

KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK VE RIZA İLE BU HÂLE GETİRTMEK İLE BAŞKASINI ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK SUÇLARI (1632 NUMARALI ASKERİ CEZA KANUNU MADDE 79, 80)^(*)

Dr. Öğr. Üyesi **Hakan KAŞKA^(**)**

Öz

1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu'nun (AsCK) Birinci Kısım, Üçüncü Bap, Dördüncü Fasılların başlığı, "Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak" şeklindedir. Bu bağlamda, Dördüncü Fasıllar altında, Kanun'un 79. maddesinde düzenlenen suç, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve kendini askerliğe yaramayacak hâle getirtmektir. Müteakip maddede ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu düzenlenmiştir. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunun yer aldığı 79. maddenin ilk fıkrasında suçun temel hâli düzenlenmiştir. Üçüncü fıkrada ise suçun seferberlikte işlenmesi nitelikli hâli ve düşman karşısında işlenmesi nitelikli hâli düzenlenmiştir. 79. maddenin ikinci fıkrasında, suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli düzenlenmiştir. 80. maddede ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu düzenlenmiştir. 24.06.2021 tarihli ve 7329 numaralı Kanun ile Askerî Ceza Kanunu'na eklenen Ek 11. madde düzenlemesi ile 79. maddedeki suçun sırf askerî suç olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, faili bakımından bir özgü suçtur. Madde hükmünde kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme ibaresi yer aldığı için bir neticeli suç söz konusudur. Bu suçun mağduru, toplumdur. Suçun maddi konusu ise askerlik hizmeti ve millî savunma kamu hizmetidir. 80. maddedeki başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme ise aslında 79. maddede düzenlenmesi gereken bir suçtur. Çünkü burada, kendisinin askerliğe elverişsiz hâle getirilmesine rıza gösterenin bu hâle getirilmesi söz konusudur. Bu nedenle, kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesine rıza gösterme ve rızası olan kişiyi bu hâle getirme, bir çok failli suçtur. Bununla birlikte, başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, özgü suç değildir. Bu suçun faili herkes olabilir. Bu suç; neticesi, mağduru ve konusu bakımından, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçundan farklılık arz etmemektedir. Bu çalışmada, her iki maddede düzenlenmiş olan suçlar, unsur, işleniş şekli, hukuka aykırılık özelliği, özel görünüş şekilleri, yaptırım ve muhakeme başlıkları ile incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

Askerî Suç, Seferberlik, Özgü Suç, Sırf Askerî Suç, Çok Failli Suç.

^(*) [Makalenin Dergiye Geliş Tarihi](#): 09.03.2024 - [Makalenin Kabul Edildiği Tarih](#): 22.04.2024, [DOI No](https://doi.org/10.54704/akdhfd.1449580): <https://doi.org/10.54704/akdhfd.1449580>.

^(**) Afyon Kocatepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi / Afyonkarahisar, Türkiye.
[E-posta](mailto:kaska.hakan09@gmail.com): kaska.hakan09@gmail.com,
[Orcid Id](https://orcid.org/0000-0002-5763-0324): <https://orcid.org/0000-0002-5763-0324>.



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

CRIMES OF MAKING YOURSELF UNFIT FOR MILITARY SERVICE AND MAKING YOURSELF TO THIS SITUATION WITH CONSENT AND MAKING SOMEONE ELSE UNFIT FOR MILITARY SERVICE (MILITARY PENAL CODE NO. 1632 Art.79, 80)

Abstract

The title of the First Part, Third Chapter, Fourth Chapter of the Military Penal Code (MPC) No. 1632 is "Making yourself unfit for military service and using cheat to get out of military service". In this context, the crime regulated in Article 79 of the Code under Chapter Four is to make yourself unfit for military service and to render yourself unfit for military service. In the following article, the crime of making someone else unfit for military service is regulated. In the first paragraph of Article 79, which includes the crime of making yourself unfit for military service, the basic form of the crime is regulated. In the third paragraph, the qualified form of committing the crime during mobilization and the qualified state of committing it against the enemy are regulated. In the second paragraph of Article 79, the aggravated state of the crime is regulated due to the result. In Article 80, the crime of making someone else unfit for military service is regulated. With the regulation of Additional Article 11 added to the Military Penal Code by Law No. 7329 dated 24.06.2021, it was stated that the crime in Article 79 is purely a military crime. Accordingly, the crime of making oneself unfit for military service is a specific crime in terms of its perpetrator. Since the provision of the article includes the phrase making oneself unfit for military service, there is a consequential crime. The victim of this crime is society. The material subject of the crime is military service and national defense public service. Making someone else unfit for military service in Article 80 is actually a crime that should be regulated in Article 79. Because here, the person who consented to be made unfit for military service is made this way. Therefore, consenting to be rendered unfit for military service and causing the person who consents to become so is a multi-perpetrator crime. However, the crime of making someone else unfit for military service is not a specific crime. Anyone can be the perpetrator of this crime. This crime; it is no different from the crime of making oneself unfit for military service in terms of its outcome, victim and subject. In this study, the crimes regulated in both articles will be examined under the titles of element, way of committing, illegality, special appearance, sanction and judgment.

Keywords

Military Crime, Mobilization, Specific Crime, Purely Military Crime, Multi-Perpetrator Crime.

Extended Abstract

Military Penal Code No. 1632 was accepted on 22.05.1930. The Code entered into force four months after its publication, according to Article 194, which regulates the effective date of the code. Many changes have been made to the code after the effective date of the code. What is more important in this regard is that the Turkish Penal Code No. 5237 came into force on June 1, 2005. A different understanding of crime and punishment policy has been adopted in the Turkish Penal Code No. 5237 compared to the Turkish Penal Code No. 765, which was in force on the date when the Military Penal Code No. 1632 came into force. In this context, it should be noted that the Provisional Article 21, which was added to the 1982 Constitution with Code No. 6771, includes the provision that the Military Supreme Court of Appeals, the High Military Administrative Court and military courts were abolished as of the date of entry into force of Code No. 6771. Accordingly, the prosecution of crimes in Military Penal Code will now be carried out in judicial proceedings. In this context, it is important to examine the crimes in the Military Penal Code according to the new table. The subject of this study is the crimes of making oneself unfit for military service, making oneself unfit for military service with consent, and making someone else unfit for military service, which are regulated in the Military Penal Code.

Military Penal Code art.79, for the crime of making himself unfit for military service and making himself unfit for military service with his consent. The legal value protected by the crimes of making someone else unfit for military service regulated in Article 80 is the execution of national defense as a public service without interruption or disruption. Accordingly, the legal values protected by these crimes belong to society. The legal value protected

by both crimes, Military Penal Code art. In 79, it was regulated that a person would make himself unfit for military service. This crime is a single-action, free-action and sudden crime that can only be punished if committed by executive action. In terms of its consequences, it is a consequential crime; because the person must become or be made unfit for military service. Code no. 7329 dated 24.06.2021, art.1 and 11 added to the Military Penal Code, it is stated that the crime in Article 79 of the Code is purely a military crime. In this case, according to the latest regulations, the crime in Article 79 of Military Penal Code is a specific crime in terms of its perpetrator. The subject of both crimes regulated in art.79 and art.80 of Military Penal Code is military service and national defense public service. The qualified forms of the crimes are that this crime is committed during mobilization and against the enemy. The legislator determines the punishment for the basic state of the crime, Military Penal Code art.79/1 stipulated a prison sentence of one to five years. The penalty for committing the crime during mobilization, as a qualified case, is imprisonment for up to ten years; Again, as a qualified case, the punishment prescribed for committing the crime against the enemy is the death penalty. According to art.38 of 1982 Constitution, since the death penalty cannot be imposed, the death penalty cannot be applied for this qualified situation. Unless a clear regulation is made in the Military Penal Code, it is not possible to apply the provisions regarding crimes for which the death penalty is imposed.

The crime of making someone else unfit for military service is actually causing the person to do so with his consent. In this case, the crime in art.80, it should be regulated together with the crime of making oneself unfit for military service by consent in art.79. Because there are multi perpetrator crimes here. The crime of making someone else unfit for military service differs from the crime of making oneself unfit for military service only in terms of the perpetrator and the consequence. In a paragraph of Military Penal Code art.79, making oneself unfit for military service with consent and making that person unfit for military service must be regulated together.

GİRİŞ

1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu¹, 15.06.1930 tarihli ve 1520 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmış, Kanun’un yürürlük tarihi ise *Kanunun mer’iyeti tarihi* başlığını taşıyan 194. maddede, kanunun yayımlanması tarihinden dört ay sonra² olarak belirlenmiştir. Bu açıklama, Türk pozitif hukukundaki iki değişiklikle birlikte değerlendirildiğinde anlam kazanarak bir sonuca ulaştırmaktadır. İlk olarak, 1 Haziran 2005 tarihinde, ceza hukukunun, maddi ceza hukuku, ceza muhakemesi hukuku ve infaz hukuku bölümlerinin³ her birinde, bir yeni genel kanun yürürlüğe girmiştir. Bu genel kanunlar, maddi ceza hukukunda 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu, ceza muhakemesi hukukunda 5271 numaralı Ceza Muhakemesi Kanunu, infaz hukukunda ise 5275 numaralı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’dur. İkinci olarak, 21.01.2017 tarihli ve 6771 numaralı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.13 ile 1982 Anayasası m.142’ye “*Disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş hâlinde, asker kişilerin görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir.*” hükmü, m.17 ile 1982 Anayasası’na e bendi “*Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih iti-*

¹ Askerî Ceza Kanunu, Kanun Numarası: 1632, Kabul Tarihi: 22.05.1930, RG 15.06.1930/1520.

² AsCK m.194 (Kanunun mer’iyeti tarihi) - “*Bu Kanun neşri tarihinden dört ay sonra muteberdir.*”

³ Ceza hukukunun bu şekilde bölümlenmesi ve üç sütun teorisi hakkında bk. Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 35; Timur Demirbaş, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 64; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmöz, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 34.

barıyla Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır. ...” şeklinde olan Geçici Madde 21 hükmü eklenmiştir. Buna göre, ortaya çıkan sonuçlardan biri, AsCK’nın, TCK’ya göre eski tarihli bir kanun olduğu ve AsCK’da, TCK’nın genel hükümleri ile uyuşmayan hükümlere rastlanabildiğidir. Sonuçlardan diğeri ise AsCK’daki suçlarla ilgili muhakemenin artık adli yargılamada yürütülecek olmasıdır⁴. Bu bağlamda, AsCK’daki gerek genel hükümlerin gerek özel hükümlerin incelenmesi oldukça önem arz etmektedir. Bu anlayışla çalışmada AsCK m.79 ve 80’de düzenlenen suçlar incelenecektir.

AsCK’nın “Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak” başlığını taşıyan Birinci Kısım, Üçüncü Bap, Dördüncü Fasil’inin altında, çalışmanın konusunu oluşturan suçlara ilişkin m.79 ve 80 hükümleri yer almaktadır. AsCK m.79’da düzenlenen suç, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek, m.80’de düzenlenen suç ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmektir. Esas itibarıyla, m.80 hükmünde, m.79’a atf yapılmasından da anlaşılabilceği üzere, m.80’deki suç, m.79’daki suçtan tipikliğin maddi unsurlarından yalnızca fail ve netice unsuru bakımından ayrılmaktadır. Hatta aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, m.80, m.79’da suçun unsurlarından biri olarak belirtilen hareketlerden biri dolayısıyla, bu madde kapsamında mündemiçtir. Bu itibarla, söz konusu hareket bakımından mezkûr hükme gerek bulunmamaktadır⁵.

