

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

ASTA MÜESSİR FİİL SUÇU

HAZIRLAYAN

Taha Yasin UÇAR

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Prof.Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

ANKARA - 2024

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

26/03/2024

Öğrencinin Adı, Soyadı:Taha Yasin UÇAR
Öğrencinin Numarası:22110382
Anabilim Dalı:Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Programı:Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı
Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı:Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ
Tez Başlığı:Asta Müessir Fiil Suçu

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 142 sayfalık kısmına ilişkin, 26 / 03 / 2024 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı %13' dür. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

ONAY

Tarih: 26 / 03 / 2024

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:
Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ

.....

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın her aşamasında bilgisi, birikimi ve desteğini hiç esirgemeyen akademik anlamda verdiği ufuk açıcı bilgiler neticesinde ceza hukukuna bakışımı geliştiren, yönlendirici ve kıymetli fikirleri ile katkı sunan pozitif bir kişilik sahibi olan danışman hocam Sn. Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ' ye çok teşekkür ederim.

Tez çalışmam sırasında güler yüzünü hiç esirgemeyerek bana yoldaşlık eden, kendisine vakit ayıramadığım zamanları anlayışla karşılayan, verdiği koşulsuz ve sonsuz destek için kıymetli eşim Öznur'a çok teşekkür ederim.



ÖZET

Taha Yasin UÇAR, Asta Müessir Fiil Suçu, Başkent Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı, 2024.

Asta müessir fiil suçu, Askeri Ceza Kanunu'nun 117'nci maddesinde düzenlenmiş bir askeri suç tipidir. Fail ve mağdur asker kişi olmak zorundadır. Suçu düzenleyen kanun maddesi yürürlüğe girdiği tarihten günümüze kadar neredeyse hiç değişikliğe uğramamıştır. 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda şahıslara karşı müessir fiil düzenlenmiş iken 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte müessir fiil kavramı yerine yaralama ifadesi kullanılmıştır. Suçun temel şekli Askeri Ceza Kanunu'nun 117'nci maddesinde, nitelikli halleri 118'inci maddesinde ve hukuka uygunluk sebepleri 119'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Asta müessir fiil suçu genel itibariyle neticeli bir suçtur. Bu bakımdan teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Failin üst veya amir olması gerektiğinden suça iştirak noktasında suça katılanların mağdura göre astlık üstlük ilişkisinin tespit edilmesi gerekmektedir. Şayet suça iştirak eden kişi mağdurdan rütbe ve kıdemce altta ise üste fiili taarruz suçu oluşacaktır. İştirak eden kişi asker kişi değilse genel hükümlere göre suç tipi ve ceza tayin edilmelidir. Kasten yaralama suçunun maddi unsurlarını taşıdığından dolayı asta müessir fiil suçunda zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Fikri içtima somut olaya göre değerlendirilmelidir. Asta müessir fiil suçu, görev suçu olduğundan failin yargılanması için yetkili makamdan soruşturma izninin alınması gerekmektedir. Suçun yaptırımını olarak öngörülen ceza iki yıl süreli hapis cezası, nitelikli hali için beş yıl süreli hapis cezası ve müessir fiil suçu sonucunda ölüm meydana gelmişse verilecek ceza asgari on yıl olarak tayin edilecektir. Suç şikâyeteye tabi değildir. Bu bağlamda kovuşturması re'sen icra edilir.

Anahtar Kavramlar: Şiddet eylemi, müessir fiil, askeri suç, ast, üst.

ABSTRACT

Taha Yasin UÇAR, Subordinate Effective Action Crime, Başkent University, Institute of Social Sciences, Public Law Master's Program with Thesis, 2024.

Subordinate offense is a type of military crime regulated in Article 117 of the Military Penal Code. The perpetrator and the victim must be soldiers. The article of the law regulating the crime has not undergone any change from the date of its entry into force. While the Turkish Penal Code No. 765 regulated the effective action against individuals, with the entry into force of the Turkish Penal Code No. 5237, the term "injury" was used instead of the concept of "effective action". The basic form of the offense is regulated in Article 117 of the Military Penal Code, the qualified cases are regulated in Article 118 and the reasons for compliance with the law are regulated in Article 119. The crime of subordinate effective act is a crime with consequences. In this regard, it is possible to apply the provisions of the enterprise. Since the perpetrator must be a superior or a superior, it is necessary to determine the subordinate-superior relationship of those who participate in the crime at the point of participation in the crime, according to the victim. If the person participating in the crime is lower in rank and seniority than the victim, the crime of attacking the top will occur. If the participant is not a military person, the crime should be determined according to the general provisions. Since it carries the material elements of the crime of willful injury, the provisions of the chain crime are not applied in the crime of subordinate active act. The intellectual gathering should be evaluated according to the concrete event. Since the crime of subordinate act is a duty crime, it is necessary to obtain an investigation permission from the competent authority in order to prosecute the perpetrator. The penalty envisaged as the sanction of the crime will be a two-year prison sentence, a five-year prison sentence for the qualified case, and a minimum of ten years if death has occurred as a result of the crime. The crime is not subject to complaint. In this context, the prosecution is carried out ex officio.

Keywords: Violent act, wounding, military offense, subordinate, superior.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	vii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ASKERİ CEZA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

I. Askeri Ceza Kanunu'nun Temel Özellikleri	3
A. Askeri Ceza Hukuku Açısından Temel Kavramlar	4
B. Askeri Ceza Kanunu Kapsamındaki Yaptırımlar	7
C. Askeri Suç-Sırf Askeri Suç Kavramı.....	11
II. Asta Müessir Fiil Suçunun Tarihsel Süreci	19
A. Antik Dönem	20
B. Roma Dönemi.....	21
C. Moğol Dönemi.....	23
D. Osmanlı Dönemi.....	24
III. Karşılaştırmalı Hukuk.....	27
A. Genel Olarak.....	27
B. Alman Hukuku	28
C. İtalyan Hukuku	29
D. Fransız Hukuku	30
E. Amerikan Hukuku.....	30
IV. Uluslararası Düzenlemeler	31
V. Ulusal Mevzuat	33
VI. Benzer Suçlar Yönünden Değerlendirme	34
A. Kasten Yaralama	34
B. Cebir	38
C. İşkence	41
D. Kötü Muamele.....	43

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL ESASLAR, SUÇUN UNSURLARI, SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMİ, SUÇU ETKİLEYEN HALLER

I. Suçun Hukuki Konusu, Fail, Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Suçun Maddi Konusu	46
A. Suçun Hukuki Konusu.....	46
B. Fail, Mağdur ve Suçtan Zarar Gören	47
1. Fail	47

2. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören	49
C. Suçun Maddi Konusu	51
II. Fiil	52
A. Genel Olarak.....	52
B. Hareket.....	56
1. İtip Kakmak	60
2. Dövmek	62
3. Sair Suretlerle Cismen Eza Vermek	63
4. Sıhhatini Bozacak Hallerde Bulunmak	64
5. Tazip Maksadıyla Astın Hizmetini Lüzumsuz Yere Güçleştirmek.....	65
6. Astın Diğer Askerler Tarafından Tazip Edilmesi veya Suimuamelede Bulunulmasına Müsamaha Gösterilmesi	67
C. Netice.....	69
D. Nedensellik.....	70
III. Hukuka Aykırılık	71
A. İhlal.....	71
B. Hukuka Uygunluk Nedenleri.....	72
1. Kanunun Emrinin Yerine Getirilmesi.....	73
2. Yetkili Mercinin Emrini Yerine Getirme	74
3. Meşru Savunma	76
4. Zorunluluk Hali	81
5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması.....	83
IV. Kusurluluk	84
A. Genel Olarak.....	84
B. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler.....	86
1. Fail ile Fiil Arasındaki Manevi Bağ Ortadan Kaldıran Nedenler.....	87
2. Hata.....	89
3. Manevi Cebir ve İstenemezlik İlkesi	91
V. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller	93
VI. Suçun İşleniş Biçimleri ve Suçu Etkileyen Haller.....	96
A. Genel Olarak.....	96
B. Teşebbüs	96
C. İştirak	97
D. İctima.....	99
E. Suçu Etkileyen Haller	101

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
MUHAKEME VE YAPTIRIM

I. Soruşturma.....	103
A. Ön İnceleme	105
B. İşleme Konulmama Kararı.....	111
C. Soruşturma İzni.....	115
II. Kovuşturma	129
A. Genel Olarak.....	129
B. Uyuşmazlıklar Arasında Bağlantı ve Askerî Suçun Birleştirilme Zorunluluğu	132
1. Bağlantı.....	133
2. Askerî Suçların Birleştirilmesi Zorunluluğu	135
III. Yaptırım	136
SONUÇ.....	138
KAYNAKÇA	143

KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AsCK.	: Askeri Ceza Kanunu
As.	: Askeri
As. Öğr.	: Askeri öğrenci
As. Yrg.	: Askeri Yargıtay
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BİM	: Bölge İdare Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CBK	: Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CD.	: Ceza Dairesi
CGK.	: Ceza Genel Kurulu
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
D1D	: Danıştay 1. Dairesi
D2D	: Danıştay 2. Dairesi
D8D	: Danıştay 8. Dairesi
DK	: Daireler Kurulu
E.	: Esas
ET	: Erişim Tarihi
HSK	: Hâkim Savcılar Kurulu
İDD	: İdari Dava Dairesi
İç Hiz. K.	: İç Hizmet Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
K.	: Kanun
Kar.	: Karar
md.	: Madde
MİT	: Millî İstihbarat Teşkilâtı
M.Ö.	: Milattan Önce

M.S	: Milattan sonra
MSB	: Millî Savunma Bakanlığı
MSÜ	: Millî Savunma Üniversitesi
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
nu.	: Numara
para.	: Paragraf
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
Say.	: Sayılı
T.	: Tarih
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TSK	: Türk Silahlı Kuvvetleri
UMC	: Uyuşmazlık Mahkemesi Ceza Bölümü
vd.	: Ve devamı
v.d.	: Ve diğerleri
vs.	: Vesaire
Yrg.	: Yargıtay
YÜHFD	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Tarihin başlangıcından günümüze kadar geçen süreçte askeri yetki ve sorumlulukların ve bu alana uygulanan hukuk kurallarının genel hukuk kurallarından ayrı, özel bir alan oluşturduğu görülmektedir. Toplumlar özgürce yaşamak için tarih boyunca güçlü ordulara ihtiyaç duymuştur. Tarih içerisinde güçlü ordular bazı zamanlar devletlerin siyasetine yön vermiş bazı zamanlar yönetime ortak olmuştur. Bu bağlamda asker, hukuk kuralları ile frenlenmesi ve aslı görevlerine odaklanması gereken bir meslek ya da yaşam tarzı olarak karşımıza çıkmaktadır. Özünde Silahlı Kuvvetler; ülke bağımsızlığının korunmasında, demokratik değerler ile özgürlüklerin kullanılmasında ve yurt savunmasında hayati öneme sahiptir. Yüklenmiş olduğu ağır ve ulvî sorumlulukları yerine getirirken kendisine tanınmış olan yetkileri kullanır. Yetki kullanımının akış şeması hiyerarşik yapıyı esas alır. Hiyerarşik yapıya sahip askerlik mesleğinde üst, ast, makam, amir ve emir kavramı temel olarak karşımıza çıkar. Askerliğe dair hukuk kuralları, askeri suç ve cezaların tespiti ile cezaların ağırlığı ve infazı suçun faili ve mağdurunun yukarıda adı geçen hangi statüler içinde olduğuna göre değişmektedir.

Bu bağlamda asta müessir fiil suçu, Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiş bir suç tipidir. Suçun işlenmesi noktasında failin ve mağdurun asker kişi olması hasebiyle hem mağdur hem de fail sadece asker kişi olabilmektedir. Öte yandan ceza hukukumuzda bir suçun unsurlarını incelerken; fiil, hukuka aykırılık ve kusurluluk ana başlıkları altında suç değerlendirilmesinin ve alt unsurlarını izah etmenin söz konusu suçun ayırt edici özelliklerinin tayin ve tespiti ile suç sistematığının sağlanması açısından önem arz ettiğini düşünmekteyiz.

Bu suç tipinin incelenmesi sırasında genel kanun olan Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen bazı suç tiplerinin bilinmesi ve değerlendirilmesi de önem arz etmektedir. Bu sebeple çalışmada asta müessir fiil suçu benzer suçlarla olan ilişkisi yönünden de incelemeye tabi tutulmuştur.

Suç tipinin bir parçası olan müessir fiil ifadesinin kapsamının belirlenmesi, yorumlanması ve bu ifadede nelerin anlaşılması gerektiğinin tespit edilmesi diğer suçlarla arasındaki sınırın çizilmesinde yarar sağlayacaktır. Bu çalışmada suçun unsurları, suça

uygulanacak hukuk kuralları, muhakeme kuralları tespit edilecektir. Çalışma sonucu elde edilen çıktıların gerek suçun ayırt edici unsurları gerek suçun muhakemesi noktasında sistematik bir bilgiyi ihtiva edeceğini düşünmekteyiz.



BİRİNCİ BÖLÜM

ASKERİ CEZA HUKUKU HAKKINDA GENEL BİLGİLER ve KARŞILAŞTIRMALI HUKUK

I. Askeri Ceza Kanunu'nun Temel Özellikleri

1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu (AsCK) 22 Mayıs 1930'da kabul edilerek 15 Haziran 1930 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Mezkûr kanunun kabul edilmesi sürecinde Fransız, Alman ve Belçika askeri ceza kanunlarından yararlanılmıştır. Bu Kanun ile Divan-ı Harp mahkemelerinde eksik kalan usul esaslar giderilmeye çalışılmış ve çağın gereklerine göre askeri yargı baştan dizayn edilmiştir.¹

AsCK yürürlüğe giriş tarihi itibarıyla iki kısım, 195 madde ve bir geçici maddeden oluşmaktadır. Günümüze kadar 46 defa değişikliğe uğramıştır. 4551 sayılı Askeri Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkındaki Kanun ile 2000 yılında tek seferde en kapsamlı değişiklik -46 madde ve geçici bir madde- yapılmıştır.² Diğer kamu görevlilerinden farklı olarak TSK personelinin disiplin suç ve cezaları AsCK'da uzun yıllar birlikte düzenlenmiştir. AsCK'da askeri kabahat olarak belirtilen bazı fiillere 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunu ile disiplin suçu niteliği kazandırılmıştır. 2013 yılında yürürlüğe giren 6413 sayılı TSK Disiplin Kanunu ile Alman hukuk sistemine benzer olarak 477 sayılı Kanun savaş durumu haricinde işlevsiz hale getirilmiştir. 6413 sayılı Kanun ile askeri ceza kanununda yer alan disiplin suçları yürürlükten kaldırılmıştır.³ Öte yandan TCK'ya yapılan atıflar dikkate alındığından AsCK, TCK'ya göre özel kanun niteliğindedir.⁴

6771 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 2017 yılında Anayasa'da kapsamlı değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden dikkat çeken askeri yargı yolunun kapatılması olmuştur. Devam eden süreçte askeri suçların

¹ Millî Müdafaa Encümeni Mazbatası, Karar Numarası: 88, Esas Numarası: 1/527, 05/02/1930, s. 2; <https://www.tbmm.gov.tr. ET: 03.05.2022>.

² DEMİRAĞ, Fahrettin, Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askerî Ceza Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022. s. 68.

³ DEĞİRMENCİ, Olgun, Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2016, s.36.

⁴ ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Kanunu, Umumi Kısım ve Usul, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983, s. 5; DEMİRAĞ, s. 67; DEĞİRMENCİ, s.34;

soruşturulması ve kovuşturulması işlemleri adli yargı yoluna bırakılmıştır. Askeri yargı yolunun kaldırılması sonucunda 353 sayılı Askeri Mahkemeler Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu işlevsiz hale gelmiştir. 2021 yılında 7329 sayılı Askeri Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 353 sayılı Kanun mülga edilmiştir. Asker kişilerin yargılanması, yargılanmaya ilişkin usul ve esaslar, askeri suç – sırf askeri suç ayrımı, soruşturma izni gibi konuları içeren ek maddelerle AsCK’da değişiklikler yapılmıştır. Ancak askeri suçlar için yürütülecek soruşturma ve kovuşturma sürecine ilişkin hali hazırda müstakil bir muhakeme kanunu mevcut değildir. Hülasa, AsCK hem işlenen suçlara verilecek cezaları hem de bazı muhakeme kurallarını içerir hale gelmiştir.

A. Askeri Ceza Hukuku Açısından Temel Kavramlar

Asta müessir fiil suçu özünde, karşıdaki kişiye göre rütbe ve kıdemce ast konumunda olan kişinin beden ve vücut bütünlüğüne verilen zararı cezalandırmaktadır. Ancak askeri suçların birçoğunda korunan hukukî değer disiplinin ve askeri yükümlülüklerin ifasıdır. Askeri ceza ve disiplin hukuku asli olarak askeri disiplini korumayı hedefler.⁵ AsCK’da düzenlenen suçların tamamı özünde askeri disiplini bozan ister üst ister ast tarafından yapılan hareketi cezalandırmaktadır. Bu bağlamda, askerliğin temel değeri disiplindir. Orduların işlevselliğini sağlayan ve gücünü belirleyen en temel unsur içinde muhafaza ettiği disiplindir. Disiplin, asker personelin mesleki vazifesinin ehemmiyetli bir parçasıdır. İptidai anlamda disiplin, amirlere itaatten geçer.⁶ İtaat sayesinde hiyerarşik olarak rütbeler arasında mütecanis bir yapı meydana gelir. Disiplin, yasalar ve diğer düzenleyici kurallara uymak ve amirlere mutlak itaat etmek her halükârda ast ve üst personelin sahip olduğu haklara saygı duyulması olarak ifade edilebilir. Bunu sağlamak için amirlere itimat, astlara şefkat, görev ve vazife için iyi bir terbiyeye haiz olmak yani maddi ve manevi gayret içinde olmak gerekir. Ordu içi disiplinin sağlanması suç işleyenlerin cezalandırılması Silahlı Kuvvetler’ in bekası ve etkinliği için elzemdır. Bu husus da disiplini ifade eden iki kavram itaat ve inkıyat olarak karşımıza çıkmaktadır.

⁵ KARAKURUMER, Alkın, “*Askerî Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri*”, ÇAKÜ Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 2, 2021, s. 222.

⁶ TİFTİK, Levent, Türk Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Suçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 30.

Disiplin, herhangi bir kurumun tesis edilmesi ve işleyişinde veya başka bir insan organizasyonunda verimlilikle doğrudan ilgilidir. Disiplin ne kadar sağlam olursa o organizasyon dışarıdan o kadar tek pare olarak görünür. Eğer disiplin zafiyeti söz konusu olur ise orada verimsizlik, düzensizlik ve imkân ve kabiliyetlerin eksik ve hatalı kullanımı söz konusu olur. Keyfiliği ortadan kaldırarak tek parça hareket etmeyi sağlayan şey disiplin olgusudur. Osmanlı askeri ceza yasalarında “*zapt-ı rapı*” kelimesi ile ifade edilen disiplin, askerlik mesleğinin bir nevi temel taşıdır. Özünde zaten askeri ceza yasaları mevcut disiplinin korunması ve geliştirilmesi noktasında ortaya çıkan fiilleri cezalandırmaktadır.

Silahlı Kuvvetler üstlenmiş olduğu kutsal vazifeleri ifa edebilmek, her türlü koşul ve ortamda askeri hizmeti en iyi şekilde sağlamak noktasında disiplinden feragat edemeyecek pozisyonudur. Disiplin, hiyerarşik olarak amirin maiyetini gözetip, kollaması, gerekli noktalarda muvazene etmesi amirin olmadığı durumda ise üst tarafından ast personelin disiplinsizliğe müdahale edilmesi tam anlamıyla personelin kendinden menkul askeri disiplini özümsemiş olmasıyla ilgilidir. Bu noktada eski ifadeyle nefer güncel kavramıyla rütbesiz asker yani erler dışında geri kalan her askerin kendi görev ve yetki alanına göre emir verme yetkisi bulunmaktadır.

AsCK’da yer alan bazı kavramların tanımlarına 211 sayılı TSK İç Hiz. K.’da yer verilmiştir. İç Hiz. Kanunu’na göre her amir makam sahibidir. Makam, istisnasız her amirin Silahlı Kuvvetler’ de örneğin takım komutanı, bölük komutanı veya kısım amiri seviyesinde dahi temsil olunan pozisyonudur. Makam ifadesinden Silahlı Kuvvetler’ de yer alan ve işgal eden kişi tarafından kadrosunda bulunan personele emir verebilme pozisyonunun anlaşılması gerekmektedir. Bu makamda yer alan kişiye de amir denilmektedir. TSK’da makamı olmayan amir yoktur.

Amir, TSK İç Hiz. K.nun 9. maddesine göre “*makam ve memuriyet itibariyle emretmek salahiyyetini haiz*” kişidir. Amir kelimesi Arapçada emretme kökünden gelmektedir. Emretme yetkisi yani amirlik bir göreve atanmakla veya o göreve vekâlet etmekle kazanılır. Teşkilat, kadro ve hiyerarşik olarak bağlı bulunulan kişidir. Bu bağlamda Millî Savunma Bakanlığı tarafından hazırlanan ve onaylanan teşkilat kadrolarında Silahlı Kuvvetler’ de yer alan makam ve kadrolar ile hizmete ilişkin görevler düzenlenir.

Kanuna göre her amirin sahip olduğu yetki ve sorumluluklar aynı değildir. Örneğin disiplin cezası verme yetkisi yalnızca disiplin amirlerine tanınmıştır. Bu bağlamda, İç Hizmet Kanunu'nda bazı sınırlı amirliklere de yer verilmiştir. Bu amirlikler belirli hususlarda görevli veya yetkilidir veyahut bunlara karşı suç işlenmesi halinde suçun asıl yetkili amire karşı işlenmiş olduğu kabul edilir.⁷ Sınırlı amirlikler; Garnizon Komutanlığı, Kışla Komutanlığı, Nöbetçi Amirliği, Askeri Karakol, Nöbetçi, Devriye Amirliği, Askeri İnzibat Amirliği vb. amirliklerdir. Dikkat edileceği üzere sınırlı amirlikler yer, konu ve zaman bakımından sınırlandırılmışlardır. İç Hiz. K. ve Yönetmeliğine göre garnizon komutanlığının garnizon sınırları içerisinde yer alan birliklerin disiplin amiri olarak belirtilmesine rağmen 6413 sayılı TSK Dis. K. göre disiplin cezası verme yetkisi bulunmamaktadır. Personelin disiplini ihlal eden davranışı için disiplin amirinden personelin cezalandırılmasını isteyebilecektir.

Silahlı Kuvvetler' de amir, kamusal otoritenin temsilcisi ve uygulayıcısıdır. Askeri yetkilerin kullanılması, askeri hizmetinin yerine getirilmesi kanunlarda verilen vazifelerin emir suretiyle ifade edilmesine bağlıdır. Diğer türlü sınırsız inisiyatif kullanılmaması, kimin ne zaman hangi yetkiyi kullanacağını veyahut o işin aksamasında kimlerin sorumlu tutulacağını belirlenebilmesi için yetkili ve sorumlu makama ihtiyaç vardır. Bu bakımdan Silahlı Kuvvetler' de amir bu yetkili ve sorumlu makamı temsil ve işgal eden kişidir. Yetki ve sorumluluğunun tespit edilmemesi halinde itaatsizlik, başıbozukluk ve kaos ortaya çıkar.

Kanunda yer alan diğer bir kavram ise maiyettir. Amirin emri altında bulunan kişilere maiyet denir. Amir tarafından askeri hizmetin ifasının sağlanması emir vermek suretiyle gerçekleştirilir. Emir, TSK İç Hiz. K.nun 8. maddesine göre *hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazı ile ve sair surette* ifade edilmesidir. TSK İç Hiz. K.nuna göre askeri hizmetten anlaşılması gereken *kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla, amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.*

⁷ AsCK md. 106 –“Askeri karakola, nöbetçiye ve devriyeye hakaret eden veya bunları dinlemeyen veya bunlara mukavemette bulunan yahut fiilen taarruz eden bu suçları amire karşı yapmış sayılır ve öylece cezalandırılır.”

Amir ve maiyet arasındaki silsile bağlantısını sağlayan olgu emir kavramıdır. Şüphesiz ki kamu gücü ve otoritesini kullanan her teşkilatta amir, emir ve maiyet ilişkisi mevcuttur. Ancak Silahlı Kuvvetler’ de silsile bağlantısını sağlayan emirin askeri hizmetin gerekliliği olarak dış dünyada doğurduğu olumlu ve olumsuz etki devletin diğer teşkilatlarında yer alan kurumlara göre farklı ve kendisine hastır. Muharip birliklerin sevk ve idaresi ile bazı durumlarda yaşamla ölüm arasında karar verilmesi askeri hizmetin doğasında yer alan emirle ilgilidir. Bu bakımdan askeri hizmet kaynağını kanunlardan ve amirlerin vermiş olduğu emir şeklinde ifade edilir.

Üst, rütbe veya kıdemce büyüklüğün göstergesidir. Ast ise kıdem veya rütbece alt derecede bulunma durumudur. Üst, farklı rütbelerde olan iki kişi arasında ortaya çıkabileceği gibi aynı rütbedeki iki kişi arasında birtakım şartların varlığı halinde kıdemli olmaktan kaynaklanan ast-üst statüsü meydana gelecektir. Bu bakımdan suç tipinin varlığı açısından somut olayda fail ve mağdurun ast-üst statüsü olma durumu öncelikli olarak değerlendirilmelidir.

Kıdem aynı rütbede geçirilen hizmet süresinden kaynaklanabileceği gibi aynı nasıp tarihliler arasındaki mesleki yeterlilik farkından da kaynaklanabilir. Yeterlilik derecesi ise 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun 3. maddesine göre aynı sınıf ve rütbede olan personelin sicil not ortalamasına göre tayin edilir. Türk Silahlı Kuvvetleri’ nde farklı kaynaktan yetişmiş aynı nasıp tarihli personel bulunmaktadır. Aynı nasıp tarihli subaylar arasındaki kıdem sıralaması 926 sayılı TSK Personel Kanunu’nun 37. maddesine göre; harp okullarından mezun olan subaylar, askerlik hizmeti sırasında veya müteakiben muvazzaf subay nasbedilenler, sözleşmeli subaylıktan muvazzaf subaylığa geçirilenler, astsubaylıktan muvazzaf subaylığa geçirilenler, sivil kaynaktan muvazzaf subaylığa geçirilenler, sözleşmeli subaylar, yedek subaylar şeklindedir.

B. Askeri Ceza Kanunu Kapsamındaki Yaptırımlar

Askeri Ceza Kanunu, Cumhuriyet’in ilk yıllarında yürürlüğe girmiş olup kanunun yazım dilinde eski ifadeler yer almaktadır. Bu bağlamda AsCK’da ceza ifadesi yerine cürüm ifadesi tercih edilmiştir. AsCK’da yer alan cürümler kapsamında faile uygulanacak cezalar, aslî ve ferî cezalar olmak üzere ikiye ayrılmıştır. AsCK’da suç olarak düzenlenen

fiiller için infaz edilen ölüm, hapis ve adli para cezaları aslî nitelikteki yaptırımlardır.⁸ AsCK'da kısa süreli hapis cezasından da bahsedilmektedir. 1632 sayılı AsCK'nın 1. maddesinde kısa süreli hapis cezasıyla cezalandırılan suçlar, askeri kabahat olarak nitelendirilmiştir.

Askeri kabahat kavramı, 1632 sayılı AsCK'nın "*Disiplin tecavüzü ve kabahat*" başlıklı 162'nci maddesinde yer alan "*Kabahatler: Askerî ceza kanununun 18 inci maddesinde yazılı olan fiillerin hafif halleri*" hükmünün atfı yaptığı 18'inci maddede tahdidi olarak sayılan askerî suçların hafif hallerinin işlenmesi halinde ortaya çıkan kavramdır. 31 Ocak 2013 tarihli 6413 sayılı Kanun'un 45'inci maddesi gereği ilgili maddeler mülga olmuştur.

Askeri kabahat olan kısa süreli hapis cezaları; göz hapsi, oda hapsi ve katıksız hapis cezasıdır. Kısa hapis cezaları, Silahlı Kuvvetler disiplin hukuku kapsamında disiplin amiri veya disiplin mahkemeleri tarafından verilen cezalar olup 477 sayılı Disiplin Mahkemeleri Kuruluşu, Yargılama Usulü ve Disiplin Suç ve Cezaları Hakkında Kanunun yürürlüğü girmesi sonucunda Askeri Ceza Kanunu kapsamı dışına çıkartılan yaptırımlardır. TCK'nın 49'uncu maddesinde belirtildiği üzere süreli hapis cezaları bir aydan kısa olamayacağından hareketle de göz hapsi, katıksız hapis ve oda hapsi, hapis cezası mahiyetinde değildir. Bununla birlikte, 4551 sayılı Askerî Ceza Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 38'inci maddesi hükmü ile 2000 yılında katıksız hapis cezası yürürlükten kaldırılmıştır.

AsCK'da yer alan birtakım suçları işleyen faile yaptırım olarak ölüm cezasının uygulanacağı zikredilmektedir. Kanunun 55'inci, 56'ncı, 59'uncu, 60'ıncı, 62'nci, 63'üncü, 64'üncü, 69'uncu, 70'inci, 75'inci, 79'uncu, 89'uncu, 91'inci, 94'üncü, 97'inci, 101'inci, 102'nci, 126'ncı, 127'nci, 136'ncı maddesi ile kanunun 4'üncü ek maddesinde yer alan fiillerin niteliğine göre savaş, seferberlik veyahut düşman karşısında işlenmesi halinde failin ölüm cezası ile tecziye edileceği ifade edilmektedir. Ölüm cezası, AsCK'nın yürürlüğe girdiği 1930 yılından beri asli bir ceza olarak kanunda yer almaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 Numaralı Protokol'ün 01.12.2003'te Türkiye'de yürürlüğe girmesiyle birlikte barış zamanında ölüm cezasının uygulanması kaldırılmıştır.

⁸ DEĞİRMENCİ, s.238.

İç hukukumuzda ise 1982 Anayasası'nın 38'inci maddesinde mahkemeler tarafından ölüm cezasının verilemeyeceği düzenlenmiştir. Müteakip süreçte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13 Numaralı Protokol'ün 01.06.2006'da Türkiye'de yürürlüğe girmesiyle birlikte ölüm cezası tamamen kaldırılmıştır. Sonuç olarak AsCK'da mevcudiyetini koruyan ölüm cezası infaz edilemez hale gelmiştir. 5218 sayılı Kanunla 765 sayılı TCK'da yapılan değişiklikle birlikte idam cezasını gerektiren suçlar için ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası öngörülmüştür. TCK genel kanun niteliğinde olması hasebiyle AsCK kapsamında ölüm cezası ile tecziye edilmesi gereken suçların ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılması gerekmektedir.

Ölüm, adli para cezası ve hapis cezalarının yanı sıra bazı hallerde fail hakkında fer'i nitelikte cezaların da uygulanabileceği düzenlenmiştir. Söz konusu fer'i nitelikteki cezalar şunlardır: *Türk Silahlı Kuvvetlerinden çıkarma cezası, askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası ve rütbenin geri alınması cezasıdır.*⁹

Silahlı Kuvvetler' den çıkarma cezası AsCK'nın 30'uncu maddesinde düzenlenen bir yaptırımdır. Özel kanunlara göre bu cezanın uygulanacağı belirtilen asker kişiler ile subay, astsubay, uzman jandarmalar hakkında uygulanabilecek bir yaptırımdır. Silahlı Kuvvetler' de görev yapan sivil memurlar bu cezanın kapsamı dışındadır. Bu yaptırımın uygulanabilmesi için failin taksirli suçlar haricinde işlemiş olduğu ağır hapis cezasını gerektiren suçlar ile süresi bir yıldan fazla olan hapis cezası ile tecziye edilmesi gerekmektedir. Mahkeme kararında açıkça personelin Silahlı Kuvvetler' den ihraç olduğuna yer verilme bile ihraç sonucu kendiliğinden doğar. Bununla birlikte devletin şahsiyetine karşı suç işlenmesi hâlinde, irtikâp, rüşvet, zimmet, sahtecilik, dolandırıcılık, sahtecilik, dolanlı iflas, inancı kötüye kullanma, istimal ve istihlak kaçakçılığı haricindeki kaçakçılık suçlarından, alım satımlara ve resmi ihaleye fesat karıştırma, devlet sırrını açığa vurma suçlarından hükümlük halinde de bu yaptırım uygulanır. Sayılan suçlardan mahkûm olunması hâlinde ihraç yaptırımı için gün şartı aranmamaktadır. Faile verilecek cezanın üç aydan fazla ancak bir yıldan az olması halinde mahkeme tarafından takdiri olacak Silahlı Kuvvetler' den çıkarma cezası verilebilir. Bununla birlikte AsCK'nın 153'üncü maddesinde iffetsiz kimseler ile evlenenlerin veya bu kişiler ile yaşayanların da Silahlı Kuvvetler' den çıkarılacağı düzenlenmiştir. Bu düzenleme, 6413 sayılı TSK Dis. K.'nun

⁹ DEĞİRMENCİ, s. 243.

20'nci maddesinde de zikredilmektedir. Bu bağlamda 153'üncü maddedeki yaptırımın disiplin cezası niteliğinde olduğunun kabul edilmesinin doğru olacağını değerlendirmekteyiz.

Asker kişi hakkında çıkarılma cezasının uygulanması halinde kişinin askeri rütbe ile memuriyeti sonlandırılarak Türk Silahlı Kuvvetleri'ne ilanihaye (devlet memurluğu dâhil) personel olarak kabul edilmemesi sonucunu doğurur. 6136 sayılı Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 7'inci maddesi uyarınca silah taşıma/bulundurma ruhsatı alamazlar. Yedek subay bakımından ise askeri yükümlülüğün er olarak tamamlanması sonucunu doğurur. Memuriyetten mahrumiyet cezasının bir yıldan kısa süreli olması halinde söz konusu süre kadar askeri personel açığa alınır ve geçen süre emeklilik ve kıdem süresinden idare tarafından tenkis edilir. Uzman jandarma ve uzman erbaşların Silahlı Kuvvetler'den ilişkisinin kesilmesi sonucunun doğması için mahkeme tarafından hükmedilen mahkûmiyet süresinin altı aydan daha fazla olması gerekmektedir.

Rütbenin geri alınması yaptırımı veya rütbenin düşürülmesi yaptırımı astsubay ve subaylar için uygulanmamaktadır. AsCK'nın 30'uncu maddesinde zikredilen suçların çavuş ve onbaşların işlemesi hâlinde rütbenin geri alınması yaptırımı uygulanır. Erbaşlar hakkında mahkeme kararında açıkça yer belirtilmese dahi re 'sen idare tarafından rütbenin geri alınması yaptırımı uygulanır. Bununla birlikte AsCK'nın 71'inci maddesinde düzenlenen firar ve izin tecavüzü suçunu işleyenler ile 153'üncü maddesine düzenlenen iffetsiz kimseler ile evlenen veya bu kişiler ile yaşayan onbaşı/çavuşların da rütbelerinin geri alınmasına karar verilir. Kanaatimizce 71'inci maddede idare tarafından re 'sen bu kararın uygulanacağı öngörülmediğinden firar ve izin tecavüzü suçlarında mahkeme tarafından rütbenin geri alınması yaptırımına kararda açıkça yer verilmesi gerekmektedir.

Askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme cezası, mahkûm olunan hapis cezasının belli bir sürenin üzerinde olması halinde askeri öğrencinin okulla ilişkisinin kesilmesidir. Günümüzde bu statü kapsamında yer alan öğrenciler; harp okulu öğrencileri, astsubay yüksekokulu öğrencileri, dış kaynaktan muvazzaf subay/astsubay olmak amacıyla kurs gören kursiyerler ve Silahlı Kuvvetler namına çeşitli fakülte ve yüksekokullarda okuyan öğrencilerdir. Askeri öğrencinin taksirli suçlar haricinde ölüm, ağır hapis, üç aydan daha fazla süreli hapis cezasına mahkûm edilmesi veya AsCK'nın 30'uncu maddesinde sayılan suçlardan herhangi birisini işlemesi halinde mahkûmiyet süresine bakılmaksızın bu

yaptırım uygulanır. Mahkeme kararında açıkça askeri öğrencinin Silahlı Kuvvetler’ den çıkarıldığına yer verilmese dahi ihraç sonucu kendiliğinden doğar. Mahkûmiyet süresi üç ayın altında kalan cezalarda ise mahkeme takdiri olarak askeri öğrencilik hukukunu kaybettirme yaptırımının uygulanmasına karar verebilir. Bu ferî ceza sonuncunda failin askeri okulla ilişkisi kesilerek tekraren muvazzaf askeri personel yetiştiren okullara girememesi sonucunu doğurur. Söz konusu yaptırımın uygulanabilmesi için kanun koyucu tarafından Silahlı Kuvvetler’ den ihraç için aranılan asgarî bir yıldan fazla süreli mahkûmiyet şartı askeri öğrenciler için üç ay olarak belirlendiği görülmektedir. Kanun koyucunun, muvazzaf askeri personel olacak kişilerin adli sicil yönünden pürüzsüze yakın olmasını istediği sonucu çıkmaktadır.

Görülebileceği üzere, mezkûr fer’i cezalara müstakil olarak mahkeme tarafından karar verilmemektedir. Asıl ceza olan mahkûmiyetin süresine veya suçun 30’uncu maddede zikredilen suçlardan olması durumunda asıl cezaya bağlı olarak ikincil nitelikteki fer’i cezalar uygulanmaktadır. Fer’i cezalar, failin hürriyeti kaybettirmemekle birlikte Silahlı Kuvvetlerle ilişkisinin kesilmesine veya yükümlü personele, er-erbaş, tenzili rütbe yaptırımı uygulanmaktadır.

C. Askeri Suç-Sırf Askeri Suç Kavramı

Askeri Ceza Kanunu, genel ceza kanunumuza göre özel bir mahiyette olup kanunda birkaç suç tipi haricinde askerler tarafından işlenmesi halinde cezalandırılan suç tiplerine yer verilmiştir. Bu özelliği nedeniyle askeri hukuk literatürü, ülkemizde askeri yargı yolunun bulunduğu zamanlarda hukuk aleminde sığ bir alan olarak varlık gösterebilmiş, sayıları sınırlı denilecek eser ortaya koyulabilmiştir. 2017 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle birlikte askeri yargı yolunun kapatılarak askeri konulardaki ihtilafların umumî yargı yoluna taşınmasıyla birlikte sivil yargı mensupları askeri davalara bakmaya başlamışlardır. Bu geçiş sürecinin dinamik ve sorunsuz olabilmesi için ceza kanunlarında yer alan askeri kavramların mahiyeti ve kapsamlarının ortaya koyulması bilhassa etkin ve adil yargılanma ilkesinin sağlanabilmesi açısından zaruriyet arz etmektedir. Askeri suç tanımının yapılması özellikle askeri ceza mevzuatına tabi olacak kişilerin belirlenmesi noktasında önem arz etmektedir.¹⁰

¹⁰ KANGAL, Zeynel, Askerî Ceza Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 83.

Askeri Ceza Kanunu'nun 1'inci maddesinde kanunun ölüm, ağır hapis ve cezalarıyla cezalandırdığı suçlar askeri suç olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu tarafından faile verilecek cezadan hareketle suçun vasfının ortaya koyulduğu müşahade edilmiştir. Ancak kanunda, ihlali halinde fail hakkında adli para cezası uygulanmasını öngörülen haller de mevcuttur. Bu bakımdan 1'inci maddede tarifli yapılan askeri suçun kapsamı eksik kalmaktadır.¹¹ Veyahut ilgili Kanun'un 153'üncü maddesinde yer alan "*İffetsiz bir kimse ile evlenen veya böyle bir kimse ile yaşayanlar*" suçunun yaptırımını olarak kanun metninde asker kişiler bakımından Silahlı Kuvvetler'den azil, erbaş olanlar için istirdad-ı rütbe müeyyidesinin uygulanması öngörülmüştür. Anılan iki yaptırım, Askeri Ceza Kanunu'nun 29'uncu maddesine göre ferî nitelikte cezalardır. Hülâsa, 1'inci maddede faile uygulanacak cezanın vasfı kapsamında yapılan askeri suç tarifi hatalıdır.

Geçmiş tarihli Uyuşmazlık Mahkemesi tarafından verilen kararlarda askeri suçların üç farklı gruba ayrıldığı görülmektedir. Bunlardan birincisi; suç unsurlarının tamamının AsCK'da düzenlendiği suçlar, ikincisi unsurlarının bir kısmının AsCK'da yer aldığı bir kısmının da diğer ceza kanunlarında yer aldığı suçlar, üçüncüsünün ise suçu oluşturan unsurların AsCK'da düzenlenmediği ancak atıf yoluyla cezalandırılan suçlardır.¹²

Anayasa Mahkemesi tarafından askeri suç ve sırf askeri suç kavramı şu şekilde tanımlanmaktadır; "*Askerî suçlar, askerî bir yararı koruma amacı güden ve Askeri Ceza Kanunu tarafından öngörülen veya yapılan atıf dolayısıyla bu Kanun'un uygulama alanına giren suçlardır. Sırf askerî suçlar ise asker şahıslar tarafından askerî bir hizmet veya görevin ihlali suretiyle işlenebilen ve unsurlarının tamamının Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlendiği suçlardır.*"¹³ Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu tanımda askeri yarar kavramını kriter olarak almıştır. Mahkemenin askeri yarar kavramından, Türk Silahlı Kuvvetleri'nin sahip olduğu disiplininin muhafazasının anlaşılmasının gerektiği hususunun altını çizmesi önemlidir.

AsCK'nın 2'nci maddesinde askeri şahısların askerlikten ayırık işlemiş olduğu suçlar için Türk Ceza Kanunu'nun uygulanacağı, kanun kapsamında asker kişiler olarak; er, erbaş

¹¹ GÜNDÜZ, Hakan, "Askeri Suçların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Sayı 44, s.241.

¹² Uyuşmazlık Mahkemesi T.28.11.2016, E.2016/18, K:2016/18, <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>, ET: 15.06.2023.

¹³ AYM T.11.07.2018, E.2017/32 K.2018/81, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, ET: 18.06.2023

ve diğer rütbe taşıyan asker kişiler ile TSK ile Millî Savunma Bakanlığı kadrolarında görev yapan sivil personelin kabul edildiği, sivil personel bakımından 211 sayılı Kanun'un 115'inci maddesi kapsamında sorumluluklarının bulunduğu düzenlenmiştir. Askeri yargı yolunun mevcut olduğu dönemde suçun işlendiği yer, suçun mahiyeti, asker kişi, korunan hukuki yarar kavramlarının birlikte değerlendirilmesi sonucunda işlenen fiilin askeri suç kapsamında kalması halinde yargılama askeri mahkemelerin görev alanına girmektedir. Günümüzde, adi suç-askeri suç ayrımının ortaya koyulmasının yargı yolu açısından etkisinin azaldığı, muhakeme ve infaza etkisi bakımından sırf askeri suç kavramının tespitinin öneminin arttığını değerlendirmekteyiz.

