

ASKERİ CEZA HUKUKUNDA
BAŞKASININ YARALANMASINA VE
ÖLMESİNE SEBEP OLMA SUÇU
(ASCK m.146)*

Gökhan Yaşar DURAN**

Makalenin Geldiği Tarih: 17.08.2015 **Kabul Tarihi:** 13.11.2015

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** İstanbul Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

ÖZ

Askerî Ceza Kanunu (AsCK) 146'ncı maddesinde, silahları ve cephanelerine ilişkin olarak taksirle başkalarının yaralanmasına veya ölümüne neden olan suç faillerinin, Türk Ceza Kanunu (TCK)'nın bu konuda atıf yapılan 85 ve 89'ncü maddelerine göre cezalandırılacağı hükmolunmuştur. Makalemizde bu suç tipinin unsurları, niteliği ve özellikleri inceleme konumuzu oluşturacaktır.

Anahtar Kelimeler: Silah ve cephaneye, taksirle yaralama ya da öldürme, dikkat ve özen yükümlülüğü.



THE OFFENSE OF CAUSING INJURY OR
DEATH TO SOMEONE IN MILITARY CRIMINAL LAW
(MILITARY CRIMINAL CODE: 146TH ARTICLE)

ABSTRACT

Relating to their weapons and ammunitions, it is regulated in the article 146'th of the Military Penal Code (AsCK) that, perpetrators who cause injury or death to others with negligence will be punished according to articles 85 and 89 th, which are referred on this issue, of the Turkish Penal Code (TCK). The elements, characteristic and features of this type of crime will be our research topic in our article.

Keywords: Weapons and ammunition, negligent injury or killing, obligation for caution and care.

I. GİRİŞ

Genel açıdan bakıldığında, taksirli suçların cezalandırılmasıyla insanların gitgide yoğunlaşan toplumsal yaşam içinde daha dikkatli davranmaları temin edilmek istenmiştir^[1]. Ancak belirli bir mesleği ifa edenlere yönelik olarak, bu mesleklerinin özellikleri karşısında, özel kanunlarda yer alan mesleki taksir biçimleri de bulunmaktadır. Mesleki taksir ceza hukukundaki taksirden ayrı ve farklı bir müessese değildir^[2].

Türk Silahlı Kuvvetleri (TSK)^[3]'nin icra ettiği görevlerde yürütülen askerî hizmetin niteliği gereği, her zaman dikkatli ve özenli davranılmasını gerektirmektedir. Bu husus ayrıca disiplinin tesis ve idamesi bakımından da önem taşımaktadır. Bu nedenle en küçük bir dikkatsizliğin dahi disiplini bozabileceğinden hareketle, Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nda taksirle de işlenebilen suçlara yer verilmiştir.

AsCK 146'ncı maddesinde, silahları ve cephanelerine ilişkin olarak taksirle başkalarının yaralanmasına veya ölümüne neden olan suç faillerinin, Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun bu konuda atıf yapılan 85 ve 89'ncü maddelerine göre cezalandırılacağı hükmolunmuştur. Bu nedenle makalede inceleme yöntemi olarak, taksir kavramı içinde konu değerlendirilerek, suç tipi konuya ilişkin Askerî Yargıtay kararları ile birlikte tanıtılmaya çalışılacaktır.

II. GENEL BİLGİLER

A. MADDENİN DÜZENLENİŞİ

Kabul edilışinden itibaren herhangi bir değişikliğe uğramadan günümüze kadar gelen AsCK'nın 146'ncı maddesi mesleki taksirle işlenebilen askerî suçlardan biridir^[4]. Madde şöyledir: "Silâhları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik

[1] Hakan Hakeri, Ceza Hukuku (Genel Hükümler), 14.Baskı, Ankara 2012, s.212.

[2] O.Kadri Keskin, Taksirle Ölümüne ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara 1994, s.149.

[3] 'Türk Silâhlı Kuvvetleri: Kara (Jandarma dahil), Deniz (Sabil Güvenlik dahil) ve Hava Kuvvetleri subay, askerî memur, astsubay, erbaş ve erleri ile askerî öğrencilerden teşekkül eden ve seferde ihtiyatlarla ikmal edilen, kadro ve kuruluşlarla teşkilâtı gösterilen silâhlı Devlet kuvvetidir' (211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m.1).

[4] Rıfat Taşkın, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, Ankara 1941, s.240; AsCK'da taksirle işlenebilen diğer suçlara, AsCK m.137 ('silâhların ve savaş malzemesinin taksirle önemli ölçüde zarara uğratılması'), AsCK m.136 ('mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etmek) örnek olarak gösterilebilir (Zeynel T. Kangal, Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012, s.114).

ve nizamlara ve emirlere talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına veya ölmesine sebep olanlar hakkında Türk Ceza Kanununun 455 ve 459 uncu maddelerine göre ceza verilir.”

Hemen fark edileceği üzere bu maddenin atıfta bulunduğu 765 sayılı (mülga) TCK'nın 455 ve 459'ncü maddeleri, 5237 sayılı yeni TCK ile değiştirilmiş, 455'nci maddeye karşılık olarak TCK m.85 (“Taksirle Öldürme”), 459'ncü maddeye karşılık olarak TCK m.89 (“Taksirle Yaralama”) düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlük ve uygulama şeklini gösteren 5252 sayılı Kanun'un 3'ncü madde hükmü gereğince AsCK 146'ncı maddesinin, 765 sayılı mülga kanuna yaptığı yollamalar artık 5237 sayılı TCK'da bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılacaktır^[5].

AsCK'nın 146'ncı maddesi, silah ve cephanede gösterilen mesleki taksirli eylemlerin cezalandırıldığı nitelik olarak askerî suç benzeri (şibih askerî suç)^[6] bir suçtur. Bu nedenle asker kişilerin birbirlerine karşı işledikleri

[5] AsCK'nın atıfta bulunduğu maddenin değişmesi ya da ilga edilmesi halinde, maddenin eski ya da değişen halinin mi uygulanacağı konusu doktrinde tartışılmıştır (Bu konudaki tartışmalar için bkz.Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7.Bası, İstanbul 1983, s.35-37). 5252 sayılı Kanun'un 3'ncü maddesi şöyledir: “(1)Mevzuatta, yürürlükten kaldırılan Türk Ceza Kanununa yapılan yollamalar, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda bu hükümlerin karşılığını oluşturan maddelere yapılmış sayılır. (2) Mevzuatta, yürürlükten kaldırılmış Türk Ceza Kanununun kitap, bab ve fasıllarına yapılmış olan yollamalar, o kitap, bab ve fasıl içinde yer almış hükümlerin karşılığını oluşturan 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun maddelerine yapılmış sayılır”.

[6] Doktrinde, AsCK'dan TCK'ya yapılan atıfların doğurduğu sakıncalardan birinin, atıfta bulunulan maddenin askerî suç niteliğinin tespiti ile ilgili olduğu açıklanmıştır. Zira AsCK 1'nci maddesine göre, askerî suçun varlığı için, iki şart gereklidir. Bunlardan ilki, suçun cezasının AsCK'da gösterilmiş olması; diğeri cezanın tür olarak AsCK'da gösterilen ceza türlerinden (ölüm, ağır haps, oda hapsi veya göz hapsi) biri olmasıdır (Erman, s.142). Bu hüküm dikkate alındığı takdirde, AsCK'nın ilgili maddesinin, TCK'ya atıfta bulunduğu maddedeki cezanın para cezası olması halinde, ilgili maddedeki suçun askerî bir suç olmaması gerekecektir. Nitekim AsCK m.146'nın, atıfta bulunduğu taksirle yaralama (TCK m.89) suçunun seçimlik cezalarından birinin adli para cezası olması nedeniyle, askerî suç olmadığı düşünülebilir (Kangal, s.91; Olgun Değirmenci, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara 2013, s.101). Ancak bu husus Erman tarafından, kanunumuzun askerî suçun tanımı konusunda suçun cezasına bakma sisteminin sakıncalı ve kanunun hükümlerine aykırılığı noktasında eleştirilmiştir. Yazara göre, askerî suçun hukuk esaslarına uygun bir şekilde tanımlanmasında AsCK yetersiz kalmaktadır (Erman, s.144-146; Benzer görüş Kangal, s.83-84; Değirmenci, s.101).Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, ‘Dikkatsizlik ve Tedbirsizlik Sonucu Yaralamaya Sebepiyet Vermek suçu As. C.K.nun 146 ncı maddesinin T.C.K.nun 459 ncu maddesine yaptığı atıf nedeni ile askerî bir suç’ olduğunu açıklamaktadır (Askerî Yargıtay Daireler Kurulu (As.Yar.DK.), 29.06.2000, 2000/130-131 E.-K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.374-377); Asker olmayan kişiler tarafından da işlenebilen, askerî bir menfaati korumak amacı güden, askerî bir hizmet veya görevin ihlalini ifade etmeyen ve yapılan atıf dolayısıyla unsurları kısmen ya

taksirle yaralama veya ölüme neden olunması hali AsCK m.146 kapsamında değildir. Örneğin; Taksirle askerî bir araç ile asker kişinin ölüm veya yaralanmasına neden olunması, askerî bir doktorun bir ameliyat sırasında diğer asker kişinin ölümüne sebebiyet vermesi, bir kule operatörünün taksirli eylemi sonucu askerî bir uçak kazasına yol açarak yaralama veya ölüme neden olması halleri bu durumlara örnek olarak gösterilebilir^[7]. Bu eylemler asker kişi suç faillerin doğrudan genel hükümlere göre cezalandırılmasını gerektiren taksirli suçlardır. Ayrıca AsCK'nın 2'nci maddesi gereğince, askerî şahısların askerî olmayan suçları için doğrudan TCK hükümlerinin tatbik olunmasında herhangi bir sakınca da bulunmamaktadır.

B. ESKİ VE YENİ TCK'DA TAKSİRLE ÖLDÜRME VE YARALAMA SUÇLARINA İLİŞKİN DÜZENLEME / AsCK m.146 BAKIMINDAN UYGULAMA

Taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları, mülga 765 sayılı TCK'nın 455 ve 459'ncu maddelerinde düzenlenmişti. Madde düzenlemeleri şöyleydi:

“Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam, ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve 250 liradan 2.500 liraya kadar ağır para cezasına mahkûm olur (765 SK. m.455/1) ”.

“Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahud meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlal edecek bir zarar iras eder yahud akli melekelerinde teşevvüş husulüne sebebiyet verirse...(765 SK. m.459) ”.

Yukarıdaki suçların karşılıkları 5237 sayılı TCK'da 85 ve 89'ncu maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“Taksirle bir insanın ölümüne neden olan kişi, iki yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır(TCK m.85/1)”.

da tamamen genel nitelikteki kanunlarda öngörölmüş askerî suçlar ‘askerî suç benzerleri’ olarak tanımlanmıştır (Erman, s.151; Kangal, s.91; Değirmenci, s.107).

[7] ‘Havacılıkta meydana iniş ve kalkışların ve meydan üzerinde seyri seferin emniyetinin kuleden verilen talimatlarla sağlandığı genel bir kural olup, güvercinlik meydanında kule operatörü olarak görevli bulunan sanığın, kusurlu ve talimata aykırı olan yönetimi neticesinde kazanın meydana geldiği ...anlaşıldığına göre kule operatörü sanık hakkında TCK.nun 455 nci maddesi gereğince yapılan ceza uygulamasında herhangi bir isabetsizlik görölmemiştir’ (As.Yrg.Drl. Krl. 2.3.1989 E.2 K.64, Hulusi Özbakan, İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Askeri Ceza Kanunu, Ankara 1990, s.374).

“Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır(TCK m.89/1)”.

Eski ve yeni TCK hükümleri kıyaslandığında, 765 sayılı mülga TCK’da taksir biçimleri TCK’nın değişik maddelerinde; tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizam ve evamir ve talimata riayetsizlik (m.445, 459), müsamaha ve dikkatsizlik (m.274/3), kayıtsızlık veya tedbirsizlik (m.303), hataen veya kayıtsızlık veya meslek ve sanatta tecrübesizlik veya nizam ve emir ve talimata uymama (m.399) şeklinde ifade edilmişken^[8], 5237 sayılı yeni TCK’da yukarıda açıklanan taksir biçimleri yürürlükten kaldırılarak, Kanun’un m.22/2’nci fıkrasında bütün bu taksir biçimlerini kapsayacak şekilde bir taksir tanımlaması yapılmıştır. Maddeye göre; ‘Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir’. Böylece 5237 sayılı yeni TCK’da taksirle işlendikleri takdirde cezalandırılan suçlar^[9] bakımından sadece ‘taksir’den bahsedilmektedir.

AsCK m.146’da ‘Türk Ceza Kanununun 455 ve 459 uncu maddelerine göre ceza verilir’ hükmünden, yapılan atfın ilgili suç maddesinin unsurlarına değil, sadece suça ait ceza maddesine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır^[10]. Bu durumda taksir konusunda AsCK m.146’daki taksir biçimlerine göre mi yoksa TCK 22/2’nci fıkrasındaki taksir tanımına göre mi suçun unsurlarının değerlendirilmesi yapılacaktır?

AsCK Ek m.8’de, ‘26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır’ hükmü gereğince, TCK’nın genel hükümler bahsinde yer verilen 22’nci madde uygulaması, AsCK’da düzenlenen taksirli suçlar bakımından geçerlidir. Ancak AsCK m.1/1’nci fıkrasında, ‘Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumi suretle cari olan esaslar bu kanunda hilafı yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur’ hükmü yer almaktadır. Doktrindeki bir açıklamada, ‘dikkat ve özen yükümlülüğü’nün, 765 sayılı

[8] İzzet Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ocak 2006, Üçüncü Bası. Gazi Şerhi, s.311.

[9] TCK’da taksirle işlenebilen suçlar şöyledir: TCK m.85, 89, 171, 173/2, 180, 182, 307/3, 322/2, 329/3, 336/3, 338 (Bkz.Hakeri, s.215).

[10] ‘As. CK.nun 146 ncı maddesi, suç unsurlarını muhtevi olup yalnız ceza miktarını tayin bakımından T.C.K.nun 455 ve 459 uncu maddelerine atıf yaptığına göre, Askeri bir suç olup, takibi şikayete bağlı değildir’ (As.Yrg.Gen.Krl.13.1.1956 E.55/3103 K.8, Özbakan, s.373).

TCK'da bahsi geçen taksir kalıplarını kapsayan ve karşılayan bir nitelik arz ettiği açıklanmıştır^[11]. Nitekim Askerî Yargıtay uygulamalarında da, 'dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık'^[12] kriteri esas alınmaktadır.

Kanaatimizce AsCK m.146'da taksir biçimleri özel olarak düzenlendiğinden, suçta kanunilik ilkesi gereğince, TCK m.22/2'deki 'dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık' kavramı yerine bu kavramdan daha dar bir kriter olarak AsCK m.146'daki 'dikkatsizlik ve nizamlara ve emirlere talimatlara riayetsizlik' şeklinde belirlenen taksir biçimi göz önüne alınmalıdır^[13]. Bu husus dışında taksir konusunda TCK 22'nci madde düzenlemesinde yer alan diğer fıkra uygulamaları AsCK m.146 uygulaması bakımından da aynen geçerlidir.

III. KORUNAN HUKUKİ DEĞER

AsCK 146'ncı maddesinin 'Askerî Disiplini Bozan Sair Fiiller' konu başlığı altında düzenlenmesinden, korunan hukuki menfaatin öncelikle askerî disiplin^[14] olduğu kolayca anlaşılabilir. Özellikle madde metninde emirlere talimatlara ve nizamlara riayetsizlik şeklinde ortaya çıkan durumun failin dikkatsizliği ile birleşmesi bir disiplinsizlik olarak öngörülmüştür^[15]. Ancak kanun koyucu tarafından, failin taksirli davranışları ile oluşan, başkalarının

[11] Mehmet Emin Artuk/ Ahmet Gökçen/ Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2011, s.378-379.

[12] "...Bu hâl ve şartlarda sanığın özensiz yürüme ve silah taşıma şekli, dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâlini oluşturmakta, neticenin sanık tarafından öngörülebilir olduğu halde öngörülmemesi basit taksirin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Taksirli suçlarda, eylemin oluşmasına sebebiyet veren aracın ve suçun işlendiği yerin niteliğinden ziyade, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılığın derecesi önem kazandığından, mağdurun kusurlu hiçbir hareketi bulunmaması da, gözetildiğinde, sanığın tam kusurlu bulunması da isabetlidir. Mevcut delillere göre sanığın eyleminde olası kast yada bilinçli taksirin unsurlarının bulunmadığı anlaşılmaktadır"(As.Yar.2D., 20.07.2011, 2011/617-614 E.-K., TSK Net).

[13] Nitekim doktrindeki bir açıklamada, "silâhları ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamlara, emirlere ya da talimatlara riayetsizlik" şeklinde bazı unsurları gösterilen AsCK m. 146'daki suçun, diğer unsurları için TCK m. 85 veya 89'a bakılması gerektiği açıklanmıştır (Kangal, s.92; Değirmenci, s.100).

[14] 211 sayılı İç Hizmet Kanunu 13'ncü maddesinde disiplin şöyle tanımlanmaktadır: 'Disiplin: Kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet demektir. Askerliğin temeli disiplindir. Disiplinin muhafazası ve idamesi için hususi kanunlarla cezai ve hususi kanun ve nizamlarla idari tedbirler alınır' hükmü yer almaktadır (Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz.Gökhan Yaşar Duran, Askerî Disiplin Hukuku, 1.Baskı, İstanbul 2012, s.1-6).

[15] 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'nun 5/1'nci fıkrasında; 'Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez' hükmü uyarınca sanık hakkında AsCK m.146 kapsamında

vücut bütünlüğü ya da yaşamı alanında meydana gelebilecek tehlikeli durumun önüne geçilmek istendiğinden bu madde ile askerî disiplinin sağlanarak bunun yanında kişilerin yaşam hakları ve vücut bütünlüklerine yönelen tehditlerin de önüne geçilmek istenmektedir. Bu anlamda korunan hukuki menfaatin karma bir özellik taşıdığı söylenebilecektir.

IV. SUÇUN UNSURLARI

A. MADDİ UNSUR

1. Suçun Faili

AsCK hükümleri, kural olarak askerî şahıslar hakkında uygulanır^[16]. AsCK m.146'daki suç sadece 'asker şahıslar'^[17] tarafından işlenebilir. Belirli suç failleri tarafından işlenmesi nedeniyle bu suç, failleri bakımından özgü suçtur. Askerlik sıfatı ortadan kalkmadıkça sanığın suç tarihinde izinli olup olmamasının bir önemi yoktur^[18].

Milli Savunma Bakanlığı (MSB) veya TSK kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel sadece 211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 14'ncü maddesinin asta yüklediği görevler kapsamında ve yine sadece emrinde çalıştıkları amirine karşı

başlatılan soruşturmada ayrıca 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu'na göre işlem yapılmasında hukuken bir sakınca bulunmamaktadır.

- [16] İstisna olarak adliye mahkemelerinde sivil şahıslara tatbik edilen askerî suçlarda bulunmaktadır. Örneğin: AsCK m.63 (*Yoklama Kaçağı, Saklı, Bakaya*), AsCK m.75 (*Kaçaklara yardım edenler*) vb.
- [17] Askerî hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin; İç Hizmet Kanunu 2'nci maddesine göre; Asker, "Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (*Erbaş ve erler*) özel kanunlarla *Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmi bir kıyafet taşıyan şahsa denir*"; AsCK 3/1'nci fıkrasında ise, "Askerî şahıslar; *Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler*" dir; 353 sayılı 'Askerî Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu(AsYUK)' 10'ncü maddesinde ise; "A) *Muvazzaaf askerler; subaylar, astsubaylar, askerî öğrenciler, uzman jandarmalar, uzman erbaşlar, erbaş ve erler, B) Yedek askerler (Askerî hizmette buldukları sürece), C) Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel (Bu bend. Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 EK. İle Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir.) D) Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler (Bu bend. Anayasa Mahkemesinin 27.12.2012 tarih 2012/117-204 EK. ile Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir) E) Rızası ile Türk Silahlı Kuvvetlerine katılanlar"* in bu Kanun'un uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır.
- [18] 'Sanık izinli bulunduğu müddet zarfında da muvazzaaf askerlik hizmetini ifa etmekte olup, askerlik sıfatını haiz bulunduğuna göre, bu esnada inzibata karşı işlediği suçunda üste karşı işlendiğinin kabulü gerekir' (As.Yrg.1.D. 18.1.1965 E.55 K.54, Özbakan, s.234).

bazı suçlar bakımından ast olarak kabul edilmekte ve asker kişi sayılmaktadır^[19]. Askerî Yargıtay kararlarında, sivil personelin amirlerine karşı işleyebilecekleri askerî suçlar; emre itaatsizlikte ısrar, amiri tehdit, amire hakaret, amire mukavemet ve amire fiilen taarruz suçları olarak sayılmıştır^[20]. AsCK m.146 sayılan bu suçlar kapsamında olmadığından MSB veya TSK kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personelin bu suçun faili olması mümkün değildir.

Yine lise veya eşiti okuldaki askerî bir öğrencinin bir fiili; emre itaatsizlikte ısrar, amir ve üste hakaret, amir ve üste fiilen taarruz gibi İç Hizmet Kanunu'nun 14'ncü maddesindeki yükümlülükleri ihlâl edici nitelikte ise, AsCK uygulama alanı bulur. Bunun dışındaki fiillere TCK'nu uygulanır^[21]. Bu nedenle askerî öğrencilerin bu suçun faili olmaları mümkün değildir.

Terhis edilerek TSK'dan ayrılan muvazzaf askerî personelin yedeklik dönemi^[22] içerisinde, tatbikat vs. nedenlerle yeniden askerî hizmete çağrılmaları durumunda yedek askerî şahıs statüsünde buldukları sürece bu suçun faili olmaları kanaatimizce mümkündür^[23].

2. Suçun Mağduru

Mağdur, işlenen suç ile haksızlığa uğrayan suçun maddi konusunun ait olduğu kimsedir. Ancak gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Tüzel kişiler, bir suçtan ancak zarar gören konumundadır^[24]. Bir suçun işlenmesiyle hukuken korunan menfaatleri doğrudan veya dolaylı ihlal olan suçtan zarar görendir^[25]. Bu suçun düzenlendiği maddede sivil herhangi bir ayırım gözetilmeksizin suç mağduru 'başkası' olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle asker ya da sivil 'herkes' bu suçun mağduru olabilecektir. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu

[19] Değirmenci, s.48; Kangal, s. 76.

[20] Bkz.As.Yrg.Drl.Krl., 10.4.2003, 9/33 E.-K., Kangal, s. 74-75.

[21] Bkz.As.Yrg.ID., 30.05.1977, 1977/204-199 E.-K., Kangal, s.71-72.

[22] Erbaş ve erler bakımından yedeklik devri, muvazzaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadardır. Askerlik çağı kişinin 41 yaşına girdiği yılın 1 Ocak tarihinde biter (1111 SK. m.7, 2). Böylece muvazzaflık hizmetini erbaş veya er olarak tamamlayan kişi bu yaşa kadar yedeklik evresinde bulunur.

[23] AsCK'nın 3'ncü maddesinde, yedek askerler askerî şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK'nın 4'ncü maddesi ile AsYUK m.10/B bendinde yedek askerlerin askerî hizmette buldukları sürece AsCK hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır.

[24] Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 313-314; Hakeri, s. 120.

[25] Artuk/ Gökçen/ Yenidünya, s. 313.

doğrultudadır^[26]. Kanaatimizce, askerî birliğin atış eğitimi sırasında atılan bir merminin piknik yapan bir sivil şahsı yaralanması, bir cephaneliğin boşaltılması sırasında meydana gelen patlamada birden çok asker ya da sivil şahsın yaralanması ya da ölmesi, askerî bir tatbikat sırasında atılan bir top mermisinin hedef yerine bir köye düşerek sivillerin ölümüne neden olması olaylarında, suçun mağdurları; sadece sivil ya da hem asker hem de sivil şahıslar olabilmektedir.

3. Suçun Konusu

Suçun maddi unsurlarından bir diğeri de suçun konusudur. Konusuz suç olmaz. Suçun konusu doktrinde, “eşya veya şahsın fiziki, maddi yapısı, bünyesi”^[27] ya da “hareketin yöneldiği kişi ya da şey”^[28] olarak açıklanmıştır.

AsCK m.146 bakımından suçun konusu ise kanaatimizce failin taksirli hareketinin yöneldiği ‘silah ve cephane’dir. Askerî Yargıtay bir kararında, bunu ‘asker kişilerin askerî nitelikli silahları ve aynı nitelikli cephaneleri’^[29] olarak açıklamıştır. Ancak askerî nitelikte bir silah ve cephaneden ne anlaşılması gerektiği konusunda AsCK’da kanuni bir tanım bulunmamaktadır.

TCK’nın genel hükümler bahsinde m.6/1-f bendinde ‘silah’ tanımlanmakla^[30] birlikte askerî ceza doktrinindeki bazı görüşlerde, AsCK bakımından

[26] “...Kor. K.lığı emrinde askerliğini yapmakta iken, kışla sınırında olup hemen önünden meskûn mahal ile kışlayı ayıran caddenin geçtiği 14 no.lu mevzide arkadaşı Ulaş. Er ... ile beraber 13.01.2006 günü 12:30-14:30 saatleri arasında silahlı nöbetçi olarak görevlendirilen sanığın, diğer nöbetçi arkadaşınının 15-20 metre kadar uzaklaşmasından sonra saat 13:30 civarında boş şarjörü çıkartıp 724610 seri numaralı G-3 Piyade tüfeğine dolu şarjör taktığı, kurma kolunu çekip bıraktığı, el kundağını mevzideki kum torbasının üzerine yerleştirdiği; silahın durumu yere paralel ve namlu ucunun caddeyi gösterir bir vaziyette iken emniyeti açıp tetiği düşürdüğü, patlayan merminin o sırada cadde üzerinde iki yeğeni ile beraber yürümekte olan sivil şahıs ...’ün karın bölgesine isabet ettiği, adı geçen sivil şahsın kaldırdığı hastanede iç organ yaralanması ve komplikasyonlara bağlı olarak 15.01.2006 tarihinde yaşamını yitirdiği (olayda) ...sübuta eren eyleminin ‘bilinçli taksirle öldürmek’ suçunu (AsCK m.146) oluşturduğu sonucuna varılmaktadır” (As.Yrg. 2. D., 07.05.2008, 2008/1270-1247 E.-K., AsAD Ocak 2009, yıl: 37, sy: 129, sh: 159-163, Kangal, s.113-114).

[27] Özgenç, Gazi Şerhi, s.215.

[28] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.309.

[29] As.Yar.DK., 29.06.2000, 2000/130-131 E.-K., Askeri Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.374-377.

[30] TCK’da silah şöyle tanımlanmaktadır: ‘Silah deyiminden; 1. Ateşli silahlar,2. Patlayıcı maddeler, 3.Saldırı ve savunmada kullanılmak üzere yapılmış her türlü kesici, delici veya bereleyici alet,4. Saldırı ve savunma amacıyla yapılmış olmasa bile fiilen saldırı ve savunmada kullanılmaya elverişli diğer şeyler,5. Yakıcı, aşındırıcı, yaralayıcı, boğucu, zehirleyici, sürekli hastalığa yol açıcı nükleer, radyoaktif, kimyasal, biyolojik maddeler, anlaşılır (TCK m.6/1-f)’.

genel hükümlerde yer alan bu tanımın kabul edilemeyeceği bildirilmiştir^[31]. Kanaatimizce TCK'nın genel hükümler bakımından ASCK'da uygulanışını gösteren ASCK Ek m.8^[32] hükmü gereğince TCK'nın m.6/1-f bendinde yer alan silah tanımı, ASCK bakımından da uygulamaya elverişlidir.

