

**ASKERİ CEZA KANUNUNDA KENDİNİ ASKERLİĞE  
YARAMAYACAK HALE GETİRMEK SUÇU  
(AsCK m.79)**

*(The Crime of Making Yourself Useless For Military Service in the  
Military Criminal Law)  
(Military Criminal Code: 79<sup>th</sup> article)*

**Gökhan Yaşar DURAN\***

**ÖZET**

1930 tarihli Askerî Ceza Kanunu (AsCK)'nun 79'ncü maddesinde düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu ile askerlik yükümlülüğü ve bundan doğan askeri hizmetin yasanın öngördüğü herkes tarafından, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde zamanında yapılması ve devamlılığı teminat altına alınmaktadır.

Nitekim söz konusu maddede, kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızası ile bu hale getirenler cezalandırılmaktadır. Yine bu suç ile bağlantılı olarak müteakip AsCK 80'nci maddesinde, "79'ncü maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapanlar"<sup>1</sup> in da aynı ceza ile cezalandırılacakları öngörülmektedir. Bu nedenle aradaki bağlantı nedeniyle konumuz olan AsCK 79 yanında 80'nci maddesi de birlikte incelenecektir.

Suç faillerinin asker ya da sivil şahıs olmaları durumuna göre, bu suçtan dolayı yargılama merci belirlenecektir.

**Anahtar kelimeler:** Askerlik yükümlülüğü, Askerî hizmet, Askerlik çağı

***Abstract***

With the crime of making himself deliberately useless for military service which has been regulated in the 79<sup>th</sup> article of the Military Criminal Law in 1930, it is aimed to guarantee to execute on time the military service obligation and the permanence of military service arised from this obligation in accordance with the honest, fair and equality principles by all people determined by law .

\* Yrd. Doç. Dr., Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

As a matter of fact, in the above-mentioned article, the people at military age who mutilate yourself deliberately or make yourself useless for military services thus any are envisioned to be punished.

In the 80<sup>th</sup> article of the Military Criminal Law in relation with this crime, the people at military age who perform to the others deliberately the same acts written in the 79<sup>th</sup> article are envisioned to be punished with the same penalty. The 79<sup>th</sup> and 80<sup>th</sup> articles of the Military Criminal Law will be analysed together due to the connection between them.

The authority for judging this crime will be determined according to the perpetrator of the crime, for instance, whether the perpetrators and their accomplices are soldiers or civilians.

**Keywords** : Military obligation, Military service, Military age.

## I. GENEL BİLGİLER

Askerî Ceza Kanunu (AsCK) Üçüncü Bap, Dördüncü Fasal başlığı ("*Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek ve askerlikten kurtulmak için hile kullanmak*") altında üç tip suç düzenlenmektedir. Bunlardan AsCK 79 ("*Kendini askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası*") ve AsCK 80'nci ("*Başkasını askerliğe yaramayacak hale getirenlerin cezası*") maddeleri inceleme konumuzu oluşturacaktır.<sup>1</sup>

Kabul edilışinden itibaren herhangi bir değişiklik olmadan günümüze kadar gelen<sup>2</sup> AsCK 79'ncü maddesi şöyledir: "(1)*Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren bir seneden beş seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır.*(2)*Fiil her nevi askeri maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise suçlu yedi seneye kadar ağır hapis ile cezalandırılır.* (3) *Fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezasıyla cezalandırılır.*"

Yine orijinal düzenleniş metni gibi günümüze kadar aynen korunarak gelen AsCK 80'nci maddesinde ise 79'ncü madde ile bağlantılı olarak "*79'ncü maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan dahi aynı ceza ile cezalandırılacaktır*" hükmünü ihtiva etmektedir.

Madde metninde geçen, "*sakatlamak*" eylemi, Askerî Yargıtay kararlarında; vücudun herhangi bir parçasını, bedenden ayırmak veya şeklini bozmak suretiyle

<sup>1</sup> AsCK 79 gibi, Fransa'da 1857 ve 1928 tarihli kanunlardan sonra kabul edilen 2010 yılında önemli değişiklikler yapılan içinde askerî suçlar ile uygulanacak cezaların yanısıra, muhakemeye ilişkin kuralları da içeren 1965 tarihli Askerî Adalet Kanunu'nda (Code de Justice militaire) askerlik yükümlülüğüne ilişkin suçlardan kaçaklık, firar, firara tahrik ve firari askere yataklık dışında konumuz olan kendini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçuna da yer verilmiştir. Bu açıklama için bkz. Zeynel T., Kangal Askerî Ceza Hukuku, Ankara, 2010, s.30-31.

<sup>2</sup> Bu madde ile ilgili ayrıntılar için bkz. Fahrettin Demirağ, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000, s.79.

işlev yapamaz hale getirme olarak tanımlanmaktadır.<sup>3</sup> “Askerliğe yaramayacak hale” gelmek ise, askerlikle ilgili görevleri yapmaya kısmen veya tamamen engel teşkil eden durumların ortaya çıkması olarak kabul edilmektedir.<sup>4</sup>

Sakatlama sonucu, mükellefin kısmen askerlikten kurtulmasıyla suç oluşur. Failin beden kabiliyetini tamamen kaybetmesi şart değildir.<sup>5</sup> Fiilin sakatlamaya ve sanığın askerliğe elverişsiz hale gelmesine neden olup olmadığı kati sağlık raporu ile belirlenecektir.<sup>6</sup>

## II. KORUNAN HUKUKİ YARAR

Anayasamızın 72’nci maddesinde, askerlik bir vatan hizmeti olarak her Türk vatandaşının yapması mecburi bir hak ve ödev olarak öngörülmüştür. Yasal bir neden ya da engel olmadıkça hiç bir Türk vatandaşı, bu haktan yoksun bırakılamayacağı gibi, bu ödevi yapmaktan da ne kendisi kaçınabilir ne de alıkonabilir.<sup>7</sup>

Askerlik hayatı vatana tahsis edilmiştir. Bu nedenle, bu çerçevede kalan hususlar üzerinde hiç kimsenin takdir yetkisi yoktur. Bundan dolayıdır ki yasalar, bir kimsenin, kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmesini veya getirilmesini suç saymaktadır.<sup>8</sup> Yine bu yüzden askerî mevzuatta sıhhatin korunması hususu bile ayrıca her askerinin yerine getirmesi gereken genel görevleri arasında sayılmıştır.<sup>9</sup>

Doktrinde yine aynı biçimde, bu madde ile kendini sakatlamak suretiyle askerliğe yaramayacak bir hale getiren böylece askerlik hizmetinden kaçan kişilerin cezalandırmasının amaçlandığı açıklanmaktadır.<sup>10</sup>

Askerî Yargıtay’ın bazı kararlarında konu ile ilgili olarak şu açıklamalarda bulunulmaktadır: “Anayasanın 72’nci maddesinde vatan hizmetinin her Türkün hem

<sup>3</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 27.9.2001, 2001/79-76 EK. (Esas Karar) As.Yar.Der. (Askerî Yargıtay Dergisi), 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14.

<sup>4</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 27.9.2001, 2001/79-76 EK. (As.Yar.Der., 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14)

<sup>5</sup> Ergin Ergül, “Askerî Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu”, Askerî Adalet Dergisi, S.100, Eylül-1997, s.32; As.Yrg.Drl.Krl, 9.4.1965, 43/51 E-K (Nakleden:Hulusi Özbakan, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 1990, s.184)

<sup>6</sup> “Sanığın yaralanmadan mütevellit TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği hükümlerine göre askerliğe elverişli olup olmadığına dair kesin rapor temin edilmeden söz konusu suçtan sanık hakkında hüküm tesisi kanuna aykırıdır.” As.Yrg.5.D., 24.5.1989, 320/311 EK. (Askerî Yargıtay Kararlar Dergisi, S.8 Y.1992, s.92)

<sup>7</sup> Ergül, s.31.

<sup>8</sup> Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku, C. 1, 7. Bası, İstanbul 1983, s. 175.

<sup>9</sup> 211 Sayılı İç Hizmet Kanunu “UMUMİ VAZİFELER”i kapsamında 39/son fıkrasında; “Cumhuriyete sadakat, vatanını sevmek, iyi ahlaklı olmak, üste itaat, hizmetin yapılmasında sebat ve gayret, cesaret ve atılganlık, icabında hayatını hiçe saymak, bütün silâh arkadaşları ile iyi geçinmek, birbirlerine yardım, intizam severlik, yapılması men edilen şeylerden kaçınmak, sıhhatini korumak, sır saklamak her Askerin esas vazifesidir.”

<sup>10</sup> Bkz.Özbakan, s.184.

*hakkı hem de ödevi olduğu, bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya yerine getirilmiş sayılacağına Kanun'la düzenleneceği belirtilmiştir. Anayasada askerliğin hem hak hem de ödev olarak düzenlenmesi nedeniyle, askerlik hizmeti yükümlüsü olan bireylerin bu hizmetten kaçamayacakları gibi kendi iradeleriyle bunu temin edecek tasarruflarda da bulunamayacakları aşikardır.”<sup>11</sup> “Anayasal bir hak, aynı zamanda bir yükümlülük olan, vatan hizmeti ve Askerî menfaatler” yanında “askerlik hizmetinin yasanın öngördüğü herkes tarafından ve zamanında yapılması”<sup>12</sup> teminat altına alınmalı, “Anayasanın 72’nci maddesinde düzenlenen askerlik hizmetinin kanunlarda belirtilen usul ve esaslar dahilinde, dürüst, adil ve eşitlik ilkesine uygun bir biçimde yerine getirilmesi”<sup>13</sup> sağlanmalıdır.*

### III. SUÇUN UNSURLARI

#### A. Maddi Unsurlar

##### 1. Fiil

Yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında açıklandığı üzere, ASCK’nın 79’ncu maddesinde düzenlenen, “*Kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmek*” suçunun maddi unsuru, “*Asker kişinin kendisini kasten sakatlaması veya herhangi bir suretle kısmen veya tamamen kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirmesi veya getirtmesi*” dir.<sup>14</sup>

Hareketin şekline göre, bu suç ancak failin ya da başkasının icrai hareketleri sonucu vücut üzerinde yaralama veya sakatlama şeklinde tarif edilen yöntemlerle işlenebilmektedir.<sup>15</sup> İhmali hareketlerle, failin ya da başkasının taksirli eylemleri sonucu ortaya çıkan sakatlama ya da yaralanma eylemleri bu suç kapsamı dışındadır. Başkasının asker bir kişiyi taksirle yaralama eylemleri ancak Türk Ceza Kanunu (TCK) genel hükümleri kapsamında taksirle yaralama suçunun (TCK m.89) konusu olabilir.

Hareketin önemine göre ele alındığında, AsCK 79 ve 80’ncü maddelerinde düzenlenen suçlarda yaralama ve sakatlama gibi neticeler doğuran eylemler, suç tipinde herhangi bir eyleme bağlı olmadan icra edilebilir. Diğer bir deyişle, gerek AsCK 79 gerekse 80’nci maddelerinde hareketin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmediğinden, bu suçlar *serbest hareketli* suçlardır.

Askerî Yargıtay kararlarında; “*Nöbet esnasında taşıdığı silah ile kendini sağ el işaret parmağı ve sağ ayak bileğinden kasten sakatlayan*”<sup>16</sup>, “*Daha evvelce*

<sup>11</sup> As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 (TSK Net)

<sup>12</sup> As.Yar.DK., 13.05.2010, 2010/48-44 EK. (TSK Net)

<sup>13</sup> As.Yar.DK., 27.10.2011, 2011/93-97 EK; As.Yar.DK., 21.6.2012, 2012/91-87 EK.(TSK Net)

<sup>14</sup> As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37 (TSK Net)

<sup>15</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 25.09.2003, 2003/73-67 EK. (As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.205-207)

<sup>16</sup> As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

*bir kere kıt'asından fırar edip babası tarafından birliğine teslim edilen, son kez de izin deyken sırf askere gitmemek için balta ile sol el parmaklarını kesen*<sup>17</sup>, *"namlunun ucunu koyduğu sol el avuç içine bir el ateş eden"*<sup>18</sup>, *"Aritma-2 Merkezi Filtre Dairesinde bir miktar tiner kokladıktan sonra, orada bulunan bir keser ile sağ el 5'nci (serçe) parmağına vurup kemik kırığı oluşacak şekilde kendi kendini yarala(yan)"*<sup>19</sup>, *"ben buralarda kalamam hava değişimine giderim"* şeklinde sözler sarf ederek. *garajdan aldığı bahçıvan makasıyla bilinçli bir şekilde parmağını kes(en)*<sup>20</sup> suç faillerinin eylemleri bu türden eylemlerdir.

AsCK 79 ve 80'nci maddelerinde yazılı suçlar, hareketin yapılmasıyla tamamlanan *"ani suçlar"* kategorisinde neticeli suçlardır. Zira kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçunun maddi unsurlarının oluşumu için öncelikle suç konusu fiilin askerlikten kurtulmak sonucunu doğurması veya hiç olmazsa böyle bir sonucu meydana getirmeye elverişli olması gerekir<sup>21</sup>. Nitekim Askerî Yargıtay kararları da bu doğrultudadır.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> As.Yar.5D. 16.2.1988, 130/115 EK.

<sup>18</sup> "...28.08.2005 tarihinde 13.30-15.30 saatleri arasında nizamiye nöbetçisi iken saat 14.15 sularında kendisine zimmetli olan 67 M 3081 seri numaralı Kaleşnikof marka piyade tüfeğini tam dolduruş pozisyonuna getirdiği, kurma kolu çekilmesi sesini duyan şubede görevli diğer askerlerin dışarı çıktığı, Çuş. Y.K.'nin "ne oldu" diye yanına yaklaşmaya çalıştığı, sanığın "komutanı çağırın" diye bağırdığı, misafirhanede bulunan ve gürtlüler üzerine dışarı çıkan Askerlik Şubesi Başkanı Atğm. M. O.B.'nin "durun, sakın olun" diyerek merdivenlerden aşağı inmeye başladığı sırada, sanığın namlunun ucunu koyduğu sol el avuç içine bir el ateş ettiği ve silahı yere attığı, önce Idil Devlet Hastanesine, oradan da Şırnak Asker Hastanesine sevk edildiği, yaralanma sebebiyle elinde kırık olduğu, hayatı tehlikesinin bulunmadığı ve halen askerliğe elverişli olduğu, eylemi sebebiyle 85 Ykr. hazine zararının meydana geldiği, bu suretle de müsnet suçu işlediği kabul edilerek kurulan hükümde; usûl, sübut ve vasıf yönlerinden isabetsizlik bulunmamaktadır." Bkz.As.Yar.2D., 08.10.2008, 2008/2127-2229 EK. (As.Yar. Der., S.22, Y.2009, s.38-39)

<sup>19</sup> As.Yar.DK., 27.04.2012, 2012/0593-0567 EK.(TSK Net)

<sup>20</sup> As.Yar.4D., 10.01.2012, 2012/21-08 EK. (TSK Net)

<sup>21</sup> Özbakan, s. 184.

<sup>22</sup> "Sanığın, 25.09.2009 tarihinde 46 numaralı kule nöbet bölgesinde 14.00-18.00 saatleri arasında P.Er İ. Ç. ile birlikte nöbetçi olduğu, nöbete gitmeden önce Karakol Komutanlığına vekalet eden Astsb. Üçuş. V. 'in sanığı yanına çağırarak rotasyon kapsamında başka karakola gideceğini söylediği, bu habere üzülen ve sıkıntı içerisine giren sanığın, nöbet başladıktan yaklaşık 45 dakika sonra yerde bulunduğu bir cam parçası ile her iki kolunu çizmeye başladığı, durumun bildirilmesi üzerine, doktora sevk edildiği, her iki kolda ve ön kolda çok sayıda kesici aletle oluşmuş deri, deri altı dokularını kapsayan kesilerden dolayı pansuman yapıldığı, psikiyatri polikliniğine sevkinin uygun görüldüğü (Dz.15) maddi vakalar olarak anlaşılabilir olup, askeri mahkemenin kabulünün de bu yönde olduğu görülmektedir. Suçun maddi unsuru itibarı ile oluşabilmesi için, öncelikle failin kendini askerliğe yaramayacak bir hale getirmeye, kendini bu derecede sakatlamaya, böyle bir neticeyi meydana getirmeye elverişli nitelikte bir hareketinin bulunması, ...gerekmektedir. Sanığın cam parçası ile her iki kolda yüzeysel sayılabilecek mahiyette kesi izleri açtığı, pansumanının yapıldığı, sıyrık niteliğindeki bu tür bir yaralanmanın bir kimseyi askerliğe yaramayacak hale getirmeyeceği, böyle bir neticeyi meydana getirecek derecede bir sakatlığa yol açmayacağı açıktır..."As.Yar.3D., 08.05.2012, 2012/0631-0623 EK. (TSK Net); "... Sanığın, 8.8.2010 tarihinde 09.00-11.00 saatleri arasında cephanelik nöbetine gitmeden önce altı adet dikeş iğnesi yuttuğu, nöbet esnasında rahatsızlanması nedeniyle durumu beraber nöbet tuttuğu

AsCK 79'da netice “*askerliğe yaramayacak bir hale gelmek*” ya da “*her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmek*” olup bu neticenin icra hareketi tamamlanır tamamlanmaz meydana gelmesine gerek yoktur. Netice icra hareketi tamamlandıktan bir süre sonra da meydana gelebilir<sup>23</sup>.

Askerî bir suçun temel şekli serbest hareketli bir suç olmasına karşın, nitelikli hâli *bağlı hareketli* bir suç olabilir<sup>24</sup>. AsCK 79'un netice nedeniyle daha ağır hali olan AsCK 79/2'nci fıkrası serbest hareketli bir suçun neticesinin ağırlaşmış nitelikli bir halidir.<sup>25</sup> Yine AsCK 79'ncu maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen suç ani suç olduğu halde, ikinci fıkrasındaki suç netice suçudur. Zira ikinci fıkrada fiile değil neticenin ağırlığına ceza verilmektedir<sup>26</sup>.