24 Haziran 2021 tarihinde 7329 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile Askeri Ceza Kanunu'nda birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, Askeri Ceza Kanunu'nda yer alan ve asker kişilerin görevlerinden dolayı diğer kanunlara göre işlemiş oldukları suçlar askeri suç olarak sayılmaktadır.¹⁴ Söz konusu düzenlemeden önce doktrinde askeri suçun tanımı şu şekilde yapılmıştır; *“Milli Savunmayı sağlamak ve korumak, askerlik hizmetinin aksamadan yerine getirilmesini temin etmek maksadıyla, başka bir ifadeyle askeri bir yararı korumak amacıyla kabul edilmiş olan kanunlarda yer almış bütün suçlar askeri suçlardır.”*¹⁵

Korunan hukuki değer bakımından AsCK kanununda düzenlenen suçlar ile örtüşen Türk Ceza Kanunu'nda da birtakım suç tipleri bulunmaktadır. TCK'nın ikinci kitabının *“Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler”* başlıklı dördüncü kısmının *“Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar”* başlıklı dördüncü bölümünde yer verilen suç tipleri askeri suç tiplerinde yer alan benzer değerleri korumayı hedeflemektedir. Söz konusu suç tipleri sivil kişiler tarafından da işlenebilmesi mümkün olduğundan spesifik anlamda askeri suç olarak kabul edilmemektedir.

Şunu belirtmekte fayda var ki ister askeri suç ister sırf askeri suç olsun söz konusu suçlar, ceza kanunlarında yer alan suçların unsur bakımından değerlendirilmesi anlamında temel özellikleri taşımaktadır. Bu bağlamda somut olay değerlendirilirken mevcut fiillerin

¹⁴ AsCK Ek md. 11: *Bu Kanunda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar, askeri suçtur.*

¹⁵ ERMAN, Sahir, Askeri Ceza Kanunu, Umumi Kısım ve Usul, İstanbul, Üçdal Neşriyat, 1983, s. 148.

askeri suçlarda – sırf askeri suçlarda suçun unsurlarını (fiil, ihlal ve kusur) taşıyıp taşımadığı araştırılmalıdır.

Askeri Ceza Kanunu'na eklenen 11'inci ek maddeden önce yalnızca Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçlar ile Türk Ceza Kanunu'na atıf yapılan suçlar askeri suç olarak kabul görmekteydi.¹⁶ Yapılan yeni düzenlemeyle birlikte açıkça askeri suçun tanımı yapıldığından dolayı doktrinde askeri suçların tespiti noktasında kullanılan ölçütlerin¹⁷ eski önemini koruduğu söylenemez.

23.06.2016 tarih ve 6722 sayılı Kanunla 5442 sayılı İl İdaresi Kanunu'nun 11'inci maddesine eklenen (j) fıkrası, terör eylemleri sonucunda kamu düzeninin ciddi düzeyde bozulması ve genel kolluğun yetersiz kalması hâlinde Silahlı Kuvvetler' in görevlendirilmesinin usul ve esaslarını düzenlemektedir. Bu kapsamda görevlendirilen Silahlı Kuvvetler personelinin hizmetinin askerî hizmet, işlediği iddia edilen suçların askerî suç sayılacağı ilgili fıkra açıkça belirtilmiştir. Bu bakımdan kanun koyucunun askeri suçun tespiti noktasında yasalarda yaptığı son dönemdeki değişikliklerde görev ve hizmet bazlı yaklaşıma ağırlık verdiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

2021 yılında Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla yapılan değişiklikle birlikte, ek madde 11'de yapılan tanım ile birlikte askerî suçun tespiti kolay hâle getirilmiş, bu sayede faillerin tabi olduğu hukuk rejimi de belirlenmiş olmaktadır. Ancak ek madde ile eklenen hüküm, kanunun 1'inci maddesinde yer alan sistematığe uygun düşmemektedir. Çünkü Askerî Ceza Kanunu'nun 1'inci maddesi sadece bu kanunda düzenlenen suçları askerî suç olarak belirtmişken ek madde ile askerî suçlar fail ve görev ilişkisi bakımından genişletilmiştir. Kanaatimizce söz konusu değişikliğin, ek madde olarak kanuna işlenmesi yerine Askerî Ceza Kanunu'nun 1'inci maddesinin yeniden düzenlenmesi şeklinde yapılması hâli kanun sistematığı açısından daha uygun olacaktır.

AsCK'nın muhtelif hükümlerinde sırf askerî suç kavramı yer almaktadır.¹⁸ Doktrinde özellikle sırf askerî suçun tanımı noktasında farklı görüşler bulunmaktadır.¹⁹ 7329 sayılı

¹⁶ Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 01.03.1993 tarihli ve 1993/33 E., 1993/28 K. sayılı kararı.

¹⁷ ERMAN, s. 151.

¹⁸ Örneğin AsCK md. 47, 49, Ek md. 8, 11, 14, 15, 17.

Kanunla yapılan değişiklikle birlikte sırf askerî suçlar AsCK'nın 11. ek maddesinde tek tek gösterilmiştir. Bu sayede doktrinde yaşanan farklı tanımlama sorunu ortadan kalkmıştır.

Bununla birlikte, Askerî Ceza Kanunu'nda düzenlenen suçların tamamı askerî suç olma vasfını sürdürmekte, ancak söz konusu suçlardan bazılarının sivil kişiler tarafından işlenmesi de mümkün olmaktadır. Örneğin kendisini veya başkasını askerliğe elverişsiz hale getirme suçu sivil kimseler tarafından işlenebilir. Netice itibariyle askerî suçların tamamı için özgü suç yorumu yapılamamakla birlikte AsCK'nın 79'uncu maddesinde düzenlenen "*Kendini askerliğe yaramayacak hale getirme*" suçu ile aynı Kanun'un 81'inci maddesinde düzenlenen "*Askerlikten kurtulmak için hile yapma*" suçları hariç diğer sayılan sırf askerî suçların özgü suç oldukları yorumu yapılabilir.²⁰

Bununla birlikte kanun koyucu mantığıyla hareket edilirse -sırf askerî suçlarda fail bakımından asker kişi sıfatı aranmayacaksa- korunan hukukî değer bakımından TCK'nın ikinci kitabının dördüncü bölümünde yer verilen suç tiplerinden bazılarının da sırf askerî suç sayılması gerekir. Netice itibariyle kanun koyucu doktrinde yer alan askerî suç benzeri kavramı ile sırf askerî suç kavramı arasında bir noktada kesişme yaratmıştır.

Ayrıca kanunda tanımına yer verilmeyen, doktrinde tanımı yapılan ve özellikleri ortaya koyulan askeri suç benzeri kavramını izah etmek faydalı olacaktır. 7329 sayılı Kanun'la AsCK'da yapılan değişiklikten önce doktrinde askeri suçlar; sırf askeri suç ve askeri suç benzeri şeklinde ayrılmaktaydı. Askeri suç benzeri suçlarda, sırf askerî suçlarda

¹⁹ KANGAL, s. 86.

²⁰ Sırf askerî suçlar niteliği itibariyle günlük hayatta sürekli ihlaliyle karşılaşılmayan, korunan hukukî değer bakımından askerî hizmete dayanan ve özü itibariyle kamusal menfaatin ağır bastığı ve sahip oldukları özellikleri gereği işlenmeleri halinde diğer suçlara göre farklı yaptırımlara ve koşullara tabi suçlardır. AsCK'nın 79'uncu ve 81'inci maddesinde anılan suç tiplerinin sivil kimseler tarafından da işlenebileceği hususu göz önüne alındığında söz konusu suç tiplerinin sırf askerî suç olarak sayılmasının doğru olmadığını değerlendirmekteyiz. Özellikle benzer hukuku değeri koruduğu düşünüldüğünde 80'inci maddenin de sırf askerî suç olarak kanunda belirtilmemesinin altında yatan sebep anlaşılamamaktadır. Çünkü ilgili madde, 79'uncu maddede düzenlenen suçun (*kendini askerliğe yaramayacak hâle getirme*) bilerek başkasına karşı işlenmesi halini cezalandırmaktadır. Anayasamızda vatan hizmeti olarak kabul edilen askerlik hakkı ve ödevinin bedelli olarak yerine getirilmesi mümkün hâle gelmişken kanun koyucu tarafından sivil kişilerin de sırf askeri suç işlemesi durumuna salık verilmesi doğru olmamıştır. Ücretini (bedelli askerlik) ödemek suretiyle askerlik hizmeti altına girmemek mümkün iken ekonomik olarak belirlenen tutarı ödeyemeyen vatandaşın zorunlu silah altına alınması ve bu durumdan kaçmak için kendisine zarar vermesi halinin hapis ile cezalandırılması durumunun vicdani ret başta olmak üzere temel hak ve hürriyetler temelinde eleştiri konusu olabileceği değerlendirilmektedir. Kaldı ki, Askerî Ceza Kanunu'nun 192'nci maddesinde 79'uncu maddede düzenlenen suçun sivil şahıslar tarafından işlenmesi halinde genel mahkemelerin yetkili olduğu, doktrindeki tanıma göre söz konusu suçun askeri suç benzeri olduğu ortaya koyulmaktadır. Bu bakımdan yukarıda zikredilen suçların niteliği itibariyle sırf askeri suç olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

olduğu gibi korunan hukuki değer askeri nitelikte olmakla birlikte suçun unsurların bir kısmı ya da tamamı genel ceza kanunlarında düzenlenen ve asker olmayan kişiler²¹ bakımından da işlenmesi mümkün olan suçlar olarak tanımlanmaktaydı.²² Örneğin AsCK'nın 131'inci maddesinde düzenlenen “*Askeri eşyayı ve malları çalan, satan, rehine veren ve alanlar*” suçu, askeri suç benzeri niteliğindeydi. Söz konusu suç oluşturan askeri niteliklerini tanımlayan unsurları hariç diğer unsurları, hırsızlık suçunun unsurları olup Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir.²³ Yine AsCK'nın 6'ncı ek maddesinde karakollarda, nöbet yerlerinde, kışlalarda, karargâhlarda görev yapan askerlere karşı cebir ve hakaret suçunu işleyen kişilerin TCK kapsamında hangi suçlar bakımından cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır²⁴. Askeri suç benzerleri olarak nitelendirilen suç tiplerinde korunması istenilen hukukî yarar genel olarak milli savunmanın korunması ve askeri hizmetin devamlılığı olarak belirtilmekteydi.²⁵

AsCK'nın 117'nci maddesinde düzenlenen asta müessir fiil suçu, yukarıda özellikleri izah edilen ve doktrinde belirtilen nitelikler itibariyle askerî suç benzeri olarak kabul edilmekteydi. Genel itibariyle Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kasten yaralama suçunun benzer özelliklerini taşımaktadır. Genel ceza kanunundan ayrıldığı temel özellik fail ve mağdurun asker kişi sıfatına haiz olmasıdır. Söz konusu suç tipinin unsurlarının bir kısmının AsCK'da düzenlendiği, bir kısmının ise Türk Ceza Kanunu'nda yer aldığı müşahade edilmektedir. Öte yandan, AsCK'da 7329 sayılı Kanun değişikliği ile birlikte askeri suç benzeri ve sırf askeri suç ayrımı kalkmış bulunduğundan asta müessir fiil suçu askeri suç olarak kabul edilmektedir.

²¹ “...Saniğin üzerine atılı suçun subutu halinde; 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasının yukarıda belirtilen maddelerinin uygulanması olasılığı vardır. Sanık asker olmayan (sivil) kişi olup; atılı suçu asker kişi ile birlikte işledikleri hususunda bir kanıt da bulunmamaktadır. Ayrıca 353 sayılı Yasa'nın 11. maddesi kapsamında mütalaa edilmesi de mümkün değildir. Açıklanan nedenlerle; açılan kamu davasına adli yargı yerinde bakılmasına ve Fethiye Ağır Ceza Mahkemesi'nin 4.10.1995 gün ve 1995/71-88 sayılı görevsizlik kararının kaldırılmasına karar verilmelidir. UMC 29.3.1996, E. 1996/7, K. 1996/7, www.kazanci.com, ET: 21.06.2023.

²² ERMAN, s. 157.

²³ Yrg. CGK 22.06.1999, E. 1999/11-159, K. 1999/174, www.kazanci.com, ET: 22.06.2023.

²⁴ “Birinci askeri yasak bölgeler içinde veya nöbet yerlerinde, karakollarda, kışlalarda, karargâhlarda, askeri kurumlarda, yerleşme veya konaklama amacıyla kullanılan bina veya mahaller içinde; askerlere fiilen taarruzda bulunanlar, sövenler veya hakaret edenler veya askerlik görevlerine ilişkin işleri yapmaya veya yapmamaya zorlamak için şiddet veya tehdide başvuranlar Türk Ceza Kanununun bu fiillere ilişkin 188, 190, 191, 254, 255, 256, 257, 258, 260, 266, 267,268, 269, 271, 272 ve 273 üncü maddeleri uyarınca cezalandırılırlar. Nöbetçi, devriye, karakol, inzibat, askeri trafik, kolluk veya kurtarma ve yardım görevi yapan askerlere karşı bu görevleri yaptıkları sırada yukarıdaki fıkra yazılı suçları işleyenler aynı kanun maddeleri ile cezalandırılırlar.”

²⁵ ERMAN, s. 7.

AsCK'nın 1'inci maddesinde "TCK'da yer alan genel hükümlerin, AsCK'da aksi belirtilmemişse askeri suçlar bakımından da geçerli olacağı hükmü" ile AsCK'nın birçok noktasında TCK'ya atıf yapılması hususu AsCK'nın TCK'ya göre özel bir kanun durumunda olduğunu göstermektedir.²⁶

Tezin İkinci bölümde daha detaylı olarak suçlar arasındaki benzer ve farklı yönler ortaya koyulmakla birlikte yukarıda da açıklandığı üzere kasten yaralama suçu ile müessir fiil suçu arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi kurulabilir.

Sırf askerî suç – askeri suç ayrımının önemi sırf askeri suçların soruşturulmalarından infazına kadar olan süreçte diğer askerî suçlardan farklı/ayrık düzenlemelere tabi tutulmasıdır. Ayrık düzenlemeler şunlardır: Sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın üç ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması halinde ve daha önce sırf askeri bir suçtan dolayı mahkûm olunması halinde hapis cezaları AsCK 47'nci maddesi gereği ertelenmez. Sırf askerî suçlar ile hapis cezasının üst sınırı üç ayı geçen askerî suçlar hakkında, ön ödeme hükümleri AsCK ek 8'inci maddesi gereği uygulanmaz. Yine AsCK'nın ek 8'inci maddesine göre sırf askeri suçlardan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan netice cezanın dört ay veya daha fazla süreli hapis cezası olması halinde kısa süreli hapis cezası seçenek yaptırımlara²⁷ çevrilemez. Kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması ve sırf askerî suç nedeniyle askerî disiplinin ağır şekilde ihlal edilmesi hâlinde de asker kişi hakkında tutuklama kararı AsCK'nın ek 14'üncü maddesine göre verilebilir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirlenen ve ölçütü yapılan genel tutuklama sebeplerinden farklı ve onlara göre daha ağır bir durum yaratması bakımından önemlidir. 5352 sayılı Adli Sicil Yasası'nın 5'inci maddesine göre sırf askerî suçlara ilişkin mahkûmiyete dair bilgiler, adli sicile kaydı yapılmayacak bilgilerden sayılmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin de taraf olduğu 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesine²⁸ ve 6706 sayılı

²⁶ TCK md. 5- "Bu Kanunun genel hükümleri, özel ceza kanunları ve ceza içeren kanunlardaki suçlar hakkında da uygulanır."

²⁷ "Ancak yoklama kaçağı suçu, askeri cürüm olmakla birlikte, sırf askeri suç olmadığından, bu suçla ilgili olarak 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasının 47, Ek 8, Ek 10 ve 5237 sayılı TCY'nın 5. maddeleri uyarınca, suç tarihi itibarıyla tayin olunan hapis cezasının, 5237 sayılı TCY'nın 50/1-a ya da 647 sayılı Yasanın 4. maddesindeki paraya veya diğer seçenek yaptırımlara çevrilmesinde yasal bir engel bulunmamaktadır..." (CGK. E. 2010/7-262, K. 2011/35), www.kazanci.com, ET: 30.06.2023)

²⁸ Söz konusu Sözleşme'nin 4'üncü maddesinde "Cezai hukuka göre suç teşkil etmeyen askerî suçlar dolayısıyla iade işbu Sözleşmenin tatbik sahası dışındadır." hükmü yer almaktadır. Buna göre; ceza kanunlarına göre suç teşkil etmeyen ifadesinden ilgili suç unsurlarının genel ceza kanunlarda

Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu göre sırf askeri suçtan dolayı iade mümkün değildir.

Yargılama neticesinde verilen hükmün yerine getirilmesinin usul ve esasları, infaz hukukunun alanına girmektedir. Kanun koyucu tarafından infaz rejimi düzenlenirken suç işlemeyi alışkanlık haline getirenlerin veya cezadan ıslah olmayarak tekrar suç işleyenlerin statüsü genel infaz kurallarından ayrık²⁹ olarak gösterilmiştir. Bu bağlamda tekerrür, failin işlemiş olduğu suçtan dolayı mahkûm edildikten sonra belirli bir zaman içerisinde tekrar suç işlemesi halidir. Tekerrür halinde infaz hukukunda ortaya çıkan ayrık durumlar şunlardır: Faile verilecek ceza artmamakla birlikte cezaevinde geçireceği infaz süresi artmaktadır. Kanunda seçimlik ceza öngörülmüş ise hapis cezasına karar verilir. Söz konusu hapis cezası adli para cezasına çevrilmez. Ceza infaz edildikten sonra fail hakkında denetimli serbestlik hükümleri uygulanır.

Yukarıda sırf askerî suçlar için düzenlenen ayrık durumların yansımaları genel ceza kanunumuzun bazı maddelerinde varlık hali bulmuştur. TCK'nın “*Suçta tekerrür ve özel tehlikeli suçlular*” madde başlıklı 58'inci maddesinin (4) fıkrası hükmü gereği sırf askerî suçlar ile diğer suçlar arasında tekerrür hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu'nda tekerrür hâlinin sübutu için aranılan mahkûmiyet hapis cezasının beş yıllık sürenin altında veya üstünde olması durumu Askeri Ceza Kanunu'nda aranmamış, yalnızca cezanın tenfizinden veya affının üzerinden beş yıl geçmemesi şartına bağlanmıştır. AsCK 42'nci maddesinde yer alan tekerrür süresi hesabının cezanın tenfizi şartına bağlanmamış olması şeklindeki düzenleme Türk Ceza Kanunu'ndan farklı olarak askeri suçun failinin diğer suç faillerine göre usul hukuku yönünden şartlarını ağırlaştırmaktadır. Bu bağlamda suç tipinin tespiti noktasında askerî suç-sırf askerî suç mevcudiyeti yargı organlarınca araştırılmalıdır. Tezimizin konusu olan asta müessir fiil suçu, AsCK ek md. 11'i mucibince sırf askerî suç olarak düzenlenmemiş bir askeri suç tipidir.

Genel olarak değerlendirildiğinde; sırf askeri suçlara bağlanan sonuçların genel infaz kurallarından ayrılması ve fail için daha ağır infaz koşulları öngörülmesinin bir bakıma

düzenlenmediği, niteliği itibariyle özel kanunlarda (askerî yasalarda) düzenlenen sırf askerî suçlar olarak anlaşılması gerektiği değerlendirilmektedir.

²⁹ KAN, C. H, “Türk Hukukunda Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.26, S.45, Aralık 2021, s. 309.

korunması gereken eşitlik ilkesinin ihlal edilmiş olduğu yorumu yapılabilir. Ancak askerî suçlarda korunan değerlerin genel olarak; millî savunma, millî güvenlik³⁰, askerî hizmetin devamlılığı, askerî birliğin bekası, sabotajlara karşı koyulması, mevcut olan disiplinin muhafazası, idamesi ve güçlendirilmesinin zorunluluğu hâli, harbe hazırlık, yurt savunması ve askerlik sadakat borcuna ihlalinin meninden ibaret olduğu göz önüne alındığında askerî hizmeti ve disiplini sekteye uğratacak fiillerin genel hukuk kurallarına göre daha ağır şekilde cezalandırılmasının anlaşılabilirliğini³¹ değerlendirmektediriz.

II. Asta Müessir Fiil Suçunun Tarihsel Süreci

Tarihsel arka planda askerî ceza hukukunun temelleri düzenli yerleşmelerin ve orduların ortaya çıktığı tarihin kadim dönemlerine kadar dayanmaktadır. Askeri ceza hukuku, savaşlarla birlikte usul ve kaideleri belirlendiğinden dolayı tarihin en eski hukuk dalıdır.³² Hatta ceza hukuku kurallarından daha önce askerî ceza hukuku kurallarını yazılı hale getirildiği yahut kanunlaştırıldığı ülkeler mevcuttur. Örneğin İsviçre'nin Askeri Ceza Kanunu 1837 yılında yürürlüğe girmiş iken ceza kanunu 1942 yılında yürürlüğe girmiştir.³³

Devletlerin yahut eski zaman siyasi organizasyonlarının ordu mensubu kişilere tanıdıkları haklar ve tabi kıldıkları yükümlülükler bakımından diğer kişilere nazaran farklı düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Örneğin, M.Ö. Babil'de Akat dilinde yazılan ve tarihin en eski yazılı yasalarından birisi olan Hammurabi yasalarında kendisi yerine başkasını askere gönderen kişinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir.³⁴

Avrupa'da ise devletlerin siyasi birliği Ortadoğu ve Asya ülkelerine göre geç sağlanmıştır. Bunlar arasında Almanya devleti siyasi birliğini en geç tamamlayan devletlerden birisi olmuştur. Alman topraklarında XVII. yüzyıla kadar siyasi birlik sağlanamamış, bu topraklarda irili ufaklı derebeylik yönetimleri hüküm sürmüştür.

³⁰ “Millî savunma hizmetleri; niteliği itibarıyla belirli bir düzen içinde sunulması gereken, kişilerin ve toplumun varlığı ve huzuru yönünden vazgeçilemez, ertelenemez ve ikame edilemez kamu hizmetlerindendir.”
AYM, E.2021/84, K.2022/117, T.13.10.2022, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:05.04.2023.

³¹ AYM, E.2018/161, K.2019/13, T.14.3.2019, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:20.05.2023.

³² ERMAN, s.17.

³³ ERMAN, s.19.

³⁴ ŞİMŞEK, Mustafa, Karşılaştırmalı Hukukta Askerî Yargı, İzmir, 2011, s. 12,13.

Yargılamalar keyfi olarak yapılmakta, adaletin tesisi genellikle komutan ve rahipler aracılığıyla yürütülmüştür.³⁵

Derebeylik dönemi Almanya'sında yazılı askeri yasa yoktur. Sanık herhangi bir güvenceye sahip olmamaktaydı. Yargıç tarafından sanık, taraf olarak kabul edilmemektedir. Diğer Alman prensliklerine göre Bavyera'da yargı sistemi görece daha gelişmiş haldeydi. Asker kişinin yargılanması için dava açılması, davanın aleni yürütülmesi ve hâkimin delilleri serbestçe takdir edebilme yetkisi vardı.³⁶

A. Antik Dönem

Antik Yunan'da askerliğe büyük önem verilmekle birlikte firar etmek, askerlik hizmeti yapmamak, silah bırakmak ağır cezalara bağlanmıştır.³⁷ Antik Yunan'da müessir fiili suçları halk arasında işlendiğinde mağdur veyahut ailesi tarafından dava edilmesi gerekirken askerler ayrı hukuk kurallarına tabi kılınmıştır.³⁸ Bununla birlikte asker sınıfı toplumun önemli ve güçlü bir kısmını oluşturmakta idi. Ordu komutanı olan strategoslar, M.Ö. V. yüzyılda Atina'da hem askerlikle hem siyasette önemli rol oynarlardı. Halk Meclisi, her bir kabileden bir kişi olmak üzere her yıl on strategos seçerdi.³⁹ Savaş sırasında itaatsizlik yapmak ile saflarını terk etmek (lipotaksion), orduyu yüzüstü bırakmak (lipostration), orduyu başarısızlığa uğratmak (astreteia) ve savaşta korkakça davranmak (deilia) gibi askeri suçların takibatı ve yargılaması ordu ve donanma komutanı olan generaller tarafından yapılır.⁴⁰

Eski Çin'de ve Hindistan'da müessir fiil suçları sürgün ve para cezalarıyla cezalandırıldı. Komutanını veya üst rütbede birisini döven asker kişinin suçu işlerken kullandığı uzvu kesilirdi.⁴¹ M.Ö. 200 ile M.S. 200 tarihleri arasında yazıldığı söylenen⁴² Manu yasalarında ordunun devletin asli yedi unsurundan birisini oluşturduğu bu minvalde

³⁵ WINTHROP, William, "Military Law", W. H. Morrison, Washington, 1886, s. 5. <https://heinonline.org/>, s. 4-16, E. T. 11.05.2022,

³⁶ SEVİG, s. 70.

³⁷ KARAKURUMER, Alkın, "Osmanlı İmparatorluğunda Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku", Çankırı Karatekin Üniversitesi, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2018, s. 41.

³⁸ SEVİG, Vasfi Raşid, Askeri Adalet, 1956, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s. 18.

³⁹ SİNA, Ayşe, "Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler", *TBBD*, 2016, C: 123, s. 426.

⁴⁰ SİNA, s. 429.

⁴¹ ERMAN, s. 17.

⁴² ARSLAN, Hammet, "Manu Kanunnamesi'nde Evlilik", *Milel ve Nihal İnanç, Kültür ve Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, Cilt 10 Sayı 1, 2013, s. 92.

yasalarda ordu ile ilgili suç ve cezalar yer verildiği görülmektedir. Köprü imha edenlere, kale hendeğini dolduranlara, bayrağa zarar verenlere, düşmanla iş birliği yapanlara, aman dilemiş düşman askerini yaralayanlara, firar edenlere idam cezası başta olmak üzere çeşitli ağır yaptırımlar uygulanmıştır.⁴³

Kadim Mısır'da bulunduğu birlikten firar eden ve emre itaatsizlik gösteren askerler şerefsizlik cezasıyla cezalandırılmaktaydı. Cezaya mahkûm edilen asker ancak savaşta başarı göstermesi halinde cezadan kurtulabilirdi. Askerin yaptığı fiil, vatana ihanet olarak adlandırılırsa, yargılaması toplum önünde açık olarak yapılır ve askere halk tarafından idam edilmek yerine intihar etmeyi seçebileceği bildirilirdi. Asker seçim hakkını kullanarak kendi hayatını sonlandırabilirdi.⁴⁴

B. Roma Dönemi

Kadim yıllar için bahsedilen cezalar Roma İmparatorluğu ve cumhuriyet döneminde de karşımıza çıkmaktadır. Roma İmparatorluğu devlet teşkilatı zırhını harpten almıştır. Roma'da Pax Romana (Roma Barışı) dönemi haricinde genel olarak savaş durumu mutad, barış durumu istisnaidir.⁴⁵ Bu bağlamda Roma'da askerliğe dair birçok usul ve kaide düzenlenmiştir. Roma'da askeri suç kavramının tanımı ile askeri suç – genel suç ayrımı yapılmıştır.⁴⁶ Roma devletinde askerler hizmete başladıklarında Roma vatandaşlarına ve Senato'ya bağlı kalacaklarına dair yemin ederlerdi. Bu yemin onları cumhuriyete karşı hizmet yükümlülüğü altına sokmaktaydı. Vatana ihanet, komplo, suikast gibi cezaları soruşturma yetkisi Senato'ya ait idi. Roma'da askeri disiplini bozan davranışlara çok sert yaptırım uygulandığı söylenilebilir.

Roma'da askerlerin herhangi bir sivil görevi kabul etmesi yasaktı. Bu kuralın herhangi bir ihlali, aşağılama ve ihraçla cezalandırılıyordu. Askerler, disiplin ihlalleri nedeniyle her zaman askeri mahkemelerde yargılanırdı. Roma İmparatorluğu'nda asker kişilere uygulanan bazı cezalar şunlardı; *Fustuarium* (sopa ile dövme), *Flagellation* (falaka), korkaklık gösterenler için uygulanan *Desimasyon* cezası (sopa ile döverek

⁴³ TİFTİK, s. 96; ERMAN, s. 17; KARAKURUMER, s. 28; DEĞİRMENCİ, s. 32.

⁴⁴ MEŞİNCİ, Mert, “Emre İtaatsizlikte Israr Suçu” Başkent Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2023, s. 39,

⁴⁵ SEVİĞ, Vasfi Raşid, “Askeri Adalet”, *AÜHFD*, Cilt:09 Sayı:01 (1952), s. 244.

⁴⁶ KARAKURUMER, *Askerî Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri*, s. 224; ERMAN, s. 18; DEĞİRMENCİ, s. 32; ŞİMŞEK, s. 12.

öldürme)⁴⁷ ve ölüm cezasıdır. Roma’da uygulanan askeri cezalar; ağırlık derecesine göre maaştan kesme, rütbenin düşürülmesi, dövme, sürgün veya idam cezası olarak çeşitlilik göstermektedir.

Görüleceği üzere Roma’da asker kişilere uygulanan cezalar ekseriyetle suçlunun toplum içinde küçük düşürülmesi ve bedenen acı çektirilmesine yöneliktir. Askerlere verilen cezaların uygulanması ise normal bireylere göre farklı usule tabiydi. Örneğin, ölüm cezaları kılıçla başın kesilmesi suretiyle infaz edilirdi.

XII. Levha Yasalarında müessir fiillere tadadî olarak yer verilmiştir. *Ius Civile*’de yer alan kişilere karşı işlenen (*Iniuria*)⁴⁸ kapsamında cezalandıran hareketler şunlardır; sopa veya çıplak el ile başkasını yaralamak, kemiğini kırmak (*os fractum*), sakatlamak ve uzuv kesmek (*membrum ruptum*). Bu hareketlerin cezası genel olarak para cezası olarak belirtilmiştir. Roma’nın ilk dönemlerinde başkasına müessir fiil ile uzvunu kaybettiren veya yaralayan kişi hakkında tazminat noktasında anlaşma sağlanamamışsa kısas cezası da uygulanmıştır. *Praetor* hukuku ile her müessir fiili için ayrı ayrı dava görülmesi yerine bütün yaralama halleri için *actio iniuriarum* kabul edilmiştir. Dava, üç yargıçtan oluşan mahkemelerde görülmeye başlamıştır. Zengin kişilerden alınacak tazminat bakımından mağdura çekirmiş olduğu eza ölçüsünde mahkemeye takdir hakkı tanınmıştır.⁴⁹

Roma İmparatorluğunda dövme/falaka cezası; tribüne yalan söyleyenlere, askeri kamptan bir şey çalanlara, yanlış tanıklık yapanlara, istismar edenlere, aynı suçun tekrerrü halinde asker kişilere uygulanırdı.⁵⁰ Askerlik görevinden sorumlu oğlunu gizlemeye çalışan bir ebeveyn, sürgünle cezalandırılır ve aynı zamanda mallarının bir kısmına el konulurdu.⁵¹

⁴⁷ POLYBİUS, *The Histories III*, Harvard University Press, 1979, s. 361,465. <https://ryanfb.github.io/loebolus-data/L138.pdf>, ET: 01.10.2022.

⁴⁸ “Çağdaş hukuk doktrinde “kişilik hakları”nın konusunu teşkil eden kişinin vücut bütünlüğü, namusu, şerefi, itibarı gibi kişi varlıklarına karşı gerçekleştirilen tecavüzlerin Roma Hukuku’ndaki karşılığı özel suç *iniuria*’dır.” Bkz. TARHAN, Alaz, “Roma Hukuku’nda Iniuria”, Ankara Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, 2019, s. 19.

⁴⁹ UÇARYILMAZ Talya Şans, EMİROĞLU, Haluk, “Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu”, *AÜHFD*, 69 (2) 2020, S. 853.

⁵⁰ POLYBİUS, *The Histories III*, s. 355.

⁵¹ SHERMAN, Charles P., “Modernness of Roman Military Law”, *Illinois Law Review*, C. 13, S. 1, s. 376, <https://heinonline.org/>, ET: 15.10.2022.

Roma'da mahkemeler haricinde de komutanlar tarafından bazı cezaların verilmesi mümkündü. Örneğin yüzbaşılar tarafından dövme cezaları verilebilirken generaller asker kişinin ölümle tecziye edilmesine karar vermeye yetkiliydi.⁵² Her yüzbaşı, askeri disiplini ihlal eden askerleri cezalandırmak için kullandığı, asma dalından "*vitis*" yapılmış bir asa taşırdı. Bu asa, yüzbaşılığın simgesi olarak görülmüştür. Subaylara veya üstlerine saygı göstermeyen Romalı askerler ağır bir şekilde cezalandırılırdı. Bir subaya saldırmak ölümle cezalandırılırdı. Kırbaçlama, disiplin ihlali nedeniyle sıklıkla uygulanan bir cezaydı.⁵³ Savaş zamanında firar her zaman ölümle cezalandırılırdı. Bu bağlamda, tezimizin konusu olan asta müessir fiil suçu Roma'da medeni hukukta suç olmakla birlikte askeri anlamda şartları oluşmuş ise suç işleyen askerlere karşı bir yaptırım olarak uygulandığını söyleyebiliriz.

C. Moğol Dönemi

Askeri suçlara ilişkin düzenlemeler Orta Asya steplerinde de görülmektedir. Moğol yasalarında savaştan korkarak kaçanların, toplanma yerine geç katılanların, maiyetini savaşa gereği gibi hazırlamayanların cezalandırılacağı düzenlenmiştir.⁵⁴ *1640 Tarihli Oyrat-Moğol Kanunu*'na göre savaşta kötü davranan veya kaçan prensler ceza olarak at ve sair eşya vermek zorundaydılar.⁵⁵

Moğol Kanunlarında askeri suçlara ilave olarak müessir fiiller kazuistik olarak sayılmak suretiyle düzenlenmiştir.⁵⁶ Önemli görülen müessir fiiller Kanunda gösterilmiştir. Kazuistik olarak, bir elin parmaklarını kaybetme, iyileşmiş olan (ağır) yara, hafif yara, keskin bir silâhla açılmış olan ağır, orta, hafif yaralar, hafif batırma yaraları, keskin silahlı yaralamalar müessir fiil olarak sayılmıştır. Ceza tayin edilirken failin manevi unsurunun göz önüne alınacağı belirtilmiştir. Manevi unsur kendi içerisinde ikiye ayrılmıştır. Birincisi, kasti müessir fiil, bu da kendi içerisinde ikiye ayrılmaktadır; kötü muamele ve yaralamadır. İkincisi kasti olmayan müessir fiillerdir. Suçun müeyyidesi olarak insan öldürme suçunda olduğu gibi müessir fiil suçunda; amme cezası ve bununla birlikte zarar

⁵² ŞİMŞEK, s. 7.

⁵³ SHERMAN, s. 585.

⁵⁴ ERMAN, s. 19; DEĞİRMENCİ, s. 32; KARAKURUMER, "*Askerî Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri*", s. 225.

⁵⁵ ALINGE, Curt, Moğol Kanunları, (*Türkçeye çeviren: Prof. Dr. Coşkun ÜÇÖK*), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No; 227, Sevinç Matbaası, 1967, s. 171.

⁵⁶ ALINGE, s. 103-104.

görene ödenecek tazminat öngörülmüştür. Örneğin, ihmâlden doğan ve ölümle neticelenen müessir fiillerde suçunun işlendiği yerde olan herkes ceza olarak bir at vermek mecburiyetinde tutulmuştur.⁵⁷

D. Osmanlı Dönemi

Osmanlı'da beylik döneminde gönüllü/gaza sistemine dayanan askerlik anlayışı, idari teşkilatın gelişmesiyle birlikte devşirme ve tımar sistemi ile düzenli bir askeri yapıya kavuşmuştur. Askeri yapı ve askeri cezaların batı devletlerine benzer şekilde uyarlanmasına kadar İslam hukuku etkisini göstermiştir. Bu bağlamda müessir fiil suçlarında diyet ve kısas yaptırımları uygulanmıştır.⁵⁸ Asker kişilerin ölüm cezaları boğmak suretiyle infaz edilmiştir.⁵⁹

I. Murat döneminde kazaskerlik kurumu oluşturularak askerî yargının temeli atılmıştı. Başkentte bulunan ve birinci görevi padişahı korumak olan yeniçeriler, işlemiş oldukları suçlardan dolayı *Kanunname-i Yeniçeriyân* hükümlerine göre yargılanırlardı. Bu kanunname uyarınca yeniçerileri, ancak mensubu oldukları ocaklarındaki komutanları cezalandırabilirdi. Yeniçerilere vezirlerin dahi ceza verme yetkileri yoktu. Yeniçerilerin tabi olduğu hükümler Osmanlı'da askeri ceza hukukunun ilk örneğidir.⁶⁰

III. Selim döneminde askerî anlamda ıslahatlar yapılarak Nizami Cedit Ordusu kurulmuştur. Bu dönemde yapılan askerî ıslahatlar Kabakçı Mustafa İsyanı sonucunda ortadan kaldırılmıştır. Ancak Osmanlı devletinde hukuk düzeninde reformların fitili artık ateşlenmiştir.⁶¹ II. Osman döneminden başlayan Yeniçeri Ocağı'nın ortaya çıkardığı disiplinsizlik ve ülke idaresine tehdit olma durumu II. Mahmut idaresince sonlandırılarak 1826 tarihinde *Asakir-i Mansure-i Muhammediye* adlı ordu kurulmuştur. Yeni ordunun kurulmasından sonra 1837 yılında iki farklı kanunname çıkarılmıştır. Osmanlı ülkesi askerî açıdan beş ordu bölgesine ayrılarak askerlik hizmeti kura ve süreye bağlanmıştır.

⁵⁷ ALINGE, s. 108.

⁵⁸ AKBULUT, İlhan, "İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar", *AÜHFD*, 2003, Cilt: 52, Sayı: 1, s. 170 vd.

⁵⁹ YOLYAPAN Aydoğan, "Osmanlı Devletinde Askeri Yargı", *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi*, C.3, S.9-10, s. 158.

⁶⁰ TAŞKIN, Rıfat, *Askeri Ceza Kanunu Şerhi*, Ankara, Harp Okulu Basımevi, 8. Baskı, 1946, s. 5.

⁶¹ TANÖR, Bülent, *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeler*, Yapı Kredi Yayınları, 33. Baskı, İstanbul, 2020, s. 40.

Subayların sivil görev almaları yasaklanmıştır. Askeri yargı yolu şekillendirilmiştir. Osmanlı’da reaya – asker ayrımı yapılmıştır.⁶²

İlk kanunname, askeri yargı sisteminde önemli bir değişiklik yer almamıştır. Önceki dönemde sadece zabıtlere (subaylara) tanınan ceza verme yetkisi, bundan sonra zabıtlardan teşekkül edilen bir mahkemeye devredildi.⁶³ Asıl önemli değişiklik aynı yıl yürürlüğe giren *Kanunname-i Ceza-i Askeriye* ile yapılmıştır. Bu kanunname çağdaş ceza hukukuna ait temel ilkelere yer verilmiştir. Askerî suç – genel suç ayrımı yapılarak askeri suçların hangileri olduğu düzenlenmiş, duruşmanın aleniliği ilkesi, müdafî ile temsil edilme hakkı gibi teminatlar asker kişiye tanınmıştır. Bu sayede adli yargı – askerî yargı ayrımı pekiştirilmiştir.⁶⁴ Devam eden süreçte, 1876 yılında yürürlüğe giren Kanunî Esasi’nin 23’üncü maddesinde yer alan bir kimsenin kanunen tabii olduğu mahkemeden başka mahkemeye gitmez hükmü ile doğal hâkim ilkesi benimsenmiştir.

Fransız askerî ceza yasasından esinlenerek hazırlanan ve 1930 yılına kadar uygulanan *Askeri Ceza Kanunname-i Hümayun* (1869) ile o dönem askerî yargıda kazanılan birtakım temel ilkeler geri alınmıştır. Yargılamada savcılık yani iddia makamı ile müdafî bulunmuyordu.⁶⁵ Yargılama yetkisi zabıtlardan teşekkül edilen Divan-ı Harp mahkemesine bırakılmıştır. Kanunname, mezkûr mahkemenin suçun kovuşturulması sürecinde takip edeceği usule ilişkin düzenlemelere yer verilmemiştir.⁶⁶ Ayrıca Kanunî Esasi’nin 113’üncü maddesine istinaden sıkıyönetim rejimi mahkemesi *Dîvân-ı Harb-i Örfî* kurulmuştur.

Kanunname-i Ceza-i Askeriye ile *Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu* kanunlarında asta müessir fiil suçuna ve üstte fiilen taarruza ilişkin hükümler mevcuttur. Ast, tarafından üste fiilen taarruz edilmesi suç olarak düzenlenmiştir. Bu durumda faile verilecek ceza; *Kanunname-i Ceza-i Askeriye*’ ye göre sanık idam edilir, *Askeri Ceza Kanunname-i*

⁶² KOÇ Yunus, TUĞLUCA Murat, “Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı”, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, S.2, 2006, s.16.

⁶³ İPEKSÜMEROĞLU, Niyazi; “Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış”, *AÜHFD*, 1951, Cilt 8, Sayı 1–2, s. 467.

⁶⁴ Köprü, Orhan “Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi”, *Askeri Adalet Dergisi*, 1994, Sayı 89, s. 3.

⁶⁵ KARAKURUMER, Osmanlı İmparatorluğunda Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku, s. 99.

⁶⁶ İPEKSÜMEROĞLU, s. 469.

Hümayunu’ na göre sanık silah altında ise idam edilir, silah altında değilse 1 yıldan 10 yıla kadar kürek cezası verilir.⁶⁷

Kanunname-i Ceza-i Askeriye’ nin *adem-i itaat* başlıklı 22. bent 17. maddesinde üst astının nefsinin terbiye etmek, savaş meydanından kaçanları tekrar savaşa sokmak, savaş meydanında ölü ve esirleri soyanları men etmek maksadıyla dövme yetkili kılınmıştır. Bu haller dışında asta müessir fiil uygulanması halinde üste tenzili rütbe uygulanarak bir sene hapis cezasına çarptırılırdı. Astın ölmesi halinde üst hakkında idam cezası uygulanırdı.⁶⁸

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun 105. maddesinde aynı rütbede olan asker kişilerin birbirlerine karşı işledikleri müessir fiiller cezalandırılmaktadır. Fail askeri memur veya subay ise iki aydan bir yıla kadar hapis ile, fail astsubay ve alt rütbeden ise kırk değnekten seksen değneğe kadar sopa ile cezalandırılmaktadır.⁶⁹ Günümüzde, yukarıdaki başlıkta izah edildiği üzere TSK Subay Sicil Yönetmeliği gereğince ast-üst durumu kati olarak gösterildiğinden aynı rütbede dahi eşitlik söz konusu değildir. Bu bağlamda, ancak yükümlü rütbesiz askerler arasında müessir fiil suçu işlenmesi halinde AsCK m. 117’ye göre değil TCK’daki genel hükümlere göre suç tipi tayin edilecektir.⁷⁰ Ancak yükümlü askerler (*erbaş/er*) arasından ast üst ilişkisi aranabilmesi için fiilin askeri hizmetten kaynaklanması gerekir.⁷¹

Askeri Ceza Kanunname-i Hümayunu’nun 113. maddesinde asta müessir fiil suçu ve cezası düzenlenmiştir. Bu bağlamda müdafaa-i meşru’a an’ın’nefs veyahut müdafaa-i meşru’a an’il’gayr veyahut firarileri çevirmek veyahut yağmayı veya tahribi teskin etmek zaruretlerinin biri icab ettirmeksizin astını dövme fiili iki aydan bir seneye kadar hapis cezası ile tecziye edilir.⁷²

⁶⁷ KARAKURUMER, “Osmanlı İmparatorluğunda Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku”, s. 403.