5237 sayılı TCK, birçok suçta "silah"ı, ya suçun ögesi veya ağırlatıcı nedeni olarak kabul etmektedir^[33]. Silahın, suçun ağırlatıcı nedenini oluşturduğu durumlarda da, ağırlatıcı nedenin uygulanması için TCK, bazı suçlarda suçun silahla "işlenmesi" "yapılması", bazı maddelerde "katılma", "vuku bulma", "silahlı olarak dolaşma veya saklanma", "silahlı bulunma"dan söz etmektedir. Bununla birlikte gerek bir suçun ögesi ve gerekse ağırlatıcı nedeni sayılan silah deyimine ne anlam verilmesi gerektiği konusunda TCK'da açık bir düzenleme bulunmamaktadır^[34]. Bu nedenle TCK m.6/1 (f) bendindeki silah tanımına giren herşey silah niteliğini taşımakla birlikte silahın bir suçun temel ve nitelikli şekline ilişkin unsur oluşturduğu hallerde kullanılan aletin, işlenmesi kastedilen suç açısından elverişli olması gerekir. Başka bir deyişle, kullanılan aletin işlenmesi kastedilen suçla bağlantılı olarak elverişli silah olup olmadığı hakim tarafından değerlendirilmelidir. Bu itibarla bir nesne, bir suçun işlenmesi ile ilgili olarak

[31] Erman, s.210; Benzer görüş Kangal, s.107.

[32] ASCK Ek m.8/1'nci fıkrası şöyledir: '26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümleri bu Kanunda yer verilen suçlar hakkında da uygulanır. Ancak, bu Kanunun fer'i askerî cezalara ve cezaların ertelenmesine ilişkin hükümleri ile zamanaşımına ilişkin 49 uncu maddesinin (A) bendi hükümleri saklıdır'.

[33] Özgenç, Gazi Şerhi, s.107.

[34] Mustafa Ruhan Erdem, 'Türk Ceza Kanununda Silah', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2 (Haziran-Aralık 2003), s.1,2 (http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/7_8.pdf, 03.11.2015); '765 sayılı TCK'da her kesime, başlık ve bölüme uygulanabilecek bir silah kavramının tanımı verilmemiştir. 189. maddede, yalnızca bir (cürmün cezasının ağırlatıcı sebebi olan silah) belirtilmiş çeşitleri gösterilmiştir. Türk hukukunda silah kavramının birbirine karıştırılmış bulunması böylece kanunların uygulanmasında eşitlik ve adaletsizliğe yol açmış olması sebepleri ile 189. Maddede (5435 sayılı ve 10.6.1949 tarihli kanunla) önemli değişiklik yapılmıştır. Silah (saldırı veya savunmaya elverişli alet) niteliğinde altına gelmiştir. Burada önemli olan (Silah-Alet) in saldırı veya savunmada 'kullanılması' değil, saldırı veya savunmaya 'elverişli' bulunmasıdır. Genel olarak bir alet bir suçun işlenmesinde kullanılmasından dolayı değil, o suçun işlenmesine elverişli bulunması şartıyla ancak silah sayılabilir. Bu nokta bir yandan aletin silah sayılıp sayılmaması ve öte yandan bir suçun ağırlatıcı sebebi veya unsuru silahlardan bulunup bulunmaması bakımından önemlidir. Cezayı ağırlatıcı sebep olan silah ile unsur-silah bir ve aynı değildir. Kanunumuzda, cezayı ağırlatıcı sebep olan silah ve çeşitleri 189.maddede gösterilmiş olduğu halde unsur-silahın tanımına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Unsur silah kavramı bütün çağdaş ceza yasalarında da tarif edilmemiş, olayların niteliklerine göre hakim takdirine bırakılmıştır. Nitekim mesela mülga 765 sayılı TCK'nın 149, 168, 169, ve 466 maddelerinde silah suçunu unsuru. Ve fakat kanun unsur-silahı tariften kaçındığından bir aletin suçun unsuru silah sayılıp sayılmaması hakim takdirine bırakılmıştır(Y.IBK 5.7.1965, 2/4)...'(Nural Savaş-Sadık Mollamahmutoğlu, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Baskı, C.II, Ankara 1995, s.1763).

elverişli silah niteliğini taşımakla birlikte; başka bir suç açısından bu niteliği haiz olmayabilir^[35]. Bu açıklamalar AsCK uygulamaları içinde kanaatimizce geçerlidir. Örneğin, askerî bir aracın tamiri sırasında unutulmuş bir tornavidanın üstüne basarak yaralanan kişi bakımından tornavida silah kapsamında olmadığından bu olayda unutan kişinin AsCK m.146 bakımından sorumluluğu düşünülemez. Ancak unutulmuş bu tornavidayı alan bir başka asker kişinin bu tornavida ile üste fiilen taarruz etmesi durumunda, sanığın eylemi silahla üste fiilen taarruz kapsamında (AsCK m.91/1) değerlendirilecektir.

Yukarıda yapılan açıklamalar AsCK m.146 bakımından değerlendirildiğinde, suçun maddi unsurları içerisinde suçun konusu kapsamında yer alan silah ve cephanenin taksirle işlenebilen bu suçla bağlantılı olarak elverişli olup olmadığına her olayda hakim tarafından karar verilecektir. Askerî Yargıtay'ın yakın tarihte verdiği bir karar konunun açıklanması bakımından önemlidir. Karar özetle şöyledir: 'Sanığın, 15.08.2010 tarihinde, tim yakın emniyet görevine çıkmadan önce, Birlik içerisinde bulunan ağaçlık alanda, fırsat eğitimi kapsamında, bölüğe ait havalı tüfekle nişan alma biçimini gösterirken, havalı tüfeğe saçma yerleştirdikten sonra, yan tarafa doğru nişan alıp üç dört kez atış yaptığı, silahtan çıkan saçmaların sekerek, yoldan geçmekte olan aracın kasasında oturmakta olan mağdur J.Komd.Er N.G.'yi sağ göğüs altından; yolda yürümekte olan mağdur J.Ulş.Er Y.K.'yı ise sağ bacak diz altından yaraladığı (olayda) ... Taarruz ve savunmada kullanılmak amacıyla üretilmeyen havalı tüfeğin AsCK'nın 146'ncı maddesi kapsamında silah sayılmayacağını' bu nedenle sanığın eyleminin TCK m.89/1'nci maddesi kapsamında taksirle yaralama suçunu oluşturacağına karar vermiştir^[36]. Karar gerekçesinin konumuzla ilgili kısmı şöyledir: '...Taksirle yaralama suçunun, askerî suç olması için, sanığın olayda kullandığı ve Silahlı Kuvvetlerin kayıtlarında bulunan havalı tüfeğin, ASCK'nın 146'ncı maddesi

[35] 'Örneğin, fiilen saldırıda kullanılmaya elverişli olan sopa, taş vs. kasten yaralama suçunun daha ağır cezası gerektiren nitelikli unsurunu oluşturan elverişli silah niteliğini taşımaktadır (m.86, f.2 bent e) . Buna karşılık, taş, sopa, kazma ve kürek gibi aletler, örneğin devletin güvenliğine karşı suç işlemek üzere silahlı örgüt kurma suçunun (m.314) unsurunu oluşturan elverişli silah niteliğini haiz değildir. Bu itibarla, 'kurusıkı tabanca' nın elverişli silah niteliği taşıyıp taşımadığını, somut bir suçla bağlantılı olarak değerlendirmek gerekmektedir. Mesela tehdit suçunun silahla işlenmesi bu suç açısından daha ağır cezası gerektiren nitelikli bir unsur oluşturmaktadır. Silahın bu suçla ilgili olarak daha ağır cezası gerektiren bir nitelikli unsur olarak kabul edilmesinin nedeni, bunun mağdur üzerinde oluşturduğu etkinin yoğunluğudur. Bu bakımdan tehdit suçunun işleniş sırasında kullanılan 'kuru sıkı tabanca' nın bu suçun işleniş açısından silah niteliğine haiz olduğu söylenebilir. Buna karşılık birini öldürmek ya da yaralamak eyleminde aynı silah bu suçların işlenmesi için elverişli değildir' (Bu açıklama ve örnekler için bkz.Özgenç, Gazi Şerhi, s.107).

[36] As.Yrg.DK., 12.06.2014, 2014/55-57 E.-K., Askerî Yargıtay Dergisi, Y.2015, S.28, Ankara 2015, s.139.

kapsamında silah sayılması gerekir. Kanunda, bu madde kapsamında nelerin silah sayılması gerektiği yönünde bir sayma yöntemi benimsenmediği gibi, bir kritere de yer verilmemiş, ancak, ASCK'nın şerhinde, bu konuya 'Silahtan askerî silah maksuttur. Yani askerî mevzuata tevfikân taarruz ve müdafaaya yarayan ve bu maksatlarla kullanılan ve bir insanın vücudu üzerinde müessir fiiller yaparak ve eşyayı tahrip ederek harici tesirler yapan aletlerdir.' şeklinde açıklama getirilmiştir (Rıfat Taşkın, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, 8.Baskı, Sayfa 240)...Kriminal Polis Laboratuvarı Müdürlüğünün 23.03.2011 tarihli ve BLS.2011/1553 sayılı ekspertiz raporunda; somut olayda kullanılan 103 nu.lı silahın, 4.5 mm. Çapında kadeh tipi saçma atan, HATSAN marka, sabit ağaç dipçikli, üstten kırma, yivli-setli namlusu bulunan, hava basıncı ile çalışan bir tüfek olduğu, saçmaları hava basıncı yardımıyla attığı, bunun ateşli bir silah olmayıp, esasen sporda kullanmak amacıyla imal edilmiş olduğu, 6136 sayılı Kanun kapsamı dışında kaldığı, ancak, taşınmasının ve bulundurulmasının 2521 sayılı Kanun hükümlerine tabi olduğu belirtilmiştir. Basit yaralamalara sebebiyet vermekle birlikte, bu tüfeğin, taarruz ve savunmada kullanılmak amacıyla imal edilmemiş olduğu, keza, Birlik Komutanlığı deposunda da eğitim amaçlı olarak bulundurulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda gerek yukarıda özetlenen ASCK şerhinde izah edilen açıklamalar, gerekse havalı tüfeğin teknik özellikleri dikkate alındığında, suçta kullanılan, havalı tüfeğin AsCK'nın 146'ncı maddesi kapsamında, silah sayılmayacağı sonucuna varıldığından ...' sanığın eyleminin TCK hükümlerine göre vasıflandırılmasına karar verilmiştir.

Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun yukarıda açıklanan kararına göre, AsCK m.146 bakımından bir silahtan bahsedilebilmesi için gereken şartlar; bunun 6136 sayılı Kanun kapsamında taarruz ve savunmada kullanılmak amacıyla üretilmesi, bir insan üzerinde müessir fiiller yaratmaya elverişli olması gibi kriterlere yer verilmiştir. Biraz sonra açıklanacağı üzere eğitim sırasında bir silah ya da cephaneyle AsCK m.146'nın işlenmesi mümkündür. Ancak burada tartışılan husus suçun konusu olan bir eğitim silahının AsCK m.146 kapsamında silah olarak kabul edilip edilmeyeceğine ilişkindir. Olaydan TSK envanterinde bulunduğu anlaşılan bu eğitim tüfeğinin olayda olduğu gibi taksirle de olsa uzakta bulunan iki kişiyi yaraladığı göz önüne alındığında, AsCK m.146 bakımından aranılan yaralanma neticesini gerçekleştirmeye elverişli olduğu açıktır. Ayrıca bu silahın yakın mesafeden meydana getirebileceği netice ek bir bilirkişi raporu ile açıklığa kavuşturulmalıdır. Kanaatimizce yakın mesafeden bu silah insanlara karşı etkili olabilecek bir silah olduğu ve kararda yer almamakla birlikte bu silahın kullanılmasındaki emniyet kurallarının normal bir silahtan farklı olmadığı anlaşılmaktadır.

Kanaatimizce örneğin, talimatlara göre kasaturasız olarak silahlığa bırakılması gereken bir tüfeğin, bu talimata aykırı olarak kasaturalı olarak silahlığa bırakılması ve karanlıkta silahlığa giren birini yaralaması olasılığında bile, bu kasatura dahi silah kapsamında kabul edilmelidir. Yine bir tankın kendisi silah olarak kabul edilmese de, üzerindeki topun silah olduğu aşikardır. Bu nedenle bir tankın hızlı sürülmesi neticesinde birini yaralaması halinde suçun vasıflandırılması doğrudan TCK m.89 hükümlerine göre yapılması gerekirken bu tankın üzerinde top bulunan taretinin kullanma talimatlarına aykırı bir biçimde çevrilmesi doğrudan silah üzerinde gösterilen emirlere dikkatsizlik olduğundan, bunun sonucunda birinin yaralanması eylemi kanaatimizce AsCK m.146 kapsamında değerlendirilmelidir.

Aslında failin eyleminin değerlendirilmesinde suçun konusu olan silahın niteliği ile birlikte suçla korunan hukuki yarar daima göz önünde bulundurulurken değerlendirme yapılmalıdır. Çünkü AsCK m.146 bakımından TCK'daki düzenlemeden farklı olarak yukarıda açıklandığı üzere disiplin de korunmaktadır. Suçun doğrudan TCK hükümlerine göre vasıflandırılması için disiplinin zedelenmediğinin kabul edilmesi gerekir. Bu nedenle suçun konusu olan silah ve cephanenin niteliği konusundaki değerlendirme dar yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce bir kasatura bile suçun konusuna girebilir. Yeterki o kasaturanın kullanılması ile ilgili bir talimat olsun. Bu talimatlara aykırı hareket sonucu kasatura ile ölüm veya yaralama sonucu meydana gelmişse, emre aykırı bu hareket disiplini de ihlal edeceğinden artık TCK hükümlerine gidilmesi yerinde olmayacaktır. Bu nedenle de silah konusu geniş yorumlanmalıdır.

Suçun konusu olan silahın askerî personele kanun gereği^[37] ilk nasıp istihkakı kapsamında verilen zati tabanca olması mümkündür^[38]. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır^[39].

[37] 5143 sayılı 'TSK İlk Nasıp İstihkakına İlişkin Kanun'un, 'Kapsam' başlıklı 2'nci maddesinde; 'Bu Kanun; subay (yedek subay hariç), sözleşmeli subay, astsubay, sözleşmeli astsubay ve uzman jandarmalarla bunları istihdam edecek Türk Silahlı Kuvvetleri (Jandarma Genel Komutanlığı ve Sahil Güvenlik Komutanlığı dahil) birlik, karargâh, kurum ve kuruluşlarını kapsa(yacağı)' açıklanarak, aynı Kanun'un 3'ncü maddesinde; 'Bu Kanun kapsamına giren personele, ilk nasıplarında; birer adet ordu tipi tabanca ve birer kutu mermi, bavul, yazlık ve kışlık elbise ve iskarpin ile kaput veya pardösü ve yönetmelikte belirtilecek diğer eşya ve teçhizat verilir...' hükmü yer almaktadır.

[38] Özbakan, s.372.

[39] 'As. C.K.nun 146 ncı maddesinde yazılı suçun, mutlaka hizmet sırasında ve münhasıran yapılmakta olan hizmete ait askerî silahlarla işlenmesi şart koşulmamış olduğundan, yeni aldığı özel tabancasını denemek amacıyla eğitim alanında atış yaparken yaralamaya sebebiyet veren sanık astsubayın bu madde gereğince' cezalandırılması isabetlidir (As.Yar.3.D. 19.2.1968 E.164 K.219, Özbakan, s.373).

Askeri Ceza Hukukunda Başkasının Yaralanmasına ve Ölmesine Sebep Olma Suçu
(ASCK m.146)

Suç konusu olan silah ya da cephanenin, faile askerî bir hizmet gereği, bizzat teslim edilmesinin AsCK m.146 bakımından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Zira ‘hizmet’ bu suçun bir unsuru olarak gösterilmemiştir^[40]. Uygulamada bu suçun oluşumu için, failin görevi gereği askeriye ait silah ve cephane ile yakın temas halinde bulunması yeterli sayılmaktadır^[41]. Bu nedenle, silahlar hakkındaki eğitim, öğretim hizmetleri sırasında bu suçun işlenmesi mümkündür^[42].

[40] As.Yrg.4.D.2.6.1970 E.311 K.297, Özbakan, s.372; AsCK'nın uygulamasında, ‘‘Silahlı’’ tabirinden maksat hizmetin icabı olan silahı hamili bulunmak veya silahının başında olarak bir amirin kumandası ve nezaretiyle hizmete başlanılmış olmak hali (AsCK m.11) olarak açıklanmaktadır. Bu hükme göre, ‘silahlı’ kabul edilmek için, askerî bir hizmet gereği olarak silah taşıyor olmak veya bir amirin komutası altında ve nezaretiyle bir silahın başında olarak askerî bir hizmete başlamış olmak gereklidir. ‘Hizmetin icabı olan silah’ top, tüfek vb. askerî silahlardır. Örneğin bir topun başında emir ve komuta altında askerî bir hizmet halinde bulunmak silahlı tabirine girer. Bu maddeye göre bir uçakta, bir gemide emir komuta altında bulunmak silahlı demektir. Silahlı ve silah başında yapılan tecrübe hizmetleri, nöbet hizmetleri silahlı hizmettir. Fakat silahları temizlemek veya silahlar hakkındaki eğitim, öğretim hizmetleri silahlı hizmet demek değildir’ (Taşkın, s.44-45; 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 2013, s.263).

[41] As.Yar.DK., 29.06.2000, 2000/130-131 E.-K., Askeri Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.374-377.

[42] ‘Gaziantep/Oğuzeli 1 nci Hd.A.1 nci Hd.Tb.K.lığınca 17.08.2004 tarihinde yayımlanan eğitim uygulama emri üzerine (Dz.48) birliğe yeni katılan 1984/2 B tertip erbaş ve erlerin tamamına ferdi sınıf, branş ve oryantasyon eğitiminin yaptırılmaya başlandığı, söz konusu eğitimin ikinci safhasında 25.08.2004 tarihinde sabah saatlerinde mekanik ve nişancılık eğitimi yapılırken sanık P.Uzm. Çvş. E. Y.’in G-3 piyade tüfeğinin çalışma esasları istasyonunda mağdur P.Onb.S.G. ve mağdur P.Onb.O.A.’ın da aralarında bulunduğu gruba eğitim konusunu detaylı olarak anlattıktan sonra mağdur P.Onb.O. A.’a ait 13 M 057 seri No.’lu G-3 piyade tüfeğinin sabra sökümlünü yaptı (Dz.115), konuyu bir kez de sökülen bu parçalar üzerinde anlatmaya başladığı, sökümlü olan tüfeğin dipçiğini eğitim masasının üzerinde dik vaziyette yerleştirdikten sonra eline aldığı mekanizma grubunu icra yayının üzerine yerleştirdiği, yan masada bir başka konunun eğitimini yaptırmakta olan P.Uzm. Çvş. B. G.’dan bir adet dolu tabanca fişegi temin ettikten sonra bu fişegi mekanizmanın ucuna, ateşleme iğnesinin bulunduğu bölgeye yerleştirdiği, diğer eliyle tetik tertibatını da pimlerini takmadan (sanki silaha takılıymış gibi) dipçik ile mekanizma grubunun arasına yerleştirdiği, mağdur P.Onb.S.G.’e eline aldığı boş şarjörünü silahta bulunduğu bölgedeki gibi tetik tertibatının önünde tutulması talimatını verdiği, açıkta yapmış olduğu bu gösteriyle tüfeğin çalışma prensiplerini adım adım anlatmayı düşünen sanığın emniyet mandalını aktıktan sonra tetik tertibatının boşluğunu alıp, tetiğe basması üzerine tetik mandalının mekanizmada bulunan ateşleme iğnesine vurarak iğnenin haznede bulunan dolu 9 mm.’lik tabanca fişeginin kapsülünün ateşlenmesine, dolu fişegin patlamasına sebebiyet verdiği, atım yatağına yerleştirilmediğinden açıkta bulunan fişegin boş kovanının parçalanarak eğitim esnasında masanın yakınında bulunan mağdur P.Onb.O.A.’ın sağ koluna, mağdur P.Onb.S.G.’ün sol koluna, sanığın ise sağ el ve sol ellerine saplandığı, ... (olayda) Silahlı ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla, emirlere ve talimatlara riayetsizlik dolayısıyla başkasının yaralanmasına sebep olmak’ suçundan cezalandırma yoluna

Suçun oluşumu için, suçun konusunu oluşturan silah ve cephanenin kanunda aranan sonucu meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir. Zira ölüm/ yaralama neticesi failin taksirli hareketinden çok silah ya da cephanedeki kusurdan kaynaklanmış olabilir. Bu nedenle suçun oluşumu için aranan neticeye, failin taksirli hareketinin mi, yoksa suçun konusu olan silah ve cephaneden kaynaklanan teknik bir arıza durumunun mu yol açtığı her olayda eksiksiz olarak tespit edilmelidir. Bu husus olaya neden olan silah ya da cephane üzerinde konunun uzman bilirkişilerce inceleme yapılmasını gerektirecektir.

4. Taksir Biçimleri

a. Genel Olarak

Suçun kanuni düzenlenişinde failin taksirli davranışları, silah ve cephane hakkında gösterilen, ‘dikkatsizlik’ ve ‘nizamlara ve emirlere talimatlara riayetsizlik’ olarak açıklanmaktadır. Maddenin düzenlenişinden her iki taksir biçimi maddede birbirine ‘ve’ bağlacı ile bağlandığından kanaatimizce suç konusu olayda failin, dikkatsizlik ve nizam, emir ya da talimata aykırı olan riayetsizliği belirlenmelidir. Nitekim Askerî Yargıtay kararlarında, dikkatsizlik yanında, riayetsizlik teşkil eden taksirli davranışların nizamlara, emir ve talimatlara aykırılık oluşturup oluşturmadığı her olayda araştırılmaktadır^[43].

gidilmiştir (As.Yar.3D., 26.04.2005, 2005/0475-0472 E.-K., As.Yargıtay Dergisi, S.19, Y.2006, s.378-379).

- [43] ‘...Saniğa tebliğ edilen Nöbet Yeri Genel ve Özel Talimatı ile, Emniyet ve Kaza Önleme Özel Talimatında; nöbet mahallinin hiçbir zaman terk edilmeyeceği, nöbet süresince silahın yarım doldurmuşta ve emniyette bulundurulacağı, silâh ile oynanmayacağı, silahın kesinlikle arkadaşlarına yöneltilmeyeceği, silahla şaka yapılmayacağı, silah boşaltılırken mutlaka namlunun doldur-boşalt istasyonundaki bidonun içerisine sokularak tetik düşürüleceği, dolu veya boş hiçbir silahın arkadaşlarına doğrultularak tetik düşürülmeyeceği, şeklinde emirler yer almaktadır (Dz.7-8, 17). Buna göre, saniğin eyleminin, ASCK'nın “Başkasının yaralanmasına ve ölmesine sebep olanlar” başlığını taşıyan 146'ncı maddesi kapsamında değerlendirilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır’ (As.Yar.2D., 08.02.2012, 2012/247-243 E.-K., TSK Net); “Doldur boşalt yerinde rütbeli nezaretinde tüfeğimi boşaltacağım tüfeği boşalttıktan sonra serçe parmağımla namlu fişek yatağını kontrol edeceğim... emir verilmeden tam dolduruş yapmayacağım, tam dolduruştayken tüfeğimi devamlı emniyette bulunduracağım, dolu tüfekte, tüfek emniyette olsa dahi şaka yapmayacağım, dolu veya boş tüfeği kesinlikle arkadaşıma doğrultup tetik düşürmeyeceğim...” (DZ.245); “...silahla şaka yapmayacağım. Yapılmasına engel olacağım...” (Dz.246) “...Nöbet yerinde görevli olduğum süre içerisinde tüfeğimle kesinlikle oynamayacağım...” (DZ.248); “Silahla oynama ve sürekli emniyette tut”(DZ.251); “Nöbetçi, ... silahını nöbetçi onbaşı gözetiminde doldur-boşalt yerinde doldurur, nöbet bitiminde aynı şekilde boşaltıp, atım yatağını kontrol eder”(Dz.252); “, “Nöbet süresince silahıyla oynama, emir verilmedikçe ve tehlike yoksa tam dolduruş yapma... Silahını Nöbetçi Astsb, o yoksa Nöbetçi Onbaşı gözetiminde doldur-boşalt yerinde doldur bitiminde aynı şekilde boşalt... silahını gerek dolu gerekirse boş olarak taşırken veya bulundurulurken arkadaşlarına yöneltilme, silah boş bile olsa şaka yapma, boşaltırken mutlaka namluyu doldur-boşalt istasyonunda bulunan

Failin taksirli davranışının yöneldiği şeyin doğrudan ‘silah ve cephanе’ olmayıp, başka bir şey olması ancak ölüm ve yaralanma neticesine yine silah ve cephanenin neden olması durumunda uygulamanın ne şekilde yapılacağı tartışılabilir. Örneğin cephanе yüklü bir kamyonun şoför hatası neticesi devrilmesi, savaş gemisi ya da bir savaş uçağının seyir hataları nedeniyle, çarpma/düşmesi sonucu üzerindeki cephanenin patlaması sonucunda ölüm/yaralama meydana gelmesi vb. Kanaatimizce failin taksirli davranışları suçun doğrudan konusu üzerinde olmadığından, genel hükümlere göre uygulama yapılmalıdır.

Failin taksire konu davranışları her türlü serbest hareketlerle işlenebilir. Taksirli hareketin, icrai ya da ihmali biçimde ortaya çıkması mümkündür.^[44] Yine bir olaya, birden fazla failin icrai ve ihmali yöndeki kusurlu hareketlerinin birleşerek neden olması kanaatimizce mümkündür. Bu durum ileride bahsedileceği üzere herkesin kendi taksirli davranışından dolayı sorumluluğunu gerektirecektir.

Taksirli bir suçtan bahsedilebilmesi için kanuni tarifte yer alan ve istenmeyen neticenin gerçekleşmiş olması gerekir. Netice gerçekleşmemişse ileride açıklanacağı üzere failin teşebbüsten dolayı cezai sorumluluğundan bahsedilemez (TCK m.35/1)^[45]. AsCK m.146 bakımından taksirli eylemin yol açtığı netice ölüm ya da yaralamadır. Bu nedenle ölüm gerçekleşmediği sürece fail bu suçtan cezalandırılmaz. Zira taksirli suçlarda cezalandırılan neticedir. Ölümün gerçekleşmemesi halinde taksirle “yaralama” düşünülebilir^[46]. Yaralama neticesi de gerçekleşmemişse AsCK m.146’da ki suç oluşmaz. Ancak başka nitelikte askerî suçların ya da bir disiplin ihlalinin oluşması mümkündür^[47].

bidona sokarak tetik düşür.”(Dz.253); *şeklindeki emirlerin olaydan önce sanığa tebliğ edildiği (anlaşıldığından)...*”(As.Yar.1D., 01.02.2012, 2012/0121-0138 E.-K., TSK Net).