## 2. Netice/Nedensellik Bağlantısı

Kendisini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu, “*hareket ile neticenin yer ve zaman veya zaman ve nedensellik bağı bakımından birbirinden ayrılabilirdiği*”<sup>27</sup> tamamlanması bakımından neticenin gerçekleşmesine ihtiyaç duyan “*neticeli bir suç tipi*”dir.

Zira bu suçun oluşumu için icra hareketi olan yaralama veya sakatlama sonucunda kanunkoyucu ayrıca failin tamamen ya da kısmen askerliğe yaramayacak hale gelmesi neticesini aramıştır.

*arkadaşına söylediği, bunun üzerine hastaneye kaldırıldığı, burada yuttuğu dikiş iğnelerinin gaita marifetiyle atılmasının sağlandığı, dosyada mevcut delillerden maddi vaka olarak anlaşılmalıdır... Objektif olarak, söz konusu eylemin, kısmen veya tamamen şahsın askerliğe yaramayacak hale gelme sonucunu doğurmaya elverişli olup olmadığı, ...araştırılması gerekmekte ise de; somut olayda, sanığın kendini sakatlama kastıyla hareket ettiğine dair hiçbir delil bulunmamaktadır.”As.Yar.4D., 26.06.2012, 2012/800-758 EK. (TSK Net)*

<sup>23</sup> Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011, s.268.

<sup>24</sup> “*Serbest hareketli askerî bir suç olan amire veya üste fiilen taarruz suçunun “silâhli olarak veya bir hizmet esnasında veya toplu asker karşısında veyahut silâh ve tehlikeli bir alet ile” işlenmesi şeklindeki nitelikli hâli bağlı hareketlerle gerçekleştirilebilmektedir.(AsCK m. 91)” Bkz.Kangal, s.79.*

<sup>25</sup> “*Askerî suçu tanımlayan suç tipinde hareketin yapılaş tarzı açıkça gösterilmemişse, serbest hareketli askerî bir suç sözkonusudur. Örneğin AsCK m. 79'da düzenlenen kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme suçunda hareketin nasıl yapılacağı konusunda herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Bu suç tipinde kendini sakatlama veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hâle getirme ifadesi yer aldığından, bu suç serbest hareketli askerî bir suçtur.” Bu açıklama için bkz. Kangal, s.79; Buna karşılık AsCK 79 ile ilgili bir Askerî Yargıtay kararında aksi yönde bir görüşle şu açıklamada bulunulmuştur: “...Suçun oluşması için bireyin hareket tarzları sınırlı olarak sayılmamıştır. Bireyin neticeyi doğurabilecek mahiyette olan ve madde metninde belirtilen eylemlerden sadece birisini gerçekleştirmesi yeterli bulunmaktadır. Bu nedenle suç seçmlik hareketli bir suç görünümündedir. Maddede sayılan eylemlerin başariya ulaşması durumunda suç oluşacaktır.” Bkz.As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833EK. (TSK Net)*

<sup>26</sup> Olcay Mis, Açıklamalı, İçtihatlı, Askerî Ceza kanunu, İstanbul, 1976, s.135; Benzer görüş için bkz. Ergül, s.34.

<sup>27</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.274.

Ancak bu neticeden faili ya da başkasını sorumlu tutabilmek için neticenin fail ya da başkasının fiilinden kaynaklandığı diğer bir deyişle, hareket ile netice arasında nedensellik bağının (*sebep-sonuç*) ilişkisinin ortaya konulması gerekecektir. Bu bağın tespiti özellikle neticeli suçlarda önem arz ettiğinden, sadece neticenin gerçekleştiğinin tespiti yeterli olmayıp ona neden olan fiilinde tespiti gerekecektir<sup>28</sup>.

### 3. Fail / Mağdur

AsCK 79/1'nci fıkrasında, bu suçun faillerinin “*kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren*” ya da “*kendi rızasıyla*” getirenler olduğu açıklanmaktadır.

Bu suç kanatimizce tıpkı AsCK 81'de olduğu gibi askerlik çağı<sup>29</sup> içinde bulunan herkes tarafından işlenebilir. Bu durumda bu suçun failleri kıt'asına henüz katılmayan yoklama döneminde bulunan her sivil erkek Türk vatandaşı (1111 SK. m.2/1)<sup>30</sup> olabilir. Nitekim bu suçun sivil şahıslar tarafından da işlenebileceği AsCK 192'nci maddesinde açıklanmaktadır. Maddeye göre, kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçu, bir sivil kişi tarafından işlense dahi, fail hakkında adli yargılama mercileri tarafından AsCK 79'ncü maddesine göre işlem yapılacaktır.

Yine bu suç kıt'aya katıldıktan sonra muvazzaflık hizmetini yerine getiren “*asker şahıslar*”<sup>31</sup> tarafından da işlenebilir. Ancak bu askerî şahıslardan “*askerî öğ-*

<sup>28</sup> Artuk, Gökçen, Yenidünya, s.275.

<sup>29</sup> “*Askerlik çağı her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir sene sürer. (1111 SK. m.2/1) Askerlik çağı, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır.(1111 SK. m.3) Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcından kıtaya katılmaya kadardır.(1111 SK. m.4/1)*

<sup>30</sup> “*Mülteciler ve Türkiye Cumhuriyeti uyruğunda olmayanlar asker edilmezler.*” (1111 SK.m.10/4 A-12)

<sup>31</sup> Askerî hukuk mevzuatında, asker kişilerin kimler olduğu konusunda dağınık halde birçok hükme rastlamak mümkündür. Örneğin;İç Hizmet Kanunu 2'inci maddesine göre, Asker, “*Askerlik mükellefiyeti altına giren şahıslarla (Erbaş ve erler) özel kanunlarla Silâhlı Kuvvetlere intisap eden ve resmî bir kıyafet taşıyan şahsa denir*”; AsCK 3/1'inci fıkrasında ise, “*Askerî şahıslar; Mareşalden asteğmene kadar subaylar, astsubaylar, Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel, uzman jandarma, uzman erbaş, sözleşmeli erbaş ve er ile erbaş ve erler ile askerî öğrenciler*” dir; AsYUK 10/A maddesinde ise, “*A) Muvazzaf 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 Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel, D) Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler, E) Rızası ile Türk Silâhlı Kuvvetlerine katılanlar*” ın bu Kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı hükme bağlanmıştır. AsCK 3'üncü maddesinde yedek askerler Askerî şahıslar arasında sayılmamışken, AsCK 4. maddesi ile AsYUK 10/B bendinde “*yedek askerlerin*” Askerî hizmette buldukları sürece Askerî ceza kanunu hükümlerine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır. Bu anlamda AsCK 3'üncü maddesindeki eksikliğin AsCK 4'üncü maddesi ve AsYUK 10/B bendi ile tamamlandığı söylenebilir. Doktrinde AsCK 3.'üncü maddesindeki asker şahıs tanımının bu manada eksik olduğu açıklanmıştır. ( Orhan Çelen, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 2001, s.31)

renci” statüsünde bulunan, lise, orta ve eşidi okullar askerî öğrencilerinin, henüz askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle AsCK 79’daki suçun faili olmaları kanaatimizce mümkün değildir.<sup>32</sup>

Askerlik çağı içinde, yedeklik döneminde bulunan “ihtiyat (yedek) askerî şahıslar”ın yeniden askerlik hizmetine çağrılmaları mümkündür. Bunlar askerî hizmetlerde buldukları müddetçe AsCK hükümlerine tabidir.(AsCK m.4; 353 SK m.10/B) İhtiyat (yedek) askerî şahısların kıtasına katılmakla bu suçun asker faili olabilecekleri gibi kıtaya katılmamak için kendilerini sakatlamaları halinde sivil şahıs olarak da bu suçun faili olmaları kanaatimizce mümkündür.<sup>33</sup>

AsCK 79’ncu maddesinde düzenlenen suç faillerinin, asker ya da sivil şahıs olabilmeleri gözönüne alındığında, bu suç “sırf askerî suçlar”<sup>34</sup> kategorisinde değildir. Nitekim AsCK Ek madde 8/2’nci fıkra düzenlemesinde de bu suçun sırf askerî suç olmadığı açıklanmaktadır. Yine AsCK 80’de “79’ncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan” kişilerinde, AsCK 79’daki suç failinin eşidi rütbede bir asker kişi olabileceği gibi, astı ya da üstü asker kişi ya da sivil bir kişi olmaları mümkündür.

Askerî suç doktrinin de, “asker olmayan kimseler tarafından da işlenmesi mümkün olup, Askerî bir menfaati korumak gayesini güden, bütün veya bir kısım unsurları ile genel Ceza Kanununda öngörülen ve Askerî Ceza Kanunları tarafından ayrıca belirtilen veya yapılan atıf dolayısıyla bu kanunların uygulama alanı içine alınan suç” askerî suç benzerleri olarak tanımlanmaktadır.<sup>35</sup> Bir suçun askerî suç benzeri olabilmesi için hukuki konusunun askerî bir yararın korunması şeklinde belirlenmesi

<sup>32</sup> “Lise, orta ve eşidi okullar Askerî öğrencilerinin askerlik mükellefiyeti altına girmemiş bulunmaları nedeniyle sırf Askerî nitelikteki firar suçunu işleyemeyeceklerini, okuldan izinsiz ayrılmamaları konusunda kendilerine emir verilmiş olsa dahi bu emrin hizmete taalluku bulunmaması nedeniyle eylemlerinin emre itaatsizlik suçunu da teşkil etmeyeceği...” Bu açıklama için bkz.As.Yar.İBK., 15.11.1975 1975/2-5 EK (TSK Net)

<sup>33</sup> Erbaş ve erler bakımından yedeklik devri, muvazaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadardır. Askerlik çağı kişinin 41 yaşına girdiği yılın 1 Ocak tarihinde biter.(1111 SK. m.7, 2). Böylece muvazaflık hizmetini erbaş veya er olarak tamamlayan kişi bu yaşa kadar yedeklik evresinde bulunur. Subaylar ve astsubaylar bakımında yedeklik devri, emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu’nun 40’nci maddesinde gösterilen yaşları doldurdukları tarihte sona erer (1076 SK.m.22; 926 SK. m.107). Uzman jandarmaların yedeklik dönemi emeklilik, istifa veya yetersizlik nedeniyle orduyla ilişkilerinin kesildiği tarihten başlayıp, 61 yaşında sona erer. (3466 SK. m.7) Uzman erbaşlar ise, yedeklik dönemleri bakımından 1111 sayılı Askerlik Kanunu’na tabidirler. (3269 SK.m. 6/3)

<sup>34</sup> Sırf askerî suçun TCK ya da AsCK ya da herhangi bir mevzuatta tanımı yapılmamış olmakla birlikte, doktrinde kabul edilen tanıma göre; bir asker kişi tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenip de sivil kimseler tarafından işlenmesi mümkün olmayan ve genel Ceza Kanunda ne kısmen ve ne de tamamen öngörülme suçlar sırf askerî suçlar olarak tanımlanmaktadır. Sırf Askerî suçların unsurları için bkz.Sahir Erman, Askerî Ceza Hukuku, İstanbul, 1983, s.151.

<sup>35</sup> Erman, s.151.



şarttır.<sup>36</sup>AsCK 79 ve 80'nci maddelerindeki suçlar, faillerinin asker ya da sivil şahıs olabilmesi ve suçun hukuki konusunun askerî bir menfaati koruması nedenleriyle nitelik olarak “*askerî suç benzeri*” dir.<sup>37</sup>

AsCK 79'daki suçun mağduru kendini kasten sakatlayan kişi olmayıp, milli savunma gücü zafiyete uğratılan Devletin kendisidir.

#### 4. Suçun Nitelikli ve Ağırlaşmış Halleri

##### a. Netice Nedeniyle Cezanın Ağırlaştırılmış Hali (AsCK m.79/2)

AsCK 79/1'nci fıkrasında, “*kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramıyacak hale getirenler*” hakkında cezai müeyyide getirilmiş, ikinci fıkrada ise; sakatlama veya askerliğe yaramıyacak hale getirme eylemi sonunda “*her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi*” öngörülmüş, yani bu hal birinci fıkranın vasıflı hali kabul edilerek müeyyidesi, birinci fıkraya göre ağırlaştırılmış, hapis cezası yerine ağır hapis cezası getirilmiştir.

1111 Sayılı Askerlik Kanununun 28'inci maddesi 27.7.1970 tarihinde 1315 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce<sup>38</sup>, son yoklamaları yapılanlar sağlam, arızalı sağlam, sakat ve çürük olarak dörde ayrılmakta ve sakatlar kısa hizmete tabi tutulmakta iken anılan Kanunla askerliğe alış biçimi yeniden saptanarak, askerliğe elverişli olanlar ve askerliğe elverişli olmayanlar tefriki yapılmış, bu ayırım esas alınmak suretiyle de Beden Kabiliyeti Yönetmeliği düzenlenmiş, bu yönetmelik daha sonra TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği (SYY)<sup>39</sup> olarak değiştirilmiştir.

<sup>36</sup> Erman, s.157.

<sup>37</sup> Erman, s.90.

<sup>38</sup> “*Son yoklamaları yapılan kimseler Türk Silahlı Kuvvetleri Beden Kabiliyeti Yönetmeliğine göre ikiye ayrılırlar.1. Askerliğe elverişli olanlar, 2. Askerliğe elverişli olmayanlar. Askerliğe elverişli olmayanlar asker edilmezler. Askerliğe elverişli olup olmadıklarının tespiti için yoklama kurullarınca, bir hastane sağlık kurulu muayenesine gönderilmelerinde zaruret görülenlerin, yönetmelikte tespit edilecek esaslara göre yol ve işe masrafları Devletçe ödenir. Yoklamaları yapılanlar, askerliğe elverişli olanlar veya askerliğe elverişli olmayanlar olarak ikiye ayrılırlar. Askerliğe elverişli olmayanlar asker edilmezler.*” (1111 SK.m.28)

<sup>39</sup> “*Türk Silahlı Kuvvetlerinde görevli Askerî ve sivil personel ile askerlik görevi ile yükümlü vatandaşların Silahlı Kuvvetlerdeki görevlere uyarlık bakımından sağlık yeteneklerini tesbit etmek ve barışta ve savaşta yapılacak sağlık işlemlerini düzenlemektir.*” (TSK SYY. m.1); Yönetmeliğin, “*Askerliğe Elverişli Olmayan Erler Hakkında Yapılacak İşlem*” başlıklı 15'inci maddesinde; “*Askere alındıktan sonra asker hastanelerinin sağlık kurullarından “Askerliğe Elverişli Değildir” kararı alan erler, raporlarının onaylanmasını beklemek üzere bu hastaneler tarafından yerli kayıtlı bulunduğu askerlik şubesi emrine gönderilir. Ayrıca durum silah altında bulunanların birliklerine duyurulur. Terhis işlemleri, raporları ilgili makamlarca onaylanıp askerlik şubesine geldikten sonra ilgili yönergeye göre yapılır. “Askerliğe Elverişli Değildir” kararı alanlar gerektiğinde ilgili makamlarca yeniden asker hastanelerinin sağlık kurullarına muayeneye gönderilerek alacakları son rapor kararına göre, ilgili yönerge gereğince işlem görülür. “Askerliğe Elverişli Değildir” kararı alanlar emsalinin kanunda yazılı yaş sınırı dışına çıkma tarihine kadar Milli Savunma Bakanlığınca gerektiğinde tekrar muayene ettirilerek alacakları son rapor kararına göre işlem görülür*” düzenlemesi yer almaktadır.

1111 Sayılı Askerlik Kanunu'nun 28'nci maddesi 27.7.1970 tarihinde 1315 Sayılı Kanunla değişikliğe uğramadan önce AsCK 79/1'deki "sakatlama", "askerliğe yararıyacak hale getirmek" ve 79/2'deki "her nevi askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi" terimleri ayrı anlamları, ayrı durumları içermekteydi.<sup>40</sup>

Ancak gerek 1111 Sayılı Askerlik Kanununun 28'nci maddesinin, dolayısıyla da SYY'nin düzenlenmesi esnasında AsCK'nun 79'ncü maddesinin (birinci ve ikinci fıkralarında yazılan hallerin) tümü AsCK 79'da gözönüne alınmamış, başka bir ifade ile bu haller için açık ve seçik bir düzenleme yapılmamıştır. Bunun neticesi olarak da bazı hallerde 79'ncü maddenin bir ve ikinci fıkraları aynı durumları kapsar bir hale dönüşmüştür.<sup>41</sup>

Bugün uygulamada iddia konusu eylemin AsCK 79/2'ye göre sanık lehine olan AsCK'nun 79/1'nci maddesi kapsamına girdiği kabul edilerek uygulama yapılmasının adalete uygun olacağı kabul edilmektedir.<sup>42</sup> Askerî Yargıtay kararları da bu yöndedir.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK. "Muhalefet Gerekçesi"

<sup>41</sup> Bu açıklama için bkz. As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

<sup>42</sup> As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK; Karara Muhalefet gerekçesinde; "79/1'deki "sakatlama", "askerliğe yararıyacak hale getirmek" ve 79/2'deki "her nevi Askerî maksatlar için çalışma kabiliyetinin mahvedilmesi" istihlaları ayrı anlamları, ayrı durumları içermektedir. Sanık hakkında düzenlenen rapor içeriğine göre eylemin As. C.K. nun 79'ncü maddesinin ikinci fıkrasında yazılı suç oluşturduğunda tereddüt bulunmamaktadır. 1111 Sayılı Askerlik K. nun 28'nci maddesi ile Sağlık Yeteneği Yönetmeliğinin düzenlenmesi sırasında yukarıda sözü edilen istihlaların göz önüne alınmayışının neticeye müessiriyeti bulunmamaktadır. Sanık hakkında İstanbul Deniz Hastanesi tarafından düzenlenen kati rapordan; sanığın askerliğe elverişli olmadığı ve bastonla topallıyarak yürüyebildiği anlaşılmaktadır. Esasen idari bir kanun düzenlenirken veya değiştirilirken buna paralel ceza alanındaki hükümlerinde mutlak suretle değiştirileceğine dair bir kuraldan söz edilemeyeceği izahından varestir. Belirtilen sebeplerden ötürü iddia konusu eylemin As. C.K. nun 79/2 maddesi kapsamında olması, zaman aşımı süresinin de geçmemiş bulunması kargısında esasa girilerek inceleme yapılması gerekirken, eylemin As. C.K. nun 79/1 maddesi kapsamına girdiği görüşüyle kamu davasının ortadan kaldırılmasına yönelik çoğunluk kararına karşıyız." As.Yar.DK., 02.07.1987, 1987/111-121 EK.