İfade edilmelidir ki, çalışmanın yapıldığı tarih itibarıyla, Lexpera ve Legalbank Elektronik Hukuk Bankası veri tabanları üzerinde, çalışmanın konusunu oluşturan suçlarla ilgili içtihat araması yapılmış, ancak bölge adliye mahkemeleri veya Yargıtay tarafından verilmiş bir iki içtihat dışında içtihat bulunmamıştır. Bu içtihatlarla ve literatürde bu suçlarla ilgili eserlere bakıldığında, içtihat olarak Askerî Yargıtay’ın içtihatlarına başvurulduğu ve/veya bunların referans kararlar olarak verildiği görülmektedir. Bu noktada, literatürde konuyu 2017’deki 1982 Anayasası’nda yapılan değişiklikten sonra ele alan bir eserin bulunmadığına da işaret edilmelidir⁶. Anlaşılabilceği üzere, askerî yüksek mahkemelerin var olduğu dönemde, Askerî Yargıtay’ın içtihatlarına referans karar olarak başvurulmuş olabilir. Bununla birlikte, mezkûr içtihatların, o dönem için adli yargılama açısından bağlayıcılık şeklinde bir değeri olmadığı gibi⁷, zaten bu hususta görevli yargılama

⁴ 6771 numaralı Kanun m.17 - “2709 sayılı Kanuna aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. “GEÇİCİ MADDE 21 - ... E) ... Kaldırılan askerî yargı mercilerinde görülmekte olan dosyalardan; kanun yolu incelemesi aşamasında olanlar ilgisine göre Yargıtay veya Danıştaya, diğer dosyalar ise ilgisine göre görevli ve yetkili adli veya idari yargı mercilerine dört ay içinde gönderilir. ...”

⁵ Gökhan Yaşar Duran, “Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur CENTEL’e Armağan* 19, S. 2 (2013): 1053.

⁶ Bu bağlamda, yapıldığı tespit edilebilen son çalışma, Duran’ın bir önceki dipnotta künyesi belirtilen makalesidir. Bk. dn. 5.

⁷ Daha doğru bir ifadeyle, o dönem için yalnızca Askerî Yargıtay Genel Kurulu’nun içtihatlarının, Askerî Yargıtay Daireler Kurulu ile daireleri ve askerî mahkemeler ile disiplin mahkemelerinin

düzeni de adli yargılama ve dolayısıyla yüksek mahkeme olarak Yargıtay değildi. Pozitif hukuk dikkate alındığında mezkûr içtihatların bugün için de bağlayıcılık şeklinde bir değer taşımadığı, ancak çalışmanın konusunu oluşturan suçlara ilişkin hükümlerin yorumlanması veya uygulanması açısından yol gösterici nitelikte olduğu, izahtan varestedir. Bu itibarla, çalışmanın konusunu teşkil eden suçlar, oluşan yeni tablo içinde ele alınması gereken askerî suçlar cümlesindedir.

Çalışmada, AsCK m.79 ve 80’de düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçları, bu suçlarla ilgili hükümler, bu suçların unsurları, işleniş şekli, hukuka aykırılık özelliği, özel görünüş şekilleri, yaptırım ve muhakemesi başlıkları ile incelenecektir.

I. KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK VE BAŞKASINI ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK SUÇLARIYLA İLGİLİ HÜKÜMLER

Ceza hukukuna hâkim ilkelerden biri olan suçta kanunilik ilkesi⁸ dolayısıyla çalışma konusu suçlarla ilgili hükümler için ilk olarak kanuna ki, 1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu m.79 ve 80’e bakılması gerekmektedir. Her iki maddenin metni, şu şekildedir:

AsCK m.79 - “1 - Kendisini kasten sakatlayan veya her hangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. 2 - Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise suçlu yedi seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır. 3 - Fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.”

AsCK m.80 - “79 uncu maddede yazılı filleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılır.”

Belirtilmelidir ki, çalışmanın konusunu oluşturan suçlara ilişkin hükümler bunlardan ibaret değildir. Daha doğru bir ifadeyle, AsCK’da, bu suçların kanuni tarifi yer almakta olup, bu itibarla, Kanun’un her iki maddesi, bu suçlarla ilgili doğrudan hükümlerdir. Bununla birlikte, bu suçlara ilişkin olarak 1982 Anayasası’nda ve 4721 numaralı Türk Medeni Kanunu’nda (TMK) da bu suç türlerinin ihdas edilmesi amacı ve bunların yorumlanması ile ilişkilendirilebilecek dolaylı hükümler bulunmaktadır. Hakikaten kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçunda, failin, kendine verdiği zarar dolayısıyla cezai sorumluluğunun

benzer olaylarda verecekleri kararlar bakımından bağlayıcılığı bulunmaktaydı. Mülga 1600 numaralı Askerî Yargıtay Kanunu m.32 - “(1) İchtihatları birleştirme kararları benzer olaylarda Askerî Yargıtay Daireler Kurulu ile daireleri ve askerî mahkemeler ile disiplin mahkemelerini bağlar.”

⁸ Sulhi Dönmezer ve Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 1987), 17: 31; İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 120.

doğacak olması, 1982 Anayasası m.12/2'deki “*Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*” hükmünün somut bir tezahürü niteliğindedir⁹. Fail ve mağdur, bir suçtan söz edilebilmesi için mutlaka var olması gereken unsurlardandır. Her suçun mutlaka bir failinin olması gerektiği gibi, mutlaka bir mağdurunun da olması gerekir. Faillik ve mağdurluk sıfatının aynı kişide birleşmesi ise mümkün değildir. Daha açık ifadeyle, bir kişinin, bir suçun hem faili hem mağduru olması mümkün değildir¹⁰. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunda da fail, her ne kadar kendine zarar verse de bu suçtan dolayı mağdur değildir. Bilakis millî savunma kamu hizmetinin aksayacak olması dolayısıyla mağdur, toplumdur. Öyleyse burada 1982 Anayasası m.12/2'deki ödev kavramının bir tezahürü bulunmaktadır. Aynı şekilde, burada, TMK m.23/2'deki¹¹ kişiliğin, kişinin kendisine karşı korunmasının da bir somut tezahürü bulunmaktadır. TMK m.23/2, 1982 Anayasası m.12/2 ile birlikte değerlendirildiğinde, kişinin, özgürlüklerini, temel ödevlerini ifa etmesini engelleyecek şekilde sınırlaması mümkün değildir¹². Nitekim AsCK m.79'da kişinin, rızasıyla kendini askerliğe yaramayacak hâle getirtmesi suçu oluşturan hareketlerden biri olarak düzenlenmiştir.

Her iki suça ilişkin açıklamalara geçilmeden önce, bu suçlara ilişkin düzenlemelerdeki bazı sorunlara işaret edilmesi ve bunlar üzerinde durulması gerekmektedir. Şöyle ki, AsCK m.80'deki başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu; eğer, yalnızca kişinin kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtmesi ile birlikte değerlendirilmeyip, örneğin, rıza olmaksızın da başkasının askerliğe yaramayacak hâle getirilmesinin bu suçu oluşturacağı kabul edilecek olursa TCK'daki

⁹ Bu noktada, 1982 Anayasası'nda, askerlik hizmetinin bir ödev olarak da düzenlendiği ifade edilmelidir. 1982 Anayasası m.72 (Vatan hizmeti) - “*Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir.*” Askerlik hizmetinin hem bir hak hem bir ödev olarak görülebileceği, nitekim 1982 Anayasası m.72'de de bu şekilde bir düzenleme yapıldığı yönünde bk. Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2020), 77; Ayrıca bk. Ergil Ergün, “Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, *Askerî Adalet Dergisi* S. 100 (1997): 31; Orhan Çelen, *Notlu, Açıklamalı- İçtihatlı, Örnekli: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği: Askerî Ceza Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat* (Ankara: BRC Basım Matbaacılık, 2016), 372.

¹⁰ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 114, 116, 118; Öztürk ve Erdem, 200: 318, 319 (Bununla birlikte, öğretilde Öztürk ve Erdem, mağdursuz suç olarak adlandırılan suçlarda, suçun özel bir mağdurunun olmadığını ifade etmektedir.).

¹¹ TMK m.23/2 - “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.*”

¹² Kudret Güven, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*, (Ankara: Nobel Yayın, 2000), 99 (Öğretilde Güven, 1982 Anayasası m.12/2 hükmündeki ödev kavramının, kişinin kendisine karşı değil, ancak üçüncü kişilere karşı yüklendiği ödev anlamına gelecek şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmektedir. Buna göre, hak, kişi açısından aynı zamanda bir ödevin varlığına işaret etmez. Sözelimi yaşama hakkı, kişiye aynı zamanda bir yaşama ödevi, yaşama mükellefiyeti yükler. Güven, 98, 99). Bununla birlikte, zaten çalışma konusunu oluşturan suçlarda, kişinin kendisine verdiği zararlarla topluma karşı ödevini ihlal etmesinden kaynaklanan bir cezai sorumluluk vardır.

kasten yaralama suçuna ilişkin hükümlerin uygulanma alanı, içtima başlığı altında tekrar değinileceği üzere, son derece daralacaktır. Bu durumda, AsCK m.80 açısından kanun koyucunun iradesinin kapsamı tespit edilmelidir. Kanaatimizce, kanun koyucu, AsCK m.80 ile rıza olmaksızın da başkasını askerliğe yaramayacak hâle getiren kişiyi değil, yalnızca rızası olanı bu hâle getiren kişiyi ceza hukuku sorumluluğuna tabi tutmak istemiştir. Çünkü aksi takdirde bu suç ile kasten yaralama suçu arasında sürekli olarak içtima sorunu ortaya çıkacaktır. Nitekim örneğin öğretide failin başkasını kasten sakatlamasının veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirmesinin, AsCK m.80'deki suçu oluşturacağını ifade edenler bulunmaktadır¹³. Bununla birlikte, söz konusu görüşün kabulü hâlinde, TCK m.86'nın uygulanma alanı daralacaktır. Gerçi bu hususta failin, bir başkasını yaralamak istemesine rağmen, onun, askerliğe yaramayacak hâle gelmesi söz konusu olmuşsa TCK m.86, 87'nin uygulanacağı görüşü ileri sürülmüştür¹⁴. Belirtilmelidir ki, bu durumda da bir tespit sorunu ile karşılaşılacaktır.

Özü itibarıyla, kanaatimizce, kendini rızayla askerliğe yaramayacak hâle getirtme, AsCK m.79/1'den çıkarılmalı, ayrı bir fıkra düzenlenmelidir. Böylelikle AsCK m.80'de söz konusu fıkra ile birleştirilmelidir. Çalışmanın konusunu oluşturan suçlar, yapılması ileri sürülen düzenlemelere göre açıklanacaktır.

II. SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞER

AsCK'nın kanunlaşma sürecindeki bir belge olarak Millî Müdafaa Encümeni mazbatasında, askerî suçların seferberlikte işlenmesinin daha vahim ve tehlikeli olması dolayısıyla AsCK m.79 ve 80'deki suçların seferberlikte ve düşman karşısında işlenmesi karşılığında daha ağır ceza öngörüldüğü ifade edilmiştir¹⁵. Anlaşılabileceği üzere, millî savunma, 1982 Anayasası m.2'de zikredilen nitelikleriyle cumhuriyetin ve devletin kaim olabilmesi, sonuç olarak da Türk milletinin¹⁶, millet olarak bu devletle varlığını devam ettirebilmesi için önemli bir kamu

¹³ H. Ümit Kardeş ve Mehmet Çıngı, *Askerî Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mezuatlı: Askerî Ceza Kanunu Şerhi II. Cilt Madde (66-91)* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014), 444.

¹⁴ Fahrettin Demirağ, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında: Askerî Ceza Kanunu*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 272.