⁶⁸ SEVİĞ, s. 100 vd; KARAKURUMER, “Askeri Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri”, s. 144.

⁶⁹ KARAKURUMER, “Osmanlı İmparatorluğunda Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku”, s. 258.

⁷⁰ “Aynı rütbedeki askerlerin birbirine vurması TCK’nın 456 ncı maddesindeki suçu oluşturur.” As. Yrg. 3. D. T.27.04.1993, E.1993/224, K.1993/222; KOÇ, Cihan, Notlu İçtihatlı Açıklamalı Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara, Sözkese Matbaası, 2023, s. 616.

⁷¹ AsCK ek md. 12.

⁷² KARAKURUMER, “Osmanlı İmparatorluğunda Askerî Ceza ve Disiplin Hukuku”, s. 260.

Son olarak Osmanlı'da 1914 yılına gelindiğinde, Divanı Harp mahkemeleri tarafından verilen kararların temyiz incelemesinden geçirilmesinin temini maksadıyla 233 sayılı geçici kanunla Askerî Yargıtay (*Divan-ı Temyiz-i Askerî*) kurulmuştur. 1961 Anayasa ile anayasal bir kurum olma özelliğine kazanmıştır.⁷³

III. Karşılaştırmalı Hukuk

A. Genel Olarak

Cumhuriyetin ilanından sonra 1930'da Askerî Ceza Kanunu yürürlüğe girdiğinde asta karşı müessir suçu şu şekilde düzenlenmiştir:

1- Astını kasten itip kakan, döven veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan ve yahut tazip maksadı ile astının hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya sui muamelede bulunulmasına müsamaha eden âmir veya mafevk iki seneye kadar hapsolunur.

2- Az vahim hallerde kısa hapis ve efrat hakkında katıksız hapis verilir.

Madde metninde yer alan 2'nci fıkra 6413 sayılı kanunun 45'inci maddesi ile 2013 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Kısa hapis cezası niteliğindeki göz hapsi, oda hapsi ve katıksız hapis cezaları askeri kabahat olmakla birlikte az vahim halin tarifi kanunda yapılmadığından ve vahim halin takdiri keyfiliğe sebep olabileceğinden dolayı müessir fiillerin cezasız bırakılması ihtimali her zaman mevcut olmuştur. Bu bağlamda ikinci fıkranın 2013 yılında mülga edilmesinin yerinde olduğunu değerlendirmekteyiz.

AsCK'nın 118'inci maddesinde müessir fiil sonucunda astın vücudunda tahribat yapılmışsa veyahut ölümü halinde uygulanacak ceza düzenlenmiştir. AsCK'nın 119'uncu maddesinde ise bazı hallerde söz konusu müessir fiil nedeniyle mafevke ceza verilemeyecek hallere yer verilmiştir. AsCK'nın yayımlandığı tarihte, 765 sayılı TCK yürürlükteydi. 765 sayılı TCK'nın şahıslara karşı cürümler babında şahıslara karşı müessir

⁷³ DEMİRAĞ, Fahrettin, "Anayasal Bir Kurum Olarak Askeri Yargı ve Anayasa Önerileri", *TBB Dergisi*, Sayı 75, 2008, s. 211.

fiiller suç olarak düzenlemiştir. 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte 765 sayılı TCK mülga edilmiştir. 5237 sayılı TCK'da kişilere karşı suçlar kısmında müessir fiil suçuna yer verilmemekle birlikte yaralama suçu düzenlenmiştir.

Öte yandan 1930 tarihli 1632 sayılı AsCK'da Osmanlı Devleti'nin son döneminde yürürlüğe giren 1253 ve 1286 tarihli kanunlara benzer şekilde asta müessir fiil suçunun düzenlendiğini görülmektedir.

B. Alman Hukuku

Askeri ceza mevzuatı; devletlerin askerî suçlara yaklaşımlarına ve münhasır ihtiyaçlarına göre çeşitli şekillerde düzenlenmektedir. Asta müessir fiil suçu, 1872 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'nun 122. maddesinde düzenlenmiş olup 1926 tarihinde Alman AsCK'da madde metninde değişiklik yapılmıştır. Alman Askeri Ceza Kanunu'ndan farklı olarak 1632 sayılı AsCK'da asta müessir fiil suçu yönünden “*tard*” ve “*tekerrür*” müessesesi/yaptırımı düzenlenmemiştir. Alman AsCK'da yer alan “*ağır müessir fiil*” hali Türk AsCK'nın 118. maddesinde “*tahribat*” olarak düzenlenmiştir. Ağır müessir fiil kavramı önemli bir uzvun zarar görmesi olarak nitelendirilmiştir.⁷⁴

Günümüzde Alman Anayasası'nın 96'ncı maddesinde yer alan hüküm doğrultusunda askerî ceza ile genel ceza mevzuatı ayrı ayrı düzenlenmiştir.⁷⁵ Bu kapsamda 24 Mayıs 1974 tarihinde 48 maddeden oluşan Alman Askeri Ceza Kanunu (*Wehrstrafgesetz-WStG*) yürürlüğe girmiştir.⁷⁶

Asta müessir fiil suçu, 1974 tarihli Alman Askeri Ceza Kanunu'nun “Kötü Muamele” başlıklı 30'uncu maddesinde şu şekilde düzenlenmiştir:⁷⁷

(1) Astına fiziksel olarak kötü muamelede bulunan veya sağlığını zarara uğratan kişi, üç aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁷⁴ DURANOĞLU, Yakup, “Askeri Ceza Kanunu'nda Ölümle Sonuçlanan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar”, Marmara Üniversitesi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, s. 80.

⁷⁵ KANGAL, s. 31.

⁷⁶ DEĞİRMENÇİ, s. 31.

⁷⁷ Misshandlung terimi, fiziksel sağlığın önemli ölçüde bozulmasının yanı sıra, yaralanan kişiye karşı uygunsuz, toplum tarafından kabul edilemez, bir muameleyi içerir. Bkz. SCHENCK, Ernst Günther, “*Military Law and Law of War Review*”, 1972, 11(2), s. 443. <https://heinonline.org/>, ET: 13.05.2022.

(2) Aynı şekilde, bir astının başka bir askere karşı suçu işlemesini teşvik eden veya göz yuman kişi de cezalandırılır.

(3) Daha hafif durumlarda ceza, üç yıla kadar hapis cezasıdır.

(4) Özellikle ağır durumlarda ceza, altı aydan beş yıla kadar hapis cezasıdır. Özellikle ciddi bir durum genellikle failin davranışını ısrarla tekrarlaması durumunda ortaya çıkar.⁷⁸

C. İtalyan Hukuku

İtalya Cumhuriyeti Anayasası'nın m. 103/3'e göre askeri ceza mahkemeleri savaş zamanında kanunlarda belirlene yargılama yetkisi sahiptir. Barış döneminde sadece askeri suçlar bakımından yargılama yetkilisine sahiptir.⁷⁹ Bu bağlamda askeri ceza yasaları anlamında ikili ayırım yapılmıştır.⁸⁰

İtalya Askeri Barış Ceza Kanunu'nun (*Codice Penale Militare Di Pace*) 43'üncü maddesinde şiddet kavramının tarifi yapılmıştır. Cinayet, cinayete teşebbüs, yaralama fiili, dayak, kötü muamele ve silahla saldırı şiddet kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. İtalya Askeri Barış Ceza Kanunu'nun ikinci kitabı sırf askeri suçlara yer vermektedir. Asta müessir fiil suçu, Askeri Disipline Karşı Suçlar başlığının dördüncü bölümünün 195. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan maddede astına şiddet uygulayan üstün, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Müessir fiil kasten öldürme, kasten öldürmeye teşebbüs niteliğinde ise veyahut ciddi yaralanmaya sebebiyet vermiş ise genel ceza kanununda öngörülen ilgili cezaların uygulanacağı ve geçici tutuklama süresinin arttırılabileceği düzenlenmiştir. Suçun vahim hallerinde genel ceza kanuna gönderme yapması nedeniyle AsCK'dan ayrılmaktadır. Ayrıca İtalyan Barış Kanunu'nun Kişiyeye Karşı Suçlar bölümünün 222, 223 ve 224. maddelerinde kişisel yaralama suçları düzenlenmiştir. Burada cezalandırılan müessir fiillerde ast-üst hiyerarşisi belirtilmemiştir.⁸¹

⁷⁸ <https://www.global-regulation.com>, ET:31.03.2022.

⁷⁹ <https://www.senato.it>, ET:31.03.2022.

⁸⁰ ERMAN, s. 8.

⁸¹ http://www.somalilandlaw.com/Italian_Military_Criminal_Law_In_Peace___Som_Code_Arts.pdf, ET: 10.09.2023.

D. Fransız Hukuku

Fransa’da askerî suç ve cezalar, 1857 tarihli, 1928 tarihli ve son olarak 1965 tarihli Askerî Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. Fransa’da genellikle savaş gibi olağanüstü durumlarda askeri mahkemeler ihdas edilmekte ya da yetkisi arttırılmakta olağan dönemlerde ise genel yargı sistemi kurallarının işletildiği görülmektedir. Bu bağlamda askeri yargı Fransa’da 1467 yılında XI. Louis tarafından çıkarılan kararname ile kurulmuş, Fransız ihtilali döneminde tamamı kapatılmış, devam eden süreçte savaşlarla birlikte askeri yargı yetkisi artarak işlerliğini sürdürmüştür. 1981 yılında çıkarılan kanun ile Devlet Güvenlik Mahkemeleri, 1982 yılında çıkarılan kanun ile askeri yargı barış döneminde ilga edilmiştir. Barış döneminde ülke sınırları dışında görev icra eden askeri birliklerde gerçekleşen suçların soruşturma ve kovuşturma işlemleri Paris Askeri Mahkemesi tarafından yapılmaktadır.⁸²

Asta müessir fiil suçu, Fransız Askerî Ceza Yasası’nın L323-19-L323-21 maddelerinde düzenlenmiştir. Cezanın temel hali beş yıla kadar hapis cezasıdır.⁸³ Suç, L323-19’üncü maddesinde suç, şu şekilde düzenlenmiştir:

Astına şiddet uygulayan üst beş yıl hapis cezasıyla cezalandırılır. Ancak şiddet, kaçakları düşmanın veya silahlı bir grubun huzurunda toplamak veya yağma veya yıkımı veya askeri kuvvetlerin güvenliğini tehlikeye atabilecek ciddi karışıklığı durdurmak amacıyla işlenmişse suç oluşmaz.

Şiddet, işlendiği koşullar veya sonuçları itibarıyla ceza kanununda daha ağır ceza gerektiren bir suç teşkil ediyorsa, ceza kanununda öngörülen cezalara göre cezalandırılır.⁸⁴

E. Amerikan Hukuku

Amerikan Birleşik Devletlerinde 05.05.1950 tarihli Birleşik Askeri Adalet Kanunu (*Uniform Code of Military Justice*) askeri mevzuat açısından temel niteliktedir. Bu Kanun’un 90. maddesi bir astın, askeri hizmet sırasında üstü konumundaki askeri personele karşı şiddet kullanması, emirlerine karşı gelmesi, üstüne vurması, silah çekmesi halinde savaş ve barış dönemine göre ayrı cezalar ile tecziye edileceğini düzenlemektedir. 91. maddede bir astın, astsubay ile erbaşlara karşı askeri hizmet vurması veya saldırması

⁸² TAŞKIN, Mustafa, “Fransa’da Askeri Yargı, *TBB Dergisi*, S. 84, 2009, s. 124.

⁸³ <https://www.legifrance.gouv.fr/>, ET: 01.04.2022.

⁸⁴ <https://codes.droit.org>, ET: 01.04.2022.

halinde askeri mahkeme tarafından uygun görülen bir ceza ile tecziye edileceği düzenlenmiştir.⁸⁵

AsCK'dan farklı olarak Amerikan Askeri Adalet Kanunu'nda ast-üst hiyerarşik ayrımı yapmadan müessir fiil neticesinde mağdurun ölmesi veyahut sakat kalması halinde asker kişinin 118. veya 124. maddeye göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. 118. maddede kanunsuz olarak başka birisini öldürme fiilinin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Tayin edilecek ceza failin suç kastına göre tespit edilecektir. 124'üncü maddesinde müessir fiil neticesinde mağdurun işitme/duyu organlarından veyahut el kol gibi uzuvlarının ciddi derecede zarar görmesi, bedeni kuvvetini önemli ölçüde kaybetmesi veya çehresinin değişmesi halleri sakat bırakma olarak tanımlanmıştır.⁸⁶

IV. Uluslararası Düzenlemeler

İnsan hakları kavramının kuramsal olarak ortaya konulmasında ve temel değerlerin tespiti noktasında hukuk normlarında kişi kavramı üzerinde durulmuştur. Hukuk düzeninde hak sahibi olan ve borç yükümlülüğü altına giren kişi, insan haklarının aynı zamanda öznesidir. İşte bu noktada herhangi bir ırksal, kültürel, dinsel ya da diğer türlü ayrımcılığa tabi tutulmaksızın kişinin sırf insan olmasından dolayı birtakım haklarının korunması, insan haklarının temel çıkış noktasını oluşturmaktadır. Kişiliğin yalnızca dış beden olarak değerlendirilmemesi aynı zamanda birtakım manevi ve kültürel değerler de insan kişiliğinin mütemmim cüzi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bahsedilen fiziksel, duygusal ve kültürel bu değerlerin toplamı insanın bireysel kişiliğini oluşturmaktadır.⁸⁷

İnsan hakları kavramının temelinde kişinin beden ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı yer almaktadır. Korunan bu değer, uluslararası metinlerde de müteaddit defa zikredilmiştir. 1948 yılında Paris'te yapılan Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirisi diğer uluslararası metinlerin de öncüsü olmuştur. Bu bildiri kişilik haklarını koruyan hükümlerle başlamaktadır. Bildiride; yaşam hakkı 3. maddede, kölelik yasağı 4. maddede, işkence ve gayri insani muamele yasağı 5. maddede,

⁸⁵ <https://ucmj.us>, ET: 02.04.2022.

⁸⁶ <https://ucmj.us>, ET: 02.04.2022.

⁸⁷ NASKALİ GÜRSOY, Emine, KOÇ, Aylin, İğdiş, Sünnet, Bedene Şiddet Kitabı, İstanbul, Bayrak Matbaası, 2009, s. 393.

hukuki kişilik 6. maddede düzenlenmiştir.⁸⁸ Bildirinin 5. maddesinde kişinin maddi ve manevi beden bütünlüğüne yöneltilecek haksız fiillerin önlenmesinin amaçlandığı görülmektedir.

Beden bütünlüğünün korunmasına yönelik hükümler içeren diğer bir uluslararası düzenleme, “*Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi*” dir. Bu sözleşme Birleşmiş Milletler bünyesinde tanzim edilen altı temel insan haklarına dair sözleşmeden birisidir. *Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi*’nin 7. maddesinde hiçbir insanın işkence, zalimane, insanlık dışı küçük düşürücü muameleye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Diğer beş temel sözleşme şunlardır; “*İşkence veya Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*”, “*Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme*”, “*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*”, “*Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*” ve “*Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi.*”

Türkiye *İşkence veya Diğer Zalimane, Gayriinsanî veya Küçültücü Muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi*’ne 1988 yılında taraf olmuştur. Bu sözleşme ile İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve *Birleşmiş Milletler Medenî ve Siyasî Haklar Sözleşmesi*’nde yer alan vücut dokunulmazlığı teminatını oluşturan maddelerin işlerliğinin arttırılması hedeflenmektedir. Sözleşme ile bütün dünya ülkelerinde kişilerin beden bütünlüğünün dokunulmamasına yönelik tedbirlerin alınması arzu edilmektedir.⁸⁹

Kişinin vücut dokunulmazlığına yönelik temel hak ve hürriyetler yalnızca Birleşmiş Milletler düzeyinde değil aynı zamanda Avrupa Konseyi düzeyinde de ele alınmıştır. 1950 yılında Roma’da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile temel hak ve hürriyetler, konseye taraf olan devletler tarafından güvence altına alınmıştır. Sözleşmenin 2. maddesinde yaşam hakkı, 3. maddesinde işkence, aşağılayıcı ve kötü muamele yasağı, 4. maddesinde kölelik yasağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin 15. maddesinde yukarıda zikredilen temel hak ve hürriyetlerin savaş halinde dahi ihlal edilemeyeceği belirtilmiştir.

Asta müessir fiil suçunda suçun hukuki konusu asker kişinin beden ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığıdır. Cismen eza veren, sıhhati ihlal eden veya akli

⁸⁸ <https://www.hsk.gov.tr>, ET: 01.12.2023.

⁸⁹ <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>, ET: 01.12.2023.

melekelerde teşevvüs yaratan fiiller, müessir fiil olarak değerlendirilmekte ve bu fiilleri işleyen asker kişiler cezalandırılmaktadır. Önceki başlıklarda izah edildiği üzere, askeri suç niteliğindeki müessir fiil suçları her ülkenin kendi iç hukuk kurallarına göre ihdas edilmiştir.

V. Ulusal Mevzuat

Anayasa'nın 12. maddesine göre vatandaş olsun ya da olmasın herkes, kendi varlığına bağlı olarak tasarruf edilemez, dokunulmaz vazgeçilmez nitelikte temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Bu bakımdan kişiliğin kazanılması ile birlikte temel hak ve hürriyetler kişi tarafından talep edilebilir hâle gelecek ve dokunulmaz nitelik kazacaktır. Doğrudan iç hukukumuzda korunan temel hak ve hürriyetler, Anayasa'nın 17. ve 74. maddeleri arasında belirtilmiştir. Kişinin sahip olduğu temel haklar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmadığı söylenilebilir.

Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve hürriyetler ancak özlerine dokunulmaksızın Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen gerekçelerle sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, hiçbir şekilde laik ve demokratik toplum düzenine ve anayasanın sözüne/ruhuna aykırı nitelik taşıyamaz. Yapılan her sınırlamada aynı zamanda ölçülülük ilkesine riayet edilmesi Anayasal bir zorunluluktur.

Yukarıda izah edilen genel kurallar çerçevesinde kişinin sahip olduğu beden ve vücut bütünlüğünün dokunulmaması hakkı Anayasa'nın 17. maddesinde koruma altına alınmıştır. Bu bakımdan tıbbi zorunluluklar gerektirmedikçe ve kanunda gösterilen haller dışında kişinin vücut tamlığı ihlal edilemez. Vücut bütünlüğünün sağlanması noktasında hiçbir suçun cezası olarak ölüm cezası uygulanamaz. Ancak Anayasa'nın 17/3. fıkrasında vücut dokunulmazlığı kuralının istisnai halleri tahdidi olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan meşru savunma, tutuklu veya hükümlü kaçması, bir isyanın yok edilmesi veya olağanüstü hallerde kanunun silah kullanılmasına cevaz verdiği durumlarda gerçekleşen öldürme fiilleri Anayasa'da koruma altına alınan değere aykırı düştüğü söylenemeyecektir.

Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan temel hakkın ihlal edilmesi ceza kanunlarının çeşitli maddelerinde suç olarak düzenlenmiştir. Örneğin, TCK'nın 81. ve 89. maddeleri arasında düzenlenen öldürme ve yaralama suçları, insan üzerinde deney suçu, organ ve

doku ticareti suçu, eziyet, işkence ve cebir suçu gibi suç tiplerinde suçun maddi konusu genel olarak insan beden ve vücut bütünlüğüdür.

Yaralama suçlarında suçun maddi konusu, asta müessir fiil suçunun maddi konusu ile örtüşmektedir. Bu bağlamda astının beden ve vücut bütünlüğünü ihlal eden, ona karşı müessir eylemde bulunan üst AsCK'nın 117. maddesine göre cezalandırılacaktır. Ortaya çıkan neticenin ağırlığına göre AsCK'nın 118. maddesinde düzenlenen nitelikli haller somut olaya meydana gelebilecektir. Asta müessir fiil suçunda devlet tarafından ast durumunda yer alan asker kişinin beden ve vücut dokunulmazlığı koruma altına alınmıştır.

VI. Benzer Suçlar Yönünden Değerlendirme

Asta müessir fiil suçunun unsurlarını ve ihtiva ettiği özellikleri tespit ederken ceza kanunlarında düzenlenen birtakım suçlara değinilmesinde konu bütünlüğünün sağlanması ve diğer suçlar bakımından ortak ve farklı yönlerin ortaya konulması açısından yararlı olacağını değerlendiriyoruz.

A. Kasten Yaralama

Kasten yaralama suçu, vücut dokunulmazlığına karşı suçlar bölümünde yer alan TCK'nın 86'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Suçun basit hali, *kasten başkasının vücuduna acı vermek veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olmaktır*. Suçun temel şeklinde fail yönünden ayırık özellik belirtilmemiştir. Bu bakımdan yaralama suçunun faili herkes olabilir. 86. maddenin birinci fıkrası suçun temel halini, ikinci fıkrası suçun hafifletilmiş halini, üçüncü fıkrası suçun nitelikli hallerini düzenlemektedir.⁹⁰

765 sayılı TCK döneminde yaralama suçu, müessir fiil başlığı altında düzenlenmiştir. Şahıslara karşı müessir fiiller, 765 sayılı TCK'nın 456 – 460'ıncı maddeleri arasında düzenlenmiştir. 456. maddesinin birinci fıkrasında basit müessir fiil, 2'nci ve 3'üncü fıkrasında suçun nitelikli halleri, 4'üncü fıkrasında az cezayı gerektirir hali, 457'nci

⁹⁰ KOCALAR, Salih/BİÇEN, Yunus, Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 19.

maddede 449'uncu ve 450'nci maddelere yollama yapılmış, 458'inci maddede kastı aşan yaralama suçuna yer verilmiştir.⁹¹

765 sayılı TCK'da suç, *şahıslara karşı müessir fiiller* faslında düzenlenmiş, suçu oluşturan fiil *müessir fiil* olarak zikredilmiştir. 5237 sayılı TCK'da suç "kasten yaralama" olarak adlandırılmıştır.⁹² 765 sayılı TCK'daki "*mutad iştigale engel olma*" ölçütü yerine "*basit tıbbi müdahale ile giderilebilecek nitelikte*" yaralama ölçütü kullanılmıştır. Kastı aşan yaralamada failin sorumlu tutulabilmesi için 765 sayılı TCK'da yer alan objektif sorumluluktan vazgeçilerek failin asgari taksir seviyesinde kusurlu olması şartı aranmıştır.

Fail, ceza ile korunan muayyen değeri ihlal eden gerçek kişidir. Kasten yaralama suçunun faili herkes olabilir. Ancak bazı ağırlaştırıcı hâller için failin bazı özellikleri (*alt soy, kamu görevlisi vd.*) taşınması gerekmektedir.⁹³ Fail ve mağdur kavramı aynı kişide birleşmeyeceğinden dolayı kendisini yaralayan kişi bu suçun faili olamaz ancak başka suç tipleri -kendisini askerliğe elverişsiz hale getirme- söz konusu olabilir.

Mağdur, ceza ile hakkı veya menfaati ihlal edilen, suçun konusu ait olan kişidir. Yaralamada suçun hukukî konusu insan bedeni/bütünlüğü iken mağdur ise yaralanan kişidir. Bu bakımdan tüzel kişiler ancak suçtan zarar gören durumunda olabilir. Kasten yaralama suçunda mağdur ile suçtan zarar gören kişi aynı kişidir.

Mağdur bakımından ayırık bir durum söz konusu değildir. Her gerçek kişi yaralama suçunun mağduru olabilir. Ancak mağdurun sahip olduğu bazı durumlar (*kendini korumayacak vaziyette olma*) cezayı ağırlaştırıcı neden olarak düzenlenmiştir. Kasten yaralama suçunda maddi konu insan vücudu iken korunan hukuksal yarar soyut nitelikte olan beden ve vücut dokunulmazlığıdır.

Kasten yaralama suçu niteliğine göre serbest hareketle işlenebilen bir suçtur. Kasten yaralama suçu icrai bir hareketle işlenebileceği gibi failin hareketsiz/kayıtsız kalması nedeniyle ihmali davranışla da işlenebilir. Fail tarafından hareket bir defa gerçekleştirilebileceği gibi birden fazla hareket de söz konusu olabilir. Zaman ve eylem

⁹¹ ARTUÇ, Mustafa, Kişilere Karşı Suçlar, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 401.

⁹² KAMIŞLI Gani, TANERİ Gökhan, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 107.

⁹³ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara, Us-a Yayıncılık, 2015, s. 75.

bütünlüğü korunduğu sürece fiiller tek bir suç kabul edilmelidir. Hareketin sayısı faile verilecek cezanın tayini sırasında TCK'nın 61'inci maddesine göre önem arz edebilir. Fail, suçu işlerken araç kullanmışsa bu aracın yaralamaya elverişli olması gerekmektedir. Aksi takdirde işlenemez suçtan bahsedilecektir.⁹⁴

Madde metninde hareketler bakımından birtakım hususlara yer verilmiştir. Bu hususlara kısaca değinecek olursak; *vücuda acı verme*, mağdurun maddi alemdeki bedenine acı verecek fiilde bulunmadır. Vücut kavramından insanın maddi varlığı anlaşılmalıdır. Buradaki acının ölçütü objektif kritere göre değerlendirilmelidir. Örneğin mağdur uyuşturucu etkisi altında bulunsu ve o an acıyı hissetmese dahi hareket elverişli ise suç gerçekleşmiş kabul edilmelidir.⁹⁵

Sağlığın bozulması, mağdurun mevcut sağlık durumun kötüye gitmesidir. Patolojik bir hastalığın ortaya çıkması veyahut patolojik⁹⁶ durumun ağırlaşmasıdır. İlla ki hastalık çıkmasına gerek olmayıp organizma durumunun kötüleştirilmesi de yaralama suçuna vücut verir. Mağdurun manevi sağlığının bozulması örneğin psikolojik sınır krizi geçirmesi de bu kapsamdadır. Failin HIV virüsünü mağdur bilinçli bir şekilde bulaştırması halinde de yaralama suçu söz konusudur.⁹⁷

Algılama yeteneğinin bozulması, mağdurun olayları algılama düzeyinin normal durumdan sapması halidir. Akıl hastalığı sayılan durumlar ile algılama, irade, düşünme fonksiyonlarında ortaya çıkan durumlar bu kapsamdadır. Algılama yeteneğinin bozulması kavramının, 765 sayılı TCK'da yer alan "*akli melekelerdeki bozukluk*" kavramının yerine kullanıldığını, niteliği itibarıyla eski kavramın daha kapsamlı olduğunu değerlendiriyoruz.

⁹⁴ Yrg. CGK. 18.06.1987, E.1987/1433, K.1987/2342, www.kazanci.com, ET: 22.08.2023.

⁹⁵ DÖNMEZER, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Beta Yay., İstanbul, 2004, s. 139.

⁹⁶ Yrg. 3. CD. T.12.01.2021, E.2020/16361, K.2021/936 "2) Sanık hakkında katılan ...'e karşı kasten yaralama suçundan verilen mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz talebinin incelenmesinde; Yerinde görülmeeyen diğer temyiz sebeplerinin reddine, ancak; Oluşa ve tüm dosya içeriğine göre; aralarında geçmişe dayalı husumet bulunan katılan ve sanığın Kadıköy 7. Asliye Ceza Mahkemesinin 2011/725 Esas sayılı dava dosyasının duruşmasından çıktıktan sonra koridorda aralarında görülmekte olan dava nedeniyle tartışma çıktığı, tartışmanın kavgaya dönüşmesi sonucunda sanığın katılanın omzuna vurduğundan bahisle sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulmuş ise de, sanığın aşamalarda suçu kabul etmediği, katılanın yaralanmasına ilişkin herhangi bir patolojik bulgunun bulunmadığı ve olaya ilişkin dinlenen tanıklarında bilgisinin olmadığı değerlendirildiğinde, katılanın soyut iddiası dışında, sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair mahkumiyet hükmü kurmaya yeterli, kesin ve inandırıcı delil elde edilmediği, sanık hakkında kasten yaralama suçu yönünden beraat hükmü kurulması gerektiği gözetilmeden, yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiş", www.kazanci.com, ET: 22.08.2023.

⁹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 74.

TCK'nın 88'inci maddesinde zikredildiği üzere yaralama suçu ihmali hareketle de gerçekleşebilir. Bu durumda ihmali hareketin icrai harekete denk olması gerekmektedir. Suç ister icrai ister ihmali davranışla işlenirse işlensin ortaya çıkan durum ile failin hareketi/yükümlülüğü arasında illiyet bağının mevcudiyeti zaruridir.

Yaralama suçu, kasten ve taksirle işlenebilen bir suç tipidir. Kasten yaralama suçu için genel kast yeterlidir. Kastın doğrudan veya olası kast⁹⁸ olması mümkündür. Failin yaralama yönelik fiilleri isteyerek yapması yeterlidir. 765 sayılı TCK'dan farklı olarak 5237 sayılı TCK'da “*katil kastiyle olmaksızın*” ifadesine yer verilmemiştir. Zaten failin bu yönde bir kastı söz konusu ise kasten öldürme veyahut teşebbüs söz konusu olacaktır.

Öte yandan, olası kast TCK'nın Md. 21/2 fıkrasında düzenlemiştir. Bilinçli taksir ile olası kast birbirine yakın kavramlar olmakla birlikte somut olaya göre karıştırılmaları da mümkündür. Aralarındaki temel fark; fail somut olayda suçun kanuni tanımında yer alan sonuçlardan birisinin gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen fiili işlemektedir. Fail tarafından bir kabullenme söz konusudur. İşte söz konusu bu kabullenme olası kasıttır. Bu bakımdan yaralama suçu olası kasıtle işlenebilir.

Kasten yaralama suçu, hukuka uygunluk nedenlerinin bağdaştığı ender suçlardandır. Somut olayda hukuka uygunluk nedenlerinden birisinin mevcudiyeti halinde suç oluşmaz. Bu kapsamda kanun hükmünü veya yetkili amirin emrini yerine getirme, meşru savunma veya zorunluluk halinde fail hakkında beraat kararı verilmelidir.⁹⁹

Mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebidir. Yaralama suçunda ceza ile korunan muayyen değer insanın maddi ve manevi varlığıdır. Mağdurun rızasının geçerli olabilmesi için suçun; mağdurun tasarruf edebileceği bir hakkına yönelmiş olması, mağdurun rıza açıklamaya ehil olması ve tasarrufun kanuna, adaba ve genel ahlaka aykırı şekilde

⁹⁸ Yrg. 3. CD. T.03.12.2013 E.2013/23518, K.2013/43454 “3) Sanık ... hakkında, mağdure Selime'yi yaralama suçundan kurulan mahkumiyet hükmüne yönelik temyiz itirazlarının incelenmesinde; Yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine, ancak; a) Sanığın olası kasıt altında, mağdure eşini silahtan sayılan bıçak ile vurmak suretiyle yaralaması eyleminde, suçun olası kasıtle işlenmesi nedeniyle temel cezada artırımın yalnızca silahtan dolayı yapılabileceği, mağdurenin sanığın eşi olmasından dolayı ayrıca artırım yapılamayacağı gözetilmeden uygulanma koşulları bulunmadığı halde sanık hakkında ayrıca 5237 sayılı TCK'nın 86/3-a maddesinin uygulanması, b) Sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 86/2. maddesi uyarınca temel ceza belirlenirken, yasal ve yeterli gerekçe gösterilmeden alt sınırdan uzaklaşmak suretiyle ceza tayini, Bozmayı gerektirmiş...” www.kazanci.com, ET: 23.08.2023.

⁹⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 76

yapılmamış olması gerekmektedir. Bu bakımdan yaralama suçunda ilgilinin rızasının somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kasten yaralama suçu bir zarar suçudur. Bu bakımdan teşebbüse elverişli bir suçtur. Fail, mağduru elverişli hareketler ile icrai hareketlere başlamış ve elinde olmayan sebeplerle suçu tamamlayamamış ise teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir. Bizimde katıldığımız üzere, Yargıtay’a göre kasten yaralama suçu olası kast ile işlenmişse, teşebbüs hükümleri uygulanmaz, sonuç yaralamaya göre ceza belirlenir.¹⁰⁰

Kasten yaralama suçu için TCK’da süreli hapis cezası öngörülmüştür. Sadece basit tıbbî müdahale ile giderilebilecek yaralama şikâyeteye tabidir. Bunların haricindeki yaralamalar şikâyeteye tabi değildir. Bu durumda soruşturma ve kovuşturma re’sen yürütülür. CMK’nın 253’üncü maddesine göre TCK 86/1,2 fıkrası kapsamına giren kasten yaralama suçları uzlaşmaya tabidir.

Kanaatimizce, AsCK’da düzenlenen asta müessir fiil suçu ile TCK’da düzenlenen kasten yaralama suçu arasında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Bu görünüşteki içtimadan dolayı faile yaptığı fiilden dolayı tek bir ceza verilecektir. Tezimizin ikinci bölümünde bu konu daha kapsamlı izah edilecektir.

B. Cebir

765 sayılı TCK’da açıkça yer verilmeyen cebir suçu, 5237 sayılı TCK’nın 108’inci maddesinde düzenlenmiştir. Suç, 765 sayılı TCK’da yer alan şartlı tehdit suçuna benzemektedir. Cebir suçu hürriyete karşı işlenen bir suçtur. Suç özünde; fail tarafından mağdura karşı mağdurun iradesi dışında bir harekete zorlanması¹⁰¹ veya kendisine müsaade ettirilmesidir. Türk Dil Kurumu Güncel Sözlüğüne göre cebir kelimesi *zor*, *zorlayış* anlamında kullanılmaktadır. Yeni kanunda kişi hak ve hürriyetlerinin tamamen korunabilmesi maksadıyla cebir suçu ayrıca düzenlemiştir. Cebir suçu tehdit suçu gibi failin taşıdığı sıfatın önemli olmadığı herkes tarafından işlenebilen bir suç¹⁰² niteliğinde

¹⁰⁰ Yrg. 1. CD. T.28.05.2013, E.2013/346, K.2013/4028, www.kazanci.com, ET: 23.08.2023.

¹⁰¹ GÖKÇEN, Ahmet, “Hürriyete Karşı Suçlar”, *Legal Hukuk Dergisi*, 2005, s.8; TEZCAN Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan, ÖNOK, R. Murat, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara, 20. Baskı, 2022, s.549.

¹⁰² KAMIŞLI/TANERİ, s. 405.

olup bazen başka bir suçun unsuru durumundadır.¹⁰³ Bu bakımdan cebir suçu tamamlayıcı ve tali bir suç tipidir.¹⁰⁴

Cebir suçunda korunan hukukî değer kişinin sahip olduğu iradesine ve hareket hürriyetine helal gelmemesidir.¹⁰⁵ Suç; fiili yapma, yapmama veya yapılmasına müsaade etme şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁰⁶ Suçun ortaya çıkması için fail tarafından mağdurun tamamen zapt edilmesi gerekmemekle birlikte ona birtakım kararları almaya zorlaması yeterlidir.¹⁰⁷ Bir görüşe göre cebir suçundaki fiil kişinin iradesini bozmakta ayrıca uygulanan fiziksel güç nedeniyle yaralama suçunda olduğu gibi mağdura acı verilmektedir.¹⁰⁸ Madde gerekçesinde kasten yaralama suçunun oluşturduğu belirtilmektedir. Bu nedenle ki faile kasten yaralama suçunun cezası arttırılarak verilmektedir.¹⁰⁹

Cebir suçu zarar suçudur.¹¹⁰ Tehdit suçunda mağduru manevi olarak zorlama söz konusu iken cebir suçunda fiziksel bir zor kullanma, mağdurun iradesi dışında fiziksel alanına müdahale durumu söz konusudur. Bu bağlamda neticeli bir suçtur. Suçun tamamlanması için kasten yaralama seviyesinde bedene müdahale edilmesi gerekmemektedir.¹¹¹ Mağdurda acı hissi oluşmasına yönelik hareketlerin icra edilmesi halinde suçun işlendiğinin kabulünün gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrindeki bir görüşe göre cebir suçu salt hareket suçudur.¹¹² Biz bu görüşe katılmıyoruz. Netice itibarıyla cebir suçunda bulunan tehdit, mağdurun geleceğe yönelik iradesinin sakatlanması halidir. Bu sakatlama hali dış dünyada “bir şeyi yapma, yapmama, yapılmasına müsaade edilmesi” şeklinde tezahür etmektedir. Tehdit suçunda ise cebir

¹⁰³ TCK md. 80, 80/4, 103.

¹⁰⁴ ÜZÜLMEZ, İlhan, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, Turhan Kitabevi, 2007, s. 162.

¹⁰⁵ ÖZBEK Veli Özer, DOĞAN Koray, BACAKSIZ Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 431.

¹⁰⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 185.

¹⁰⁷ KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukukunda Özel Hükümler, Ankara, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2015, s. 385.

¹⁰⁸ YURTCAN, Erdener, Hürriyete Karşı Suçlar, Ankara, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, 2012, s. 91.

¹⁰⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Muharrem, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 185.

¹¹⁰ Karşı görüş; Suçun tamamlanması için faalin amacına ulaşması gerekmemektedir, suç tehlike suçudur. Bkz. ERDEM/TEZCAN/ÖNOK, s. 548.

¹¹¹ Aksi yönde, HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Muharrem, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 186.

¹¹² Bkz. ERDEM/TEZCAN/ÖNOK, s. 549. Cebir suçunda fiziksel bir zorlama, mağdur bedenine müdahale, acı çekirtme (netice) söz konusudur. Aynı yönde; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Muharrem, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 185-186.

suçunda olduğu gibi “bir şeyi yapma, yapmama, yapılmasına müsaade edilmesi” saiki aranmaz.¹¹³

Suçun faili herkes olabilir. Fail bakımından özel bir durum kanun koyucu tarafından öngörülmemiştir.¹¹⁴ Bu bakımdan kamu görevlisi de suçun işlenmesinde fail olabilir. Ancak kamu görevlisi icbar vasıtasıyla menfaat temin etmiş ise irtikap suçu oluşur. Cebir suretiyle bir malın teslimi zorlanmışsa burada yağma suçundan söz edilecektir.¹¹⁵

Mağdur bakımından da özel bir düzenlememe bulunmamaktadır. Gerçek kişiler suçun mağduru olabilir. Suçun konusu insan iradesinin etki altına alınması ve etkilenmesi olduğundan tüzel kişiler suçun mağduru olamazlar.¹¹⁶ Cebir iradesinin bir grup insana yönelmesi ve aralarından bir veya birkaçının etki altında kalması suçun oluşması için yeterlidir. Suçun mağduru kamu görevlisi olursa ve kendisine görevinden dolayı cebir kullanılırsa bu durumda TCK’nın 265’inci maddesinde düzenlenen *görevi yaptırmamak için direnme* suçu oluşur. İlave olarak TCK m. 108’de suçun nitelikleri halleri düzenlenmemiştir.

Doktrinde ağırlıklı görüş suçun özel kastla işlenebileceği yönünde birleşmektedir.¹¹⁷ Kanun metninde düzenlenen kast, failin *bir şeyi yapma, yapmama veyahut yapılmasına müsaade edilmesi* ile mağdurun iç huzurunu bozmasıdır. Fail zaten anılan genel kast ile hareket etmez ise cebir değil taksirle yaralama suçundan bahsedilebilecektir.

Cebir suçunda, asta müessir fiil suçuna benzer olarak suçun konusu insan bedenidir. Suçtan zarar gören ile mağdur gerçek kişidir. İki suç tipi özünde zarar suçu niteliğindedir. İşlenmesi bakımından iki suç tipi ani nitelikli suçlardandır. Cebir suçu serbest hareketle işlenebilen bir suç iken asta müessir fiil suçu seçimlik hareketli bir suçtur. Asta müessir fiil suçunun fail ve mağduru asker kişi olması gerekmektedir.

¹¹³ KÜÇÜKTAŞDEMİR, Özgür, Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 78.

¹¹⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Muharrem, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 186.

¹¹⁵ ERDEM/TEZCAN/ÖNOK, s. 549.

¹¹⁶ ÜZÜLMEZ, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 180.

¹¹⁷ ÜZÜLMEZ, Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları, s. 182; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 433; ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu, İstanbul, Cilt. I, Vedat Kitapçılık, 2006, s. 436.

Somut olayda cebir suçu ile asta müessir fiil suçunu oluşturan hareketler kesişebilir. Böyle durumda, suça ilişkin diğer şartlar da mevcut ise fikri içtima gereği faile asta müessir fiil suçundan dolayı ceza verilmelidir. Örneğin, yat yoklamasında koğuş dışında bulunan askerlerin nöbetçi subay tarafından iteklenerek koğuşa sokulması olayında nöbetçi subaya cebir suçundan değil asta müessir fiil suçundan dolayı ceza verilecektir.

C. İşkence

İşkence, Türk Dil Kurumu Güncel sözlüğünde bir kimseye maddi veya manevi olarak yapılan aşırı eziyet şeklinde tanımlanmaktadır.¹¹⁸ Uluslararası hukukta ise 1975 tarihli *Birleşmiş Milletler İşkencenin Önlenmesi Bildirisinde* tanımı yapılmıştır. Bildirinin 1'inci maddesinde, bir kişi üzerinde, ondan ya da üçüncü bir kişiden bilgi alma, itiraf sağlama, işlediği ya da işlediğinden kuşku duyulan bir suçtan dolayı cezalandırma ya da onu ya da diğer kişileri korkutma amacıyla, bir kamu görevlisi tarafından ya da onun kışkırtmasıyla, kasıtlı olarak yapılan, fiziksel ya da zihinsel şiddetli acı ya da ızdırap veren eylem şeklinde tanımlanmıştır.¹¹⁹ 1998 tarihli *Roma Uluslararası Ceza Mahkemesi Statüsü'nün* 7/2-e fıkrasında alıkonulan, suçlanan veya kontrolü altında bulunan bir kişiye, kasıtlı olarak fiziksel veya ruhsal acı vermek olarak tanımlanmıştır.¹²⁰

Uluslararası hukuk metinlerine göre eylemin işkence olarak değerlendirilebilmesi için; eylem bedenlen veya ruhen ıstırap verici nitelikte olmalı, söz konusu davranış kasten işlenmeli ve kamu personeli tarafından işlenmiş olması gerekmektedir. Mezkûr suça, Türk Ceza Kanunu'nda da yer verilmiştir.

İşkencenin evrensel ve tekel niteliğinde bir tanımı bulunmamaktadır. Ceza mevzuatımızda işkencenin özelliklerinin düzenlendiği görülmektedir. İşkence suçu, 5237 sayılı TCK'nın kişilere karşı suçlar kısmı içerisinde 94'üncü maddede düzenlenmiştir. 5237 sayılı TCK'dan farklı olarak 765 sayılı TCK'nın yürürlükte olduğu dönemde işkenceyi düzenleyen 243'üncü madde içerisinde failin saikine yer verilmiştir.

¹¹⁸ <https://sozluk.gov.tr/>, ET: 24.04.2022.

¹¹⁹ ALGAN, Bülent, İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu, AÜHF Zabunoğlu Armağanı, Ankara, 2011, s.5.

¹²⁰ DOĞAN İlyas, KAYA Mehmet, İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi, Ankara 2010, s.6.