<sup>43</sup> "...T.S.K.Sağlık Yetenek Yönetmeliğinin eki olan açıklamaların (II) nci maddesinde, yükümlü er ve erbaşlara hastalık ve arızalar listesinin uygulanması başlıklı bölümde, tüm hastalık ve arızalar askerliğe uyarlık açısından yönetmelik kapsamına alındığı, hastalık ve arızalar listesinde her madde hastalık ve arızaların ağırlık derecesine göre A,B,C,D dilimlerine, dilimler de fıkralara ayrıldığı, (A) dilimlerinde askerliğe elverişli olan hastalık ve arızalar, (B) ve (D) dilimlerinde askerliğe elverişli olmayan hastalık ve arızaların toplandığı, (C) dilimlerinde; A,B,D dilimlerinde toplanan hastalık ve arızaların tedavi ve nekahat hallerinde geçici olarak askerliğe elverişli olmayan durumların belirtildiği, (D) dilimlerinde barış ve savaşta sürekli olarak askerliğe elverişli olmayan, (B) dilimlerinde barışta askerliğe elverişli olmayan, ancak savaşta gereksinme duyulduğu zaman askerliğe alınabilecek durumların belirtildiği görülmektedir. Bu duruma göre, T.S.K.Sağlık Kurulu Raporunda (Dz.78) "sol femur kırık ameliyatlısı" teşhisi ile B/59 F 4 askerliğe elverişli değildir" kararı verilen sanık hakkında, müsnet eyleminin her nevi Askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş olduğunu söylemek mümkün değildir. Sanığa müsnet olayda askerliğe elverişli olmayan hastalık ve arızalar olarak sağlık kurulu raporunda (B) dizisinde olduğu belirtilmiştir. Sanığa müsnet eylemin TSK Sağlık Yetenek Yönetmeliğinin hastalık ve arızalar listesinin madde 59/B-4'e uyacak şekilde askerliğe elverişsiz hale gelmesine, buda barışta askerliğe elverişli olmayan, savaşta gereksinme duyulduğu zaman askerliğe

### **b. Seferberlik Hali (AsCK m.79/3)**

Seferberlik ve düşman karşısı tabirleri AsCK'da şöyle açıklanmaktadır: AsCK'na göre seferberlik tabiri ile kast olunan harp halini ihtiva eden seferberliktir. (AsCK m.7/1-A, m.8/1) *Seferberlik, ordunun veya bazı kısımlarının seferber olmasını âmir olan emirde yazılı ve muayyen tarihten başlayarak ilgasını mübeyyin neşrolunan emirde yazılan tarihte biten haldir. Hazarda Türkiye Cumhuriyeti hudut ve kara suları dışında yalnız dahi seyri hareket eden her harb tayyare ve harb gemisi üsülharekelerinden birine varıncaya kadar bu kanunun tatbikatında seferber sayılır.* (AsCK m.8/2,3)

*“Seferberlikte düşman ile müsademeyi intizaren emniyet hizmetleri tatbik ve ifa olunmağa başladığı zamandan itibaren bu müsademeye memur kıta, gemi, tayyare düşman karşısında sayılır.”* (AsCK m.9) *Silahlı eşkıya düşman sayılır.* (AsCK m.10)

AsCK 79/3'üncü fıkrasında, barış zamanı dışında fiilin seferberlikte ya da düşman karşısında yapılması ağırlaştırıcı neden sayılmaktadır.

### **c. AsCK 51'deki Artırım Nedenleri**

AsCK'da, *“cezanın arttırılması icabeden sebepler”* 51'nci maddede, *“cezanın nasıl arttırılacağı”* konusu ise, AsCK 50'nci maddesinde düzenlenmiştir.

AsCK 51'nci maddesi şöyledir: *“Bu kanunda hususi bir hüküm tâyin edilmemiş oldukça aşağıdaki haller her halde cezanın arttırılmasını muciptir. A) Madunlarla birlikte bir suçtu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek; B) Suç silâhın veya resmi nüfuz ve salâhiyetin suiistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak; C) Suç müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmek”* hükümleri yer almaktadır. Ancak bu artırım nedenleri sadece askerî ceza kanununa tabi şahıslar bakımından uygulanabilir. Suçun failinin sivil şahıs olması halinde AsCK 51'nci maddesinin uygulanma ihtimali yoktur.

AsCK 50'nci maddesi ise, *“Bu kanunda bir suç için şahsi hürriyeti tahdit eden bir cezanın arttırılacağı yazılı olan yerlerde mezkûr ceza mevzuubahis cürüm için muayyen olan cezanın iki misline kadar çoğaltılabilir. Şu kadar ki ceza o cürüm için kanunda yazılı âzami haddi geçemez”* şeklinde düzenlenmiştir.

AsCK 80'nci maddesinde 79'ncü maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan kişi askerliğe elverişsiz hale getirilen kişinin bir üst ya da amiri olabilir. Ancak AsCK 51/1-A bendine göre üst ya da amirin cezasında bir artırım yapılabilmesi için AsCK'da özel bir düzenleme olmaması gerekir. Oysa bu suç AsCK 80'de özel olarak düzenlendiğinden ayrıca madununun suçuna iştirak eden üst ya da amirin

*alınabilecek durum olarak belirlenmesi karşısında; Askerî Mahkemece hüküm kurulurken “Kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek” suçundan As.C.K.nun 79/2 nci maddesinin uygulanması kanuna aykırı görülmele, sanık hakkında kurulan hükmün suç vasfının tayinindeki isabetsizlikten bozulması gerekmiştir.”* As.Yar.2D., 29.3.2006, 2006/453-445 EK. (As.Yar.Der., S.20, Y.2007, s.79-81)

cezasında bir artırıma kanaatimizce gerek olmayacaktır. AsCK 80'nci maddede suçun failinin AsCK 79'daki suçun failinin üstü ya da amiri olması durumunda AsCK 79'daki suçun faili ile aynı cezayı alacaktır.

Diğer husus, AsCK 51/1-B'deki artırım için, suçun silâhın veya resmi nüfuz ve salâhiyetin suiistimali suretiyle, hizmetin ifası esnasında yapılması gerekmektedir. Nitekim Askerî Yargıtay, “*Usulüne uygun olarak yapılan atış görevi sırasında atış silâhıyla kendisini ayağından yaralayan sanık hakkında, suçun hizmet sırasında ve silâhın suiistimali suretiyle işlendiğinin kabulüyle cezanın artırılması(nın) isabetli*” olduğunu açıklamıştır.<sup>44</sup>

Askerî Yargıtay diğer bir kararında, “*Balıkesir Sındırgı İlçe Jandarma Komutanlığında askerlik hizmetini yapmakta olan sanığın, 02.11.2008 tarihinde Sındırgı A-2 Tipi Kapalı Cezaevinde 06.00-09.00 saatleri arasında 2 No'lu Nöbet Kulübesinde MP-5 makinalı tabanca ile nöbet hizmetine başladığı, saat 08.00 sıralarında nöbet sebebiyle hamili bulunduğu silâhı bir el ateşleyerek kendisini sol elinden, parçalı kırığa sebebiyet verecek şekilde yaraladığı*” olayda sanığın bu eylemini nöbet sırasında kendisine verilen silahın suistimali suretiyle işlemesi nedeniyle cezasının arttırılmasında bir isabetsizlik bulunmadığına karar vermiştir.<sup>45</sup>

Askerî Yargıtay bir başka kararında ise; “*Sanığın, 8.7.2010 tarihinde nöbetçi olmadığı hâlde 16.00-18.00 saatleri arasında nöbetçi olan J.Er Ö.C'in yerine 2 nolukule nöbetine başladığı, ... TSK İç Hizmet Kanunu'nun 76'ncı maddesinde nöbet, askerlikte müşterek hizmetlerin yapılması ve devamını sağlamak maksadı ile bu hizmetlerin belli sıra ve süre ile asker kişiler tarafından yapılması olarak tanımlanmış olup; 77'nci maddesinde ise, nöbetçi personelin kimlerden oluşacağı, nöbet hizmetlerinin yapılış tarzı ile şekli ve nöbetçilere ait vazifelerin talimatname ile gösterileceği açıklanması karşısında, sanığın nöbetçi olarak görevlendirilmemesi nedeniyle, eylemini; hizmetin ifası esnasında gerçekleştirmediği... sanığın bir başkasının nöbetini kendi inisiyatifıyla tutması nedeniyle, atılı suçun “Hizmetin ifası esnasında silahın suistimali suretiyle” işlendiğinin kabulü mümkün olmadığından; hizmet esnasında bulunmayan sanık hakkında ASCK'nın 51/B bendi gereğince yasal artırım yapılmasının hukuka aykırı olduğu’na<sup>46</sup> karar vermiştir.*

Burada açıklanması gereken bir diğer hususta AsCK 51'e göre, AsCK 50'nci maddesi gereğince alt sınırdan uzaklaşırken teşdit nedeninin gerekçesinin hükümde yeterince açıklanması gerektiğidir. Aksi takdirde bu bir bozma nedenidir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında; Askerî Mahkemece yapılan yargılama sonucunda, toplanan delillere ve edinilen vicdani kanaate göre, yasal, yeterli ve inandırıcı gerekçeler gösterilerek, sanık hakkında atılı suçun sübutunda, suç vasfının tayininde,

<sup>44</sup> As.Yar.DK., 16.04.2003, 2003/386-384 EK. (As.Yar.Der., S.16, Y.2004, s.85-86)

<sup>45</sup> As.Yar.DK., 22.12.2012, 2012/0299-0275. (TSK Net)

<sup>46</sup> As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37. (TSK Net)

eylemin teşebbüs aşamasında kaldığının kabulünde ve alt sınırdan temel cezanın tayin edilmesinde bir isabetsizlik görülmemiş ise de; AsCK'nın 50 ve 51/B maddeleri gereğince bir ay artırımı yapılırken teşdit sebebi olarak gösterilen “*sanığın eylemini nöbeti esnasında kendisine zimmetli olarak teslim edilen ateş gücü yüksek, istediği sonucu elde etmesine elverişli G-3 piyade tüfeği ile gerçekleştirmiş olması...*” gerekçesini yasaya aykırı bularak “*Askerî Mahkemece gösterilen bu teşdit gerekçesi(nin), ASCK'nın 51/B madde ve bendinde yazılı “suç silahın veya resmî nüfuz ve selahiyetin suiistimali suretiyle hizmetin ifası esnasında yapılmak...şeklindeki genel artırımı koşullarından farklı bir şey olmadığından hükmün bozulması”<sup>47</sup> gerektiğine karar verilmiştir.*

Diğer bir artırımı nedeni AsCK 51/1-C'de suçun müteaddit şahıslar tarafından toplu olarak veya herkesin gözü önünde birlikte işlenmesi halidir. Bu artırımı nedeninin AsCK 79 ve 80'nci maddedeki suçların asker faileri bakımından kanaatimizce uygulama alanı bulabilmesi mümkündür.

## B. Manevi Unsur

Kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçunda kanun koyucu failin kastı dışında, belirli saikle hareket etmesini aramıştır. Bu saik madde metninde; “*Kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getiren veya kendi rızasıyla bu hale getiren*” şeklinde gösterilmiştir. Şu halde, belirli bir amaca ulaşmak, neticeyi elde etmek düşüncesiyle hareket eden failin, olası kasttan dolayı (TCK m.21/2) cezasının indirilmesi kanaatimizce mümkün gözükmektedir.

Suçun maddi unsuru yanında, “*manevi unsuru*” oluşturan “*genel kast*” yetmemekte, yerleşik Askerî Yargıtay kararlarında vurgulandığı gibi, sanıkların “*kendilerini askerliğe yaramayacak hale getirme özel kastı*” ile hareket ettiklerinin, hiç bir kuşkuyla yer vermeyecek biçimde, anlaşılması gerekmektedir.<sup>48</sup> Askerî Yargıtay

<sup>47</sup> As.Yar.3D., 26.04.2005, 2005/0492-0489 EK. (As.Yar.Der., S.19, s.36-37)

<sup>48</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bir kararı şöyledir: “...*Sanık hazırlık ifadesinde, “önceden süregelen dış eti rahatsızlığı nedeniyle dışlerinin döküldüğünü, askerlik hizmetine başladığında sadece beş dişinin mevcut olduğunu ve bu dişinin de izindeyken askerî hastanede çekildiğini” belirtmiş; sorgusunda ise, “izindeyken dışlerinin dış eti rahatsızlığı nedeniyle döküldüğünü” beyan etmiştir. Sanığın askerlik hizmetine başladığında kaç dişinin bulunduğu ve hangi rahatsızlık nedeniyle hangi tarihlerde kaç adet dişinin döküldüğü veya çekildiği hususlarında dosyada herhangi bir bilgi veya belge bulunmamaktadır. Ağzında hiç diş bulunmadığının tespitinden sonra bu eksiklemenin sebebine dair herhangi bir araştırma yapılmadığı da anlaşılmaktadır. Sanığın askere alınırken yapılan ilk muayenesi ile askerlik hizmeti süresince yapılan tüm muayene ve tedavilerine ilişkin belgelerin getirilmesi hâlinde, önceki sağlık durumunun kısmen aydınlatılması imkânı bulunmakta ise de, tüm dışlerinin eksik olduğunun belirlenmesinden sonra bu eksiklemenin sebebine dair herhangi bir araştırma yapılmadığından ve bu aşamada yapılacak araştırmanın sıhhatli bir sonuç vermesi mümkün görülmediğinden, eksiklik olarak değerlendirilen hususların giderilmesinin amaca elverişli olmayacağı ortadadır. Her ne kadar, bilirkişi olarak dinlenen dış tabibi, protez plânlanmasına elverişli olan dışların bu kadar kısa sürede eksilmelerinin mümkün olmadığını ve sanığın dışlerini çektiği kanaatinde olduğunu bildirmiş ve askerî mahkeme bu görüşe itibar ederek sanığın kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek özel kastıyla hareket ettiği sonucuna ulaşmış ise de; somut delillerle desteklenmeyen ve bir takım varsayımlardan hareketle varılan*

bu kuşkunun ortadan kalkmadığı şüpheli durumlarda suçun oluşmadığına karar vermekte<sup>49</sup>, suç vasfını askerî ceza kanununun diğer hükümleri kapsamında değerlendirmektedir.<sup>50</sup>

*“Özel kastın belirlenebilmesi için ise, somut olayın bütün özellikleri, failin geçmişi, hazırlık hareketleri, sağlık durumu, fiilin işleniş şekli, yaralanmanın yeri,*

*bu kabulün makul ve isabetli olmadığı aşıkârdır. Sanığın aksi ispatlanamayan savunmasına itibar olunması gerekmele birlikte, savunması çelişkili görülerek dışlarını çektiği kabul olursa dahi, bunu tavsiye üzerine veya resen tedavi amacıyla yaptırmadığına ilişkin somut bir bulgu elde edilemediğinden, her türlü şüpheden arınmış bir şekilde özel kastın ortaya konulduğunun kabulü hukuken mümkün değildir.”* As.Yar.DK., 08.01.2004, 2004/13-5 EK. (As.Yar.Der., S.17, Y.2005, s.273-275)

<sup>49</sup> Nitekim Askerî Yargıtay bir kararı şöyledir: *“...Birlik Komutanı tarafından düzenlenen vak'a raporunda, sanığın, bölük içerisinde disiplinli ve çalışkan bir asker olması sebebiyle, su deposunda görevlendirildiği, sanığın kendisine verilen görevleri en iyi şekilde yapma gayretinde olduğu, birlik içerisinde neşeli ve sevilen bir asker olduğu belirtilmiştir. (Dz.49). Dosyada bulunan terhis belgesinden (Dz.112), 22.08.2007 tarihinde askerlik hizmetine başlayan sanığın, 15 aylık normal askerlik hizmeti sonunda, 20.11.2008 tarihinde terhis edildiği anlaşılmaktadır. Sanığın ilk müdahalesi ve akabinde tedavisinin yapıldığı Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Tıp Ana Bilim Dalı tarafından düzenlenen ilk raporda, tüfekten çıkan merminin, sanığın sol meme başı altının 3 cm. medial hiza altında 1x1 cm'lik giriş deliği açtığı belirtilmiştir. (Dz.59,61). İşaret olunan bölgenin kalp nahiyesine yakın bir bölge olması sebebiyle, eylemin kişide hayati tehlike yaratma ihtimaline yol açabileceği muhakkaktır. Her ne kadar, genel cerrahi uzmanı bilirkişi Tbp.Yb. KT; tıbbi mütalaasında, sanığın eylemi sebebiyle hayati tehlike geçirmediğini beyan etmiş ise de, bu görüşün sadece eylemin yol açtığı genel tıbbi sonuçlar itibarıyla geçerli olduğu, yoksa, hayati tehlike oluşturabilecek vücut bölgesine, tesir gücü çok yüksek bir tüfekte ateş eden sanık açısından kendisinde hayati tehlike oluşturmama şeklinde bir suur ve iradenin başlangıçtan itibaren bulunmadığının kabulünün mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu noktada, ortaokul mezunu olan sanığın, eyleminin yol açabileceği tıbbi endikasyonları önceden tahmin edebileceği şeklinde gerçekliği kanıtlanamayan bir görüşe itibar edilip, somut olayda hayati tehlikenin oluşmamasıyla yetinilmesi ve buna bağlı olarak da atılı suçun sübuta erdirilmesinin kabulü, sanığın suç işleme kastının ve eylemin kendisine özgü işleniş biçiminin gözardı edilmesine yol açan varsayıma dayalı bir çözüm tarzı olacaktır. Açıklanan bu durum karşısında, sanığın eyleminin kendisini askerlik mükellefiyetinden kurtarmak kast ve saiki altında gerçekleştirdiği hususunda giderilemeyen şüpheli bir durum bulunduğu, bu durumun ise sanık lehine yorumlanarak, atılı suçtan dolayı beraat kararı verilmesi gerektiği sonucuna varılmış ve aksi yönde değerlendirmelerle tesis edilen mahkûmiyet hükmünün sübut yönünden bozulmasına karar verilmiştir.”* As.Yar.DK., 25.01.2012, 2012/128-123 EK. (TSK Net)