[44] Özgenç, Gazi Şerhi, s.309; Hakeri, s.217; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.363; ‘*Kasten öldürmenin ihmali hareketle işlenebilmesi hali ayrıca düzenlenmiş olduğuna göre kanunilik ilkesinin bir sonucu olarak taksirle öldürmenin ihmali hareketle işlenebilmesine ilişkin kanunda açık bir düzenleme bizce zorunludur. Aksi kıyas yasasına aykırılık oluşturur*’ (Bu görüş için bkz. Veli Özer Özbek /Mehmet Nihat Kanbur /Koray Doğan /Pınar Bacaksız /İlker Tepe, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012, s.188).

[45] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.365.

[46] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.188.

[47] *Örneğin nöbet silahına talimatlara aykırı olarak mermi sürülüp taksirle de olsa ateş edilmesi ancak yaralama ya da ölüm sonucunun doğmaması durumunda fail AsCK m.136/1-B mazaratı mucip nöbet talimatına aykırı hareketten dolayı cezalandırılabilir. Asker kişinin zati tabancasını kurcalarken silahın ateş alması ancak çevrede bulunan diğer asker kişilerin bu olaydan yara almadan kurtulmaları olasılığında ise (eğer bu konuda malum ve muayyen bir hale getirilmiş bir emir bulunmadığı takdirde emre itaatsizlikte ısrar (AsCK m.87) suçun oluşmayacağı için) disiplin sorumluluğunu kapsamında değerlendirilebilir.*

AsCK m.146'daki suç, soyut bir tehlike suçu olmayıp, aynı zamanda kanunda yer alan neticenin gerçekleşmesinin arandığı bir netice suçudur. Bu nedenle failin taksirli davranışının bu sonuca neden olabilecek nitelikte olup olmadığı hususu nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyet ile birlikte düşünülmelidir. Dolayısıyla tek başına taksirli hareketin nedensel değere sahip olması yetmez; aynı zamanda objektif olarak taksirli hareketin faille yüklenebilir olması gerekmektedir^[48].

b. Dikkatsizlik

Sözlük anlamı ile 'dikkatsizlik' olumlu bir harekette bulunmamak, olumlu bir harekette bulunulmaması suretiyle gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesidir^[49]. Doktrinde bir görüşte, işlere gereken özen ve dikkat sarfedilmeden girişimde bulunulması, yerine getirilmesi halinde bir kazayı önleyecek olan ihtimamın gerektirdiği tedbirin ihmal edilmesi dikkatsizlik olarak açıklanmıştır. Dikkatsizlik her olayın niteliğine göre takdir edilecektir^[50]. Örneğin, kamyon kullanırken uyuyan sanığın önündeki araca çarpması^[51], yaya geçidinde geçmekte olduğunu gördüğü yayalara rağmen aracın süratini yol ve hava durumuna göre ayarlanmayarak yayaya çarpılması^[52], atölyedeki demirin doğru istiflenmeyerek yaralanmaya neden olunması vb^[53].

AsCK m.146'da, ölüm veya yaralanma neticesi doğuran dikkatsizliklere, failin silah ve cephanesi hakkında emir ve talimatlara aykırı hareketleri neden olmaktadır. Bu anlamda dikkatsizlikleri, silah ya da cephanenin hatalı atım ya da kullanımından kaynaklanan dikkatsizlikler; ki bunlar failin icrai hareketleri ile işlenebilecek türden taksirli eylemlerdir. Diğer, suçun konusu olan silah ve cephanenin^[54] unutmaya vs. nedenlerle bakım tutumunun zamanında yapılması

[48] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.189.

[49] Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre; '*Dikkatsiz olma durumu, dalgınlık, savrululuk, özensizlik*'. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.53512cb257fee8.60777983, 17.08.2015).

[50] Keskin, s.145.

[51] Y.2.CD., 11.7.1990, E.7398, K.7762, Keskin, s.146.

[52] Y.2.CD., 19.6.1990, E.6483, K.6889, Keskin, s.146.

[53] Y.2.CD., 1.5.1990, E.3913, K.4445, Keskin, s.146.

[54] Türk Dil Kurumu Büyük Türkçe Sözlük'te '*Cephane*'; '*Ateşli silahlarla atılmak için hazırlanan her türlü patlayıcı madde, mühimmat*' olarak tanımlanmıştır. (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.5375d9400828e7.45109014., 17.08.2015).

sonucu ortaya çıkan daha çok failin ihmali hareketlerinin yol açtığı dikkatsizlikler örnek olarak gösterilebilecektir.

b. Nizamlara ve emirlere talimatlara riayetsizlik

Failin silâhları ve cephanesi hakkında olmak şartıyla dikkatsizliği yanında diğer taksirli eylemi olan ‘riayetsizlik’^[55] eyleminin, sadece kanunda belirtildiği biçimlerde yani; ‘nizamlara’^[56] ve ‘emirlere’^[57], ‘talimatlara’^[58] aykırılık biçiminde ortaya çıkması gerekmektedir. Nitekim askerî mevzuatta da; ‘silah ve cephanenin emniyeti, korunması ve muhafazası, bunlarla ilgili eğitimin verilmesi’,^[59]

[55] Büyük Türkçe Sözlük’te, *Riayet kelimesi, sayma, saygı, itibar etme, uyma, boyun eğme gibi anlamlara gelmektedir* (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.537f40245d7444.73353088., 17.08.2015).

[56] 211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu 5’nci maddesinde; ‘Nizam; ‘Tüzükler, kararname, yöNetmelikler, talimnamelerin ve talimatların hükümleri’ olarak tanımlanmıştır. ‘Ancak İç Hizmet Kanunu’nun 5’inci maddesinde sayılan düzenleyici işlemler bunlarla sınırlı sayıda değildir. Burada yer almayan diğer düzenleyici işlemler de nizam kavramı içerisinde değerlendirilecektir. Örneğin TSK’da iç hizmeti düzenleyen yönergeler de, İç Hizmet Kanunu’nun 5’inci maddesinde yer almasa bile nizam kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir’ (Değirmenci, s.61).

[57] *211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu 8’nci maddesinde, ‘Emir- Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette ifadesidir’* biçiminde tanımlanmıştır.

[58] ‘Talimat: Barış ve sefer görevlerinin yürütülmesi için, o göreve ilişkin ilke ve yöntemler koyan yazılı bir yayındır (Emniyet devamlı talimatı, bakım devamlı talimatı gibi). 0 Kıta ve kurumlarda yürütülmekte olan taktik ve idari hizmetlerden; genel olarak her zaman aynı şekilde cereyan eden ve talimname ve yöNetmeliklerde bulunmayan hususlar için, ne gibi usul ve esaslar takip edileceğini tespit ve emretmek üzere komutanlık tarafından önceden hazırlanan yazılı yöNetmeliklere (talimatlara)denir’ (Değirmenci, s.62).

[59] Örneğin, İç Hizmet Yönetmeliğinde bu konuda çeşitli düzenlemeler yer almaktadır: ‘Madde 207–Koşullar içinde manevra ve muharebe fişekleri ve tüfek doldurmak, boşaltmak ve hakiki el bombaları ve tabir cephanesiyle eğitim yapmak ve koşullarda bunların ve parlayıcı, yanıcı maddelerin bulundurulması yasaktır. Madde 361–Onbaşı, emri altına verilen erlerin veya birliğin âmiri ve çavuşun fiilen yardımcısıdır. Onbaşı, kendi birliği içindeki disiplini korumağa ve emrine verilmiş olan insan, hayvan, araç ve malzemeyi iyi bakmağa ve onları muharebe bakımından yetiştirmek, sevk ve idare etmeye mecburdur. Onbaşı, kılık ve kıyafetiyle, tavır ve hareketleriyle bilgisi ile, ahlâk ve terbiyesiyle ve çalışkanlığı ile erlerine mükemmel bir örnek olmalıdır. Onbaşı, erlerinin vücut ve elbise temizliklerinden hayvanların bakımından, teçhizat ve silâhların, cephane ve seferi eşyaların iyi bir halde muhafazasından ve bunların nizamına uygun bulunmasından ve taşınmasından ve en küçük birlik sayılan manganın, postanın ve kısmın bütün iç hizmetlerini iyice bilmek, öğretmek ve tatbik etmekten sorumludur. Madde 369–Çavuş, kendi birliğinde, (silâh, cephane, âlet, seferi eşya ve vasıta olarak) sınıf ve teşkilâtın icabı neler varsa hepsinin bakımından ve korunmasından mesul olduğu gibi bunların buldukları yerlerde temizlik ve düzgünlüğün teminine, bütün erlerin sıhhatlerinin korunmasına, elbise ve çamaşırlarını temiz tutmalarına, hayvanların bakılmasına dikkat eder ve fırsat bulduğu zamandan istifade ederek bu hususlara dair ders verir. Madde 424–Gemi kumandanı duruma göre gözcü, kampanacı, deniz filikacısı, sabotaj

‘silah ve cephanenin kullanılması’^[60] gibi bir çok konuda emredici hükümler yer almaktadır.

Meslek ve san’atta acemilik, nizamata-evamir ve talimata riayetsizlik aslında birer taksir karinesi olup bunların söz konusu olduğu durumda hareketin tedbirsiz ve dikkatsiz, neticenin de taksirli olduğu prensip olarak kabul edilmelidir.^[61] Nitekim uygulamada Askerî Yargıtay kararlarında, ‘nizamlara’ ve ‘emirlere’ ‘talimatlara’ aykırı hareket edilmesi halinde ölüm ve yaralama neticesi meydana gelmişse artık failin AsCK m.146 anlamında dikkatsizlik eylemi sorgulanmamakta ve taksirli ederek suçu işlediği kabul edilmektedir.^[62]

ve balık adamı, emniyet devriyeleri veya nöbetçileri ihdas edebilir. Emniyet nöbetçileri, gemiye patlayıcı ve yanıcı maddeler alınırken bunların alınacağı cephanelik, akaryakıt saruucuları gibi yerler ile bu yerler arasında veya bunlara zarar gelmesi muhtemel mevkileri kriptu, kasa v.s. yerlere lüzumu kadar silahlı veya tabancalı olarak konulur ve her türlü yangına karşı emniyet tertibatları alınmış olarak diğer ilgili personel ile takviye edilir. Madde 459 Gemi nöbetçi subayının görevleri- Geminin akaryakıtı, su, cephane torpito alması veya sair sebepler ile başka bir geminin aborda almasında bordaları zamanında hazırlar. Emniyeti ve halat manevralarını sağlar’.

[60] Nitekim İç Hizmet Kanununda silah ve cephanenin kullanılması konusunda önemli hükümlere yer verilmiştir: ‘Koruma hizmeti ile görevlendirilen asker kişiler, karakol, karakol nöbetçisi ve devriye sfat ve yetkilerine sahiptir. Koruma görevlileri bu Kanunun, 2559 sayılı Polis Vazife ve Selahiyet Kanununun ve diğer kanunların silah kullanmayı öngördüğü hal ve şartlardan herhangi birinin tabakkuku halinde silah kullanmaya yetkilidir. Bunlar, korudukları kişiye karşı silahlı bir saldırıya teşebbüs edilmesi halinde doğrudan ve duraksamadan hedefe ateş edebilirler’ (211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m.47/son fıkra); ‘İnsan ve hayvan mevcutlarını anlamak, bunlardan ve silah, malzeme ve eşyada bir vukuat olup olmadığı haberini almak maksadı ile kıta, karargah ve kurumlarda biri sabah, diğeri akşam, üçüncüsü de gece olmak üzere günde üç defa yoklama yapılır. Yoklamaların şekli ve yapılış tarzı talimatnamede gösterilir’ (211 sayılı TSK İç Hizmet Kanunu m.55).

[61] Keskin, s.144; Bu husus yetkili merciler tarafından insanlar arasındaki münasebet ve faaliyetleri düzenlemek için konulmuş kurallara aykırı hareket etmektir. Failin belirli bir davranışta bulunmaya zorlayan hukuk kurallarına aykırı hareket sonucu ölüm ve yaralanma neticesi meydana gelmektedir. Mesela kırmızı ışıkta geçmek yasaktır. Buna aykırılık nizamata aykırılıktır. O halde kırmızı ışıkta geçenin ayrıca tedbirsiz veya dikkatsiz hareket ettiğini araştırmaya gerek yoktur. Bizzat kırmızı ışıkta geçiş bunun karinesidir. Başka bir deyişle tedbirli ve dikkatli geçtim dese bile kırmızı ışıkta geçerek olaya sebebiyet veren kişi karine olarak dikkatsiz ve tedbirsizdir. Nizamata aykırı hareketle, netice arasında nedensellik bağının bulunduğu sabit olmadıkça fail taksirden sorumlu tutulamaz. Mesela ehliyetsiz otomobil kullananın yaptığı hareketler ehliyetli olarak kullananından farksızsa nizamata aykırılık başlıbaşına trafik suçu olsa bile taksir söz konusu değildir (Keskin, s.146-147).

[62] “...Somut olaya bakıldığında; olay öncesinde kendisine tebliğ edilen emniyet ve kaza önleme ile nöbet talimatlarına göre, silahına dolu şarjör takmaması, kurma kolunu çekip bırakmak suretiyle tam dolduruya getirmemesi, emniyeti açmaması ve dolu silahı canlıya doğrultmaması gereken sanığın, bizzat kendisinin daveti üzerine nöbet yerine geldiğini bildiği arkadaşlarına üzerinde dolu şarjör takılı bulunan, atışa engel herhangi bir arzısı bulunmayan silahının namlu yatağına, kurma kolunu çekip bırakmak suretiyle mermi sürdükten sonra “Dur” ikazı

5. Suça Etki Eden Nitelikli Haller

a. AsCK'da Genel Artırım Nedeni (AsCK m.51)

AsCK m.51'de^[63], AsCK'da yer alan ancak kasten işlenen suçlar bakımından genel bir artırım nedenine yer verilmiştir^[64]. Bu artırımın ne şekilde yapılacağı ise AsCK m.50'de düzenlenmiştir. AsCK m.146'nın taksirli bir suç olması nedeniyle AsCK'nın 51'nci maddesinin uygulanmasına elverişli bir askerî suç tipi değildir. Ancak AsCK m.146 kasten işlenebilen bir suç olsa bile yine de AsCK m.51/B bendinde yer alan ('Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak') artırım nedeni uygulanamaz. Çünkü bu artırım nedeninin uygulanması için silahın suçun bir unsuru ya da nitelikli hali olarak uygulanacak maddede yer almaması gerekir. Daha önce açıkladığımız gibi AsCK m.146 bakımından silah ve cephane suçun konusudur.

b. TCK'da Cezayı ağırlaştırıcı hal (TCK m.22/3)

TCK m.22/3'ncü fıkrasında; 'Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır' hükmü yer almaktadır.

ile durdurup, bilahare söz konusu silahı maktule doğrultarak emniyetini açıp, dikkatli olması yönündeki tüm ikazlara rağmen, maktulün silahın alev gizleyeninden tutup çekiştirmesi nedeniyle de olsa kazaen tetik düşürmek suretiyle silahın ateş almasına sebep olduğu, bu davranışları neticesi karşısındakinin ölümüne sebep olabileceğini öngörmesi karşısında, sanığın müsnet suçu bilinçli taksirle işlediğinin kabulü gerektiği sonucuna varıldığından; direnme hükmünün uygulama yönünden bozulmasına" oçoçluğu ile karar verilmiştir. (As.Yar.DK., 17.02.2011, 2011/14-13 E.-K., As.Ad.Der., S.134, Temmuz 2011, Y.39, s.110-114); '... Operasyon görevinde tüfeklerin namlusuna mermi yerleştirilip emniyete alınmak suretiyle tam dolduruşta bulunmasını ve tüfek emniyetlerinin sık sık kontrol edilmesi gerektiğinin emredildiği, olay sonrasında yapılan kriminal incelemede sanığa zimmetli bulunan L0108721 seri numaralı HK-33 piyade tüfeğinin atışına mâni, mekanik her hangi bir arızasının bulunmadığı, emniyet sisteminin sağlam ve çalışır vaziyette olduğu ve olay yerinde bulunan boş kovanın sanığa ait bu silahtan çıkan mermiye ait olduğunun tespit edildiği, ... silahın emniyetinin sanığın dikkatsizliği nedeni ile açıldığı ve bu durumu kontrolde ihmalkar davranan sanığın taksiri nedeni ile hamilli bulunduğu tüfeğinin ateş alması ile müsnet suçun oluştuğunun kabulü isabetli bulunduğundan sanığın, suç işlemediğine yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir' (As.Yar.1D., 21.09.2011, 2011/ 0767-0762 E.-K., TSK Net).

[63] AsCK'nın 51'nci madde düzenlemesi şöyledir: 'Bu kanunda hususi bir hüküm tayin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muciptir. A) Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek;B) Suç silahın veya resmi nüfuz ve salahiyetin suistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek.'

[64] 'As.C.K.nun 51 inci maddesi, ancak kasdi suçlarda kabili tatbik olduğundan, gayri kasdi suçlardan olan As.C.K. nun 146 ncı maddesi ile hakkında takibat yapılan sanığın cezasının bu madde gereğince artırılması yolsuzdur' (As.Yrg.1D., 27.11.1962, E.2566, K.2998., Özbakan, s.373).

AsCK'da, TCK m.22/3'ncü fıkrasının uygulanması bakımından herhangi istisna bir hükme yer verilmediğinden, AsCK m.146 açısından da suçun bilinçli taksirle işlenmesi halinde failin cezası TCK m.22/3'ncü fıkrası uyarınca artırılacaktır^[65].

c. TCK'da Cezayı Ağırlaştırıcı Haller (TCK m.85/2 ve TCK m.89/2, 3, ve 4'ncü fıkralar)

Yine burada AsCK m.146'da, TCK m.85 ve 89'a yapılan atıfların sadece suçun basit haline değil aynı zamanda nitelikli hallerine de yapıldığı kabul edilmelidir. AsCK m.146'da suçun nitelikli hallerine ilişkin özel bir düzenlemeye de yer verilmediğinden, AsCK m.146'daki suç faileri hakkında şartları varsa TCK m.85 ve 89'un nitelikli halleri uygulanmalıdır^[66]. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır^[67].

[65] 'Askerî Mahkemece; sabit görülen eylemin, silah hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlik göstererek bilinçli taksirle yaralamaya sebebiyet vermek olarak vasıflandırılmasında, karar yerinde gösterilen haklı ve inandırıcı gerekçelerle, adli para cezasının temel ceza olarak seçilmesinde ve suçun işleniş biçimi ve sanığın kusurunun ağırlığına ilişkin gerekçelerle alt sınırdan uzaklaşılmasında, mağdurun organlarından birinin işlevini yitirmesi nedeniyle cezanın bir kat artırılmasında, suçun bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle cezada artırım yapılmasında... (Neticede) ASCK'nın 146'ncı maddesi delaletiyle TCK'nın 89/1 (Teşdiden), 89/3-b, 22/3 (1/2 artırım oranı), 62 ve 52/4'üncü maddeleri gereğince 11.000 TL adli para cezası ile cezalandırılmasına, hükmolunan adli para cezasının taksitlendirilmesine, 0,85 TL tutarındaki Hazine zararınının 353 sayılı Kanun'un 16'ncı maddesi uyarınca sanıktan tazminine, karar verilmiştir' (As.Yar.2D., 21.03.2012, 2012/414-408 E.-K., TSK Net).

[66] Taksirle Yaralama suçunun (TCK m.89) nitelikli hallerine ilişkin 2, 3 ve 4'ncü fıkraları şöyledir: "(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına, b) Vücudunda kemik kırılmasına, c) Konuşmasında sürekli zorluğa, d) Yüzünde sabit ize, e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma, f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır. (3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun; a) İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine, b) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine, c) Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına, d) Yüzünün sürekli değişikliğine, e) Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine, Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır. (4) Fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması hâlinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur"

[67] '... (Sanığın bilinçli taksirle), J.Er H.H.G.'in ...uzak mesafeden yapılmış atış sonucunda, ateşli silah mermi çekirdeği yaralanmasına bağlı klavikula ve kaburga kırıkları ile birlikte büyük damar ve iç organ yaralanmasına bağlı gelişen iç kanama sonucunda (ölümüne); J.Er A.K.'in ise (yaralanmasına neden olduğu olayda)... ASCK'nın 146'ncı maddesi delaletiyle TCK'nın 85/2, 22/3 ve 62/1'inci maddeleri gereğince, neticeten altı yıl sekiz ay hapis cezasıyla cezalandırılmasına (karar verilmiştir)' (As.Yar.1D., 01.02.2012, 2012/0121-0138 E.-K., TSK Net).

6. TCK'da Cezalandırmaya Engel Olan Şahsi Sebep (TCK m.22/6)

TCK m.22/6'ncı fıkrasında; 'Taksirli hareket sonucu neden olunan netice, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından, artık bir cezanın hükmedilmesini gereksiz kılacak derecede mağdur olmasına yol açmışsa ceza verilmez; bilinçli taksir halinde verilecek ceza yarıdan altıda bire kadar indirilebilir' hükmü yer almaktadır.

Cezalandırılmaya engel olan şahsi sebebin varlığı, fiili suç olmaktan çıkarılmakta, ancak sadece o kişi bu sebepten yararlanabilmektedir. Bu nedenle suç iştirak halinde işlenmiş ise, diğer şeriklere sirayet etmez. Fiilin işlendiği sırada mevcut olması gereken şahsi cezasızlık sebebinin objektif olarak varlığı yeterli olup failce bilinmesi gerekmez^[68].

Hükmün uygulanabilmesi için öncelikle ölüm neticesi, münhasıran failin kişisel ve ailevi durumu bakımından etkili olmalıdır. "Kişisel ve ailevi durum"u üzerinde etkili olmasının aranması, daha çok aralarında akrabalık durumu bulunan kişiler bakımından bu hükmün uygulanmasını sonuçlar^[69].

Daha önce açıklandığı üzere TCK genel hükümler bahsinde yer alan taksir (TCK m.22) uygulaması AsCK m.146'da açıkladığımız istisnai husus dışında aynen geçerlidir. Bu nedenle AsCK m.146'daki suçta, TCK m.22/6'ncı fıkra kapsamında cezanın azaltılması ya da şahsi cezasızlık sebebi nedeniyle ceza verilmemesini gerektiren durumlarla karşılaşılması mümkündür. Örneğin; Asker bir kişinin zati silahını temizlerken silahın taksirle ateş alması sonucu, failin çocuğunun, eşinin ya da yakın akrabalarından birinin yaralanması ya da ölümüne neden olması mümkündür. Ancak bu durumda suç vasfının AsCK m.146 kapsamında değerlendirilmesi düşünülemez. İleride bu husus muhakeme kapsamında açıklanacaktır. Bu durumda fail doğrudan doğruya TCK m.85 ya da 89 kapsamında cezalandırılacak ve TCK m.22/6 kapsamındaki indirim ya

[68] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.193-194; 'Gerçekten uygulamada da sık sık karşılaşıldığı üzere bazen taksirle öldürme failin aynı zamanda mağdur olmasına da yol açabilmektedir. Örneğin, trafik kazasında arabayı kullanan babanın çocuğunun ölümüne neden olması; köyde yaşayan annenin bulaşık yıkarken beşikte uyuyan çocuğun uyanması ve emekleyerek gittiği depodaki zehri içmesi ve ölmesi olaylarında failer aynı zamanda çocuklarını yitirmiş olmaları sebebiyle kişisel ve ailevi olarak mağdur duruma düşebilmektedir. Uygulamada bu gibi hallerde mahkemeler de karar vermekte zor lanmakta, adil bir karar vermek amacıyla bazen ceza hukukunun dışına çıkılarak failerin cezasız bırakılmaları sağlanmaya çalışılmaktaydı. Bazen ise mahkumiyet karar verilmekte, özgürlüğü bağlayıcı cezanın paraya çevrilip ertelenmesi suretiyle karann zararlı sonuçlarından bireyin etkilenmesi önlenmeye çalışılmaktaydı. Tüm bu sebeplerle yasanın düzenlemesi son derece yerinde olmuştur (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.194)'.

[69] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.194

da cezasızlık nedeninden yararlanabilecektir. Ancak failin yaraladığı kişinin asker şahıs olması halinde AsCK m.146 kapsamında suç vasıflandırılacak ve yine TCK m.22/6'ncı fıkra uygulanabilecektir. Ancak TCK m.22/6'ncı fıkra yakın akrabalar dışında, birbiri ile yakın arkadaş olan asker kişiler arasında uygulanmaya elverişli değildir.

B. MANEVİ UNSUR

1. Genel Olarak

Arapça bir kelime olan taksir, sözlük anlamı itibarıyla kısaltma, bir işi eksik yapma, kusur etme anlamlarına gelmektedir. Hukuki anlamda taksir ise, *“neticenin fail tarafından öngörülebilir olduğu hâlde öngörülmemesi (şuursuz taksir, bilinçsiz taksir) şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, neticenin öngörüldüğü hâlde istenmemesi şeklinde de (şuurlu taksir, bilinçli taksir, öngörülü) şeklinde de olabilir”*^[70].

Kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, taksirle işlenen fiillerde de haksızlık ve kusur birbirinden ayrılmakta, taksir, artık mücerret, yalın bir kusurluluk şekli değil; haksızlığın bir gerçekleştiriliş şekli, kısaca bir haksızlık şekli olarak açıklanmaktadır^[71]. Ancak kasten işlenen suçlarla taksirle işlenen suçlar arasında bir nitelik farkı bulunmaktadır. Taksirli suçta mutlaka normatif bir değerlendirme unsuruna (objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık) ihtiyaç vardır^[72].

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 16.10.2007 tarih ve 9-192/211 sayılı kararında taksirin unsurları; *“failin taksirle işlenebilen bir suç olması, hareketin iradiliği, neticenin iradi olmaması, hareketle netice arasında nedensellik bağının bulunması ve neticenin öngörülebilmesi”* olarak açıklanmıştır. Askerî Yargıtay kararlarında^[73] ve doktrinde^[74] de benimsenen bu unsurlar taksirli bir suç tipi olan AsCK m.146 bakımından da geçerli olup inceleme konumuzu oluşturacaktır.

[70] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 347; Benzer açıklama Mahmut, Koca/İlhan, Üzülmöz, Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), 6.Baskı, Ankara 2013, s.175.

[71] Özgenç, Gazi Şerhi, s.307; Koca/Üzülmöz, s.180.

[72] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 361.

[73] As.Yar.DK., 17.02.2011, 2011/14-13 E.-K., Askerî Adalet Dergisi, S.134, Temmuz 2011, Y.39, s.110.

[74] Bkz.Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.362; Hakeri, s.215.

2. Fiilin Taksirle İşlenebilen Bir Suç Olması

5237 sayılı TCK'nın 21/1'inci maddesinde, "Suçun oluşması kastın varlığına bağlıdır" denilerek, kural olarak suçta kastın aranacağı belirtilmiş, bu kuralın istisnasına, taksir kavramına ilişkin bir düzenleme olan TCK 22'nci maddesinde yer verilmiştir. Bu maddenin 1'inci fıkrasına göre, "*taksirle işlenen fiiller; kanunun açıkça belirttiği hâllerde cezalandırıl(acaktır).*" Buna göre kanun koyucu taksirle işlenebilecek suçları açık bir hüküm ile belirtmelidir^[75].

TCK'da taksirli suçlar madde başlığı ile birlikte (Taksirle yaralama, Taksirle öldürme gibi) belirlenmiştir. AsCK m.146'da madde başlığında böyle bir açıklama yoktur. Ancak madde içeriğinden suçun taksirle işlenebilen bir suç olduğu anlaşılmaktadır^[76].