¹⁵ "Madde 79 (80) askerî suçların hepsinin seferberlikte yapılanları için, neticesinin daha vahim ve tehlikeli olmasından dolayı, daha ağır cezalar verilmesi kanunun esas prensiplerinden olduğu cihetle, işbu maddedeki seferberlikte ve düşman karşısında yapanların, emsali fiiller gibi daha ağır cezalarını tayin etme üzere aşağıda yazılı fıkranın tespiti tasvip olundu: 3- fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezası ile cezalandırılır." Bk. "Millî Müdafaa Encümeni Mazbatası", *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 19, Devre: 3, İçtima: 3 (22.05.1930): 7.

¹⁶ Hukuki değerler, ancak belirli kişi(ler)e veya topluma ait olabilir. Bu itibarla, bir suçla korunun hukuki değer, bir tüzel kişiliğe yani bu suç bakımından devlete ait olması mümkün değildir. Nitekim bu doğrultuda bir suçun mağduru da ancak gerçek kişi (insan) olabilir. Bazı suçlarda, örneğin bu çalışmanın konusunu oluşturan suçlarda olduğu gibi, korunun hukuki değer topluma ait olması dolayısıyla mağduru toplum olması mümkündür. Başka bir örnek için bk. M. Emin Artuk, Ahmet

hizmetidir¹⁷. Hastalıkların bir daha çıkmaması için tüm hastanelerin kapatılmasını istemek nasıl bilimsellikten ve rasyonellikten uzaksa silahlı kuvvetlerin varlığından rahatsızlık duyulması ve silahlı kuvvetlerin olmadığı bir dünya istenilmesi, böylelikle de daha güvenli ve huzurlu bir yaşam sürüleceğinin düşünülmesi o kadar bilimsellikten ve rasyonellikten uzaktır; diğer bir ifadeyle, hayaldir. Üstelik bu hayal, sınırlarını silahlı kuvvetlerin koruduğu bir yerde kurgulanmaktadır. Anlaşılabilirliği üzere, savaş, istenilen bir durum olmamakla birlikte, başa geldiği zaman orduya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu ihtiyacın karşılanamamasının sonu da esaret veya ölüm olmaktadır¹⁸.

Nitekim 2 numaralı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi m.336 ve devamında, millî savunma kamu hizmeti bir bakanlıkla ki, Millî Savunma Bakanlığı ile ilişkilendirilmiştir¹⁹. Bu açıklamalara göre, AsCK m.79 ve 80 ile korunan hukuki değerler, millî savunma kamu hizmetinin kesintiye uğramadan, aksatılmadan yürütülmesi hususundaki toplumun menfaati olduğunun söylenmesi mümkündür²⁰.

III. KENDİNİ ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMEK, RIZA İLE BU HÂLE GETİRTMEK VE BAŞKASINI ASKERLİĞE YARAMAYACAK HÂLE GETİRMENİN SUÇLARININ UNSURLARI

Çalışma konusunu oluşturan suçların unsurları başlığı altında, öğretide tipikliğin veya suçun maddi ve manevi unsurları olarak incelenen unsurlar ile suçun bir unsuru olarak hukuka aykırılık ele alınacaktır.

Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 1019, 1027, 1043, 1045; Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem ve R. Murat Önok, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 1105, 1106; Mahmut Koca ve İlhan Üzülmaz, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2023), 1108, 1109; Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 1075, 1076, 1083 (Bununla birlikte, yazarlar; örneğin, zimmet suçunun mağdurunun belli bir kişi olmadığı, bu itibarla da mağdursuz suç olduğu görüşündedir. Bk. Özbek, Doğan ve Bacaksız, *Özel Hükümler*, 1084).

¹⁷ Millî savunma kamu hizmetinin, özel kişiler tarafından yürütülemeyen; diğer ifadeyle, devletin tekelinde olan bir kamu hizmeti olduğu yönünde bk. Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 598; Benzer ihtiyaçlar dolayısıyla özel bir kanun olarak askerî ceza kanunlarının kabul edildiği yönünde bk. Yavuz Erdoğan, "Hukuk Güvenliği Bağlamında Askerî Yargı -I-", *Ceza Hukuku Dergisi* 8, S. 22 (2013): 92.

¹⁸ A. Sefa Özkaya, "Kültür Tasnifi ve Türk Askerî Kültürüne Giriş", içinde: *Hunlar'dan Günümüze: Türk Askerî Kültürü* (İstanbul: Kronik Kitap, 2019), 19.

¹⁹ 2 numaralı CBK m.336 (Görev) - "(1) Millî Savunma Bakanının görev ve yetkileri: a) Millî Savunma görevlerinin siyasi, hukuki, sosyal, askerî okullardaki (harp okulları ve astsubay meslek yükseköğretim, mali ve bütçe hizmetlerini, b) Silahlı Kuvvetlerin Cumhurbaşkanınca kararlaştırılacak savunma politikaları çerçevesinde, Genelkurmay Başkanlığı tarafından tespit olunan ve Millî Savunma Bakanı tarafından onaylanan ilke, öncelik ve ana programlarına göre: ... yürütmektir."

²⁰ Demirağ, 268; Olgun Değirmenci, *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016), 307.

Askerî suçlarla geniş anlamda korunan hukuki değerler askerî disiplin olduğu yönünde bk. Zeynel T. Kangal, *Askerî Ceza Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012), 104.

A. MADDİ UNSURLAR

1. Hareket

AsCK m.79/1'deki kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtmenin ayrı bir suç olarak maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmesi gerektiği ve suçun bu doğrultuda inceleneceği ifade edilmişti. Bu durumda, AsCK m.79/1'de düzenlenen suç, kendini kasten sakatlama veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirmek olacaktır. İlk bakışta, fıkra metnindeki *veya* bağlacı dolayısıyla suçun hareketin sayısı bakımından seçimlik hareketli bir suç olduğunun düşünülmesi mümkündür²¹. Bununla birlikte, buradaki *veya* bağlacı öncesindeki kasten sakatlama örnek kabilinden bir hareket²² olarak sayılmıştır; zira *veya* bağlacından sonra herhangi bir suretle ibaresi yer almaktadır. Buna göre, kanaatimizce, suç, hareketin sayısı bakımından tek hareketli bir suçtur. Keza önerimize göre AsCK m.79/2'de düzenlenecek olan kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme suçu da tek hareketli bir suçtur. Ayrıca yine önerimize göre, AsCK m.79/2'de kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile birlikte düzenlenecek olan başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu da tek hareketli bir suçtur²³.

AsCK m.79'daki suçun, hareketin şekli bakımından incelenebilmesi için öncelikle suçun sırf hareket suçu mu yoksa neticeli suç mu olduğu tespit edilmelidir. Çünkü sırf hareket suçlarında, hareketin icrai veya ihmali olduğu yönünde bir belirleme kanun koyucu tarafından yapılmamıştır. Esas itibarıyla, bu tür suçlarda, hareketin şeklinin bir önemi de bulunmamaktadır; diğer deyişle, bu tür suçlarda, icrai hareket ile ihmali hareket arasında bir fark da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, neticeli suçlarda, suçta kanunilik ilkesinin bir gereği olarak, neticenin meydana gelmesi bakımından kişinin hangi hâllerde ihmali hareketinden dolayı sorumlu olacağı kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmelidir. Bu belirlemenin farklı yollarla yapılması mümkündür. Örneğin 5326 numaralı Kabahatler Kanunu'nda, bu hususta, Kanun'un genel hükümler kısmında bir hüküm vazedilmiştir²⁴. Böylelikle, kişilerin hangi hâllerde ihmali hareketle bir kabaha-

²¹ Demirağ, 268; Kardeş ve Çıngı, 414; Değirmenci, 309.

²² Duran'a göre, 1111 numaralı Askerlik Kanununun 28. maddesinde, 27.07.1970 tarihli ve 1315 numaralı Kanunla değişiklik yapılmadan önce, sakatlama ve askerliğe yaramayacak hâle getirmenin ayrı anlamları vardı. Askerlik Kanunu m.28 ve Askerlik Kanunu'ndaki atıf dolayısıyla Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliği düzenlenirken her iki hâlin dikkate alınmaması dolayısıyla AsCK m.79'daki sakatlama, askerliğe yaramayacak hâle getirme ve her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi arasında bir kavram karmaşası ortaya çıkmıştır. Bk. Duran, 1040. Çalışmada A. Maddi Unsurlar - 2. Netice başlığı altında bu mesele ele alınmıştır.

²³ M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, M. Emin Alşahin ve Kerim Çakır, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2022), 325; Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Serkan Meraklı, Pınar Bacaksız ve İsa Başbüyük, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023), 235.

²⁴ KabK. m.7 (Kabahatin ihmali davranışla işlenmesi) - "(1) *Kabahat, icrai veya ihmali davranışla işlenebilir. İhmali davranışla işlenmiş kabahatin varlığı için kişi açısından belli bir icrai davranışta bulunma hususunda hukukî yükümlülüğün varlığı gerekir.*"

ti işlemek dolayısıyla sorumlu olacakları noktasında, tüm kabahatler açısından geçerli genel bir hükme yer verilmiştir. Kanun koyucunun 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'ndaki yaklaşımı ise bu hususta tüm suçlar açısından geçerli genel bir hükme yer vermek yerine; kişinin, hangi hâllerde ihmali hareketle bir suçu işlemek dolayısıyla sorumlu olacağını özel hükümler vazedilerek belirlenmesi şeklinde olmuştur. Buna göre, TCK'da, ihmali hareketin icrai harekete eş değer kabul edildiği neticeli suçlar, m.83, m.88 ve m.94/5'te yer almaktadır. Mezkûr suçlar, garantörsel ihmali suçlar olarak da adlandırılmakta olup, bu suçlarda, kişinin, bir hareketi gerçekleştirmek hususunda bir hukuki yükümlülüğünün (garantörlüğün) varlığı aranmaktadır. Nitekim sorumluluk, hukuki yükümlülüğe uyulmamasından, bir ifadeyle, ihmali hareketten kaynaklanmaktadır. Bu suçlar dışındaki bir neticeli suçun ihmali hareketle işlenmesi dolayısıyla kişilerin ceza hukuku sorumluluğunun doğması mümkün değildir²⁵.

Açıklamalar doğrultusunda AsCK m.79/1'in ve m.79/2'nin önerilen hâline bakıldığında, burada birer neticeli suçun var olduğu ve bu suçların, ihmali hareketle işlenmesi hâlinde sorumluluk doğacağı kanun koyucu tarafından açık bir şekilde belirtilmediği için, yalnızca icrai bir hareketle işlenebileceği söylenmemiştir²⁶. Bu durumda, AsCK m.79/2'de, kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile birlikte düzenlenecek olan, başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmenin de yalnızca icrai bir hareketle işlenebilecek suç olduğunun söylenmesi mümkündür.

AsCK m.79'un yürürlükte olan hâlinde, veya bağlacı dolayısıyla suçun, ilk bakışta, hareketin önemi bakımından seçimlik hareketli bir suç olduğunun düşünülmesinin mümkün olacağına işaret edilmişti. Bununla birlikte, başka bir kanıt ileri sürülmesine gerek olmaksızın, kanun koyucu tarafından veya herhangi bir suretle ibaresinin kullanılmış olması söz konusudur. Maddenin birinci fıkrasındaki söz konusu ibare, serbest hareketli bir suça işaret etmektedir²⁷. Bu nedenle, kanaatimizce örnek kabilinden zikredilen kasten sakatlayan ibaresi de metinden çıkarılarak, AsCK m.79/1'in ilk fıkrasında suçun kanuni tanımı, suçta kanunilik

²⁵ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 398, 399, s. 399 dn. 1220; Hakan Hakeri, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2021), 149; Rahime Erbaş, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 147, 148, 149; Fatih Yurtlu, *İhmali Suçlar*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 174, 175, 198, 386 (Bununla birlikte, öğretilde Yurtlu, TCK m.83'ten geniş ölçüde yararlanılarak, TCK'nın genel hükümler kitabında suçun ihmali hareketle işlenmesine ilişkin bir hüküm vazedilmesinin isabetli olacağını ifade etmektedir. Bk. Yurtlu, 386). Esasen kanun koyucu, bu suçlarda, ihmali hareketin hangi hâllerde icrai harekete eş değer olacağını, TCK m.83/2'de belirtmiştir: TCK m.83/2 - "(2) İhmali ve icrai davranışın eşdeğer kabul edilebilmesi için, kişinin; a) Belli bir icrai davranışta bulunmak hususunda kanuni düzenlemelerden veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünün bulunması, b) Önceden gerçekleştirdiği davranışın başkalarının hayatı ile ilgili olarak tehlikeli bir durum oluşturması, gerekir." Bk. Erbaş, 306.