İşkence suçunda ceza ile korunan muayyen hukukî değer, kişi dokunulmazlığı, irade serbestliği, adil yargılanma hakkı, adliye ve kamu idaresinin hukuka bağlılığıdır.¹²¹ Kanun koyucu madde gerekçesinde, “ışkence suçu ile korunan hukuki değer, karma nitelik taşımaktadır. İşkence teşkil eden fiiller, bir yandan buna maruz kalan kişilerin vücut dokunulmazlığına ve onuruna saldırı niteliği taşımakta, beden ve ruh sağlığını bozmaktadır. Diğer yandan, işkenceye maruz kalan kişi, irade serbestisi bertaraf edildiği için ve hatta algılama yeteneği etkilendiği için, duyduğu acı ve elemin etkisiyle gerçek dışı bazı açıklama ve kabullenmelerde bulunabilir. Bu nedenle, belli bir suça ilişkin ikrar veya sair delil elde etmek için başvurulanan işkence, gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve adaletin gerçekleştirilmesine engel olucu bir etki de doğurabilir. Böylece işkencenin ayrı bir suç olarak ceza yaptırım altına alınması, ceza muhakemesinin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yönelik amacının gerçekleştirilmesine de hizmet eder.” şeklinde korunan hukuki değeri izah etmiştir.

İşkence suçunun maddi konusu kişidir.¹²² Doğumun tamamlanması ve ceninin anne rahminden ayrılmasıyla birlikte kişilik kazanılmış olur. Ölümle birlikte de kişilik son bulacağından dolayı işkence suçunun vücut bulması için kişinin canlı olması gerekir. Bu bakımdan ceset işkence suçunun konusu olamaz.

İşkence suçunda fail kamu görevlisidir. Fail bakımından özgü bir suçtur. Failin zor kullanma yetkisinin bulunması mevcudiyetinin şart olduğunu¹²³ görüşünü savunanlar bulunmakla birlikte failin kamu görevlisi sıfatına sahip olması yeterlidir. Mağdur yönünde herhangi bir ayırık düzenlemeye yer verilmemiştir. İşkence suçunun mağduru herkes olabilir. İşkence suçunun belirli etnik, siyasi vb. yönden özel bir topluluğa yönelmesi halinde soykırım suçu gündeme gelebilir.

Manevi unsur bakımından işkence suçu genel kastla işlenebilen bir suç tipidir. Mülga kanun döneminde madde metninde kanun koyucu bazı özel amaçlara yer vermiştir.¹²⁴ 5237

¹²¹ PARLAR, Ali, Türk Ceza Kanunu Şerhi C. I, Ankara, Bilge Yayınevi, 2015, s. 94.

¹²² TOROSLU Nevzat, TOROSLU Haluk, Ceza Hukuku Genel Kısım, Ankara, Savaş Yayıncılık, 2018, s. 103.

¹²³ HAFIZOĞULLARI Zeki, KETİZMEN Muammer, İşkence ve Eziyet Suçları, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2009, s. 1208.

¹²⁴ 765 S. K. md. 243 – “Bir kimseye cürümlerini söyletmek, mağdurun, şahsi davacının, davaya katılan kimsenin veya bir tanığın olayları bildirmesini engellemek, şikayet veya ihbarda bulunmasını önlemek için yahut şikayet veya ihbarda bulunması veya tanıklık etmesi sebebiyle veya diğer herhangi bir sebeple işkence eden veya zalimane veya gayriinsani veya haysiyet kırıcı muamelelere başvuran memur veya diğer kamu

sayılı kanunla, amaçları sayma usulü terk edilmiştir. Görev suçu niteliğindeki işkence suçunun diğer suçlardan (*eziyet, kasten yaralama vb.*) ayırt edilebilmesi için özel kastın aranması usulünün kaldırılmasının doğru olmadığını değerlendirmekteyiz. Suç, serbest hareketli bir suçtur. İşkence suçunun taksirle işlenmesi mümkün değildir. Kamu görevlisi failin fiili işlendiği sırada davranışlarının suç olduğunu bilmemesi hukuki yanıldır, kastı ortadan kaldırmamaktadır.

İşkence suçunda davranışın insanlık onurunu kırmaya veya acı vermeye elverişli olması yeterlidir. Kanun koyucu tarafından belirli bir neticenin mağdurda ortaya çıkmasını aramamıştır.¹²⁵ Sırf davranış suçlarına kural olarak teşebbüs mümkün olmadığından ve hareketlerin de bölünmesi durumu yoksa teşebbüsün mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz. Bu bakımdan işkence suçuna hareketler bölünemediği sürece teşebbüs mümkün değildir. Ayrıca TCK md. 40/2’de yer alan düzenlemeden farklı olarak kamu görevlisi sıfatına haiz olmayan bir kişinin bu suça iştirak etmesi halinde kamu görevlisi gibi cezalandırılması mümkündür.

Asta yönelik sistematik bir durum arz eden ve mağdurun kişi dokunulmazlığı hakkını ihlal eden birtakım fiiller, somut olaya göre işkence suçuna sebebiyet verebilir. Örneğin, bölük komutanı tarafından askerlerin her sabah çıplak ayakla beton üzerinde bekletilmesi hadisesinde fail asta müessir fiil suçundan değil işkence suçundan dolayı cezalandırılmalıdır.

D. Kötü Muamele

Kötü muamele suçu, TCK’nın aile düzenine karşı suçlar bölümü içerisinde 232’nci maddesinde düzenlenmektedir. Mezkûr suç tipinde aynı konutta yaşayan kişilerin acıma, merhamet veya şefkatle bağdaşmayan kötü muamele cezalandırılmaktadır. Fail tarafından işlenen hareketlerin basit tıbbi müdahale sınırları içerisinde kalmaması halinde kasten yaralama suçu gündeme gelebilecektir.¹²⁶

görevlilerine sekiz yıla kadar ağır hapis ve sürekli veya geçici olarak kamu hizmetlerinden mahrumiyet cezası verilir.”

¹²⁵ Suçun maddi olaya göre neticeli veya neticesiz olabileceğini, neticeli olması halinde teşebbüsün mümkün olduğu yönünde görüş için bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Kişilere Karşı Suçlar, s. 124.

¹²⁶ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Mevzuatı Cilt:1, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s.462.

Aynı suç, 765 sayılı TCK'nın 478'inci maddesinde *Aile Bireylerine Karşı Kötü Muamele Suçu* olarak düzenlenmiştir. Mevcut kanunda aile unsuru şartı aranmamakla birlikte aynı konut içerisinde yaşama şartı bulunmaktadır. Tedip ve disiplin hakkından doğan yetkinin aşılması noktasında (2'nci fıkra) aynı konutta yaşama veya yaş şartı aranmamaktadır. Suçun önceki kanun dönemindeki faili aile bireyi olmak zorundayken yeni kanunda böyle bir zaruriyet bulunmamaktadır.

765 sayılı TCK döneminde, madde metninde yer alan “*muamelelerde*” ifadesinden suçun itiyadî olduğu; kötü muamelenin sürekli nitelikte ve hareketin tekrar etmesi gerektiği zikredilmiştir.¹²⁷ Yeni düzenlemede, “*kötü muamelelerde bulunan şahıs*” yerine “*kötü muamelede bulunan kimse*” ifadesi sayesinde fiilin itiyadî nitelik taşımadığı ortaya konulmuştur.

Ceza ile korunan hukukî muayyen değer; kişi yaşamı, beden bütünlüğü, insan onuru, insan sağlığı ve özgürlüğüdür. Kanun koyucu tarafından bu suçla öncelikli olarak aynı çatı altında yaşayan bireyler ikincil olarak ise aile düzeninin korunmak istendiği söylenebilir. 5237 sayılı yasada suçların tasniflenmesi noktasında ceza ile korunan hukuki değer dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Suçun unsurlarına bakacak olursak; bu suçun faili ve mağduru aynı konutta yaşayan kişilerdir. Aralarında hiyerarşik bir yapı bulunmak zorunda değildir. Suçun oluşması noktasında akrabalık ilişkisi de aranmadığından aynı konutta dini nikahla yaşayan kişiler, üniversitede eve çıkan öğrenciler suçun faili ve mağduru olabilir.

Suç, sırf hareket suçudur. Yasak edilen davranışın yapılması halinde suç oluşur, ayriyeten hareketlere bir sonuç bağlanmaz. Madde metninde zarar veya tehlike şeklinde bir netice öngörülmemiştir. Kanun koyucu maddi zararı veya psişik zararı veyahut zarar tehlikesini tanımlamaktan kaçınmıştır. Psişik zarar, mağdurun duygusal bozukluğuna sebep olabilecek kasıtlı davranışlardır. Bu davranışlar; tehdit etme, sövme, aşırı kontrolü altında tutmak şeklinde olabilir. Bu davranışla ile aynı anda farklı suç tiplerinin de ortaya çıkması mümkündür. Bunlar; Tehdit, hakaret, iftira, hürriyetten yoksun bırakma, özel hayatın gizliliğinin ihlali gibi suç tipleridir. Kötü muamele suçu ile bu suçlar aynı anda işlenirse

¹²⁷ Yrg. 4CD, T.16.4.1999-3163/3870, <https://www.kazanci.com.tr>, Kazancı Karar Arama, ET: 02.05.2023.

aralarında fikri içtima hükümleri uygulanmalıdır. Kanun metninde hangi tür davranışın kötü muameleyi oluşturduğu belirtilmediği için serbest hareketli bir suçtur.

Kötü muameleyi doğuran davranışlar ihmali veya icrai nitelikte olabilir. AİHM, Z ve diğerleri kararında, çocukların odalarına kilitlenmesini, yataklarının çis içinde olmasını, çocukların aç bırakılmasını insanlık dışı aşağılayıcı muamele olarak kabul etmiştir.¹²⁸ Bununla birlikte kötü muamele manevi unsur bakımından kasten işlenebilen bir suçtur. Failin neticeye karşı duyarsız kalması mümkündür. Failin kötü muamele doğuran hareketleri icra etmesi yeterlidir. İlgilin rızası bu suç tipi için geçerli bir hukuka uygunluk sebebi değildir. İnsan onuru, beden ve vücut bütünlüğü kişinin üzerinde tasarruf edemeyeceği haklardandır. Meşru müdahale ve zorunluluk hali somut olaya göre cari olabilir.

Basit yaralama niteliğindeki kötü muamele suçuna teşebbüs mümkündür.¹²⁹ Ancak ihmal suretiyle işlenmesi halinde teşebbüs mümkün değildir. Kötü muamele suçunda hareket neticeye bitişiktir, ihmali hareketin gerçekleşmesi ile suç sübut eder. İçtima noktasında mezkûr suç tipine zincirleme suç ve fikrî içtima hükümleri uygulanabilir.¹³⁰

Aynı konutta yaşayan asker kişiler bakımından kötü muamele suçu somut olaya göre gerçekleşebilir. Örneğin, zaruriyetten dolayı aynı lojman binasında kalan subay ve astsubay arasında yaşanan birbiri ile alay etme olayında subay, asta müessir fiil suçundan değil kötü muamele suçundan dolayı cezalandırılacaktır.

Suçta iştirak yönünden özel bir düzenleme yapılmamıştır. İştirakin tüm şekilleri mümkündür. Muhakemesi şarta bağlanmamış olduğundan re'sen suçun adlî takibi yapılır. Aile içi şiddet söz konusu ise cumhuriyet savcısı durumu aile mahkemesine bildirir. Kötü muamele suçunun mağduru çocuk ise Çocuk Koruma Kanunu'na göre koruyucu ve destekleyici tedbirler alınabilir.

¹²⁸ Z. ve Diğerleri-Birleşik Krallık Kararı, para.73-75, T.10.5.2001, <https://hudoc.echr.coe.int>, ET: 03.05.2023.

¹²⁹ Hareket bölünebilirse teşebbüsünün mümkün olduğu yönünde bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, s. 931.

¹³⁰ ZAFER, Hamide, “Kötü Muamele Suçu”, *MÜHFD*, C. 8, S. 1, 2009, s. 138.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL ESASLAR, SUÇUN UNSURLARI, SUÇUN İŞLENİŞ BİÇİMİ, SUÇU ETKİLEYEN HALLER

I. Suçun Hukuki Konusu, Fail, Mağdur, Suçtan Zarar Gören, Suçun Maddi Konusu

A. Suçun Hukuki Konusu

Yaşam hakkı, beden ve vücut bütünlüğü, aşağılayıcı muamele yasağı, gerek Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 3-5'inci maddeleri arasında gerekse de Anayasa'nın 17. maddesi koruma altına alınmıştır. Asta müessir fiil suçunda temel korunan değer kişinin maddi ve manevi varlığıdır. Ancak Anayasa'nın 17. maddesinin 3. fıkrası uyarınca kanunda istisnai olarak belirtilen hallerde kişilerin beden ve vücut bütünlüğüne müdahale edilebilecektir.

Doktrinde, haksız bir hareketin suçun hukuki konusu (*korunan hukuki değer*) üzerinde yarattığı etkiye göre zarar ve tehlike suçu¹³¹ olarak ikiye ayrılmaktadır.¹³² Kanun metninde kanun koyucu tarafından suçun konusu üzerinde bir zarar öngörülmüş ise bu suç tipi zarar suçudur. Buradaki zarar sadece ekonomik bir zarar değildir. Kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik hareketler de zarar suçuna sebebiyet verebilir. Suçun, zarar suçu olarak addedilebilmesi için suç tipinde netice aranmalıdır. Zarar suçu nitelemesi, neticeli

¹³¹ Doktrinde, tehlike suçlarının somut ve soyut olmak üzere ikili tasnifi yapılmaktadır. Tehlike suçu özü itibarıyla suçun konusu üzerinde az veya çok bir tehlike meydana getirmektedir. Somut tehlike suçlarında hareket, suçun konusu üzerinde gerçek bir tehlike yaratması gerekirken soyut tehlike suçunda hareketin icrası yeterli kabul edilmekte ve somut tehlike aranmamaktadır. Soyut tehlike suçunda yargıç tarafından somut tehlikenin meydana gelip gelmediği araştırması yapılmaz. Örneğin “*süratli araç kullanan kimse cezalandırılır*” şeklindeki bir hüküm soyut tehlike suçu iken “*süratli araç kullanmak suretiyle başkalarını tehlikeye atanlar cezalandırılır*” hükmü somut tehlike suçudur.

Soyut tehlike suçları, kural olarak sırf hareket diğer bir deyişle şekli suçtur. Kanun metninde tehlike kavramından bahsetmesi suçu tek başına somut tehlike suçu vasfı kazandırmaz. Örneğin TCK'nın 177. maddesinde düzenlenen hayvanın tehlike yaratabilecek şekilde serbest bırakılması suçunda madde içerisinde tehlike ifadesini kullanmış olsa bile suç, soyut tehlike suçudur. Bknz. DOĞAN, Koray, Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Cilt: 5, Sayı: 16, Ocak 2014, s. 183.

¹³² KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 120.

suç tipleri bakımından yapılabilir.¹³³ Sırf hareket suçları zarar suçu niteliğinde değildir.¹³⁴ Bu bağlamda, asta müessir fiil suçu zarar suçu niteliğindedir.

Asta müessir fiil suçunda korunan hukuki değer, TCK'nın 86. maddesinde yer alan kasten yaralama suçunda olduğu gibi kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaması¹³⁵ ve Silahlı Kuvvetler' de disiplinin muhafazasıdır. Özünde korunan hukuki yarar karma niteliktedir.¹³⁶ Anılan suç AsCK'nın "*Makam ve memuriyet Nüfuzunu Suistimal*" başlıklı altıncı faslında düzenlenmiştir.¹³⁷ Asta müessir fiil suçunda üst/amirin bu suçu işlerken aynı zamanda sahip olduğu nüfuzu ihlal ettiğini düşünmekteyiz.

Asta müessir fiil suçu ihlal ettiği değerler bakımından yalnızca astın maddi ve manevi beden bütünlüğünü ihlal etmemekte aynı zamanda disiplinin bozulmasına yol açmaktadır. TSK İç Hiz. Kanunda disiplin, "*kanunlara, nizamla mutlak itaat ile astın ve üstün hukukuna riayet etmek*" şeklinde düzenlenmiştir. İşte bu noktada üst tarafından astın hukuki yararları ihlal edilmekte dolayısıyla askeri disipline zarar verilmektedir. Bu bakımdan kanun koyucu anılan suçu "*Makam ve memuriyet Nüfuzunu Suistimal*" başlıklı altıncı faslında düzenlemiştir.

B. Fail, Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

1. Fail

Ceza hukuku, beşerî varlık olan insanın davranışlarını suç yönünden değerlendirmektedir. Söz konusu değerlendirme yapılırken failin ilgili suç tipi bakımından taşıdığı özgün niteliklerinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu sayede suçun faile bağlı olarak nitelendirilebilmesi yapılabilenkte ayrıca fail ile fiil arasında bağ kurulabilmekte sonuç olarak fiilin tipe uygunluğu tespit edilebilmektedir.¹³⁸

¹³³ ÖZGENÇ, s. 223.

¹³⁴ EŞİTLİ AYGÜN, Ezgi, İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları, Ankara Üniversitesi, Yayınlanmış Doktora Tezi, 2012, s. 199.

¹³⁵ As.Yrg. DK, T.04.03.1999, E.1999/27, K.1999/45; DURAN, s. 247.

¹³⁶ DEĞİRMENCİ, s.139.

¹³⁷ DEĞİRMENCİ, s. 433.

¹³⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 185.

Ceza hukuku bakımından suç ve suçlulukla mücadele; sadece suçu önlemekle sağlanmamakta aynı zamanda önleyici işlevin failin şahsında da gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu bakımdan failin ekonomik durumu, taşıdığı kişisel özellikler ve mağdur ile arasındaki hukuki statü bazı zamanlar verilecek cezada değerlendirilmesi gereken bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.

Asta müessir fiil suçu, askerî ceza hukuku kapsamında varlık alanı bulmakta hem failin hem de astın asker kişi olması gerekmektedir. Fail ve mağdur arasında astlık üstlük ilişkisi bulunmalıdır. Fail ve mağdur yönünden özgü suçtur. Üst ve astın tanımı 211 sayılı İç Hiz. K.'da düzenlenmiştir.¹³⁹ Amir ise, *makam ve memuriyet itibariyle emretmek salâhiyetini haiz* kimsedir. Fail ve mağdur asker kişi değilse veyahut ikisi asker kişi olmakla birlikte fail tarafından mağdurun rütbe ve kıdemce astı olduğu bilinmiyorsa yapılan hareket sonucunda ceza tayininde TCK'nın genel hükümleri uygulanmalıdır.¹⁴⁰

Failin rütbe ve kıdemce mağdurdan alt konumda olması halinde yapılan icra hareketleri başka bir suç tipi olan AsCK'nın 91'inci maddesinde düzenlenen "*amire veya mafefke fiilen taarruz*" suçunu oluşturacaktır. Bu bakımdan kişilerin sahip oldukları askerî statü her somut olayda re'sen dikkate alınıp araştırılmalıdır. Fiilen taarruz suçu tezimizin konusu dışında kalmaktadır. Mezkûr suç, ceza normlarının tasnifi açısından bağımsız ve tam bir ceza normudur. Kanun koyucu tarafından suçun yer aldığı maddede belirtilen menfi davranış kurallarının ihlal edilmesi müeyyideye bağlanmıştır.¹⁴¹

Asker olan amirin, emri altında her zaman kendisinden alt rütbede personel çalışması gerektiği yönünde bağlayıcı bir kural yoktur. Örneğin, tugay komutanlığı karargâhında yer alan harekât eğitim şube müdürünün kurmay yarbay olduğu bir şubede maiyeti olarak şubesinde albay rütbesinde personel bulunabilir. Kurmay yarbay makam ve memuriyet itibariyle emretme yetkisine sahip olmakla birlikte albay personelin verdiği emri yerine getirmemesi emre itaatsizlikte ısrar suçuna vücut verebilecekken albaya karşı şube müdürü olan yarbayın yapacağı müessir fiiller, AsCK'nın 117. maddesi kapsamında değerlendirilemez. Her ne kadar makam ve memuriyet itibariyle emretme yetkisine haiz

¹³⁹ 211 Say. TSK İç Hiz. K. md. 10 – "Üst tabiri, rütbe veya kdem büyüklüğünü gösterir. Ast, üstün rütbece veya kıdemce aşağısında bulunan kimsedir."

¹⁴⁰ "Mağdur ve sanığın birbirlerini tanımaması sebebiyle failin mağdurun rütbesini gerçekleştirdiği eylem adiyen müessir fiil suçunu oluşturur." As. Yrg. 2. D. T.18.5.1999, E.1999/390, K.1999/387; KOÇ, s. 617.

¹⁴¹ Konusu yapmak veyahut yapmamak olan davranış kuralı ile müeyyide kuralının bir araya gelerek oluşan suçlara bağımsız suç denir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Genel Hükümler s. 68.

olsa bile maiyeti olan albay rütbe bakımından yarbayın üstü olduğundan dolayı ona yönelttiği müessir fiiller, TCK'nın genel hükümlerinde yer alan suçlar bakımından değerlendirilecektir.

2. Mağdur ve Suçtan Zarar Gören

Özünde bütün suçların zorunlu ve ilk mağduru devlettir.¹⁴² Devlet, hukuk düzeninin hem kurucusu hem de teminatıdır. Bu bakımından kimi yazara göre devletin cezalandırma faaliyeti “yetki” olarak görülmekte kimi yazarlara göre de “hak” olarak görülmektedir.¹⁴³

Ceza hukukunda suç kavramının hukuk düzeni tarafından korunan bir değer veya menfaat ihlali olduğunu belirtmiştik. İşte bu menfaat ya da değer in hamili/sahibi mağdur olarak adlandırılacaktır.¹⁴⁴ Mağdur, suç konusunun ait olduğu kişi şeklinde de tanımlanmaktadır.¹⁴⁵

Mağdur, suçun var olabilmesi için zarurî olarak bulunması gereken ihlal ile doğrudan temas eden kişidir. Bu bağlamda mağdur suçtan dolayı hasbelkader zarara uğramış kimse değildir. Bu nedenle suçtan zarar gören ile mağdur kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Örneğin bankada çalışan koruma görevlisine cebir kullanarak bankanın soyulması olayında suçun mağduru güvenlik görevlisi iken suçtan zarar gören bankadır. Ancak bazı suçlarda somut olaya göre mağdur ile suçtan zarar gören kavramı kesişebilir.¹⁴⁶

Mağdur ceza hukukunda ceza ilişkisinin tarafı iken suçtan zarar gören hukuki ilişki kapsamında taraf konumundadır. Mağdur gerçek kişi veya suça göre hükmi kişi olabilir.¹⁴⁷ Mülkiyet konusu olan aynî şeyler ile hayvanlar mağdur değil ancak suçun konusunu oluşturabilirler. Suç tipine göre mağdurun azlığı ya da çokluğu suç tipini tespit etmede önem arz edebilir. Örneğin iki kişi arasındaki WhatsApp uygulamasında yapılan

¹⁴² DEMİRBAŞ, Timur, Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 607; Aksi yönde, Devlet ve toplum birtakım hukuksal değerlerin taşıyıcı olsalar bile bu hukuksal değerlerin sahibi olmadıkları, bütün suçların bireye karşı işlendiği ve tüm suçların mağdurunun birey olduğu yönünde, Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 116.

¹⁴³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 225.

¹⁴⁴ DEMİRBAŞ, s. 607; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 221; KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 116.

¹⁴⁵ ÖZGENÇ, s. 226.

¹⁴⁶ Mağdurun suçun işlenmesiyle birlikte aynı zamanda suçtan zarar gören kişi olduğu yönünde, Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 117.

¹⁴⁷ Mağdurun yalnızca gerçek kişi olacağı yönünde, Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 117.

haberleşmenin üçüncü bir kişi tarafından ifşası durumu, TCK'nın 132. maddesini ihlal etmekle birlikte konuşmanın iki tarafı da işlenen suçtan dolayı mağdur durumunda olacaklardır.¹⁴⁸ Çoğunlukla suçlarda suçun mağdurunun tespit edilebilmesi mümkün iken bazı suç tiplerinde mağdur belli değildir. Bu bakımdan mağduru belli olmayan suçlara *mağduru muayyen* veya *mağduru belirsiz* suçlar denilmektedir.¹⁴⁹

Mağdurun fail ile olan akrabalık ilişkisi veyahut sübjektif özellikleri, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, kasten öldürme suçlarında sırf kadın olması durumu vb. bazı suçlar bakımından suçun nitelikli halini oluşturacak, mağdurun tespiti suça ilişkin zincirleme suç hükümleri ile fıkri içtima yönünden değerlendirme yapılmasını sağlayacak veyahut şikâyet tabi suçlarda adli takibat yalnızca mağdurun talebi ile yapılabilecektir. Bu bağlamda somut olayda mağdurun tespit edilmesi hem ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku bakımından birtakım usul ve kaidelere sirayet edecektir.¹⁵⁰

Asta müessir fiil suçunun; AsCK'da düzenlenmiş bir suç tipi olması, fail ve mağdurun asker kişi sıfatı taşıması ve fail ile mağdur arasında statü olarak astlık-üstlük ilişkisinin varlığı, suçun soruşturulmasının özel izne tabi olması suça, fail ve mağdur yönünden gerçek özgü suç vasfı kazandırmaktadır.¹⁵¹

Asta müessir fiil suçunun mağduru, askeri hukukta hakkı ihlal eden davranışı gerçekleştiren kişiye göre rütbe kıdemce altta yer alan kişidir. Üst ise mağdur tanımından hareketle kıdem veya rütbece daha yukarı statüde olan asker kişidir. Asta müessir fiil suçunun yer aldığı her olayda mağdur ve failin statüsünün tespiti gerekmektedir. Bazen fail ve mağdur aynı rütbede olabilir. Bu durumda mesleki anlamda kıdemli olan personel diğer personele göre üst konumunda olan kişidir. Belirtmekte fayda vardır ki mağdur failin maiyeti olmak zorunda da değildir.

¹⁴⁸ DEMİRBAŞ, s. 608.

¹⁴⁹ DÜLGER, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 430.

¹⁵⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 227.

¹⁵¹ Öğretide, birtakım suçların belirli kimselerce veyahut belirli niteliklere haiz kişilerce işlenebileceği belirtilerek bu tür suçlara özgü (mahsus, hususî) suç denilmektedir. Yargıtay tarafından verilen kararlarda TCK'nın 40'ıncı maddesinde yer aldığı gibi özgü suç kavramı tercih edilmektedir. Bu konuda Alman Ceza Kanunu'nun 28'inci maddesinde ise besonders persönliche Merkmale (özel kişisel unsur) terimi kullanılmıştır.

Doktrindeki genel görüşe göre özgü suç, failin şahsiyetinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte failin özel bir yükümlülük altına girdiği veyahut suçun nitelikli halinin özel faillik (*kamu görevlisi vb.*) gerektirdiği suçlar da özgü suç olarak değerlendirilmektedir. Özgü suçlar herkes tarafından işlenememektedir. Bknz, KİTAPÇIOĞLU Yüksel, Tülay, *Özgü Suç*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 135.

İstisnai olarak mağdurun faile göre üst konumunda olması hali ancak AsCK'nın 120. maddesinde belirtilen halde mümkündür. İlgili maddeye göre devriye, karakol veya nöbetçi görevi bulunan asker kişi bu sıfatlardan birini taşıırken müessir fiil suçunu işlerse üst gibi cezalandırılır.¹⁵²

Korunan hukuki yarar bakımından kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmekle birlikte asta müessir fiil suçunda, Silahlı Kuvvetler' de bulunan disiplin de ihlal edilmektedir. Bu bakımdan korunan hukuki menfaat karma niteliktedir.¹⁵³ Kanun koyucunun asta müessir fiil suçunu "*Makam ve memuriyet nüfuzunu suiistimal*" başlığı altında düzenlenmesi hususu düşüncemizi destekler niteliktedir. Suçun bastırılması ve tahkikatı noktasında bozulan disiplinin tekrar sağlanması, askeri hizmetin aksamaması gibi durumlar göz özüne alındığında Silahlı Kuvvetler' in suçtan zarar gören sıfatına haiz olduğu değerlendirilmesi yapılabilir.

C. Suçun Maddi Konusu

Suçun maddi konusu, suçu oluşturan hareketin dış dünyada üzerinde gerçekleştiği, tesir ettiği şey ya da kişidir. Bazı somut olaylarda mağdur ile suçun maddi konusu kavramları kesişebilir. Örneğin yaralama suçlarında, yaralama hareketinin tesir ettiği yani suçun maddi konusu kişinin bedeni iken aynı zamanda suçtan dolayı zarar gören kişi de yine aynı kişidir.¹⁵⁴

Hareketin, fiilin zorunlu bir unsuru olduğunu daha önce ifade etmiştik. Suçu meydana çıkaran her hareketin sahip olduğu bir konu mevcuttur. Hareketin konusu, hareketin üzerinde etki ettiği nesne veya şahıstır. Bu bakımından aynı hareket gibi suçun konusu da her suç tipinde bulunan bir kavramdır. Son kertede hukuki konu ile suçun maddi konusu aynı şeyler değildir. Birisi cezalandırma faaliyetinin altında yatan olgusal olarak koruma altına alınan değer iken diğeri hareketin gerçekleştiği varlık ve eşyadır.¹⁵⁵

¹⁵² "Müessir fiil suçunu işlediği sırada nöbetçi bulunan sanığın As. C. K. nun 120. maddesi gereğince üst sayılacağı, binnetice fiilin aynı kanunun 117. maddesine gireceği..." As.Yrg. 2.D. T.30.6.1966, E.1966/667, K.1966/658, ÖZBAKAN, s. 280.

¹⁵³ DEĞİRMENCİ, s. 433.

¹⁵⁴ DEMİRBAŞ, s. 605.

¹⁵⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 118.

Asta müessir fiil suçunun maddi konusunu fiilin üzerinde işlendiği insan oluşturur. Burada kastedilen insanın maddi ve manevi beden bütünlüğünün tamlığıdır. Bu bakımdan fiil, failin somut varlığı veyahut soyut varlığı üzerinde tezahür edebilir.

II. Fiil

A. Genel Olarak

Ceza hukukunda yer alan normlar birer davranış kuralıdır. Ceza içeren norm, kural ve yaptırım olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Birinci kısımda buyruk dediğimiz kanun koyucunun yapılmasını veyahut yapılmamasını istediği davranışlar yer alır. İşte bu birinci kısma davranış kuralı veya hüküm denir. İkinci kısımda ise birinci kısımda zikredilen olgusal davranışlara uyulmaması veyahut yerine getirilmemesi halinde uygulanacak yaptırım yer alır.¹⁵⁶ Netice itibariyle suç dediğimiz olgu kanunun yasakladığı belirli bir davranışın gerçekleştirilmesi veya gerçekleştirilmemesi halidir. Bu bağlamda davranışın normdaki tezahürü soyut kanuni tip olarak adlandırılır.¹⁵⁷

TCK'nın 2. maddesinde belirtildiği üzere devletin cezalandırma gücünü kullanabilmesi için kanunen suç olarak düzenlenmiş bir fiilin bulunması gerekmektedir. O zaman suçun maddi unsurunu fiil oluşturmaktadır. Bu bağlamda medeni uygarlıklarda uygar bir ceza hukukundan bahsedebilmek için fiilsiz suç olmaz kuralı vazgeçilmez bir unsurdur.¹⁵⁸

Kanun koyucunun hangi değerlerin ihlal edilmesi halinin suç oluşturacağı noktasındaki iradesinin tespiti için ceza kanunlarında düzenlenen fiillere bakılması gerekmektedir. Bu bakımdan fiil kelimesi hareket kelimesinden farklı anlama geldiğinden dolayı fiil ifadesi yerine hareket kelimesinin kullanılmasının doğru olmayacağını değerlendirmekteyiz. Fiil niteliği itibariyle, hareket, netice ve bu terimlerin arasındaki illiyet bağının ortaya koyulmasından ibarettir.¹⁵⁹

¹⁵⁶ HAFIZOĞULLARI, Zeki, Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1987, s. 100.

¹⁵⁷ TOROSLU/TOROSLU, s. 37.

¹⁵⁸ HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Us-a Yayıncılık, 2022. s. 185.

¹⁵⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 186.

Ülkemizde genel ceza yasası ile askerî ceza yasası Osmanlı'nın son döneminden itibaren ayrı kanunlar olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda, 765 sayılı TCK 1926 tarihinde, 1632 sayılı AsCK 1930'da yürürlüğe girmiştir. Asta müessir fiil suçu, AsCK'nın 117'nci maddesinde maduna müessir fiiller yapanların cezası başlığı altında düzenlenmiştir. Suçun nitelikli halleri ise 118'inci maddede düzenlenmiştir.

Suç tipini düzenleyen madde başlığında müessir fiil ifadesi yer almaktadır. Müessir kelimesi Türk Dil Kurumuna göre “dokunaklı, etkili” gibi anlamlara gelmektedir.¹⁶⁰ 5237 sayılı TCK'da bu kavram tercih edilmemiştir. Müessir fiil kavramı 765 sayılı TCK'da karşımıza çıkmaktadır. 765 sayılı Kanun'un ikinci kitabının *şahıslara karşı cürümler* başlıklı bölümünde *şahıslara karşı müessir fiiller* başlığı altında müessir fiillere karşı uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir.¹⁶¹ Bu bağlamda, asta müessir fiil suçu tahlil ve sistematize edilirken 765 sayılı TCK'dan da yararlanılmasının uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Önceleri, 765 sayılı mülga TCK'nın “şahıslara karşı müessir fiilleri” düzenleyen 456'ncı, 457'nci 478'inci ve 479'uncu maddelerinde yer alan suçun, üst konumundaki asker kişi tarafından astına karşı işlenmesi halinde bu suç tipi uygulama alanı bulmaktaydı.¹⁶² Ancak 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile birlikte asta karşı yapılan yaralama fiilleri ile diğer etkili (*müessir*) eylemler için AsCK'nın 117'inci maddesinde hüküm bulunmayan hallerde 5237 sayılı TCK'nın kasten yaralamaya ilişkin hükümlerinin tatbik edileceği söylenilebilir.¹⁶³

Öte yandan, müessir fiil kavramının izah edilmesi tezimizin ve suç tipinin anlaşılması bakımından önem arz etmektedir.¹⁶⁴ 765 sayılı TCK'nın 456. maddesinde müessir fiil suçunun basit şekli düzenlenmiş ve “*katil kastı olmaksızın bir kimseye cismen eza vermek veya sıhhatini bozmak yahut aklî melekelerinin bulanıklaşmasına sebep olmak*”

¹⁶⁰ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, ET: 04.03.2022.

¹⁶¹ <https://www.tbmm.gov.tr>, ET: 04.03.2022.

¹⁶² “765 Say.K.nun 456'ncı maddesi ile AsCK'nın 117'nci maddesinde düzenlenen suçların maddi unsurlarının aynı olduğu yönünde” bkz. As.Yrg.DK., 04.07.2002, 2002/58-61 sayılı kararı. (DURAN, Gökhan Yaşar, “Askerî Ceza Hukukunda Ast'a Müessir Fiil Suçu”, *TBB Dergisi*, 2014 (113), s. 225.

¹⁶³ DEMİRAĞ, s.372.

¹⁶⁴ “Unsurlarının ekseriyeti TCK'nun 456 ve müteakip maddelerinde de mevcut olan AsCK 117 inci maddesindeki asta müessir fiil suçu...” As.Yrg.Drl.Krl. E.1975/62 K.1975/60, T.21.11.1975, ÖZBAKAN, Hulusi, Askerî Ceza Kanunu, Ankara, 1987, s. 241.

müessir fiil olarak belirtilmişti.¹⁶⁵ Bu bağlamda mağdurun mevcut hastalığının ilerlemesine sebebiyet verilmesi halinde de müessir fiil suçu oluşacaktır. Görüleceği üzere, kanun koyucu failinin kusurluluğuna göre değil mağdurda yol açacağı etkiye göre suçun tanımını yapmıştır.

765 sayılı TCK’da suçun nitelikli halleri anılan maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. Bunlar, mağdurun muttat (*yeme, içme, tuvalet vb.*) işinden belirli süreler dâhilinde yoksun kalması, duyu veya organlardan birinin devamlı zayıflaması, konuşma yeteneğinde devamlı engel oluşması, yüzde sabit iz, yirmi günden fazla süren akli ve bedeni hastalık, hayati tehlike geçirme, gebe bir kadının erken doğum yapmasına sebebiyet verme, duyu veya organ veyahut uzuv kaybı, kısırlığa sebep olma, çehrede devamlı değişikliğe sebebiyet verme ve gebe kadının çocuğunu düşürmek halleridir. Görüldüğü üzere, cezalandırmada noktasında ortaya çıkan zarar failin objektif kusur sorumluluğu muhavesinde düzenlenmiştir. Kanun metni incelendiğinde bir hareketin müessir fiil suçu olarak cezalandırılabilmesi için muayyen bir neticenin ortaya çıkmasının arandığı görülmektedir.

5237 sayılı TCK’nın 86. maddesinin gerekçesinde, “*müessir fiil (etkili eylem) ifadesi terk edilerek genel olarak yaralama kavramı benimsenmiştir. Bu nedenle, kişinin vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan her davranış, yaralama olarak kabul edilmiştir*” ifadesine yer verilmiştir. Bu bağlamda, kanun koyucu 765 sayılı TCK’da düzenlenen kişilere karşı müessir fiil suçunu 5237 sayılı TCK’da *hayata karşı suçlar* bölümünde yaralama suçu olarak düzenlemiştir.¹⁶⁶

Ancak yaralamak ifadesi “silah, bıçak vb. bir araçla veya vurarak yara açmak” şeklinde, yara ifadesi ise “keskin bir şeyle veya bir vuruşla vücutta oluşan derin kesik; ceriha” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁶⁷ TCK’nın 86. maddesinde bireyin maddi varlığı ile birlikte aynı zamanda manevi varlığı da korunmaktadır. Bu bakımdan günlük bir terim olan yaralama ifadesinin kanunda kullanıldığını, anlaşılabilirlik ve korunan hukuki değerlerin izahı noktasında müessir fiil ifadesinin daha uygun olduğunu değerlendirmekteyiz.

¹⁶⁵ DÖNMEZER, Sulhi, Ceza Hukuku Özel Kısım, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası, 1974, s. 65.

¹⁶⁶ <https://www5.tbmm.gov.tr>, ET: 09.06.2023.

¹⁶⁷ <https://sozluk.gov.tr>, ET: 25.12.2023.

Müessir veya etkili eylem ifadesi, insan vücuduna yönelmiş olan bedeni etkileyecek şiddet hareketlerini içerebileceğinden dolayı itekleme, vurma, dövme, yaralama, korkutmak suretiyle bir sinirsel hastalığa sebebiyet verme veya soğukta bırakarak hasta etme gibi eylemler müessir fiil kapsamındadır. Müessir fiilin yaralama hareketlerini de içeren daha geniş bir kavramsal ifade olduğu sonucuna varılabilir.¹⁶⁸ Öte yandan yaralama suçu serbest hareketli bir suç iken asta müessir fiil suçu AsCK'nın 117. maddesinde seçimlik hareketli bir suç olarak düzenlenmiştir. Bu bakımdan suçun seçimlik hareketleri ile neticeleri izah edilirken kasten yaralama suçuna sebebiyet veren hareket ve neticeler yönünden de benzerlik ve farklılıklar izah edilecektir.

Yaralama suçunun temel ve nitelikli halleri TCK'nın 86. maddesinde, neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış halleri 87. maddesinde, ihmal suretiyle işlenilmesi hali 88. maddesinde ve taksirli hali 89. maddesinde düzenlenmiştir. Kasten yaralama suçunu düzenleyen maddede failin cezalandırılması için başkasının vücuduna acı vermesi veya sağlığının ya da algılama yeteneğini bozması yeterlidir. Bu bakımdan kasten yaralama suçu serbest hareketlerle işlenebilen bir suçtur. Asta müessir fiil suçunu düzenleyen maddede *“itip kakmak, dövmek, sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunmak”* gibi yaralama suçuna örnek sayılabilecek hareketler ile *“astının hizmetini tazip maksadıyla lüzumsuz yere güçleştiren veya astının diğer askerler tarafından tazip veya suimuamelede bulunulmasına müsaade etmek”* gibi yalnızca askerlik mesleğine özgü hareketler ifade edilmiştir.¹⁶⁹

Asta müessir suçunda fail ve mağdurun asker kişi olması ve aralarında ast-üst ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Kasten yaralama suçu ise sivil kişiler tarafından işlenebildiği gibi rütbe/kıdem farkı bulunmayan asker kişiler tarafından da işlenilebilir. Öte yandan kasten yaralama suçunda ortaya çıkan sonuçlar ve bunların verilecek cezaya etkisi tek tek sayılmışken asta müessir fiil suçunu düzenleyen maddede ortaya çıkan sonuçlar kısmen gösterilmiş, “tahribat”, “daha ziyade vahim hal” gibi ifadeler madde metninde kullanılarak mahkemelere oldukça geniş takdir yetkisi verilmiştir.

Kasten yaralama suçundan farklı olarak asta müessir fiil suçunda farklı hukuka uygunluk sebepleri belirtilmiştir. Bu hukuka uygunluk sebepleri yalnızca asta müessir fiil

¹⁶⁸ ÇAĞLAYAN, Muhtar, Açıklamalı, İctihatlı Türk Ceza Kanunu, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1984, s. 2.

¹⁶⁹ GÜLSEREN, s. 39.

suçu bakımından şartlar oluşmuş ise yapılan fiili suç olmaktan çıkaracaktır. Söz konusu hukuka uygunluk sebepleri AsCK'nın 119. maddesinde düzenlenmiştir.

Bu bağlamda, bazen birden fazla ceza normu bir fiil ile ilgili görünebilir ancak bunlardan bir tanesi somut olaya uygulanabilecektir.¹⁷⁰ Bu duruma doktrinde görünüşte içtima veya kanunların içtimaı denilmektedir. Görünüşte içtima ilkeleri; özel-genel norm, asli-tali norm ve tüketen-tüketilen normdur.¹⁷¹

Tezimizin birinci bölümünde AsCK'nın TCK'ya göre özel kanun durumunda olduğunu ve asta müessir fiil suçu ile kasten yaralama suçu arasında genel hüküm-özel hüküm ilişkisi olduğunu belirtmiştik. Genel norm-özel norm münasebeti aynı kanun içinde yer alan maddeler arasında olabileceği gibi farklı kanunlarda düzenlenen normlar arasında da olabilir.

Özel norm, genel normun tüm özelliklerini bünyesinde taşımakla birlikte yeni bir unsur eklenilerek genel normun uygulanamayacağı durumu ortaya çıkar. Genel norm-özel normdan bahsedebilmek için iki suçun da hukuki konusu aynı olmalıdır.¹⁷² Özel norm kapsamına giren hallerde tek norm uygulanacaktır.¹⁷³

B. Hareket

Bilindiği üzere, doktrinde suçlar hareketin yapılış şekilleri yönünden “*icrai ve ihmali*” suçlar olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁷⁴ İhmali davranış, hukuk normlarında yer alan davranış kuralları ile kişiye yüklenilen *icrai davranışta bulunma yükümlülüğünün* ihlalidir.¹⁷⁵ Fail tarafından ceza normundaki buyruğa uyulmamaktadır. İhmal suçlarında fail dış dünyaya yansıyan bir hareket içerisinde bulunmamaktadır. Burada cezalandırılan failin hukuki teminatın ihlalini yapması halidir. Bununla birlikte, bazı icrai hareket suçlarının ihmali hareketle de işlenebilmesi mümkündür. Bu bakımdan ihmal suçu kendi içerisinde *salt ihmal suçları* ve *ihmal suretiyle işlenen icra suçları (gerçek olmayan ihmal*

¹⁷⁰ İÇEL, Kayıhan, Suçların İçtimaı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1972, s. 167.