<sup>50</sup> *“...Somut olayda; tanıkların oluşumu etkileyecek fazla bir bilgileri bulunmamakta, sanığın aşamalarındaki ifadelerinin ise çelişkili olduğu, hatta kendisini “yaralamayı” düşünmediğini ifade ettiği görülmektedir. Sanığın tüfeğini kasten ateşlediği anlaşılmakla birlikte, bu davranışı Askerî eşyayı tahrip mi, hususi menfaatte kullanmak mı, yoksa kendisini yaralama amacıyla mı yaptığı anlaşılamamaktadır. G-3 Piyade tüfeği kullanılarak, yaralama istek ve iradesi ile ateş etme halinde, “isabet ettirememe” olasılığı da bulunduğundan, bu durum sanığın çelişkili ifadeleri ile birlikte değerlendirildiğinde “kendisini yaralama kasdı” ile hareket ettiğinin kuşkulu kaldığı görülmektedir. Bu itibarla; sanığın oluşan bu eyleminin As.C.K.nun 130 ncu maddesi içinde anlamını bulan, Askerî eşyayı kasden tahrip veya hususi menfaatinde kullanma suçlarından birini oluşturabileceği, bunun ise yerel mahkemeye saptanması gerektiği sonucuna varılmış, As.Yargıtay Başsavcılığının itirazına atfen, itirazın kabulü ile Dairenin uygulamaya yönelik bozma kararının kaldırılmasına, hükmün bozulmasına karar vermek gerekmiştir.”* As.Yar.DK., 27.9.2001, 2001/79-76 EK. (As.Yar.Der., 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14)

*mahiyeti ve sair tüm hususların göz önünde bulundurulması zorunludur.*<sup>51</sup> Bu

<sup>51</sup> Bu açıklamalar için bkz.As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37 (TSK Net), As.Yar.DK., 15.02.2012, 2012/278-274 (TSK Net) ; Askeri Yargıtay'ın suç kastını değerlendiren örnek bazı kararları şöyledir:“Dava dosyasındaki delillerden; Sanığın, 8.7.2010 tarihinde nöbetçi olmadığı hâlde 16.00-18.00 saatleri arasında nöbetçi olan J.Er Ömer CİBAR'ın yerine 2 nolu kule nöbetine başladığı, nöbete başlamadan önce rütbeli nezaretinde kendisine zimmetli 63772 seri numaralı G3 piyade tüfeği ile doldur-boşalt işlemini yaptığı, saat 17.00 sularında, bir el ateş ettiği, silahtan çıkan merminin sol ayak bir ve ikinci parmak arasından girip arka taraftan çıktığı, olayda kullanılan piyade tüfeğinin normal olarak çalıştığı, atışa engel mekanik bir arızasının olmadığı, emniyet sisteminin sağlam ve çalışır durumda olduğu, kaza ile yere düşmesi veya bir yere çarpması veya silahın tetiği hariç diğer bölümleriyle oynanması sonucunda çalışmasının mümkün olmadığı, olay yerinde bulunan boş kovanın bu silahtan atıldığı, sanığın sağ yüz bölgesinden alınan svap üzerinde kurşun ve antimon elementleri bulunduğu, bunların atış artıkları olabileceğinin değerlendirildiği, bot üzerindeki inceleme sonucunda atışın bitişik atışa yakın atış olduğunun tespit edildiği, tedavisi sonucu askerlik hizmetine devam ettiği, maddi vaka olarak sabit görülmüştür...Somut olayda; sanığın, nöbetçi olmadığı hâlde başkasının yerine nöbete gitmesi, sağlam ve herhangi bir arızasının bulunmadığı belirlenen silahını tam doldurmuş getirerek emniyetini açması ve ateşlemesi, vücudunda en az tahribat yapabilecek yerlerden birisi olan sol ayak parmak kısmından kendisini yaralaması, nişanlısıyla sorunlarının bulunması ve başkaca izininin kalmaması hep birlikte değerlendirildiğinde; sanığın kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek özel kastıyla yaraladığı anlaşılmaktadır.” Bkz.As.Yar.DK., 15.03.2012, 2012/39-37. (TSK Net); “Sanığın kendisini bilerek yaralamadığını iddia ettiği görülmele birlikte sanığın bir gün önce silahına doldur boşalt yaptığını bildirdiği halde, olay sırasında silaha şarjör takılı olmadığı ve silahta sadece bir mermi bulunduğu, bu merminin de sanığın üzerinde bulunan şarjörlerden birisinden alınan mermi olduğu, olay sonrasında yapılan kontrollerde silahın faal ve işne yayının sağlam olduğu, tetik ve emniyet tertibatının sağlam olduğu, mekanizma başı ve işne yayının sağlam olduğu, atışına mani veya kendiliğinden ateş almasına neden olabilecek mekanik herhangi bir arızasının bulunmadığının bilirkışı ve Jandarma Kriminal balistik inceleme kısmı uzmanlık raporları ile tespit edildiği (Dz.8,38), söz konusu neticenin doğması için silahın emniyetinin açılması, namluya mermi sürülmesi, kurma kolunun çekip bırakılması ve silahın istenilen bölgeye tevcih edilerek tetiğe basılmasının gerektiği, bunların hepsinin neden sonuç ilişkisi oluşturacak şekilde tedadifen gerçekleşmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmemesi, 10.12.2008 tarihinde askere sevk edilen sanığın olay tarihi itibariyle bakiye on bir ay askerlik hizmetinin bulunması, sanığın yaralandığı bölgenin ise; hayati tehlike oluşturmamakla birlikte kendisini askerliğe elverişsiz hale getirme olaylarında kişilerin özellikle tercih ettikleri bir bölge olması hususları dikkate alındığında, sanığın eylemi askerliğe elverişsiz hale getirmek özel kastıyla gerçekleştirdiğinin kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır.” As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 (TSK Net) ; “Erzurum Hava Meydan Komutanlığı teshin merkezinde saat 17.00'ye kadar görevli olan sanığın, 04.10.2009 tarihinde saat 21.00 sularında, Hv.İs.Er H.A., Hv.İs.Er H.K. ve Hv.İs.Er H.G. ile birlikte sohbet ve temizlik için teshin merkezine gittiği; bir süre sonra dolaptan aldığı spiral makinesi ile banyo bölümüne gidip, makineyi prize takıp çalıştırdıktan sonra, sağ eli ile tuttuğu spiralle, sol elinin parmaklarını kesmeye başladığı; bu sırada duyduğu ses üzerine, sanığın bulunduğu yere giden Er H.A.'nın, durumu görünce, sanığa “ne yapıyorsun” diyerek bağırması üzerine, sanığın da anlamsız bir şekilde bağırmağa başlayarak, elinde bulunan çalışır vaziyetteki spiral makinesini, Er H.'in üzerine doğru tuttuğu; Er H. A.'nın, geri çekilip kendisini kurtarmasından sonra, fişini çekerek makineyi durdurduğu ve sanığa “niye yaptın” dediği, bu sırada Hv.İs.Er HG ve Hv.İs.Er HK'ın da içeriye girdiği ve sanığın hastaneye götürüldüğü, GATA Eğitim Hastanesi Sağlık Kurulunun 21.04.2010 tarihli ve 1643 sayılı raporu ile sanığa “sol el 3.4.5. parmak parsiyel amputasyonu replantasyon ameliyatlı” teşhisi konularak, hakkında “B/64 F6 askerliğe elverişli değildir” kararı verildiği; sanığın bu suretle kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçunu işlediği, dosya içeriğindeki kanıtlardan anlaşılmakta olup; dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara; gerekçeye ve mahkemenin takdirine göre; kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçunun sübuta erdiğinin kabulünde ve nitelendirilmesinde; cezanın asgari haddten tayin ve takdirinde, takdiri indirim ve belli hakları kullanmaktan yoksun bırakma hükümlerinin uygulanmasında; yasal imkansızlık nedeniyle, cezanın seçenek yaptırımlara çevrilmesinde ve ertelenmesinde; keza, ASCK Ek

suçun taksirle işlenmesi mümkün değildir.<sup>52</sup>

Askerî Yargıtay bir kararında; “...Genel uygulamada ve bu suçun işlenmesi sırasında sanıkların kendilerini hayati tehlike doğurmayacak şekilde el, kol, bacak ve ayak kısımlarına ateş ettikleri bilinen bir gerçektir. Bir şahsın ölümüne sebebiyet verebilecek bir noktaya ateş etmesinin intihara teşebbüs olarak nitelenmesi gerekmektedir. Diğer taraftan olay eylemin niteliğine göre değerlendirmek gerekir. Sanık kendisini yaralamak kastıyla hareket ederken, ölmeden nasıl kendimi yaralayabilirim şeklinde düşünür ona göre hareket eder. İnsan vücudunun batın, göğüs ve baş bölgeleri hayati bölgeler olup bu bölgelere yapılan atışın çoğu zaman hayati tehlike tevhit etmesi nedeniyle, yaralama kastı değil “intihar kastı” düşünülmelidir.”<sup>53</sup> Bu nedenle içinde bulunulan psikolojik rahatsızlık sebebiyle intihar maksadıyla kendisine zarar verilmesi<sup>54</sup> halinde bu suç oluşmayacaktır.

10/2'nci maddesi gereğince, 01.03.2008 tarihinden sonra işlenen Askerî Ceza Kanununda yazılı suçlar bakımından, CMK'nın 231'inci maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmadığından, hükmün açıklanmasının geri bırakılmamış olmasında, usul ve esas yönlerinden hukuka aykırılık bulunmadığından; mahkûmiyet hükmünün onanmasına karar verilmiştir.” As.Yar.DK., 15.02.2012, 2012/0257-0239 EK. (TSK Net)

<sup>52</sup> “Sanığın kendisini bilerek yaralamadığını iddia ettiği görülmekle birlikte sanığın bir gün önce silahına doldur boşalt yaptığını bildirdiği halde, olay sırasında silaha şarjör takılı olmadığı ve silahta sadece bir mermi bulunduğu, bu merminin de sanığın üzerinde bulunan şarjörlerden birisinden alınan mermi olduğu, olay sonrasında yapılan kontrollerde silahın faal ve çalışır durumda olduğu, tetik ve emniyet tertibatının sağlam olduğu, mekanizma başı ve iğne yayının sağlam olduğu, atışına mani veya kendiliğinden ateş almasına neden olabilecek mekanik herhangi bir arızasının bulunmadığını bilirkşi ve Jandarma Kriminal balistik inceleme kısmı uzmanlık raporları ile tespit edildiği (Dz.8,38), söz konusu neticenin doğması için silahın emniyetinin açılması, namluya mermi sürülmesi, kurma kolunun çekip bırakılması ve silahın istenilen bölgeye tevhit edilerek tetiğe basılmasının gerektiği, bunların hepsinin neden sonuç ilişkisi oluşturacak şekilde tesadüfen gerçekleşmesinin hayatın olağan akışına uygun düşmemesi, 10.12.2008 tarihinde askere sevk edilen sanığın olay tarihi itibariyle bakiye on bir ay askerlik hizmetinin bulunması, sanığın yaralandığı bölgenin ise; hayati tehlike oluşturmamakla birlikte kendisini naklede elverişsiz hale getirme olaylarında kişilerin özellikle tercih ettikleri bir bölge olması hususları dikkate alındığında, sanığın eylemi askerliğe elverişsiz hale getirmek özel kastıyla gerçekleştirdiğinin kabul edilmesinde isabetsizlik bulunmamaktadır.” As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 EK. (TSK Net)

<sup>53</sup> Bu açıklama için bkz.As.Yar.DK., 12.10.2000 tarih 2000/149-149 EK. (As.Yar.Der., 2000-2001 Daireler Kurulu Kararları, S.14, s.?): “Herhangi bir sebep ve şekilde intihara teşebbüs edenlerin sağlık işlemleri, intihar teşebbüsüne sebep olan hastalık ve intihar teşebbüsü sonucu kalan kesiller gözönünde tutulmak sureti ile yapılır.” (TSK SYY m.41); Askerî Yargıtay bir başka kararında; “...Askerî Mahkemece, sanık hakkında düzenlenen raporlar, ağabeyinin intihar olayına ilişkin belgeler, askerlik süresince görmüş olduğu muayene ve tedavilerine ilişkin belgeler ile kıta anket formu ve danışmanlık kartı gibi belgelerin dosyaya konulmasından sonra, psikiyatrik rahatsızlığının bulunup bulunmadığı, mevcut ise bu rahatsızlığın askerliğe elverişsizliğini gerektirecek derecede olup olmadığı ve TCK'nın 32'nci maddesinden istifade edip edemeyeceği hususlarının sağlıklı bir şekilde belirlenmesi için, psikiyatri uzmanı bir bilirkşiye muayene ettirilmesi, psikiyatri uzmanının gerek görmesi hâlinde, tam teşekküllü bir Askerî Hastanede, CMK'nın 74'üncü maddesi gereğince, adli gözlem altına alınarak sağlık kuruluna çıkarılması ve elde edilecek sonuca göre, sanığın suç kastı değerlendirilerek, hüküm kurulması gerekirken, hukuka aykırı olarak noksan soruşturma ile sonuca gidilmesi eksiklik teşkil ettiğinden, mahkûmiyet hükmünün noksan soruşturma nedeniyle bozulmasına karar verilmiştir.” As.Yar.DK., 15.02.2012, 2012/278-274 EK. (TSK Net)

<sup>54</sup> “Somut olay incelendiğinde; gerek yaralanma şekli, gerekse de bu konudaki bilimsel tespitlerin birlikte değerlendirilmesi sonucunda, sanığın içinde bulunduğu psikolojik rahatsızlık sebebiyle asıl amacının intihar etmek olduğu, bu nedenle kendisine zarar verdiği, kendisini askerliğe elverişsiz



İntihar etmek kast ve düşüncesi dışında da, başka bir “psikolojik rahatsızlık nedeniyle girilen bunalım sonucu”<sup>55</sup>, “hiddet ve kızgınlıkla”<sup>56</sup> ya da “hırsızlık suçunun

hâle getirmek gibi bir özel kastının bulunmadığı ortaya çıkmaktadır. Sonuç itibarıyla, manevî unsur gerçekleşmediğinden sanığın beraatine karar vermek gerekir.” As.Yar.DK., 6.1.2005 tarih 2005/6-4 EK. (As.Yar.Der., S.19, Y.2006); “Sanığın ölüm tehlikesini içeren ve hayatı bölge olan sağ omzuna, ateş gücü yüksek G-3 Piyade tüfüğünü dayayarak ateş etmesi ve yaralanma sonucu hayatı tehlike geçirmesi, sanığın aynı gün hastahanedeyi tabii takiben verdiği ilk ifadesinde; intihar etmek için silâhı ateşlediğini söylemesi, olaydan bir gün önce koğuşta ağlarken arkadaşları tarafından görülmüş olması karşısında, mahkûmiyet hükmünün suç kastının şüpheli bulunması nedeniyle bozulması gerekir.” As. Yar.DK., 28.9.2006 tarih 2006/163-162 EK., (As.Yar.Der., S.20, Y.2007, s.?) ; “Terhisine 2 hafta varken, G-3 A-3 gibi güçlü bir silâhı kullanarak, bitişik atışla karnına ateş eden ve neticesinde hayatı tehlike geçiren sanığın, aksine yeterli delil elde edilemediğine göre, gerek arkadaşları ile mevcut anlaşmazlıklarını, gerekse ailevi problemlerini, intihara yol açan sebepler olarak kabul etmek suretiyle, manevî unsuru oluşmayan suçtan beraet kararı verilmesi gerekir.”; As.Yar.2D., 1.3.2006 tarih 2006/276-270 EK. (As.Yar.Der., S.20, Y.2007, s.77-78); “Bileğini kesmek suretiyle intihara teşebbüs eden sanığın hareketinde, askerlikten kurtulmak yahut kendini askerliğe yaramayacak hale getirmek suçunun unsurları yoktur”(5. D. 4.2.1987 E. 92 K. 71)