3. Hareketin İradiliği

Kasten ve taksirle işlenen fiiller aynı normun insan davranışı tarafından ihlalinin oluşturduğu için, davranış kavramı, kasten ve taksirle işlenen suçlarda aynı anlama gelmektedir. Taksirle işlenen fiiller de, dış dünyada tezahür eden iradi insan davranışlarıdır^[77]. Bu nedenle neticeyi meydana getiren hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştiren, ancak neticeyi istemeyen faili sorumlu tutabilmek için, özen görevini yerine getirmemesinin dışında, hareketinin de, iradi olması şartını aramak gerekir^[78]. Aksi takdirde suç oluşmayacaktır^[79].

İcrai hareketlerle işlenen taksirli suçlarda, iradenin varlığından söz edilebilirse de, ihmali hareketle gerçekleştirilen fiillerde bu iradenin varlığı doktrinde bazı müelliflerce şüphe ile karşılanmıştır. Zira ihmali hareketin iradiliğini tespit etmek güçtür^[80].

[75] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.363.

[76] Kangal, s.114.

[77] Koca/Üzülmez, s.181.

[78] Hakeri, s. 217.

[79] '*...Sanığın, tüfeğin namlusunu mağdura doğrultması, diğer nöbetçilerin uyarısı üzerine şarjörü çıkartırken ve kurma kolunu çekip bırakırken tüfeğini mağdura doğrultmaya devam etmesi, gayri iradide olsa tetiğe basması sonucunda mağdurun yaralanmasına sebebiyet vermesi karşısında, sanığın, davranışları neticesinde arkadaşının yaralanmasına sebep olabileceğini öngördüğü, ancak bu neticeyi istemediği anlaşıldığından, atılı suçun bilinçli taksirle işlendiğinin kabulünde isabetsizlik bulunmamaktadır'* (As.Yar.2D., 08.02.2012, 2012/247-243 E.-K., TSK Net). Askeri Yargıtay'ın somut olaya ilişkin değerlendirmesinin hukuki olmadığı kanaatindeyiz.

[80] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 363; Hakeri, s. 217; Örneğin; ameliyat esnasında hastasının vücudunda makas unutan cerrahın, sokakta bir çukur açıp da gereken işareti koymayı

AsCK m.146'da ki suç açısından, özellikle meydana gelen taksirli neticenin failin iradi hareketinden mi yoksa silah ya da cephaneden kaynaklanan teknik bir kusur sonucu mu meydana geldiği hususu kanaatimizce önem taşımaktadır. Bu hususun tespiti için uygulamada daha çok konunun uzmanı bilirkişilerce teknik durumun saptanması gerekecektir^[81]. Kanaatimizce bilirkişi tarafından net bir tespitin ortaya konulamadığı ve neticenin failin iradi hareketi sonucunda meydana geldiğinin şüpheli kaldığı hallerde 'şüpheden sanık yararlanır' ilkesi gereğince hareket edilmesi hukuki olacaktır. Nitekim uygulamada Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir^[82].

Doktrinadaki bir görüşe göre, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık failin dikkatli davranmamak, uyumak, unutmak gibi hareketinden kaynaklanabilmektedir. Burada, mademki insanlar dikkatli davranmak, uyumamak, unutmamak yeteneğine sahiptir, o halde bunların davranışlarının irade dışı olduğu söylenemeyecektir. Ancak başka türlü davranabilme imkanından yoksun

unutan belediye görevlisinin, uyuduğu için tren kazasına sebep olan demiryolu geçit bekçisinin, bu ihmallerinin iradi olduğunun ifade edilemeyeceği belirtilmiştir. Bu ihmalleri iradi olsaydı, taksirin değil, kastın meydana geleceği de vurgulanmıştır (Artuk/Gökçen/Yenidünya,s.363-364).

[81] '*... Olay sonrasında yapılan kriminal incelemede sanığa zimmetli bulunan L0108721 seri numaralı HK-33 piyade tüfeğinin atışına mâni, mekanik her hangi bir arızasının bulunmadığı, emniyet sisteminin sağlam ve çalışır vaziyette olduğu ve olay yerinde bulunan boş kovanın sanığa ait bu silahtan çıkan mermiye ait olduğunun tespit edildiği, ... silahın emniyetinin sanığın dikkatsizliği nedeni ile açıldığı ve bu durumu kontrolde ihmalkar davranan sanığın taksiri nedeni ile hamilli bulunduğu tüfeğinin ateş alması ile müsnet suçun oluştuğunun kabulü isabetli olduğundan sanığın, suç işlemediğine yönelik temyiz sebepleri yerinde görülmemiştir*' (As.Yar.1D., 21.09.2011, 2011/ 0767-0762 E.-K., TSK Net).

[82] '*...Nitekim bilirkişi incelemesi sırasında, huzurda bulunan sanığın olay anında olduğu şekilde üzerinde parka ve hücum yeleği bulunmakta iken, askı kayışının dar olması ve ayar mandalının bulunmaması nedeniyle silahını asıp, çıkarmakta zorlandığı, tek seferde tüfeği omzundan çıkaramadığı, bu nedenle asma sırasında oluşan sürtünme nedeniyle emniyet mandalının açılabilceğinin tespit edildiği görülmektedir. Sanığın görev yaptığı bölgede güvenlik hassasiyeti nedeniyle, görev sırasında tüm silahların tam doldurmuşta ve emniyette bulunmaları gerekmektedir. Olay anında, diğer arkadaşlarıyla birlikte yemek almak için giden sanığın, yemek taşırken silahını sırtına asmaya başladığından, bu hareketi nedeniyle kendisine kusur atfedilemeyeceği gibi, silahının kayışının orijinal olmayıp, dar olması ve ayar mandalının bulunmaması nedeniyle silahını omzuna asıp, çıkartırken emniyet mandalının açılmasında kusurunun bulunmadığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, olayın gece vakti, gözle görüş ve kontrolün güç olduğu bir ortamda meydana geldiği, sanığın silahını omzuna çapraz şekilde asıp çıkarmaya çalıştığı sırada emniyet mandalının açılmış olabileceği, silahın emniyetinin açılması ile karanlıkta sanığın omzundan çıkaramadığı silahına elini atması arasında çok kısa bir süre bulunduğu göz önüne alındığında, sanığın silahının emniyetinin açılmış olduğunu ve akabinde elini silahına doğru atması sırasında tüfeğinin patlayabileceğini öngördüğü, söylenemeyeceği gibi, gerçekleştirdiği bu hareketlerle kusurunun bulunduğunu söylemeye de hukuki imkan bulunmamaktadır*' (As.Yar.2D., 14.11.2012, 2012/1347-1179 E.-K., TSK Net).

Askeri Ceza Hukukunda Başkasının Yaralanmasına ve Ölmesine Sebep Olma Suçu
(ASCK m.146)

şekilde veyahut zorlayıcı bir takım etkilerin tesiri altında icrai ya da ihmali hareketi gerçekleştiren failin, kaza ve tesadüf, mutlak cebir veya mücbir sebep dolayısıyla hareketinin iradiliğinden ve dolayısıyla taksirli sorumluluğundan bahsedilemez^[83]. Nitekim Askeri Yargıtay kararı da bu doğrultudadır^[84]. Ancak failin taksirli hareketinin korku ve unutkanlık neticesinde meydana gelmesi failin kusursuz olmasını gerektirmeyecektir^[85].

[83] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 364.

[84] “*Saniğin tabura ait olan ve hayvanlardan korunmak amacıyla beraberinde taşıdığı av tüfeğini, makam aracında dolu olarak bırakması ve aracın kalkması üzerine ön koltuğun hareketi sonucu dolu tüfeğin kendiliğinden ateş alarak şoför erin yaralanmasına sebebiyet vermesi olayında, saniğe atfi kabil bir tedbirsizlik ve dikkatsizlik söz konusu olmayıp, olayın irade dışı ve yakın illiyet bağı kurulamayan bir kaza olduğu gözetilmeden sanık hakkında mahkûmiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır*” (As.Yar.2D., 3.2.1988, 1988/124-102 E.-K., Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, S.7, Y.1990, s.156); Askeri Yargıtay bir başka kararında olayın kaza olmadığına karar verilmiştir. Karar şöyledir: ‘...Somut olayda, saniğin kendisi ve silahının çalılıklara takılması nedeniyle tüfeğinin müteveffaya yöneldiğine, tüfeğin tetiğinin çalılıklara takılarak ateş aldığına ilişkin olan ve tanık P.Erler Ö.A. ve Z.G.’in anlatımları ile doğrulanan savunmasının aksini ortaya koyan herhangi bir delil bulunmamaktadır. Eylemin açıklanan ve kabul edilen işleniş biçimi karşısında; emniyeti açık, dolu olan silahın namlusunun, sık çalılık olan eğimli arazide; somut olayda olduğu gibi, herhangi bir dış etkenle (sendeleme ve çalılığa takılma gibi) ya da salt tedbirsizlikle herhangi bir canlıya dönebileceği ve bu hâlde silahın, tetik tertibatına yapılacak orta şiddette bir temas sonucunda ateş alacağı ve bu suretle ölüme neden olabileceğinin sanıkça öngörülebilir nitelikteki bir netice olmasına rağmen, öngörülmemiş olmasının “taksir” olarak nitelendirilmiş olmasında isabet görülmüştür...’ (As.Yar.2D., 20.07.2011, 2011/617-614 E.-K., TSK Net).

[85] ‘...28.06.2007 tarihinde 00.00-06.00 saatleri arasında, Hazır Kıta 4 numaralı Kulede görevli olan saniğin, birlikte nöbet tuttuğu diğer nöbetçi G.O.K.’ın başka bir nöbet yerinde görevlendirilmesi ve nöbet yerinde tek başına kalması üzerine, korktuğu için, kendisine zimmetli ve nöbet hizmeti gereği yanında bulunan 15R647 seri numaralı G3 piyade tüfeğinin namlusuna el yordamıyla bir adet mermi sürerek silahını tam dolduruşa getirdiği, nöbet bitiminde kendisine doldur-boşalt yaptırlmayan saniğin, sabah kahvaltıdan sonra saat 08.00’de topluca havaya tetik düşürülmesi işleminde silahın boşaltılmasını sağlamadığı; namluda mermi kaldığını unutup istirahat çekildiği, 19.00-24.00 saatleri arasında, yine hazır kıtada nöbeti olması nedeniyle, saat 19.40 civarında, koğuştan silahını ve hücum yeleğini alarak doldur boşalt istasyonuna doğru yürürken, valizlik binasının kenarında oturan J.Er H.H.G. ile mağdur J.Er A.K.’i gördüğü, aralarında 10-15 m. mesafe varken arkadaşlarına şaka yapmak amacıyla silahının namlusunu önde oturan J.Er H.H.G.’e doğrulttuğu, hedef gözeterek tetiğe bastığı, emniyet mandalı kapalı olduğundan tetiğin düşmediği; arkadaşlarının “Silahta mermi olabilir, bize doğru döndürme” şeklindeki ikazlarına rağmen, bu ikazı dikkate almayarak ve namluda mermi olduğunu unutarak, silahın emniyetini açıp tekrar tetiğe basması neticesinde, silahın ateş aldığı ve silahtan çıkan merminin, J.Er H.H.G.’in boynunun ön kısmından girip sırtının sol bölgesinden çıktıktan sonra, arkada oturan J.Er A.K.’in sırtından girip sağ meme başı yanından vücudunu terk ettiği, silahın ateş alması üzerine saniğin şaşırarak olduğu yerde kalakaldığı, ilk önce arkadaşlarının şaka yaptığını zannettiği, J.Er H.’in boynundan kan geldiğini görünce, panik halinde elindeki silahını ve hücum yeleğini atarak onun yanına koştuğu, şok halinde “intihar edeceğim” diye bağırdığı; (olayda saniğin eylemi bilinçli taksirle ASCK’nın 146’ncı maddesi kapsamında değerlendirilmiştir)’ (As.Yar.1D., 01.02.2012, 2012/0121-0138 E.-K., TSK Net).

4. Neticenin İradi Olmaması/Neticenin İstenmemiş Olması

Taksirden bahsedebilmek için, failin iradi davranışından doğan neticenin, ister öngörülmüş olsun (bilinçli taksir) ister öngörülmemiş (bilinçsiz–basit taksir) olsun, istenmemiş olması gereklidir^[86]. Neticenin öngörülebilir olması ile neticenin iradi olmaması farklı şeylerdir. Netice öngörülebilir ve failde somut olayda neticeyi öngörmüş olmasına rağmen, istemiş olabilir. Örneğin bir okuldan öğrencilerin çıktığını gören sürücünün, hızlı gitmesi hâlinde çocuklardan birine çarpabileceğini öngörmesi mümkün ancak buna rağmen hızlı gitmesi çocuklardan birine çarpmayı istemiş olduğu anlamına gelmez^[87]. Bu unsur ileride incelenecek olan bilinçli taksiri, olası kasttan da ayırır.

Neticenin iradi olması yani istenmesi durumunda, taksirden değil kasttan bahsedilir. Somut olayın özelliklerine göre failin neticeyi isteyip istemediği, suç vasfının belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır^[88]. Failin kasten hareket ettiğinin kuşkulu kaldığı ölüm olaylarında, ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi gereği, daha lehine olması nedeniyle eyleminin, taksirle yaralama ya da ölüme sebebiyet verme suçunu oluşturacağı kabul edilmelidir. Nitekim Askerî Yargıtay AsCK m.146 açısından verdiği bir kararında^[89]; ‘...Davada yeminli ifadelerine başvurulmuş tüm tanıkların anlatımlarına göre, sanığın olay öncesi şakalaştığı arkadaşı Er T.’yi öldürmesini gerektirecek hiç bir nedenin olmadığı, olayı müteakip kendisinin şoka girip, “Ben ne yaptım, arkadaşımı vurdum, ben bittim, ben mahfoldum, yardım edin, kurtarın onu” şeklinde bağırıp, döğünmesi de dikkate alınarak, sanığın “Kast” unsurunun gerçekleşmesi için gerekli olan “Hareketin İradi Olması”nın yanı sıra “Sonucun da İstenmesi” koşulunun dava konusu olayda gerçekleşmediği ve en azından bu konunun kuşkulu kaldığı, sanığın olay sırasında, adam öldürmek kastı ile hareket ettiğini hiç bir şüphe ve tereddüte yer vermeyecek şekilde ortaya koyacak nitelikte bir delil bulunmadığı sonuç ve kanaatine varıldığından, Dairenin; sanığın eylemini, Kastan Adam Öldürmek suçu olarak vasıflandırıp, bu vasa göre tesis edilmiş olan mahkûmiyet hükmünü onaması(nın) isabetsiz’ olduğuna karar verilmiştir.

[86] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.364; Hakeri, s. 220.

[87] Hakeri, s. 220.

[88] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.364; ‘Sanık polisin müdahil tarafından kullanılan traktörü durdurmak amacıyla lastiklere ateş etmiş olması halinde, öldürme veya yaralama isteği ile hareket etmemiş bulunması koşuluyla, kasten öldürme suçu oluşmaz. Sanığa taksirle adam öldürmekten ceza verilmesi yerindedir’ (YCGK, 12.11.1979, 1-460/489;www.kazanci.com.tr.,Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.192).

[89] As.Yar.DK., 9.3.2000 tarih 2000/74-65 E.-K., AskerîYargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.369-370.

Askerî Yargıtay kast-taksir ayırımında, failin manevi durumunun tespiti açısından verdiği kararlarında; yukarıdaki örnek kararda olduğu gibi özellikle olay öncesinde fail ve mağdur arasında herhangi bir husumet bulunup bulunmadığı^[90], olay esnasında aralarında herhangi bir tartışma veya kavganın cereyan edip etmediği^[91], gibi hususların göz önüne alınması gerektiğini açıklamıştır.

5. Hareket ile Netice Arasında Nedensellik Bağının Bulunması

Bütün suçlarda olduğu gibi taksirli suçlarda da, hareket ile netice arasında nedensellik bağının varlığı bir cezalandırma şartıdır^[92]. Hareketin “*bir insanın ölümüne neden olabilecek*” nitelikte olması esas itibarıyla nedensellik bağlantısı ve objektif isnadiyet ile birlikte düşünülmesi gereken bir husustur. Dolayısıyla tek başına taksirli hareketin nedensel değere sahip olması yetmez, neticenin faile objektif olarak yüklenebilir olması gerekir^[93]. Sanığın sonucun meydana gelmesine ilişkin eylemi ve eylemi ile sonuç arasındaki uygun nedensellik bağının kesin bir şekilde ortaya konulması gerekecektir. Bu durumun sanık yönünden kuşkulu kaldığı hallerde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca sanık hakkında beraet kararı verilmesi gerekecektir. Nitekim Askerî Yargıtay AsCK m.146 açısından bu konuda verdiği bir kararında^[94]; ‘...M.Ü.’nün ise tüfeği bacakları arasında olduğu halde tüfeğinin namlusunu çenesinin altına yakın bir kısımda tuttuğu, bir elinde de televizyonun uzaktan kumanda aleti bulunduğu, sanık Tnk.Çvş. K.T.’nin bir eliyle mağdurun silâhını tuttuğu, diğer elinin de mağdurun dizine dayamış vaziyette aralarında konuşmaya ve

[90] ‘...Maktulle aynı dönemde askerlik hizmetine başlayan ve yakın arkadaş oldukları tanık beyanlarıyla da desteklenen sanığın, maktulle olay öncesi ya da olay sırasında aralarında herhangi bir husumet bulunmadığından maktulü kasıtlı olarak öldürmesi için bir sebep de bulunmadığı anlaşılmaktadır. Sanığın sabit görülen öldürme eyleminin, basit taksir sonucu meydana geldiğine ilişkin Askerî Mahkemece tesis edilen 21.04.2010 tarihli, 2010/370-354 Esas ve Karar sayılı divanme hükmünün, Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 17.02.2011 tarihli, 2011/14-13 Esas ve Karar sayılı ilamı ile, öldürme eyleminin bilinçli taksir sonucu meydana geldiği kabul edilerek, uygulama yönünden bozulduğu’ Askerî Mahkemece, bozmaya uyulmuştur’ (As.Yar.2D., 12.07.2012, 2012/909-901 E.-K., TSK Net).

[91] ‘...Tanıkların yeminli ifadeleri ile mağdurun beyanları birlikte dikkate alındığında; sanık ile mağdurun arkadaş oldukları, olay öncesi ve sırasında aralarında herhangi bir tartışma yaşanmadığı, bir kavgaya olmadıkları, husumet bulunmadığı, birbirlerine hakaret içeren söz söylemedikleri’ değerlendirmesine göre Askerî Mahkemece, AsCK m.146’da yazılı suçun oluştuğu ilişkin kararın hukuka uygun olduğuna karar vermiştir (As.Yar.2D., 08.02.2012, 2012/247-243 E.-K., TSK Net).

[92] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.366; Hakeri, s.220.

[93] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.189.

[94] As.Yar.DK., 29.06.2000, 2000/130-131 E.-K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.374-377.

tartışmaya devam ettikleri, bir anda silahın kurma kolunun çekilip bırakıldığı, silahın ateş aldığı, mağdur M.'nin çene altına girip beynine yakın bir kısmından çıkan bir mermi ile yaralandığı, mağdurun yere düşmesiyle silahın sanık K.T.'nin elinde kaldığı, sanığın silahı yemekhanede bulunan bir masanın üstüne bıraktıktan sonra mağduru kaldırmaya çalıştığı, (olayda)...Patlama eylemini kesin olarak sanığın gerçekleştirdiği söylenemediğinden, patlama ile yaralanma arasında sanık yönünden "Nedensellik" bağının kurulamaması en azından bu ilişkinin sanık yönünden kuşkulu kalması, "Şüpheden Sanık Yararlanır" şeklindeki Ceza Hukuku İlkesinin sanık hakkında uygulanma şartlarının olayda gerçekleşmiş olması, hususları bir arada göz önüne alındığında sanık hakkında yukarıda açıklanan nedenlerle müsned suçtan Beraet kararı verilmesi gerekir iken mahkûmiyetine karar verilmesi' isabetli görülmemiştir.

Somut olayda netice, faille beraber mağdurun veya üçüncü şahsın hareketlerinin birleşmesi sonucu meydana gelmiş olabilir. Bu gibi durumlarda failin iradi hareketleriyle netice arasındaki bağın kesilip kesilmediği ya da zararlı neticeye kimin hareketinin yol açtığı sorusuyla karşılaşılır. Burada çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir^[95]:

Özellikle neticeye birden fazla nedenin sebep olması halinde tıpkı kasten öldürme suçunda olduğu gibi burada da öne geçen sebep, toplamsal (kümülatif) nedensellik gibi kurumlar geçerlidir. Gerçekten taksirli neticenin üçüncü kişi ya da mağdurun kusurlu hareketinin araya girmesi ve failin taksirli hareketi ile birleştiğinde failin sorumluluğuna etkili olacağı söylenmelidir. Burada şu olasılıklardan söz edilebilir^[96]:

Üçüncü şahsın kusursuz hareketinde, failin taksirli hareketi ile netice arasında nedensellik bağı kesilmez. **Örneğin**, doktorun penisiline duyarlı olan hastaya yazdığı ilacın eczacı tarafından verilmiş olması durumunda eczacı neticeden sorumlu olmayıp tek sorumlu doktordur^[97]. Bu olasılık AsCK m.146 açısından şöyle bir örnekle açıklanabilir. Örneğin; Askerî bir eğitim arasında verilen molada, silahın emirlere aykırı olarak ortaya bırakılması ve bu sırada silahı gören bir başka asker şahsın bu silahla birini yaralamasında silahı ortada bırakan açısından taksirle yaralama eyleminde herhangi bir kusur yoktur. Ancak silahın ortaya bırakılmaması konusundaki malum ve muayyen hale getirilmiş bir emir varsa bu husus emre itaatsizlik ısrar (AsCK m.87) suçuna ya da bir disiplin yaptırımına konu olabilir.

[95] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.366.

[96] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.188.

[97] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.188.

Üçüncü şahsın kusurlu hareketinde, her bir hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısı varsa bütün şahıslar kendi kusurlu hareketlerinden sorumludur. Örneğin, iki aracın çarpıştığı kazada takside bulunan yolcunun ölmesi. Her iki şoför de (unsurları mevcutsa) taksirden dolayı sorumludur^[98]. Burada zararlı netice failin taksirli hareketine üçüncü şahsın kusurlu hareketinin eklenmesi ile meydana gelmiştir. Bu ihtimalde taksirli suça iştirak olmadığından (TCK m.40/1) herkes kendi taksirli eyleminden kusuruna göre sorumlu olacaktır (TCK m.22/5). *AsCK m.146 açısından bu olasılığın gündeme gelmesi kanaatimizce mümkündür. Örneğin, bir askerî cephanelikteki silah ve mühimmatın gerektiği şekilde istiflenmemesi ya da bakım tutumunun yapılmaması sonucu meydana gelen bir patlamada ölüm ya da yaralama sonucunun bu işle sorumlu birden fazla asker kişinin taksirli eyleminden doğabilir. Ya da, bir askerî tatbikat sırasındaki, top ya da güdümlü mermi atışında, merminin atış noktasından çok uzağa düşerek ölüm ya da yaralama neticesi meydana getirmesi, birden çok kişinin taksirli hareketinin bir neticesi olabilir.*

Diğer bir olasılık, mağdurun kusursuz hareketidir. Ancak bu durum, sonucu etkili değildir. Mağdurun kusurlu hareketinde, mağdurun hareketi yeni bir nedensel seri başlatmış ise, artık failin hareketi ile netice arasındaki nedensellik bağı ortadan kalkmış demektir. Örneğin, hareket halindeki trenden inerken düşen mağdurun ölümünden makinist sorumlu değildir^[99]. AsCK m.146 açısından da, bu duruma uygun düşecek olayların meydana gelmesi mümkündür. Örneğin, roketatar atışı sırasında emirler gereği, roketin arkasında bulunmaması gerektiği halde, bu konuda yeterli eğitim ve tecrübeye sahip mağdurun bir anlık dalgınlığı sonucu atış sırasında bu konudaki dikkatsizliği neticesinde yaralanması gibi.

Yine olayda, mağdurun kusurlu hareketi failin kusurlu hareketine eklenmiş olabilir. Bu durumda failin kusuru ortadan kalkmış olmaz. Ancak kusurlar arasında takas da söz konusu değildir. Bununla birlikte taksiri hafifleyen failin cezasından indirim yapılmalıdır^[100]. Bu husus 5237 sayılı TCK 22/4'ncü fıkrasında; 'Taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir' hükmü ile açıklanmıştır. Bu hükümlerle, kusurluluğun matematiksel

[98] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.188.

[99] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe,s.188;AskeriYargıtay'ın konuya ilişkin bir kararı şöyledir: 'Müteveffanın şaka ile de olsa namlusu göğsüne dayanmış olan atışa hazır haldeki tüfeği, iğdüsel olarak göğsünden uzaklaştırmak ve namluyu başka bir yöne çevirmek amacıyla tutmaya kalkması çok doğal olup, müteveffanın bu hareketi, kendisine bir kusur olarak atfedilemez. Olayda müterafik kusur yoktur' (As.Yar.DK., 15.12.2011, 2011/121-120 E.-K., TSK Net).

[100] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.371; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.188-189.

olarak derecelendirilmesi sistemi terk edilmiştir^[101]. Örneğin, A'nın aşırı hızla geldiği yaya geçidinde kırmızı ışıkta geçmeye çalışan B'ye çarpması sonucunda meydana gelen ölüm veya yaralanma olayı^[102].

Askerî Yargıtay kararlarında da bu ihtimal göz önüne alınmakta, bu durumun göz ardı edilmesi ya da takdirde zaafa düşülmesi bozma nedeni sayılmaktadır. Nitekim Askerî Yargıtay AsCK m.146 bakımından verdiği kararlarında, "... Ölen Er'in talimatlara aykırı ve icapsız hareketlerinin de neticenin meydana gelmesinde katkıda bulunduğu gözetilmeden, sadece sanığın tam ve yoğun kusurundan bahsedilerek cezanın üst sınırdan tayini, oluşa ve dosya içeriğine uygun görülme(diği)"^[103], "...Askerî Mahkemece, ölenin, nöbet görevi nedeniyle kendisine verilen silahı sanığa vererek silahın namlusunu başına dayaması, kütüklüğünden çıkardığı dolu şarjörü silaha takması, mekanizmayı kurarak namluya mermiyi sürmesi, silahın emniyetini açması ve sanığın elindeki silahı çekiştirmesi gibi hareketlerinin ölümle sonuçlanan neticeye yoğun katkısı göz önüne alındığında, Askerî Mahkemenin bir önceki hükmünde verdiği cezadan sadece 1/60 oranında bir indirim yaparak temel ceza tayin etmesi, takdirde açıkça (fahiş) zaaf oluşturduğu ve hukuka aykırılık teşkil ettiği", sonuç ve kanaatine varıldığından, Başsavcılık itirazının reddine karar veril(diği)"^[104] açıklanmıştır.

6. Neticenin Öngörülebilir Olması

Toplumun kendisine yüklediği dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal eden birey cezalandırabilecektir. Ancak cezalandırılabilmesi yüklenen vazifenin yerine getirilmesi esnasında doğabilecek neticenin öngörülebilir olmasına bağlıdır. Eğer netice öngörülebilir değilse veya başka bir anlatımla engel olunabilmesi düşünülemeyen bir netice ise dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık da söz konusu olamaz^[105]. Bu nedenle taksirin esası neticeyi öngörebilmedir. Failin öngörülebilir bir neticeyi öngörmesi gerekirken bunu yapmaması, toplumun kendisini kınamasının sebebidir. Bu durumda, failin iradesi ile netice arasında psikolojik bir bağ kurulamasa da, neticenin öngörülmemesi 'normatif bir kusur şekli olarak faile yüklenebilmektedir'^[106]. Ancak öngörebilme, neticenin öngörülebilmesinden farklı olup failin hareketinin sonuçlarını tahmin edebilme

[101] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.372.