²⁶ Duran, 1034.

²⁷ Kangal, 96.

ilkesinin icapları bakımından yapılacak açıklamalarımızın saklı kalması kaydıyla, kendisini askerliğe yaramayacak hâle getiren şekilde yapılmalıdır. AsCK m.79'da birlikte düzenlenmesi gerektiği ifade edilen kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçları da hareketin önemi bakımından serbest hareketli suçlardır. Çünkü rıza açıklamasının herhangi bir şekilde yapılması mümkün olduğu gibi, asker kişinin, herhangi bir hareketle askerliğe yaramayacak hâle getirilmesi mümkündür²⁸.

Son olarak, AsCK m.79/1'de düzenlenecek olan kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, hareketin icrasının veya neticenin devam edip etmemesine göre değerlendirildiğinde, bu suçun, keza m.79'da düzenlenecek olan kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçlarının ani suç olduğu söylenmelidir. Her iki fıkradaki suçlarda da hareketin icrasının devam etmemesinin yanı sıra, kişinin askerliğe yaramayacak hâle gelmesi veya suçun neticesi sebebiyle ağırlaşmış hâli olarak düzenlenen fiilin her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmesi neticesi, hareketin işlenmesinden daha sonra da meydana gelebilecek olmakla birlikte, bu neticeler de devam etmemekte, bir kez meydana gelmektedir²⁹.

2. Netice

AsCK m.79'un başlığında kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirenlerin cezası, m.80'in başlığında ise başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirenlerin cezası ifadesi bulunmaktadır. Buna göre, kanun koyucu yalnızca bu suçları oluşturan hareketleri değil, bu hareketlerin dış dünyada meydana getireceği değişiklik olarak kişinin kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmesini veya rızasıyla bu hâle getirtmesini ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmeyi de yasaklamak istemiştir. Kanun koyucunun hareketle birlikte yasaklamak istediği bu hususlar netice unsuru olup, her iki maddenin, madde metinlerinde de zikredilmiştir³⁰. Suç tipinde ayrı bir netice unsuruna yer verildiğine göre, AsCK m.79/1'deki suç, neticeli bir suçtur. Keza AsCK m.80'de düzenlenmiş olmakla birlikte, m.79'da kendini rızasıyla askerliğe yaramayacak hâle getirtme ile birlikte düzenlenmesi gerektiğini belirttiğimiz başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme de kişinin askerliğe yaramayacak hâle gelmesi neticesi arandığı için neticeli bir suçtur³¹.

Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme veya kişinin rızası ile başkası tarafından askerliğe yaramayacak hâle getirilmesi ve aynı zamanda başkasını

²⁸ Duran, 1034.

²⁹ Duran, 1035.

³⁰ Öztekin Tosun, *Suç Hukuku El Kitabı*, (İstanbul: Ar Basım Yayım Dağıtım, 1982), 118.

³¹ Duran, 1036. Kanun koyucunun suçun kanuni tanımında, suçun oluşabilmesi için ayrıca bir neticeyi arandığı suçların neticeli suç olduğu yönünde bk. Mustafa Özen, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler Dersleri*, (Ankara: Adalet Yayıncılık, 2023), 262; Murat Volkan Dülger, *Ceza Hukuku Genel Hükmeler*, (İstanbul, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021), 309: 10.293.

askerliğe yaramayacak hâle getirme neticeleri için askerliğe yaramayacak hâle gelmenin anlamının tespit edilmesi gerekmektedir. Konu ile ilgili olarak mülga 1111 numaralı Askerlik Kanunu'nun askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esasların düzenlendiği 10. maddesinde, *Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine göre bedeni kabiliyeti askerliğe elverişli olmayanların askerlik hizmetinden muaf tutulacakları* hükmü, 28. maddesinde ise *yoklamaları yapılanların, askerliğe elverişli olanlar veya askerliğe elverişli olmayanlar olarak ikiye ayrılacakları ve askerliğe elverişli olmayanların asker edilmeyecekleri* hükmü yer almaktaydı. 1111 numaralı Kanun'un 10. maddesinde de böylelikle Türk Silahlı Kuvvetleri Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine atıf yapılmaktaydı. 1111 numaralı Askerlik Kanunu, 7179 numaralı Askerlik Kanunu m.63/1 ile yürürlükten kaldırılmıştır³². Suça ilişkin düzenleme hâlen yürürlükte olduğuna göre, netice unsuru olarak düzenlenen hususların anlamının da yürürlükte olan mevzuata göre tespit edilmesi gerekmektedir. Buna göre, inceleme, 7179 numaralı Kanun doğrultusunda yapılmalıdır.

7179 numaralı Kanun'da yükümlülerin³³ sağlık muayenesi ve onay işlemlerine ilişkin olarak 15. maddede düzenleme bulunmaktadır. 16. maddede ise yoklaması yapılanların; askerliğe elverişli olanlar, geçici rahatsızlığı bulunanlar ve askerliğe elverişli olmayanlar olarak ayrılacağı, askerliğe elverişli olmayanların ise silahlı altına alınmayacağı ifade edilmiştir. Yükümlülerin sağlık muayenesi ve onay işlemlerinin düzenlendiği 15. maddede, Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine atıf yapılmıştır (7179 numaralı Kanun m.15/1). Yönetmeliğin 5. maddesinde, askerlik çağına giren yükümlülerin, yoklamaları sonucunda; askerliğe elverişli olanlar ve askerliğe elverişli olmayanlar olmak üzere iki gruba ayrılacağı; askerliğe elverişli olmayanların ise hastalıkları, Hastalıklar Listesinin (B) ve (D) dilimlerine girenler olduğu ifade edilmiştir. Önemle belirtilmelidir ki, Yönetmeliğin 3. maddesinde, hastalıklar listesinin kullanımına ilişkin açıklamaların, hastalıklar listesi ile birlikte Yönetmelik ekinde yer aldığı hükmü bulunmaktadır³⁴.

Kanaatimizce madde metinlerindeki kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme, rızasıyla bu hâle getirme veya başkasını bu hâle getirme ifadelerinin

³² 7179 numaralı Askerlik Kanunu m.63/1 - "(1) 21/6/1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanunu ... yürürlükten kaldırılmıştır."

³³ 7179 numaralı Kanun m.3/1-j'ye göre, yükümlüden anlaşılması gereken, askerlik hizmetini bu Kanun hükümleri gereğince yerine getirmek veya yerine getirmiş sayılmak zorunda olan erkek Türk vatandaşlarıdır.

³⁴ Türk Silahlı Kuvvetleri, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı Sağlık Yeteneği Yönetmeliği m.3 - "(1) Bu Yönetmeliğe bağlı ekler şunlardır: a) 17 ve Üzeri Yaş İçin Boy ve Ağırlık Sınırları Tablosu (EK-A). b) Hastalıklar Listesi ve Sınıflandırma veya Branş Belirleme Çizelgelerinin Kullanımına İlişkin Açıklamalar (EK-B). c) Hastalıklar Listesi (EK-C). ç) Sınıflandırma veya Branş Belirleme Çizelgeleri (EK-Ç). d) Personel Adaylarının Hastalıklara Göre Değerlendirme Çizelgesi (EK-D)."

yani suçun kanuni tanımındaki bir unsurun anlamının açık olmaması, belirlilik ilkesine ve dolayısıyla suçta kanunilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Gerçi bu hususta yönetmelikte ayrıntılı düzenleme olduğu, her iki unsurun anlamının bu düzenlemelere göre açıkça belli olduğu ifade edilebilir. Bununla birlikte, suçta kanunilik ilkesi açısından zaten sorun teşkil eden husus, bunların anlamının kanun koyucu tarafından kanunda gösterilmemiş olmasıdır. Uygulayıcının, somut olay açısından yönetmelikteki hükümleri dikkate alması gerekmediği gibi, zaten dikkate almaması da gerekmektedir³⁵.

3. Fail

AsCK m.79'daki suçun fail unsurunun, 24.06.2021 tarihli ve 7329 numaralı Kanun m.1 ile AsCK'ya eklenen 11. maddeden önceki ve sonraki dönem şeklinde ikiye ayrılarak incelenmesi gerekmektedir. Zikredilen ek maddeden önceki dönemde, AsCK m.79'daki suçun, sırf askerî suçlardan olmadığı, askerî suç benzeri olduğu ifade edilmiştir. Bu itibarla, suç, faili bakımından, herkes tarafından işlenebilen suç şeklinde kabul edilmiştir³⁶.

7329 numaralı Kanun m.1 ile AsCK'ya eklenen Ek Madde 11'in ikinci fıkrasında³⁷, sırf askerî suçun tanımı yapılmış ve AsCK'daki hangi suçların sırf askerî suç olduğu, bunların düzenlendiği maddelerle birlikte tek tek sayılarak gösterilmiştir. AsCK m.79 da Ek Madde 11/2'de zikredilen hükümlerden biridir. Buna göre, AsCK m.79'daki suç, artık sırf askerî suç niteliğindedir³⁸. AsCK Ek Madde 11/2'deki sırf askerî suçun tanımında, asker kişiler tarafından işlenen ibaresi yer almaktadır. Asker kişiler ibaresi, bu suçun işlenmesi bakımından bir özel faillik vas-

³⁵ Böylece meselenin Duran'ın o dönem için ifade ettiği gibi, sakatlama ve askerliğe yaramayacak hâle getirme ile her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetini mahvetme arasında bir kavram karmaşası olması değil, bu kavramların anlamlarının Kanun'da düzenlenmemesi olduğunu düşünmekteyiz. Kanun'da sakatlamanın anlamı belirtilmediği müddetçe sakatlamanın, askerliğe yaramayacak hâle getirilmeden farklı olduğu değil, ancak bunun bir şekli olduğu düşünülebilir. Bu bağlamda, yukarıda hareket başlığı altında, sakatlamanın örnek kabilinden zikredildiği ifade edilmiştir. Duran'ın bu husustaki görüşleri için bk. Duran, 1039, 1040. Uygulamada ise meselenin, AsCK m.79/1 ile m.79/2'nin aynı hâlleri kapsar şekle dönüştüğü gerekçesiyle, fiilin, ceza bakımından lehe olan AsCK m.79/1'deki suçu teşkil ettiği kabul edilerek çözümlenmesi yoluna gidilmiştir. Ergül, 34.

³⁶ Değirmenci, 309; Kardeş ve Çıngı, 414; Cihan Koç, *Notlu - Açıklamalı - İçtihatlı - Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği & Askerî Ceza Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*, (Ankara: yayınevi yok, 2019), 421.

³⁷ 7329 numaralı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1 hükmü, şu şekildedir: "22/5/1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununa aşağıdaki ek maddede eklenmiştir. // "Askerî suçlar ile sırf askerî suçlar: EK MADDE 11 - Bu Kanunda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar, askerî suçtur. // Bu Kanunda düzenlenen ve asker kişiler tarafından işlenen 60 ıncı, 62 nci, 65 inci, 66 nci, 67 nci, 68 inci, 70 inci, 79 uncu, 81 inci, 82 nci, 85 inci, 87 nci, 88 inci, 89 uncu, 90 ıncı, 91 inci, 97 nci, 98 inci, 100 üncü, 101 inci, 102 nci ve 136 nci maddelerinde düzenlenen suçlar, sırf askerî suçtur."

