oluşması açısından istisnai haller açısından değer taşımaz. Şaka saikiyle hareket edilmesi, bu açıdan suçun oluşmasına herhangi bir engel teşkil etmez. Yani fail, suçun unsurlarını bilerek isteyerek gerçekleştirmişse bu takdirde şaka saiki ile hareket etmiş olması suçun kasten işlendiği gerçeğini değiştirmez. Fail şaka amacı ile hareket etmiş ancak suç tipinde yer alan neticeyi öngörmesi gerekirken öngörmemiş ya da öngörmesine rağmen neticeyi istememişse bu durumda failin şaka amacıyla hareket etmiş olmasının suçun manevi unsuruna herhangi bir etkisi yoktur. Bununla birlikte saike suçun tipikliğinde yer verilmişse bu saikin yokluğu, suçun gerçekleşmemesi sonucunu doğurur.

Şaka amacıyla hareket eden kişiler çoğunlukla o an için suç işlemediğini düşünmektedir. Ancak kanun kamu düzenin korunması açısından suçun işlenmesi sırasında failin psikolojik durumundan ziyade dış dünyaya yansıyan hareketlerini dikkate almaktadır. Bununla birlikte kriminolojik açıdan bir kişiyi zarar vermek amacıyla yaralayan kişinin eylemi ile şaka yapmak amacı ile hareket eden kişinin aynı kötülük derecesinde olduğu söylenemez. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu da bu hususu 61.maddede cezanın belirlenmesi açısından failin güttüğü amaç ve saiki de dikkate almaktadır. İşte şaka amacı da cezanın belirlenmesi açısından hakim tarafından dikkate alınabilir.

⁴⁴ Yargıtay da “...sanığın telefonu şaka amaçlı değil, mal edinme kastıyla aldığı ve atılı suçun oluştuğu gözetilerek mahkumiyetine karar verilmesi gerekirken.” (Yarg.7.CD., 29.12.2005, 14076/21933) şeklindeki kararıyla bu hususu vurgulamıştır. Görüş ve karar için bkz. **Yenidünya, A.Caner**, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK. md.141-147), Ankara 2013, s.96. Bununla birlikte Koca, Üzülmez hırsızlıkta failin malı almakla elde etmeyi umduğu her türlü tatmin ve hazzı yarar kapsamında mütalaa etmektedir. **Koca, Mahmut- Üzülmez, İbrahim**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013, s.543.

SONUÇ

Kişilerin birbirlerine karşı şaka amaçlı yapmış olduğu hareketler, bu kişiler arasındaki ilişki ve samimiyet ölçüsü içerisinde hoş görülebilir davranışlardır. Ancak yapılan hareketlerin amacı ne olursa olsun, bu hareketlerin hukuk düzeninin koruma alanı içerisinde bulunan değerlere zarar vermesi düşünülemez. Kişinin amacı, kural olarak eylemi suç olmaktan çıkarmaz. Zira ceza hukuku, toplumsal düzenin gerektirdiği emir ve yasakları düzenleyerek bireylere hareketlerinin sınırlarını çizen bir hukuk disiplindir. Bu anlamda kişilerin psikolojik ve zihinsel durumunun bir neticesi olan saikin varlığının her suçta aranması genel olarak kabul edilmemiştir.

Ceza hukukumuzda suçlar kural olarak kasten işlenmektedir. Saik ise, ancak suç tipinde yer aldığı takdirde suçun oluşması ya da daha ağır veya daha hafif bir cezanın verilmesini sağlayan bir özellik göstermektedir. Eğer suç tipi içerisinde saike yer verilmemiş ise bu, kanun koyucunun o suçu ihdas etmekle korumak istediği hukuki değeri hiçbir amaçla ihlaline izin vermediği anlamına gelmektedir.

Kanun koyucu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda çeşitli saiklere yer vermekle beraber bunlar arasında şaka amacına yer vermemiştir. Bununla birlikte cezanın belirlenmesini ve bireyselleştirilmesini düzenleyen 61. maddenin 1- g bendinde failin güttüğü amaç ve saiki de zikretmiştir. Bu anlamda şaka amacı Kanun'a göre, tipik olarak hiçbir maddede düzenlenmediğinden, ancak cezanın takdir ve bireyselleştirilmesinde ele alınması mümkün bir durumdur⁴⁵. Örneğin failin şaka amacıyla ciddi bir surette arkadaşını korkutması, uzun bir süre bir yerde kilitli olarak bırakması gibi fiiller açısından tehdit ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçlarının oluşacağı, ancak hakim cezayı belirlerken failin amacını da nazara alarak bir sonuca varması mümkündür. Kanun koyucu 61.maddede "*Hakim somut olayda (... ..) Failin güttüğü amaç ve saiki, göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler.göz önünde bulundurarak, işlenen suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında temel cezayı belirler*" diyerek hakim, failin amacını göz ardı edemeyeceğini ifade etmektedir.