[102] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.189.

[103] As.Yar. DK., 13.11.2008 tarih 2008/178-185 E.-K., TSK Net.

[104] Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.367-368.

[105] Hakeri, s. 218, 219; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.374.

[106] Hakeri, s. 217-218.

kabiliyetini ifade eder. Neticenin öngörülebilmesi somut olayda neticenin fail tarafından fiilen tahmin edilmesidir. Bu bakımdan neticenin öngörülebilir olması, belirli niteliklere (yaş, görgü, meslek vs.) sahip olan failin, somut olayda hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilmesi imkanı olarak açıklanabilir. Öngörülebilmenin imkansız olması durumunda taksirden değil, kaza ve tesadüften bahsedilir^[107]. Bu kapsamda, neticenin öngörülebilir olup olmaması, kaza ve tesadüfle taksiri ayırt eden sınırdır ve kaza ve tesadüf hâlinde kusurluluk söz konusu değildir^[108]. Tabii hadiseler (deprem, yıldırım çarpması, sel, yılan ısırması gibi) insan iştiraki olmaksızın kaza ve tesadüf kapsamında değildir. Tabii olaylara kaza ve tesadüf niteliği vermek için zararlı neticenin doğması bakımından bu olaylara insan hareketinin de iştiraki olması gerekmektedir. Örneğin, uçağın sisli havada dağa çarpıp parçalanması gibi^[109].

AsCK m. 146'daki suç tipinde neticenin öngörülememesi ihtimaline ilişkin failin kusurluluğunun söz konusu olmadığı kaza ve tesadüf niteliğine haiz ölüm ve yaralanmaların olması kanaatimizce mümkündür. Bu durumda failin kusurundan söz edilemeyecektir. Örneğin, kırmızı ışıktaki beklemekte olan cephane yüklü bir kamyonu arkadan mazot yüklü bir kamyonun çarpması, deprem nedeniyle cephaneliğin yıkılması nedeniyle meydana gelen patlama sonucunda meydana gelen ölüm ya da yaralama olayı vb.

7. Dikkat ve Özen Yükümlülüğüne Aykırılık

Taksirle işlenen fiiller kasten işlenebilen fiillerden mahiyeti itibarıyla farklıdır. Kasten işlenen (icrai) fiiller belli bir amaca yönelik olmaları nedeniyle tamamen ontik bir özellik gösterirler. Taksirle işlenen (icrai) fiiller ise sırf ontik mahiyeti itibarıyla ceza hukukunun konusunu oluşturmazlar. Bunun yanı sıra taksirli davranışın objektif özen yükümlülüğüne aykırı da olması gerekmektedir. Kasten işlenen suçun haksızlık unsurunu belli hukuki değerleri korumak amacıyla öngörülen normların açık ve bilinçli bir şekilde ihlal edilmesi oluştururken, taksirli suçun haksızlık unsurunu (hareketin ifade ettiği haksızlığı) aynı normlara yönelik özene aykırı davranışlar oluşturmaktadır^[110]. Özetle taksirli haksızlığın esası objektif dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktır. Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık söz konusu değilse meydana gelen

[107] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.374; Özgenç, Gazi Şerhi, s.317.

[108] Hakeri, s. 219.

[109] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.374.

[110] Koca/Üzülmez, s.182-183.

neticeden dolayı ceza sorumluluğu da söz konusu olamaz^[111]. Ancak kişi dikkat ve özen yükümlülüğünün mevcudiyetini ve muhtevasını idrak edebilecek ve aynı zamanda bu doğrultuda hareket edebilecek olmalıdır. Bunun algılanabilir olması aynı zamanda bu yükümlülüğe aykırılık dolayısıyla meydana gelen neticenin öngörülebilir olmasını da ifade etmektedir^[112].

Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık ferdi veya sosyal bir faaliyeti düzene sokmak amacıyla konulmuş her türlü hukuki ya da mesleki kurala yahut yetkili merciler tarafından verilmiş emir ve talimatlara aykırılıktan kaynaklanabilir^[113]. Bu husus daha önce açıklandığı üzere, AsCK m.146'da, kanunkoyucu tarafından failin dikkatsizliği yanında failin riayetsizlik konusu davranışının kaynağını teşkil etmektedir.

Doktrindeki görüşlerde^[114], 'toplumsal yaşamın bir gereği olarak ortak tecrübeden kaynaklanan bir takım davranış kurallarına aykırılı(ğın) da dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali anlamını taşıyaca(ğı)'...Örneğin, evinde elektrik tesisatının onarımına başlamadan önce, cereyanı kesmeyen kimsenin taksir şekli, ortak tecrübenin yüklediği davranış kurallarına aykırı olarak özen yükümlülüğünün ihlali' olduğu açıklanmıştır. AsCK m.146 bakımından kabul ettiğimiz görüşe göre, failin dikkatsizliği konusundaki değerlendirmede, bu dikkatsizliğin mutlaka o konuda verilen emir talimat ve nizamla riayetsizlikle birlikte aranması gerektiği kanaatindeyiz.

8. Bilinçsiz Taksir Bilinçli Taksir Ayrımı

Taksir, "*Dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesi* (TCK m.22/2)" olarak tanımlanmıştır. 'Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde (ise) bilinçli taksir vardır; bu halde taksirli suça ilişkin ceza üçte birden yarısına kadar artırılır (TCK m.22/3)'.²

Somut olayda netice öngörülebilir ise karşımıza ikili bir ayırım çıkmaktadır, fail öngörülebilir neticeyi öngörmüştür veya öngörülebilir neticeyi öngörmemiştir. İşte bilinçsiz taksir ve bilinçli taksir arasındaki ayırımdaki kıstasımız budur. Eğer fail neticeyi öngörmüş ise bilinçli taksirden, neticeyi öngörmemiş ise

[111] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 374.

[112] Özgenç, Gazi Şerhi, s.318.

[113] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 376.

[114] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.377.

bilinçsiz taksirden söz etmek mümkündür^[115]. Hukuka aykırı neticeyi öngördüğü halde objektif dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlali ile, bu neticenin gerçekleşmeyeceğine güvenen ve bu güvenle hareketine devam eden failin, söz konusu güveninin dayanağı talih, bilgi, kabiliyet, tecrübe vs. gibi çeşitli etkenlerden ileri gelebilir^[116]. Bilinçli taksirde fail her ne kadar neticeyi genel hatlarıyla öngörebilmekte ise de, o olayda neticenin meydana gelmeyeceğini kabul etmektedir. Örneğin, tabancayı boş zannederek tetiğini çeken kimse, bir kişinin ölümüne neden olursa, öngörülebilecek neticeyi öngörmemiştir: Bilinçsiz taksir. Buna karşın dolu bir tabancayı ustalığına güvenerek ateşleyen kimse, her ne kadar neticeyi istememiş ise de neticeyi öngörmüştür ancak somut olayda gerçekleşmeyeceğine inanmaktadır: Bilinçli taksir^[117].

AsCK'da taksirle işlenmesi mümkün olan askerî suçlar bakımından bilinçsiz ve bilinçli taksir ayırımına ilişkin TCK'da yer alan genel hükümler uygulama alanı bulacaktır^[118]. Nitekim Askerî Yargıtay AsCK m.146'ya ilişkin olarak; '...J.Çvş. M.A'in, camlı bölmede kayıt işlemini yapan mağdura tabancayı ve teçhizatını teslim ettiği, mağdurun da tabancayı diğer sanık Hv.P.Onb. İ.E.'a verdiği, sanık Hv.P.Onb. İ.E.'in, doldur-boşalt yapıldığını ve boş olduğunu zannederek tabancanın kapak takımını çekip bıraktığı, ikinci kez kapak takımını çektikten sonra tetiğe basması neticesinde tabancanın ateş aldığı ve namludan çıkan merminin, oturmakta olan mağdurun sol bacağına üst kısmına isabet ederek yaralanmasına sebebiyet verdiği, ... (olayda) sanığın, J.Çvş. M.A'in doldur-boşalt yaptığını düşünerek tabancanın boş olduğunu zannetmesi ve tabancayı mağdura doğrultmamış olması dikkate alındığında, meydana gelen neticeyi öngördüğünü söylemek mümkün olmadığından, eylemin bilinçli taksirle değil taksirle gerçekleştirildiğinin kabul edilmesinde isabetsizlik bulunma(dığına)^[119], '...(K) eşif gözetleme üs bölgesinde bulunan sanığın tuvalet ihtiyacı için arkadaşına ait tüfeği aldığı, dönüşte arkadaşlarının bulunduğu mevziye giderek sohbet ettiği, bu sırada arkadaşının kullandığı silahın tam dolu yada emniyette olup olmadığı hususlarında gerekli dikkat ve özen görevini yerine getirmediği, kaldı ki görev başlangıcında tüm silahlar tam dolduruşa alınsa dahi sanığın eline aldığı silahın asıl sorumlusunun J.Er İ.T. olması, bu Askerî silahını sonradan boşaltmış veya kurcalamış olup olmadığı konusunda sanığın kesin bilgisinin olduğunun söylenememesi, sanığın elinde tuttuğu ancak arkadaşına ait sila-

[115] Hakeri, s. 221.

[116] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.379.

[117] Hakeri, s. 223.

[118] Kangal, s.113.

[119] As.Yar.1D., 08.02.2012, 2012/0211-0192 E.-K., TSK Net.

hın dolu olduğunu ve her an patlamaya hazır olduğunu söylemenin de dosya içeriği ile şüpheli kalması, sanığın, silahlar ile ilgili dikkat edilmesi gereken emniyet tedbirlerine uymaması, silahını arkadaşına doğrultmaması gerekirken, doğrultarak konuşması şeklindeki tedbirsizliği ve dikkatsizliği sonucu silahının ateş alarak bir kişinin ölümüne ve bir kişinin yaralanmasına neden olduğu, bu durumda sanığın istenmeyen neticeyi öngörebileceğinin bu olay için tam olarak söylenemeyeceği anlaşıldığından, eylemin bilinçsiz (Basit) taksirle işlendiğinin kabulünde her hangi bir isabetsizlik bulunma(dığına)^[120] karar verilmiştir.

Buna karşılık Askerî Yargıtay, ‘...Kendisine ait silahın şarjörünü daha önceden çıkartmış olan sanığın, mağdurun silahını yanlışlıkla almış olsa dahi, bu silahta dolu şarjör takılı olması nedeniyle, kurma kolunu çekip bırakması durumunda tam dolduruş durumuna geleceğini öngörebilecek durumda olması, nöbet mahallinde doldur-boşalt yapmaması gerektiği hâlde, gereksiz bir şekilde bu işlemi yapmak istemesi, etrafı tamamen açık olan nöbet bölgesinde silahını nöbet yerinde bulunan arkadaşlarının haricinde doğrultabileceği pek çok yer olmasına rağmen, silahın namlusunu sırtı dönük durumda olan mağdura doğrultarak, hatta namlusu mağdurun pantolonuna bitişik bir hâlde iken tetik düşürmesi göz önüne alındığında, sanığın silahın ateş alması durumunda mağdurun yaralanmalarına sebebiyet verebileceğini öngörmesi gerektiğinden, Askerî Mahkemece, sanığın eylemini bilinçli taksir altında gerçekleştirmiş olduğun(a)^[121], ‘Hakkari/Yüksekova Çobanpınar 7’nci Sınır Bölük Komutanlığı emrinde askerlik hizmetini yapmakta olan sanığın, 12.09.2008 günü saat 18:45’de mağdur J.Er F.E. ve tanık P.Onb.F.Ş. ile birlikte Pınaraltı yakın emniyet mevziisinde istirahat maksatlı kullanılan kulübenin içinde buldukları sırada, mağdurun silahını eline alarak şarjör takıp mermi almadığını kontrol etmesinden sonra, sanığın da, kendisinde bulunan 772839 seri numaralı G-3 piyade tüfeğini alarak şarjör taktığı, J.Onb.F.Ş.’in “Bunu içeride yapmayın” şeklindeki ikazına rağmen “Bir şey olmaz” diyerek şarjörü çıkarıp atım yatağındaki mermiyi çıkarmak için kurma kolunu çektiği, içeriden fişek düşmemesi üzerine tüfeğin fişek almadığını düşünerek emniyeti açıp, silahın namlusu yukarıyı gösterir şekilde tetik düşürdüğü, silahın ateş alması sonucu tavandan seken kurşunun J.Er F.E.nin başına ve ayağına isabet ederek başından ve sol ayak baldırından yaralanmasına sebebiyet verdiği’ olayda sanığın eyleminin ASCK’nın 146’ncı maddesi atfıyla TCK’nın 89’uncu maddesinde düzenlenen bilinçli taksirle yaralama suçunu oluşturduğuna karar vermiştir^[122]

[120] As.Yar.1D., 30.05.2012, 2012/0105-0783 E.-K., TSK Net.

[121] As.Yar.2D., 21.03.2012, 2012/414-408 E.-K., TSK Net.

[122] As.Yar.1D., 22.02.2012, 2012/0314-0289 E.-K., TSK Net.

Kanaatimizce Askerî Yargıtay kararlarından^[123], failin silah ve cephane konusundaki nizamlara, emir ve talimatlara aşırı ölçüde riayetsizliğini, dik-

[123] ‘... (S)omut olaya döndüğünde; olay öncesinde kendisine tebliğ edilen emniyet ve kaza önleme talimatları (Dz.130-136), silah kazalarının önlenmesi için alınması gereken tedbirler (Dz.111-117) ile nöbet özel ve genel talimatlarına (Dz.194-195) göre, kritik durumlar haricinde silahını yarım doldurmuşta bulundurması, kurma kolunu çekip bırakmak suretiyle tam doldurmuşa getirmemesi, emniyeti açmaması ve dolu silahı canlıya doğrultmaması gereken sanığın, atışa engel herhangi bir arızası bulunmayan silahının namlu yatağına, aksi ispatlanamayan savunmalarına göre silahını kontrol etmek istediği esnada, kurma kolunu çekip bırakmak suretiyle mermi sürdükten sonra, söz konusu silahı kendisine 3-4 metre mesafede arkası dönük vaziyette ayakta durmakta olan müteveffayı gösterecek şekilde doğrultarak emniyetini açıp, kazaen tetik düşürmek suretiyle silahın ateş almasına sebep olduğu, bu davranışları neticesi müteveffanın ölümüne sebep olabileceğini öngörmesi gerektiği benimsenip, sanığın atılı suçu bilinçli taksirle işlediğinin kabulü gerektiği sonucuna varıldığından; sanık hakkındaki mahkûmiyet hükmünün aleyhe temyiz olmadığından cezada kazanılmış hakkı saklı kalmak koşuluyla uygulama yönünden bozulmasına karar verilmiştir’ (As.Yar.2D., 26.06.2012, 2012/842-864 E.-K., TSK Net); ‘P.Er Y.Y. önde olmak üzere nöbet yerine doğru ilerledikleri sırada sanığın silahının kurma kolunu çekip bıraktığı, emniyetini açarak seri konuma aldığı ve sağ eliyle (tek kolla) silahını yere paralel olacak şekilde kaldırdıktan sonra tetiğe bastığı; seri konumdaki 65 T 4854 seri nolu AK-47 Kaleşnikof marka silahtan çıkan iki adet mermi çekirdeğinden birinin, olay yerinden 20-25 metre kadar uzaklaşmış ve hareket halinde olan nöbet aracının, sağ bölümünün en arkasında oturan müteveffa P.Onb. C.E.’in sağ el 3’üncü parmağına ve sağ uyluk yan yüzüne isabet ettiği, vücudun uyluk kısmına isabet eden mermi çekirdeğinin sol uyluk bölgesinden vücudu terk ettiği. (olayda) sanığın, 24.12.2011 tarihinde silahı hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu bilinçli taksirle ölümüne sebebiyet vermek suçunu işlediği kabul edilmiştir (As.Yar.3D., 10.07.2012, 2012/0880-0844 E.-K., TSK Net). ‘... Sanık olaydan önce piyade tüfeğinin eğitimini almış ve atışlara tabi tutulmuştur. Tüfeğin özelliklerini ve kullanımını da bilmektedir. Tüfekte herhangi bir arıza tespit edilememiştir. Nöbetlerin boş şarjörle tutulacağı emredilmiştir. Tüfek boş olsa tetik düşürülmeyeceği, kurcalanmayacağı canlı varlıklara tevcih edilmeyeceği hususundaki kaza önleme ve emniyet tedbirleri sanığa bildirilip anlatılmıştır.//Sanık nöbeti esnasında talimata aykırı olarak ve hiç gerekmediği halde boş şarjörü çıkartıp dolu şarjörü tüfeğine takmıştır. Yine hiç gereği olmadığı halde doldur-boşalt kolunu çekip bırakmak suretiyle tüfeğini tam doldurmuşa getirmiştir. Tüfeğini kum torbası üzerine koymuş ve namlu ucunu insanların geçtiği cadde istikametine çevirmiştir. Sanık bu özen ve dikkat yükümlülüğüne aykırı davranışlarla da yetinmemiş ve ardından tüfeğinin emniyetini açıp çevresini ve namlu ucunun gösterdiği istikametini umursamadan tetiğe dokunmuş ve bir merminin patlaması ile sivil bir kişinin ölümüne sebebiyet vermiştir. Tüfeğinin eğitimini alıp atışlara tabi tutulan ve dolayısıyla tüfeğinin özelliklerini bilmekte olan sanığın boş dahi olsa tetik düşürülmesi gerektiğini bildiği silahının tetiğine fütursuzca basması ‘özen ve dikkat yükümlülüğünün ihlalidir’. Az önce doldur-boşalt kolunu çekip bırakmak suretiyle tam doldurmuşa geldiğini bildiği tüfeğin tetiğine bastığında merminin ateşlenebileceğini ve yaralama ya da ölüm gibi istenmeyen sonuçlara yol açılabileceğini öngörebilecek durumdadır. Tetiğe bastığına tam doldurmuşa getirildiğinin unuttuğu yolundaki sanık savunması bu anlamda oluşturma düşmemektedir. Aksine kendisine duyduğu güven nedeniyle silahının ateş almayacağı düşüncesiyle hareket ettiği ve bu haliyle haksızlığı ‘bilinçli taksirle’ gerçekleştirdiği anlaşılmaktadır. Bu nedenlerle sübuta eren eyleminin ‘bilinçli taksirle öldürmek’suçunu oluşturduğu sonucuna varılmaktadır’ (As. Yrg. 2.D., 07.05.2008, 2008/1270-1247 E.-K., AsAD Ocak 2009, yıl: 37, sy: 129, sh: 159-163, Kangal, s.113-114). Kangal’a göre, bu karara konu olayda bilinçli taksir değil, olası kast mevcuttur.

katsizlik ve tedbirsizliğinin, bilinçli taksir ölçüsünde değerlendirilmesine bir karine oluşturmaktadır.

Yine failin ileride bahsedilecek kusurluluğunun tespitinde göz önünde tutulan failin kabiliyeti, tecrübesi ve bilgi düzeyi, failin yaşı, sosyal durumu, algılama seviyesi, kişisel kabiliyetleri, içinde bulunduğu şartlar kanaatimizce taksirin derecesi bakımından da göz önüne alınmalıdır. Nitekim Askerî Yargıtay, "... Çavuş rütbesinde ve tecrübeli sayılabilecek olan sanığın, dolu silahla şaka yapılmaması gerektiğini bilmesi, tam dolduruş yapması sonucu tüfeğin namlu yatağına mermi sürüldüğünü bilmesi, atış gücü yüksek uzun namlulu dolu bir silahı 1-2 metre mesafede bulunan maktule doğru çevirmiş olması, bu pozisyonda iken elinin kabzede ve parmağının da tetik tertibatında bulunması, keza olay anında garajın epeyce karanlık olması ve istenmeyen neticelerin meydana gelebilmesi açısından risk faktörünün dahi normal zamanlara göre fazla olması hususları dikkate alındığında, sanığın ölüm neticesini öngörmüş olmasının gereği çerçevesinde suçun bilinçli taksirle işlendiğinin kabulünde isabetsizlik bulunmadığı sonucuna' ulaşmıştır^[124].

9. Bilinçli Taksir - Olası Kast

Bugün ceza hukuku öğretisinde en çok tartışılan konulardan birisi olası kast ve bilinçli taksir ayrımıdır. Çünkü her ikisinde de neticenin öngörülmüş olması söz konusudur. Dolayısıyla ikisi arasında çok ince bir çizgi vardır^[125]. Türk doktrininde, olası kast ile bilinçli taksiri birbirinden ayıran kıstas olarak, ilkinde neticenin iradi olmasına karşılık, diğerinde neticenin sadece öngörülmüş olup, istenmemiş olması kabul edilmektedir^[126].

Olası kast bilinçli taksire benzetilebilir. Olası kastta da fail, hareketinin hukuka aykırı bir netice meydana getirebileceğini öngörmektedir. Bilinçli taksirde fail öngördüğü neticenin meydana gelmeyeceği kanısındadır, neticenin meydana gelmesini istemez. Gerçekleşmemesi için gerekeni yapar^[127].

Bilinçli taksirde faildeki bu kanaat neticenin iradi olmadığını göstermektedir. Somut olayda failin neticenin gerçekleşmeyeceği hususunda kuvvetli bir kanaate sahip olabilmesi için gerekli şartların bulunup bulunmadığı araştırılmalıdır. Örneğin failin mahareti, kabiliyeti, tecrübesi ve olayın özellikleri gibi hususlar

[124] As.Yrg.4.D., 20.03.2007, 455/454, Kangal, s. 114.

[125] Hakeri, s.223.

[126] Koca/Üzülmüş, s.225; Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.352.

[127] Hakeri, s.223.

bu şartların değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır^[128]. Ancak, olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayırım bakımından sadece neticenin istenmemesi tek başına yeterli bir ayırıcı kıstas değildir. Çünkü olası kastta da fail neticenin meydana gelmesini istememekte, sadece bunu kabullenmekte, bu neticenin meydana gelmesine kayıtsız kalmaktadır^[129]. Diğer bir anlatımla fail, kendi istediği neticenin dışındaki neticelerin de meydana geleceğini öngörür, gerçekleşmesi olası olan neticeleri kabullenir göze alır. Bu kabullenme olası kastta püf noktasını oluşturmaktadır^[130]. Örneğin; kişinin sollama yasağının olduğu bir yerde kendi maharetine, aracının donanımına güvenerek, trafik kurallarına aykırı olduğunu bilerek, fiilinin sebebiyet vereceği sonuçları öngördüğü halde ‘bir şey olmaz’ düşüncesiyle işi; şans, talih, kadere bırakıp sollamaya girişmekten kendini alıkoyması ve sonucunda ölümlü kazaya yol açması halinde, bilinçli taksir hali olduğu kabul edilebilir^[131]. Ancak kişi, eline geçirdiği eski bir tabancayı birkaç defa tecrübe eder ve tabancanın ateş almadığını gözlemler; ‘nasıl olsa patlamıyor’ düşüncesiyle ağzında mermi bulunan bu silahı ‘şaka’ yapmak için arkadaşına yönelterek tetiğine basar ve arkadaşının ölümüne neden olursa, bu olayda failin olası kastla hareket edildiğini kabul etmek gerekir^[132].

Askerî Yargıtay uygulamalarında unutmaya vs. nedenlerle de olsa failin talimatlara aykırı olarak yaptığı dikkatsizlik eyleminin, ‘şaka’ maksadının birleştiği durumlarda, olayın özelliğine göre kimi zaman taksir kimi zaman bilinçli taksirle hareket edildiğine karar verilmektedir.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, ‘...Sanığın arkadaşlarıyla yarı şaka yarı ciddi şekilde tartışırken, silahının emniyetini dahi kontrol etmeden silahın namlusunu arkadaşlarına doğru çevirmesi ve daha sonra tetik düşürmesi şeklinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak gerçekleştirdiği eylemini kasten veya olası kasıtlı yaptığına dair somut bir delil bulunmadığından sanığın sübut bulan eyleminin muhtemel neticesini öngörmesine rağmen somut neticeyi istemediği, bu nedenle eylemin bilinçli taksir ile işlendiğine ilişkin Askerî Mahkemenin kabulünün isabetli olduğun(u)’^[133] kabul etmişken, bir başka kararında^[134], ‘...J.Er H.H.G. ile mağdur J.Er A.K.’i gördüğü, aralarında

[128] Koca/Üzülmez, s.225-226.

[129] Koca/Üzülmez, s.225-226.

[130] Hakeri, s.223.

[131] Koca/Üzülmez, s.227-228; Benzer örnek Hakeri, s.224.

[132] Özgenç, Gazi Şerhi, s.294-295. Yargıtay’ın benzer olayda taksirin varlığını kabul eden kararı için bkz. Özgenç, Gazi Şerhi, s.295.dpn.74.

[133] As.Yar.1D., 30.11.2011, 2011/0973-0961 E.-K., TSK Net.

[134] As.Yar.1D., 01.02.2012, 2012/0121-0138 E.-K., TSK Net.

10-15 m. mesafe varken arkadaşlarına şaka yapmak amacıyla silahının namlusunu önde oturan J.Er H.H.G.'e doğrulttuğu, hedef gözeterek tetiğe bastığı, emniyet mandalı kapalı olduğundan tetiğin düşmediği; arkadaşlarının “Silahta mermi olabilir, bize doğru döndürme” şeklindeki ikazlarına rağmen, bu ikazı dikkate almayarak ve namluda mermi olduğunu unutarak, silahın emniyetini açıp tekrar tetiğe basması neticesinde, silahın ateş aldığı ve silahtan çıkan merminin, J.Er H.H.G.'in boynunun ön kısmından girip sırtının sol bölgesinden çıktıktan sonra, arkada oturan J.Er A.K.'in sırtından girip sağ meme başı yanından vücudunu terk ettiği, silahın ateş alması üzerine sanığın şaşırarak olduğu yerde kalakaldığı, ilk önce arkadaşlarının şaka yaptığını zannettiği, J.Er H.'in boynundan kan geldiğini görünce, panik halinde elindeki silahını ve hücum yeleğini atarak onun yanına koştuğu, şok halinde “intihar edeceğim” diye bağırdığı; olayda işlenen suçun AsCK'nın 146'ncı maddesi kapsamında bilinçli taksirle işlendiğine karar vermiştir.

AsCK m.146 bakımından örneğin, hatalı olarak bir askerî kamyonu yüklenen cephanenin patlama ihtimalini öngördüğü halde, kendi tecrübelerine güvenerek, birşey olmayacağı inancı ile yola çıkarılması ve sarsıntı ve hatalı istiflenme neticede meydana gelen patlamada birden çok kişinin ölümüne yol açılmasında bu emri veren komutanın kanaatimizce bilinçli taksirle AsCK m.146'nın suç faili olması mümkündür. Oysa aynı failin neticeyi öngörmesine rağmen bunu göze alarak aracı yola çıkarması sonucu meydana gelen olayda olası kastla kasten adam öldürme (TCK m.85) suçundan cezalandırılması gerekecektir.