³⁸ Demirağ, 268.

fının aranması demektir. Bu da AsCK m.79'daki suçun faili bakımından artık özgü suç olduğunun kabul edilmesini gerektirmektedir³⁹. Ayrıca belirtilmelidir ki, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme, faili bakımından bizzat işlenebilen suç da niteliğindedir. Bununla birlikte, özgü suç bağlamında, bir özel vasıf olarak asker kişilerden kimlerin AsCK m.79'daki suçun faili olabileceği de ayrıca tartışılmalıdır.

Öncelikle mevzuata bakıldığında, AsCK m.3/1'de askerî şahıs şeklinde bir tanımın yapıldığı görülmektedir. Buna göre, “*Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er, erbaş ve erler ile askerî öğrencilerdir.*” (AsCK m.3/1). Ayrıca AsCK m.4'te, ihtiyat askerî şahıs tabiri bulunmakta; ihtiyat askerî şahısların askerî hizmette buldukları müddetçe bu kanun hükümlerine tabi olduğu ifade edilmektedir. Keza 211 numaralı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu m.2/2'de de bir asker (kişi) tanımlaması bulunmaktadır. Bu hükme göre de “*Asker: Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silahlı Kuvvetlere intisabeden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir.*” (TSK İç Hizmet Kanunu m.2/2). Kanaatimizce AsCK'daki bir suça ilişkin değerlendirme yapıldığına göre, esas alınması gereken, birlik açısından mevzuatta aynı tanımın kullanılması yönündeki görüşümüzü saklı tutarak, AsCK'daki asker kişi (askerî şahıs) tanımlamasıdır. Bununla birlikte, AsCK m.79'daki suç açısından özel bir durum olarak, yalnızca sivil personel haricindeki asker kişilerin bu suçun faili olabileceği telakki edilmektedir. Bunun için de AsCK'ya, TSK İç Hizmet Kanunu m.2/1'de yer alan “*Askerlik: Harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyettir.*” şeklindeki bir tanım, aynı zamanda suçta kanunilik ilkesinin de bir gereği olarak eklenmelidir.

AsCK Ek Madde 11/2'de sayılan sırf askerî suçlara ilişkin maddeler arasında, AsCK m.80 bulunmamaktadır. Bu durumda, AsCK m.80'deki suçun, faili bakımından, herkes tarafından işlenebilen suç olduğunun söylenmesi mümkündür.

4. Mağdur

Suçla korunan hukuki değer başlığı altında da belirtildiği üzere, suçun işlenmesiyle, askerliğin icaplarının yerine getirilememesine ve millî savunma kamu hizmetinin aksamasına neden olunmaktadır. Bu durumda AsCK m.79'da birlikte düzenlenmesi gerektiği belirtilen, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme ile (rıza gösteren) başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme (AsCK m.80) suçlarının mağduru, toplumdur⁴⁰.

³⁹ Demirağ, 269. TCK m.40/2'ye göre, “(2) *Özgü suçlarda, ancak özel faillik niteliğini taşıyan kişi fail olabilir. ...*”. Özgü suçun anlamı için ayrıca bk. Kayıhan İçel, *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 307, 561; Nur Centel, Hamide Zafer ve Özlem Çakmut, *Türk Ceza Hukukuna Giriş* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020), 238, 239, 511; Hamide Zafer, *Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m.1-75* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019), 189.

⁴⁰ Suçun mağdurunun devlet olduğu yönünde bk. Değirmenci, 310; Duran, 1039.

5. Konu

Suçun mağduru toplum olduğuna ve kendini askerliğe yaramayacak hâle getiren veya rıza ile bu hâle getiren kişi, suçun mağduru olmadığına göre⁴¹, konunun, askerliğe yaramayacak hâle gelen veya getirilen kişinin vücudu olduğunun söylenmesi isabetli olmayacaktır. Çünkü mağdur, suçun konusunun ait olduğu gerçek kişidir⁴². Kanaatimizce bu suçlarda, konu, askerlik hizmetinin icapları ve millî savunma kamu hizmetidir.

6. Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek, Rıza ile Bu Hâle Getirtmek ve Başkasını Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek Suçlarının Nitelikli Hâlleri

a. Özel Nitelikli Hâller

AsCK m.79/1'deki suçun temel hâlinin yaptırımı, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası iken, m.79/3'te, suçun seferberlikte işlenmesi hâlinde yaptırım on yıl ağır hapis, düşman karşısında işlenmesi hâlinde ise yaptırım ölüm cezası olarak öngörülmüştür. Yaptırım ile ilgili açıklamaları aşağıda ayrı bir başlık altında yapacağımız için burada yalnızca nitelikli hâllerin anlamları üzerinde durulacaktır. AsCK m.8'de seferberlik şu şekilde açıklanmıştır: “1 - Sefer tabiri harb hâlini ihtiva eden seferberliktir. 2 - Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını amir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten hâldir. 3 - Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyri hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üssülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır.” AsCK m.9'da düşman karşısı ibaresi ise şu şekilde açıklanmıştır: “Seferberlikte düşman ile müsademeyi intizaren emniyet hizmetleri tatbik ve ifa olunmağa başladığı zamandan itibaren bu müsademeye memur kıta, gemi, tayyare düşman karşısında sayılır.” Yine AsCK m.10'da ise “Silahlı eşkiya düşman sayılır.” hükmü yer almaktadır.

b. Genel Nitelikli Hâller

1632 numaralı Askerî Ceza Kanunu'nun Birinci Kitap (Askerî suçlar ve kabahatler ve cezalar) İkinci Bap (Cezalar) Sekizinci Fasılların başlığı müşterek hükümler şeklindedir. Bu fasılda yer alan 51. maddede, daha ağır cezayı gerektiren bir genel nitelikli hâl düzenlenmiştir. Buna göre; “Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki hâller her hâlde cezanın arttırılmasını muciptir. // A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek; // B) Suç silahın veya resmî nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; // C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek⁴³.”

⁴¹ Değirmenci, 310.

⁴² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 383, 384; Özgenç, 226.

⁴³ AsCK m.51/A'daki madun, ast anlamına gelmektedir. TSK İç Hizmet Kanunu m.10/2'ye göre; ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir. AsCK m.51/B'deki silah ibaresi,

B. MANEVİ UNSUR

AsCK m.79/1’de düzenlenmiş olan kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçu, kasten işlenebilecek bir suç niteliğindedir. Bununla birlikte, 2017 yılındaki Anayasa değişikliği ile Askerî Yargıtay kaldırılmadan önce Askerî Yargıtay’ın içtihatlarında, keza Askerî Yargıtay dairelerinin içtihatlarında ve o dönem için öğretide, bu suç için genel kastın yanı sıra özel kastın da aranacağı ifade edilmiştir⁴⁴.

AsCK’da tanımlanmamıştır. Öğretide silahın, orduda kullanılması olağan olan kesici, patlayıcı ve ateşli silahlar olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Aynı hükümdeki hizmet, TSK İç Hizmet Kanunu m.6’ya göre; kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazılı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir. Bununla birlikte, TSK İç Hizmet Kanunu m.14/1’de astın, kanun ve nizamlarda gösterilen hâllerde de üstlerine mutlak itaate mecbur olduğu; bu bağlamda, örneğin, aynı Kanun m.24’e göre, disipline aykırı gördüğü her hâle müdahaleye ve emir vermeye her üst görevli olduğu için hizmet ilişkisi de AsCK’da tanımlanmamıştır. O dönemde Askerî Yargıtay’ın bazı içtihatlarında en az üç kişinin fiili gerçekleştirilmesi hâlinde müteaddit şahıslar tarafından suçun işlenmiş olacağı kabul edilmiştir. Genel nitelikli hâllerle ilgili daha ayrıntılı açıklamalar için bk. Sahir Erman, *Askerî Ceza Hukuku: Umumi Kısım ve Usul*, (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963), 154-161; Değirmenci, 145-153; Erman, 105-108. Kanaatimizce suçta kanunilik ilkesi açısından AsCK’da anlamı açıklanmamış ibarelerin, AsCK’da tanımlanması gerekmektedir.

⁴⁴ Demirağ, 269; Kardeş ve Çıngı, 415, 416, 417; Koç, 422 (Failin, bu suç için kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmek/getirtmek özel kastı ile hareket ettiğinin de hiçbir kuşkuyla yer vermeyecek şekilde araştırılması gerekir. Koç, 422); Değirmenci, 311; Ergül, 32. “... Suçun manevî unsuru için genel kast yetmemekte, yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi, sanıkların kendilerini askerliğe yaramayacak hâle getirme özel kastı ile hareket ettiklerinin, kuşkuyla yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekmektedir.” AsY3.D, 03.05.2055, E. 2005/0524, K. 2005/0520; “AsCK’nın 79’uncu maddesinde düzenlenen “Kendini Askerliğe Yaramayacak Hâle Getirmek” suçunun oluşabilmesi için sanığın, askerlikten kurtulmak özel kastı ile kendisini sakatlaması veya herhangi bir biçimde askerliğe yaramayacak hâle getirmesi gerekmektedir. Askerlikten kurtulmak özel kastı ile olmayan yaşama son vermeye yönelik eylemler veya dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu olan yaralanmalarda bu suç oluşmaz. ...” AsY1.D, 19.03.2008, E. 2008/831, K. 2008/828; “... sanığın olaydan sonra kendisini ayağından vurduğunu söyleyerek bu olaydan dolayı ne kadar izin verileceğini sorması (tanık E.T.’nin beyanı) hususları birlikte değerlendirildiğinde, sanığın askerlikten kurtulmak özel kastıyla hareket ederek kendisini elverişli vasıta ile yaraladığı ...” AsY1.D, 25.06.2008, E. 2008/1956, K. 2008/1955, Koç, 423, 425’ten naklen; “... Özel kastın belirlenebilmesi için somut olayın bütün özellikleri, failin geçmiş, hazırlık hareketleri, sağlık durumu, failin işleniş şekli, yaralanmanın yeri, mahiyeti ve sair tüm hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. // Sanığın olay anındaki tepkileri ve içinde bulunduğu ruh hâli ile eylem safhaları birlikte değerlendirilerek öze kastın varlığına ulaşmak gerekir. Sanığın olay öncesinde askerlikten hoşnut olup olmadığı, kendisini vurduğu bölgenin özellikleri, olay sonrasındaki tavırları, özel kastı bulunup bulunmadığının belirlenmesinde etkili olacaktır. ...” AsYDai.Kr1, 21.03.2013, E. 2013/33, K. 2013/30, Değirmenci, 311, 312, dn. 125’ten naklen.