<sup>55</sup> “Sanığın savunmasında, olay günü kendini askerliğe elverişsiz hâle getirmek maksadıyla bıçaklamadığını, bir anlık girdiği bunalım neticesinde ve ne yaptığını bilecek durumda olmaksızın gerçekleştirdiğini beyan etmiş olması, sanığın askerliği süresince psikolojik rahatsızlığı nedeniyle, birçok kez tedavi görmüş olması ve kendisine “antisosyal kişilik” tanısı konması, birliğe ve arkadaşlarına uyum sağlayamaması nedeniyle işlediği disiplin suçlarından, amirleri tarafından birçok kez cezalandırıldığı, sanığın kendisini daha az risk ve zarara sokacak suç işleme yöntemleri varken, vücudunun değişik yerlerine altmışa yakın çizik atmasının mantıklı ve bilinçli hareket eden bir insanın gerçekleştirebileceği davranış tarzı olmaması birlikte değerlendirildiğinde, sanığın askerlikten kısmen veya tamamen kurtulmak “özel kastıyla” hareket ettiğini söylemenin mümkün olmadığı, keza bu haliyle eylemin müspet suçu oluşturacak nitelik ve ağırlıkta bulunmadığı, en azından bu hususun dosya kapsamına göre şüpheli kaldığının ve şüphelinin sanık lehine yorumlanması gerektiğinden, somut olayda; sanığın kendisini askerliğe yaramayacak hâle getirme kastı ile hareket etmediği sonucuna varıldığından, unsurları itibarıyla oluşmayan suçtan dolayı, mahkûmiyet hükmü kurulması yasaya aykırıdır.” As.Yar.1D., 1.2.2006, 2006/138-137 EK., (As.Yar.Der., S.20, Y.2007 ); “Savunmalarında sürekli olarak cin ve perilerle uğraştığını ve 10 yıldır ruhsal sıkıntı içinde olduğunu ve kendisini silâhla yaralaması olayının nasıl olduğunu hatırlamadığını ileri süren sanığın, olay öncesinde de birtakım garip davranışlar içinde bulunması ve askerlik hizmetinden kurtulmak istediğine dair hiçbir delil ve emarenin tespit edilememesi karşısında, askerlikten kurtulmak amacıyla yönelik özel bir suç kastı ile hareket etmediği kanaatine varılmıştır.” As.Yar.DK., 18.11.1999 tarih 1999/207-203 EK. (As.Yar.Der., S.13, Y.2001); Sanığın 27.11.1982 gecesi 01.00 - 03.00 saatleri arasında devriye nöbetçisi iken, silâhına mermi sürerek kendini bacağından bir ayda iyileşebilecek ve 20 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde yaraladığı sabit ise de; Tanıklar K.H., T.E. ve K.K.’un birbirine uygun her aşamadaki ifadelerinde sanığın olaydan sonra, soru üzerine, hasta olduğunu, kimsenin kendisiyle ilgilenmediğini; bir anlık bunalım geçirip ne yaptığını bilemediğini söylediğine; içine kapanık ve kimseyle arkadaşlık kurmayan bir şahsiyet yapısına sahip olduğuna dair açıklamaları; Dosyadaki 24 kere viziteye çıktığına, 8 kere Çorlu Askerî Hastanesi ve 1 kere de Kırklareli Devlet Hastanesine sevk edilmiş olduğuna ilişkin bilgiler karşısında, sanığın olay sırasındaki akli haletiyle, buna göre askerliğe elverişli olup olmadığının ve sonuçta suç kastının araştırılıp tartışılması gerekli iken yapılmaması bozmayı gerektirmiştir.” D. 29.4.1987 E. 251 K. 242); “Olay tarihinden önce musap bulunduğu “anksiyete reaksiyonu” denilen bir akıl hastalığının etkisiyle bunalıma girerek kendisini askerliğe elverişsiz hale gelecek derecede silâhla yaralayan sanığın bu hareketinde As. C. K. nun 79 ncu maddesinde yazılı kast unsurunu varit görmeyen mahkemenin takdirinde her hangi bir isabetsizlik görülmemiştir.”(As. Yrg.Drl. Krl. 29.9.1988 E. 125 K. 100)

<sup>56</sup> “Sanığın nöbetine başladığı sırada nöbet hizmeti nedeniyle nöbet öncesi Nöb.Onb. ile aralarındaki

meydana çıkması üzerine kapıldığı teessür ve korku”<sup>57</sup> nedeniyle kendine zarar verilmesi mümkündür. Ancak bu tarz olaylarda failin kendini yaralamasında askerlikten kurtulma özel kastı ile hareket edilmediğinden suç vasfının AsCK 79’ncu maddesi dışında değerlendirilmesi gerekecektir.<sup>58</sup>

Faillere suç işleme kararı verdiren ve kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme özel kastı olarak tanımlanan psikolojik sürece herhangi bir etkisi bulunmayan durumların ise, manevi unsuru ortadan kaldırıcı herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim Askerî Yargıtay bu nedenle; “anne ve babasını bir araya getirecek bir acıya sebebiyet verme”<sup>59</sup> vs. durumların askerlikten kurtulma özel kastını ortadan kaldırmayacağına karar vermiştir.

Yine “79’ncu maddede yazılı fiilleri bilerek başkasına yapan” AsCK 80’nci maddesindeki suç faillerinin aynı özel kast altında kasten yaralama eylemini gerçekleştirmeleri gerekir. Bu nedenle AsCK 80’deki suç faillerinin asker şahıs olmaları durumunda kasten yaraladıkları şahıslar arasında astlık üstlük durumu olsa bile eylemleri kanaatimizce askerî ceza kanununda özel olarak düzenlenen asta müessir fiil(AsCK m.117) ya da üste fiilen taarruz (AsCK m.91) gibi suçları oluşturmaya-caktır.

### C. Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak İlgilinin Rızası

Hukuk düzeni kişiyi kendisiyle belli konular üzerinde başkaları tarafından belli tasarruflarda bulunma hususunda rıza göstermeye yetkili kılmaktadır. Kişinin hukuki yetkisini kullanmak suretiyle açıklamış bulunduğu rızaya dayalı olarak başkaları tarafından gerçekleştirilen davranışlar hukuka aykırı değildir. Kişinin vücudu

*tartışma sonucu önce havaya sonra da bir el avuç içine ateş ederek kendini yaralaması eyleminde, kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek kasdı yoktur, olay nedeniyle nöbet hizmetinden yaralanması sonucu uzak kalması karşısında eylemi, mazarratı mucip nöbet talimatına aykırı hareket etmek suçunu oluşturur.”* As.Yar.DK., 14.10.1999 tarih 1999/192-180 EK. (As.Yar.Der., S.13, Y.2001)

<sup>57</sup> A.Yrg.Drl.Krl.10.05.1984 E.113 K.113 (Nakleden: Özbakan, s.186)

<sup>58</sup> Nitekim “As. Yrg. Drl. Krl., 10.5.1984 gün ve 113/113 E-K. sayılı kararında; işlediği hırsızlık suçunun meydana çıkması üzerine kapıldığı teessür ve korku nedeniyle sağ ayak baş parmağından kendisini yaralayan sanığın suç kasdı noktasından beraatını onaylamıştır.(Özbakan, s.186) Buna karşılık, As.Yrg.3.D.si ise, 14.3.1995 tarih ve 220/218 E-K. sayılı kararında; hırsızlık suçu işlemediğini kanıtlamak gibi bir saikle kendisini yaralayan sanığın eyleminde isnat olunan suçun manevi unsurunun oluştuğuna karar vermiştir.” (Askerî Adalet Dergisi, Y.23, S.94, s.128. (Nakleden: Ergül, s.33)

<sup>59</sup> “Kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme suçunun vücut nahiyesi üzerinde yaralamak ve sakatlamak şeklinde tarif edilen icraî hareketlerle işlenebildiği, bunun ise bedensel özre sebebiyet verdiği dikkate alındığında, bu yöndeki her hareketin faillerin aileleri üzerinde derin üzüntü yaratabileceği muhakkaktır. Belirtilen nitelikteki dolaylı sonuçların faillere suç işleme kararı verdiren ve kendisini askerliğe elverişsiz hâle getirme özel kastı olarak tanımlanan psikolojik sürece herhangi bir etkisi bulunmadığından, sanığın anne ve babasını bir araya getirecek bir acıya sebebiyet vermek şeklindeki nihaî amacının eylemin askerlikten kurtulma özel kastıyla işlediğine ilişkin hukuki gerçeği değiştiremeyeceği sonucuna varılmıştır.”As.Yar.DK., 25.9.2003 tarih 2003/73-67 EK. (As.Yar.Der., 2004, S.16)

üzerinde tasarruflar söz konusu olduğunda ancak belirli nitelikteki ve belirli amaçlara yönelik bulunulmasına yönelik açıkladığı rıza hukuken geçerlidir.<sup>60</sup>

Nitekim bu husus TCK 26/2'nci fıkrasında, “*kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*” şeklinde açıklanmaktadır.

Rıza müessesesi konumuz açısından değerlendirildiğinde ise, kişinin kendisinin sakat bırakılması veya askerliğe elverişsiz hâle getirilmesi hususunda rıza açıklama yetkisi bulunmamaktadır. Nitekim bu nedenle AsCK 79'ncü maddesi, “*kendisini kasten sakatlayan veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hâle getiren veya kendi rızasıyla bu hâle getiren*” kişiler ile bu fiilleri bilerek başkasına yapan kişilerin aynı ceza ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmaktadır.<sup>61</sup>

#### IV. KUSURLULUK: HAKSIZ TAHRİK

Haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemnin etkisi altında suç işleyen kimsenin haksız tahrik nedeniyle cezasında indirim yapılmaktadır. (TCK m.29) Bunun nedenine ilişkin birçok görüş ileri sürülmekte ise de, 5237 Sayılı yeni TCK'da bunun kusurluluğu azaltan bir neden olduğu kabul edilmektedir.<sup>62</sup>

AsCK 92'nci maddesinde bazı suçlar bakımından haksız tahrik özel olarak düzenlenmekle birlikte<sup>63</sup>, bu hükmün yanısıra, TCK 29'ncü maddesinde yer alan haksız tahrike ilişkin düzenlemenin bütün askerî suçlar bakımından da geçerli olduğu, ancak AsCK 79'ncü maddesinin uygulama bakımından haksız tahrik indirimine elverişli olmadığı düşüncesindeyiz. Yani bir başkasının haksız tahrikinin etkisiyle kendisine zarar veren kişi haksız tahrik indiriminden yararlanamaz.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> Özgenç, s.388, 389.

<sup>61</sup> Kangel, s.107.

<sup>62</sup> Bu konu ile ilgili ayrıntılı görüş için bkz. Gökhan Yaşar DURAN, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul, 2010, s.65-72.

<sup>63</sup> “*Tabrik suretiyle madunun yaptığı suçlar hakkındaki cezaların nasıl indirileceği*” başlıklı AsCK 92'de haksız tahrik özel olarak düzenlenmiştir. Madde şöyledir:” 1. Bir âmir veya mafevk, Askerî nizam-lara ve askerlik kaidelerine mugayir muamelede bulunmak, yahut makam ve mevkiinin salâhiyetini tecavüz etmek suretleriyle madunu tabrik eyler ve madun bu tabrik sebebiyle 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90 ve 91 inci maddelerde yazılı suçlardan birini hemen yaparsa, Türk Ceza Kanununun elli birinci maddesine göre madunun cezası hafifletilir.2. Birinci fıkradaki tabriki yapanlar tahrikin nevi ve mahiyetine göre 116, 117 ve 118 inci maddelerde yazılı cezalarla cezalandırılır.”

<sup>64</sup> Buna karşılık Askerî Yargıtay eski tarihli bir kararında aksi bir görüşle haksız tahrik hükmünün aşağıdaki olayda uygulanmasına karar vermiştir. Karar şöyledir: “*Sanığın, suç tarihinde 22.00-24.00 saatleri arası 2. Kule nöbeti tuttuğu sırada nöbetçi astsubayı A. D. tarafından nöbet talimatına aykırı şekilde nöbet kulesinden ayaklarını aşağı sarkıtmış, silahını bir yere bırakmış ve miğferini de çıkarmış vaziyette yakalanması üzerine dövuüldüğü ve 4 saatte ceza nöbeti verildiği, sanığın nöbet sırasında nöbet yerini terk ederek karakoldan aldığı bir bağ mermiyi tüfeğine sürüp doldurduğu ve dolu tüfekte bilinçli olarak sol ayağına ateş edip kendini yaraladığı, böylece askerliğe yaramayacak hale getirmek suçuna tam derecede teşebbüs ettiği maddi bir vakia olarak sabit olup, suçun işleniş tarzı, doktor raporu,*

Zira haksız tahrikin şartlarında biri tepki fiilinin hedefinin tahrik eden kimse olması koşuludur. Ancak bu koşul haksız tahrike ilişkin gerek 765 Sayılı TCK 51 gerekse 5237 Sayılı TCK 29'ncü maddelerinde düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde bu konuda farklı görüşler ileri sürülmektedir.<sup>65</sup> Bizim de katıldığımız görüşe göre, haksız eyleme maruz kalan kişiyle suç işleyen kişinin aynı şahıs olması gerekmediği halde<sup>66</sup>, tepki fiilinin hedefinin, tahrik eden kimse olması, yani suç sayılan eylemin doğrudan doğruya tahrikte bulunanın zararına işlenmesi gerekmektedir.<sup>67</sup> Yargıtay kararlarında da aynı görüş benimsenmektedir.<sup>68</sup>

Askerlikten kurtulmak isteyen haksız tahriki ile başkası tarafından kendisine zarar verilmesi halinde ise, AsCK 80'deki suç failinin bu indirimden yararlanması kanaatimizce mümkün olabilir. Örneğin bir üstün memuriyet nüfuzunu kötüye kullanarak astını haksız bir manevi baskı altına alması ve astın bu baskı altında üstünü askerliğe elverişsiz hale getirmesi hali bu duruma örnek olarak verilebilir.

## V. SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

### A. Teşebbüs

Bu suçta teşebbüs mümkündür. Yapılan hareket neticeyi meydana getirmeye elverişli olmasına rağmen netice gerçekleşmemiş ise, yani fail yaptığı hareket sonucu sakatlanmamış veya askerliğe elverişsiz hale gelmemiş ise, suçun teşebbüs derecesinde kaldığının kabulü gerekir. Yaralama fiili sonucu, sanık sakat kalmamış ve askerlik yapmak kabiliyetini kaybetmemiş, yalnızca hava değişimi almışsa, yine TCK'nun 62'nci maddesi uygulanacaktır.<sup>69</sup> Ancak AsCK 79/2'nci fıkrasında fiile

*sanığın samimi ikrarı ve tanık beyanlarını hükmüne esas alan mahkemenin sanık hakkında tesis ettiği hükümde sübut ve tavsif yönünden herhangi bir isabetsizlik görülmemiştir. Mahkeme; sanığın astsubay A.Ü.den yediği dayanın kendisinde yarattığı haksız tahrikin etkisi ile bu suçu işlediğini kabul ederek sanık hakkında haksız tahrik hükümlerini uygulamış ve bu hal tebliğnamede isabetsiz bulunarak bir bozma nedeni şeklinde değerlendirilmişse de, şahsına yönelik olan bu eylemi, astsubay Ü'den yediği dayanın tesiri henüz zail olmadan ve tamamen onun etkisi ile işlemiş olması karşısında tebliğnamedeki görüşe iştirak mümkün olmamış, aynı zamanda hizmet münasebetinden ileri gelen bir dövmeye olayının, hizmetten sıyrılmaya matuf bir suçta sebebiyet vermesinde haksız tahriki kabul etmenin bir zaruret olduğu kanaatine varılmış olmakla, Başsavcılığın bu görüşüne iştirak edilemediğinden oyçokluğu ile zikri geçen bozma nedeninin REDDİ cihetine gidilmiştir.* (As.Yar.5D., 6.4.1988, E. 307 K. 209)

<sup>65</sup> Bu konudaki görüşler için bkz.Duran, s.161-172.

<sup>66</sup> Ayhan Önder, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul, 1992, C.II, s.383; Benzer görüş Kayhan İçel, Füsün Sokollu (Akıncı), İzzet Özgenç, Adem Sözüer, Fatih S.Mahmutoğlu, Yener Ünver, Suç Teorisi, 2.Bası, İstanbul, Eylül 2000, s.287.

<sup>67</sup> Faruk Erem, Ahmet Danışman, Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, 1997, s.599; Nur Centel, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Birinci Bası, İstanbul, 2001, s.356.

<sup>68</sup> Yargıtay 1.CD.'nin 01.04.1980 gün ve E.80/41, K.80/1454 sayılı kararı ; Yargıtay CGK.'nun 23.02.1982 gün ve E.66/296, K.66/2905 sayılı kararı (Nakleden:Mehmet Akif Tutumlu, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel hükümler, Ankara, 1999, s.43, 44)

<sup>69</sup> As.Yrg.Drl.Krl., 25.6.1981, 83/83 EK. (Nakleden : Özbakan, s.183)

değil, neticenin ağırlığına ceza verildiğinden birinci fıkranın aksine teşebbüs hükümleri uygulanamaz.<sup>70</sup>

Askerî Yargıtay kararlarına göre, sakatlanmayıp sadece yaralanma ve bu sebeple bir süre hastahanedede kalma durumu askerlikten kurtulmaya delalet eden bir süre niteliğinde değildir. Bu süre sadece sakatlanmaya teşebbüs sonucunda meydana gelen bir yaralanmanın ve arızanın tedavisi niteliğinde kabul edilmektedir.<sup>71</sup>

Nitekim Askerî Yargıtay, “*Olayda sanığın, askerî hizmetlerde kullanması amacıyla kendisine teslim edilen 18177 seri numaralı HK-33 piyade tüfêği ile sol ayak tarak kısmından yaraladığı, sanığın söz konusu yaralanma nedeniyle askerliğe elverişsiz hale gelmediği dikkate alındığında, sanığa isnat edilen suçun teşebbüs aşamasında kaldığı(na)*”,<sup>72</sup> “*Sanığın, 14.3.2009 tarihinde saat 11.30’da Arıtma-2 Merkezi Filtre Dairesinde bir miktar tiner kokladıktan sonra, orada bulunan bir keser ile sağ el 5’inci (serçe) parmağına vurup kemik kırığı oluşacak şekilde kendi kendini yaraladığı; Ege Üniversitesi Tıp Fakültesinde ameliyat ve İzmir Asker Hastanesinde tedavi edilmesini müteakip, “Sağ El 5. Parmak Subtotal Amputasyon Ameliyatlısı” teşhisiyle 20.03.2009 tarihinde bir ay hava değişimine gönderildiği; hava değişimi süresinin bitiminde Birliğine katılmadığı, mevcut yaralanma nedeniyle, askerliğe elverişsiz hâle gelmediği (Dz.60); dosya içeriğindeki kanıtlardan anlaşılmakta olup; dosya içeriğine, toplanıp karar yerinde incelenerek tartışılan hukuken geçerli ve elverişli kanıtlara, gerekçeye ve mahkemenin takdirine göre kendini askerliğe yaramayacak hale getirmeye teşebbüs suçunun sübuta erdiğinin kabulünde” isabet bulunduğu(na)*”<sup>73</sup>, “*Vardiya Nöbetçisi olarak görev yapan sanığın; saat 18.35 sularında su deposu binası dışında Silahlı Nöbet görevini icra eden tanık Dz.P.Er K.E’in yanına gelmesi üzerine bir müddet kendisiyle sohbet ettiği, akabinde, sanığın ani bir hareketle tanık Dz.Er K.E’in hamili bulunduğu HK-33 Piyade Tüfêğini eliyle tutarak çektiği ve kendi göğüs bölgesine doğru doğrulttuğu, silahın dolu olduğu ve patlayabileceği yönündeki tanık uyarılarını dikkate almayan sanığın, önce silahın kurma kolunu çekip bırakmak suretiyle tam dolduruş yaptığı, devamında da, tüfêğin tetiğine basarak kendisini yaraladığı, eylem sebebiyle askerliğe elverişsiz hâle gelmeyen sanığın, kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmeye teşebbüs suçunu işlediği(ne)*”<sup>74</sup>, “*Nöbet dönüşü sırasında, silâhın namlusunu sağ ayağına tutarak, ateş eden ve bu yaralanma sonucu hastahanedede tedavi görüp, 1,5 ay hava değişimi alan sanığın eyleminin, tam teşebbüs aşamasında kaldığın(a)*”<sup>75</sup>, “*Suç tarihinde 11 aylık asker olup silahı hakkında yeterli bilgisi bulunan ve olay öncesinde arkadaşları ile uyumsuz bir ilişki içinde olan sanığın akşam saatlerinde de sivil hastaneden alacağı*

<sup>70</sup> Mis, s.34.