VI. HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

Doktrindeki görüşlerde, taksirli suçlarda da hukuka uygunluk sebeplerinin söz konusu olabileceği ve bu konuda bir özelliğin bulunmadığı yönündedir. Ancak kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, taksirli suçlarda da failin en azından hukuka uygun hale getiren durumun bilincinde olarak hareket etmesi aranmalıdır^[135]. Buna karşılık Alman doktrininde taksirli suçların esasını riskin yükseltilmesi esasına dayandıran görüş, hakim görüşün tipe uygunluk alanındaki özen yükümlülüğünün ihlalinin hukuka uygunluk sebebiyle bağdaştırılmasının sorunlu olduğunu ileri sürmektedir^[136]. Yine Amerika Model Kanunu ve İngiliz Hukukunda, dikkatsizlik ve kayıtsızlık nedeniyle meşru savunma sırasında

[135] Koca/Üzülmmez, s.218.

[136] Koca/Üzülmmez, s.218.

üçüncü kişilerin zarar görmesi halinde, meşru savunma hükümlerinin uygulanamayacağını açıklamaktadır^[137].

Uygulamada asker kişiler silah ya da cephanelerinin kullanımlarından dolayı, meşru müdafaa ve kanunun hükmünü ifa gibi hukuka uygunluk nedenleri ya da hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması ile bir başka kişiyi öldürebilirler ya da yaralayabilirler. Bu durumların taksirli bir suç tipi olan AsCK m.146'daki suç tipi ile bağdaşıp bağdaşmayacağı incelenmelidir.

Meşru müdafaa halinde, saldırıya maruz kalan kişinin göstermiş olduğu iradi ve zorunlu bir tepki olması nedeniyle, kural olarak savunmaya yönelik olarak saldırana karşı bilerek ve istenerek yani kasten işlenmektedir. Bu durumda meşru müdafada savunanın saldırıya karşı taksirle bir suç işlemesi kanaatimizce mümkün değildir.

TSK'da görevlerinin büyük bir bölümü silahlı olarak yerine getirilmektedir. Silahla yapılan görevlerin kapsam ve sınırları kanunla düzenlenmiştir. Bu nedenle silahlı görevlerin icrası esnasında silah kullanılması hâllerinin ortaya çıkmasında silahını kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanan görevli asker kişiler, kanun hükmünü veya yetkili amirin emrini yerine getirmiş olacaktır (TCK m. 24). Bu durumda "hukuka uygunluk hâlinin" koşulları içerisinde meydana gelen zarardan sorumluluk söz konusu değildir^[138].

Burada da güvenlik güçlerinin silahlı olarak kanunun emrini icra ederlerken ateş etmeleri sırasında, kasten hareket ettiklerinde bir kuşku yoktur. Bu hukuka uygunluk nedeninin de AsCK m.146 ile bağdaşması kanaatimizce mümkün değildir.

Burada asıl tartışılması gereken bir konuda hukuka uygunluk nedenlerinde sınırın aşılması hallerinin AsCK m.146 ile bağdaşıp bağdaşmadığı hususudur. Bu konuyu 'sınırın taksirle aşılması (TCK m.27/1)' ve 'meşru müdafada cezasızlık nedeni (TCK m.27/2) bakımından' incelemek gerekecektir.

TCK m.27/1'de; 'Ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolün(acağı)' açıklanmıştır. Burada konumuz açısından incelenecek olan husus hukuka uygunluk nedeninin taksirle aşıldığında, işlenen taksirli suçun

[137] Hakeri, s.278 1.CD, 18.2.2002, 560., Hakeri, s.278.

[138] Değirmenci, s.146; "Uygun olmayan yerden dur ihtarına uymayarak mevziye öleni, terörist zannederek ateş edip öldüren fail silah kullanma yetkisini aşmamıştır" (As. Yrg. 4.D., 26.09.1995, 1995/586-605 E.-K., Kangal, s.136).

AsCK m.146'daki suç olma olasılığıdır. Örneğin, kendisine bıçakla saldıran üstü yüzbaşıyı, meşru müdafaa sınırını taksirle aşarak, silahla öldüren bir astın TCK m.27/1'den yararlanması söz konusu ise, taksirle işlediği suç AsCK m.146 olabilir mi? Kanaatimizce AsCK m.146'nın konuluş amacı suçun konusu itibarıyla, silah ve cephaneye üzerinde, failin taksirli davranışları olup burada failin taksiri, meşru müdafaa şartlarına ilişkin hususlarda yanılmasından kaynaklanmaktadır. Bu nedenle failin genel hükümler kapsamında taksirle adam öldürme/yaralama suçlarına ilişkin maddelerden cezalandırılması gerekecektir^[139].

Yine kasten işlenebilen suçlara uygulanabilecek bir cezasızlık nedeni olan TCK m.27/2'nci fıkra düzenlemesinin, taksirli bir suç tipi olan AsCK m.146 açısından uygulama kabiliyeti kanaatimizce bulunmamaktadır.

V. KUSURLULUK DEĞERLENDİRMESİ

A. KUSURUN TESPİTİ BAKIMINDAN

Kasten işlenen suçlarda olduğu gibi, taksirle işlenen suçlarda da kusur, bir kimsenin işlediği haksızlık teşkil eden fiilden dolayı kınanması gerektiği konusundaki yargıyı ifade eder. Taksirli suçlarda dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranan failin kınanabilmesi halinde cezalandırılacaktır. Taksirli suçlarda failin yaşı ve akli sağlığına bağlı olan kusur yeteneği kusur yargısının oluşması bakımından aranan ilk unsurlardır^[140].

Taksir dolayısıyla kusurun belirlenmesi normatif bir değerlendirmeye mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğinin belirlenmesinde, işin tekniği ile sınırlı olarak bilirkişi incelemesi yaptırılmasında bir mahsur yoktur. Ancak, bilirkişi tarafından münhasıran hâkimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme

[139] 'Tabur personelinin maaşlarını almak üzere silâhli ve hakiki mermi ile birlikte Kars'a gönderilen sanık astsubayın; dönüşte keyfiyetten habersiz tarafından bindiği askeri araca düzenlenen pusula ve soygun olayı sırasında, kendisini araçtan indiren soyguncu kıyafetindeki er ile elindeki para çantasının çekiştirilmesi sırasında erin vurularak ölümüne sebebiyet vermesinin kendisinin ve yanında bulunanlara haksız bir taarruzu (silâhli) defetmeye yönelik meşru müdafaa hâli olduğu ve TCK'nın 49/2'nci maddesi gereğince kendisine ceza verilemeyeceği gözetilmeden, Dairece eylemin 455'inci maddesine girdiği, ancak kusuru bulunmadığından bahisle beraat kararı verilmesi şeklindeki vaki bozmasında isabet görülmemiş ise de, her iki halde de beraat müncer olarak bu hâlin neticeye etkisi olamayacağından hükmün islahen onanması gerektiğine karar verildi' (As.Yar.Drl.Krl. 22 12 1988, E.208 K.164., Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.7, Y.1990, s.156).

[140] Koca/Üzülmez, s.219.

yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum, bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hâkimin yerine geçmeyi ifade eder ^[141].

Özellikle AsCK m.146'daki suç bakımından, failin kusurunun tespitinde öncelikle suçun maddi konusunu oluşturan silah ve cephanenin fiziki niteliği ve durumunun olaydaki katkısı bu konuda uzman bir bilirkişi marifetiyle saptanmalıdır. Bu belirlemeden sonra diğer faktörlerinde göz önüne alınarak failin herhangi bir kusuru olup olmadığı hususu hakim tarafından değerlendirilerek olay hakkında karar verilmelidir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında^[142]; ‘... Olayın meydana gelmesinde doğrudan etkisi olan en önemli sebebin, mayın tarlasının karakol tarafındaki sınır tel ve işaretlerinin yeterli olmaması olduğu anlaşıldığından ve bu yetersizliğin uzun yıllara yayılan aksaklıklardan kaynaklandığı sonucuna varıldığından, hakkında dava açılan sanıkların kast veya taksire dayalı kusurları olmadığı değerlendirilmiş...’ şeklindeki gerekçelerle sanıkların ‘...’ ayrı ayrı beraatlerine karar verilmiş ise de; Bilirkişi raporları arasında kısmi çelişkiler bulunması, bilirkişi raporlarının bu konuda mevcut mevzuata (...) uygun olarak, iddianamede sanıklara isnat edilen tüm eylemleri kapsayacak biçimde ve sanıkların savunmalarında ileri sürdükleri hususlar dosyada mevcut sözlü yazılı ve sözlü deliller çerçevesinde karşılanmak suretiyle hazırlanmaması karşısında; alanında uzman ve deneyimli yeni bir bilirkişi heyeti oluşturularak belirtilen noksanlıklarına giderilmesini takiben hüküm kurulması gerekirken, noksan inceleme ve soruşturma ile hüküm kurulması hukuka aykırı bulunduğundan bozma kararı verilmesi gerek(tiğine)’ karar verilmiştir.

Taksirle işlenen suçlarda kusur ayrıca ‘kişisel olarak yapabilirlik kabiliyeti’ ve ‘özene uygun davranışın failden beklenebilirliği’ açılarından değerlendirilmelidir. Bu husus araştırılırken, üçüncü kişinin durumu değil, bizzat failin kabiliyeti, tecrübesi ve bilgi düzeyi, failin yaşı, sosyal durumu, bilgi düzeyi, algılama seviyesi, kişisel kabiliyetleri, tecrübesi ve içinde bulunduğu şartlar göz önüne alınacaktır^[143]. Nitekim Askerî Yargıtay kusur tespitinde aynı esaslardan hareket ederek bir kararında, ‘Karakol komutanı olarak personele örnek ve öğretici durumda olan sanığın, içinde insan bulunan kapalı yerde tabanca

[141] Cengiz Apaydın, ‘Taksirle Yaralama’ Ankara Barosu Dergisi, 2011/1, s.61-62., <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2011-1/2011-1-3.pdf>, 17.08.2015.

[142] As.Yar.3D., 28.02.2012, 2012/0282-0280 E.-K., TSK Net.

[143] Koca/Üzülmez, s.219-220; Yargıtay da taksirli suçlarda failin kusurlu olup olmadığını aynı esaslara göre tayin etmektedir. ‘Sanık, yaşı, sosyal durumu, hayat tecrübesi ve algılama seviyesine göre, herkesin gelip geçtiği, çocukların oynamakta buldukları yol üzerinde açtığı çukura, sokakta oynayan çocukların düşüp düşmeyeceklerini ve hatta büyüklerin gecenin karanlığında fark edemeyerek düşüp ayaklarını kırabileceklerini tayin ve takdir edecek seviyededir.’ (Yarg.CGK, 10.3.1986, 9-427/106., Koca/Üzülmez, s.220).

kontrolü yapılmayacağını bilmesi ve hatta bu konudaki emirleri personeline duyuran ve uygulatan kişi olması nedeniyle olayda tam kusurlu olarak kabulü isabetli ve yerinde’ olduğunu açıklamıştır^[144].

TCK m.22/4’ncü fıkrasında, ‘taksirle işlenen suçtan dolayı verilecek olan ceza failin kusuruna göre belirlenir’ hükmü yer almaktadır. Yukarıda taksirin unsurlarından nedensellik bağlantısı açıklanırken de belirtildiği üzere taksirli netice birden fazla failin katılması ya da failin kusurlu hareketine mağdurun kusurlu hareketinin eklenmesi ile de meydana gelebilir. Nedensellik bağlantısı konusunda bir sorun bulunmadığı ve bu yönüyle netice fail bakımından öngörülebilir olduğu sürece fail/failler meydana gelen neticeden kusurları oranında birlikte sorumlu olacaklardır.

Ceza hukukunda taksirin ağır, hafif ya da pek hafif şeklinde bir derecelendirilmeye tabi tutulması kabul edilmez. Ancak somut cezanın belirlenmesi bakımından taksirin derecesi önemli bir rol oynayabilir. Bu anlamda örneğin, mağdurun da kusurunun varlığı failin taksirinin hafiflemesine yol açabilir^[145].

Failin “kusurunun hafifliği” halinde ne yapılacağı konusunda maddede bir açıklığın bulunması zorunludur. Ancak TCK m.22’de, özellikle ortak kusurun varlığı durumunda cezanın ne şekilde saptanacağı konusu belirsiz kalmıştır. Bu yeni düzenleme karşısında örneğin, mağdurun kusurunun varlığı halinde hakim bunu sadece cezanın alt sınırdan belirlenmesi (m. 61) ve/veya takdiri indirim nedeni (m. 62) olarak kabul edebilecektir^[146].

B. KUSURLULUĞU ETKİLEYEN NEDENLER BAKIMINDAN

Kusurluluğu etkileyen hallerin söz konusu olduğu durumda (haksız tahrik, zaruret hali gibi) kişinin işlediği fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği etkilenmekte ancak kişi kasten hareket etmektedir. Bu bakımdan bir olayda örneğin, hem zaruret halinden hem taksirden bahsedilemez^[147]. Bu kapsamda zorunluluk hali ile AsCK m.146 kanaatimizce bağdaşmayacaktır.

[144] As.Yrg.5.D., 13.10.1993, E.461, K.458, Özbekan, 1997, s.390-391, Çelen, s. 656.

[145] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.192-193.

[146] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.193; 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde Askerî Yargıtay bir kararında, ‘Ölüm, sanığın tedbirsiz bir hareket teşkil eden tüfeğin mandalını açık bırakmasına inzımmat eden havanın yağışlı ve kaygan olması sebebiyle ayağının kaymasından meydana geldiğine göre, bu halin, ceza tayininde takdiri tahfif sebebi olarak gözetilmesi gerek(tiğine)’ karar vermiştir’ (As.Yrg.Gen.Krl. 27.9.1957 E.2772 K.66, Özbekan, s.373).

[147] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.474; Aksi görüş ‘Taksirli suçlar bakımından hukuka uygunluk nedenlerinin ortaya çıkması güç olsa da olanaksız değildir. Örneğin, bir deniz kazasında

Taksirle işlenen suçlarda haksız tahrik hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Yargıtay'ın kararları çelişkili olmakla birlikte taksirli suçlarda haksız tahrikin uygulanabileceğine ilişkin kararları da bulunmaktadır^[148]. Haksız tahrikin şartlarından biri tepki fiilinin yöneldiği hedefin tahrik eden olması koşuludur. Bu durum kasıtlı bir suçun varlığını gerektireceğinden, taksirli suçlarda haksız tahrik uygulanamayacaktır. Ancak haksız tahrikin etkisi altında failin iradesi etkileneceğinden, bu irade sonucunda taksirli bir suçun işlenmesinde failin kusur durumu ele alınmalıdır. Örneğin, bölük komutanının haksız yere kendisini azarlaması ve yasal iznine göndermemesine kızan failin nöbet sırasında bu durumun yarattığı dikkatsizlik neticesinde AsCK m.146'daki suçun faili olması gibi.

Yine yukarıda bahsedildiği gibi kusurluluğu etkileyen nedenlerden heyecan, korku ve telaş haline ilişkin failin psikolojik durumu ile ilgili haller taksirle işlenen suçlarda da bulunabilir. Ancak kanun koyucu her psikolojik durumu değil, sadece kanundaki diğer şartlarla birlikte gerçekleşen- örneğin, haksız tahrik (TCK m.29) ya da meşru müdafaa sınırını nedeniyle aşılması (m.27/2) gibi- halleri kusurluluğu etkileyen özel bir nedenler olarak düzenlemiştir. Kanatımızca, failin elinde olmayan nedenlerle meydana gelen; korku, uykusuzluk, yorgunluk, gibi nedenlerin yol açtığı taksirli davranışlarla işlenen suçlarla, normal şartlar altında meydana gelen taksirli davranışlara konu suçların faillerinin aynı kusur ölçüsünde cezalandırılması hukuki olmayacaktır. Örneğin, askerlik görevinin zorlu şartları içinde uzun süre aç ve yorgun olarak düşmanla sıcak çatışma riski olan dağlık bir arazide intikal sırasında silahının tetiğine yorgunluk ve uykusuzluğun getirdiği dikkatsizlikle basarak birini öldüren fail ile failin şakalaşması sırasında taksirle birini öldürmesinde aynı kusurluluk ölçüsünde cezalandırılmaları beklenemez.

Yine fail açısından burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus da, failin kusurluluğunu azaltan veya kaldıran bir neden olarak herhangi bir akıl hastalığına (TCK m.32) yakalanıp yakalanmadığının olay tarihi itibarıyla belirlenmesidir^[149]. Genellikle psikolojik rahatsızlıkları nedeniyle, örneğin,

hayatını kurtarmak isteyen kimse, ufak bir sandal görüp de buna tırmanmak istese, ancak sandal bu yüke dayanamayıp devrilsen ve sandaldakiler denize düşüp boğulsalar olayda hukuka uygunluk nedenlerinden olan zorunluluk hali bulunmaktadır (Apaydın, s.70).

[148] Bu konudaki tartışmalar için bkz.Gökhan Yaşar Duran, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010, s.240-242.

[149] '...Dava dosyasının incelenmesi neticesinde; sanığın, dizi 72'deki Birliğinde tespit edilen ifadesinde, psikolojik sorunları bulunduğu için kendisine silah verilmediğini, temel askerlik hizmetini yaptığı Birliğinde de kısa bir süre silah verilmekle birlikte psikolojik sorunlarının, rahatsızlığının devam etmesi nedeniyle bunun geri alındığını beyan ettiği, Dz.7'deki şahıs

failin intihara meyilli olması nedeniyle, silahlı nöbet tutturulmaması gerektiğine ilişkin sağlık raporu olan asker şahıslara, nöbet tutturulması ve bu sırada failin AsCK m.146'daki suçun faili olması mümkündür. Bu durumda olayda sanığın cezai ehliyeti ve askerliğe elverişliliği tespit edilmelidir. Fail olay tarihi itibarıyla akıl hastalığı dolayısıyla askerliğe elverişsizse, askerî bir suç olan AsCK m.146'dan cezalandırılmayacak genel hükümler kapsamındaki taksirli suçtan cezalandırılacaktır. Akıl hastalığına ilişkin durumun kusurluluğa etkisi bu cezalandırma da etkili olacak; failin cezası indirilebileceği gibi (TCK m.32/2), ceza verilmeyip sadece güvenlik tedbirine de hükmolunabilecektir (TCK m.32/1).

VII. HATA (YANILMA)

Bilmemek ya da yanlış bilmek şeklinde ortaya çıkan hata, kişinin tasavvuru, zihninden geçirdikleri ile gerçeğin birbirine uymaması anlamına gelir. Kişinin bilgisizliği yahut yanlış bilgisinin, ilgili bulunduğu konuya göre hata, kasta ya da kusurluluğa etki edebilir. Örneğin, kişinin bilgisizliği suç tipinin maddi unsurlarına ilişkinse, kasta etkili hatadan, kusurluluğu etkileyen hallerin maddi şartlarına ilişkinse kusurluluğa etki eden hatadan bahsedilir. Hata kurumu TCK'nın 30'ncu maddesinde düzenlenmiştir^[150].

Uygulamada asker kişilerin silah ya da cephanelerinin kullanımlarından dolayı hataen bir başka kişiyi karşı taksirle eylemlerde bulunabilirler. Bu nedenle

bilgileri formunda uyuşturucu madde bulundurmak ve kullanmak suçu nedeniyle kayıt bulunduğu, Dz.131-132'deki kut'a anket formunda uyuşturucu madde kullandığının, Dz.133'deki danışma özet formunda beş yıl süre ile esrar, hap, kokain kullandığının belirtildiği, Dz.134'deki belgede Çanakkale Asker Hastanesi psikiyatri polikliniğinde 10.01.2008 yapılan muayenesinde geçirilmiş madde kötüye kullanımı tanısı konulmuş olduğunun belirtildiği, Dz.137'deki raporda silah kullanmasının uygun olmadığı belirtilen, Dz.139 ve 140'daki mükerrer belgelerde Çanakkale Asker Hastanesi psikiyatri polikliniğinde 28.11.2007 yapılan muayenesinde geçirilmiş madde kötüye kullanımı tanısı konulmuş olduğunun belirtildiği görülmektedir. Bu itibarla, sanığın psikiyatrik rahatsızlığı bulunup bulunmadığı, bulunuyor ise bu rahatsızlığının askerliğe elverişsizliğini gerektirecek derecede olup olmadığı ve sanığın TCK'nın 32'nci maddesinden istifade edip edemeyeceği, daha önce geçirilmiş madde kötüye kullanımı tanısı konulduğundan, bunun suç tarihlerinde ve halen aktif hale dönüşüp dönüşmediği, bu durumunun adli gözlem altına alınmasını gerektirip gerektirmediği hususlarının sağlıklı ve kuşkusuz bir şekilde belirlenmesi için, sanığa askerlik hizmetine başlamadan önce de psikiyatrik tedavi görüp görmediği sorularak, bu tedavilere ait belgelerin dava dosyasına dahil edilmesinden sonra, sanığın psikiyatri uzmanı bir bilirkişiye ön muayenesinin yaptırılması ve psikiyatri uzmanının gerek görmesi hâlinde tam teşekküllü bir Askerî hastanede CMK'nın 74'üncü maddesine göre adli gözlem altına alınarak sağlık kuruluna çıkarılması gerekirken bu hususların yerine getirilmemesi nedeniyle mahkûmiyet hükmünün noksan soruşturma yönünden bozulmasına karar verilmiş, sanık müdafinin esasa yönelik temyiz sebepleri bu aşamada incelenmemiştir' (As.Yar.1D., 18.01.2012, 2012/0065-0070 E.-K., TSK Net).

[150] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.551.

bu eylemlere ilişkin hata tipleri; suçun maddi unsurlarında hata (TCK m.30/1), hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında hata (TCK m.30/3) ya da haksızlık yanılığı (TCK m.30/4) biçiminde karşımıza çıkabilir. Bu hata hallerinin taksirle işlenebilen bir suç tipi olan AsCK m.146 ile bağdaşp bağdaşmayacağı tartışılabilir.

Konuyu örnek olaylar üzerinden açıklayacak olursak, kanaatimizce ; ‘Ormanlık araziye yakın bir yerde bulunan karargahta nöbet tutan asker şahsın, duyduğu sesi ayıya benzeterek ateş etmesi ve bu sırada eğitimden dönen bir arkadaşını vurması (suçun maddi unsurlarında hata TCK m.30/1)’; ‘Bir görev ya da tatabikat sırasında almış oldukları emir kapsamında, atış alanı kendilerine hatalı olarak bildirilen pilotların bir yerleşim yerini vurması ya da terörist sanarak sivil kişileri vurması (Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata TCK m.30/3); ‘Terörle Mücadele Kanunu (TMK)’nun Ek 2’nci maddesi, Olağanüstü Hâl Kanunu’nun 23’üncü maddesi ve Sıkıyönetim Kanunu’nun 4’üncü maddesi kapsamında kanundan doğan bir görevin icrası sırasında görevini yerine getiren asker şahısların meşru müdafaa şartları içinde bulunduğu sırada saldırdı bulunan şahıs yerine başka bir şahsı vurması (Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarında hata TCK m.30/3)’ ve bu eylemlerde kişilerin ölmesi/yaralanması her zaman mümkündür. Bu durumda failin cezalandırılabilmesi için taksir derecesinde sorumluluğu bulunması ve işlenen suçun da taksirle işlenebilen bir suç olması gerekmektedir.

Burada asıl değerlendirilmesi gereken husus failin yukarıda verilen örnek hata hallerine ilişkin olaylarda suçun vasıflandırılmasının taksirle işlenebilen bir suç tipi olan AsCK m.146’ya göre mi yoksa genel hükümler kapsamında mı belirleneceği hususudur.

Kanaatimizce, AsCK m.146’nın konuluş amacı suçun konusu olan silah ve cephane konusundaki dikkatsizlik ve bu konudaki emirlere riayetsizlik şeklinde ortaya çıkan taksirli davranışlardır. Oysa failin yukarıda açıklanan örnek olaylardaki hata halleri, kasten işlediği bir suçtaki yanılığsından (suçun maddi unsurlarında, hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarında ya da haksızlık yanılığsından) kaynaklanmaktadır. Fail olayda, kusurlu olup olmamasına göre normatif bir değerlendirmeye tabi tutulmakta, bu yanılığda taksir derecesinde kusurlu olması halinde, işlediği suçun taksirli bir suç olması durumunda cezalandırılmaktadır. Bu nedenle failin hata hallerine ilişkin durumlarda taksir derecesinde kusurlu olması, doğrudan genel hükümlere göre; TCK’nın taksirle adam öldürme (TCK m.85) ya da taksirle yaralama (TCK m.89) hallerine ilişkin maddelerden cezalandırılması gerekecektir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, ‘Mühimmat Depo nöbetçisi olan sanığın, muhafazasına tevdi edilmiş

olan depoya herhangi bir taarruz vuku bulmadığına göre, 211 sayılı T.S.K. İç Hz. K.nun 87 nci maddesine ve bu hususta verilmiş olan sözlü talimatlara aykırı olarak karanlıkta kendisine doğru yaklaşan şahsa, silah kullanılmasına takaddüm eden tedbirler meyanında bulunan geri çekilme, siper alma, kendisinden sonraki nöbetçinin ismini seslenme ve diğer nöbetçilere düdük çalma gibi hareketlere tevessül etmeden, yalnızca parolayı sorup 'dur' diyerek akabinde ateş etmesi ve bunun neticesinde ölüme sebebiyet vermesinin tedbirsizlik dikkatsizlik, meslek ve sa'natta acemilik ve evamire ve talimatlara riayetsizlik sonucu bir kimsenin ölümüne sebebiyet vermek suçunu teşkil ettiği nazarı dikkate alınmaksızın sanığın beraati yoluna gidilmesi(nin) kanuna aykırı^[151] olduğu, bir başka kararında ise, '...Sanığın olayda tüm hareketleri iradi olarak yaptığı ve önündeki karartıyı (terörist zannedip) öldürmek kastı ile ateş ettiği, diğer bir ifadeyle sanığın hareketi ve neticeyi (ölüm sonucunu) bilerek ve isteyerek gerçekleştirdiği hiç bir şüphe ve tereddüde yer vermeyecek şekilde sabit olduğu için, olayda silâh ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla ve emirlere riayetsizlik dolayısıyla başkasının ölümüne sebebiyet vermek suçundan (As.C.K. Md.146 ve bu maddenin atıfta bulunduğu TCK. Md.455'ten) söz etmenin mümkün olmadığı, sanığın öldürme eylemini kasten ve nöbet görevini yerine getirme amacıyla gerçekleştirdiği^[152] açıklanmıştır.

VIII. SUÇUN NETİCESİ SEBEBİYLE AĞIRLAŞMIŞ HALİ

'Büyük zararlar veren itaatsizliğin cezaları' başlıklı AsCK 89'ncu maddesi ile AsCK m.146 arasındaki ilişki incelenmelidir. AsCK m.89 düzenlemesi şöyledir: '1. Emre itaatsizlik sonucu bir insanın hayatını tehlikeye koyan, memleketin veya bir Askerî birliğin güvenliğini veya savaş hazırlığını veya eğitimini önemli derecede ihlal eden veya büyük bir zarar meydana getiren yahut başkasının malına önemli bir zarar veren asker kişiler, bir seneden on seneye kadar hapis, seferberlikte iki seneden onbeş seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılır.2. Düşman karşısında ölüm cezası veyahut on beş seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis ile cezalandırılır.'

Doktrinde AsCK m.89'a ilişkin açıklamalar şöyledir: AsCK 89'ncu maddesinde, sonucun fail tarafından arzu edilmesi, yani emre itaatsizlik eyleminin bu sonucu meydana getireceğinin sanık tarafından önceden bilinmesi ve istenmesi şart değildir. Netice istenmese de suç oluşur. Ancak meydana gelen netice ile emre itaatsizlik eylemi arasında doğrudan bir nedensellik bağı aranmaktadır.