İfade edilmelidir ki, 2017 yılından sonraki süreçte, AsCK m.79’daki suçla ilgili olarak, adli yargılamadaki mercilere ait tespit edebildiğimiz iki içtihat bulunmaktadır. Bu içtihatların birinde, AsCK m.79’daki suç için özel kastın aranacağı belirtilmiştir. “Bir an için atılı suçun maddi unsuru itibarıyla oluşturduğu düşünülebilir ise de; sanığın aşamalarda tespit olunan, birbiriyle tam bir uyum gösteren savunmalarında ve istinaf dilekçesinde ısrarla, olay tarihinde şu an imam nikahlı olduğu kız arkadaşının ailesinin kendisinden ayrılmasını istediklerini söylemesi üzerine kendini kaybettiğini, ne yaptığını bilmez şekilde kendisine zarar verdiğini, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek kastının bulunmadığını, psikiyatrik tedavi gördüğünü beyan etmiş olması, askerlik hizmeti süresince psikolojik rahatsızlığı nedeniyle bir çok kez tedavi görmüş ve kendisine “Uyum bozuklukları” tanısı konulmuş olması, danışma özet formunda, kolda sigara ve jilet izleri bulunduğu, kendine

Belirtilmelidir ki, suçta kanunilik ilkesi gereğince suçun kanuni tanımında açıkça aranmamış bir unsurun mahkeme içtihatları ile aranması isabetli değildir⁴⁵. Öyle değerlendirmiyoruz ki, o dönem için Askerî Yargıtay'ı ve öğretiyi bu yönde içtihatla bulunmaya, görüş ileri sürmeye sevk eden husus, hükümde *kasten* ibaresinin kullanılmış olması ve o dönem için genel kast-özel kast ayrımının yapıyor olmasıdır. Bununla birlikte, örneğin AsCK m.79/1'deki *kasten* ibaresinin yerine amaç ibaresi ikame edildiğinde anlamlı bir ifade ortaya çıkmamaktadır. Buna karşılık, örneğin, AsCK m.81/1'deki *kasten* ibaresi, o dönem için özel kast olarak adlandırılan amaç unsuruna işaret etmektedir; çünkü bu hükümdeki *kastıyla* ibaresinin yerine *amacıyla* ibaresi ikame edildiğinde anlamlı bir ifade ortaya çıkmaktadır⁴⁶. Kanaatimizce hükümdeki *kasten* ibaresi, tipikliğin işleniş şekillerinden biri olarak kasta işaret etmektedir. Aksi takdirde, örneğin TCK'daki *kasten* ibaresinin kullanıldığı her suç tanımında, amaç veya saik arandığı şeklinde isabetli olmayan bir sonuca ulaşılabilecektir. Bununla birlikte, içtima sorununun da çözümlenmesine sağlayacağı katkı dolayısıyla AsCK m.79'da düzenlenecek suçlar için amaç unsurunun aranması gerektiğini telakki etmekteyiz⁴⁷.

Manevi unsur başlığı altında, AsCK m.79/2'deki düzenleme dolayısıyla neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suça da değinilmesi gerekir. AsCK m.79/2'ye göre, "*Füil her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise suçlu yedi seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.*" Öncelikle belirtilmelidir ki, hükümdeki, *her nevi askerî maksatlar* ibaresi, açık değildir; bu itibarla da belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Burada yine mezkûr ibarenin anlamı için Yönetmeliğe bakılacağı ileri sürülebilir. Bununla birlikte, suçta kanunilik ilkesinin icapları bakımından, düzenlemenin kanunda açık ve seçik bir şekilde yapılması gerekmektedir. İkinci olarak, burada suçun nitelikli hâline ilişkin bir düzenleme değil, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış suç düzenlemesi bulunmaktadır. Kanun koyucunun iradesine göre,

zarar verici davranışlarda bulunmakta ve bunları sürdürmeye meyilli olduğu yönünden tespitler bulunması birlikte değerlendirildiğinde, dosya içeriğine göre anti- sosyal kişilik yapısında olduğu anlaşılan sanığın askerlikten kısmen ve tamamen kurtulmak "özel kastıyla" hareket ettiğini söylemenin mümkün olmadığı, en azından dosya kapsamına göre bu hususun şüpheli kaldığı, şüphenin sanık lehine yorumlanması gerektiği ceza hukuku genel prensibinden hareketle atılı suçun manevi unsur itibarıyla da oluşmadığı sonucuna varılmıştır." AnkaraBAM9.CD, 05.02.2019, E. 2018/7990, K. 2019/769 (İçtihat, Lexpera (Hukuk) veri tabanından alınmıştır.).

⁴⁵ Burada ceza hukuku sorumluluğunun alanını daraltması dolayısıyla söz konusu içtihadın, suçta kanunilik ilkesi ile çelişmediği görüşünün de ileri sürülmesi mümkündür. Bununla birlikte, öğretilerde Baytaz'ın ifade ettiği gibi, suçta kanunilik ilkesinin sonuçlarından biri olan belirlilik ilkesi, suçun maddi unsurlarının kanunda açıkça düzenlenmesini gerektirmektedir. Bk. Abdullah Batuhan Baytaz, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 74, 75.

⁴⁶ Bu bağlamda, AsCK m.81'deki suçta da özel kast aranacağı ifade edilmiştir. Koç, 430.

⁴⁷ 5237 numaralı TCK'da genel kast-özel kast ayrımının terk edilmiş olması dolayısıyla suçun kanuni tanımında tipikliğin bir manevi unsuru olarak amaç ibaresinin kullanılması gerekmektedir. Özgenc, 302. Bu durumda, suç ancak doğrudan kast ile işlenebilecek, olası kastla işlenemeyecektir. Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 419.

suçta kanunilik ilkesine ilişkin açıklamalarımız yine saklı kalmak kaydıyla, kastedilenden daha ağır neticenin doğması söz konusudur. Bu nedenle, hüküm, suçta kanunilik ilkesinin icaplarına uygun hâle getirildiği takdirde, yine neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi olursa TCK m.23'teki neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç için var olan hüküm, bu suç açısından da uygulanacaktır⁴⁸.

C. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

AsCK m.79/2'de düzenlenmesi gerektiği ifade edilen rıza ile kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesi suçunda, zaten rıza göstermek cezalandırıldığına göre, bu suç açısından ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeninin geçerli olması mümkün değildir⁴⁹. Keza, AsCK m.79'daki düzenlenecek olan ve suç teşkil eden fiilleri, suç olmaktan çıkarıp, hukuka uygun hâle getirecek bir hukuka uygunluk nedeni de bulunmamaktadır⁵⁰.

IV. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

A. TEŞEBBÜS

Neticeli bir suç olması itibarıyla, AsCK m.79'da düzenlenecek olan suçlara teşebbüs mümkündür. Kaldırılmasından önceki dönemde Askerî Yargıtay tarafından verilen içtihatlarda da suçta teşebbüsün mümkün olduğu ifade edilmiştir⁵¹.

⁴⁸ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 146. Aksi yönde incelemeler için bk. Değirmenci, 310; Demirağ, 269; Duran, 1039 (Öğretide Duran, bu düzenlemeyi, netice nedeniyle cezanın ağırlaştırılmış hâli başlığı altında incelemektedir.).

TCK m.23 - "(1) Bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir."

⁴⁹ Duran, 1049.

⁵⁰ Örneğin kişinin tedavi maksadıyla gerçekleştirilen bir müdahale sonucunda askerliğe yaramayacak hâle gelmesi meselesinin hukuka aykırılık başlığı altında değil, tipikliğin manevi unsuru başlığı altında incelenmesi gerektiğini; bu bağlamda, suç tipine eklenecek saik unsuruyla bu tür meselelerin çözülebileceğini telakki etmekteyiz.

⁵¹ Demirağ, 79; Kardeş ve Çıngı, 417. "Nöbete gitmekte olan sanığın tüfeğin kurma kolunu çekip bırakarak tam dolduruşa getirdiği ve tüfeğin patlaması sonucu sol el avuç içinden yaralandığı, 20 gün hastanede kaldığı, ancak askerliğe elverişsiz hâle gelmediği, böylece sanığın hizmetten ayrı kaldığı süre nazara alındığında "kısmen askerliğe elverişsiz hâle geldiği" bu nedenle suçun teşebbüs hâlinde kaldığını kabul etmek gereklidir." AsY3.D, 09.01.2001, E. 2001/57, K. 2001/48; "Önceden yaptıkları anlaşma sonrasında aynı birlikte görev yaptığı dört arkadaşının kollarını değişik tarihlerde sert bir cisimle vurmak suretiyle kıran ve onların hava değişimine gitmelerini sağlayan sanığın eylemi, müteaddit olarak başkalarını askerliğe elverişsiz hâle getirmeye tam teşebbüs suçunu oluşturur." AsY4.D, 30.03.2004, E. 2004/378, K. 2004/404; "G-3 Piyade Tüfeğini tam dolduruş konumuna getirerek kendisini sol el avuç içinden yaralayan, muayene ve tedavileri sonucunda kati raporlarında, hayatı tehlike geçirmediği, 15 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı, uzuv, zaaf ve tadili bulunmadığı ve askerliğe elverişli olduğu tespit edilen sanığın eylemi Kendini Askerliğe Elverişsiz Hâle Getirmeye Teşebbüs Etmek" suçunu oluşturur." AsY1.D, 04.07.2007, E. 2007/1426, K. 2007/1423, Koç, 423, 424'ten naklen.

İfade edilmelidir ki, 2017 yılından sonraki süreçte, AsCK m.79'daki suçla ilgili olarak, adli yargılamadaki mercilere ait tespit edebildiğimiz iki içtihat bulunmaktadır. Bu içtihatlardan birinde, bu suçun işlenmesine elverişli vasitanın kullanılmamasından bahisle suçta teşebbüs tartışılmamış ve

B. İŞTİRAK

AsCK m.79'daki suç, artık bir sırf askerî suç olması itibarıyla özgü suç olmakla birlikte, aynı zamanda bizzat işlenebilen suçtur. Bu durumda, suça iştirakin türü ancak azmettirme veya yardım eden yani şeriklik olabilecektir⁵². AsCK m.79/2'de birlikte düzenlenmesi gerektiği belirtilen rızası ile kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme ve rızası olan kişiyi bu hâle getirme suçunda, başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunu işleyen kişinin ceza hukuku sorumluluğunun veya diğer deyişle suça iştirak türünün ayrıca tartışılması gerekmektedir. Belirtilmelidir ki, rızası olmaksızın başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirme fiilini işleyen kişinin, AsCK m.80'deki suç dolayısıyla fail olarak sorumlu tutulacağına kabulü, yukarıda işaret edilen içtima sorununu ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle, AsCK m.80'deki düzenlemenin, AsCK m.79'da, kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesine rıza gösteren kişinin fiili ile birlikte suç olarak düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmişti. Böyle bir düzenleme yapılması hâlinde de başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirenin, buna rıza gösterenin suçuna yardım eden sıfatıyla mı iştirak ettiği yoksa artık bir çok faili suçun mu var olduğu da tartışılmalıdır. Kanaatimizce başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirenin ceza hukuku sorumluluğu, buna rıza gösterenin suçuna yardım eden sıfatıyla iştiraktan belirlenecek olsa, kanunda ayrı bir hükümlerle bunun gösterilmesine gerek olmazdı; çünkü yardım edenin ceza hukuku sorumluluğu TCK'da bir genel hükümlerle düzenlenmiştir⁵³. Bu nedenle, rızasıyla kendini askerliğe yaramayacak hâle getirenin ile rıza göstereni askerliğe yaramayacak hâle getirme, karşı-

failin sorumluluğu yoluna gidilmemiştir. "Olay günü, sanığın "sol eline aldığı demir parçası ile bez sardığı sağ elinin serçe parmağına vurup şişmesine sebebiyet vermek" şeklindeki eylemi sonrasında sırasıyla sevk edildiği Birlik reviri ve GATA Hastanesinde istirahat raporu tanzim edilmemiş, keza sanığın eylemi gerçekleştirdiği demir parçasının olaydan sonra bulunmamış olması nedeniyle söz konusu demir parçasının sanığın kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmesine elverişli vasıta olup olmadığının tespit edilememiş olması hususları birlikte değerlendirildiğinde, sübuta eren eylemin, bir kimseyi askerliğe yaramayacak hale getirmeyeceği gibi bir kimsenin askerliğe elverişsiz hale gelmesini sağlayacak ağırlıkta olmadığı, dolayısıyla atılı suçun maddi unsuru itibarıyla oluşmadığı, ortada yargılama yapılmasını gerektirecek bir fiilin kalmaması karşısında, sanığın fiilinin kanunda tanımlanan suç tipine uymadığı sonucuna varılmakla, ..." AnkaraBAM9. CD, 05.02.2019, E. 2018/5444, K. 2019/763 (İçtihat, Lexpera (Hukuk) veri tabanından alınmıştır.).