¹⁷¹ DEMİRBAŞ, s. 581.

¹⁷² DEMİRBAŞ, s. 582.

¹⁷³ İÇEL, s. 187.

¹⁷⁴ DEMİRBAŞ, s. 257.

¹⁷⁵ ÖZGENÇ, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023 s. 394.

suçları) şeklinde tasnif edilmesi mümkündür.¹⁷⁶ İcrai-ihmal suç ayrımının tespiti özellikle suça teşebbüs noktasında önem kazanmaktadır. *Salt ihmal suçlarına* teşebbüs mümkün değil iken *ihmal suretiyle işlenen icra suçlarına* teşebbüs mümkündür.¹⁷⁷ Örneğin failin hareketsiz kaldığı somut bir olayda failin elinde olmayan sebeplerden dolayı netice gerçekleşmez ise teşebbüsün varlığı kabul edilebilir.¹⁷⁸ Genel bir değerlendirme yapacak olursak icrai suçlar; *sırf hareket (şekli)* veya *neticeli* suç şeklinde işlenebilirken ihmal suçları ise *şekli* suç niteliğindedir. Bu bağlamda ihmal suçlarında zarar mevcudiyeti aranmaz, hareketin yapılması yeterlidir.

AsCK'nın 117. maddesinde düzenlenen hareketler tadadî olarak sayılmıştır. Bu bağlamda, suçun somut olaya göre ihmal suretiyle de işlenmesi mümkün olabilecektir. Örneğin, “*mağdurun beton üzerinde uzunca süre bekletilmesi*” hali müessir fiil suçuna vücut verecektir.¹⁷⁹ Asta müessir fiil suçu, icrai hareketlerle işlenen bir suçtur. Bu hareketler ekseriyetle kişi üzerinde maddi cebir kullanma şeklindedir. Astın bedenine zarar verici hareketler ile astı sarsmak gibi kişinin bedeninde acı olarak tesir etmeyen ancak kişiyi elem ve üzüntü içinde koyma niteliğindeki hareketler sonucunda bu suç ortaya çıkar.

AsCK'nın 117. maddesinde “astını kasten itip kakmak, dövmek veya sair suretlerle cismen eza vermek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunmak” veya “tazip maksadıyla astın hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek” veya “astın diğer askerler tarafından suistimalde bulunmasına veya tazip edilmesine müsamaha göstermek, şeklinde hareketler gösterilmiştir. Bu gösterilen hareketlerin tamamı madden doğrudan astın bedeni üzerinde acı verici hareketler kapsamında değildir. Bu bağlamda, gözetim yükümlülüğünün ihlali noktasında işlenen suça kayıtsız kalınması halinde de üst bakımından müessir fiil suçu tartışması yapılmalıdır.

Seçimlik hareket olarak madde içerisinde zikredilen astının diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya suimuamelede de bulunulmasına müsamaha göstermek, hareketinde amir/üstün sorumluluğu bulunmaktadır. Şöyle ki; seçimlik hareket olarak zikredilen böyle

¹⁷⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, s. 190; İhmal suçlarının neticesi harekete bitişik olduğu yönünde görüş için bkz. DEMİRBAŞ, s. 259.

¹⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 436; DEMİRBAŞ, s. 259.

¹⁷⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023. s. 236.

¹⁷⁹ ÖZBAKAN, s. 241.

bir durumun gerçekleşmesi halinde askeri disiplinin bozulduğunu kabul etmek gerekir. Disiplin “*kanunlara, nizamlara ve amirlere mutlak bir itaat ve astının ve üstünün hukukuna riayet etmek*” şeklinde tanımlanmaktadır. Askeri disiplinin amir tarafından sağlanması esastır. Amir, maiyetine disiplini bozan fiil ve hareketlerinden dolayı disiplin cezası vermekle yükümlüdür. Aynı zamanda maiyetinden mutlak bir itaat beklemeğe ve istemeğe haklıdır. Amir de TSK İç Hiz. Yönetmeliği’nin 13’üncü maddesi uyarınca maiyetinin şeref ve haysiyetlerini, sağlığını ve özlük haklarını gözetmeğe mecburdur.

Öte yandan, TSK İç Hiz. K.’nun 24’üncü maddesine göre üst disiplinsizlik gördüğü her hale müdahaleye ve emir vermeye görevlidir. Bu bağlamda, zikredilen seçimlik harekete ilişkin fiillere göz yumulması halinde amir veya üstün asta müessir fiil suçu bakımından kusur sorumluluğunun bulunduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü amir ve üstün askeri disiplinin muhafazası bozulması halinde ise yeniden tesis edilmesi bakımından kanuni (*garantörlük*) yükümlülükleri bulunmaktadır.¹⁸⁰ Disiplinin sağlanması amir ve üstler bakımından bir görev olduğundan kanun koyucu bu kişileri geniş yetkilerle donatmıştır.

Asta müessir fiil suçu ani olarak işlenen bir suçtur. Fail olan üst tarafından kanunda belirtilen seçimlik hareketlerin birisinin yapılması ve astın maddi veya manevi olarak bedenine acı verilmesi halinde suç tamamlanmış sayılır. Üst konumundaki asker kişi tarafından hareketin belirli bir süre devam ettirilmesi zorunluluğu yoktur. Neticenin etkisinin devam etmesi suça kesintisiz suç vasfı kazandırmaz.¹⁸¹ Ani suçlarda hareketten

¹⁸⁰ Aynı yönde, DEĞİRMENCİ s. 436. Bu durum, ayrıca TSK İç Hiz. Yönetmeliğinin 3. maddesinde de belirtilmiştir.

¹⁸¹ Doktrinde, neticesinin gerçekleşmesi anına göre suçlar, kesintisiz (mütemadi) ve ani suçlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kesintisiz suçlarda, suçun işlenmesine yönelik hareketler fail tarafından devam ettirilmektedir. Bu bakımdan doktrinde kesintisiz suçlar bakımından suçun tamamlanması ve suçun bitmesi ifadesi kullanılmaktadır.

Kesintisiz suçlar, suça son verme iradesi ve iktidarı failin elinde bulunduğu suçlardır. Kural olarak kesintisiz suçlarda suç tamamlanıncaya kadar teşebbüse ilişkin hükümler uygulanabilir. Yine suç işlenmeye devam ettiği süre boyunca suça iştirak mümkündür. Kesinti gerçekleşene kadar suç devam edeceğinden dolayı kesinti gerçekleşene kadar meşru müdahalede bulunulabilir. Ancak suçun gerçekleşme anı kesintisiz suçlar bakımından doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yazarlar kesintisiz suç için davranış ve netice ikilisinin zaman içerisinde bir süre devamlılığını aramaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre suç, icra hareketlerinde kesintinin gerçekleştiği an tamamlanır. Diğer bir görüşe göre, suçun oluşması için unsurların bir araya geldiği anda ilk aşamanın gerçekleştiği, bu bağlamda hukuki anlamdaki neticenin yani ihlalin gerçekleştiği an ilk aşama ile birlikte suçun tekâmül ettiği belirtilmiştir.

sonra doğan netice devam etmez.¹⁸² Hareketten sonra netice hemen gerçekleşmeyerek bir süre sonra ortaya çıkabilir.¹⁸³

Yapılan müessir hareketin tatbik edilme süresi, suçun ani suç olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Ancak aralarında zamansal birlik bulunmayan sistematik olarak farklı zamanlarda aynı mağdura yönelmiş müessir hareketler işkence suçuna vücut verebilir.

Asta müessir fiil suçu, AsCK'da beş farklı hareket şeklinde tadadî olarak¹⁸⁴ madde metninde sayılmıştır. Askerî ceza kanununda *müessir fiil* tarifinin yapılmaması sebebinin; AsCK'nın yürürlüğe girdiği tarihte mer'î olan genel ceza kanununda müessir fiil suçunun düzenlenmiş olması nedeniyle kanun koyucunun tekrara düşmek istememiş olduğu düşüncesidir.

Asta müessir fiil suçu kasten işlenebilen, seçimlik hareketli bir suçtur. Madde metnindeki “*kasten*” ibaresi manevi unsuru açıkça ortaya koymaktadır. Öğretide yer alan bir görüşte, asta müessir fiil suçunu oluşturan hareketlerin kanunda belirtilmesinden dolayı suçun bağlı hareketli bir suç olduğu değerlendirilmesi yapılmıştır.¹⁸⁵ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çünkü asta müessir fiil suçu, suçu düzenleyen maddede belirtilen hareketlerden birisinin yapılması halinde işlenebilen suçlardandır.¹⁸⁶ Kanun maddesinde gösterilen seçimlik hareket sonucunda birden fazla neticenin meydana gelmesi halinde faile tek bir ceza verilecektir.¹⁸⁷ Somut olayda birden fazla seçimlik hareketin yapılması halinde faile birden fazla ceza verilmeyecek fakat birden fazla seçimlik hareket yapılmasından dolayı hâkim fail hakkında vereceği cezada alt sınırdan uzaklaşabilecektir.¹⁸⁸

Kanaatimizce, madde metninin 1. fıkrasında birbirine yakın ve maddi dünyada suçun konusu üzerinde benzer sonuçları doğuran seçimlik hareketlerin tadadî olarak sayılarak

¹⁸² DEMİRBAŞ, s. 265.

¹⁸³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 192.

¹⁸⁴ TAŞKIN, s. 185.

¹⁸⁵ DEĞİRMENCİ, s. 133.

¹⁸⁶ DURAN, Gökhan Yaşar, Askerî Ceza Hukukunda Ast'a Müessir Fiil Suçu, *TBB Dergisi*, 2014 (113), s.243.

¹⁸⁷ ERMAN, s. 162.

¹⁸⁸ DEĞİRMENCİ, s. 375.

belirtilmesine gerek yoktu.¹⁸⁹ Astını kasten itip kakan, döven veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan ifadesinin içerisinde yer alan seçimlik hareketler netice itibariyle mağdur üzerinde cismen eza verici niteliktedir. Müteakiben sair suretle ifadesi ile suçun seçimlik hareketle işleneceği gösterilmiştir. Bunun yerine, alternatif olarak maddede yer alan ifadenin “maduna karşı kasten müessir fiil ile cismen eza veren veya sıhhatini bozacak hareketlerde bulunan” şeklinde düzenlenmesinin suçun kanuniliği ve belirlilik ilkesi açısından daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Madde metninde yer alan hareketlerin muhteva ettikleri özellikler aşağıya sıralanmıştır.

1. İtip Kakmak

Fail tarafından astı konumundaki askerin itilip kakılması halinde asta müessir fiil suçu oluşacaktır. Suçun hukuki konusu, mağdurun maddi ve manevi beden bütünlüğüdür.¹⁹⁰ İtmek eyleminden mağdurun dengesinin bozularak düşürülmesi, iteklenmesi, kakmak eyleminden ise mağdura vurulması, mağdurun bir yere vurarak sokulması¹⁹¹ anlaşılmaktadır. İtip, kakmak eylemi maddi anlamda şiddet hareketi olmakla birlikte diğer müessir fiillerde olduğu gibi mağdurun cismen acı çekmesi veya sıhhatinin bozulması gerekmemektedir. Anılan hareketin yapılması neticesinde mağdurun bu hareketten dolayı üzüntü ve elem etkisiyle ruhiyetinin olumsuz etkilenmesi veya moralinin bozulması yeterlidir.¹⁹²

İtip kakmak ifadesi somut olaya göre maddi cebir kullanılması halini ifade eder. Örneğin, bölük astsubayı tarafından alınan içtima sırasında sıranın dışında bulunan askerin iteklenerek sıraya sokulması mağdur üzerinde fiziksel güç uygulanması olarak

¹⁸⁹ “Maddede suç olarak düzenlenen hareketlerin sınırlı bir şekilde sayılmadığı anlaşıldığından...” As. Yrg. DK. 29.1.2015, E.2015/1, K.2015/14; KOÇ, s. 623.

¹⁹⁰ Maddede üst durumunda bulunan bir askerî şahsın astı durumunda bulunan askerlere karşı işlemiş olduğu itme, kakma, dövme, cismen eza verme, sıhhatini bozacak davranışlarda bulunma, hizmeti gereksiz yere güçleştirmenin cezalandırıldığı, maddede suç olarak düzenlenen hareketlerin sınırlı bir şekilde saymadığı anlaşıldığından, üstün, astının omuzlarından tutarak silkelemesi, itip kakma sayılabileceği gibi, cismen eza veren bir eylem olarak değerlendirilebilecektir. Bu nedenle asta müessir fiil suçunun oluşması bakımından gerek ‘itme’ eylemi, gerekse ‘silkeleme’ eylemi, bu suçun maddi unsurunu oluşturabilecektir.” As. Yrg. DK. 29.01.2015, 1/14; DEĞİRMENCİ, s. 434.

¹⁹¹ <https://sozluk.gov.tr>, ET:10.05.2022.

¹⁹² “Sanığın aşamalarındaki mağdurun yakasından tutuğu ve mağdurun yakasını düzelttiği, esas duruşa geçmesi amacıyla kolundan tutarak hafifçe bastırıldığı yönündeki savunmaları dolaylı ikrar olarak nitelendirilmiştir. // Sonuç olarak; Sanığın sübut bulan asta müessir fiil suçundan eylemine uyan 1632 Sayılı Kanun’un 117/1. maddesi uyarınca suçun işleniş biçimi dikkate alınarak takdiren 1 ay hapis cezası ile cezalandırılmasına,” Kayseri BAM 5. CD. T. 13.7.2020, E.2019/215, K.2020/1018, Kazancı Bilgi Bankası, ET: 06.09.2023. Aynı yönde, EREM, Faruk, Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1993, s. 2094.

değerlendirilecektir.¹⁹³ Astsubay tarafından yapılan hareket astın bedenine müdahaledir. Astın cebir kullanmak suretiyle sıraya sokulması olayı yaralamanın özel bir türü olan cebir suçu ile benzeşmektedir. AsCK’da asta müessir fiil suçu düzenlenmemiş olsaydı söz konusu suçun fiil unsurunun genel olarak yaralama suçu kapsamında kaldığı değerlendirilmesi yapılabilirdi. İtekleme durumunda mağdur madden zorlandığı anda suç gerçekleşmiş sayılacaktır. Belirtilen gerekçeye uygun olarak Yargıtay tarafından verilen güncel bir kararda, tutma, itme ve şiddetle bedeni sarsma gibi hareketlerin kişinin psikolojik durumunu ve sıhhatini etkileyen birer eylem olduklarına karar verilmiştir.¹⁹⁴

Üst tarafından astın yakasından tutularak sarsılması veya astın silkelenmesi şeklindeki basit hareketlerin asta müessir fiil suçunu oluşturmayacağı yönünde görüşler mevcuttur.¹⁹⁵ Belirtilen görüşe göre, basit tıbbî müdahale ile giderilecek boyuta dahi ulaşmayan basit düzeydeki bu hareketlerin savaş zamanında 477 sayılı Kanun’un 55’inci maddesinde yer alan “*asta kötü muamele*” disiplin suçunu, barış zamanında 6413 sayılı TSK Dis. K.’nın 19/1-f fıkrasına göre hizmet yerini terk etmeme disiplin cezasını gerektireceği değerlendirilmesi yapılmıştır. Öğretide yer alan bu görüşe katılmamaktayız.¹⁹⁶ TSK Dis. K.’nın 5’inci maddesinde zikredildiği üzere kanun ihlalleri arasında ortaya çıkan yaptırım bakımından hiyerarşik olarak öncelik sonralık sıralaması yoktur.¹⁹⁷ Bu bağlamda, bir fiilden dolayı fail hakkında aynı anda ve müstakilen ayrı ayrı adlî ve idarî müeyyide uygulanmasına mâni yoktur. TSK Dis. K.nda asta kötü muamelenin cezalandırılması idare hukuku anlamında bozulan kurum içi düzenin ve disiplinsizliğin cezasız bırakılmaması ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Aksinin kabulü halinde, bedene karşı yapılan müdahaleler cezasız bırakılmış olacak ve anayasal güvence altına alınan kişi

¹⁹³ “Astsubayın mağdurun yakasında tutup silkeleyerek kapıya kadar getirmesi ve onu dışarı itirmesi...” As. Yrg. 1.D. 12.03.2008, E.2008/0803, K.2008/0795; KOÇ, s. 620.

¹⁹⁴ “Müessir fiil suçunda korunan hukuki menfaat, kişilerin vücut bütünlüğü ile bedeni, ruhi ve akli sıhhatlerini koruma hakları olduğu kabul edilmektedir. Bu nedenle, müessir fiil suçunu düzenleyen 5237 sayılı Kanun’un ve 1632 sayılı Kanun’un ilgili hükümleri incelendiğinde, müessir fiil sonucunu doğuran hareketlerin esas olarak bedene yönelik olan ve bedene tesir eden hareketler olduğu görülmektedir.

(Kapatılan) Askerî Yargıtayın yerleşik kararlarında da, astının yakasından tutma, itme ve şiddetle bedeni sarsma gibi hareketlerin kişinin psikolojik durumunu ve sıhhatini etkileyen bir eylem olarak görülmektedir. Bu açıklamalardan sonra somut olaya dönüldüğünde; sanığın mağdura yönelik ensesine ve ellerine vurmak şeklinde gerçekleştirdiği eyleminin asta müessir fiil suçunu oluşturduğu sabit görülerek Mahkemece ... hükmünde bu yönüyle hukuka aykırılık bulunmamıştır.” Yrg. 7. CD. T. 02.05.2023, E.2021/20765, K.2023/4051, Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, ET:29.07.2023.

¹⁹⁵ DEĞİRMENCİ, s. 434; TAŞKIN, s. 207.

¹⁹⁶ Aynı yönde, DURAN, s. 244.

¹⁹⁷ TSK Disiplin K. md. 5 – “Herhangi bir fiilden dolayı ilgili hakkında yapılan adli soruşturma veya kovuşturma, aynı fiilden dolayı ayrıca disiplin soruşturması ve tahkikat yapılmasını, disiplin cezası verilmesini ve bu cezanın yerine getirilmesini engellemez.”

dokunulmazlığı hakkının ihlal edilmesi kapısının aralanmasına neden olunacaktır.¹⁹⁸ Bahsedilen tehlike kanun koyucu tarafından fark edilmiş olmalı ki AsCK'nın 117. maddesinde yer alan az vahim hallerde disiplin cezası uygulanacağı hususunu düzenleyen 2. fıkra yürürlükten kaldırılmıştır. Netice itibariyle, suçun az vahim halini¹⁹⁹ düzenleyen ikinci fıkrasının mülga edilmesinden sonra en ufak itekleme, silkeleme vesaire hareket, AsCK'nın 117/1 fıkrası kapsamında asta müessir fiil suçu olarak değerlendirilecektir.²⁰⁰

2. Dövmek

Dövmek hareketi; TCK'nın 86/1. fıkrasında düzenlenen kasten yaralama suçunun ihlal edilmesine sebebiyet veren bir harekettir. Sistematiik olarak icra edilmesi halinde işkence veya eziyet suçundan bahsedilebilir. Ancak AsCK'da özel olarak asta müessir fiil suçunun bir seçimlik hareketi olarak gösterilmiştir. Darp fiilleri, dövme eylemi kapsamında değerlendirilecektir. *Dövme* vücuda maddi yönden acı veren her türlü eylemdir.²⁰¹ Fail tarafından asta yumruk atılması, tokat atılması,²⁰² tekme atılması, ensesine vurulması,²⁰³ tek ayakta veya elleri üzerinde uzun süre bekletilmesi, şınav çekerken üzerine oturulması veya botla basılması, kendisini asta taşıması cismen ezaya örnek olarak verilebilir. Üst tarafından yapılan cismen eza fiilleri, insan onuruyla bağdaşmayarak astın onur ve şerefine kast ediyorsa söz konusu fiiller TCK'nın 94'üncü maddesinde ifade edilen işkence suçu çerçevesinde değerlendirilmelidir. Hâsseten, komando, özel ihtisas birliği, su altı arama/taarruz vb. ileri seviye askeri özel eğitimlerde icra edilen fiziksel ve mental dayanıklılık testlerinin, teste katılanların açık rızalarının olması halinde müessir fiil kapsamında değerlendirilemeyeceğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde açıkça rızaları alınmadan özel ihtisas kurslarında askeri eğitimin objektif gereklilikleriyle bağdaşmayan cismen eza verecek eylemlere astların tabi tutulması müessir fiil suçu oluşturacaktır.

¹⁹⁸ Aynı yönde, DEMİRAĞ, s. 375.

¹⁹⁹ Az vahim hâl ifadesi, Askeri Ceza Kanunu'nun muhtelif maddelerinde geçmektedir. Örneğin 55'inci, 56'ncı, 61'inci, 62'nci, 63'üncü 64'üncü, 81'inci, 90'ıncı, 91'inci, 105'inci, 126'ncı, 127'nci, 131'inci ve 136'ncı maddelerinde düzenlenen suçlarda nitelikli hâl olarak öngörülmüştür. Az vahim halin tarifi askeri mevzuatta yapılmamıştır. Bu bakımdan somut olayda az vahim hâlin tayin ve tespiti hâkim tarafından yapılmalıdır. Suçun işleniş biçimi, somut olarak ortaya çıkardığı tahribat, askeri temel değerlerin ihlaliindeki yoğunluk, zaman gibi kriterlere göre objektif olarak az vahim hâlin değerlendirilmesi yapılmalıdır.

²⁰⁰ "ASCK'nın 117'nci maddesinde "Madununu itip kakmak" asta müessir fiil suçu kapsamında kabul edildiğinden bu bağlamda, astını itme gibi hareketlerin bedene yönelik ve bedene tesir eden bir eylem niteliğinde olduğu ve müessir fiil teşkil edeceği kuşkusuzdur." As. Yrg.1.D. 06.05.2015, 366/371; DEĞİRMENCİ, s. 433.

²⁰¹ DEMİRAĞ, s. 376.

²⁰² POLATCAN, İsmet, Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Personel Kanunu, Ankara, 2002, s. 852.

²⁰³ DURAN, s. 246.

Darp eylemi, doğrudan amir veya üst tarafından işlenmesi dahi somut olaya göre asta müessir fiil suçundan sorumlulukları oluşabilir. Örneğin, bölük komutanı yüzbaşı tarafından maiyeti olan teğmene, disiplinsiz yapan eri tokatlaması için emir vermesi halinde AsCK'nın md. 109/1 fıkrasında düzenlenen suç oluşacaktır. Konusu suç teşkil eden bu emir, teğmen tarafından tamamlanır veyahut teşebbüs edilirse teğmen suç için kanunda öngörülen muayyen ceza ile tecziye edilirken emri veren bölük komutanı hakkında muayyen ceza, AsCK md. 109/2 fıkrasına göre attırılarak uygulanacaktır. AsCK'nın 109. maddesinde yer alan düzenleme, TCK'da düzenlenen genel kurallara göre özel bir mahiyet taşımaktadır. Bilindiği üzere, TCK'nın 38. maddesinde suçun işleniş biçimi olarak düzenlenen azmettirme halinde azmettiren kişiye takdir olunacak ceza, işlenen suçunu cezası olarak belirtilmiştir.²⁰⁴ AsCK'nın 109. maddesinin atıf yaptığı AsCK'nın 50. maddesine göre, başkasına suç işlenmesi için emir veren amir/üst hakkında tayin olunacak ceza, konusu suç olan emrin ast tarafında yapılması veya teşebbüs aşamasında kalması halinde dahi temel cezanın iki katına kadar arttırılacağı düzenlenmiştir. Doktrinde, buradaki emir komuta ilişkisinden kaynaklanan hâkim pozisyonun TCK'nın md. 37/2 fıkrasında düzenlenen dolaylı failliğin özel görünümü olduğu belirtilmiştir.²⁰⁵

3. Sair Suretlerle Cismen Eza Vermek

Sair suretlerle²⁰⁶ cismen eza vermek ifadesinden astın vücuduna eza veren her türlü eylemin müessir fiil olarak kabul edileceği anlaşılabacaktır. Hareket, kasten yaralama suçunun elverişli icrai hareketlerle işlenmesi haline benzemektedir. İtip, kakmak ve dövmek dışında kalan her türlü acı veya sızı verecek hareketin cezalandırılması sair surette cismen eza vermek kapsamında değerlendirilecektir.²⁰⁷ Örneğin, mağdurun saçının çekilmesi,²⁰⁸ boğazının sıkılması,²⁰⁹ ateşli silahla yaralanması,²¹⁰ taş atılması,²¹¹ kırık şişe²¹² ile yaralanması halleri sair suretle cismen eza vermek olarak değerlendirilmelidir.

²⁰⁴ As. Yrg. 1. D. T.10.09.2014, E.2014/0650, K.2014/689, DEMİRAĞ, s. 357.

²⁰⁵ DEMİRAĞ, s. 355.

²⁰⁶ “Örneğin, erin favorilerinin berberde tükürükle kestirilmesi” As. Yrg. 3D. T.30.07.1968, E. 1968/567 K.1968/581, ÖZBAKAN, s.117.

²⁰⁷ Vücuda acı verilmesinden maksat vücuda cismani zarar verilmesidir. Bir hareket vücuda zarar vermiyorsa o suç başka bir suç olabilir ancak yaralama suçu olmaz. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 75.

²⁰⁸ Yrg. 14. CD. T.16.2.2015, E.2013/4505 K.2015/1116, www.kazanci.com, Kazancı Karar Arama, ET:21.06.2023.

4. Sıhhatini Bozacak Hallerde Bulunmak

Sıhhatini bozacak hallerde bulunmak; astın sağlık durumunun mevcut haline göre kötüleştirilmesidir. Korunan hukuki değer noktasında TCK'nın md. 86/1. fıkrasında yer alan “sağlığının bozulmasına neden olmak” benzer bir düzenlemedir.²¹³ Sağlık durumu, mağdurun maddi ve manevi esenliğidir. Sıhhatin bozulması sadece hastalık halinde söz konusu olmayacaktır. Mevcut hastalığın tedavisinin zorlaştırılması halinde de sıhhatin bozulduğu kabul edilmelidir. Örneğin zatürre gibi önemli bir hastalığının bulunduğu bilinen astta, zorunluluk olmadığı halde kasten soğuk havada bina dışına nöbet yazılması, birliğin ortak kullanımına mahsus kılınan tuvalet veya banyoların temizliğinin yapılmadığı halde astlara buraların kasten kullanılması ve sonucunda bulaşıcı hastalık ortaya çıkması, astın sağlıklı bir uyku düzenine mani olacak şekilde sık aralıklarla nöbet yazılması, astın fiziki takatinin üzerinde²¹⁴ bir vazifenin icrası için emir verilmesi ve astın hastalanması hali²¹⁵ bu duruma örnek gösterilebilir.

Şüphesiz ki suçun konusu olan kişinin bedeni üzerinde doğrudan yaralama olmadan bile mağdurun vücut bütünlüğü ihlal edilebilir. Örnek olarak cinsel ilişki vasıtasıyla hastalık bulaştırılması hâli verilebilir. Bu bakımdan vücut bütünlüğünü bozan etkili hareketlerin yaralama kelimesi ile ifade edilmesinin doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Bu bağlamda doktrinde yaralama sözcüğü yerine “*müessir fiil*” veya “*etkili eylem*” kavramlarının kullanılması daha doğru olacağı değerlendirilmesi yapılmıştır.²¹⁶

Başkasının vücuduna acı verme, algılama yeteneğini ve sağlığı bozma kavramları 5237 sayılı TCK'da yaralama suçunun tanımını oluşturmaktadır. Bizim de katıldığımız

²⁰⁹ “Boğazı sıkma eyleminin TC. Yasasının 456/4. maddesine girdiği gözetilmeden tehdit suçunun ögesi sayılması... hükümlerin BOZULMASINA”, Yrg. 4. CD. T.15.3.1999, E.1999/1903, K.1999/2669, www.kazanci.com, Kazancı Karar Arama, ET:21.06.2023.

²¹⁰ Yrg. 1. CD. T.1.7.2014, E.2014/160, K.2014/3668, www.kazanci.com, Kazancı Karar Arama, ET:21.06.2023.

²¹¹ Yrg. 4. CD. T.15.2.2005, E.2003/11924, K.2005/1067, www.kazanci.com, Kazancı Karar Arama, ET:21.06.2023.

²¹² Yrg. 2. CD. T.15.7.2004, E.2004/13504, K.2004/13931, www.kazanci.com, Kazancı Karar Arama, ET:21.06.2023.

²¹³ DURAN, s. 247.

²¹⁴ “Ölenin ağır spor yapamaz raporu bulunmasına, bu husus sanığa bildirilmesine ve ölenin tıkanıp, koşamayacağını söylemesine karşın ceza olarak ağır spor yaptırmaya devam eden sanığın eylemi AsCK'nın 117 nci maddesinde tanımlanan suçu oluşturur.” As. Yrg. DK. T.19.10.2000, E.2000/115, K.2000/154; KOÇ, s. 617.

²¹⁵ ÖZBAKAN, s. 266.

²¹⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 74.

üzere doktrinde algılama yeteneğinin bozulması ifadesi yerine 765 sayılı TCK’da yer alan “akli melekelerde teşevvüş husule gelmesi”²¹⁷ ifadesinin kullanılmasının suç tipinde aranan maksadı daha iyi ifade edeceğini düşünmekteyiz.²¹⁸

Asker kişi, “yurduna ve milletine ettiği askerlik yemini altında bağlı, harp sanatını öğrenen ve uygulayan ve kanunlara, nizamla mutlak itaat eden” kişidir. Bu bakımdan kendisine kanunlar tarafından tevdi edilen bazı vazifeler diğer meslek gruplarında mevcut değildir. Kanun koyucu bu özel durumdan hareketle AsCK’nın 46/1 fıkrasında yer alan “Vazife ve hizmette şahsi tehlike korkusu cezayı hafifletmez.” amir hükmü ile asker kişinin korku duygusundan azade olacağını kabul etmiştir. Bu bağlamda verilen emrin şahsi korku oluşturduğu gerekçesiyle yapılmaması hali emre itaatsizlik suçunu oluşturacağı gibi amir tarafından asta verilen emrin, şahsında korku oluşturduğu (algılama yeteneğinin bozulması) iddiasında bulunulamayacaktır. Ancak tıbbi olarak bazı işleri yapmaktan memnu olması gereken askere kasten birtakım vazifelerin gördürülmesi halinde asta müessir fiil suçu oluşacaktır.²¹⁹

5. Tazip Maksadıyla Astın Hizmetini Lüzumsuz Yere Güçleştirmek

Tazip maksadıyla astın hizmetini lüzumsuz yere güçleştirmek; tazip, azap vermek, eziyet etmek, sıkıntıya sokma, üzme anlamına gelmektedir.²²⁰ Anılan hareket, TCK’nın 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçundaki davranış kuralının tarifine benzemektedir. Zaten tazip, eza, eziyet aynı kelime -incitmek- kökünden türemiştir.²²¹ Açıklanan seçimlik hareket ihtiva ettiği özellikler bakımından eziyet suçunda yer alan hareketin özelliklerini taşıdığı söylenilebilir.

Anılan seçimlik hareketten söz edebilmek için birtakım unsurların bir arada gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Tazip maksatlı eylemlerle birlikte somut olayın askeri hizmet sırasında cari olması esastır. Bu bakımdan askeri hizmetin tarif edilmesi seçimlik hareketin izahı bakımından önem arz etmektedir.

²¹⁷ Akli melekelerde teşevvüş hali, kişinin akli yeteneğinde meydana gelen bozulma, eksilme veya akli dengesinin kaybolması halidir.

²¹⁸ HAFİZOĞULLARI/ÖZEN, *Kişilere Karşı Suçlar*, s. 75.

²¹⁹ DURAN, s. 248.

²²⁰ <https://sozluk.gov.tr>, ET: 04.05.2022.

²²¹ <https://www.etimolojiturkce.com>, ET: 11.06.2023.

Askeri hizmet, özünde iki sacayağının bir araya gelerek oluşturduğu olgusal ve sonuç bağlanan bir tariftir. Bu saç ayağının birincisini, kanun ve nizamlar oluşturmaktadır. Asker için buradaki baş emir, TSK İç Hiz. Kanunu ve buna bağlı çıkarılan yönetmeliktir. Tali noktada ise bunlara bağlı çıkarılan sair düzenleyici mevzuat yer alır.

Saçın ikinci ayağı ise amir tarafından verilen emirlerdir. İşte bu noktada kanun ve nizamlarda tarifi yapılmayan hususlarda yetkili amir devreye girerek kanunlara ve nizamlara aykırı olmayan emirler vererek askeri hizmetin boş bırakılan alanını kendi mesleki tecrübesi ve inisiyatifıyla tesis ve idame edecektir. Hülasa, amirin çizeceği hukuki sınır, askeri hizmetin kapsam alanını ihtiva edecektir. Devamında ise kanunlarda tarif edilen veyahut amirler tarafından verilen vazifeler, askeri hizmet çarkının dişlilerini çalıştıracaktır.

Anılan seçimlik hareket aslında amirlik vazifesinin temel değerlerini ihlal etmektedir. Her amir, maiyetine; TSK İç Hiz. Yönetmeliği'nin 1. maddesi uyarınca Türk Silahlı Kuvvetleri'nde disiplinin yerleşmesi için katî bir itaat ve vicdanî sorumluluk hissederek doğru bir şekilde vazife yaptırmaya, vazifenin en küçük ayrıntısına kadar dikkatli ve istekli olunmasına sağlamaya, maiyetlerinin gönüllerinde vatan, cumhuriyet ve görev bilinci ve sorumluluğunu aşlamakla görevlidir. Amir ve maiyetinin karşılıklı saygı ve sevgi içinde bulunması, birbirlerine itimat beslemeleri tam ve sağlam disiplin için şarttır.

Yukarıda izah edilen tarif kapsamında somut olayın askeri hizmete müteallik olup olmadığı hususunun mahkemeler tarafından resen araştırılması gerekmektedir. Şayet somut olay askeri hizmet olarak değerlendirilse anılan seçimlik hareket yönünden asta müessir fiil suçu oluşacağı değerlendirilmesi yapılacaktır. Bu bağlamda, askerî hizmet kavramı niteliği itibariyle içerisinde nöbet, spor, savaş ve beden eğitimi, muharebe, terörle mücadele eğitimi gibi birçok faaliyeti barındırır. Bu faaliyetlerin etkin ve verimli yürütülmesi hem fiziksel hem de ruhsal açıdan tam bir vücut sağlığına ve fiziksel kondisyona ihtiyaç duyar. Eğer amir/üst tarafından kasten ve eziyet olsun diye askerî faaliyet zorlaştırılıyor ve bunun sonucunda ast madden veya manen sıkıntıya sevk ediliyor ise asta müessir fiil suçu oluşur. Bu durumda hizmet niteliği itibariyle keyfi ve kasten zorlaştırılmakta veyahut uygunsuz koşullarda icra ettirilmektedir. Eğitim veyahut verilen vazifenin askeri hizmetin gerekliliklerinin kaçınılmaz kılması halinde zorlaştırılması gerekmektedir.

Askerî Yargıtay önüne gelen bir dosyada, AsCK'nın 117. maddesinde yer alan tazip (eziyet etme) ederek astının hizmetini güçleştirme suçunun oluşması için; üst veya âmirin astına bir görevin yapılması emrini verdikten sonra görevin gereklerinden olmayan zorlaştırmacı ve eziyet sayılabilecek hareketleri bir kasıt altında yaptırması gerekir. Makul ve mantıklı bir sebep yok iken, herhangi bir ceza uygulanmasını ağırlaştırma, sporda çok yorma, rahatsız kişiye spor yaptırma gibi davranışlar bu kavram içinde değerlendirilmektedir, ifadesiyle tazip kavramını açıklamıştır.²²²

6. Astın Diğer Askerler Tarafından Tazip Edilmesi veya Suimuamelede Bulunulmasına Müsamaha Gösterilmesi

Astın diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha gösterilmesi; halinde fail diğer asker kişilerdir. Diğer asker kişiler mağdura göre ast veya üst konumunda olabilirler. Amir veya üst burada doğrudan fail durumunda değildir. Amir veya üst, İç Hizmet Kanunu md. 17 ve ilgili mevzuat kapsamında garantör durumdadır. Müdahale etme yetkisi mevcut iken sırf tazip veyahut kötü muameleye maruz kalması amacıyla mağduru eylemden korumamakta örtülü olarak eylemi desteklemektedir. Suç, hareketin yapılması noktasında kanunda özelleştirme yapılmadığından serbest hareketli bir suçtur.

Söz konusu seçimlik hareketin gerçekleşebilmesi için mağdurun diğer askerler tarafından tazip edilmesi yani maddi ortamda yansması olan fiziksel olarak mağdur üzerinde cismen eza veren bir eyleme ihtiyaç vardır. İşte bu noktada üst ve amirin kanuni olarak gözetim yükümlülüğü bulunduğundan dolayı izah edilen hareket, görünüşte ihmal suçu niteliğindedir.

Asta müessir fiil suçu, neticeli bir suç olması hasebiyle ihmal suretiyle işlenebileceğini değerlendirmekteyiz Müsamaha gösterilmesi hali, suçu ihmal suretiyle işlenebilen bir suç haline getirmektedir.

²²² “Olay günü Karakol Komutanı, odasından kalem kaybolması nedeniyle öleni suçlayarak hakaret etmiş, eğitimin yaptırılmasını sanığa devretmiştir. Ölenin ağır spor yapamaz raporu bulunmasına, bu konu sanığa bildirilmesine, hatta ölenin tıkanıldığını, koşamayacağını söylemesine karşın, ceza olarak ağır spor yaptırmaya devam etmesi, sanığın ölenin eğitimini veya disiplinini pekiştirmek amacıyla değil eziyet vermek kastıyla hareket ettiğini göstermektedir. Sanığın bu şekilde oluşan eylemi, yine As.C.K.nun 117/1 nci maddesinde cezai yaptırım altına alınan “astının sıhhatini bozacak eylemler” olarak da nitelendirilebilir.” As.Yrg.DK., 19.10.2000, 2000/155-154 sayılı kararı; DURAN, 249.

Suçun ihmal suretiyle işlenilmesi şeklinin bağımsız bir maddede düzenlenmesinin kanun yapma tekniği bakımından daha uygun olacağı, asta müessir fiil suçunu ihmali hareketle işlenebilmesi halinin suçun icrai hareketlerle işlenebileceğini düzenleyen madde içerisinde yer verilmesinin doğru olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü buradaki müessir fiili/kötü muameleyi yapan amir veya üst değildir. Kaldı ki madde başlığı olarak kanun koyucu “*astına müessir fiiller yapanların cezası*” ifadesini tercih etmiştir.

Asta müessir fiil suçunda astın diğer askerler tarafından tazip edilmesi veya suimuamelede bulunulmasına müsamaha gösterilmesi sonucu ortaya çıkan suçun unsurları, hareket ile dikkat ve özen yükümlülüğü bakımından TCK’nın 88’inci maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi haline benzemektedir. TCK’da ihmal suretiyle işlenen kasten yaralama suçlarında verilecek cezanın üçte ikisine kadar indirilebileceği düzenlenmiştir. Ancak AsCK’da suçun üst tarafından icrai veya ihmali şekilde işlenmesi bakımından bir fark görülmediğinden dolayı hareketin yapılış şekli faile verilecek ceza bakımından önem arz etmemektedir. Bununla birlikte tazip eden kişi ile üst arasında amirlik ilişkisinin mevcudiyeti halinde AsCK’nın 145.²²³ maddesi ile AsCK’nın 117. maddesinde düzenlenen suçlar arasında fikri içtima hükümleri yönünden değerlendirme yapılacaktır.²²⁴

Asta müessir fiil suçunda genelde fail, mağdurun amiri veya üstüdür. Ayrıca suçun işlenmesi bakımından karakol görevlileri, nöbetçiler ve devriyeler de üst gibi cezalandırılmaktadır.²²⁵ Diğer askerler tarafından müsamaha göstererek tazip edilmesi halinde fail diğer asker kişilerdir. Amir veya üst burada garantör durumdadır. Somut olaya göre diğer asker kişiler hukuki statülerine göre üste fiilen taarruz, asta müessir fiil veya genel hükümlere göre sorumlu olacaklardır.

²²³ AsCK md. 145 “... veya bu fiiller hakkında kasten kanuni takibatta bulunmayan mafevk kısa hapis ile veya altı aya kadar hapis ile cezalandırılır.”

²²⁴ ÖZBAKAN, s. 266.

²²⁵ AsCK md. 120.

C. Netice

Netice, icra edilen hareketin dış dünyadaki yansımasıdır.²²⁶ Yapılan tanım üzerine, hareketten sonra gelen algılanabilen değişikliktir. Bu bağlamda netice; fizyolojik, fiziki, mameleki veya psikolojik olabilir. Ancak burada neticeye anlam yükleyen tipik değişikliktir.²²⁷

Netice, suçun oluşması bakımından her zaman için zorunlu bir unsur değildir. Hareketin icra edilmesi suçun oluşması açısından yeterlidir. Bu tür suçlara örnek olarak TCK md. 116'da düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçu verilebilir. Doktrinde bu tür suçlara şekli veya neticesiz suçlar denilmektedir.²²⁸ Doktrinde neticesiz suçları, neticesi harekete bitişik suçlar şeklinde ifade eden yazarlar da mevcuttur. Normatif anlayıştaki yazarlara göre her suçta bir netice bulunmak zorundadır. Gerçek ihmali suçlarda dahi netice ile hareket arasında nedensellik bağının mevcut olduğunu belirtmişlerdir.²²⁹

Neticeli veya maddi suçlar, dış dünyada hareketten zamansal olarak ayrılabilen ve hareketten sonra ortaya çıkan sonuçtur. Bu tür suçlarda hareket ile netice arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Bazı suç tiplerinde netice suçun konusu olan insan/şey üzerinde hareketin bıraktığı etkilerdir.²³⁰ Asta müessir fiil suçunun konusu, özünde insanın maddi ve manevi vücut bütünlüğüdür. Bu suçta hareketinin suçun konusu üzerindeki etkisi neticeyi tayin etmektedir.

TCK'da netice ile hareket arasındaki olgusal bağı (*objektif isnadiyet*) düzenleyen genel hüküm niteliğinde bir madde yoktur.²³¹ Neticeli suçlarda, failin hareketi ile neticeyi bağlayan olgusal bağın tespiti önemlidir. Şekli suçlarda ortaya netice çıkmadığından dolayı hareket ile netice arasında bağ aranmamaktadır. Şekli suçlarda kanunda gösterilen hareketin yapılması halinde suç meydana gelecektir. Neticeli suçlarda nedensellik bağının

²²⁶ ÖZGENÇ, s. 193.

²²⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 192.

²²⁸ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 598; KOCA Mahmut, ÜZÜLMEZ İlhan, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 82.

²²⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, s. 276; DEMİRBAŞ, s. 264; DÖNMEZER Sulhi, ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt:1, İstanbul, Der Yayınları, 2016, s. 516 vd.