<sup>71</sup> As.Yrg.Drl.Krl., 14.1.1966, 1-2EK., (Nakleden:Özbakan, s.185); Benzer açıklama için bkz.Ergül, s.34

<sup>72</sup> As.Yar.DK., 06.06.2012, 2012/0863-0833 EK.(TSK Net)

<sup>73</sup> As.Yar.DK., 27.04.2012, 2012/0593-0567 EK.(TSK Net)

<sup>74</sup> As.Yar.DK., 25.01.2012, 2012/128-123 EK. (TSK Net)

<sup>75</sup> As.Yar.DK., 15.6.2006, 2006/135-132 EK. (As.Yar.Der., S.20, Y.2007)

raporun geçerli olup olmayacağına dair sorular sorduktan sonra, aynı gün gecesi karakol nöbetçilerini takviye için görevlendirildiği 3 nolu mevziye indikten hemen sonra silahının ateş alması sonucu sağ ayağından 25 gün iş ve güçten kalacak şekilde yaralandığı, yarım doldurmuşta bulunan ve arızası olmayan silahın patlayabilmesi için bilinçli, seri halde birbirini izleyen hareketlerin yapılması gerekli olup birlikteliği mütalaasına göre de cereyan şekli ve yaralanma biçimi itibarıyla olayın kaza olarak kabulüne imkan bulunmadığı anlaşıldığından kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmeye teşebbüs etmek özel kastıyla hareket ettiği sonucuna varıldı (dığına)<sup>76</sup> karar vermiştir.

Burada bahsedilmesi gereken bir hususta suça ilişkin artırım ve indirim uygulamasında kanuni sıraya uyulmamasıdır. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında; “ASCK’nın 79/1’nci maddesine göre temel ceza tayin edildikten sonra, suçun teşebbüs aşamasında kalması da temel ceza ile ilgili olduğundan, (TCK’nın 29/2’nci maddesi dikkate alınarak) önce teşebbüs hükmünün uygulanması, ardından ASCK’nın 50 ve 51/B maddelerine göre artırım yapılması gerekirken, aksine uygulama yapılarak ceza tayin edilmesinin de yasaya aykırı olduğuna işaret edilmiştir.”<sup>77</sup>

## B. İştirak

TCK iştirak şekillerini faillik ve şeriklik olarak ikiye ayırmıştır. Faillik kanunda tanımlanan askerî suç tipindeki hareketin yapılmasını gerekli kılmaktadır. Suçun işlenmesine katkıda bulunmakla birlikte, bulunduğu katkı suç tipinde belirtilen hareketi oluşturmaya yeterli olmayan suç ortaklarına *şerik* adı verilir. Şeriklik de *azmettirme* ve *yardım etme* olarak ikiye ayrılır. Mütemadi suçlara hareket devam ettiği sürece iştirak etmek mümkünken anî bir suç türü olan AsCK 79’nci maddesinde hareket yapıldıktan ya da netice meydana geldikten sonra iştirak mümkün değildir.

AsCK 79’da suç tipindeki haksızlık “doğrudan fail”<sup>78</sup>, “dolaylı fail”<sup>79</sup> ya da AsCK 80’de açıklandığı gibi fail ve suç ortakları arasında bu konuda yapılan bir anlaşma ile ortaklaşa “müşterek failler”<sup>80</sup> tarafından gerçekleştirilebilir. Bu durumda müşterek failerin ceza sorumlulukları aynıdır.(TCK m. 37/1).

Yine AsCK 79’daki suç failinin suçuna, azmettirme ya da yardım etme sure-

<sup>76</sup> As.Yar.DK., 25.02.1999, 1999/50-37 EK. (As.Yar.Der., S.13, Y.2001)

<sup>77</sup> As.Yar.3D., 26.04.2005, 2005/0492-0489 EK (As.Yar.Der., S.19, s.36-37)

<sup>78</sup> Suç tipinde tanımlanan fiili tek başına gerçekleştiren kişiye doğrudan fail denilmektedir. (TCK m. 37/2)

<sup>79</sup> Suç tipinde tanımlanan fiili başka bir kişiyi araç olarak kullanarak gerçekleştiren kişiye dolaylı fail denilmektedir. (TCK m. 37/2)

<sup>80</sup> “Müşterek faillik suçun icra hareketlerinin birlikte gerçekleştirilmesidir. Müşterek fail suçun işlenmesine etkili bir katkıda bulunmalıdır. Müşterek failler suçun maddi unsurlarını tek başlarına gerçekleştirmek zorunda değildirler. Suçun işlenmesi konusunda yapmış oldukları işbölümü gereğince, maddi unsurlardan bir kısmını gerçekleştirmeleri de yeterlidir. Müşterek failliğin sözkonusu olabilmesi için suçun işleniş üzerinde müşterek hakimiyetin kurulması, failler arasında birlikte suç işleme kararının bulunması ve icra hareketlerine başlanmış olması gereklidir.” Bu açıklamalar ve “Müşterek Faillik” ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Özgenç, s.488-513.

tiyle de katılınması kanaatimizce mümkündür. Bu durumda azmettirenin sorumluluğu da işlenen suçun cezası kadarken (TCK m.38/1) bu suçun işlenmesine TCK 39'ncu maddesinde açıklandığı gibi yardım eden açısından verilecek cezalar daha hafif bir cezayı gerektirecektir. Askerî Ceza Kanununun Ek 8 ve 10'ncu maddeleri gereğince<sup>81</sup>, askerî suçların iştirak hâlinde işlenmelerinde TCK'nun iştirake ilişkin kuralları geçerlidir.

Aslında kanaatimizce AsCK 79/1'nci fıkrasında “*kendi rızasıyla bu hale getir(tmek)*” fiilinin içinde getirilen ve getirenler arasında müşterek failliği gerektiren bir suç ortaklığı barınmaktadır. Nitekim AsCK 79'ncu maddesindeki suç faillerinin rızası ile onlarla anlaşarak kasten sakatlayanlar veya herhangi bir suretle askerliğe yaramayacak bir hale getirenler bu suçun işlenmesine aslında müşterek fail olarak iştirak etmektedirler.<sup>82</sup> Ancak bu husus TCK iştirak hükümlerine göre çözümlenebileceği gibi AsCK 79'daki madde bütünlüğünü bozmamak için, AsCK 80'nci madde düzenlemesine gerek olmadığı ve bu suçun aslında AsCK 79 içinde ayrı bir fıkra düzenlenebileceği düşüncesindeyiz.

<sup>81</sup> AsCK Ek Madde 8: “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. ...” Ek Madde 10: “Bu Kanunda ve diğer ilgili kanunlarda gerekli değişiklikler yapılmıyca kadar, 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun Birinci Kitabında yer alan düzenlemeler bakımından bu Kanunun ek 8 ve 9'uncu maddeleri ... uygulanmasına devam olunur...”

<sup>82</sup> Nitekim Askerî Yargıtay örnek kararlarında müşterek bir anlaşmanın varlığına işaret edilmektedir: “...Yapılan incelemede; 23. Mot.P.A.1. Tb.2.Bl.K.lığı emrinde görevli sanık terhisli Er LK'ün aynı birlikten arkadaşı Er MS'in ailesinin yurtdışından izne gelmesi ve Murat'ın izne ihtiyacı olması üzerine sanığın Murat ile anlaşarak rapor almasını temin amacıyla onun sol koluna sert bir cisimle vurarak sol ulna kemiğini kırdığı ve M'in 15.8.2001 tarihinde bir ay hava değişimine gönderildiği, sanığın kendi sol kolunu da 10.8.2001-19.8.2001 tarihleri arasında kanunî izinde iken 14.8.2001 tarihinde kırdığı, 28.3.2001 tarihinde Askerî Hastaneye revirden sevk belgesi alması için birliğine gönderildiği, bilâhare birliğine döndüğünde, 3-4-5 Eylül 2001 tarihlerinde sırasıyla aynı birlikte görev yaptıkları Er AD, Er ÖK ve Er MK'nin sol kollarını, onlarla anlaşarak hava değişimi almalarını sağlamak amacıyla kırdığı, adı geçenlerin 19.9.2001 tarihinde birbuçuk ay hava değişimine gönderildikleri, böylece sanık LK'ün kendi kolunu kırdırarak suretiyle kendini askerliğe yaramayacak hale getirmeye tam teşebbüs etmek, askerlik görevi yapması gereken dört ayrı şahsı da askerliğe yaramayacak hale getirmeye tam teşebbüs etmek suçlarını işlediği” As.Yar.4D., 30.03.2004, 2004/378-404 EK (TSK Net); “Hâlen terhisli bulunan sanığın, 28'inci Mknz.P.Tug.Dst.Kr.K.lığı emrinde askerlik hizmetini yapmakta iken, olay öncesi tanıştığı 4'üncü Kor.Mu.Bl.K.lığı emrinde görevli diğer sanık Mu.Er.U.E'ün, özel sorunları nedeniyle birliğinden firar etmeyi düşündüğünü söylemesi üzerine, bu Er'e firar etmesine gerek olmadığı, kolunu kırarak hava değişimine gidebileceği yönünde telkinlerde bulunduğu, bu fikri benimseyen U.E'ün, sanık Ş.E'den kolunu kırması hususunda yardım istediği, bu şekilde 03.06.2002 günü Ordudonatım Bölüğünün arkasındaki boş alana gittiklerinde, sanık (Ter.) Bnd. Er Ş.D'in önceden temin ettiği demir çubukla (Ter.) Mu.Er.U.E'ün duvarın üstüne koyduğu sol koluna vurmak suretiyle kırılmasına sebebiyet verdiği, ..Askerî Mahkemenin, sanığın yukarıda açıklandığı şekilde sübuta eren eyleminin “Başkasını askerliğe elverişsiz hale getirmeye teşebbüs” ve diğer sanık (Ter.) Mu.Er.Ulaş ERTÜRK'ün eyleminin ise “Kendisini askerliğe elverişsiz hale getirmeye teşebbüs” suçlarını oluşturduğu yönündeki kabulünde herhangi bir isabetsizlik” görülmediğine karar verilmiştir. As.Yar.3D., 20.07.2010, 20101845-1833 EK. (TSK Net)

Ancak AsCK 80'deki ayrı düzenleme nedeniyle artık AsCK 80'deki suç faillerine müşterek faillğe ilişkin TCK'nun iştirake müessesesine ilişkin (TCK m.37) uygulama yapılmayacak, AsCK 80'nci maddesi gereğince suç failleri AsCK 79'daki suç faili ile aynı ceza uygulamasına tabi olacaktır.<sup>83</sup>

Buna karşın, AsCK 79 ya da 80'deki suç faillerini suça azmettiren ya da yardım edenler açısından TCK'nun iştirake ilişkin hükümleri kanaatimizce burada geçerli olacaktır.

Suç vasfının belirlenmesi açısından AsCK 80'deki suç failinin kastının Mahkeme tarafından araştırılması gerekecektir<sup>84</sup>. Zira arada kendini askerliğe elverişsiz hale getirme konusunda bir anlaşmanın bulunmaması olan halinde AsCK 80'deki suçun failinin eylemi kanaatimizce; ancak TCK'da düzenlenen kasten yaralamanın (TCK m.86) ya da aralarında astlık üstlük durumuna göre askerî ceza kanununda düzenlenen üste fiilen taarruz (AsCK m.91) ya da asta müessir fiil (AsCK m.117) suçlarının konusu olabilir.

### C. İçtima

Fikri içtima kuralı gereğince, işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır. (TCK m.44)

<sup>83</sup> Nitekim Askerî Yargıtay'ın benzer bir düzenleme olan AsCK 81/2'inci fıkrasına ilişkin verdiği bir karar bu görüşü doğrulamaktadır. Konuya ilişkin karar şöyledir: "ASCK'nın 81'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; "Yukarıdaki fıkrada yazan cezalar suç ortaklarına da uygulanır" şeklindeki düzenleme, askerlikten kurtulmak için hile yapan kişilere, bu eylemlerini gerçekleştirmede yardım eden kişilerin suça iştirak etmiş sayılacakları, ancak bu kişilerin iştirak hükümleri çerçevesinde değil "Asli faillere verilen ceza ile cezalandırılacakları" öngörülmektedir. ...Öte yandan; ASCK'nın 81'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, "Askerlikten kurtulmak için hile yapmak" suçunun unsurları ve cezası düzenlenirken, maddenin 2'nci fıkrasında da, "Yukarıdaki fıkrada yazılı cezalar suç ortaklarına da uygulanır." şeklinde düzenleme yapılarak, TCK'nın 37 ilâ 40'ncü maddelerinde tanımlanan iştirakin şekil ve dereceleri aranmaksızın, her ne suretle olursa olsun eyleme iştirak edenlerin, 1'inci fıkra hükmüne göre cezalandırılmaları öngörülmüş olup; bu suç ortakları bakımından TCK'nın 37 ve devamındaki maddelerin uygulama olanağı bulunmadığından, sanık Tbp. Yb. H. T.'a ile ilgili üzerine atılı olan suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulama yapılırken TCK'nın 37 ve sanıklar Sağ. Kd. Bçvş. E. Ç. ile Per. Kd. Bçvş. S. G.'nin üzerine atılı olan suçlardan verilen mahkûmiyet hükümleri ile ilgili olarak uygulama yapılırken TCK'nın 39'uncu maddelerinin uygulanmasının hukuka aykırı olduğuna işaret edilmekle yetinilmiştir". As. Yar. 2D., 29.02.2012, 2012/91-316 EK. (TSK Net)

<sup>84</sup> Askerî Yargıtay, "...Askerî Mahkemenin Direnme hükmü gereğesinde emsal karar olarak gösterdiği Askerî Yargıtay Daireler Kurulunun 24.4.1986 tarih ve 1986/48-44 sayılı içtihadına konu olan olayın, Bölük Komutanı olan sanığın kanuni haklarından fazla olarak izine gönderdiği askerlerle anlaşma yaptığı ve bu anlaşma sonucunda Bölüğe maddi yardımda bulunanları kanuni hakkından fazla ve çok uzun sürelerle izine göndermesi şeklinde cereyan eden farklı bir olay olması dikkate alınarak, Askerî Mahkemenin, sanık Hv.P.Üğm. M. K. Ö. ile fazladan izine gönderdiği Çavuşlar A. Ç. ve Ş. S. ile Onb. M. A. S. arasında bir anlaşma yapıldığı kanıtlanamadığı için, işbu davada suç vasfını Askerlikten Kurtulmak İçin Hile Yapmak olarak nitelendirmesi(nin) isabetli bulunmadığı"na karar verilmiştir. As. Yar. DK., 04.11.1999, 1999/206-195 EK. (As. Yar. Der. S.13, Y.2001, s.202-205)



Özellikle nöbet esnasında işlenen AsCK 79'daki suçun AsCK 136/1-A<sup>85</sup> bendi ve AsCK 130<sup>86</sup>'da açıklanan suçlar ile içtima etmesi mümkündür. Çünkü hizmetin ifası sırasında nöbetçi iken kendini askerliğe elverişsiz hale getirme kasdı ile kendisini yaralayarak nöbetini yapamayacak hale getiren aynı zamanda hem AsCK 136/1-A bendindeki mazarratı mucip olarak kasten “kendisini verilen vazifeyi yapmayacak hale”de getirmekte hem de AsCK 130'a göre, “askeri eşyayı kasten tahrip” etmektedir.<sup>87</sup> Bu durumda AsCK 136/1-A ve AsCK 130 maddesine göre faillere verilebilecek ceza miktarı iki seneye kadar hapis iken AsCK 79/1'e göre beş seneye kadar haptir. TCK 44'ncü maddesinde düzenlenen “farklı neviden fikri içtima kuralı” gereği fail en ağır ceza olan AsCK 79'a göre cezalandırılacaktır.

Yine AsCK 79 gibi serbest hareketli suçlarda hareketlerden birinin gerçekleştirilmesi yeterli olup, serbest hareketlerden birden fazlasının gerçekleştirilmesi hâlinde, hareket sayısınca suç değil, kanaatimizce tek bir suç oluşur.

TCK'da suçların içtimaı bakımından kural olarak benimsenen “gerçek içtima ilkesi”ne göre, tipe uygun fiil sayısı kadar suç, suç sayısı kadar da ceza vardır. Özellikle AsCK 80'deki suç failinin birden fazla kişinin askerliğe elverişsiz hale getirilmesi için yaptığı eylemlerinde, kişi sayısı kadar, ayrı ayrı AsCK 80'nci maddesi gereğince cezalandırılması gerekecektir.

Nitekim Askerî Yargıtay bir kararında, “Önceden yaptıkları anlaşma sonrasında aynı birlikte görev yaptığı dört arkadaşının kollarını değişik tarihlerde sert bir cisimle

<sup>85</sup> AsCK 136/1-A maddesi şöyledir: “Her kim askeri karakolun veya müfrezinin veyahut hususi bir vazife ile mükellef olan bir kısım askerinin kumandanı veya subaylarından veyahut nöbetçi iken kasten veya tekasülünden :A: Kendisini verilen vazifeyi yapmayacak hale korsa... bir mazarratı mucip olursa iki seneye kadar hapis ile cezalandırılır.”