⁵² Artuk, Gökçen, Alşahin ve Çakır, *Genel Hükümler*, 373.

⁵³ TCK m.39 (Yardım etme) - "(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on beş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi hâlinde, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hâllerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez." Fazla olarak, eğer burada suça iştirak, şerikliğin bir türü olarak yardım etme şeklinde söz konusu olsaydı; hükmün, failin aynı ceza ile cezalandırılacağı şeklindeki kısmı da geçersiz olurdu. Çünkü TCK m.5'e göre, "(1) Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır." AsCK m.80'in yürürlük tarihi, TCK'nın yürürlük tarihi olan 01 Haziran 2005'ten önce olduğu için AsCK m.80 hükmünün yaptırım kısmı ancak 31 Aralık 2008'e kadar uygulanabilirdi. Bu tarih itibarıyla uygulanacak olan, TCK'nın genel hükmü olarak m.39 olurdu. Bununla birlikte, söz konusu suçta, suça iştirak, şerikliğin bir türü olarak yardım eden sıfatıyla değildir. Burada belirtildiği gibi, çok faili suç bulunmaktadır.

laşma nevinden bir çok failli suç niteliğindedir. Failler, aynı amaç için karşılıklı yönlerden hareket etmektedir⁵⁴. Bu durumda, rızası olan kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getiren kişi, suça müşterek fail olarak değil; çok failli suç dolayısıyla fail olarak iştirak etmektedir⁵⁵.

C. İÇTİMA

AsCK'da m.79/1'deki kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek ve rıza ile bu hâle getirtmek suçları ile AsCK m.80'deki rıza gösteren kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun da mağduru toplum olduğu için bu suçlar açısından aynı suç işleme kararının icrası kapsamında olması kaydıyla zincirleme suç hükümlerinin uygulanması mümkündür. Örneğin failin birden fazla kez kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme neticesini meydana getiren fiilleri işlemesi veya birden fazla asker kişinin aynı anda rıza göstermesi üzerine bu kişileri askerliğe yaramayacak hâle getiren fail açısından böyle bir durum söz konusu olabilecektir. Nitekim zincirleme suçla ilgili hükmün yer aldığı TCK m.43/1'de, mağduru belli bir kişi olmayan suçlarda da ki, bu suçlarda mağdur toplumdur, bu fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir⁵⁶. Çalışmanın konusunu oluşturan suçlar açısından tartışılması gereken bir ihtimal de suçun teşebbüs aşamasında kalmasından sonra bu kez tekrar işlenerek tamamlanmasıdır. Bu durumda, AsCK m.79/1'deki kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu ile yine AsCK'daki bazı suçlar açısından da farklı neviden fikrî içtima hükümlerinin uygulanması da söz konusu olabilecektir. Örneğin, nöbet esnasında bu fiili işleyerek kendisini nöbet hizmetini yerine getiremeyecek hâle de getiren asker kişinin fiili, aynı zamanda AsCK m.136/1-A'daki suçu teşkil etmektedir. Bu durumda, farklı neviden fikrî içtima hükümleri gereğince asker kişi yalnızca AsCK m.79/1'e göre cezalandırılacaktır⁵⁷.

V. YAPTIRIM

AsCK m.79/1'de, kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunun yaptırımı, 1 yıldan 5 yıla hapis cezası olarak öngörülmüştür. Mevcut düzenlemeye göre, fiilin her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmesi

⁵⁴ Türkân Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 1998), 168; Özgenç, 594, 595, 596; Tosun, 293. Demirağ, rıza göstereni askerliğe yaramayacak hâle getiren kişinin, AsCK m.79'daki suça fail olarak iştirak dolayısıyla sorumlu olmayacağını; AsCK m.80'de düzenlenen suçun faili olarak ceza hukuku sorumluluğunun doğacağını ifade etmektedir. Demirağ, 270. Kendisinin askerliğe yaramayacak hâle getirilmesine rıza gösterme ile rıza göstereni bu hâle getirmenin aynı hükümde suç olarak düzenlenmesi hâlinde, çok failli suç oluşacağı düşüncesindeyiz.

⁵⁵ Aksi yönde görüş için bk. Duran, 1053.

⁵⁶ Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 539 (Keza suçlardan birinin teşebbüs aşamasında kalmasından sonra bu kez tekrar işlenerek tamamlanması hâlinde de zincirleme suç hükümleri uygulanabilecektir. Koca ve Üzülmüş, *Genel Hükümler*, 534); Rıza gösteren kişiyi askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçu açısından bu durumda gerçek içtima yapılacağı yönünde bk. Duran, 1055.

⁵⁷ Duran, 1055.

hâli⁵⁸ için yedi yıla kadar ağır hapis cezası, fiilin seferberlikte işlenmesi için on yıla kadar ağır hapis cezası, düşman karşısında işlenmesi için de ölüm cezası öngörülmüştür. Sırasıyla bunlar incelenecek olursa 5252 numaralı Türk Ceza Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m.6/1 ile kanunlarda öngörülen ağır hapis cezalarının, hapis cezasına dönüştürüldüğü öncelikle ifade edilmelidir.

Aynı Kanun m.6/2'de, “(2) 1 Haziran 2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş kanunlarda; a) Ağır hapis iken, birinci fıkra uyarınca hapse dönüştürülen cezalar, kanunlarında aksine bir hüküm yoksa alt sınır bir yıl, üst sınır yirmi dört yıl olarak, ... uygulanır.” hükmü, AsCK Ek Madde 9'da ise “Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları “bir sene” olarak uygulanır.” hükmü yer almaktadır. Belirtilmelidir ki, AsCK Ek Madde 9, bu Kanuna, 31.03.2005 tarihli ve 5329 numaralı Askerî Ceza Kanunu ile Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkındaki Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1 ile eklenmiştir. 5329 numaralı Kanun'un yürürlük tarihi ise 1 Haziran 2005'tir⁵⁹. Buna göre, geçerli olan hüküm, AsCK Ek Madde 9 olduğu için alt sınır belirtilmeyen yukarıdaki hâllerde, alt sınır bir yıl olarak kabul edilecektir.

Tartışılması gereken bir diğer mesele ise suçun düşman karşısında işlenmesi için ölüm cezası öngörülmüş olmasıdır. 1982 Anayasası m.38'de 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile birlikte, ölüm cezası verilemeyeceği hükmünün vazedilmesine karşılık, AsCK'da hâlen ölüm cezası ibaresinin yer aldığı hükümler bulunmaktadır. Esas itibarıyla, 2004 yılında hâlen yürürlükte olan 765 numaralı Türk Ceza Kanunu açısından bir sorun bulunmamaktaydı; çünkü 5218 numaralı Ölüm Cezasının Kaldırılması ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun m.1/A ile 765 numaralı TCK'daki idam ve ölüm ibareleri, ağırlaştırılmış müebbet (ağır) hapis olarak değiştirilmiştir. Bununla birlikte, AsCK'daki ölüm ibareleri için bir hüküm vazedilmemiş, Kanun'da bir değişiklik yapılması yoluna da gidilmemiştir. Anayasanın üstünlüğü dolayısıyla AsCK'daki ölüm cezası ibaresinin, 1982 Anayasası m.38'deki ölüm cezası verilemeyeceği hükmü karşısında geçerliliğinin bulunmadığı belirtilmelidir. Öğretide ölüm cezasının uygulanmasını gerektiren hâllerde sanık lehine hareket edilerek ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi gerektiği de ileri sürülmüştür⁶⁰. Bir kere, mezkûr ibarenin bir somut olayda itiraz yoluna konu edilmesi gerekmektedir ve mümkündür. Bununla birlikte, olması gereken, kanun koyucu tarafından bu hususta açık bir düzenleme yapılmasıdır. Suçta kanunilik ilkesi gereğince, açık bir düzenleme yapılmadan ölüm cezası

⁵⁸ Bu düzenlemenin yürürlükten kaldırılması yönündeki görüşümüzü saklı tutuyoruz. Burada yalnızca pozitif hukuk incelemesi yapılmaktadır.

⁵⁹ 5329 numaralı Kanun m.3 - “Bu Kanun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girer.”

⁶⁰ Değirmenci, 239, 240; Demirağ, 121.

yerine ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilemeyeceğini, itiraz yoluna gidilip iptal edilmediği de müddetçe bu cezayı gerektiren suçlara ilişkin hükümlerin yaptırımının olmadığını dolayısıyla uygulanamayacağını telakki etmekteyiz⁶¹.

AsCK'da, hapis cezasına seçenek müesseseler bakımından da bu müesseselerin düzenlendiği genel kanunlardaki hükümlerden farklı hükümler bulunmaktadır. Bu bağlamda, ilk olarak, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara ve ön ödeme müessesesine bakıldığında, Ek Madde 8'de "*Askerî mahkemeler ve adli yargı mahkemeleri tarafından verilen kısa süreli hapis cezaları; 16/6/1927 tarihli ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında Türk Ceza Kanununun 50 nci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen seçenek yaptırımlara, diğer askeri şahıslar hakkında ise aynı fıkranın (a), (b) ve (d) bentlerinde belirtilen seçenek yaptırımlara çevrilebilir. Ancak aşağıdaki hâllerde kısa süreli hapis cezaları seçenek yaptırımlara çevrilemez: A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi. // 1076 sayılı Kanun hükümlerine göre askerlik hizmetini yerine getiren yükümlüler ile yükümlü erbaş ve erler hakkında verilen kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımların yerine getirilmesi askerlik hizmetlerinin sonuna bırakılır. // Sırf askeri suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askeri suçlar hakkında, önödeme hükümleri uygulanmaz.*" hükmü yer almaktadır. İkinci olarak, hapis cezasının ertelenmesi müessesesine bakıldığında, m.47'de "*Türk Ceza Kanununun hapis cezasının ertelenmesine ilişkin hükümleri, askeri suçlar hakkında da uygulanır. Ancak aşağıdaki hâllerde hapis cezaları ertelenmez: A) Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi. D) Daha önce sırf askeri bir suçtan dolayı mahkûm olunması.*" hükmü yer almaktadır. Nihayet hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesine bakıldığında, Ek Madde 17'de "*4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümleri, aşağıdaki hâller hariç askeri suç ve cezalar hakkında da uygulanır: A) Sırf askeri bir suçtan dolayı altı ay veya daha fazla süreli hapis*

⁶¹ Öğretide Karakurumer, 1982 Anayasası m.38'de kasten öldürme ile sonuçlanmış cinsel istismar veya saldırı suçlarında, ölümlü sonuçlanmış bireysel veya örgütlü terör suçlarında ve savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen suçlarda ölüm cezasının uygulanabilmesine ilişkin bir istisnai düzenleme yapılması gerektiğini ifade etmektedir. Bk. Alkın Karakurumer, "Türk Hukukunda İdam Cezasının Tarihi Gelişimi", *Türkiye Günlüğü*, S. 142 (2020), 100.

cezasına hükmedilmesi. B) Fiilin, disiplini ağır şekilde ihlal etmesi veya birliğin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da birliğin muharebe hazırlığını veya etkinliğini zafiyete uğratması ya da büyük bir zarar meydana getirmesi. C) Fiilin savaş veya seferberlikte işlenmesi.” hükmü yer almaktadır.