²³⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 131.

²³¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 194.

tespiti faili eylemden sorumlu tutabilmek için şarttır. Diğer türlü hareket ve netice arasında bağ kurulamadığından kişi cezalandırılmayacaktır.²³²

Yukarıda izah edildiği üzere, her suçta netice ve nedensellik bağı bulunmayabilir. Ancak hareket, yani failinin dış dünyada yarattığı icrai veya ihmali amaçsallık kapsamında fiilinin içinde bulunması gereken bir unsurdur.²³³ Asta müessir fiil suçu neticeli (*maddi*) bir suçtur. Neticeli suçlarda neticenin sayısı fiilin sayısını tespit etmekte ve suç sayısı ortaya çıkmaktadır. Netice, hareket ve nedensellik bağı özellikleri itibariyle ayrı ayrı asta müessir fiil suçunda mevcuttur. Netice sonucunda zarar meydana gelmektedir. Asta müessir fiil suçu, özü itibariyle bir zarar suçudur.²³⁴ Yapılan hareket sonucunda Kanun'da belirtilen “*katil kastı olmaksızın bir kimseye cismen eza verme veya sıhhatini bozma yahut aklı melekelerinin bulanıklaşmasına sebep olma*” neticelerinden birisinin gerçekleşmesi halinde suç tekâmül etmiş sayılacaktır.

D. Nedensellik

Özellikle neticeli suçlarda nedensellik bağı önem kazanmaktadır. Failin yapmış olduğu hareket ile ortaya çıkan netice arasında bağlantı oluşturabilme ve neticeye hareketin neden olduğunu söyleme işi illiyet (*nedensellik*) bağı ile alakalıdır. Yapılan hareket ile ortaya çıkan netice arasındaki bağ bir nevi dış dünyadaki etki-tepki meselesinin yansımasıdır. Netice ile hareket arasında yer alan nedensellik bağı münhasıran cezalandırma için yeterli değildir. Ayrıca failin yapmış olduğu davranıştan sorumlu tutulabilmesi gerekir.

Asta müessir fiil suçunun temel hali bakımından nedensellik bağı ayrı bir özellik taşımamaktadır. Bu nedenle üst tarafından asta cismen eza verecek nitelikteki hareketler veya astın sıhhatini bozacak nitelikte hareketlerin yapılması halinde nedensellik bağının bulunduğu kabul edilir. Ancak netice, hareketten önce veya sonradan ortaya çıkan istisnai hallerin gerçekleşmiş olması halinde ortaya çıkmış ise nedensellik bağının bulunmadığı, bağın rastlantısal olduğu veya hukuki nedensellik bağının kesildiği söylenilebilir.²³⁵

²³² DEMİRBAŞ, s. 271.

²³³ MEŞİNCİ, s. 52.

²³⁴ KANGAL, s. 103.

²³⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 198.

III. Hukuka Aykırılık

A. İhlal

Herhangi bir hukuki değeri korumayan dolayısıyla içinde ihlal unsurunu taşımayan suç yoktur. Bu bakımdan suç, içerisinde ceza normu ihlali taşıyan beşerî bir davranıştır. Dolayısıyla ihlâlsiz suç olmaz.²³⁶

Ceza kuralları kanun yapıcı tarafından belirlenir. Sosyal yaşam içerisinde ceza hukuku son çare olarak uygulanmalı ve cezalar kanuni olmalıdır. Ceza kurallarının kanuni olması hususu muasır medeniyetlerde temel kurallardan biridir. Suç, ceza hukuku kurallarıyla korunan hukuki değer ihlal edilmesi sonucunda uygulanan yaptırımdır. Bu bağlamda meşru ceza yasalarına aykırı davranışlar aynı zamanda kanunun varlık sebebi olan hukuk düzenine de aykırılık anlamına gelecektir. Ortaya çıkan fiil ile hukuk düzeni arasındaki çatışma haline hukuka aykırılık denilecektir. İşte bu noktada suçun hukuka aykırılık unsurunun değerlendirilmesi gerekmektedir.²³⁷

Hukuka aykırılık kavramının nazari olarak tespitiyle birlikte; suç ile ihlal edilen hukuki değer yani suçun konusunun tespiti, hukuki değer sahibi/hamili ve ihlalin doğrudan muhatabı olan gerçek şahıs/shahısların dermeyer edilmesi yani mağdurun, cürüm fiili ile menfaati etkilenen kişilerin yani zarar görenlerin, suçun madden üzerinde etkilerini gösterdiği varlığın yani suçun maddi konusu ve son olarak yasaklanan davranışın belli koşullarda yapılmasına izin verilip verilmediğinin yani hukuka uygunluk nedenlerinin tespiti gerekecektir.

Belirtmek gerekir ki siyasal sistem, suç ve cezalar ile hukuki değer ve menfaatleri korumak istemektedir. Bu çabanın toplumsal yaşamın güven ve huzur içinde olmasına olumlu bir etkisi olur. Siyasal yapı tarafından toplumsal düzeni bozan her eylem müeyyideye tabi tutulmayacak toplumu bir arada tutan değerlere, kişisel haklara ve özel değerlere saldırılar öncelikli olarak korunacaktır.²³⁸ Örneğin bir kişi babasının kendisine söylemiş olduğu bir isteği yerine getirmese aile içinde en fazla kınanabilecekken aynı kişi askerlik vazifesi altındayken komutanı tarafından verilen vazifeyi reddetmesi emre

²³⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 210.

²³⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 211.

²³⁸ DÜLGER, Murat Volkan, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 257.

itaatsizlikte ısrar suçunu oluşturacaktır. İşte burada milli güvenlik, askerlik mesleği ve emir komuta zinciri, korunması gereken değerler olduğundan dolayı ihlali halinde cezalandırılacaktır.

Ceza normunun geçerliliği hukuk düzleminde varlık kazanmış olmasına bağlıdır. Suç dediğimiz kavram beşerî bir davranışa yüklenen değersel hükmün ürünüdür. Doktrinde, korunan hukuki değer bakımından muayyen veya gayri muayyen (*salt/amaç*) suçlar şeklinde ikili bir tasnif mevcuttur. Gayri muayyen suçlarda suçun hukuki konusu değil salt o hareketin suç sayılması amaçlanmaktadır. Kumar, dilencilik gibi hukuki değeri muayyen suçlar bu niteliktedir.²³⁹

B. Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hukuka aykırılık, yapılan hareketin hukuk kuralları ile çatışması halidir. Doğal olarak hukuka aykırı hareket, hukuk düzeni tarafından öngörülen yaptırıma tabi tutulur. Eylemin cezalandırılabilmesi için suç tipine uygun, manevi unsuru sübut etmiş aynı zamanda haksızlık içermesi lazım gelmektedir. Hukuka uygunluk nedenleri ise tipe uygun fiildeki haksızlık olgusunu ortadan kaldıran sebeplerdir.²⁴⁰ AsCK 44. maddesinin yollaması itibarıyla TCK’da düzenlenen hukuka uygunluk sebepleri askerî suçlar bakımından da uygulanabilir.²⁴¹

Hukuka uygunluk nedenleri failin hukuka uygunluk nedenlerinin varlığını idrak etmesine bağlı değildir.²⁴² Hatta failin hukuka sadakat bilinciyle hareket etmesine bile gerek yoktur. Bu bakımdan asta müessir fiil suçunda hukuka uygunluk nedenleri varsa ve suçu soruşturan cumhuriyet başsavcılığı tarafından açıkça bu durum tespit edilmiş ise kovuşturmaya yer yok kararı verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Ancak kovuşturma sırasında hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti tespit edilmiş ise sanık hakkında beraat kararı verilmelidir.²⁴³

²³⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 223 vd.

²⁴⁰ Hukuka uygunluk sebepleri TCK’da sınırlı sayıda düzenlenmemiştir. TCK’nın dışında da hukuka uygunluk sebepleri olabilir. Bugün hukuk düzeni tarafından hukuka uygunluk sebebi sayılmayan bir durum zaman içerisinde hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilebilir.

²⁴¹ AsCK md. 44.

²⁴² GÖKTÜRK, Neslihan, “Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir”, *Ceza Hukuku Dergisi*, C. 10, S. 27, s. 12-15; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, s. 229.

²⁴³ CMK md. 223.

Asta müessir fiil suçunda; TCK’da yer alan hukuka uygunluk sebepleri ile tıbbi müdahaleler, spor hakkının icrası gibi uygunluk sebepleri somut olaya göre varlık gösterebilir.²⁴⁴ Örneğin askeri operasyon sırasında yaralanan astının yarasına müdahale ederken astının canını yakan sağlıklı astsubayın fiili, asta müessir fiil suçunu oluşturmaz. Ya da askerler arasında icra edilen halı saha maçı turnuvası sırasında kasten yaralama maksadıyla tekme atılmadıysa maç esnasında astın sakatlanması halinde asta müessir fiil suçu oluşmaz.

1. Kanunun Emrinin Yerine Getirilmesi

Asta müessir fiil suçunda kanunun emrini yerine getirilmesi (*görevin ifası*) hukuka uygunluk nedeni somut olaya göre uygulanabilir.

Bilindiği üzere, TCK’nın md. 24/1 fıkrası kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk halini düzenlemektedir. Kanaatimizce söz konusu fıkranın yazılmasına dahi gerek yoktu. Çünkü kanuni bir hükümle bir kişiye görev verirken yine kanunu uyguladığı için kişinin cezalandırılması abesle iştigal olacaktır. Örneğin, suçüstü halinde yakalama yaparak derhal yetkili mercilere haber veren kişinin fiili, hürriyetten yoksun bırakma suçunu oluşturmayacaktır.

Kişinin bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için kanun gereği o hükmün muhatabı olması gerekmektedir. Diğer türlü kendisine tanınmamış yetkinin kullanılması hali oluşacaktır. Doktrinde, TCK’da yer alan “*kanunun hükmü*” ifadesinden sadece kanunların değil aynı zamanda idarenin ajanının uymakla yükümlü olduğu yönetmelik ve genelgelerinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.²⁴⁵

TSK’nın temel vazifelerini düzenleyen 211 sayılı İç Hiz. Kanunu’nun 2. maddesine göre askerlik “*harp sanatını öğrenmek ve yapmak mükellefiyetidir*”. Bu bakımdan askeri bir birliğin hazarda temel vazifesi; harbe hazırlık ve bu yönde icra edilecek eğitim, tatbikat ve manevraların icrasıdır. Örneğin bölük astsubayının emir komutasında sabah icra edilen spor faaliyetinde bölük personelinden bir tanesinin engelli parkurundan geçerken İtalyan çukuruna atladığı sırada ayağını kırkması hadisesi, asta müessir fiil suçunu

²⁴⁴ DURAN, s. 258.

²⁴⁵ HAFIZOĞLU/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 231.

oluşturmayacaktır. Bölük astsubayı tarafından astının parkuru tamamlaması için verdiği “atla” emri askeri hizmetin gereği olup kanunen TSK’ya verilen vazifeleri yapmak için askeri personelin harbe bedenen hazır tutulması gerekliliği halidir.

Öte yandan, AsCK’nın 119/2. fıkrasında şartların oluşması halinde üst tarafından astına silah kullanılması hali, kanunun emri hukuka uygunluk halinin özel bir şekli olarak düzenlenmiştir. Fıkra hükmü incelendiğinde kanun koyucu, askerlikte hata yapılması halinde ölümle sonuçlanacak veya askeri birliğin bekasını kaçınılmaz olarak olumsuz etkileyecek birtakım faaliyetlerde üste, astına karşı silah kullanma yetkisi tanımıştır. Birinci fıkranın aksine mübrem durumlar tadadî olarak belirtilmiştir. Bunlar; harp veya eşkıya ile girilen çatışma hali, isyan, askerî harekât, suçlu takibi gibi vazifeler olarak gösterilmiştir.

İkinci fıkrada hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlenen silah kullanma yetkisi sadece subaylara tanınmış bir yetkidir. Bu bakımdan astsubay, uzman ve yükümlü personel bu fıkra kapsamında astına karşı silah kullanma hakkına haiz değildir.

Silah kullanma vaziyeti sınırlı durumlar için hukuka uygunluk sebebidir. Mübrem durumlar mevcut iken; acil ve zaruriyet halinin bulunması, astın itaatsizliği ve bu itaatsizliğin o an başka surette kırılamayacak olması halinde “son çare” olarak orantılı bir şekilde asta karşı silah tatbik edilebilir. Örneğin, bölücü terörle mücadele kapsamında icra edilen askerî harekât sırasında ateş emrine karşı gelen astın kompozit başlığına subayın silah dipçigiyle vurması olayında AsCK 119/2 fıkrası kapsamında haksızlık unsuru bulunmamaktadır. Ya da bir yere toplanmak suretiyle askerî isyanın cereyan ettiği bir birlikte isyancıları dağıtmak maksadıyla bölük komutanı tarafından isyanın elebaşısına sert bir cisimle vurulması durumunda söz konusu fiil hukuka uygun hale gelecektir.

2. Yetkili Mercinin Emrini Yerine Getirme

Kamu hizmetinin sürdürülmesi ve Anayasanın 5. maddesinde ifade edilen devletin temel amaç ve görevlerinin yerine getirilebilmesi için kamu kuruluşları teşkilatlandırılmış ve kendine özgü kuralları olan personel rejimi ihdas edilmiştir. Personel rejiminde öne çıkan temel kavramlar amir, memur ve emir kavramlarıdır. Kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında personeli hukuken korumak maksadıyla TCK’nın 24/2. maddesinde

görev icabı yapılması zorunlu olan ve yetki sahibi merci tarafından verilen bir emrin ifasından dolayı memurun sorumlu tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu durum hiyerarşi ilkesinin ceza hukukuna bir yansımasıdır. Başta Silahlı Kuvvetler dahil olmak devletin bütün teşkilatında hâkim olan ve kaynağını idare hukukundan alan yönetsel ilke, hiyerarşi ilkesidir.

Hiyerarşi ilkesi özünde astın üste bağılılığıdır. Bu bağılılık, yetkili amir tarafından verilen emir ve direktifler dairesinde icra edilir. İşte bu noktada yetkili merci tarafından verilen emir hukuka uygunluk nedeni kabul edilecektir.²⁴⁶

Ancak burada yetkili merci tarafından verilen emrin açıkça suç olmaması gerekmemektedir. Aksi taktirde emri ifa eden astın sorumluluğu doğacaktır. Belirtmek gerekir ki izah edilen hukuka uygunluk sebebi verilen hukuka aykırı emri hukuka uygun hale getirmemekte emri usulüne uygun icra eden kamu personelinin eylemini hukuka uygun addetmektedir.²⁴⁷

Doktrinde, yetkili mercii ibaresinin idari hukuktan kaynaklandığı, amir-emir-memur ilişkisinin kamusal sektör kapsamında değerlendirilemeyeceği, özel hukuk kapsamında iş gören yerlerde, işveren tarafından verilen görevlerin emir olarak algılanmayacağı ve işçinin suç işlemesi halinde izah edilen bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacağı belirtilmiştir.²⁴⁸

Daha önce bahsettiğimiz üzere askerliğin temeli amire itaattir. Komutan tarafından verilen emir ast tarafından uygulanmak zorundadır. Emir; yazılı, sözlü veya sair surette verilebilir. Verilen emri değiştirmek, eksik veyahut fazla yapmak asker kişi için disiplin cezası iken emri hiç yapmamak, emrin tekrar edilmesine rağmen yapılmaması veyahut emrin açıkça reddedilmesi sırf askeri suç olan “*emre itaatsizlikte ısrar*” suçunu oluşturur. Görüldüğü üzere asker kişi verilen emri ifa etmek zorundadır.

²⁴⁶ DÜLGER, s. 547.

²⁴⁷ HAFIZOĞLU/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 232; DEMİRBAŞ, s. 300; Aksi yönde, amirin emrini ifa etme zorunluluğu failin iradesi üzerinde etkili olduğundan bu durumun bir mazeret sebebi oluşturduğu, kusurun bulunmaması nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecek haller arasına bağlayıcı emrin yerine getirilmesi (CMK md. 223/3-b) halinin eklendiğinden hareketle anılan hususunun hukuka uygunluk nedeni olmadığı yönünde, Bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. *Genel Hükümler*, s. 395.

²⁴⁸ DÜLGER, s. 547.

Kanun koyucu verilen emrin suç olması halinde emri ifa eden asta kurtuluş yolu da göstermiştir. TCK'nın 24. maddesinin 4. fıkrasına göre astın verilen emrin hukuka uygunluk denetlemesini yapmasının kanun tarafından müsaade edilmediği hallerde emri ifa eden asta ceza verilemeyecektir. Ayrıca asker kişiye emir hizmete müteallik verilmişse ve verildiği anda emrin suç olduğu bilinmiyorsa emri ifa eden asta AsCK 41. maddesi uyarınca ceza verilemez. Ancak ast tarafından hizmete müteallik emrin aslında konusunun suç olduğunun anlaşılması üzerine ast emri ifa etmeye devam ederse ortaya çıkan suçtan dolayı fail sıfatıyla sorumluluğu doğacaktır.

Örneğin, devriye görevi verilen askeri bir unsurun arazide yapmış olduğu arama ve tarama sırasında, karşı tepede şüpheli ve silah taşıyan bir grup insanı silahlı eşkıya sanması halinde, unsur komutanı tarafından yapılan uyarılara rağmen silahlarını bırakmayan gruba karşı kendi unsuruna “ateş” emri verdiği meselede söz konusu grubun sonradan dost unsuru olduğu ve aralarında yaralananların olduğu anlaşılırsa, unsur komutanı tarafından verilen emir kapsamında silahını ateşleyerek dost grup içerisindeki astını yaralayan kişi, asta müessir fiil suçu kapsamında cezalandırılmaz. Çünkü yetkili merci tarafından verilen kanunen bağlayıcı bir emir olması hasebiyle ilgili kişi cezalandırılmayacaktır.

3. Meşru Savunma

TCK'nın 25. maddesinde unsurları düzenlenen meşru savunma, (müdahale) haksız saldırılara karşı kendisini veyahut üçüncü kişileri müdafaa etmeyi sağlayan bir hukuka uygunluk sebebidir.²⁴⁹ Haksızlığı önlemek ve adaleti sağlama noktasında gerekli koşullarda hakkın muhatabı tarafından korunmasının mübah kılınması halidir. Yoksa hukuk düzeni tarafından verilen yetki öç, intikam alma yetkisi değildir. Kolluk ve yargının olmadığı o “andaki” boşluğu doldurur.²⁵⁰ Meşru savunma ile dış dünyada görünüş itibarıyla bir suç oluşur. Ancak bu suç o an ki tecavüzü önlemeye yöneliktir.²⁵¹

Meşru savunma hukuka uygunluk nedeni olarak Anayasa'nın 17. maddesinde düzenlenmiştir. Yalnızca öldürme eylemlerine ilişkin maddede düzenlenmesi meşru

²⁴⁹ Meşru savunma yapan kişiye ceza verilmemesi noktasında birbirinden ayrılan iki farklı yaklaşım söz konusudur. Birinci görüşe göre meşru savunma hukuka uygunluk sebebi oluşturmakta diğer görüşe göre meşru savunma yapan kişinin fiili kusurluğunu etkilemekte ve kendisi açısından mazeret sebebi olmaktadır. Bkz. EREM, Faruk, Genel Hükümler II, Ankara, AÜHFY, 1984, s. 24, 25.

²⁵⁰ DEMİRBAŞ, s. 311-314.

²⁵¹ ÖZGENÇ, s. 358.

savunmanın yalnızca bu tür eylemlere karşı korunacağı şeklinde anlaşılabilir noktasında eleştirilmiştir. Meşru savunmanın bütün kişilik hakları yönünden meşru bir hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiştir.²⁵²

Yapılan fiilin meşru savunma kapsamında cezalandırılmaması için birtakım özellikleri taşıması gerekmektedir. Öncelikle insan davranışı olan bir saldırının hukuken korunan bir değere yönelmiş olması gerekmektedir. Haksız saldırının illaki suça sebebiyet vermesi gerekmez, hukuka aykırı olması yeterli kabul edilmektedir.²⁵³ Saldırının icrai veya ihmali olmasının veyahut kasten veya taksirle işlenmesinin de önemi yoktur.²⁵⁴ Meşru savunma yapabilmek için meşru savunma ile karşı koyulacak hareketin hukuka aykırı olması yeterlidir. Yoksa failin cezalandırılmaması önemli değildir. Bir bakan ya da milletvekilinin haksız eylemine karşı meşru savunma yapılabilir.

Meşru savunmaya karşı meşru savunma yapma hali mümkün değildir. Kişi yapmış olduğu haksız fiil ile karşıdaki kişiyi yasal savunma haline koymuşsa kendisinin karşı tarafından hareketine karşı yapacağı eylemlerin hukuka uygunluk nedeni olamaz. İki taraftan hangisinin daha önce haksız fiil hareketine başladığı tespit edilemiyorsa iki taraf da meşru savunma hükümlerinden yararlandırılmaz.²⁵⁵

765 sayılı TCK'dan farklı olarak meşru savunmanın kişilik haklarına yönelmiş olması şartı yeni TCK'da esnetilmiştir. Bu bakımdan haksız saldırının bir hakka yönelmiş olması yeterlidir. Hakkın maddi manevi bir değere veyahut kişilik hakları ile fikri haklara ait olmasının bir önemi veya önceliği yoktur.²⁵⁶ Saldırının insan dışında bir canlıdan gelmesi halinde meşru savunma şartları oluşmaz. Hayvanın bir insan tarafından yönlendirilmesi hali meşru savunma kapsamındadır.²⁵⁷ Saldırının akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü nedeniyle kusur yeteneği olduğu söylenemese bile bu kişilerin fiillerine karşı meşru savunma yapılabilir.²⁵⁸

²⁵² DÜLGER, s. 549.

²⁵³ DEMİRBAŞ, s. 314.

²⁵⁴ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 280.

²⁵⁵ ÖZEN, Muharrem, Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1995, s. 91 vd.

²⁵⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 281.

²⁵⁷ DÜLGER, s. 550.

²⁵⁸ ÖZEN, s. 92.

Kişinin kendisinin veya bir başkasının hakkına yönelmiş saldırının maddi olarak dış dünyada sezilir olması gerekmektedir. Şifahi olarak saldırı yapılacağına bildirilmesi halinde mevcut bir saldırı durumundan bahsedilemez. Bu durumda meşru müdahalenin şartlarının oluşmadığı kabul edilir.²⁵⁹

Bir diğer unsur ise haksız saldırının o an için cari, gerçekleşmesi veya tekrarının muhakkak olması gerekmektedir. Hukuk düzeninin izin verdiği haksız fiilden kaçınma hareketlerinin o an ki saldırı ile eş zamanlı²⁶⁰ vaki olmalıdır.²⁶¹ Meşru savunma yapan kişinin saldırıyı def etmek yerine kaçma yükümlülüğü yoktur.²⁶² Somut olayda failin kaçması için zaman ya da imkân var mıdır araştırması yapılmayacaktır.

Meşru savunma hareketleri ile haksız saldırı hareketleri birbiri ile orantılı olmalıdır. Burada kast edilen orantı savunmada kullanılacak araç ve muhtel olan hakka karşılık haksız saldıranın sahip olduğu hakkın orantılı olmasıdır.²⁶³ Yani savunma, saldırıyı def etmek etkili ve orantılı hareketler ile yapılmalıdır.²⁶⁴

Saldırı, saldırıya uğrayan kişinin haksız tahrik niteliğindeki hareketleri ile kendisinin tahrik etmesi neticesinde oluşmuş olması savunma yapma hakkını ortadan kaldırmaz.²⁶⁵ Ancak böyle bir olayda somut vakıanın araştırılması ve haksız saldırıyı yapan kişinin kasten bu hareketi yaparak kendisine saldırı yapılması için şartları hazırladığı anlaşılırsa meşru savunma şartlarının oluşmadığını kabul etmek gerekir.²⁶⁶ Kimse hukuken kendisine tanınan hakkı kötüye kullanamaz. Kullanması halinde hukuk düzen tarafından korunmaz.

AsCK'nın "Mafevkin Cürüm Sayılmayacak Fiilleri" başlıklı 119. maddesinde özel hukuka uygunluk sebepleri zikredilmektedir. Bu maddede yer alan hukuka uygunluk sebepleri "meşru savunma" ve "zorunluluk" haline benzese de kanun koyucu askerî hizmetin niteliği itibarıyla özel bir düzenleme yapmıştır.

²⁵⁹ DEMİRBAŞ, s. 318.

²⁶⁰ "Saldırının halen varlığını geniş manada anlamak ve başlayacağı artık muhakkak olan bir saldırıyı başlamış, keza bitmiş olmasına rağmen tekrarından korkulan bir saldırıyı da henüz sona ermemiş saymak zorunludur." Yrg. CGK. T.27.05.1991, E.1991/1-145, K.1991/172, www.kazanci.com.tr, ET: 19.07.2023.

²⁶¹ HAFIZOĞLU/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 237.

²⁶² DÜLGER, s. 556.

²⁶³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Genel Hükümler*, s. 321.

²⁶⁴ DEMİRBAŞ, s. 320.

²⁶⁵ ÖZGENÇ, s. 362; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 282; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Genel Hükümler*, s. 314.

²⁶⁶ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 282.

Meşru savunmanın özel bir şekli olarak birinci fıkrada belirtilen durumda; halihazırda ast tarafından icra edilen bir fiili taarruz söz konusu olmalıdır.²⁶⁷ Fiili taarruz eylemi, ast tarafından haksız olarak başlanılmış ve devam ettiriliyor olması gerekmektedir.²⁶⁸ Astın herhangi bir hukuka uygunluk sebebinden yararlanmıyor olması gerekmektedir. Her ne kadar ölçülülük, orantılılık gibi koşullara yer verilmese de eylemin, AsCK'nın 44. maddesinin atfı nedeniyle meşru müdahalenin²⁶⁹ temel özelliklerini karşılıyor olması gerekmektedir. Kanun koyucu meşru savunma halini AsCK'da özel olarak belirtme ihtiyacı duymuştur.²⁷⁰

Mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinde asta müessir fiil uygulanması, “meşru savunma” hukuka uygunluk nedeni muhavesinde askeri hizmete mahsus hukuka uygunluk sebebidir. Bu kapsamda yapılan fiiller makam ve memuriyet nufuzunu suistimal anlamına gelmeyecektir.

Kişisel hakların ihlaline sebebiyet verecek nitelikte asta müdahale yetkisi veren bu hukuka uygunluk nedeninin koşullarının sınırları ile birlikte izah edilmemesi, kanunilik ilkesinin neticesi olarak ortaya çıkan belirlilik ilkesine aykırılık oluşturduğu değerlendirilmektedir. Ancak askeri hizmetin sınırlarının tam ve kazuistik olarak tespit edilebilmesinin imkânsız olmasından dolayı böyle bir hükmün anlaşılabilir gerekçelerle ihdas edildiği ortadadır. Kanun koyucu askeri menfaatler ile yurt savunmasını, acil ve zorunlu hallerde birey hakkının önüne koymuştur.

Son kertede, md. 119/1 fıkrası kapsamında hukuka uygunluk nedeni iddialarında mahkemeler tarafından keyfî kararlar verilmemesi için objektif koşullarının ortaya koyulması gerekmektedir. Mahkemeler verecekleri kararlar ile suç ve ceza ihdas etmeyecek somut vakanın koşul vakıa ile uyumlu olup olmadığı noktasında değerlendirme yapacaklardır.

²⁶⁷ “Sanığın vaki müessir fiilin, astının ani olarak üstüne saldırması üzerine icra edilmiş olduğu anlaşılacakla As. C.K.nun 119/1. maddesi kapsamında kaldığı cihetle...” As. Yrg. 3.D. T.6.7.1965 E.1965/572, K.1965/568; GÜLSEREN, *Askeri Ceza Hukukunda Müessir Fiil Suçları*, s. 160.

²⁶⁸ As. Yrg. DK. T.22.1.2004, E.2004/31, K.2004/15; KOÇ, s. 630.

²⁶⁹ ERMAN, s. 185.

²⁷⁰ KANGAL, s. 123.

Üst ya da amir tarafından yapılan müessir fiilin hukuka uygunluk sebebinden yararlanılabilmesi için; somut olayda mübrem yani gerekli, kaçınılmaz olması, müstacel yani acil yapılması gereken bir durum ile bir zaruriyet ve tehlike durumunun varlığı halinde verilen emirlere itaat ettirmek için müessir fiilin işlenilmesi gerekmektedir.

Asta emir vermeye yetkili iki statü mevcuttur. Birincisi amiridir. Diğer statü ise TSK İç Hiz. K.'nun 23 ve 24. maddesindeki şartlar oluşmuş ise üst tarafından asta emir verilebilir. Emre ilişkin detaylar daha önce izah edildiğinden burada tekrar bahsedilmeyecektir. Mübrem ve müstacel bir zaruret ve tehlike halinin varlığı için; üst tarafından verilmiş bir emrin bulunması, ast tarafından bu emre karşı itaatsizlik gösterilmesi, söz konusu emir ifa edilmediği takdirde ivedi bir zaruri halin veyahut tehlikesinin mevcut olması gerekmektedir.²⁷¹

Üstün maksadı verdiği emre itaatin sağlanması maksadıyla sınırlıdır. Maksadın aşılması müessir fiili hukuka aykırı hale getirir. Fail, itaat sağlama sınırlarını kasten aşmamışsa somut olaya göre AsCK 117 veya 118. maddelerinde düzenlenen suç ve nitelikli halleri ortaya çıkar. Bu noktada fail olan üstün hareketi TCK md. 27/1 fıkrasına göre değerlendirilecektir. Ortaya çıkan suçun taksirli hali cezalandırılıyorsa fail bu suçtan sorumlu tutulmalıdır.²⁷²

Anılan hukuka uygunluk nedeninden failin yararlanabilesi için astın emre karşı gelmesi ve emrin ifa edilmesinde beklenen askeri yararın en azından mübrem ve müstacel tehlikeyi önlemeye yönelik olması gerekmektedir. Emri ifa eden asta karşı somut olayda ne kadar mübrem ve müstacel hal olsa da müessir fiil ika edilmez. Yani müstacel ve mübrem durumunda verilen emir söz konusu tehlikeli durumun önlenmesine veya tedbir alınmasına yönelik değilse asta müessir fiil uygulanamaz. Bu nedenle her somut olayda emir kavramının varlığı araştırılmalı ve mübrem ve müstacel durum ortaya koyulabilmelidir.²⁷³

²⁷¹ “Araç komutanı olarak görevli bulunan sanığın, sarhoşluğu nedeniyle iradesine hâkim olamayan ve tehlikeli suretle araç kullanan şoför mağdur ere, direksiyonu diğer şoföre bırakmasını emrettiği halde bu emre uymaması üzerine müessir fiil ika etmesi olayında (Müstacel bir zaruret ve tehlike hali) bulunması sebebiyle As. C.K.nun 119/2. maddesinde yer alan şartlara tamamen tetabuk ettiği cihetle...” As.Yrg. DK. T.6.2.1970, E.1970/6, K.1970/5. ÖZBAKAN, s. 252.

²⁷² DEMİRAG, s. 386.

²⁷³ “Sanığın, disiplinsiz hareketlerden bulunmakla birlikte fiili bir taarruzu bulunmayan mağdur hakkında, disiplin işlemi için yasal işlem başlatılmasını sağlamak yerine mağduru omzundan tutarak silkelediği; olayda acil, zaruri ve tehlike hâli bulunmadığı dolayısıyla, AsCK 119’uncu maddesindeki şartların gerçekleşmemesi

Örneğin arama ve tarama faaliyetleri kapsamında bölücü terör örgütü ile girilen çatışmada yaralanan arkadaşının silah ve sırt çantasını taşıma emrini reddeden asta karşı üst tarafından ika edilen basit müessir fiiller hukuka uygun kabul edilebilir.

4. Zorunluluk Hali

Kişinin bilerek sebep olmadığı, kendisinin veya başkasının hamisi bulunduğu bir hakka yönelmiş ağır ve kati bir tehlikeyi savuşturmak için yapmış olduğu eylemlerdir. Zorunluluk hali, TCK'nın md. 25/2 fıkrasında *“gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.”* şeklinde düzenlenmiştir.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte zorunluluk (*ıztırar*) hali bir hukuka uygunluk nedenidir.²⁷⁴ Hukuka uygunluk nedeni olarak görmeyen görüşe göre zorunluluk hali, bir kusur mazereti olarak zikredilmektedir.²⁷⁵ Yargıtay'ın zorunluluk haline yönelik görüşü kusur mazereti olduğu yönündedir.²⁷⁶ Bu noktada TCK'nın 25. maddesinde düzenlenen zorunluluk hali ile özel hükümlerde düzenlenen zorunluluk hali birbirine karıştırılmamalıdır. Özel hükümlerde yer alan zorunluluk halleri cezayı azaltan veya duruma göre kaldıran hallerdir.

Doktrinde, Alman Ceza Yasası'nda zorunluluk hali hem hukuka uygunluk nedeni (*md. 34*) hem de mazeret nedeni (*md. 35*) olarak düzenlendiği, ıztırar halinde kalan kişi yönünden bu ayrım yapılırken kişinin koruduğu hukuki değerle ihlal ettiği değerler arasında kıyas yapıldığı belirtilmiştir. ıztırar halindeki failin koruduğu hukuki değer in feda edilen değerden üstün olması halinde hukuka uygunluk nedeni, korunan ve ihlal edilen

nedeniyle hukuka uygunluk sebebinin bulunmadığı” As. Yrg. 2.D. T.18.12.2013, E.2013/1550, K.2013/1523; KOÇ, s. 632.

²⁷⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 229.

²⁷⁵ Kusurluluğu etkileyen bir mazeret sebebi olduğu yönünde, Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 348; ÖZGENÇ, s. 492.

²⁷⁶ Yrg. CGK. T.26.08.2008, E.2007/1-281, K. 2008/37, Kazancı Karar Arama, www.kazanci.com.tr, ET: 01.08.2023.

değerlerin eşitliği halinde ise kusurluluğu etkileyen mazeret sebebinin bulunduğu kabul edildiği belirtilmiştir.²⁷⁷

İztırar halini kusur sorumluluğu olarak gören yazarlar, zorunluluk halinde kişiye ceza verilmemesinin nedeni olarak her insanın kahraman olmadığına, beşerî zayıflık taşıdığına, doğası gereği naif ve kırılgan olduğuna dayandırmak istemişlerdir. Bu hali ile ifadenin kısmen doğru olduğuna katılmakla birlikte kanun koyucu üçüncü kişi lehine yapılan ıztırar hareketlerinin de cezalandırmayacağını düzenlemiştir. Doğası gereği naif ve kırılgan olan insanın üçüncü kişi için zorunluluk hali kapsamında yapacağı konusu suç olan fiilleri beşerî zayıflık yönünden değil değerler çatışması düşüncesiyle korumaktadır. İfade olunduğu üzere burada yer alan zorunluluk hali Alman Ceza Yasası'nın 34. maddesi kapsamında kalan hukuka uygunluk nedeni olarak kabul gören zorunluluk halidir.²⁷⁸

İtalya Ceza Kanunu'nda zorunluluk hali, hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Manevi cebir halinde de zorunluluk halinin şartlarının oluşacağı belirtilmiştir. İtalyan ceza hukukçuları da ağırlıklı olarak zorunluluk halinin hukuka uygunluk nedeni olduğunu belirtmişlerdir.²⁷⁹

İztırar hali ahlaken kötü bir davranış olmakla birlikte olayın doğrudan muhatabı olmayan üçüncü bir kişiye verilen zarar hukuka uygundur. Meşru savunma ile arasındaki en temel fark haksızlık içeren fiilin üçüncü bir kişiye yöneltilmiş olmasıdır.²⁸⁰ Tehlikeden başkaca kurtulma olanağı bulunuyorsa zorunluluk hali oluşmayacaktır. Tehlikeye göğüs germe yükümlülüğü mevcut olmamalıdır. Tehlikenin yöneldiği değer ile ihlal edilen değer arasında oran bulunmalıdır.²⁸¹

Örneğin, keşif/gözetleme faaliyeti kapsamında görev icra eden askeri bir unsurun görev dönüşünde yoğun fırtına, kar ve tipi yüzünden dönüş istikametini kaybetmiş oldukları olayda, söz konusu askeri unsur başka bir askeri karakola dönüş yolunda rast gelmeleri üzerine karakola girmek için hareket etmişlerdir. Karakol nöbetçisi, nöbet talimatı gereği askeri unsuru içeri almak istememiştir. Unsur komutanı askerilerinin donma

²⁷⁷ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 348.

²⁷⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 239.

²⁷⁹ DEMİRBAŞ, s. 324.

²⁸⁰ DEMİRBAŞ, s. 327.

²⁸¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 242.

tehlikesi altında olmaları ve başka şekilde tehlikeyi atlatma ihtimalleri olmaması nedeniyle astı olan karakol nöbetçisine müessir fiil uygulayarak karakola girdikleri olayda hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk halinin koşullarının meydana gelmesinden dolayı unsur komutanı cezalandırılmayacaktır.

Örneğin, üs bölgesi olarak dağa yerleşmiş bir askeri birlikte çıkış olayı nedeniyle bir grup asker çukurda mahsur kalmışlardır. Çıkış nedeniyle bir çukura düşen askerlerin birbirlerinin omuza basarak tırmanmaları sonucu çukurdan çıkmaları olayında üst konumunda olan askerin astının omzuna basarak çukurdan çıkması olayında asta müessir fiil suçu oluşmayacaktır.

Yukarıda sayılan hukuka uygunluk sebepleri, askerî birtakım gereklilikler nedeniyle genel hukuka uygunluk sebeplerinden ayrık şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte müessir fiil suçunda genel hukuka uygunluk sebeplerinin uygulanması da mümkündür. Ceza kanunlarında düzenlenmeyen diğer hukuka uygunluk nedenleri de somut olaya göre uygulanabilir.

5. Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Sınırın Aşılması

TCK'nın 27. maddesinde, ceza sorumluluğunu kaldıran nedenlerde sınırın kast olmaksızın aşılması halinde, fiil taksirle işlendiğinde de cezalandırılıyorsa, taksirli suç için kanunda yazılı cezanın altıda birinden üçte birine kadar indirilerek hükmolunur. Meşru savunmada sınırın aşılması mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri gelmiş ise faile ceza verilmez, düzenlemesi yer almaktadır. Kanuna göre hukuka uygunluk nedenleri ile kusurluluğu kaldıran nedenlerde, isnat yeteneğinin azaltan veya kaldıran nedenlerde ve hatta cezalandırma şartında dahi sınırın aşılabileceği hali ihtimal dâhilinde görülmüştür. Sınırın aşılabilmesi için karşısına koyabilecek bir referans noktası gerekmektedir. Ancak bu şekilde bir değer çatışması halinde sınırın aşılabilmesi hali gözlemlenebilir. Bu bakımdan isnat yeteneği ile kusurluluğu kaldıran ve azaltan nedenlerde sınırın tespiti ve aşımını anlamak kolay değildir. Bu bakımdan sınırın aşılması hali hukuka uygunluk nedenlerinde mümkün olabilecektir.²⁸²

²⁸² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 256.

Kanaatimizce, hukuka uygunluk nedenlerinin taksirle aşılması halinde asta müessir fiil suçundan dolayı fail cezalandırılmayacaktır. Çünkü asta müessir fiil suçunun taksirli hali suç olarak belirtilmemiştir. Böyle bir durumda fail, TCK'da düzenlenen taksirle yaralamadan dolayı cezalandırılacaktır. Ancak faile verilecek ceza, TCK md. 27 mucibince indirilerek uygulanacaktır.

IV. Kusurluluk

A. Genel Olarak

Sorumluluğun temel şartı insanın o davranışa yönelik yapmış olduğu hareketin iradi olmasıdır.²⁸³ İnsanoğlu, iradi olarak gerçekleştirmediği bir davranıştan dolayı -bu davranış hukuk düzenine aykırı olsa bile- sorumlu olmayacaktır. Yani bir suçun oluşması için maddi unsurun yani fiilin gerçekleşmesi yetmeyecek aynı zamanda iradi bir insan davranışı gerçekleşmesi gerekecektir.²⁸⁴

Kusurluluk²⁸⁵, tipe uygun ve hukuka aykırı olarak icra edilen bir eylemin fail ile arasındaki manevi ilişkisidir. Doktrindeki bir görüşte kusur; fiille değil failin kişisel nitelikleri ile ilişkili bir kavram olduğu, bu nedenle kusur yeteneğinin fiilde değil bizimde katıldığımız üzere failde bulunması gereken yani failin bir niteliği olduğu belirtilmiştir.²⁸⁶ Kınanabilirlik açısından kusursuz suç ve ceza olmaz.²⁸⁷ Haksızlık ise kusur yargısının temelidir. Kusur yargısının temeli de işte bu iradenin yani manevi özün ortaya çıkmasıdır. İşte bu durum suçların manevi unsurunu oluşturmaktadır.²⁸⁸

²⁸³ ÖZGENÇ, s. 455.

²⁸⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 258.

²⁸⁵ Belirtmek gerekir ki failde bulunan isnat yeteneği yani haksızlık iradesi kusurluluğun bir ön şartı değildir. Failin yapmış olduğu fiilden dolayı sorumlu tutulabilmesi de özünde kusur yeteneğinden farklıdır. Sorumluluk, kusurlu davranış sonucu ortaya çıkan neticeden failin yaptırımlara tabi tutulmasıdır.

Kusur ise failin işlemiş olduğu fiilin kime mâl edileceğinin araştırılması sürecidir. Suçun kanuni unsurları gerçekleşmiş ise objektif isnadiyet, tipikliğin gerçekleştiğinin bilinmesi ve istenilmesi sübjektif isnadiyet ve nihayetinde haksızlık nedeniyle kişisel sorumluluk tespit ediliyorsa bireysel isnadiyet söz konusudur, Bkz. KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 312.

²⁸⁶ DEMİRBAŞ, s. 371.

²⁸⁷ Ceza hukukunda kusur, kast ve taksir olarak karşımıza çıkmaktadır. Kusurun tespiti faile verilecek cezanın tespiti açısından önemlidir. Kişi işlemiş olduğu fiilden dolayı cezalandırılabilmesi için kusur yeteneğinin bulunması gerekmektedir. Kusur yeteneği ise algılama ve irade yeteneği olarak içtima edilmektedir.

²⁸⁸ Manevi unsurun tespitinde iki farklı yaklaşım mevcuttur. Bunlar; kusurluluğun psikolojik anlayışı ile kusurluluğun normatif anlayışıdır. Psikolojik anlayışa göre kusurluluk fiil ve failin arasındaki psikik bağdır. Ödeve karşı gelme itaatsizliği kusurun tespitinde aranmadığından dolayı bu yaklaşım eksik kalmaktadır. Normatif yaklaşımda ise hem bahsedilen psikolojik bağ hem de ödeve karşı itaatsizliğin failde yarattığı

Asta müessir fiil suçundaki manevi unsur kasıttır. Fail, mağdurun astı olması gerektiğini bilmelidir. Astlık üstlük ilişkisi yoksa TCK 86'ya göre ceza tayin edilmelidir. Fail ve mağdur arasında evlilik birliği veya akrabalık ilişkisi mevcut olması halinde *“askerlik hizmet ve görevlerine ilişkin hâller dışında, asker kişilerden nişanlıların, evlilik bağı kalmasa bile eşlerin, kan veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy ile üçüncü derece dâhil hısımların veya evlâtlık bağı olanların birbirlerine karşı işledikleri suçlar bakımından amir-maiyet ve üst-ast ilişkisi dikkate alınmaz”* şeklindeki AsCK'nın ek 12. maddesi hükmü amirdir. Somut olayda kastın ve askeri hizmetin mevcudiyeti ortaya koyulamamışsa taksirle yaralama (TCK 89. md.) sorumluluğuna göre değerlendirme yapılmalıdır.