Yargıtay'ın hakaret, tehdit gibi suçlar açısından vermiş olduğu kararlarda şaka amacına ilişkin olarak yaptığı değerlendirmelere katılmakla beraber

⁴⁵ **Koca, Mahmut - Üzülmez, İbrahim**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara 2013, s.241.

özellikle ölümle veya ciddi yaralanmalarla sonuçlanan şaka amaçlı hareketlerde şakanın adeta isteme unsurunu ortadan kaldırdığı şeklindeki görüşlerine iştirak etmemekteyiz. Zira olası kastın düzenlenme sebebi kişilerin ciddi tehlikelere yol açacak davranışları göze alması, kayıtsız kalması ve adeta ölüme ve ciddi yaralamalara neden olacak fiillere davetiye çıkarır şeklinde davranmasının önüne geçmektir⁴⁶.

Olası kast, kişilerin psikolojisi ile yakından ilgili olduğu için ispatı zor bir olgudur. Bu anlamda hiçbir failin, eylemini gerçekleştirirken aklından neler geçtiğini, olayı ne şekilde tasavvur ettiğini bilemeyeceğimizden yapılması gereken failin dışı yansıyan hareketlerinin doğru bir şekilde değerlendirilmesidir.

Olası kast ile bilinçli taksir arasında ciddi oranda bir ceza miktarı farklılığı bulunması bu değerlendirmenin ne derece önemli olduğunu göstermektedir. Örnek vermek gerekirse bilinçli taksir neticesinde mağdurun ölmesi ile olası kast neticesinde öldürme halinde faile verilebilecek temel cezalar açısından ciddi bir orantısızlık olmaktadır.

Şaka amacının kastı kaldırmadığı bir gerçek ise de bunun her suç açısından ve her somut olay açısından ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu değerlendirme yapılırken şüphesiz suçların koruduğu hukuki değeri nazara almak ve fail ile mağdur arasındaki ilişkiye de önem vermek gerekmektedir. Ancak ceza hukukumuzun suçun manevi unsurlarına ilişkin olarak belirlediği temel prensiplerden ayrılmak da mümkün değildir.

Fail, şaka amacı ile de gerçekleştirmek istediği hareketin neticesinin suç teşkil ettiğini öngörüyorsa ve buna rağmen hareketine devam ediyorsa, failin gerçekleşecek neticeyi umursamaması, kabullenmesi veya razı olması şeklindeki kastı, olası kastla hareket ettiğini göstermektedir. Ancak fail yapacağı fiilin neticesinde kişilerin yaralanacağını veya öleceğini ya da ciddi bir netice oluşacağını öngörmesine rağmen tecrübesine güvenerek ve kendince elinden geleni yaptığına olan hukuka aykırı inancı nedeniyle bahse konu neticenin gerçekleşmeyeceği ve kendisince istemediği tespit edilirse eylem bilinçli taksir kapsamında ele alınmalıdır. Şu var ki suç tipinin taksirli halinin kanuni tipte düzenlenmesi şarttır. Zira taksir istisnai bir manevi unsurdur.

⁴⁶ Doktrinde İçel, olası kastın öldürme ve yaralama gibi suçlarda karşımıza çıkan bir kavram olduğunu, bu kavramın her türlü suçu kapsayacak şekilde düzenlenmesini eleştirmektedir. Yazar istisnai bir kusur türü olarak ifade ettiği olası kastın genel bir kural olarak düzenlenmesinin özellikle bu suçlara teşebbüsün mümkün görülmesi halinde özgürlükler açısından sakınca doğuracağını ifade etmektedir. İçel, s.198.

KAYNAKÇA

Apaydın, Cengiz, Ceza Hukukunda Doğrudan Kast, Olası Kast, Basit Taksir ve Bilinçli Taksir Kavramları, İstanbul 2008.

Arısoy, Mine, “Hakaret”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 72, 2007.

Artuk, M.Emin - Gökçen, Ahmet - Yenidünya, A.Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2014.

Centel, Nur - Zafer, Hamide, Çakmut, Özlem Yenerer, Türk Ceza Hukukuna Giriş, 6.Baskı, İstanbul 2010.

Erem, Faruk, “Ümanist Doktrin Açısından Özel Kast”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 1969 Cilt 26 Sayı 1-2.

Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Cürümleri, İstanbul 1950.

Hakeri, Hakan, “Ceza Hukukunda Önemsiz Hareketler”, TBB Dergisi, Sayı 69, 2007,

Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 16.Baskı, Ankara 2013.

<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2007-69-300> (Erişim Tarihi 01.04.2014).

İçel, Kayıhan, Ceza Hukuku Genel Hükümler II, 5.Baskı, İstanbul 2013.

Koca, Mahmut - Üzülmez, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2013.

Koca, Mahmut - Üzülmez, İbrahim, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Ankara 2013.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8.Baskı, Ankara 2013, s.227.

Yenidünya, A.Caner, Yargıtay Kararları Işığında Hırsızlık Suçu (TCK. md.141-147), Ankara 2013.

Zafer, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75), 3.Baskı, İstanbul, 2013.