İfade edilmelidir ki, Ek Madde 8’in ve m.47’nin yürürlükteki hâli, 5237 numaralı Türk Ceza Kanununun yürürlük tarihi olan 1 Haziran 2005’ten sonradır. Bu durumda, mezkûr maddeler açısından TCK m.5 hükmü geçerli değildir. Diğer ifadeyle, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar, hapis cezasının ertelenmesi ve ön ödeme bakımından, AsCK’da yer alan hükümler uygulanacaktır. Aynı şekilde, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi bakımından da özel kanun niteliğindeki AsCK’da yer alan hüküm uygulanacaktır.

Bu başlık altında tartışılması gereken bir mesele de 5237 numaralı Türk Ceza Kanunu’nda asli ceza ve ferî ceza ayrımının terk edilmiş olmasına karşılık, AsCK’da hâlen ferî cezaların var olması; diğer ifadeyle, ferî cezalarla ilgili hükümlerin varlığını korumasıdır⁶². AsCK’daki ferî cezalarla ilgili hükümlerin geçerliliği bakımından iki görüşün ileri sürülmesi mümkündür. Bir görüşe göre, 5237 numaralı TCK’da bu tür cezalar artık yer almamakla birlikte, AsCK’daki ferî cezalarla ilgili hükümler, özel hüküm niteliğinde olduğu ve başka bir kanunla yürürlükten kaldırılmadığı için geçerliliğini korumaktadır⁶³. Bununla birlikte, kanaatimizce, TCK’nın özel kanunlarla ilişkisinin düzenlendiği 5. maddesi, AsCK’daki ferî cezaların uygulanmasını engellemektedir. Burada karşı görüş olarak, AsCK’ya 31.03.2005 tarihli ve 5329 numaralı Kanun m.1 ile eklenen 8. maddedeki, “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer’î askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanlaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır.” hükmü ile 26.02.2008 tarihli ve 5739 numaralı Kanun m.1 ile eklenen 10. maddedeki, “Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapıncaya kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9 uncu maddeleri ile 16/6/1964 tarihli 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun 63 üncü maddesinin ikinci fıkrası hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.” hükmü ileri sürülebilir⁶⁴. İfade edilmelidir ki, AsCK Ek Madde 8, 23.06.2016 tarihli ve 6722 numaralı Kanun ile değiştirilmiştir. Maddenin yürürlükte olan hâlinde ise AsCK’daki ferî cezalarla ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, AsCK Ek Madde 10 hükmünün de Ek Madde 8 bakımından bir anlamı kalmamıştır.

⁶² Değirmenci, 243.

⁶³ Demirağ, 78.

⁶⁴ Değirmenci, 37; Kangal, 34.

5237 numaralı Türk Ceza Kanunu'nda ise ceza hukuku yaptırımları, Birinci Kitap Üçüncü Kısım'da (Yaptırımlar), birinci bölüm cezalar, ikinci bölüm güvenlik tedbirleri olacak şekilde düzenlenmiştir. Yine TCK m.45'e göre, "(1) *Suç karşılığında uygulanan yaptırım olarak cezalar, hapis ve adli para cezalarıdır.*" TCK m.5 hükmü de dikkate alındığında, kanaatimizce artık AsCK'daki ferî cezaların, AsCK'daki suçlar karşılığında uygulanması mümkün değildir⁶⁵.

VI. MUHAKEME

1632 numaralı AsCK'daki suçların muhakemesi ile ilgili olarak belirtilmesi gereken husus, 24.06.2021 tarihli ve 7329 numaralı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile bu suçların muhakemesi açısından özel hükümlerin AsCK'ya eklenmiş olmasıdır. Bu hükümlerin, AsCK'da Ek Madde 13 ila 19'da yer aldığı söylenmesi mümkündür⁶⁶. Çalışmanın konusunu oluşturan suçlar için görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir.

SONUÇ

AsCK m.79 ve m.80'de, kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek, rızası ile bu hâle getirtmek ve başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmek suçları düzenlenmiştir. Bu suçlarla korunan hukuki değer, bir kamu hizmeti olan millî savunmanın kesintiye uğratılmadan, aksatılmadan yürütülmesidir. Bu nedenle, çalışmanın konusunu oluşturan suçların varlığının korunması gerekmektedir.

AsCK m.79'un birinci fıkrasında, her ne kadar, kasten sakatlama veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak hâle getirme ibareleri yer alsada bunların anlam bakımından birbirinden farklı olduğunun ileri sürülmesi, kanunda, kanun koyucu tarafından açık bir düzenleme yapılmadığı müddetçe mümkün değildir. Üstelik suçta kanunilik ilkesinin icaplarının yerine getirilmesi için askerlik kavramının ve kişinin, hangi hâllerde askerliğe yaramayacak hâle geldiğinin kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Yürürlükteki düzenlemeye göre, AsCK m.79 ve m.80'deki suçların; serbest hareketli, icrai hareketle işlendiğinde sorumluluk doğabilecek, tek hareketli ve ani hareketli bir suç olduğunun söylenmesi mümkündür. Yine bu suçlar, neticeli suçtur. AsCK Ek Madde 11'de, m.79'daki suçun sırf askerî suç olduğu ifade edilmiştir. Buna göre, kendini askerliğe yara-

⁶⁵ Esas itibarıyla, öğretide Değirmenci de AsCK Ek Madde 8'deki değişiklikten önceki tarihli eserinde bir görüş olarak, AsCK'daki Ek Madde 8 ve Ek Madde 10 kapsamına girmeyen genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerden, TCK'nın genel hüküm niteliğindeki düzenlemelerden farklı olanlarının, 31 Aralık 2008 tarihi itibarıyla mülga olduğunu ifade etmektedir. Değirmenci, 37, 38. Öğretide Demirağ da AsCK'da yer alan bir hükmün, aynı konuda TCK'nın genel hükümlerinde bir düzenleme bulunması ve AsCK'daki bu hüküm ile açık bir çelişki içinde olması koşuluyla, 1 Ocak 2009 tarihi itibarıyla uygulanamaz hâle geldiğini belirtmektedir. Bununla birlikte, Demirağ, ferî cezalarla ilgili hükümlerin hâlen geçerli olduğunu da belirtmektedir. Demirağ, 73, 74, 78.

⁶⁶ Mezkûr hükümler için bk. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1632&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, Erişim Tarihi: Nisan 19, 2024.

mayacak hâle getirmek, faili bakımından özgü suçtur ancak aynı zamanda bizzat işlenebilen suçtur. Bu suça ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilebilir. AsCK m.80'deki suçun faili ise herkes olabilir. Bu suçların mağduru toplum olup, suçun konusu ise askerlik hizmetinin icapları ve millî savunma kamu hizmetidir.

Bu suçların manevi unsuru kasttır. Özellikle içtima sorununun çözülmesine katkı sağlaması için bu suçlarda amaç unsurunun aranması isabetli olacaktır. Buna göre, madde metninde, *kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme amacıyla* ibaresi kullanılabilir. AsCK m.79/2'de, fiilin her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmesi karşılığında daha ağır yaptırım öngörülmüştür. Burada bir neticesi sebebiyle ağırlaşmış suç düzenlemesi bulunmaktadır. Her nevi askerî maksatlar ibaresi, suçta kanunilik ilkesine ve belirlilik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu düzenlemenin korunması isteniyorsa bu ibarenin anlamının da kanunda açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu suçlar açısından geçerli olabilecek bir hukuka uygunluk nedeni, kural olarak, bulunmamaktadır.

Birer neticeli suç olması itibarıyla bu suçlara teşebbüs mümkündür. Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçuna ancak azmettiren veya yardım eden olarak iştirak edilebilir. Başkasını askerliğe yaramayacak hâle getirmenin ise ancak rızası olan kişinin bu hâle getirilmesi olarak düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, askerliğe yaramayacak hâle gelmesi amacıyla buna rıza gösteren ve aynı amaçla rızası olan kişiyi bu hâle getirenin fiili, AsCK m.79'da aynı fıkrada suç olarak düzenlenmelidir. Böyle bir düzenleme yapıldığı takdirde bir çok faili suç söz konusu olacaktır. Amaç unsurunun aranması, bu suçların, diğer suçlardan ayrılmasını sağlayacak, bu da içtima sorununun çözülmesine katkı sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil, *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Artuk, M. Emin, Gökçen, Ahmet, Alşahin, M. Emin ve Çakır, Kerim, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2022.
- Baytaz, Abdullah Batuhan, *Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Centel, Nur, Zafer, Hamide ve Çakmut, Özlem, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2020.
- Çelen, Orhan, Notlu, *Açıklamalı- İçtihatlı, Örnekli: Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği: Askeri Ceza Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu: Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: BRC Basım Matbaacılık, 2016.
- Değirmenci, Olgun, *Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.
- Demirağ, Fahrettin, *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında: Askeri Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Dönmezer, Sulhi ve Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım Cilt: I*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 1987.
- Duran, Gökhan Yaşar. “Askerî Ceza Kanununda Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu (AsCK m.79)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Prof. Dr. Nur CENTEL'e Armağan* 19, S. 2 (2013): 1031-1064.
- Dülger, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul, Hukuk Akademisi Yayıncılık, 2021.
- Erbaş, Rahime, *Türk Ceza Kanunu'nda Görünüşte İhmali Suçlarda Garantörlük*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Erdoğan, Yavuz. “Hukuk Güvenliği Bağlamında Askeri Yargı -I-”, *Ceza Hukuku Dergisi* 8, S. 22 (2013): 85-115.
- Ergün, Ergil. “Askeri Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, *Askerî Adalet Dergisi* S. 100 (1997): 31-35.
- Erman, Sahir. *Askerî Ceza Hukuku: Umumi Kısım ve Usul*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1963.
- Gözler, Kemal, *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2020.
- Güven, Kudret, *Kişilik Hakları ve Ötanazi*. Ankara: Nobel Yayın, 2000.
- Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2021.
- İçel, Kayıhan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.
- Kangal, Zeynel T., *Askerî Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2012.
- Karakurumer, Alkın. “Türk Hukukunda İdam Cezasının Tarihî Gelişimi”, *Türkiye Günlüğü*, S. 142 (2020): 88-102.

- Kardaş, H. Ümit ve Çingı, Mehmet, *Askerî Yargıtay, Yargıtay Kararları ve Doktrin Işığında Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı, Mevzuatlı: Askeri Ceza Kanunu Şerhi II*. Cilt Madde (66-91). İstanbul: Legal Yayıncılık, 2014.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2023.
- Koç, Cihan, *Notlu - Açıklamalı - İçtihatlı - Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği & Askerî Ceza Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu & Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: yayınevi yok, 2019.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Meraklı, Serkan, Bacaksız, Pınar ve Başbüyük, İsa, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray ve Bacaksız, Pınar, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özen, Mustafa, *Ceza Hukuku Genel Hükümler Dersleri*. Ankara: Adalet Yayıncılık, 2023.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Özkaya, A. Sefa. “Kültür Tasnifi ve Türk Askerî Kültürüne Giriş”, içinde: *Hunlar'dan Günümüze: Türk Askerî Kültürü*. İstanbul: Kronik Kitap, 2019.
- Öztürk, Bahri ve Erdem, Mustafa Ruhan, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan ve Önok, R. Murat, *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2023.
- Tosun, Öztekin, *Suç Hukuku El Kitabı*. İstanbul: Ar Basım Yayım Dağıtım, 1982.
- Yalçın Sancar, Türkân, *Çok Failli Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 1998.
- Yurtlu, Fatih, *İhmali Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Zafer, Hamide, *Ceza Hukuku Genel Hükümler: TCK m.1-75*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2019.
- “Millî Müdafaa Encümeni Mazbatası”, *T.B.M.M. Zabıt Ceridesi* 19, Devre: 3, İçtima: 3 (22.05.1930).
- Lexpera (Hukuk) Veri Tabanı.
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=1632&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=3>, Erişim Tarihi: Nisan 19, 2024.