[151] As.Yrg.Gen.Krl. 16.61962 E.1282 K.59, Özbakan, s.372.

[152] As.Yar.DK., 15.6.2000 tarih 2000/124-123 E.-K., Askerî Yargıtay Dergisi, 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.371-373.

Bu bağ yoksa fail sadece emre itaatsizlikten dolayı cezalandırılır^[153]. Suçun tamam olabilmesi için neticenin meydana gelmesi şarttır. Bunun yanında failin itaatsizlik özel kastı ile hareket etmesi aranmaktadır^[154]. Askerî Yargıtay kararlarındaki açıklamalara göre de, AsCK'nın 89'ncu maddesinde düzenlenen suçun AsCK m.87'de düzenlenen emre itaatsizlikte ısrar suçunun “netice sebebiyle ağırlaşmış” şekli olduğu yönündedir. Maddede zararın sınırı ve boyutları belirtilmemekle birlikte, bunun “büyük ve önemli bir zarar” olması gerektiği gibi bu suçun oluşabilmesi için, meydana gelen zarar ile itaatsizlik konusu fiil arasında doğrudan bir illiyet bağı bulunmalıdır^[155].

AsCK m.146 ve AsCK m.89 karşılaştırıldığında, AsCK m.89'daki suçun konusunun mutlaka silah ve cephane hakkında gösterilen talimat ve emirlere itaatsizlikten doğması şart değildir. Ancak suçun konusunun silah ve cephane konusundaki emirlere itaatsizlik olması durumunda nitelik olarak AsCK m.146 ile benzerlik gösterdiği ve bu suçun daha ağır olarak cezalandırılmasını gerektiren nitelikli bir halini oluşturduğu açıktır. Burada kanaatimizce iki suçu birbirinden ayıran önemli bir husus yukarıda açıklandığı üzere, AsCK m.146'daki suçun taksirle, AsCK m.89'daki suçun ise hem taksir hem de özel kasıtlı işlenbilmesidir. Bu nedenle de suçun vasıflandırılması bakımından failin kasdı öncelikle tespit edilmeli ve ona göre uygulama yapılmalıdır. Nitekim Askerî Yargıtay^[156], ‘...Dava konusu olayla ilgili olarak tanık olarak dinlenen Top.Çvş. A.K. aşamalarındaki ifadelerinde sanık ile mağdurun “Seni vurayım mı?” diye karşılıklı şakalaştıklarını söylediği, sanığın mağduru kasden (Öldürmek kasdı veya müessir fiil kasdı ile) yaraladığına dair, mağdurun başka deliller ve tanık beyanı ile doğrulanmayan beyanından başka bir delil bulunmadığı, mağdur Er'in sanıkla aralarında daha önce geçmiş bir olay ve husumet olmadığını beyan ettiği, sanığı daha yakından tanıyan 2 nci Bt.K.V.nın olay sonrası 3.6.1997 tarihinde düzenlediği vaka ve kanaat raporunda sanık ile ilgili olarak “Emirleri lakaytlıkla karşılayan, disiplinsiz ve dikkatsiz bir erdir. Sağlık problemi yoktur. Olayın şakalaşma sonucu kaza ile olduğu kanaatindeyim” dediği nazara alınıp, dosyadaki bütün deliller birlikte değerlendirildiğinde, sanığa müsnet eylemin „Kasden“ işlenen bir suç olmadığı, sanıkta silahla müessir fiil (yaralama) veya öldürme kastı olmaksızın silahı ile ilgili dikkatsiz ve tedbirsiz davranışı sonucu

[153] Özbakan, s.227.

[154] Çelen, s.393.

[155] As.Yar.3D., 09.05.2000 tarih 2000/296–296 E.-K., As.Yar.DK., 28.09.2000 tarih 2000/141 – 137 E.-K., Kemal Bal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002, s.89-1

[156] As.Yar.DK., 17.02.2000, 2000/57-46 E.-K., Askerî Yargıtay Dergisi, S.14, Y.2002, s.253-254.

silahın patlayarak, mağdurun yaralanması olayının meydana geldiği, eylemin As.C.K.nun 146 ncı maddesi delaleti ile T.C.K.nun 459 ncu maddesine uyan suç oluşturduğu sonuç ve kanaatine varıldığından;...sanığın eylemini kasdi suçlardan olan As.C.K.nun 89 ncu maddesine uyan suç oluşturduğu görüşü ile suç vasfının tayinindeki isabetsizlikten bozan kararında bu nedenle isabet görülme(diğine) ’ karar vermiştir.

IX. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ

A. TEŞEBBÜS, İŞTİRAK

TCK’nın “Suça teşebbüs” kenar başlıklı 35’nci maddesi, “Kişi, işlemeyi kastettiği bir suç elverişli hareketlerle doğrudan doğruya icraya başlayıp da elinde olmayan nedenlerle tamamlayamaz ise teşebbüsten dolayı sorumlu tutulur” demek suretiyle teşebbüsün ancak kasıtlı suçlarda söz konusu olabileceğini vurgulamıştır. O halde taksirli suçlara teşebbüs mümkün değildir^[157].

İştirakin özünde ortaklar arasında bir anlaşma vardır. Bu nedenle kanuna göre, ‘suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur (TCK m.37)’. ‘Suça iştirak için kasten ve hukuka aykırı işlenmiş bir fiilin varlığı (TCK m.40)’ aranmaktadır. Yine birlikte işlenen suçun aynı olması için sadece suçun maddi unsurunun değil, manevi unsurunun da aynı olması gerekir. Bu nedenle bir kimseyi öldürmesi için asli faile verilen silahın taksir ile ateş almasına sebebiyet vererek hasmın ölümüne neden olan kişi ile silahı veren arasında iştirak yoktur. Bu gibi hallerde iştirak halinde işlenmiş tek suç değil, ortaklar sayısı kadar ayrı suçlar söz konusudur. Böylece kasıtlı bir suça taksirle, taksirli bir suça kasıtlı iştirak cezalandırılmaz^[158]. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır^[159].

[157] Hakeri, s.428.

[158] Hakeri, s.470.

[159] ‘...Manisa/Selendi İlçe Jandarma Komutanlığı emrinde görev yapan er ve erbaşların, 25.6.2008 tarihinde, saat 08.35 sıralarında, sabah sporunda tüfekli ve tüfeksiz hareketler eğitimi yaptıkları, eğitim sonunda 15 dakika istirahat verildiği, askerlerin istirahat için İlçe Jandarma Komutanlığı hizmet binasının arka tarafından bulunan kamelyaya geçtikleri, istirahat sırasında Uzm.J.Çuş. S.Ç emir ve komutasında önleyici hizmet devriyesine çıkacak olan sanık J.Er B.C, sanık J.Er V.K ve J.Er S.Ç. dışındaki tüm askerlerin silahlarını silahlığa bıraktığı, sanık J.Er B.C’ın çay ocağından çay almak maksadıyla kendisine zimmetli bulunan 35000 seri numaralı MP-5 makineli tabancayı ve kütüklüğünü çay ocağının yaklaşık 5 metre ilerisinde bulunan bankın üzerine bıraktığı, sanık J.Er V.K’in, sanık J.Er B.C’a ait silahı aldığı ve dolu şarjör takarak tam dolduruş yaptığı, bu durumu gören emre itaatsizlikte ısrar suçundan hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmiş olan J.Er İ.D’nin, sanık J.Er V.K’in elinde bulunan silahı aldığı ve takılı olan şarjörü çıkardığı, sanık J.Er C.K’in, silahı boşaltmak isteyen J.Er İ.D ve sanık J.Er V.K’e silahla oynamamalarını söyleyerek silahı

B. İÇTİMA

1. Zincirleme Suç

5237 sayılı TCK'nın 43'ncü maddesinde, zincirleme suç, "Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi" olarak tanımlanmıştır. Taksirli suçlarda ise, suç işleme kastı mevcut olmadığından, bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz. Ancak, TCK'nın 85/2 ve 89/4'ncü fıkralarında taksirli fiil sonucu birden fazla kişinin yaralanması ya da ölümü bu suçların nitelikli hali olarak kabul edilmiştir^[160].

Nitekim TCK 85/2'nci fıkrasında, 'Fiil, birden fazla insanın ölümüne ya da bir veya birden fazla kişinin ölümü ile birlikte bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına neden olmuş ise, kişi iki yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır'. TCK m.89/4'ncü fıkrasında, 'fiilin birden fazla kişinin yaralanmasına neden olması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükümlenil(acağı)' açıklanmaktadır.

TCK m.85/2'nin uygulaması bakımından, ölüm yanında yaralama neticesinin de meydana geldiği durumlarda, yaralamanın niteliğinin önemi yoktur. Yaralamanın basit ve nitelikli şekli arasında ceza miktarı açısından bir fark yaratılmamıştır. Ancak nitelikli bir yaralama durumunda TCK m.61'deki kriterler göz önüne alınarak hakim tarafından cezanın üst sınırlarından verilmesi gerekecektir^[161].

Yukarıdaki açıklamalar AsCK m.146'nın TCK m.85 ve 89'a atıf yapması nedeniyle aynen geçerlidir.

J.Er İ.D'den aldığı, silahın dolu olduğunu bilmeksizin tetik düşürdüğü ve bankın üzerinde oturan J.Er V.K'in sol bacak kasık bölgesi dış kısmından yaralanmasına sebebiyet verdiği, (olayda yerel Askeri Mahkeme) 1) ...Sanık terhisli J.Er B.C.'in, 25.06.2008 tarihinde emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK'nın 87/1 (1'inci cümle) ve TCK'nın 62'nci maddesi uyarınca, yirmi beş gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, 2) Sanık terhisli J.Er V.K.'in, 25.06.2008 tarihinde emre itaatsizlikte ısrar suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK'nın 87/1 (1'inci cümle) ve TCK'nın 62'nci maddesi uyarınca, yirmi beş gün hapis cezası ile cezalandırılmasına, 3) Sanık terhisli J.Er C.K.'in, 25.06.2008 tarihinde silahı ve cephanesi hakkında dikkatsizlik ve nizamla ve emirlere talimatlara riayetsizlik nedeniyle yaralanmaya sebebiyet vermek suçunu işlediği kabul edilerek, ASCK'nın 146'ncı maddesi delaletiyle TCK'nın 89/1, 89/2-e, 62'nci maddeleri uyarınca, (cezalandırılmasına)' karar vermiştir (As.Yar.ID., 18.01.2012, 2012/0065-0070 E.-K., TSK Net).

[160] Apaydın, s.98, 101.

[161] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.196.

2. Fikri İçtima

Burada tartışılacak bir sorun kasten işlenebilen bir suçla taksirle işlenen bir suçun fikri içtima ilişkisi içinde bulunabilip bulunmayacağıdır. Fikri içtima kurulumunu düzenleyen m.44'ün gerekçesinde 'bir suçun temel ve nitelikli şekillerinin dışındaki suçlar, fikri içtima uygulamasında farklı suç olarak kabul edilmelidir' denildiğine göre kasıtlı ve taksirli suçlar arasında fikri içtima mümkündür^[162]. Yine taksirle yaralama suçu bakımından da bu açıklamalar geçerlidir^[163].

Yukarıda açıklananlar dışında AsCK m.146 uygulaması açısından içtima ilişkisi bakımından değerlendirilecek husus bu suçun başka suç tipleri ile içtima edip etmeyeceği hususudur.

Kanaatimizce AsCK m.146'daki suçta fail taksirli hareketi neticesinde, bir kişinin yaralanmasına veya ölümüne neden olurken aynı zamanda lüzumsuz olarak silah ve cephanenin zayi olmasına da neden olmaktadır. Diğer bir anlatımla askerî eşyanın özürsüz harap olmasına neden olmaktadır. Bu husus AsCK m.130'daki^[164] suç tipinin taksirle işlenebilen seçimlik hareketlerinden biridir^[165]. Bu nedenle sanığın aynı taksirli eylemi ile kanunun birden fazla hükmü (AsCK m.146 ve AsCK m.130) içtima etmektedir. TCK m.44 gereği fail bu suçlardan cezası en ağır olan AsCK m.146'ya göre cezalandırılmalıdır.

[162] Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.196. Nitekim Yargıtay da taksirle ölüme neden olma ve trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçlarına ilişkin bir kararında '*Bir fil ile birden fazla suçun oluşmasına neden olan sanığın yalnızca ağır ceza gerektiren bilinçli taksirle ölüme neden olma suçundan sorumlu tutulması gerektiği gözetilmeden ayrıca trafik güvenliğini tehlikeye düşürme suçundan da mahkumiyetine karar verilmesi*'ni kanuna aykırı bulmuştur (9.CD., 12.06.2007, 4639/5186; www.adalet.org., Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s.196).

[163] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Apaydın, s.101-102; '*Sanığın 105 promil alkollü olarak tek yönlü sokakta ters yönde ilerleyip caddeye çıkarken motorsiklele çarpması sonucu mağdurların yaralanmasına neden olduğu olayda, trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçununun 5237 sayılı TCK'nın 89/4. maddesinde yazılı taksirle yaralama suçuna dönüşeceği, bu nedenle de sanığın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçundan ayrıca mahkumiyet kararı verilemeyeceği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması, yasaya aykırılık oluşturmaktadır*' (9.C.D., 26.4.2010 tarihli, 2008/13884 esas ve 2010/4446 sayılı kararı, Apaydın, s.102)..

[164] AsCK m.130 hükmü şöyledir: '*Hizmete mahsus eşyayı tahrip ve terk ve kaybedenler*' başlıklı AsCK 130'ncü maddesine göre; '*Askerî eşyayı kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip eden, özürsüz kaybeden veya harabolmasına sebebiyet veren veya özel menfaati için kullanan asker kişileri, eşyanın değeri, önemi, meydana gelen hasarın miktarı ve fiilin işleniş şekline göre üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.Suç konusu eşya; silah, mühimmat, savaş aracı veya gereci ise ceza artırılır. Kaybedilen, kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip edilen veya harabolmasına sebebiyet verilen eşyanın ödettirilmesine de ayrıca hükmolunur*'.

[165] Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Değirmenci, s.345.

Yine bir diğer suç tipi ‘Dikkatsizlik edenler’ başlıklı AsCK 136’ncı maddesidir^[166]. AsCK m.136’daki suç, failin kasıtlı ya da taksirli davranışı ile işlenebilir. Zira maddede geçen tekasül kavramı içerisine; tedbirsizlik, dikkatsizlik, emir ve talimatlara riayetsizlik gibi objektif hal ve durumlar girmektedir^[167]. Örneğin, failin nöbet talimatına aykırı olarak nöbetinde silahını taksirle ateşlemesi halinde hem mazarratı mucip nöbet talimatına aykırılıktan (AsCK m.136) eğer bu olay nedeniyle biri yaralanmış ya da ölmüşse bu durumda da AsCK m.146’dan söz edilmesi gerekecektir. Bu durumda sanığın aynı taksirli eylemi kanunun birden fazla hükmünü ihlal ettiğinden fikri içtima (TCK m.44) kuralı gereği bu suçlardan cezası en ağır olan AsCK m.146’ya göre cezalandırılmalıdır.

3. Bileşik Suç

TCK 42’nci maddesine göre’, ‘Biri diğerinin unsurunu veya ağırlaştırıcı nedenini oluşturması dolayısıyla tek fiil sayılan suçta bileşik suç denir. Bu tür suçlarda içtima hükümleri uygulanmaz’ hükmü yer almaktadır.

Özellikle AsCK’da düzenlenen suç tiplerinden, ‘emre itaatsizlikte ısrar’ (AsCK m.87)^[168] suçunun AsCK m.146’daki suçun bir unsuru olup olmadığı hususu tartışılabilir. Bu tartışmanın sebebi, AsCK m.146’daki taksir biçimlerinden, failin ‘silahları ve cephanesi hakkında nizamla ve emirlere talimatlara riayetsizli(ğinin)’ de olayda aranmasıdır. Bu durumda bileşik suç kuralı gereği AsCK m.146’nın uygulanması gerekecektir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında^[169], ‘...Sanığın eyleminin ASCK’nın 146’ncı maddesi atfıyla TCK’nın 89’uncu maddesinde düzenlenen taksirle yaralama suçunu oluşturduğu, sanığın

[166] AsCK m.136 hükmü şöyledir: ‘1. Her kim Askerî karakolun veya müfrezenin veyahut hususi bir vazife ile mükellef olan bir kısım Askerin kumandanı veya subaylarından veyahut nöbetçi iken kasten veya tekasülünden : A: Kendisini verilen vazifeyi yapmayacak hale korsa;B: Nöbet mahallini terkederse yahut verilen sair talimata mugayir hareket ederse;C: Her iki halde de bir mazarratı mucip olursa on dört günden az olmamak üzere katıksız hapis veya iki seneye kadar hapis ile cezalandırılır. 2. Yukarıki fıkrada yazılı suç seferberlikte yapılmışsa suçlu altı aydan az olmamak üzere hapis, düşman karşısında ölüm, az vahim hallerde bir seneden az olmamak üzere muvakkat veya müebbet ağır hapis ile cezalandırılır. 3. 2 nci fıkrada yazılı suç dolayısıyla ehemmiyetli bir zarar tehlikesi zuhura gelmişse üç aydan aşağı olmamak üzere hapis, bu tehlike düşman karşısında olduğu takdirde suçluya bir seneden az olmamak üzere ağır hapis cezası verilir’.

[167] Değirmenci, s.356.

[168] AsCK 87/1’nci fıkrasında, ‘Hizmete ilişkin emri hiç yapmayan asker kişiler bir aydan bir seneye kadar, emrin yerine getirilmesini söz veya fiili ile açıkça reddeden veya emir tekrar edildiği hâlde emri yerine getirmeyenler, üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar’ biçiminde düzenlenmiştir.

[169] As.Yar.1D., 22.02.2012, 2012/0314-0289 E.-K., TSK Net.

emre aykırı davranışlarının ise bu suçun maddi unsurunu teşkil ettiği gözetildiğinde, Askerî Mahkemece, elverişli kanıtlar ve yeterli gerekçe ile; sanığın eyleminin silahında dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu bir kişinin yaralanmasına neden olmak suçu olarak nitelendirilmesinde...usul ve esas yönlerinden herhangi bir hukuka aykırılık bulunmama(dığı)ı’ açıklamıştır.

X. SORUŞTURMA VE KOVUŞTURMA USULÜ

AsCK’nın ‘Askerî suçlarda şikâyet ve izin’ başlıklı 48’nci madde, (A) bendinde, ‘Askerî suçların takibi şikâyete bağlı değildir’ hükmü yer almaktadır. Bu madde de askerî suç terimi kullanılmış ve sırf askerî suç ya da askerî suç benzeri olsun olmasın bu kuralın, AsCK m.146 dahil tüm askerî suçlar bakımından geçerli olduğu açıklanmıştır. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir^[170]. Ancak AsCK m.146’dan dolayı açılan bir davada, Kara Kuvvetleri Komutanlığı Dağ Komando Okulu ve Eğitim Merkezi Komutanlığı Askerî Mahkemesi, sanığın AsCK 48’nci maddesinin (A) fıkrasının Anayasa’nın 2 ve 10’ncu maddelerine aykırılığını ileri sürülerek iptaline karar verilmesi konusundaki itirazını^[171]

[170] ‘Her ne kadar doktrinde AsCK’nın başka kanunlara atıf suretiyle cezalandırdığı suçlara ‘şibih askerî suçlar’ denilmekte ise de, anılan maddede bir suçun şikâyete tabi olmak veya olmamak bakımından sırf askerî suç, askerî suç veya şibih askerî suç gibi bir ayrıma tabi tutulmadığı görülmektedir. Bu nedenle AsCK’nın 48’inci maddesindeki askerî suçların takibinin şikâyete bağlı olmadığı şeklindeki hükmün sırf askerî suçları kapsadığı şeklindeki bir görüşten hareket edilerek, orduya ait silâhla şakalaşırken arkadaşını yaralayan sanığın eyleminin sırf askerî suç olmadığı ve şikâyet yokluğu nedenleriyle kamu davasının düşmesine karar verilmesi yolsuzdur’ (As. Yrg. 5. D., 11.11.1987, 1987/712-701 E.-K., Çelen, s.135).

[171] ‘...Dağ, Komd. Okl. ve Eğt. Mrk. K.lığı Askeri Savcılığının 27 ARALIK 2012 gün ve 2012/794-392 Esas-Karar sayılı iddianamesi ile sanık .’in, silah temizliği yapılırken tabanca temizlediği sırada dikkatsizliği sonucu temizlediği tabancanın patladığı, bu şekilde sanığın, mağdur .’in yaralanmasına sebep olmak suretiyle “Silahı Hakkında Dikkatsizlik ve Nizamla ve Emirle Riayetsizlik Sonucunda Taksirle Bir Kişinin Vücutta Kemik Kırılmasına Yol Açacak Şekilde Yaralanmasına Sebepiyet Vermek” suçunu işlediği iddiasıyla Askeri Mahkememize kamu davası açılmıştır. Yapılan yargılama esasında sanık . yargılandığı kanun maddelerinin Anayasa’ya aykırı olduğunu ileri sürmüş ve Askeri Savcı da mütalaasında; “Sanık Uzman J. I. Kad. Çvş. . hakkında As. C.K.nun 146’ıncı maddesinde düzenlenen “Silahı Ve Cephanesi Hakkında Dikkatsizlik Ve Tedbirsizlik Sonucunda Taksirle Bir Kişinin Yaralanmasına Sebepiyet Vernek” suçundan kamu davası açılmıştır. Söz konusu bu suçla ilişkin davalarda As. C.K.nun 146’ıncı maddesinde yapılan atfı nedeniyle TCK’nun “Taksirle Yaralama” suçuna ilişkin hükümler uygulanmaktadır. Bilindiği üzere “Taksirle Yaralama” suçu bilinçli taksir hali haricinde takibi şikâyete bağlı bir suç olarak düzenlenmiştir. Yani olayın mağduru söz konusu olay nedeni ile şikâyetçi olmaz ise ilgili kişi hakkında kamu davası açılmamakta, açılmış ise kamu davasının düşmesine karar verilmektedir. Fakat öğretilerde ve uygulamada As. C.K.nun yapmış olduğu atfı nedeniyle, atfı yapılan kanunlarda yer alan suçlar da Askeri Suç sayılmakta ve As. C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen “Askeri suçların takibi şikâyete bağlı değildir” hükmü gereğince şikâyete bağlı olmaksızın soruşturulmakta ve kovuşturulmaktadır. Bu durum ise Anayasanın 2 ve 10’uncu maddelerinde düzenlenen “hukuk devleti ilkesi” ile “eşitlik ilkesine” aykırılık teşkil

cididi bularak Anayasa Mahkemesine götürmüştür. Anayasa Mahkemesi yaptığı inceleme neticesinde söz konusu kuralın Anayasanın 2 ve 10'ncu maddelerine aykırı olmadığına oybirliği ile karar vermiştir^[172].

etmektedir. 1982 Anayasasının 2'nci maddesinde "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devletidir." denilmek suretiyle Türkiye Cumhuriyeti Devletinin bir hukuk devleti olduğu ve 10'uncu maddesinde ise "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." denilmek suretiyle herkesin kanun önünde eşit olduğu vurgulanmıştır. Fakat As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikayete bağlı değildir" hükmü gereğince asker kişiler aleyhine bir eşitsizlik söz konusudur. Somut bir örnekle bu durumu açıklamak gerekirse, bir polisin silahıyla dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucunda bir kişiyi yaraladığını bu suretle de taksirle yaralama suçunu işlediğini düşünürsek, somut bu durumda mağdur şikâyetçi olmaz ise şüpheli hakkında dava açılmamakta, dava açılmış ise düşmesine karar verilebilmektedir. Fakat çok benzer hatta aynı olarak nitelendirebileceğimiz başka bir olayda, asker bir kişinin silahıyla dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucunda bir kişiyi yaralaması durumunda ise As.C.K.nun 146'ncı maddesinde yer alan özel düzenleme gereğince atfı yoluyla taksirle yaralama suçunu işlediği kabul edilmektedir. Bu durumda da atfı yapılan suçun askeri suç olarak kabul edilmesi nedeniyle de atfı yapılan kanunda şikâyete bağlı olarak düzenlense dahi As.C.K.nun 48/1-A maddesindeki hüküm gereğince söz konusu suç şikâyete bağlı olmamakta ve bu nedenle de mağdur şikâyetçi olması dahi ilgili kişi hakkında mahkumiyete karar verilecek şekilde sonuçlar doğabilmektedir. Somut bu örnekten de açıkça anlaşılacağı üzere, bu durum Anayasanın 2'nci maddesinde düzenlenen hukuk devleti ilkesine ve 10'uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle somut yargulamada doğrudan uygulanan As.C.K.nun 48/1-A maddesinde düzenlenen "Askeri suçların takibi şikâyete bağlı değildir" hükmünün Anayasanın 2 ve 10'uncu maddelerine aykırı olduğunu düşündüğümüzden bu hükmün iptali için Anayasa Mahkemesine iptal başvurusu yapılmasını arz ve talep ederiz." şeklinde Anayasa Mahkemesine başvurulması yönünde görüş bildirmiştir³ (Anayasa Mahkemesi'nin 22.07.2014-29068 RG.Tarih Sayılı, 2013/91-2014/59E.-K., <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f0808229-5c8f-4b9a-8d6e-699f4a287c98?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 17.08.2015)

[172] "...Anayasa Mahkemesinin Kararı gerekçesi şöyledir: Askeri suçlar, askeri disiplini korumak ve sürdürmek, adalet ile disiplin arasında denge sağlamak, başka bir deyişle adil ve sürekli bir disiplin düzeni oluşturmak amacıyla ihdas edilmiştir. Dolayısıyla, askeri suçların işlenmesi hâlinde kişisel yarardan çok askeri hizmete bağlı olan kamusal menfaat zarara uğrayacağından askeri suçların takibinin resen soruşturma ve kovuşturmayla tâbi tutulduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, Kanun koyucunun takdir hakkı kapsamında askeri suçların takibi için şikâyet şartı öngörmemesinde hukuk devleti ilkesi ile çelişen bir yön bulunmamaktadır. Diğer yandan Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen kanun önünde eşitlik ilkesinin ceza yargılaması alanında uygulanması, aynı suçu işleyenlerin kimi özellikleri göz ardı edilip her yünden aynı kurallara bağlı tutularak yargılanmaları anlamına gelmez. Eşitlik ilkesi, birbiriyle aynı durumda olanlara aynı kuralların uygulanmasını, ayrıcalıklı kişi ve toplulukların yaratılmasını engellemektedir. Aynı durumda olanlar için farklı düzenleme eşitliğe aykırılık oluşturur. Anayasa'nın amaçladığı eşitlik mutlak ve eylemli eşitlik değil, hukuksal eşitliktir. Aynı hukuksal durumlar aynı, aynı hukuksal durumlar aynı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz. Mağdurun veya failin durumundaki farklılıklar bunlara değişik kurallar uygulanmasını gerektirebilir. Kanunda düzenlenen askeri suçlarla korunmak istenen esas itibarıyla askeri hizmete bağlı olan kamusal menfaattir. 5237 sayılı

Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK) 253, 254'ncü maddelerinde düzenlenen uzlaşma kurumunun, AsCK m.146 açısından uygulanıp uygulanmayacağı tartışılabilir. Bu husus Askerî Yargıtay Daireler Kurulu'nun bir kararına konu olmuş ve Daireler Kurulu'nca uzlaşma kurumunun AsCK m.146 açısından uygulanamayacağına oy çokluğu ile karar verilmiştir^[173].