Astlık üstlük ilişkisinin AsCK ve TSK İç Hiz. Kanunu kapsamında yorumlanması gerekmektedir. AsCK'nın 3. maddesine göre, TSK'da çalışan sivil personel TSK İç Hiz. Kanunu'nun 115 inci maddesinde belirtilen yükümlülükleri ile sınırlı olarak asker kişi sayılmaktadır. Zikredilen maddeye göre sivil personelden amir vazifesi alanlar; maiyetinde bulunan herkese askeri hizmetin gerektirdiği emirleri verebilir. Sivil personel emrinde çalıştıkları askeri amirlere karşı ast durumunda olup İç Hiz. Kanunu'nun 14'üncü maddesinin asta yüklediği vazifeleri aynen ifa etmeye mecburdurlar. Zikredilen kanun hükümleri yorumladığında sivil personelin asker kişi sayılması ve bu bağlamda askeri suç işlemesi amir-maiyet ve emir ilişkisinden doğan ihlallerde söz konusu olabileceğini, emre itaatsizlikte ısrar suçunun fail ve mağduru olabileceksen asta müessir fiil suçunun mağduru olamayacaklarını değerlendirilmekteyiz.²⁸⁹ Bu bakımdan doktrinde yer alan emre itaatsizlikte ısrar suçunun mağdur yönünden özgü suç olduğuna katılmakla birlikte mağdurun illaki resmi üniforma taşıyan asker kişi olması gerekliliğine katılmıyoruz.

TCK'nın 22/1 fıkrasında *“taksirle işlenen fiiller, kanunun açıkça belirttiği hallerde cezalandırılır.”* hükmü yer almaktadır. Genel kural olarak suçun işlenebilmesi için failin kasten hareket etmesi gerekmektedir. Asta müessir fiil suçunun taksirli hali AsCK'da düzenlenmemiştir.

çatışma hali dikkate alınmaktadır. Ancak normatif yaklaşım; kusurluluğu açıklamada iradenin psikik bağını ikinci plana atması nedeniyle eleştirilmiştir. Bkz. HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 262.

²⁸⁹ Aynı yönde; ERMAN, s. 87.

Asta müessir fiil suçunun taksirle işlenebilmesi mümkün değildir ancak şartları mevcut ise özel düzenleme olan AsCK'nın 146'ncı maddesine göre failin sorumluluğu oluşabilir. Aksi halde yaralama suçunda taksire ilişkin genel hükümler cari olacaktır. Kast, doğrudan veya olası kast şeklinde olabilir. Asta müessir fiil suçuna teşebbüs mümkündür. Genel kastla işlenebilmesi mümkündür.²⁹⁰

Failin müessir fiili doğuran hareketi kastî olarak icra etmesi suçun sübutu noktasında yeterlidir. Örneğin içtima sırasında bölük komutanı tarafından mağduru hedef alan yumruk atma fiili yanında hazır ol vaziyetinde bekleyen askere isabet etmesi halinde olası kast gündeme gelebilecektir.

Suç tipinin düzenlendiği AsCK'nın 117'inci maddesinde suçu oluşturan birtakım hareketlerin sayıldığını daha önce belirtmiştik. Bu maddede zikredilen *“tazip maksadıyla astın hizmetini lüzumsuz yere güçleştiren veya onun diğer askerler tarafından tazip edilmesine veya kötü muamelede bulunulmasına müsamaha etmek”* hareketinde üst konumundaki asker kişiye özel kast aranmalıdır.

TCK, AsCK'ya göre genel kanun hükmündedir. Bu bakımdan AsCK'da hüküm bulunmayan hallerde TCK'nın ilgili hükümleri cari olacaktır. Hüküm bulunan hallerde özel kanun niteliğinde olduğu için AsCK hükümleri tatbik edilecektir. Bu bağlamda, TCK'nın kusurluluğa ilişkin hükümleri uygun düştüğü ölçüde AsCK'nın 44. maddesinde yapılan atıf nedeniyle AsCK 'da düzenlenen suç tiplerine uygulanacaktır.

B. Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Nedenler

Kusurluluğa verilen anlama göre doktrinde farklı şekillerde kusurluluğu ortadan kaldıran sebepler izah edilmeye çalışılmıştır.²⁹¹ Normatif anlamda değerlendirildiğinde isnat yeteneği (*kusur yeteneği*) kusurluluğun ön şartı olarak değerlendirildiğinden yaş küçüklüğü, akıl hastalığı vb. haller kusurluluğu etkileyen haller olarak gösterilmektedir. Tabiatçı anlayışa göre göre kusur yeteneği, kusurluluğun ön şartı olarak görülmemekte fiile

²⁹⁰ EREM, Faruk, TOROSLU, Nevzat, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara, Savaş Yayınları, 1987, s. 470 vd.

²⁹¹ DEMİRBAŞ, s. 374; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 319; ÖZGENÇ, s. 467 vd.

değil faile ilişkin bir durum olarak değerlendirilmektedir. Bu durumda isnat yeteneğini etkileyen haller kusurluluğun dışında düşünülmektedir.²⁹²

Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Nedenler başlıklı bölümde hukuka uygunluk nedenleri, isnat yeteneğine, kusurluluğa ilişkin hükümler karışık bir şekilde düzenlenmiştir. Fail kanunda suç olarak düzenlenen fiili işleyen kişidir. Fail, fiilin bir unsuru olmadığı gibi fiil de fail olmanın bir unsuru değildir. Isnat yeteneğini kaldırان nedenler kusurluluğu kaldırان nedenler değildir. Bu kabulü yaptığımızda kusurluluğu ortadan kaldırان nedenler fiilin bilinmemesinden ve fiilin iradiliğini ortadan kaldırان nedenler olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹³

1. Fail ile Fiil Arasındaki Manevi Bağ Ortadan Kaldıran Nedenler

Failin davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olması gerekmektedir. Normatif anlamda isnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olarak anlaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak akıl hastalığı veya yaş küçüklüğü gibi isnat yeteneğin etki eden hallerin kusurluluğu da etkilediği kabul edilmektedir. Tabiatçı veya karma anlayışa göre genellikle isnat yeteneği kusurluluğun bir ön şartı kabul edilmemekte, faile ilişkin bir durum olarak değerlendirilmektedir. Örneğin dokuz yaşındaki çocuğun arkadaşına tokat atması olayında failin fiili bilmeden veyahut istemeden yaptığı söylenemez, fail kusurlu olarak fiili bilerek ve isteyerek yapmıştır. Ancak çocuğun isnat yeteneği yoktur. Isnat yeteneğinin kusurluluğunun bir ön şartı olarak kabulü halinde, faile ilişkin bir husus kusurluluğun bir parçası olmakta ve fiili işleyen fail suçun bir unsuru haline gelmektedir. Bu durum kabul edilebilir mahiyette değildir.²⁹⁴

İcra edilen fiil, failin iradesinin ürünü olmalıdır. Bu bakımdan fail ile fiil arasında psişik bir bağın kabulü gerekir. Bu bağın mevcudiyeti halinde fiilin iradi olduğu söylenebilir. Manevi bağ mevcut değilse fiilin iradi olduğu söylenemez, kast ve taksirden bahsedilemez. Manevi bağ yani psişik bağ ortadan kaldırان haller ise mücbir sebep, kendinde olmama ve maddi cebirdir.²⁹⁵

²⁹² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 309.

²⁹³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 310.

²⁹⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 310.

²⁹⁵ AYGÜN EŞİTLİ, s. 180.

Failin iradesinin eseri olmaksızın ortaya çıkan ihmali veya icrai hareketler tam bir bilinç yokluğu halinde ceza sorumluluğu doğuramaz. Örneğin uyurgezer olan amirin gece kapısında nöbet tutan astına tokat atması halinde amir cezalandırılmayacaktır. Çünkü bu noktada failde ne kast ne de taksir düzeyinde kusurlu kabul edilebilecek bir davranış vardır. İsnat yeteneği kusurluluğun ön şartı olmadığından yapılan hareket iradi olmadığı nedeniyle cezalandırılmamaktadır. Yoksa akıl hastası veya yukarıda verilen örnekte olduğu gibi bir çocuğun iradi bir davranışla suç işlemesi mümkündür. Onlar bakımından şahsi sebeplerden dolayı ceza müeyyidesinden muafiyetleri söz konusu olmaktadır.²⁹⁶

Mücbir sebep, bir kişiyi önlenemez ve karşı çıkılması imkânsız bir güçle zorunlu olarak bir icrai veya ihmali harekette bulunmaya sevk eden her türlü zorlamadır. Bu husus TCK'nın 28. maddesinde *“karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye”* ifadesiyle kusurluluğu ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlenmiştir. Mücbir sebebin açıkça düzenlenmeyerek kanun maddesinin yorumlanması sonucunda ulaşılması hali, doktrinde eleştirilmiştir.²⁹⁷ Mücbir sebep nedensellik bağıyla ilgili olup nedensellik bağının yokluğu nedeniyle kusuru kaldırır.

Örneğin, askeri helikopter vasıtası ile gerçekleştirilen ulaşım esnasında şiddetli rüzgâr nedeniyle helikopterin gövdesi üzerindeki kapısının açılması ile birlikte üst konumundaki personelin aşağıya düşmemek için yanındaki astı durumundaki personele tutunması olayında üst, asta müessir fiil suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır. Astın vücut dokunulmazlığı örnek olayda mücbir sebep nedeniyle ihlal edilmiştir.

Maddi cebir, failin fiili olan kusur bağıını ortadan kaldıran bir nedendir. Maddi cebir halinde failin kendi iradesi ile kontrol ettiği bir davranış söz konusu değildir. Fail kendi iradesi haricinde bir güç tarafından isteği dışında harekete zorlanmaktadır. Maddi cebir, manevi cebirin aksine insan kaynaklı zorlama halidir.²⁹⁸ Cebre maruz kalan kişi kendi iradesi ile hareket etmemektedir. Görünüşte fail olan kişi bir başkası tarafından araç olarak kullanılan kişidir.²⁹⁹

²⁹⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 409.

²⁹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 411.

²⁹⁸ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 311, 312.

²⁹⁹ KANGAL, s. 96.

Örneğin, bölük komutanı tarafından astı olan üsteğmenin fiziksel olarak zor kullanılarak bir yere kapatılması olayında kendisine mevcut durumdan kurtulması için bölük komutanı ile arasında husumet bulunan teğmene tokat atılması olayında karşı konulamaz insani bir zorlamadan bahsedilebilirse söz konusu hareketten dolayı üsteğmen, asta müessir suçundan dolayı cezalandırılmayacaktır.

Özetleyecek olur isek; iradenin tamamı kaybedilmişse kendinde olmama, kaçınılmaz bir duruma fail itilmişse mücbir sebep ve bu icbar durumu başka bir insandan kaynaklanıyorsa maddi cebir söz konusu olacaktır. Bu durumda failin kusurlu hareket ettiği söylenemeyecektir.

2. Hata

Hataya ilişkin hususlar, TCK'nın 30. maddesinde düzenlenmiştir. Hata kusurluluğu (*kast ve taksir*) ortadan kaldırır. Hata; bilmemek, yanlış bilmek tezahür eder. Buradaki yanılğı hali bilmeden ve istemeyerek ortaya çıkar. Hata bir konudaki bilgisizliği gösterir. Özünde hata ve kuşku farklı kavramlardır. Kuşku, bir olguya yönelik gerçekliğin kestirilememesi halidir. Hata; bilmeme veya unutma halinin bir tezahürüdür.³⁰⁰

Hata, iradenin oluşması yönünde etkili olduğu gibi suçun icrası yönünde de olabilir. Bu bakımdan hata; hukuki hata ve fiili hata olarak ikiye ayrılır.³⁰¹ Fiili hata durumunda fail işlemiş olduğu fiilin suç olduğu yönünde herhangi bir yanılğısı yoktur. Buradaki fiili hata; netice, hukuka uyarlılık nedenleri, nitelikli haller, hareket noktasında ve illiyet bağı üzerinde oluşabilir. Bu bakımdan yanılğı fiile yöneliktir.³⁰²

Hukuki hata ise failin suçun oluşmadığı yönünde hukuk kurallarının değerlendirilmesi noktasında düşmüş olduğu hata halidir. Hukuki hatanın TCK'nın 30. maddesinde yer alan fiili hataya ilişkin kurallar arasında düzenlenmiş olması doktrinde

³⁰⁰ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 312.

³⁰¹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 313.

³⁰² SOYER GÜLEÇ, Sesim, "Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılğısı (M. 30/4)". *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2008, s. 60.

eleştirilmiştir.³⁰³ Ceza kanunlarını bilmemenin mazeret sayılmayacağı yönündeki genel kuralın istisnası hukuki hata halidir.³⁰⁴

İşlenilen eylemin suç olmadığı yönünde hataya düşen kişi hukuki hataya düşmüştür. Kural olarak ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz. Hukuki hata, beşerî imkânsızlık³⁰⁵ ve suçun güncel uygulamasının mevcut olmaması halinde söz konusu olabilir. En eski suçlardan birisi olan müessir fiil/yaralama suçunda hukukî hata iddiasının dinlenilmesinin mümkün olmadığını değerlendirmekteyiz.

Hukuki imkânsızlık, kişinin kaçma imkânı varken içinde bulunduğu durumda hatadan kaçınmaz ise ileri sürülemez. Burada söz konusu olan hata objektif olarak kişinin hiçbir surette, karşı konulamaz bir şekilde kaçınmadığı hata halidir. Hata, kusurlu davranışın etkisini ortadan kaldıracığı için somut olaya ve kişiye göre değerlendirmek gerekmektedir.³⁰⁶

Fail, müessir fiili ika ettiği kişinin rütbesini olay anında bilmiyorsa somut olayda icra edilecek hareket tarzının ortaya koyulması önem arz etmektedir. Öncelikle şunu belirtmekte fayda görüyoruz; asta müessir fiil suçunun yer aldığı AsCK'nın altıncı faslında, beşinci faslında yer alan 107. maddenin ihtiva ettiği hükümler bakımından benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Zikredilen maddeye göre, *askeri inkıyadı bozan* bir suçtan dolayı astın sorumlu tutulabilmesi için mağdurun rütbe veya kıdemce kendisinin üstü olduğu bilgisine vakıf olması gerekmektedir.³⁰⁷ Her ne kadar anılan maddeye benzer bir hüküm, AsCK'nın altıncı faslında yer almasa bile suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin gereği olarak olay anında fail tarafından mağdurun rütbesinin bilinmediği sabit ise genel hükümlere göre işlem yapılması gerektiğini düşünüyoruz.³⁰⁸

Benzer olarak müessir fiil suçunda mağdurun astı olduğu yönünde hataya düşen kişi bu hatasından yararlanır. Örneğin astı sanarak üst rütbedeki personele yumruk atan kişi

³⁰³ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 313.

³⁰⁴ DÜLGER, Murat Volkan/ÖZKAN, Onur/BAKDUR, Merve, "Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 45, 2021, s. 228,229.

³⁰⁵ AYGÜN EŞİTLİ, s.181.

³⁰⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 315.

³⁰⁷ AsCK md. 107.

³⁰⁸ GÜLSEREN, Fehmi Şener, "Askeri Ceza Hukukunda Müessir Fiil Suçları", İstanbul Üniversitesi, Yayınlanmış Doktora Tezi, s. 155.

üste fiilen taarruz suçundan değil daha az cezayı gerektiren asta müessir fiil suçundan cezalandırılacaktır. Buradaki hata esaslı hatadır.

Örneğin askeri isyan sırasında disiplini sağlamak için birliğine dönen üsteğmen, kalabalık arasında kendisi gibi isyanı bastırmak isteyen yüzbaşayı tanımaması nedeniyle onu itekleyerek grubun arasından çıkarması müessir fiil suçunu oluşturmayacaktır. Üsteğmen karşıdaki kişinin astı olduğu noktasında kaçınılmaz hataya düşmüş ise hatasından yararlanacaktır. Başka bir örnekte ise küfür ederek üstüne koşarak gelen kişinin kendisine saldıracağı noktasında hataya düşmüş ise kişi ve gelen astının arkasında duran bir başka kişiye hamle yapmak için geldiğini anlamamışsa meşru savunma yapmak maksadıyla gelen kişiye müessir eylem yapması kusuru olmadığından cezalandırılmayacaktır.

Sonuç olarak genel ve özel hukuka uygunluk sebeplerinin (AsCK md. 119) maddi şartlarında hataya düşen fail bu hatasından yararlanabilecektir. Hukuka uygunluk sebeplerinin maddi şartlarındaki hata kastı kaldırmaktadır. Aynı şekilde AsCK'nın 118. maddesinde düzenlenen suçun nitelikli hallerinde kaçınılmaz olarak hataya düşen fail bu hatasından istifade edecektir.

3. Manevi Cebir ve İstenemezlik İlkesi

Manevi cebir, failin sınırlı da olsa seçim şansının mevcut olduğu, zararına da olsa direnme imkânının bulunduğu, failin iradesi üzerinde olmamakla birlikte kusurluluğu noktasında etki gösteren ve fail ile fiil arasında yer alan psişik bağı kesmeyen bir mazeret halidir. Manevi cebirin maddi cebirle farkı kanunda izah edilmediği, kusurlulukla birlikte düzenlenmeyerek ayrı madde olarak düzenlenmesi doktrinde eleştirilmiştir.³⁰⁹

TCK'nın 28'inci maddesinde yer alan “... ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.” ifadesi manevi cebri izah etmiştir. Mağdurun özgür iradesi sonucunda vereceği karar ruhsal baskı neticesinde etkilenmektedir. Manevi cebir kişinin içinde bulunduğu “*muhakkak ve ağır*” tehlike neticesinde kendisinden aksi davranış halinin beklenemeyeceği beşerî kırılگانlık halidir. Failin içinde bulunduğu korku

³⁰⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 320.

durumundan kaynaklanarak feda ettiği ahlak değerleri faile manevi sorumluluk hissettirir. Ancak failin altında kaldığı manevi baskı failin mukavemetini kıracak niteliktedir.³¹⁰

İşte bu noktada failin cezalandırılmaması sebebi haksızlığı tercih etmek zorunda bırakılmasıdır.³¹¹ Manevi tercihe zorlayan tehdidin belli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekir.³¹² Failin manevi cebir tehdidi altında ihlal ettiği hak ile korumak istediği hak arasında dengenin bulunması gerekmektedir. Fail, manevi cebir tehdidinin ortaya çıkmasında kasten sebep olmamalıdır.³¹³

Doktrinde, askeri suç benzerlerinde failin korku ve tehdit iddiasını öne sürebileceği kabul edilmekteydi.³¹⁴ Bu görüşe, üçüncü şahıslar tarafından asker kişilerin cebir ve korkutma etkisi altında işlediği suçlar bakımından AsCK'nın 46. maddesinin uygulanabilir olduğu yönünde eleştiri yöneltilmişti.³¹⁵

AsCK'nın 46. maddesinde, askerin taşıdığı kişisel korku halinin vazife ve hizmet sırasında işlenilen suçlarda verilecek cezayı hafifletmeyeceği düzenlenmiştir. Manevi cebir ile karıştırılmaması bakımından izah edilmesi gerekmektedir. Anılan maddede yer alan korku hali kişinin kendi iradesi bakımdan dışardan bir etki olmadan yine kendi düşüncesine göre kendisini korku içinde hissetmesi halidir.³¹⁶ Manevi cebirde kişiyi ağır ve muhakkak tehlike altında hissettiren üçüncü bir kişidir.

Kusurluluk yani kınanabilirlik tespit ederken fail olan üstün, somut olaya göre tehlike ve korkutma boyutunun şahsi olarak kaçınılmaz seviyede olduğu, aksi davranışın kendisinden beklenilmesinin istenilemeyeceği bir durum söz konusu ise fail kınanamayacaktır ve işlenen asta müessir fiil suçu bakımından kusursuz olduğu kabul edilecektir.

İstenemezlik ilkesi ise yalnızca TCK'nın 28. maddesinde yer alan ve kaynağı bir insan olan manevi cebirle sınırlı olmayan failin fiiline etki ederek kusurluluğu ortadan

³¹⁰ DEMİRBAŞ, s. 328.

³¹¹ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 359.

³¹² ÖZGENÇ, s. 491.

³¹³ DEĞİRMENCİ, s. 197.

³¹⁴ ERMAN, s. 203.

³¹⁵ DEĞİRMENCİ, s. 198.

³¹⁶ DEMİRAG, s. 150.

kaldıran olağandışı her şey olarak ifade edilebilir. Kapsam bakımından istenemezlik ilkesi manevi cebirden daha fazlasını ihtiva etmektedir.³¹⁷ Bu ilke uyarınca failin içinde yer aldığı koşullar altında beşerî kırılganlık kapsamında başka şekilde hareket etmesinin kendisinden beklenilmemesi, dolayısıyla kınanmaması söz konusudur. Bu bağlamda her ne kadar asta müessir fiil suçu bakımından kanunda özel bir neden öngörülmemiş olsa da failin, asta müessir fiili gerçekleştirdiği koşullar altında başka şekilde davranması kendisinden beklenilmiyorsa kusurlu olmadığının dolayısıyla suçun gerçekleşmediğinin kabul edilmesi gerekecektir.

V. Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Haller

TCK'nın 23. maddesinde “bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi halinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir” hükmü yer almaktadır.³¹⁸ Görüleceği üzere, kanun koyucu tarafından kusurlu sorumluluğun yanında, istisnai olarak iradi fiilin istenilmeyen neticesinden de sorumlu olunması esası getirilmiştir. Bu hallerde ikinci neticeden dolayı failin sorumluluğu taksir karinesine bağlı tutulmuştur.

Taksir karinesine bağlı sorumluluk halleri, doktrinde “*netice sebebiyle ağırlaşmış suç*” ile “*kastı aşan suç*” olarak ikiye ayrılmaktadır.³¹⁹ Doktrindeki bir görüşe göre, 765 sayılı TCK'da açıkça düzenlenmeyen ancak neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlar ile kastı aşan suç kavramını karşılayan fiillerin TCK'nın 23. maddesinde genel hüküm olarak birleştirildiği belirtilmiştir.³²⁰ Söz konusu maddede failin kast etmediği ilave neticeden dolayı sorumlu tutulabilmesi için en azından taksirli olarak hareket etmiş olması şartı aranılmaktadır. 765 sayılı TCK döneminde konu netice sebebiyle ağırlaşan suç ve kastı aşan suç olarak incelenmiştir.³²¹

³¹⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 321.

³¹⁸ TCK'nın 23. maddesinin gerekçesi lafzi ve sistematik açıdan değerlendirildiğinde; neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçların kanun koyucu tarafından objektif sorumluluğun yerine getirildiği, objektif sorumluluk yerine tercih edilmiş başka bir kanuni sorumluluk türü gibi görüldüğü sonucuna varılabilir.

³¹⁹ TCK'da kastın aşılması şeklinde bir kast türü yaratılmasına gerek olmadığı, kastın aşılması suretiyle işlenen suçların gerçekte netice sebebiyle ağırlaşmış suçlar olduğu, fakat müessir fiil sonucu mağdurun ölümü fazla işlenen suçlar olduğu için ayrı bir deyim kullanıldığı yönünde, Bkz. ÖNDER, Ayhan, *Genel Hükümler II, III*, İstanbul, Beta Basım, 1992, s. 355.

³²⁰ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Genel Hükümler*, s. 521.

³²¹ ÖZEN, Muharrem, *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, Ankara, Us-a Yayıncılık, 1998, s. 1 vd.

Kastı aşan suçlarda, kasten yapılan hareket neticesinde ortaya daha ağır bir neticenin çıkması söz konusudur. Bu bakımdan kastı aşan suçlarda tek bir netice vardır. Neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ise failin işlediği fiillerden kastettiği netice ile birlikte başka bir netice daha ortaya çıkmaktadır.³²² Aralarındaki temel fark ortaya çıkan netice sayısının ve niteliğinin farklı olmasından kaynaklanmaktadır.³²³

Ağırlatılmış nedenli suçlar ise normda belirtilen suçun oluşması için gerçekleşmesi gereken neticeden daha ağır bir neticenin ortaya çıkması halinde failinin cezasının arttırıldığı suçlardır.³²⁴ Bu noktada ağırlatılmış nedenli suçlarla neticesi sebebiyle ağırlaşmış suçları birbirine karıştırmamak gerekir. Ağırlatılmış neticeli suçlarda ortaya çıkan netice ya failin kastettiği neticedir ya da kastettiğinden daha ağır olarak ortaya çıkan neticedir. Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlarda ortaya iki netice çıkmaktadır. Birincisi failin kasten yapmayı istediği ve bildiği neticedir. Diğer neticeyi ne bilmekte ne de istemektedir.³²⁵

Asta müessir fiil suçunda yukarıda kavramsal olarak izah edilen neticenin ağırlığı nedeniyle cezanın arttırıldığı hallerine ilişkin düzenlemeler AsCK'nın 118. maddesinde yer almaktadır. AsCK'nın 118. maddesi şu şekildedir:

1. 117'nci maddede yazılan fiiller madunun vücudunda tahribatı mucip olmuş ise amir veya mafevk beş seneye kadar hapsolunur.
2. Daha ziyade vahim hallerde amir ve mafevk altı aydan beş seneye kadar hapsolunur.
3. Fiil taammüden yapılmış ise amir veya mafevk on seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.
4. Fiil ölümü intaç etmiş ise fail on seneden az olmamak üzere ağır hapis cezasına mahkûm olur.

Birinci fıkrada, yapılan müessir fiilin astın vücudunda tahribata yol açması halinde cezanın üst sınırı beş sene hapis cezası olarak belirlenmiştir. Burada tahribat kelimesinin üzerinde durmak gerekmektedir. Tahribat, bir organın veyahut bir fonksiyonunu tamamen

³²² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 305.

³²³ Ölüm neticesinin kasten yaralama suçunun içinde düzenlendiğinden hareketle kastın aşılmasının bağımsız bir suça vücut vermediği, cezanın ağırlaştırılması nedeni olduğu yönündeki görüş için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Genel Hükümler*, s. 523.

³²⁴ ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 214-216.

³²⁵ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 307.

özelliğini kaybetmesi ya da eski gücünü kaybetmesidir.³²⁶ Tahribattan 765 sayılı TCK'nın 456/2-3 fıkralarında düzenlenen “*uzuv zaafı*” veya “*uzuv kaybı*” ifadesinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.³²⁷ Fıkra düzenleneni halin alt sınırının belli olmaması, ceza tayininin tamamen hâkimin takdirine bırakılması ve CMK normlarının uygulanması zorlaştırdığının dolayı madde metninin kanunilik ilkesine uyarlı olmadığını değerlendirmekteyiz.

İkinci fıkra belirtilen ağırlatılmış ceza halini oluşturan “*daha ziyade vahim hal*” ifadesinden somut olaydaki neticenin TCK'nın 87. maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerine uygun düşen yaptırım uygulanacaktır. Diğer bir görüş olarak; ikinci fıkra faile verilecek alt ceza asgari altı ay olarak belirtildiğinden dolayı mahkeme tarafından somut olaya göre araştırma yapılarak tahribattan daha vahim hal değerlendirmesi yapılırsa ceza ikinci fıkra göre belirlenecektir.³²⁸ Yine de vahim hal ifadesinden nelerin anlaşılması gerektiği subjektif bir değerlendirmeye bırakılması nedeniyle belirlilik ilkesine uygun bir ifade olmadığını belirtmek isteriz.

Üçüncü fıkra asta müessir fiil suçunun taammüden işlenilmesi hali düzenlenmektedir. Aslında burada cezalandırılan üst veya amirin kasten birinci veya ikinci fıkra kapsamında ortaya çıkan nitelikli haller bakımından astının uzuv tatilini, uzuv kaybını veya vücudunda tahribat yaratmayı istemesi halidir.³²⁹

Dördüncü fıkra asta tesir eden müessir fiilin ölüme sebebiyet vermesi halinde faile verilecek ceza düzenlenmiştir. Kanaatimizce, burada TCK'nın md. 87/4 fıkrasında zikredilen kasten yaralamanın ölümle sonuçlanmasına benzer bir düzenleme vardır. Bu bakımdan anılan fıkra ortaya çıkan netice ile kastedilen netice arasından ağırlık farkından dolayı kastı aşan bir suç söz konusudur.

1632 sayılı AsCK'nın “*Cezanın arttırılması icabeden sebepler*” başlıklı 51'inci maddesinde askerî suçlar için ortak nitelikli unsurlara yer verilmiştir. Birinci durum;

³²⁶ Yrg. CGK. T. 10.10.1983, E. 1983/1-22, K. 1983/328, Kazancı Karar Arama, www.kazanci.com.tr, ET: 15.07.2023.

³²⁷ GÜLSEREN, s. 167.

³²⁸ GÜLSEREN, s. 169.

³²⁹ DEĞİRMENCİ, s. 340.

işlenen askerî suçta üst ile ast birlikte fail ise veya üst tarafından astın suçuna iştirak edilmişse³³⁰, ikinci durumda suç silahla veya sahip olunan resmi yetkinin kötüye kullanılarak askerî hizmet³³¹ esnasında işlenmişse, üçüncüsü suç toplu³³² olarak veyahut herkesin gözü önünde birlikte işlenmişse faillere verilecek ceza arttırılır, artış yapılması muciptir. Ancak suç tipini düzenleyen maddede sayılan üç durumdan bir tanesinin nitelikli unsur olarak cezalandırılmasına yer verilmişse faile verilecek cezada 51'inci maddeye göre tekrar artış yapılmaması gerekmektedir.

VI. Suçun İşleniş Biçimleri ve Suçu Etkileyen Haller

A. Genel Olarak

Ceza kuralları genel olarak kanundaki tipe uygun, hukuka aykırı ve kusurlu olarak işlenen davranışları cezalandırmaktadır. Ancak hayat dinamik bir yapıya sahiptir. Bazı noktada suçlar tamamlanmamakta veya birden fazla kişi tarafından işlenilmekte ya da kanunen korunan birden fazla değer ihlal edilebilmektedir. Kanun koyucu bu şekilde toplum huzurunu sağlamak ve suça işleme iradesi ile hareket eden kişi veya kişileri sahip oldukları iradeye veya ortaya çıkan zarar göre cezalandırmaktadır.³³³

B. Teşebbüs

Genellikle, suç yoluna (*iter criminis*)³³⁴ giren fail öncelikle suçu işleme noktasında bir karara varmakta müteakiben suçun icrasına yönelik hazırlık yapmakta ve nihayetinde

³³⁰ As. Yrg. 5. CD. 1989/197 E. 1989/184 K., 29.03.1989; BURUS, Feyyaz, Sırf Askeri Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 43.

³³¹ AsCK md. 12 – “Bu kanunun tatbikatında (Hizmet) tabirinden maksat gerek malûm ve muayyen olan ve gerek bir amir tarafından emredilen bir askerî vazîfeninmadun tarafından yapılması halidir.”

TSK İç Hiz. K. md. 6 – “Hizmet: Kanunlarla nizamlarda yapılması veyahut yapılmaması yazılmış olan hususlarla,amir tarafından yazı veya sözle emredilen veya yasak edilen işlerdir.”

³³² AsCK md. 14 – “Bir fiil toplu erbaş ve er karşısında yapılmış sayılarak kanunun bu kayıt ile takyit ettiği hükümlerin tatbiki için amir veya mafevk ile failden veya şeriklerden başka askerî hizmet maksadiyle toplanmış en az yedi askerî şahsın bulunması şarttır.” Mezkûr maddede işlenen suç en az yedi askerî şahsın görmesi halinde suçun toplu asker karşısında işleneceği zikredilmiştir. Ancak 51'inci maddede yer alan nitelikli hâl suçun toplu olarak müteaddit kişilerce işlenmesi hâline ilişkindir. Bu durumda ikiden ziyade asker kişinin toplu olduklarını kabul etmek gerekir. Bu yönde As. Yrg. 1. CD. 2009/1233E. 2009/1220K, T.10.06.2009; BURUS, Feyyaz, Sırf Askeri Suçlar, Ankara, Adalet Yayınevi, s. 44.

³³³ DEMİRBAŞ, s. 500.

³³⁴ ÖZGENÇ, s. 557.

suçun işlenmesine yönelik hareketlere icra ederek suçu tamamlamaktadır.³³⁵ Suçun vasfına göre netice ortaya çıkmakta veya çıkmamaktadır.

İşte suç yoluna giren fail bazen bu suçu tamamlayamaz. Bu noktada teşebbüs³³⁶ kurumu gündeme gelmektedir. Teşebbüs, *“failin bir suçun icrasına yönelik elverişli hareketler ile başlaması ancak failin elinde olmayan sebeplerden dolayı icra hareketlerinin veya neticenin ortaya çıkmaması hali”* olarak tanımlanabilir.³³⁷

Teşebbüsün cezalandırılmasının nedeni toplumsal barışı bozması hadisesidir. Yani fail uhdesinde barındırdığı tehlikelilik ve hukuki yarar üzerinde meydana getirdiği zarar ihtimali dolayısıyla cezalandırılmaktadır.³³⁸ Teşebbüs durumu kasten işlenen suçlar bakımından söz konusu olmakta taksirli suçlar bakımından teşebbüsten söz edilememektedir.

Asta müessir fiil suçu niteliği itibariyle neticeli bir suçtur. Bu bakımdan teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkündür. Asta müessir fiil suçunda mağdurun vücuduna zarar verilmesi veya sağlığın bozulması diğer bir deyişle zarar olgusu söz konusu olduğundan üst olan fail tarafından bu kasıtlı elverişli hareketlere başlanılmış olması ve suçun iradesi dışında tamamlanamaması halinde teşebbüs söz konusu olacaktır.

Fail, kendi iradesi ile icra hareketlerinden vazgeçerse veyahut suçun tamamlanmasını önlerse teşebbüsten değil gönüllü vazgeçmeden bahsedilecektir. Bu bakımdan asta müessir fiil suçunda somut olaya göre gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanabilir. Bu durumda fail teşebbüsten dolayı cezalandırılmayacaktır.

C. İştirak

Suç ortaklığı ceza hukukumuzda yer alan önemli bir kavramdır. Genel ilke olarak ceza kanunları suçların tek bir kimse tarafından işlenilmesi şeklinde sistematize edilmiştir.

³³⁵ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 415.

³³⁶ Teşebbüs halinde suç, subjektif unsurları yönünden tamam olmakta ancak objektif unsurları yönünden eksiklikler bulunmaktadır. Sırf hareket suçlarında icranın tamamlanamaması, neticeli suçlarda ise icrai hareketin tamamlanamaması veya neticenin gerçekleşmemesi halinde teşebbüs söz konusu olmaktadır. Burada failin muayyen kastla hareket etmesi gerekmektedir. Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte olası kastla işlenen suçlarda teşebbüs mümkün değildir.

³³⁷ DEMİRBAŞ, s. 501.

³³⁸ DEMİRBAŞ, s. 503.

Bu nedenle suç tiplerinde ekseriyetler “bir kimse” ifadesi kullanılır. Ancak gerçek hayatta, kanunda yer alan suçlar birkaç kişi bir araya gelerek ya da birbirlerine yardım ederek gerçekleştirmektedir.³³⁹

Suçta iştirak aslında kanunda bu konuda bir zorlama olmamasına rağmen birden ziyade kişinin birlikte suç işlemesi halidir.³⁴⁰

Suçta iştirakin konusu, istisnai düzenlemeler haricinde, suç oluşturan fiile katılan kişilerin sorumluluk statülerinin belirlenmesidir. Suçta iştirak, *faillik* ve *şeriklik* olarak iki şekilde gerçekleşmektedir. Fail olarak değerlendirebilmek için kanundaki haksızlığın gerçekleştirilmesi gerekirken suçun icrasına nedensel katkı bulunmakla beraber kanundaki haksızlığı gerçekleştirmeyen kişi şerik olarak değerlendirilir.³⁴¹

Asta müessir fiil suçunun düzenleyen normda fail yönünden özel bir düzenleme bulunmadığından dolayı asta müessir fiil suçunda iştirak hükümleri uygulanabilir. Bu bağlamda azmettiren (*TCK md. 38*), yardım eden (*TCK md. 39*) ve müşterek fail olarak suçta iştirak mümkündür. Suçta iştirak edenlerin mağdurdan kıdem ve rütbece üst durumda olması gerekmektedir.

Astın başka askerler tarafından suimuamelede bulunulmasına göz yumulması halinde amir ile diğer askerler arasında ortak bir suç işleme iradesi bulunmamaktadır. Şayet ortak bir irade söz konusu ise AsCK 51/1-A bendi “*Madunlarla birlikte bir suçu yapmak veya madunların bir suçuna iştirak etmek*” kapsamında verilecek cezada artırım yapılması gerektiği değerlendirilmektedir. TCK’nın md. 40/2. fıkrasında düzenlenen özel faillik durumuna AsCK’da ayrı bir istisna gösterilmediğinden AsCK md. 117’de ifade edilen asker kişi olma yönündeki özgü suç niteliği kapsamında suçun işlenişine iştirak eden diğer kişiler azmettiren veya yardım eden sıfatıyla sorumlu tutulabilirler.³⁴²

³³⁹ DÜLGER, s. 737.

³⁴⁰ ÖZGENÇ, s. 594; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 447.

³⁴¹ DÜLGER, s. 740.

³⁴² DURAN, s. 277.

D. İçtima

Kanuni tanıma göre her netice veya neticesiz suçlarda sırf hareketin icrası ayrı bir suç oluşturur. Yani kaç tane fiil varsa o kadar suç, kaç suç varsa o kadar ceza vardır.³⁴³ İşte bu noktada fail tarafından yapılan hareket birden fazla ceza hükmünü ihlal edebilir veyahut birbirinden farklı hareketlerle aynı ceza normu ihlal edilmiş olabilir.³⁴⁴ Bu duruma öğretide gerçek içtima denilmektedir.

Suçların birleşmesi istisna, cezaların birleşmesi esastır.³⁴⁵ Cezaların birleşmesinden kastedilen faile işlenilen farklı suçlar bakımından tek bir ceza verilmesidir. İstisnayı oluşturan suçların birleşmesi hali; zincirleme suç ve fikri içtima diğer bir deyişle görünüşte içtima halidir. Görünüşte içtimada, hareketle ceza kuralları arasında ilişki sadece görünüşe olup bunlardan sadece birisi uygulanmaktadır. Bu durumda tek bir hüküm uygulanmaktadır.³⁴⁶

Fikri içtima kavramı, *non bis in idem* kuralı gereği failin bir fiilinden dolayı bir ceza verilir düşüncesinin doğru olduğu, ancak failin işlenilen suçlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılmasının sebep olacağı suç-ceza dengesizliği nedeniyle öğretide eleştirilmektedir.³⁴⁷

Öğretide yer alan başka bir görüşe göre, fikri içtimadan söz edilebilmesi için hareketin tekliği ve aynı hareket ile birden fazla suçun (aynı ya da farklı) ortaya çıkması gerektiği, eğer hareket sonucunda aynı suçlar meydana geliyorsa *aynı neviden fikri içtimanın*, farklı suçlar meydana geliyorsa *farklı neviden fikri içtimanın* söz konusu olacağı, aynı neviden fikri içtimaya ilişkin hükümlerin TCK md. 43/2-3. fıkralarında, farklı neviden fikri içtimanın ise TCK md. 44’de düzenlendiği, her iki halde de faile tek bir ceza verilmesinin öngörüldüğü belirtilmektedir.³⁴⁸

Fikri içtima, kanuni tanımında yer alan “*bir fiil*” ifadesinin ne anlama geldiğinin anlaşılamadığı, fiili netice sayısı belirliyorsa ortada tek bir fiil değil netice sayısınınca fiil

³⁴³ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 517.

³⁴⁴ DEMİRBAŞ, s. 581.

³⁴⁵ DÜLGER, s. 803.

³⁴⁶ DEMİRBAŞ, s. 582.

³⁴⁷ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 379.

³⁴⁸ DÜLGER, s. 812.

olduğu, bu nedenle fikri içtimanın mümkün olamayacağı, bu bağlamda hareketlerin bölünmesi halinde örneğin silahla ateş etme hareketinde önce bir kişinin ölmesi devamında bir kişinin yaralanması hadisesinde hareketlerin bölünebileceği, hedefte ve şahısta hata halinde iki farklı fiilin ortaya çıkacağı çerçevesinde kanunda yer alan tanımın yanlış olduğu, 765 sayılı TCK'daki tanımın daha doğru olduğu yönünde doktrinde eleştirilmektedir.³⁴⁹

TCK'da bazı suçların işlenmesi noktasında içtimalarını önleyen ve gerçek içtimanın uygulanması gerektiğini belirten hükümler bulunmaktadır. Bu konuda cebir, bir suçun temel ve nitelikli hali olarak kasten yaralamanın ağırlaşmış halini oluşturması halinde ayrıca cebir nedeniyle cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Benzer şekilde tek fiil ile işlendiği için suçların içtiması şeklinde değerlendirilecek bazı suçların gerçek içtima hükümlerine göre cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu duruma tehdit amacıyla kasten öldürme (TCK md. 106/3) suçu örnek olarak gösterilebilir.³⁵⁰

Doktrinde, TCK'nın 42. maddesinde düzenlenen bileşik suç kavramının özünde suçların içtima şekillerinden birisi olmadığı, bileşik suç halinde ortada birden fazla suç olmadığı, tek bir suç olduğu, kanunda yer alan tanımda “*tek fiil*” sayıldığı zikredilmiştir. Bu bakımdan bileşik suç kendini oluşturan suçlara bölünemez.³⁵¹ Bileşik suç aralarında araç-amaç ilişkisi bulunan suçlardan farklıdır.³⁵²

Öte yandan bir suç işlerken başka bir suçun da işlenmesi halinde eğer o suç diğer suçun bir unsuru veyahut ağırlaştırıcı nedeni ise fail yalnızca o suçtan sorumlu olacaktır. Böyle bir durumda fail müessir fiilden dolayı cezalandırılmayacaktır. Örneğin üst, astına verdiği borcu tahsil etmek amacıyla astını iteklemesi, tartaklaması olayında TCK'da düzenlenen yağma suçundan sorumluluğunun doğacağını düşünmekteyiz.

Aynı mağdura karşı farklı zamanlarda suç işleme kararında birlik kapsamında aynı suçun işlenmesi hali zincirleme suç olarak düzenlenmiştir. Aslında norm ihlali kadar suç

³⁴⁹ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 378.

³⁵⁰ KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 518.

³⁵¹ DEMİRBAŞ, s. 586.

³⁵² HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 376.

gerçekleşir. Ancak faile suçların toplanması sonucunda ağır bir ceza çıkmaması için tek ceza verilmesi halidir.³⁵³ Müessir fiil bakımından bu kural uygulanamayacaktır.