<sup>86</sup> AsCK 130'ncü maddesi şöyledir: “Askeri eşyayı kasten terk veya kısmen yahut tamamen tahrip eden, ...asker kişileri, eşyanın değeri, önemi, meydana gelen hasarın miktarı ve failin işleniş şekline göre üç aydan iki seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.”

<sup>87</sup> Ancak kendini askerliğe elverişsiz hale getirme özel kasdının ortaya konulmadığı durumda suç olaya göre AsCK'da yazılı bir başka (örneğin AsCK 136) suçu oluşturabilir. Nitekim Askerî Yargıtay bir kararı şöyledir: “...Sanık Erin, 23.00-01.00 4 Nolu Kule nöbeti esnasında hamili bulunduğu piyade tüfeğiyle kendini kasten vurduğu söylenememekle beraber, eğer civardan bir ses duymuş olsa dahi, dosya dizi 19 sıradaki Nöbet Genel Talimatına göre, yarım doldurmuşta bulunması gereken piyade tüfeğinin namlusuna derhal mermi sürerek sesin geldiği yere doğru koşmayıp, kütasını ve komşu nöbetçileri düdük, siren çalarak, alarm butonuna basarak, telefonla arayarak haberdar etmesi gerekirken, aksi yönde davranıp tüfeğinin namlusuna mermi sürmek suretiyle sesin geldiği yere doğru koşmak ve bu sırada **tekâsülü** sonucu silahının ateş alarak kendini sol el 2.parmağının uç kısmını koparacak şekilde vurarak yaralamak suretiyle kendini **nöbet vazifesini yapamayacak hâle koyması** ve bu hareketi sırasında bir adet fişek sarf ederek **maddî zarara** ve ayrıca 4 Nolu Kule nöbet hizmetinin bir süre aksamasına bağlı olarak **kıt'a disiplin** ve emniyetini zaafa uğratmak suretiyle **manevî zarara** sebep olmuş bulunması da göz önüne alındığında, iddianamede yazılı eylemi, ASCK'nun 136/1-A,B,C madde ve fıkrası kapsamında giren “dikkatsizlik edenler” suçunu oluşturmasına rağmen, aksi yöndeki görüş ve kabulle kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmeye teşebbüs etmek suçundan ASCK'nun 79/1'inci maddesinin tatbiki ile hüküm kurulması kanuna aykırı bulunduğundan bozma kararı verilmesi” gerekliğine karar vermiştir. As.Yar.3D., 07.06.2004, 2004/721-712 EK. (TSK Net)

vurmak suretiyle kıran ve onların hava değişimine gitmelerini sağlayan sanığın eylemi, müteaddit olarak başkalarını askerliğe elverişsiz hâle getirmeye tam teşebbüs suçunu oluştur(acağına)” karar vermiştir.<sup>88</sup>

## VI. SUÇA İLİŞKİN MUHAKEME ŞARTLARI

AsCK, savaş zamanı dışında, barış zamanı sadece asker kişilere uygulanabilmektir.<sup>89</sup> “Barış zamanında sivil kişilerin Askerî Ceza Kanunu’na tabi suçlarında yargılama merci” başlıklı 13’üncü maddesinde ise; “Askerî Ceza Kanunu’nun 55, 56, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 75, 79, 80, 81, 93, 94, 95, 114 ve 131’inci maddelerinde

<sup>88</sup> “Askerî mahkemeye, sanığın 23.8.2001 tarihinde kendisini, Ağustos 2001 ayı içerisinde Er M.S.’yi, 3.9.2001 tarihinde Er M.K.’yı, Eylül 2001 ayı içerisinde Er A.D.’yi, Eylül 2001 ayı içerisinde Er Ö.K.’yı kollarını kınarak askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs suçlarını işlediği sabit görülerek, ASCK’nın 79/1, TCK’nın 62 ve 59/2’nci maddelerinin beş kez uygulanması ve tayin olunan hüriyeti bağlayıcı cezaları TCK’nın 71’inci maddesi uyarınca toplanması sonucu neticeten 33 ay 10 gün ağır hapis cezası ile cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu hükümler sanık tarafından sebep gösterilmeksizin temyiz edilmiştir. Yapılan incelemede; 1’inci Tb. 2’nci Bl.K.lığı emrinde görevli sanık terhisli Er L.K.’nın aynı birlikte arkadaşları Er M.S.’nin ailesinin yurt dışından izne gelmesi ve M.S.’nin izne ihtiyacı olması üzerine sanığın M.S. ile anlaşarak rapor almasını temin amacıyla onun sol koluna sert bir cisimle vurarak sol ulna kemiğini kırdığı ve M.S.’nin 15.8.2001 tarihinde bir ay hava değişimine gönderildiği, sanığın kendi sol kolunu da 10.8.2001-19.8.2001 tarihleri arasında kanuni izinde iken 14.8.2001 tarihinde kırdırıldığı, 28.3.2001 tarihinde askerî hastaneye revirden sevk belgesi alması için birliğine gönderildiği, bilâhare birliğine döndüğünde, 3-4-5 Eylül 2001 tarihlerinde sırasıyla aynı birlikte görev yaptıkları Er A.D., Er Ö.K. ve Er M.K.’nın sol kollarını, onlarla anlaşarak hava değişimi almalarını sağlamak amacıyla kırdığı, adı geçenlerin 19.9.2001 tarihinde bir buçuk ay hava değişimine gönderildikleri, böylece sanık L.K.’nin kendi kolunu kırdırmak suretiyle kendini askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs etmek, askerlik görevi yapması gereken dört ayrı şahsı da askerliğe yaramayacak hâle getirmeye tam teşebbüs etmek suçlarını işlediği dosyada mevcut tanık beyanları, askerî hastane raporları kesinleşmiş mahkûmiyet hükümleri, bilirkişi mütalâası gibi delillerle sübute ermektedir. Askerî mahkemeye sanığın yazılı olduğu şekilde ASCK’nın 80’inci maddesi göz önüne alınarak ASCK’nın 79/1’inci maddesinin beş kez tatbiki suretiyle mahkûmiyetine karar verilmesinde bir isabetsizlik yok ise de; sanığa verilen hapis cezalarının TCK’nın 71’inci maddesi uyarınca toplanması sonucu neticeten 33 ay 10 gün hapis cezasına hükmedilmesi gerekirken hüküm fıkrasına 33 ay 10 gün ağır hapis cezası şeklinde yazıldığı görülmekle, bu husus yeniden yargılama yapmayı gerektirmeyen maddi bir bata mahiyetinde olduğundan 353 sayılı Kanunun 220/D maddesi uyarınca hükmün düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir.” As.Yar.4D., 30.03.2004, 2004/378-404 EK ((As. Yar.Der., S.17, Y.2005, s.284-285)

<sup>89</sup> “Anayasa’nın “Mahkemelerin Kuruluşu” başlıklı 142’nci maddesinde; “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi ve yargılama usulleri kanunla düzenlenir” şeklinde olduğu, 12.09.2010 tarihindeki referandumla kabul edilerek yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun’la yapılan değişiklik sonucunda Anayasa’nın “Askerî Yargı” başlıklı 145’inci maddesinde; “Askerî yargı, askerî mahkemeler ve disiplin mahkemeleri tarafından yürütülür. Bu mahkemeler; asker kişilerin tarafından işlenen askerî suçlar ile bunların asker kişilerin aleyhine veya askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevlidir. Devletin güvenliğine, anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlara ait davalar her halde adliye mahkemelerinde görülür.Savaş hali haricinde, asker olmayan kişiler askerî mahkemelerde yargılanamaz.Askerî mahkemelerin savaş halinde hangi suçlar ve hangi kişiler bakımından yetkili oldukları; kuruluşları ve gerektiğinde bu mahkemelerde adli yargı hâkim ve savcılarının görevlendirilmeleri kanunla düzenlenir...” hükümlerine yer verilmiştir.

yazılı suçlar, Askerî mahkemelerin yargı yetkisine tabi olmayan sivil kişiler tarafından barış zamanında işlenirse; bu kişilerin yargılanması, adli yargı mahkemeleri tarafından, Askerî Ceza Kanunu hükümleri uygulanmak suretiyle yapılır”<sup>90</sup> şeklinde yeniden düzenlenmiştir.

AsCK 192’nci maddesinde, “Askerî Ceza Kanununun 75, 79’ncu maddelerile 78’nci maddesinin C fıkrasının iki numarasında ve askerî eşyayı satın almak, rehin olarak kabul etmek ve gizlemek fiillerine dair 131’nci maddede yazılı suçlar askerî mahkemelere tabi olmayan siviller tarafından yapılırsa umumi mahkemeler bu kanun hükümlerini tatbik ederler” hükmü gereğince AsCK 79’daki suçun asli faillerinin sivil şahıs olmaları halinde adliye mahkemeleri, suç faillerini AsCK 79’ncu maddesi kapsamında cezalandıracaktır<sup>91</sup>.

Yine 353 sayılı Kanunun, “Müşterek suçlar” başlıklı 12’nci maddesi, Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması gerekçesiyle, iptale konu olmuş ve Anayasa Mahkemesi bu maddenin “eğer suç Askerî Ceza Kanunu’nda yazılı bir suç ise, sanıkların yargılanmaları askerî mahkemelere” ifadesinin Anayasanın 145’inci maddesine aykırı olması sebebiyle bu bölümün iptaline, oybirliğiyle karar vermiştir.<sup>92</sup> Bu karardan sonra artık AsCK 79’daki suçun müşterek faili olan sivil şahısların bu madde gereğince de kesin olarak askerî mahkemelerde yargılanması söz konusu değildir.

Yine burada bahsedilmesi gereken bir durumda suç ortağı olan müşterek failerin Milli Savunma Bakanlığı ya da Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan devlet memurları ya da askerî işyerlerinde çalışan işçiler bakımından değerlendirilmesidir. Zira bunların askerî yargıya tabi olacaklarına ilişkin 353 Sayılı AsYUK’un 10/C bendindeki “Millî Savunma Bakanlığı veya Türk Silâhlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşlarında çalışan sivil personel”in bu kanunun uygulanmasında asker kişi sayılacağı ve askerî yargıya tabi olacağı hükmü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2’nci Dairesinin İçen-Türkiye No: 45912/06 kararı da dikkate alınarak Anayasa Mahkemesinin 20.9.2012 tarih 2012/45-125 Esas Kararı,<sup>93</sup> ile Anayasaya aykırı bulunmuş ve iptal edilmiştir. Aslında aynı şekilde aynı maddenin D bendinde “Askerî işyerlerinde çalışan ve İş Kanununa tabi bulunan işçiler”inde sivil şahıs

<sup>90</sup> Bu madde, madde başlığıyla birlikte 29.6.2006 tarih ve 5530 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.

<sup>91</sup> “Suç tarihinde sivil kişi olan (asker kişi sıfatı bulunmayan) sanığın, kabule göre üzerine atılı kendini askerliğe elverişsiz hale getirmek suçundan As.C.K.’nin 79 uncu maddesi gereğince yargılama yapma görevi ve yetkisi, As.C.K.’nin 192 ve 353 sayılı Kanunun 11 inci maddeleri karşısında umumi mahkemelere ait olduğundan, Askerî Mahkemece görevsizlik kararı verilmesi gerekirken işin esasına girilerek mahkûmiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır.” As.Yar.Gn.Krl., 27.12.1952, 1952/1820-12 EK; As.Yar.DK., 09.02.1989, 1989/60 – 42 EK; As.Yar.DK., 31.03.1994, 1994/28-31 (Nakleden: Kemal Bal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar , Ankara, 2002, s.79-1.)

<sup>92</sup> Anayasa Mahkemesinin 20.09.2012 tarih ve 2012/80-122 EK. RG: 01.12.2012 tarih ve Sayı:28484. [http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm](http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2012/12/20121201.htm) (24.01.2013)

<sup>93</sup> RG: 01.12.2012 tarih Sayı:28484.

kapsamında olmasına rağmen<sup>94</sup> iptali istenen maddenin sadece AsYUK 10/C bendi olması nedeniyle sadece bu bent iptal olmuştur. Ancak Askeri Yargıtay kararları gözönüne alındığında, halen yürürlükte olan AsYUK 10/D bendinde, sivil şahıs statüsünde olan işçilerinde AsCK 80'deki suçun suç ortağı olmaları halinde yine sivil yargı mercilerinin görevli olacağı değerlendirilmektedir.

Suçun AsCK 80'nci maddesine göre başkası tarafından işlenmesi ve bu şahsın sivil olması durumunda fail yine adliye mahkemesinde, AsCK 80'nci maddesi kapsamında yargılanırken AsCK 79'daki suçun faili ise askerî mahkemede yargılanacaktır. Bu durumda her iki mahkemenin kararlarının birbiri ile çelişmemesi gerekecektir.

Burada suçun müşterek olarak işlenmesi halinde en büyük zorluk, müşterek faillerden birinin asker diğeri sivil şahıs olmaları halinde aynı konuda biri sivil diğeri askerî mahkemede yargılama yapacak mercilerden içtihat farklılıklarından dolayı farklı kararlar çıkma olasılığıdır. Bu durumun sanıklar ya da suç ortaklarının mağduriyetlerine yol açan hukuki sorunlara neden olma ihtimali kanaatimizce mümkündür. Zira AsCK 79'daki suç oluşmadan 80'deki suç ortaklarının suçu da oluşmayacaktır. Bu husus gözönüne alındığında suç ortağını yargılayacak yargılama merciinin, diğer mahkemenin kararını *bekletici mesele* yapması uygun olacaktır. AsCK 81/1'den hüküm kuran mahkeme kararının kesinleşmesi durumunda ise bu karar artık diğer mahkeme bakımından kendi içtihatlarına aykırı olsa da bağlayıcı olacaktır. Her iki yargı merci arasındaki içtihat farklılıklarının ise suç failleri açısından *adil yargılanma ilkesini* zedeleyici bir durum oluşturabileceği ve mağdur olan kişilerin anayasa şikayeti yoluyla bu durumu Anayasa Mahkemesine götürebilecekleri değerlendirilmektedir.

<sup>94</sup> "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6/1'inci maddesinde belirtilen adli yargılanma hakkı, Anayasa'nın 36'ncı maddesinde doğrudan düzenlenmiş ve bu ilkeyi destekleyici hükümler ve hukuk sistemimizin işleyişi ve bütünlüğü açısından, 353 sayılı Kanun'un 10/C-D maddeleri, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 3'ncü maddesinin 1'nci fıkrasındaki "Millî Savunma Bakanlığı ile Türk Silahlı Kuvvetleri kadro ve kuruluşunda çalışan sivil personel" ibaresi, 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 3'ncü maddesinin 2'nci fıkrasının Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturduğu anlaşılmış ise de; Anayasamızın, Anayasaya aykırılığın diğer mahkemelerde ileri sürülmesi başlıklı 152'nci maddesinde bir davaya bakmakta olan mahkemenin davada uygulanacak bir kanun yada kanun hükmünde kararnamenin hükümlerinin Anayasaya aykırılığını ileri sürebileceğinin belirtilmesi karşısında, müsnet davada uygulanacak Kanun hükmünün 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesi olması sebebiyle 353 sayılı Kanun'un 10/C maddesinin Anayasa'nın 2, 10, 36 ve 145'inci maddelerine aykırılık oluşturması nedeniyle, bu fıkranın iptali istemiyle T.C. Anayasasının 152'nci maddesi gereğince Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, gerekçeli kararın ve dava dosyasının onaylı suretinin Anayasa Mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir."

## VII. YAPTIRIM

### A. Asli ve Fer'i Cezalar

AsCK 79'ncü maddesinde suç failleri için “*bir seneden beş seneye kadar hapis*”, fiil her nevi askerî maksatlar için çalışmak kabiliyetini mahvetmiş ise yedi seneye kadar ağır hapis, fiil seferberlikte yapılmışsa on seneye kadar ağır hapis, düşman karşısında yapılmışsa yapan ölüm cezası öngörülmektedir.<sup>95</sup>

AsCK 1/1'nci fıkrasının<sup>96</sup>, TCK'na yaptığı genel atıf dolayısıyla hapis cezaları bakımından TCK'nun genel hükümleri<sup>97</sup> uygulanacağından artık askerî ceza kanununda yer alan “*ağır hapis cezası*” ifadelerinin “*hapis cezası*” olarak ele alınması gerekecektir.<sup>98</sup>

AsCK 79'ncü maddesinde ağır hapis cezalarının alt sınırı gösterilmemiştir. AsCK Ek 9'ncü madde düzenlemesi<sup>99</sup> ile askerî ceza kanununda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları bir sene olarak belirlenmiştir.

Yine AsCK 79'ncü maddesinde askerî ceza kanununda bazı suçlarda yer verilen “*az vahim hal*” uygulamasına yer verilmemiş, sadece netice sebebiyle ve seferberlik ve harp hallerinde cezanın ağırlaştırılması öngörülmüştür.

Asker kişiler hakkında hükmolunacak fer'i askerî cezalar, TSK'nden çıkar-

<sup>95</sup> AsCK m. 1/f.2'ye göre, AsCK'nın ölüm, ağır hapis ve hapis cezaları ile cezalandırdığı suçlar askerî cürümlerdir. AsCK'nın kısa hapis cezası ile cezalandırdığı suçlar ise, askerî kabahatlerdir. Böylece AsCK askerî suçları askerî cürümler ve askerî kabahatler şeklinde ikiye ayırmaktadır.

<sup>96</sup> Bu husus AsCK m. 1/1 fıkrasında; “Türk Ceza Kanununa göre cürümler ve cezalar hakkında umumî suretle cari olan esaslar bu kanunda hilâfi yazılı olmadıkça askerî cürümler ve cezalar hakkında da tatbik olunur” şeklinde açıklanmaktadır.

<sup>97</sup> TCK'da hapis cezaları ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olarak üçe ayrılmaktadır. (TCK m. 46).

<sup>98</sup> Benzer açıklama için bkz. Kangal, s.143.