Diğer bir husus görev konusudur. Anayasa 145'nci maddesinde askerî yargının görev alanı düzenlenmiştir. Yine bu maddeye paralel olarak hazırlanan 353 sayılı Askerî Mahkemeler Kuruluş ve Yargılama Usul Kanunu (AsYUK)'nun "Genel görev" başlıklı 9'ncü maddesi; "Askerî Mahkemeler, kanunlarda aksi yazılı olmadıkça, asker kişilerin askerî olan suçları ile bunların asker kişilerin aleyhine ...yahut askerlik hizmet ve görevleri ile ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidirler" hükmünü içermektedir. Bu hükme göre asker kişilerin asker kişilere karşı işledikleri suçların herhangi bir görev ve hizmetten kaynaklanma zorunluluğu bulunmadığı halde, AsCK m.146'daki suçta olduğu gibi suçun mağdurlarının sivil kişiler olması halinde askerî mahkemenin görevli olması ancak bu suçun askerlik hizmet ve görevinden doğması nedeniyle açıklanabilir. Bu nedenle örneğin, asker bir kişinin lokanta da yemek yerken zati silahında gösterdiği tedbirsizlik sonucu sivil bir şahsı yaralaması halinde bu suçla ilgili genel hükümler kapsamında adli yargının görevli olması gerekecektir. Ancak yaralanan kişinin tesadüfende olsa asker kişi olması halinde AsCK m.146'dan dolayı askerî mahkemeler görevli olacaktır^[174].

Kanun kapsamında takibi şikâyete bağlı olan bir suçla korunmak istenen öncelikli menfaat ise suçun niteliğine göre değişmektedir. Dolayısıyla askerî bir suçun koruduğu hukuki menfaat ile 5237 sayılı Kanun'da takibi şikâyete bağlı olan benzer bir suçun koruduğu hukuki menfaat farklı olduğu gibi suçun mağdurları da farklı hukuksal konumda olduğundan, Kanun'da düzenlenen askerî bir suçta, 5237 sayılı Kanun'da düzenlenen takibi şikâyete bağlı benzer bir suç arasında soruşturma ve kovuşturma usulü bakımından eşitlik karşılaştırması yapılamaz. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir...' (Anayasa Mahkemesi'nin 22.07.2014-29068 RG.Tarih Sayılı, 2013/91-2014/59 E.-K., <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/f0808229-5c8f-4b9a-8d6e-699f4a287c98?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 17.08.2015).

[173] "...ASCK'nın 48/A maddesinin açık hükmü karşısında, askerî suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete tabi olmadığı gibi, ASCK bünyesinde bu suçla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesine imkân sağlayan herhangi bir düzenleme de yer almamaktadır. Kanun koyucunun başka türlü bir yorum ve değerlendirmeye imkân vermeyen bu düzenlemeleri karşısında, askerî suç niteliği taşıyan ve özel kanununda bu uygulamaya olanak sağlayan istisnai bir hüküm bulunmayan suçla ilgili olarak uzlaştırma yoluna gidilebilmesine hukuki imkân bulunmamaktadır (As.Yar.DK., 26.03.2009, 2009/45-44 E.-K., TSK Net).

[174] "Astsubay olan sanığın silahındaki dikkatsizliği sonucu aynı evde birlikte kaldığı astsubay arkadaşını yaralaması eylemini As.C.K.nun 146 nci maddesi'nde yazılı suçu oluşturur" (As.Yar.5D., 4.11.1987, 1987/684-675 E.-K., Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.6, Y.1990, s.326-327).

353 sayılı Kanun'un "Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi" başlıklı 17'inci maddesinde; "Askerî Mahkemelerde yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmesi, daha önce işlenen suçlara ait davalara bu mahkemelerin bakma görevini değiştirmez. Ancak suçun; askerî bir suç olmaması, askerî bir suça bağlı bulunmaması hâlinde askerî mahkemenin görevi sona erer" şeklindedir. Bu hüküm gereği AsCK 146'ncı maddesinin bu suç failleri askerî mahkemede yargılanacaktır. Failin terhis^[175] ya da emekli olması askerî mahkemede yargılama ile bağlantıyı kesmez.

Daha önce açıklandığı üzere taksirli suçlara iştirak olmayıp birden çok kusurlu harekette, hareket ile netice arasında nedensellik bağlantısı varsa bütün şahıslar kendi kusurlu hareketlerinden sorumlu olacaktır. Bu durumda aynı olayda birden fazla fail ve failer arasında bağlantı bulunması nedeniyle eğer faillerden tümü asker şahıs ise aynı askerî mahkeme de yargılanacaklardır. Faillerden birinin terhis ya da emekli olması halinde AsCK m.146'daki suç askerî suç olduğundan o fail ve diğer failer açısından AsYUK m.17 gereğince askerî mahkemede yargılama görevi devam edecektir. Yine mağdurun sivil ya da asker olması ya da suçun askerî ya da sivil mahalde işlenmesi^[176] failin askerî mahkemede yargılanmasına engel değildir.

Ancak burada kanaatimizce çıkabilecek en önemli sorun, ortak kusurla işlenen bir suçta, faillerden bir veya birkaçının asker biri ya da birden fazlasının sivil şahıs olması halinde yaşanacaktır. Zira özellikle bu suçun asker şahıslar ve TSK ve MSB'lığı kadrolarında görevli devlet memurları ya da askerî işyerlerinde görevli işçilerle birlikte müştereken işlenmesi mümkündür. Örneğin: Silah ve mühimmat fabrikasında görevli işçi memur ve asker kişilerin ortak kusuruyla bir patlama meydana gelmesi vb. Bu durumda aynı suçtan (AsCK m.146) asker şahıs suç failleri askerî mahkemede yargılanırken, sivil personel adli mahkemelerde yargılanacaklardır. Yine benzer durum, TSK veya MSB kadrolarında görevli sivil personel dışında kalan sivil şahıslar ile asker şahısların ortak kusuruyla da meydana gelebilir. Örneğin, bir güdümlü merminin onarımı

[175] "As.C.K.nun 146 nci maddesinde yazılı suç, hernekadar cezası TCK. nunda tayin edilmiş olsa bile, askerî suç niteliğindedir olduğundan, sanığın terhis edilmiş olması, askerî mahkemenin görevini sona erdiremez" (As.Yar.DK., 3.12.1987, 1987/189 E., Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, S.6, Y.1990, s.326).

[176] "Astsubay olan sanığın silahındaki dikkatsizliği sonucu aynı evde birlikte kaldığı astsubay arkadaşını yaralaması eylemi. As. C. K. nun 146 nci maddesinde yer alan askerî bir suç olup, suç yerinin sivil bir mahal olması bu suçun askerî suç niteliğini ortadan kaldırmaz. Olayın sivil bir evde cereyan etmesi sebebiyle eylemi TCK. nun 459 ncu maddesine mümas bulan ve şikayet yokluğu sebebiyle sanık hakkında düşme kararı veren yerel mahkeme hükmünde bu bakımdan isabet görülmemiştir" (As.Yar.5D., 4.11.1987, 1987/684-675 E.-K., Askeri Yargıtay Kararlar Dergisi, S.6, Y.1990, s.326-327).

sırasında sivil mühendisler ve asker şahısların ortak kusuruyla patlama meydana gelmesi. Burada da sivil kişiler adli mahkemelerde yargılanacaktır.

Diğer bir husus sivil kişiler hakkında açılacak davanın suç vasfına ilişkindir. Bu konu 'Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanununa tâbi suçlarında yargılama mercii' başlıklı AsYUK 13'ncü maddesinde şöyle açıklanmaktadır: 'Askerî Ceza Kanununun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131 inci maddelerinde yazılı suçlar, askerî mahkemelerin yargı yetkisine tâbi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır'. Maddede sayılan suçlar arasında AsCK m.146 yer almadığından, yukarıdaki örnek olaylarda asker kişileri hakkında AsCK m.146'dan askerî mahkemelerde dava açılırken sivil şahıslar hakkında genel hükümler kapsamında taksirle öldürme/yaralama suçlarından dolayı adli mahkemelerde dava açılması gerekecektir. Ancak bu durumun, sanıklar ya da suç ortaklarının mağduriyetlerine yol açan hukuki sorunlara neden olma ihtimali mümkündür. Kanaatimizce, askerî bir suçta ortak kusuru olan sivil şahsı yargılayacak yargılama mercisinin, bu konuda özel olarak düzenlenen bir suçta ait yargılamaya yetkili askerî mahkeme kararını bekletici mesele yapması daha uygun olacaktır. AsCK m.146'dan hüküm kuran askerî mahkeme kararının kesinleşmesi durumunda, bu karar artık diğer mahkeme bakımından kendi içtihatlarına aykırı olsa da bağlayıcı olacaktır. Örneğin, AsCK m.146'dan yargılanan asker şahısların beraat etmeleri halinde sivil mahkeme artık bu kararı göz önüne almak zorunda kalacaktır. Suçun diğer faili olan sivil şahıs açısından, gerek askerî mahkeme gerek Askerî Yargıtay'ın aleyhine olan bu karara karşı, davaya katılma olanağı olmadığından, temyiz yolu da kapalı olacaktır. Bu durumun adil yargılanma ilkesini zedeleyici bir durum oluşturabileceği, sivil şahıs suç faili açısından bu konunun anayasa şikayeti yoluyla Anayasa Mahkemesine götürebilebileceği değerlendirilmektedir.

XI. YAPTIRIM

Kural olarak AsCK'da adli para cezası yaptırım olarak öngörülmemiştir. Bununla birlikte, AsCK'nın TCK'ya atıfta bulunmak suretiyle askerî suç hâline getirdiği suçlarda para cezası öngörülmüş olabilir. Örneğin AsCK md. 146 gereğince, silâhları ve cephanesi konusunda taksirle hareket ederek birinin yaralanmasına neden olan asker kişi hakkında taksirle yaralama suçuna ilişkin TCK m.89 uygulanacağından fail ya 'üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası' ile cezalandırılacaktır (TCK m.89/1). Bu konudaki takdir hakkı

hakime ait olup^[177] bu cezalardan birini tercih eden hâkimin bunun gerekçesini göstermesi gerekmektedir. Aksi durum bozmayı gerektirmektedir^[178].

AsCK m.146 uygulamasında suçun bilinçli taksirle işlenmesi mümkündür. Bu durumda, TCK m.61/3'ncü fıkrasında yer alan, 'suçun olası kastla ya da bilinçli taksirle işlenmesi nedeniyle indirim veya artırım, birinci fıkra hükmüne göre belirlenen ceza üzerinden yapılır' hükmüne göre ceza belirlenecektir. Bu hükme göre, önce m.61/1'e göre temel ceza belirlenecek, temel ceza üzerinden 22'nci maddenin 3'ncü fıkrasına göre üçte birden yarıya kadar artırım yapılacaktır^[179].

Yine TCK m.22/3'ncü fıkrası uyarınca taksirli bir suçta, bilinçli taksirin varlığının tek sonucu sadece cezanın artırılması olmayıp, aynı zamanda TCK m.50/4'ncü fıkrası gereğince suç faillerinin cezasının adli para cezasına çevrilmeyecektir^[180]. Zira TCK m.50/4 hükmüne göre, 'Taksirli suçlardan dolayı hükümlenen hapis cezası uzun süreli de olsa; bu ceza, diğer koşulların varlığı

[177] 'Usta asker olan sanığın taksirle ölüme sebebiyet vermek olayındaki davranışları, sadece tedbirsiz ve dikkatsiz davranmaktan ibaret olmayıp, bu konuda alınmış önlemlere ve verilen emirlere de aykırı davranmak şeklinde tecelli etmiştir. Ayrıca, olayın cereyanı esnasında kusur oranına etki edecek derecede olmasa bile müteveffadan kaynaklanan hiçbir hareket bulunmadığı dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Suçun işlenmesindeki bu özellikler dikkate alındığında, hapis cezasının para cezasına çevrilmemiş olmasında bir isabetsizlik yoktur' (As.Yar.DK., 22.04.1999, 1999/101-84 E.-K., Askeri Yargıtay Dergisi, S.13, Y.2001, s.617-619).

[178] '...Askeri Mahkemece gerekçesi gösterilmek suretiyle (TCK m.89/1'deki) bu seçimsiz cezalardan sadece birinin uygulanması ve somut olayda olduğu gibi hapis cezası takdir edilirken bunun tercih edilme gerekçesinin de gerekçeli kararda açıklanması gerektiği halde, bu hususta hiçbir gerekçe gösterilmemesi nedeniyle; seçimsiz ceza olarak hapis cezasının tercih edilip uygulanmasının hatalı olduğu, bu durumun mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olmasını düzenleyen Anayasanın 141/3, CMK'nın 34/1 ve 230'uncu maddelerine, keza 353 sayılı Kanun'un 207/3-G maddesi anlamında hukuka kesin aykırılık teşkil ettiği, uygulamaya ilişkin gerekçesizlik nedeniyle hukuka aykırı olan mahkûmiyet hükmünün usul yönünden bozulmasına karar verilmiştir' (As.Yar.3D., 06.03.2012, 2012/0327-0323 E.-K., TSK Net)

[179] '...Kanun koyucu, bilinçli taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunu taksirle ölüme sebebiyet vermek suçundan ayrı ve bağımsız bir suç tipi olarak düzenlememiş, yasal koşulları taşıdığı takdirde, taksirle ölüme sebebiyet vermek suçundan tertip edilen temel cezanın, TCK'nın 22/3'üncü maddesi gereğince artırılmasına imkân sağlamıştır. Sanığın sabit görülen taksirle ölüme sebebiyet vermek suçunun, yasanın öngördüğü bu kriterlere dayalı olarak cezai müeyyideye bağlanması ve bu işlemin ardından, yine, farklı gerekçelere yer vermek suretiyle, bilinçli taksirden dolayı TCK'nın 22/3'üncü maddesi gereğince ayrıca cezai artırımı gidilmesi gerekmektedir. Bu noktada; sanığın taksirle ölüme sebebiyet vermek suçundan mahkûmiyetine ilişkin gösterilen gerekçelerin, bilinçli taksirden dolayı artırım gerektiren hallerden ayrı ve bağımsız bir biçimde açıklanması ve dosya içeriğiyle bütünlük arz edecek biçimde somutlaştırılması zorunludur...' (As.Yar.2D., 12.07.2012, 2012/909-901 E.-K., TSK Net).

[180] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.349.

halinde, birinci fıkranın (a) bendine göre adli para cezasına çevrilebilir. Ancak, bu hüküm, bilinçli taksir halinde uygulanmaz'. TCK m.50/ 1(a) bendine göre, 'Kısa süreli hapis cezası, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre; Adli para cezasına' çevrilebilmektedir. Oysa taksirli bir suçun cezası uzun süreli (bir yıldan fazla) olsa bile adli para cezasına çevrilebilirken, bilinçli taksirle işlenen suçta hapis cezasının uzun süreli olması halinde hapis cezası TCK m.50/4'ncü fıkrası kapsamında paraya çevrilmesi mümkün olmayacaktır. AsCK m.146 uygulaması açısından TCK m.50/4 hükmü aynen geçerlidir.

Yine TCK'nın 52'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre, "Adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yedi yüzotuz günden fazla olmak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle..." adli para cezasının hesaplanacağı açıklanarak, 06.12.2006 tarihinde yapılan değişiklik sonucu TCK'nın 61'nci maddesine eklenen 9'ncü fıkrası ile "Adli para cezasının seçimlik ceza olarak öngörüldüğü suçlarda bu cezaya ilişkin gün biriminin alt sınırı o suç tanımındaki hapis cezasının alt sınırından az; üst sınırı da, hapis cezasının üst sınırından fazla olamaz" şeklinde cezanın alt ve üst sınırına sınırlama getirilmiştir. Bu hüküm AsCK m.146 uygulamasında seçimlik bir ceza öngören TCK m.89'a atıf yapılan hallerde uygulanacaktır. Bu kurala aykırı kararlar Askerî Yargıtay kararlarında bozma nedenidir^[181].

Yine şartları varsa AsCK m.146'daki suç faili hakkında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi mümkündür.

Bir diğer hususta müsadere konusudur. Müsadere bir şeyin mülkiyetinin devlete geçmesini sonuçlayan bir yaptırımdır^[182]. AsCK m.146'da suçun konusunu oluşturan silah ve cephanenin devlete ait olduğu durumlarda zaten müsadere söz konusu değildir. Ancak burada suçun konusu olan silahın askerî personele kanunlar gereği verilen zati silah olması halinde bu silahın müsadere edilip

[181] *'...Askerî Mahkemece; sabit görülen eylemin, silahı hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlik göstererek bilinçli taksirle yaralamaya sebebiyet vermek olarak vasıflandırılmasında herhangi bir isabetsizlik görülmemekle birlikte; ...06.12.2006 tarihinde yapılan değişiklik sonucu TCK'nın 61'inci maddesine eklenen 9'uncü fıkrası ile ...cezanın alt sınırına sınırlama getirilmiştir. Sanık hakkında müsnet suçtan ASCK'nın 146'ncı maddesinin atfıyla TCK'nın 89/1'inci maddesi gereğince temel ceza 90 gün adli para cezası olarak belirlenmiş ise de; sanık hakkında suç tarihi itibarıyla, TCK'nın 89/1 ve 52'nci maddeleri gereğince temel cezanın 5 gün adli para cezası olarak belirlenmesi gerekirken, 90 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verilmesi hukuka aykırı olduğundan hükmün bozulmasına karar verilmiştir'* (As.Yar.1D., 30.11.2011, 2011/0973-0961 E.-K., TSK Net).

[182] Özgenç, Gazi Şerhi, s.685.

edilmeyeceği söz konusu olabilir. 765 sayılı TCK'nın 36'ncı maddesinin^[183], yürürlükte olduğu dönemde işlenen suçun cürüm veya kabahat nevinden bir suç olmasının önemi bulunmaksızın suçta kullanılan eşya müsadere edilebileceği halde, Askerî Yargıtay kabahat nevinden suçlarda farklı gerekçe ile askerî şahsa kanun gereği verilen silahın müsadere edilemeyeceği yönünde karar vermekte idi^[184]. Ancak 5237 sayılı TCK'nın, 'Eşya müsaderesi' başlıklı 54/1'nci fıkrasında; 'İyiniyetli üçüncü kişilere ait olmamak koşuluyla, kasıtlı bir suçun işlenmesinde kullanılan veya suçun işlenmesine tahsis edilen ya da suçtan meydana gelen eşyanın müsaderesine hükümlen(acağı)' açıklanmıştır. Taksirle işlenebilen bir suç olan ASCK m.146'daki suçu zati tabancası ile işleyen suç faili asker bir şahsın silahı bu nedenle müsadere edilemeyecektir^[185].

Son olarak bu başlık altında tekerrür konusu açıklanmalıdır. Tekerrür TCK 58'nci maddesinde düzenlenmiş olup tekerrürün varlığı için üç şartın varlığı gerekmektedir. Bunlar failin daha önce mahkum olması (mahkumiyet şartı), sonra yeni bir suç işlemesi (ikinci bir suçun işlenmesi şartı), ve yeni işlenen bu suçun muayyen bir süre içinde işlenmiş bulunması (süre şartı) ^[186] şartlarıdır. TCK 58/1'inci maddeye göre "tekerrür hükümlerinin uygulanması için cezanın infaz edilmiş olması gerekmez". TCK'nın 58/4'nci maddesine göre, " Kasıtlı suçlarla taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanmaz." Böylece taksirli

[183] 765 sayılı TCK'nın mülga 36'ncı maddesi şöyledir: "Mahkûmiyet halinde cürüm veya kabahatle kullanılan veya kullanılmak üzere hazırlanan veya fiilin irtikabında husule gelen eşya filde methali olmayan kimselere ait olmamak şartıyla mahkemece zabt ve müsadere olunur.Kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması cürüm veya kabahat teşkil eden eşya bir ceza mahkumiyeti olmasa ve faile ait bulunmasa bile mutlaka zabt ve müsadere olunur. Taşınması memnu olmayan silahların ruhsatsız taşınması halinde de zabt ve müsaderesine hükümlenir."

[184] "...Sanık da İç Hizmet Kanunu 34/c maddesine göre hizmet dışında da silah taşıma yetkisine haiz olduğu gibi, 1468 Sayılı TSK.lerinde Astsubay Nasbedilenlere Giyecek ve Teçhizat verilmesi Hakkında kanuna 499 sayılı KHK ile eklenen Ek 1 nci maddeye göre, astsubay nasbolunanlara bir defaya mahsus olmak üzere ordu tipi tabanca verileceğinden, buna göre kendisine tabanca verilmiş kişidir. Nitekim, D.128'deki Siirt İl Jandarma Komutanlığı yazısında, 372367 nolu MAB marka 7.65 mm. tabancanın sanık J.Bçvş.M.B.'in şahsi tabancası olduğu belirtilmektedir. Astsubay olan sanık, hizmet içinde ve dışında kendisine verilen tabancayı taşıma hakkına sahip olduğundan, sanığa ait şahsi tabancanın T.C.K.nun 36/2 ve 6136 Sayılı Kanununun 13 ncu maddesi hükümlerine göre müsaderesi(nin) mümkün (olmadığına)' oyçokluğu ile karar verilmiştir (As.Yar.DK., 5.6.2003, 2003/58-57 E.-K., TSK Net).

[185] Yargıtay, taksirli suçlarda müsaderenin mümkün olmadığı görüşündedir. "Taksirli suçta müsadere hükmü uygulanamayacağı dikkate alınmadan, olayda kullanıldığından bahisle ruhsatlı av tüfeğinin müsaderesine hükümlenmesi bozmayı gerektirmiştir" (2.CD. 5.12.1989 tarihli, 11063/11715 sayılı kararı., Apaydın, s.102).

[186] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.942.

suçlarla kasten işlenebilen suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanamayacaktır. Elbette ki taksirli suçlar kendi aralarında tekerrüre esas olacaktır^[187].

TCK 58'nci maddesinde tekerrür halinde cezanın artırılmasına ilişkin sistem kural olarak kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, tekerrür halinde sonraki suça ait kanun maddesinde seçimlik olarak adli para cezası ile birlikte hapis cezası öngörülmüşse hapis cezası hükmolunacaktır (m.58/5). Ancak tekerrürün asıl sonucu tekerrür halinde ikinci suçtan dolayı hükmolunan cezanın mükerrirlere özgü infaz rejimine göre çektirilmesi ve ayrıca mükerrir hakkında cezanın infazından sonra denetimli serbestlik tedbirinin uygulanmasıdır (TCK m.58/6, 7)^[188].

Askerî suçlar bakımından da, TCK m.58'deki tekerrüre ilişkin koşullar aranacaktır. TCK m.58/4, sırf askerî suçlarla diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağını ifade etmektedir. Bundan, genel suçlar ile askerî suç benzerleri arasında tekerrür hükümlerinin uygulanabileceği sonucu çıkmaktadır^[189]. AsCK m.146, nitelik olarak taksirle işlenebilen askerî suç benzeri bir suçtur. AsCK m.146 ile, taksirle işlenebilen diğer askerî suçlar ya da genel nitelikte taksirli suçlar arasında tekerrür hükümleri uygulanabilir.

[187] Apaydın, s.103.

[188] Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.949.

[189] Kangal, s.202; Değirmenci, s.225.

SONUÇ

Genel nitelikteki ceza kanunlarının yanı sıra, asker kişileri ilgilendiren ayrı ceza kanunlarının gerekli olması orduların disiplininin sağlanabilmesi ile açıklanmaktadır^[190]. TCK m.85 ve 89 gibi hükümler varken AsCK'da 146'ncı madde gibi bir düzenlemeye ihtiyaç olup olmadığı bu anlamda sorgulanabilir. Öncelikle bu suça askerî bir suç niteliği veren özel unsurlar taşıyıp taşımadığı incelendiğinde suçun konusu ve taksir biçimlerine ilişkin kısıtlama dışında bir özelliği bulunmamaktadır.

Yukarıda açıklandığı üzere askerî bir suçun varlığı, asker kişinin bu sıfatı kalksa bile askerî mahkemede yargılanmayı gerektiren ilginin kesilmemesini gerektirecektir. Aradaki bu fark dışında failin doğrudan TCK m.85 ya da 89'dan yargılanması ile AsCK m.146 atfı ile yine aynı suçlardan yargılanması arasında bir fark bulunmamaktadır. Yine AsCK m.2'de 'Askerî şahısların askerî olmayan suçları için Türk Ceza Kanunu hükümleri tatbik olunur' hükmü uyarınca haklarında TCK hükümleri uyarınca askerî mahkemelerde yargılanmamaları açısından da herhangi bir sakınca yoktur. Kanaatimizce bu suç faillerinin askerî mahkemede ya da adli yargı makamlarınca yargılanıp yargılanmamasının o kadar büyük bir önemi bulunmamaktadır. Ancak yine de asker kişilerin silah ve cephane gibi konularında göstermiş oldukları taksirli eylemlerinin hem askerî bilirkişilik gerektirmesi ve disiplinin süratle tesisi açısından hem de bu konuda olaya müdahale eden yargı makamlarının konu üzerinde ihtisaslaşmış olmaları bakımından askerî yargı makamlarınca olayın değerlendirilmesi uygun olacaktır.

[190] Erman, s.1, Değirmenci, s.25.

KAYNAKÇA

Artuk Mehmet Emin/ Gökçen Ahmet/ Yenidünya Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 11.Baskı, Ankara 2011.

Apaydın Cengiz, ‘Taksirle Yaralama’ Ankara Barosu Dergisi, 2011/1.

Bal Kemal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara 2002.

Çelen Orhan, Notlu, açıklamalı, İçtihatlı, Örneklî Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanun ve Yönetmeliği, Askerî Ceza Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Disiplin Kanunu, Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 2013.

Değirmenci Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara 2013.

Duran Gökhan Yaşar, Askerî Disiplin Hukuku, 1.Baskı. İstanbul 2012.

DURAN Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010.

ERDEM Mustafa Ruhan, ‘Türk Ceza Kanununda Silah’, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2 (Haziran-Aralık 2003).

Erman Sahir, Askerî Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, 7.Bası, İstanbul 1983.

Hakeri Hakan Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara 2012.

KANGAL Zeynel T, Askerî Ceza Hukuku, 2.Baskı, Ankara, 2012.

KESKİN O.Kadri, Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma, Ankara1994, s.144.

Koca Mahmut/ Üzülmüş İlhan, Türk Ceza Kanunu (Genel Hükümler), 6.Baskı, Ankara 2013.

Özbakan, Hulusi, İçtihatlı, Gerekçeli, Notlu, Açıklamalı, Askerî Ceza Kanunu, Ankara 1990.

ÖZBEK Veli Özer/KANBUR Mehmet Nihat/ DOĞAN Koray/BACAĞIZ Pınar/ TEPE İlker, Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler, 3.Baskı, 2012.

Özgenç İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Ocak 2006, Üçüncü Bası.

ÖZTÜRK Bahri / ERDEM Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Yeni TCK’ya Göre Yenilenmiş 8.Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, s. 140

SAVAŞ Vural–MOLLAMAHMUTOĞLU Sadık, Türk Ceza Kanunu Yorumu, 1.Baskı, C.II, Ankara 1995.

Taşkın Rifat, Askerî Ceza Kanunu Şerhi, Ankara, 1941.