<sup>99</sup> *AsCK Ek Madde 9'a göre; Bu Kanunda alt sınırı belirtilmeyen ağır hapis cezalarının alt sınırları “bir sene” olarak uygulanır. 5329 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde bu husus şöyle açıklanmaktadır: “26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 5 inci maddesi hükmü ve gerekçesi; 1.3.1926 tarihli ve 765 sayılı Türk Ceza Kanununun 10 uncu, 22.5.1930 tarihli ve 1632 sayılı Askerî Ceza Kanununun 1 inci ve yeni Türk Ceza Kanununun Hükümet Tasarısının 3 üncü maddesi hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun genel hükümlerine aykırı olan özel ceza kanunları ile ceza hükümleri içeren diğer kanunlardaki hükümlerin hükümsüz kalacağına şüphe bulunmamaktadır.1 Nisan 2005 tarihinden itibaren bazı askerî mahkemeler ve disiplin mahkemelerince 1632 sayılı Kanunun ve 16.6.1964 tarihli ve 477 sayılı Kanunun 5237 sayılı Kanuna aykırı hükümlerinin uygulanmasına son verileceği açıklar...Ayrıca, 1 Nisan 2005 tarihinden itibaren ağır hapis cezalarının hapis cezasına dönüşecek ve bu sebeple Askerî Ceza Kanununda alt sınırı belirtilmemiş ağır hapis cezalarının alt sınırının bir yıldan bir aya inecek olması nedeniyle, bu hükümden etkilenen suçlardan mahkûm olanlar hakkındaki kesinleşmiş veya infaz edilmekte olanlar ile ilgili dava dosyalarının yeniden ele alınması gibi mahkemelerin iş yüklerinin gereksiz yere artırılmasına ve diğer davalar için ayrılması gereken zamanın azalmasına yol açılmasına engel olmak üzere bazı suçların cezalarının alt sınırının yeniden belirlenmesine ihtiyaç duyulmuştur.”* <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss849m.htm> (18.12.2012)

ma<sup>100</sup>, rütbenin geri alınması ve askerî öğrencilik hukukunu kaybettirmedi. (AsCK m.29) Fer'î askerî cezalara hükmedilirken, failin suçu işlediği andaki sıfatı dikkate alınır. Fail suç tarihinden sonra emekliye ayrılma ya da TSK ile ilişkisi kesilse de koşulları varsa, fer'î cezalara karar verilmelidir.<sup>101</sup>

Ayrıca 1111 Sayılı Askerlik Kanununa göre, kendilerini askerliğe elverişsiz hale getirmeye veya getirtmeye teşebbüs ettikleri mahkeme kararı ile sabit olan erbaş ve erlerin yargılanmalarına esas eylemleri dolayısıyla ortaya çıkan rahatsızlıklardan ötürü yatarak gördüğü tedaviler veya istirahatte ya da hava değişiminde geçirdikleri süreler muvazzaf askerlik hizmetlerinden sayılmayacaktır.(1111 SK. m.78/5)

## B. Erteleme/ Adli Para Cezasına Çevrilme

TCK'nun 51'inci maddesinde sadece hapis cezasının ertelenmesini kabul eden düzenlemesi kural olarak askerî suçlar bakımından da geçerli olup AsCK 47'inci maddesinde bu kurala bazı istisnalar getirerek bazı suçlardan dolayı verilen cezaların ertelenemeyeceğini öngörülmekteydi.

AsCK 47'inci madde düzenlemesi; *“Türk Ceza Kanununun birinci kitabının müstakil faslında yazılı olan cezaların tecili hakkındaki kaideler aşağıdaki hükümler nazara alınmak şartıyla askeri şahıslar hakkında da tatbik olunur.A) Askerî mahkemelerden Askerî Ceza Kanununun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez ve para cezasına veya tedbirlerden birine de çevrilemez. Aynı Kanunun Üçüncü Babının Üçüncü Fıslı ile 84 üncü maddesi hariç olmak üzere 5 nci ve 130 uncu maddeleri hariç olmak üzere sekizinci fasıllarında yazılı suçlardan dolayı verilen cezalar tecil edilemez. Ancak fiili işlediği zaman onsekiz yaşını doldurmamış çocuklarla, hüküm zamanında yetmiş yaşına girmiş olanların mahkûm oldukları bir seneden az hapis cezaları tecil olunabilir...”* şeklindeydi.

Ancak Askeri Yargıtay Daireleri ile bazı askeri mahkemelerin itirazı ile; *“1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendiyle anılan Kanun'un üçüncü babının 4. faslında düzenlenen suçlar nedeniyle hükümlenilen ce-*

<sup>100</sup> “Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası” başlıklı AsCK 30'uncu maddesi şöyledir: *“Aşağıda yazılı hallerde subay, astsubay, uzman jandarmalar ve özel kanunlarında bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler hakkında, askerî mahkemeler veya adliye mahkemelerince asıl ceza ile birlikte, Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilir. Bu husus mahkeme hükmünde belirtilmemiş olsa dahi, Silahlı Kuvvetlerden çıkarmayı gerektirir.A) Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere ölüm, ağır hapis, bir seneden fazla hapis cezası ile hükümlülük halinde,B) Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlarla basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı veya şeref ve haysiyeti kırıcı suçtan veya istimal ve istihlak kaçakçılığı hariç kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle hükümlülük halinde. Taksirli suçlardan verilen cezalar hariç olmak üzere, askerî mahkemelerde üç aydan fazla hapis cezası ile birlikte Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası da verilebilir.”*

<sup>101</sup> Erman, s.251; Kangal, s.149.

zalara ilişkin erteleme, tedbir ya da para cezasına çevrilme yasağı ile 3., 5. ve 8. fasılarda düzenlenen suçlara ilişkin erteleme yasağının, ...aynı hukuki durumda bulunan kişiler arasında eşitsizlik yarattığı; mahkemelerce suça etki eden faktörlerin yeterince değerlendirilip failin ve fiilin özellikleri dikkate alınarak hükmolunacak cezanın şahsileştirebilmesi imkânını ortadan kaldırdığı ve ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil ettiği belirtilerek, itiraz konusu kuralların Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”<sup>102</sup>

Anayasa Mahkemesi 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararında<sup>103</sup> özet olarak; “Askerlik hizmetinin ulusal güvenliğin sağlanmasındaki belirleyici yeri ve ağırlığı, sivil yaşamda suç oluşturmayan ya da önemsiz görülebilecek cezaları gerektiren kimi eylemlerin askeri suç olarak kabul edilmelerini ve ağır yaptırımlara bağlanmalarını gerekli kılabilir. Ancak, askeri ceza hukuku alanında da suç ile suça karşılık gelen yaptırımlar ve tedbirler arasında makul, kabul edilebilir, amaçla uyumlu bir orantının sağlanması, hukuk devleti olmanın gereğidir” şeklinde bir gerekçe ile AsCK 47. maddesinin birinci fıkrasının, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12. maddesi ile değiştirilen (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerinin Anayasa'nın 2.'inci maddesine aykırı olduğundan iptaline karar vermiştir.<sup>104</sup>

Bu karar sonucu daha önce AsCK 47/A maddesinde yer alan istisna hükmü gereği ertelenmesi, para cezasına ya da tedbirlerden birine çevrilmesi mümkün olmayan AsCK Üçüncü Bap Dördüncü Fasılda yer alan askerî suçlardan biri olan AsCK 79 ve 80'inci maddelerinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesi artık mümkündür.

Yine bir diğer hususta AsCK 79 ve 80'deki suçların kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlara çevrilip çevrilmeyeceği hususudur. AsCK Ek 8/2'inci fıkrasında; “Sırf askerî suçlar ile bu Kanunun Üçüncü Babının Dördüncü Faslında yazılı suçlar hakkında, kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar ile ön ödeme hükümleri uygulanmaz” hükmü yer almaktaydı.

Bu fıkra da, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı aynı kararına konu edilerek yukarıdaki aynı gerekçe ile “sırf askeri suçlar ile 1632 sayılı Kanun'un üçüncü babının dördüncü faslında düzenlenen suçlarla ilgili olarak hükmolunacak cezalar hakkında 5237 sayılı Kanun'un kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan);... Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.” Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir<sup>105</sup>

<sup>102</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

<sup>103</sup> RG: 23 Ocak 2013 tarih S:28537.

<sup>104</sup> <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

<sup>105</sup> Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: “5237 sayılı Kanun'un 49. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmedilen bir yıl veya daha az

Bu karara göre AsCK 79 ve 80'inci maddelerinden ceza alan suç faillerinin cezalarının şartları varsa; kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlardan birine çevrilmesi artık mümkündür.

AsCK Ek Madde 10/son fıkrasında; “*Bu Kanunda yazılı suçlarla ilgili olarak 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 231'inci maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları uygulanmaz*” hükmü yer almaktadır.

Yine bu fıkra da Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararına aynı gerekçe ile konu edilerek, “*1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlarla ilgili olarak 5271 sayılı Kanun'un 231. maddesinin beş ilâ ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kuralların uygulanmamasının asker ve sivil kişiler arasında eşitsizlik yarattığı(ndan) ...kuralın, Anayasa'nın 2. ve 10. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*” Nitekim Anayasa Mahkemesi itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2'inci maddesine aykırı olduğundan iptali gerektiğine karar vermiştir.<sup>106</sup>

*süreli hapis cezası, kısa süreli hapis cezası olarak adlandırıl(dığı); 50. maddenin birinci fıkrasında ise kısa süreli hapis cezası yerine uygulanabilecek seçenek yaptırımlar gösterilerek bu konuda hâkime takdir yetkisi tanın(dığı), Kanun'un 50. maddesi gereğince kısa süreli hapis cezasının, suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına, mağdurun veya kamunun uğradığı zararın tamamen giderilmesine, en az iki yıl süreyle bir eğitim kurumuna devam etmeye, belirli yerlere ya da belirli etkinliklere katılmaktan yasaklanmaya, ilgili ehliyet ya da ruhsatın geri alınmasına veya belirli meslek ya da sanayi yapmaktan yasaklanmaya yahut kamuya yararlı bir işte çalışmaya çevrilebilmesi imkânı bulun(duğu), İtiraz konusu kural, kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıkların toplum içinde özgürlükleri kısıtlanmadan, cezaevlerinin olumsuz etkilerinden de kurtarılarak, topluma sosyal bağları koparılmadan ve hayatın normal akışı değişmeden ıslah edilmelerine engel teşkil etmekte ve sanıklarda gözlenen iyi halin ve pişmanlığın değerlendirilememesi sonucunu ortaya çıkar(dığı), Sonuç olarak kısa süreli hapis cezasına mahkum olan sanıklar yönünden seçenek yaptırımlara çevrilme yaşağı öngören itiraz konusu kuralın, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturduğu, Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerek(tiğine)” karar vermiştir. <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)*

<sup>106</sup> Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı kararının gerekçesinde özetle: “...Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumu günümüzde Batı Avrupa ülkelerinin çoğunun ceza mevzuatında yer alan bir kurumdur. Özellikle 1950'li yıllardan sonra Kıta Avrupası ceza hukukuna girmiş olan bu kurum, ilk olarak Anglo-Sakson hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu kurum, yargılanması tamamlanmış olan sanığın belli bir süre denetim altında tutulması esasına dayanır. Hâkim, sanığın suçluluk ve kusurluluğunu saptamakla beraber cezaya hükmetmeyi geriye bırakmakta ve onu belirli bir süre içinde denetim altında tutmaktadır. Tabii tutulduğu denetim süresi içinde davranışları olumlu bulunduğu takdirde sanık için bir mahkumiyet kararı verilmemektedir. Böylece deneme süresini başarıyla geçirmiş olan sanık, hükümlü olma süreci dışına çıkarılmaktadır. Sanıkların toplumda suçlu olarak damgalanmaması ve topluma normal bireyler olarak tekrar kazandırılması kurumun temel amaçlarındanadır. ...1632 sayılı Kanun'da düzenlenen suçlara ilişkin olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilmesine engel teşkil eden itiraz konusu kuralın, askeri yargının özellikleri dikkate alınarak askeri yargı sisteminde uygulanan askeri disiplinin tesisi amacıyla getirildiği



Anayasa Mahkemesinin bu kararından sonra, AsCK 79 ve 80'inci maddelerinden yargılanan suç faillerinin cezaları hakkında şartları varsa CMK 231. maddesinin beş ila ondördüncü fıkraları arasında düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kural artık geçerli olacaktır.

## SONUÇ

Devletin kendi varlığını koruması ve devam ettirmesi zorunluluğunun bir sonucu olarak orduya ve milli savunmanın düzenlenmesine ihtiyaç bulunmaktadır.<sup>107</sup> Bir ordunun varlığı ise “*hazır bulunmak*” ve “*emre itaat etmek*” gibi iki önemli yükümlülüğün bir arada bulunmasını gerektirmektedir.<sup>108</sup> 4551 Sayılı Kanunun genel gerekçesinde, “*Askerlik görevinden kurtulmak isteyen suçlular etkili bir şekilde cezalandırılmadıkları takdirde, suç işleme temayülünde bir artış olduğu ve disiplinin bozulduğu(nun) gözlen(diği)*”<sup>109</sup> açıklanmıştır. Bizimde katıldığımız bu açıklamaya karşılık, Anayasa Mahkemesinin 17.01.2013 tarihli, 2012/80 E. 2013/16 K. Sayılı iptal kararı ile AsCK 79 ve 80'deki suç faillerinin cezalarının şartları varsa artık ertelenmesi, para cezası ya da tedbirlerden birine çevrilmesinin suç failleri için etkili bir cezalandırmadan çok uzak aksine ordu içindeki disiplini zedeleyici bir karar olduğu değerlendirilmektedir.

AsCK 79'ncü maddesinde, özellikle bu suçun henüz askere alınmadan yoklama döneminde bulunan sivil şahısları da kapsadığı düşüncesindeyiz. Ancak AsCK 79'ncü maddesinde bu hususun tıpkı AsCK 81'deki gibi (“*Askerlik çağı içinde bulunanlardan...*”) vurgulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Ayrıca yoklama dönemindeki yükümlülerin askerliklerine karar aldırırken yapılacak muayenelerinde askerliğe elverişsiz olmalarında şüpheye düşülmesi halinde

*anlaşılmaktadır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılması, aynen erteleme ve kısa süreli hapis cezasına seçenek yaptırımlar gibi hükmün ve cezanın kişiselleştirilmesi kurumlarından biridir. İtiraz konusu kurala, askeri disiplinin tesisi gerekçesiyle suçların işleniş şekli, ağırlığı ve korunan hukuki menfaat gibi hususlarda herhangi bir ayırım gözetilmeksizin 1632 sayılı Kanun'da düzenlenen tüm suçlar yönünden hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanamaması, ceza adaleti ile güdülen amaca uygun olmadığı gibi cezanın kişiselleştirilmesinde hâkime tanınan takdir hakkını da ortadan kaldırmaktadır. Sonuç olarak iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılan sanıklar açısından hükmün açıklanmasının geri bırakılmasının uygulanmasına engel olan itiraz konusu kural, 1632 sayılı Kanun'un 47. maddesinin birinci fıkrasının (A) bendinin birinci ve ikinci cümlelerine ilişkin gerekçede belirtilen nedenlerle ceza hukukunun temel prensiplerinden olan cezanın kişiselleştirilmesi ile ölçülülük ilkesine ve dolayısıyla hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 2. maddesine aykırıdır. İptali gerekir.”*<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/01/20130123-22.htm> (25.01.2013)

<sup>107</sup> Erman, s.1.

<sup>108</sup> Sahir Erman, “*Askeri Yargı*”, Askerî Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994, s.6-7.

<sup>109</sup> Bu açıklama için 22/03/2000 tarihli 4551 Sayılı Kanunun Genel Gerekçesine bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss214m.htm>.(18/12/2012)

bu husus mutlaka soruşturulmalıdır. Yine AsCK 80'nci maddesindeki düzenlemenin yukarıda belirtilen gerekçelerle gereksiz olduğu ve bu maddenin AsCK 79'ncü maddesi içinde ayrı bir fıkrada düzenlenmesinin madde bütünlüğü açısından daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

### KAYNAKÇA

- Artuk** Mehmet Emin, **Gökçen** Ahmet, **Yenidünya** Caner, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Ankara, 2011.
- Bal** Kemal, Askerî Ceza Kanunu İle İlgili İçtihatlar, Ankara, 2001.
- Centel** Nur, Türk Ceza Hukukuna Giriş, Birinci Bası, İstanbul, 2001.
- Çelen** Orhan, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 2001.
- Demirağ** Fahrettin, Askerî Ceza Kanunu, Ankara: Genelkurmay Basımevi, 2000.
- Duran** Gökhan Yaşar, Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, İstanbul 2010, s.65-72.
- Erem** Faruk, **Danışman** Ahmet, **Artuk** Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Ankara, 1997.
- Ergül** Ergin, “*Askerî Yargıtay Kararları Işığında Kendini Askerliğe Yaramayacak Hale Getirmek Suçu*”, Askerî Adalet Dergisi, S.100, Eylül-1997.
- Erman** Sahir, Askerî Ceza Hukuku, C. 1, 7. Bası, İstanbul 1983.
- Erman** Sahir, “*Askerî Yargı*”, Askerî Adalet Dergisi, Yıl:22, S.90, Mayıs-1994.
- İçel** Kayhan, Sokollu (Akıncı) Füsün, **Özgenç** İzzet, **Sözüer** Adem, **S.Mahmutoğlu** Fatih, **Ünver** Yener, Suç Teorisi, 2.Bası, İstanbul, Eylül 2000.
- Kangal** Zeynel T., Askerî Ceza Hukuku, Ankara, 2010.
- Mis** Olcay, Açıklamalı, içtihatlı, Askerî Ceza Kanunu, İstanbul, 1976.
- Önder** Ayhan, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, İstanbul, 1992, C.II.
- Özbakan** Hulusi, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 1990.
- Özgenç** İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), Üçüncü Bası, Ocak 2006.
- Tutumlu** Mehmet Akif, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik Genel ve Özel hükümler, Ankara, 1999.