AsCK md. 43/1'e göre askeri suçlar bakımından TCK'daki içtima hükümleri uygulanabilir. Asta müessir suçu niteliği itibari ile kasten yaralama suçu ile arasında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. Şayet farklı normlar olduğu kabul edilse idi, tek bir fiil ile iki farklı suç normunun -iki farklı hukuki değerin- ihlal edildiği söz konusu olacağından dolayı fikri içtima hususunun değerlendirilmesi gerekecekti. Ayrıca suçun tek bir fiil ile birden fazla asta karşı işlenmesi halinde TCK'nın 43/3. fıkrasında yer alan kural uyarınca gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. Öte yandan suçun tek bir mağdura karşı farklı zamanlarda uygulanması halinde zincirleme suç hükümleri uygulanmaz. Her asta müessir fiili ayrı cezayı gerektirecektir.

E. Suçu Etkileyen Haller

Suçun ağırlığına etki eden bu nedenler, failin isnat yeteneği kaldıran veya azaltan nitelikleri ile ilgili olmamakta ve cezalandırılabilme şartlarının dışarısında kalmaktadır. Ancak söz konusu haller suçu çevrelemekte suçun nitelikli halleri ile birlikte yalın hallerini de izah etmektedir.³⁵⁴

Bu başlık altında asta müessir fiil suçu kapsamında haksız tahrik izah edilecektir. Haksız tahrik, TCK'nın 29. maddesinde "*haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen kimseye*" ihlal edilen suç için öngörülen cezada indirim yapılacağını belirtmiştir. Haksız tahrik, bir kişinin suç işlemeye yöneltmesi, kişinin iradesine suç işleme yönünde yapılan etkidir.³⁵⁵

Haksız tahrikten bahsedebilmek için haksız bir fiilin mevcudiyeti şarttır. Haksız fiilin konusunun suç olması zorunlu değildir. Haksız tahrikten dolayı suçun hafifletilmesinin genel olarak hakkaniyet gereği olduğu düşünülmektedir. Haksız tahrik, isnat yeteneğini ve kusurluluğu etkilememekte ve fiilin de bir parçası olduğu yönünde bir özellik sergilememektedir. Bu bakımdan karşımıza cezayı hafifleten öznel bir neden olarak

³⁵³ DÜLGER, s. 832.

³⁵⁴ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 386.

³⁵⁵ DEMİRBAŞ, s. 486.

çıkmaktadır. Haksız tarih genellikle kasten işlenen suçlarda görülmekle birlikte ender olarak taksirli suçlarda yer alması mümkündür.³⁵⁶

Doktrinde, haksız tahrikin şartları; *tahrike iten fiilin mevcudiyeti, yapılan fiilin haksızlık içermesi, fiil sonucunda öfke veya şiddetli bir üzüntünün ortaya çıkması ve işlenen suç failin ruhi durumunun tepkisi olması hali* olarak belirtilmiştir.³⁵⁷

AsCK'nın 44. maddesinde yapılan atıf nedeniyle haksız tahrike ilişkin genel hükümler asta müessir fiil suçu bakımından uygulanabilecektir. Örneğin, bölük komutanı yüzbaşının odasında yapılan toplantı sırasında bölük astsubayının bölük komutanının şerefine karşı sarfettiği sözler nedeniyle yüzbaşının gazap ve şedit etkisinde astsubaya tokat atması şeklinde cereyan eden asta müessir fiil suçunda bölük komutanına verilecek cezada haksız tahrik nedeniyle indirim yapılacaktır.

³⁵⁶ HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, *Genel Hükümler*, s. 386,387.

³⁵⁷ DEMİRBAŞ, s. 490.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUHAKEME VE YAPTIRIM

I. Soruşturma

30.06. 2021 tarih ve 31527 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 7329 sayılı Askerî Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 353 sayılı askeri mahkemelerin kuruluşu ile ilgili olan kanunu yürürlükten kaldırmıştır. Kanun teklifinin genel gerekçesinde yapılacak değişiklikle birlikte askeri suç ve yargılaması bundan sonraki süreçte nelerin hedeflendiği izah edilmeye çalışılmıştır.³⁵⁸ Yapılan değişiklikle, ilga edilen kanun nedeniyle ortaya çıkan boşluğu doldurmak ve askeri suçların soruşturma ve muhakeme işlemleri için özel nitelik taşıyan hususlar belirlenmeye çalışılmıştır.

Muhakemeye ilişkin ayırık durumlar, askerî suçlar bakımından öngörüldüğünden dolayı burada tespiti önem kazanan durum işlenen suçun askerî suç vasfında olup olmadığının tespit edilmesidir. Kanun koyucu tarafından askerî suçların yargılanmasına ilişkin genel kurallara göre farklı birtakım usul ve esas getirilmesinin anlaşılabilir olduğu değerlendirilmektedir. Yurdun savunulması ve harbe hazırlık gibi bir devletin bekasını etkileyecek ve tabiri caizse şansa bırakılmayacak hizmetlerin ifasından sorumlu kişiler bakımından genel toplumu kuşatan hukuk kurallarından farklı bir takım usul ve kaidelerin bulunmasının yerinde olduğu değerlendirilmektedir.

Önceki bölümlerde askeri suç kavramı detaylı olarak izah edildiğinden dolayı bu bölümde sadece yapılan kanun değişikliği üzerinden değerlendirme yapılacaktır. 7329 sayılı Kanun’la yapılan değişiklikle birlikte askeri suç *“Bu kanunda düzenlenen suçlar ile asker kişilerin askerlik hizmet ve görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçlar”* olarak tanımlanmıştır. Bu bakımdan asta müessir fiil suçu, AsCK’da düzenlendiğinden dolayı muhakemeye ilişkin ayırık durumlar tezimizin konusu olan suç tipi için de geçerlidir.

³⁵⁸ “adli yargı mercilerince uygulanacak usule ilişkin düzenlemeler yapılması ve askerî suçların yargılamasında uzmanlaşmanın sağlanması bakımından askeri suçlara ilişkin davalara bakacak mahkemelerin belirlenmesi zorunluluğu bulunmaktadır.” <https://www5.tbmm.gov.tr>, ET: 25.09.2023.

Kanun koyucu, AsCK'da düzenlenen suçları askeri suç olarak kabul etmiş ilave olarak asker kişilerin askerlik hizmeti ile ilgili olması şartıyla diğer suçları da askeri suç olarak kabul edileceğini belirtmiştir. Örneğin, aynı koğuştaki kalan askerî öğrencilerden birisi eğitim esnasında kaybettiği hücum yeleğini bölük komutanına bildirmemesi maksadıyla devre arkadaşını tokat atması eylemi, AsCK'nın 117'nci maddesinde düzenlenen asta müessir fiil suçu olarak nitelendirmesi yapılamamakla birlikte Türk Ceza Kanunu'nun 86'ncı maddesinde düzenlenen kasten yaralama suçuna vücut vermektedir. Ancak söz konusu suç askerî hizmeti ihlal ettiğinden ve askerî bir yarara helal getirdiğinden dolayı askeri suç olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Suçun askeri nitelikte olması halinin tespiti halinde özel hükümler devreye girecek söz konusu nitelik tespit edilemiyorsa genel muhakeme kuralları işletilecektir.

Asta müessir fiil suçunun işlendiği yönünde şüphe varsa soruşturma başlatılması gerekir. İdari soruşturma basit şüphe³⁵⁹ ile başlar. Asker şahısların suç işlediği yönünde şikâyet³⁶⁰, ihbar³⁶¹, başka kurum tarafından yetkili amire bildirim³⁶² veya bu yönde bilgi ve belge elde edilmesi halinde gerekli araştırmanın başlatılması gerekir. İdare ve disiplin hukukunun bir gereği olarak amir tarafından idari soruşturma/tahkikat başlatılır. Söz konusu araştırma; 6413 sayılı TSK Dis.K.'nda belirtilen disiplin soruşturması şeklinde olabileceği gibi Millî Savunma Bakanlığı'nın ilgili yönergesi kapsamında idari tahkikat kurulması şeklinde veya AsCK'nın 2'nci maddesinde yapılan yollamaya istinaden 211 sayılı İç Hizmet Kanunu'nun 115'inci maddesinde belirtilen amir ve ast vazifesi alan kişiler arasında cereyan eden eylemler bakımından ilgili devlet memurları hakkında muhakkik görevlendirilmesi ve rapor hazırlanması suretiyle icra edilir. Yürütülen tahkik neticesinde ilgili eylemin suç vasfına haiz olup olmadığı yönünde kanaat kesbedilir. Şayet suç işlendiği yönünde kanaat hâsıl olmuş ise söz konusu suçun AsCK kapsamında

³⁵⁹ Basit şüphe veya başlangıç şüphesi; belli bir kişiye yönelmiş dayandığı iz ve belirtilerin ispat gücü bakımından yetersiz olduğu ve kesin kanı için eksik kalan şüphe. Aynı yönde; ŞAHİN, Cumhur, GÖKTÜRK, Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Onikinci Bası, Ankara, Eylül 2021, s. 23.

³⁶⁰ Suçtan zarar gören tarafından suçun bildirilmesine şikâyet denir. Aynı yönde; BAYTEMİR KONTACI, Burcu, KILIÇ, Şahin Ali vd., Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022. s. 45.

³⁶¹ İhbar, kelime anlamı olarak duyurma, haber verme demektir. Kural olarak sivil kişilerin suçu bildirme yükümlülükleri yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunun 159'uncu maddesinde şüpheli ölüm ihbarının, TCK'nın 278'inci maddesine göre işlenmekte olan suçun, TCK'nın 279'uncu maddesinde görev esnasında suçtan muttali olan memurların, 280'inci maddeye göre sağlık memurlarının yetkili makamlara suçu bildirme yükümlülükleri vardır. İhbar şekle bağlı olmayıp söz, yazı ve diğer suretlerde yapılabilir. Söz ile yapılan ihbarın tutanağa bağlanması gerekir.

³⁶² DEMİR KOŞAR, G. Ceren, Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzni İşlemleri, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2019, s.47.

soruşturma iznine tabi suç olup olmadığı hususu değerlendirilir. AsCK’da düzenlenen suçlar ile asker şahısların askerî hizmet muvacehesinde diğer kanunlarda düzenlenen suçları işlemiş olması halinde soruşturma süreci izne tabidir.

A. Ön İnceleme

Soruşturma iznini düzenleyen AsCK’nın 15’inci maddesinde “...İzin vermeye yetkili merci, ihbar veya şikâyetin işleme konulması hâlinde...” ifadesi yer almaktadır. Ön inceleme usulü, 4483 sayılı Kanun’da düzenlenen usulden esinlenerek AsCK’ya ithal edilmiştir. Ön inceleme sürecine ilişkin birtakım hususlara AsCK’da değinilmişken bazı hususlar eksik bırakılmıştır. Örneğin ön inceleme sonucunda hazırlanacak ön inceleme raporunun ihtiva etmesi gereken özellikler ile ön incelemecinin yetkilerine AsCK’da yer verilmemiştir.³⁶³ Asker kişiler hakkında yürütülecek ön inceleme sürecinde usule ilişkin eksik olan hususlarda, 4483 sayılı Kanun’da yer alan hükümler uygulanacaktır.

Özü itibariyle ön inceleme süreci, fiilin öğrenilmesi ile soruşturma izninin verilip verilmeyeceğine karar verilmesi arasında kalan süreçtir. Soruşturma izni vermeye yetkili komutan/amir tarafından konu hakkında yaptırılan idari tahkikat veya disiplin soruşturması kapsamında hazırlanan rapor/tutanak veyahut ilgililerden alınan bilgi notları ışığında suç işlendiği yönünde şüphe hâsıl oluşmuş ise ön inceleme kararı verilir. Burada değerlendirmenin yetkili komutan/amir tarafından yapılması önemlidir.

Günlük hizmetin devamında genellikle disiplin soruşturması birinci veya ikinci sicil amiri tarafından yaptırılmakta soruşturma izni vermeye yetkili tugay komutanı/eşiti kurum amirinin her disiplinsiz olayından haberi olmayabilmektedir. Söz konusu disiplin soruşturmasını yaptıran komutan/amir tarafından yetki aşımı yapılmamasına dikkat edilmeli, suç işlendiği yönünde bilgi, belge veya bulgunun tespiti halinde konu sıralı amirlere intikal ettirilmelidir.

Özellikle daha önce incelemesi ve araştırılması yaptırılan konu hakkında neticeye etki edecek nitelikte yeni belge sunulması halinde konu hakkında karar verilmesi

³⁶³ YILMAZ, Nedim, “Askeri Suçlarda Soruşturma İzni”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, 2023, s.89.

maksadıyla söz konusu belge yetkili amire arz edilmelidir. Kanunda belirtilen şartlar söz konusu ihbar veya şikâyetle mevcut ise ön inceleme yaptırılması zaruridir.³⁶⁴

Yetkili komutan/amir kendisine intikal ettirilen suç ihbarı veya şikâyet hakkında kendisi ön inceleme sürecini yürütülebilir veyahut emri altında bulunan ve ön inceleme yaptırılacak personelden kıdem veya rütbece üstü olan kişi veya kişiler aracılığıyla da ön inceleme süreci yürütülebilir. Bu durumda ön inceleme görevi, bir kişiye veyahut en az üç kişiye tevdi edilebilir. Ancak zorunluluk bulunması halinde görevlendirilen heyet üye tam sayısının çoğunluğu, hakkında ön inceleme yapılan askeri personelin eşiti veya üstü konumda olması, kesin surette heyet başkanının hakkında inceleme yapılan askeri personelden üst konumda olması yeterlidir. Örneğin, üsteğmen hakkında ön inceleme yapılması için heyet görevlendirildiğinde; zorunluluk varsa üyelerden birisi teğmen, diğeri üsteğmen ve heyet başkanı yüzbaşı olabilir. Dikkat edileceği üzere, görevlendirilecek heyet en az üç kişi olabilir. Sayısal anlamda heyetin çift sayıdan teşekkül ettirilmesinde kanunî engel yoktur.

Ön inceleme emri; görevlendirilen personel bilgilerini, ön inceleme yapılacak personelle aynı rütbede heyet üyesi varsa rütbe nasıp tarihleri, iddia edilen suça ilişkin varsa detay bilgileri örneğin yer, zaman, varsa ilgili kişiler vb. hakkında ön inceleme yapılacak askeri şahsın bilgileri, ön inceleme raporunun teslim tarihini ve komutan tarafından dikkat edilmesi istenilen hususları içermelidir.

Yürütülen ön inceleme sürecinde suç isnadında değişiklik yapan bilgi ve belge ortaya çıkarsa ilgili asker kişiye ilave savunma hakkı tanınmalıdır. Örneğin suçun asta müessir fiil suçu olmadığı, üste fiilen taarruz olduğunun anlaşılması halinde ek savunma imkânı verilmelidir. Veyahut ön inceleme sırasında suçla ilgili başka kişilerin fail/şerik olarak iltisakı söz konusu olursa yetkili amire durum derhal bildirilmeli ve söz konusu kişiler için de ön inceleme emri verilmesi beklenilmelidir. Ön inceleme kararı verilmeden sonradan ilgisi çıkan kişiler hakkında işlem yapılması hukuka aykırı olacaktır. Yapılan usulsüz işlemler nedeniyle askeri kurum açısından idari yargıda tam yargı davası, ön inceleme heyetinin şahsi kusurları yönünden ceza sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

³⁶⁴ D2D. E. 2003/647, K. 2003/1618, T. 26.6.2003, Danıştay Karar Arama, ET: 30.09.2023.

Ön inceleme heyetinin seçimine yönelik AsCK'nın 15'inci ek maddesinde yer alan düzenleme, 6413 sayılı Kanun'un 7'nci maddesinde düzenlenen heyet başkanı hariç olmak üzere gerek görülmesi hâlinde, hakkında disiplin soruşturması yapılacak kişiden rütbe veya kıdemce daha aşağıda heyet üyeleri görevlendirilebilir, hükmüne paralellik göstermektedir. Bununla birlikte, 6413 sayılı Kanuna göre disiplin kurulları minimum üst subay olan bir başkan ile meslekte beş yılını tamamlamış, başkandan kıdemsiz bir subay ve bir astsubay üye olmak üzere, disiplinsizlik yapan personelin astı olmayan toplam üç kişiden oluşur. AsCK'da yer alan hükümde ön inceleme heyet başkanı görevi verilecek kişinin üst subay olması şartı düzenlenmemiştir. Disiplin ve ceza mevzuatı birlikte değerlendirildiğinde; ön inceleme heyetine personel görevlendirme işleminin disiplin amiri tarafından görevlendirilen disiplinsizlik soruşturma heyeti ile asgari tugay seviyesinde birlik, kurum ve karargâhlarda kurulan disiplin kurulu belirleme işlemi arasında kalan bir özellik taşıdığı söylenebilir.

Yukarıda ön inceleme heyetinin kurulmasına yönelik izah edilen zorunluluk hallerinde yetkili komutan/amir tarafından istisna kural işletilmeli, yetki keyfi olarak kullanılmamalı³⁶⁵ zorunluluk hali söz konusu ise personel seçimi izah edildiği gibi yapılmalıdır. Zorunluluk haline; ön inceleme yaptırılacak personelden kıdem veya rütbece üstü olan personel miktarının yetersiz olması, personelin izinli olması, istirahatli olması, konuş değişikliği vb. fiili imkansızlıklar halleri gösterilebilir. Zorunluluk hali yoksa hakkında ön inceleme yapılacak personelin üstü niteliğindeki personel heyete görevlendirilmeli, kişinin taşıdığı rütbeye gereken saygı gösterilmelidir. Rütbeye gereken saygıyı göstermek Türk Silahlı Kuvvetleri'ne bağlılığı, sevgi ve saygıyı göstermek demektir.

Ön inceleme heyeti veyahut diğer bir söylemle muhakkik heyetinin, ön incelemeyi yaparken sahip olduğu yetkiler AsCK'da düzenlenmemiştir. Bu bakımdan heyetin haiz olduğu yetkiler yapılan atıf nedeniyle 4483 sayılı Kanun'da düzenlenen yetkilerle sınırlıdır. Kanun'un lafzına göre, heyetin görevlendirilmelerinden kaynaklı olarak

³⁶⁵ İç Hizmet Yönetmeliği Md. 20 – “Amirler... onların haklarını korumalı, onlara candan bir baba ve büyük kardeş duygusu ile her türlü yardımda bulunmalıdır.”

komutana/amire teşmil olan yetkiler ile bakanlık müfettişlerinin sahip olduğu yetkileri kullanabilmeleri mümkün kılınmıştır.³⁶⁶

4483 sayılı Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde ön inceleme/heyet Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre işlemlerini yürütebileceklerdir. Burada yer alan atfın özelliklerinin ortaya koyulması yerinde olacaktır. Söz konusu atfın, ön inceleme raporunun hazırlanmasına yönelik ihtiyaç duyulacak bilgi ve belgelerin toplanması maksadıyla yazışma yapma yetkisi, bilirkişi görevlendirme, teknik inceleme yaptırma gibi yetkileri kapsadığı söylenebilir. Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre münhasır savcıya bırakılan yetkilerinin kullanılmasının mümkün olmayacağı değerlendirilmektedir.³⁶⁷ Aksi halde savcının doğrudan soruşturma açabilmesi, izin prosedürünün işletilmesine gerek olmayacağı sonucuna varılabilir.

Ön inceleme/heyet tarafından geçici koruma tedbirine ihtiyaç duyulması halinde savcılıktan talep edilmeli, hâkim kararına ihtiyaç duyulan hallerde yine savcılık makamı üzerinden talep iletilmelidir. Ön inceleme süreci, savcılığın yaptığı soruşturma neticesinde hazırlanan iddianame gibi bütün bilgi, belge ve delillerin ortaya koyulması olmayıp yapılan ihbar veya şikâyetin yargılanmasının gerekip gerekmediğine karar verilmesidir. Ön inceleme/heyetler sonuç itibarıyla idari teşkilatın sâyesi olup yargı teşkilatının üyesi olan savcılık makamının tüm yetkileri kullanabilmeleri olanaksızdır. Aksi halde idari teşkilatın sınırları aşarak yargı teşkilatının alanına müdahale edilmiş olunacaktır.³⁶⁸

Ön inceleme/heyet tarafından hakkında inceleme yapılan asker kişiyi hakkında iddia olunan suç etrafınca izah edilmeli, aleyhine olan bilgi, belge ve bulgular hakkında varsa ne demek istediği sorulmalı, kişiyi ifade vermesi/bilgi alma tutanağı için yeterli ve makul süre verilmelidir. ³⁶⁹ Makul ve yeterli süre kavramından asker kişiyi isnat edilen suçun ağırlığına göre savunma yapabilmesi için verilmesi gereken süre anlaşılmalıdır. Dolayısıyla ön inceleme/heyet tarafından hakkında ön inceleme yapılan asker personelin ifadesini almadan sonuç raporu hazırlaması hukuka aykırı olacaktır. Danıştay tarafından

³⁶⁶ AKYILMAZ, Bahtiyar, SEZGİNER, Murat, KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, 2023, Ankara, Seçkin Yayıncılık, s. 771.

³⁶⁷ GÖKCAN/ARTUÇ, s. 389.

³⁶⁸ ÜLKER, G., 4483 Sayılı Kanun ve 2547 Sayılı Kanun Kapsamındaki Ceza Yargılamalarında Ön İnceleme Görevlisi ile Soruşturmacının Yetkilerine İlişkin Bir Değerlendirme, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 183, Kasım 2021, s. 2188.

³⁶⁹ D2D, E. 2004/137, K. 2004/240, T. 12.3.2004, Danıştay Karar Arama, ET:01.10.2023.

verilen gerek yargı kararlarından gerekse kanun hükmünden bu sonuca ulaşılmaktadır. Anayasa'nın 36'ncı ve 129'uncu maddesinde savunma hakkına yer verilmiştir. Disiplin ve yargı sürecinin sürüncemede kalmaması, yasal sürelerinin kaçırılmaması için ifadesi alınacak personelin geçici görev gibi başka yerde bulunması halinde genel kurallara göre ilgili komutanlık üzerinden istinabe suretiyle ifadesi alınabilir.

Hakkında ön inceleme yapılacak asker kişinin bulunamaması halinde ifadesine başvurulamamakta, izin prosedürü dolayısıyla suça ilişkin soruşturma süreci işletilememektedir. Bu durumun önüne geçmek için 30.06.2022 tarihinde AsCK'ya genel kurala istisna hüküm getirilmiştir. Kanun lafzında “...*Fırar ve izin tecavüzü gibi...*” ifadesi kullanılarak tahdidi sayım yerine tadadî sayım tercih edilmiştir. Kanaatimizce, suç ve cezalar kanunda belirli olduğundan dolayı istisna hükümde hangi suçların istisna kapsamında olduğunun tahdidi olarak belirtilmesi daha uygun olacaktır. Kaldı ki kanun gerekçesinde de AsCK'nın 65 ila 71'inci maddeleri arasında kalan izin tecavüzü ve fırar suçundan bahsedilmiştir. Bu bakımdan kanun metnindeki “*gibi*” ifadesi çıkarılmalıdır.³⁷⁰

AsCK'nın 15'inci ek maddesinin dokuzuncu ek maddesinde yer alan fırar, izin tecavüzü gibi ifadesindeki gibi kelimesinin ifade almanın imkânsız olduğu zorunlu hâllerin kapsamını genişleteceği, idareye ifade almada ölçüsüz genişlikte takdir hakkı tanındığı, yetkili idarenin tarafsızlığına gölge düşüreceği, keyfilığe sebep olabileceği, kanunilik ilkesini ihlal ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesi'nde iptal davasına konu edilmiştir. Anayasa Mahkemesi tarafından söz konusu savunma hakkının sınırlandırılması iddiası Anayasa'nın 13'üncü maddesi çerçevesinde incelenmiştir. Askeri idare tarafından ön inceleme aşamasında yapılan değerlendirmenin nihai bir değerlendirme olmadığı, ilgilinin ifadesinin alınmaması halinde ön inceleme sürecinin sürünceme de bırakılmaması, ön inceleme sonucunda verilen kararın söz konusu eylemin soruşturulabilir nitelikte olup olmadığının tespitine dair olduğundan ve masumiyet karinesini ortadan kaldırmadığından hareketle söz konusu kısıtlamanın Anayasa'ya aykırı olduğu iddiasına itibar edilmemiştir.³⁷¹ Kararda, “*Gibi*” kelimesi ile fırar ile benzer suç tiplerinin kast edildiği, bu

³⁷⁰ Maddenin gerekçesi “*Madde ile; 1632 sayılı Kanunun 65 ila 71 inci maddelerinde sayılan fırar ve izin tecavüzü mahiyetindeki suçlarla ilgili olarak, hakkında ön inceleme yapılan kişinin bulunamaması nedeniyle ifade almayı imkânsız hale getiren zorunlu hallerle sınırlı olmak üzere, ilgilinin ifadesinin alınmamasına yönelik düzenleme yapılması amaçlanmaktadır.*”
<https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D27/Y5/T2/WebOnergeMetni/43502a66-a892-473c-9a0b-72425c52b7b6.pdf> ET: 02.09.2023.

³⁷¹ AYM, E.2022/116, K.2023/126, T.13.07.2023, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:01.09.2023.

suç tiplerinin öngörülebilir olduğu, bu bağlamda asker kişinin ifadesi alınmadan hangi durumlarda soruşturma açılabilceğinin belli olduğu, savunma hakkının kısıtlanmasının herhangi bir tereddüde yer verilmeyecek bir şekilde açık ve net olarak ortaya koyulduğundan dolayı kuralın kanunilik şartlarını taşıdığı sonucuna ulaşıldığı zikredilmiştir.

Benzer bir durum, 6413 sayılı TSK Dis. K.’nun md. 13/6’ncı fıkrasında “*Fırar ve izin tecavüzü gibi ilgilinin bulunamaması nedeniyle savunma almayı imkânsız hâle getiren zorunlu hâller ile 21 inci madde gereğince verilecek Silahlı Kuvvetlerden ayırma cezasında savunma alınmaz.*” ifadesinde yer alan “*21 inci madde gereğince*” ifadesinin Anayasa’ya aykırılık iddiası ile dava konusu olmuştur. Anayasa Mahkemesi, savunma hakkının kısıtlanmasını ve genel kuraldan ayrılmasını hukuka aykırı kabul edilerek söz konusu ibareyi iptal etmiştir.³⁷² Anayasa Mahkemesi verdiği güncel kararlarda kanun koyucunun asker kişiler yönünden savunma hakkının kısıtlanmasını kolaylaştırmasını hukuka uyarlı kabul ettiği söylenebilir.

Ön inceleme, ön inceleme emrinde belirtilen asta müessir fiil suçunun işlendiği yönündeki iddiayı etraflıca araştırır. Ön inceleme sürecindeki amaç; savcılık ve mahkeme tarafından yürütülen muhakeme işlemlerinden önce idareye kanun tarafından verilen suça ilişkin inceleme ve araştırma evresindeki sorumluluklarını şeffaf, etkili ve somut gerçekliğe ulaşmaya yönelik sıhhatli bir şekilde yerine getirmesidir. Sayılan hususlara azami dikkat edilmesi gerekmektedir.

Ön inceleme tarafından tanzim edilecek ön inceleme sonuç raporunun ihtiva etmesi gereken hususlar gerek AsCK’da gerekse de 4483 sayılı Kanun’da düzenlenmemiştir. Bu bakımdan tanzim edilecek sonuç raporda; görevlendirme emrinin tarih ve sayısı, ön incelemedicilerin kimlik bilgileri ile rütbeleri, tespiti yapılan bilgiler, varsa adli/teknik kayıtlar, tanık ifadeleri, olayda varsa hukuka uygunluk nedenleri veyahut şahsi cezasızlık sebepleri ile hakkında ön inceleme yapılanın ifadesi yer almalıdır.³⁷³

Hazırlanacak raporun kovuşturma evresinde verilen mahkeme kararları gibi bağlayıcı nitelikte olmadığı ve suç isnadını kesin surette ortaya koyma imkânı bulunmadığı dikkate

³⁷² AYM, E.2013/46, K.2013/140, T.28.11.2023, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:02.09.2023.

³⁷³ DİD, E. 2009/1114, K. 2009/1700, T. 9.12.2009, Kazancı Karar Arama, ET:01.10.2023.

alındığında raporda kullanılan ifadelerin kesin/kat'i ifadeler şeklinde olmamasına dikkat edilmelidir. Örneğin sonuç raporunda “3'üncü sınıf Harbiyeli Hasan hakkında yapılan ön inceleme neticesinde elde edilen bilgi, belge ve bulgular; adı geçen öğrencinin takım komutanı piyade Üsteğmen Mehmet'e fiilen taarruz ettiği yönündeki iddiaları şüpheye yer bırakmayacak şekilde doğrulamaktadır.” şeklinde ifadeye yer vermek doğru olmayacaktır. Bu tarz ifadeler yerine “3'üncü sınıf Harbiyeli Hasan hakkında yapılan ön inceleme neticesinde elde edilen bilgi, belge ve bulgular; adı geçen öğrencinin işlemiş olduğu fiilin üste fiilen taarruz suçunu oluşturabileceği değerlendirilmektedir, kıymetlendirilmektedir.” ifadesine benzer bir ifadenin tercih edilmesi daha doğru olacaktır.

Kanun koyucu tarafından 20.8.2016 tarihli 6745 sayılı Kanun ile 4483 sayılı Kanun'a eklenen ek md. 1'in ihtiva ettiği hükme göre; ön inceleme görevi verilen personelin hazırlamış olduğu rapordan dolayı tazminat davaları ancak idare aleyhine açılması caizdir. İdare ödemiş olduğu tazminatı ancak kin, garez vb. objektifliği etkileyen sebeplerle usulsüz rapor tanzim eden personeline rücu edebilir.

Ön inceleme sonucunda hazırlanacak rapor kapsamında yetkili komutan/amir tarafından *lüzumu muhakeme (soruşturma açılması) veya men-i muhakeme (soruşturma izni verilmemesi)* kararı verileceğinden dolayı ön incelemeci olarak görevlendirilen kişi/kişilerin titizlikle süreci yönetmesi lehe ve aleyhe olan bütün bilgi ve belgeleri toplaması³⁷⁴, delillerin muhafazasının sağlanması, somut vakıa hakkında bilgi ve görgüsü olan herkese başvurması hayatî önem arz etmektedir.

B. İşleme Konulmama Kararı

7329 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle AsCK'ya eklenen soruşturma izninin verilmesinin usul ve esaslarını düzenleyen 15'inci ek maddesi “...İzin vermeye yetkili merci, ihbar veya şikâyetin işleme konulması hâlinde...” hükmünü ihtiva etmektedir. Bu cümleden hareketle asker kişi hakkında yapılan her ihbar veyahut şikâyetin işleme koyulması gibi bir zorunluluğun bulunmadığı sonucuna varılabilir. İşleme koyulmaması yetkisi kanunda zikredilmiş olmakla birlikte hangi hallerde kullanılacağı düzenlenmemiştir. Bunun yerine kanun koyucu tarafından aynı maddede 4483 Sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerine atıf

³⁷⁴ DİD, E.2017/286, K.2020/1618, T. 26.2.2020, Kazancı Karar Arama, ET:01.10.2023.

yapılmıştır. Bu bakımdan işleme koyulmamasına ilişkin hususlarda 4483 sayılı Kanun'dan istifade edilecektir.

Atıf yapılan 4483 sayılı Kanun'un 4'üncü maddesinde kamu görevlisinin zan altında bırakılmaması, kamunun emek, zaman ve imkanlarının israf edilmesinin engellenmesi, keyfiyetin önüne geçilmesi ve isnatların somutlaştırılması bakımından ilgili personel hakkında yapılan şikâyet ve ihbarların bazı koşullara haiz olması halinde işleme koyulması³⁷⁵ gerektiren hususları düzenlenmiştir. Bu bakımdan söz konusu ihbar veya şikâyetle en azından kişi veya olayın belirtilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu “*kişi veya olay*” ifadesini kullanarak başvurunun işleme koyulmasını kolaylaştırmıştır. Bazı olayların, ilk etapta kim tarafından yapıldığı bilgisi bilenememekte yapılacak inceleme ve araştırma neticesinde müsebbibin tespitinin söz konusu olabilmektedir. Bu bakımdan failin kimliğinin bilinmesi araştırmaya başlamak için zorunlu değildir.³⁷⁶ Örneğin, üs bölgelerinde görev yapan uzman çavuşlara müessir fiil uygulanıyor iddiası, kişi ve somut olgu yönünden isnat edilemediğinden dolayı inceleme ve araştırmayı gerektirmezken Şırnak'taki 10'uncu üs bölgesinde bulunan komando kolundaki A isimli uzman çavuşun müessir fiile maruz kaldığı iddiası şeklinde somutlaştırıldığında söz konusu isnat hakkında inceleme ve araştırma yapılmalıdır.

İddiaların ciddî bulgu ve belgelere dayanması, aranılan diğer ihbar veya şikâyetle aranılan diğer koşuldur. Bu koşul bakımından kullanılan ifadenin bilinçli bir şekilde tercih edildiği anlaşılmaktadır. Soruşturma başlatmak için yazılı belge şart olmadığı gibi suç işlendiği yönünde ciddi bulgu, iz veya emare olması yeterlidir. Dikkat edilmesi gereken husus, söz konusu bulgu ve belgelerin ispat gücü bakımından makul şüphe, kuvvetli şüphe seviyesinde olması durumu aranmayıp başlangıç şüphesi³⁷⁷ oluşturması yeterli kabul edilebilir olmalıdır.³⁷⁸

İhbar veya şikâyet dileklerinde dilekçeyi yazanın adının, soyadının, imzasının, iş veya ikametgâh adresinin belirtilmesi ihbar veya şikâyetle aranılan diğer koşuldur. Kanun

³⁷⁵ YURTCAN, Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 740.

³⁷⁶ ARTUKOĞLU, Yiğit, İnceleme ve Soruşturma Rehberi: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin, Gazi Kitapevi, Ankara, 2018, s. 57.

³⁷⁷ KIZILYEL, Serkan “4483 sayılı Yasa Uygulamasında Verilen İşleme Konulmama Kararı ve Hukuki Denetimi” *Türk İdare Dergisi*, Yıl:78, Sayı:451, 2006, s.126.

³⁷⁸ CMK'ya göre suç şüphesi seviyeleri; basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe ve kuvvetli şüphedir. Bkz. EŞİTLİ AYGÜN, Ezgi, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 31.

koyucu tarafından bu koşula istisnai bir düzenlemeye öngörülmüştür. Şayet ihbar veya şikâyet belgeler ile ortaya koyulmuş ise ihbar eden/şikâyet eden bakımından koşulun eksikliği öne sürülmeyecektir. Bu bakımdan hukuka aykırılığı isnat edilen olayı tesvik edici belgeler başvuruda mevcut ise müracaat sahibinin kimlik bilgilerinin doğruluğu yönünde araştırma yapılması mecburiyeti yoktur. Ancak söz konusu belgeler, gizlilik derecesi içeren belgeler olması halinde müracaat sahibinin belge ve bilgiye bilmesi gereken prensibi bakımından ulaşıp ulaşamayacağı hususu değerlendirilmeli, yetkisiz ele geçirilen bilgi ve belgeler bakımından konunun münhasıran ayrı bir suç oluşturup oluşturmayacağı hususu yetkili amir tarafından değerlendirilmelidir.

İhbar veya şikâyetin şekli bakımından özel düzenleme öngörülmemiştir. Ancak dilekçede başvuranın adı, adres bilgileri yer almaması halinde şikâyetin işleme konulamayacağı 4483 sayılı Kanun'da belirtilmiştir. Kanaatimizce şikâyet veya ihbarın sözlü olarak yapılabilmesi mümkündür. Sözlü olarak alınan şikâyet tutanağa bağlanır.³⁷⁹ Benzer olarak 211 sayılı TSK İç Hiz. K.'nun 26'ncı ve müteakip maddelerde şikayetlerin söz ve yazıyla yapılabileceği hususu düzenlenmiştir. Sözlü olarak yapılan şikayetlerin tutanağa bağlanması, müracaat sahibinin kimlik bilgilerinin tutanakta yer almaması söz konusu idari/adli tahkikat sürecinde bilgi ve görgüsüne başvurulması ihtimali bakımından önemlidir.

Şikâyet veya ihbarın yukarıda belirtilen şartları taşımaması veyahut konu hakkında daha önce ön inceleme yapılmış olması halinde komutan/amir tarafından işleme konulmama kararı verilecektir.³⁸⁰ Yetkili amir, *asgari tugay komutanı veya eşiti askeri kurum amiridir*. Yetkili komutan/makam tarafından suç işlendiğinin öğrenilmesi veya kendisine bildirilmesi halinde konu hakkında ön inceleme başlatılması zorunluluğu bulunduğundan dolayı savcılık makamları tarafından bildirim yapıldığında konu hakkında ön incelemenin yapılması gerekmektedir.³⁸¹ İhbar veya şikâyetin işlememe konulmamasına karar verilmesi halinde askeri makam tarafından söz konusu karar müracaat sahibine bildirilir. Müracaat sahibi tarafından bu karara itiraz edilebilir. Bildirim yapılmaması halinde müracaat sahibine itiraz için tanınan hak düşürücü süre başlamaz. Muhbir/şikâyet

³⁷⁹ TOPUZ, İbrahim, Açıklamalı-İçtihatlı Memur Yargılama Hukuku, Ankara, 2001, s. 161.

³⁸⁰ D1D, E.2022/1015, K.2022/1205, T.28.09.2022, Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı, ET:29.09.2023.

³⁸¹ PINAR, İbrahim/ÇALIŞKAN, Öner, Kamu Personeli Ceza Soruşturma Usulü, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2020, s.259; Aynı Yönde, GÖKCAN Hasan Tahsin, ARTUÇ, Mustafa, Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri, Ankara, Adalet Yayınları, 2016, s. 340.

eden on gün içerisinde askeri makam tarafından verilen karar aleyhine itirazını Bölge İdare Mahkemesine yapmalıdır. Bölge İdare Mahkemesi tarafından askeri birlik/kurumdan ilgili bilgi ve belgeler ile işleme konulmama kararı temin edildikten sonra itiraz hakkında kesin karar verilecektir. İtiraz dilekçesi muhbir/şikayetçi tarafından askeri birlik/kuruma sunulması halinde; askeri makamca itiraz dilekçesi ve ilgili evraklar itiraz hakkında karar vermesi için Bölge İdare Mahkemesine gönderilmelidir.

İşleme konulmama kararına karşı yasal engel bulunmadığından dolayı idari yargıda iptal davası açılmasının mümkün olduğu söylenmektedir.³⁸² Kanun'da itiraz hakkı tanındığından dolayı müracaat sahibinin iptal davası açamayacağı yönünde aksi görüş de bulunmaktadır.³⁸³ Kanaatimizce, 4483 sayılı Kanun'da işleme konulmama kararına karşı itiraz yolu öngörüldüğünden ve ilgili askeri makamca verilen işleme konulmama kararının denetiminin mümkün olması hasebiyle askeri makamlar tarafından verilen işleme konulmaması kararı hakkında idari yargıda iptal davası açılamaz. Yapılan itirazlar hakkında yargı organlarınca azami 3 ay içinde karar verilmesi gerektiğinden dolayı hak arama hürriyetinin kısıtlanmadığı, aksine iptal davası sürecinden daha kısa süreç içinde tamamlanması gereken denetleme mekanizmasının olduğu söylenebilir.

Cumhuriyet Başsavcılığına yapılan ihbarların taşınması gereken kanuni niteliklere haiz olmaması veya daha önce konu hakkında soruşturma yapılmış olması³⁸⁴ halinde müracaat, savcılık makamı tarafından işleme konulmayabilir. 4483 sayılı Kanun'da savcılık makamı tarafından işleme konulmama kararına karşı başvuru yolu gösterilmemiştir.³⁸⁵ İhbar veya şikâyetle konu eylemin suç oluşturmadığı herhangi bir araştırma yapmaya gerek duyulmaksızın açıkça anlaşılıyorsa veya ihbar veya şikâyetin soyut ve genel nitelikte olduğu anlaşılıyorsa, araştırma yapılmaksızın CMK md.158/6 gereği savcılık makamı tarafından soruşturma yapılmasına yer olmadığına kararı verilir.³⁸⁶ Verilen bu karar şikâyet edene bildirilir. Şikâyet eden tarafından bu karara itiraz edilmesi mümkündür.

³⁸² BOZ Selman Sacit, Memur Yargılanmasında İzin ve İtiraz Süreci, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014, s. 72.

³⁸³ YILMAZ, s.85.

³⁸⁴ DİD. E.2011/819, K.2011/1087, T.30.6.2011, Danıştay Karar Arama, ET: 28.09.2023.

³⁸⁵ DİD. E.2004/794, K.2005/301, T.3.3.2005, Danıştay Karar Arama, ET: 29.09.2023.

³⁸⁶ EŞİTLİ AYGÜN, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar, s. 60.

Yürütülen idari soruşturma neticesinde işlenilen suçun soruşturması iznine tâbi bir suç olduğunun tespiti halinde örneğin suçun asta müessir fiil suçu olması halinde o aşamaya kadar elde edilen bulgu, bilgi ve belgeler AsCK ek 14. maddesine göre soruşturma izni vermeye yetkili amir veya yetkisini devrettiği hukuk hizmetleri birimine yollanır. Birlik komutanı/yetkili hukuk hizmetleri başkanı/birim amiri tarafından yapılan inceleme ve değerlendirme neticesinde askerî bir suçun işlendiği yönünde kanaat oluşursa konunun incelenmesi için ön inceleme emri verilir. Somut gerçekliğin ortaya çıkarılması için askerî makamlarca yürütülen inceleme ve araştırma süreci bu aşamadan itibaren biraz daha görünür hâle gelmekte; bu bakımdan muhatabının lekelenmeme hakkına dikkat edilmesi ve devam eden sürecin gizlilik içinde yürütülmesi önem arz etmektedir. Kamunun emek ve zamanını boşa harcamamak, askerî şahısların şeref ve haysiyetlerine zarar vermemek ve lekelenmemelerini sağlamak bakımından her ne kadar AsCK’da şüphenin derecesi belirtilmese de ön inceleme emri vermek için asgari olarak suçun işlendiği yönünde yetkili makamlarca idari soruşturmaya başlama aşamasında mevcut olan şüpheden fazla şüphenin mevcut olduğuna kani olunmalıdır. Şüphe; genel ve soyut nitelikte olmamalı, sadece dedikodulara, iftiralara, duyumlara, asılsız isnatlara, salt subjektif değerlendirmelere dayanmamalı, objektif olarak somutlaştırılabilen olgulara dayanmalıdır. Suç işlendiği yönünde ortalama zekaya³⁸⁷ sahip kişilerde algı oluşturmaya yetecek emare bulunmalıdır³⁸⁸.

C. Soruşturma İzni

Askerî şahısların, AsCK’da yer alan ve diğer kanunlarda düzenlenmekle birlikte askeri bir hizmetin ihlali maksadıyla işlediği suçlar askerî suç sayılmaktadır. Bu suçların soruşturmaları izne tabidir. Bu bakımdan asta müessir fiili suçunun soruşturulması izne bağlıdır. Soruşturma izni safhası, askerî suçla ilgili ön inceleme safhasının tamamlanmasına müteakip safhadır. Bu safhada, yetkili komutan/amir tarafından ilgili asker şahıs hakkında soruşturma izni hususu karara bağlanır.

Cumhuriyet başsavcılıkları asta müessir fiil suçundan ihbar veya şikâyet yoluyla haberdar olabilecekleri gibi resen de suçun işlendiğinden haberdar olabilirler. Müteakiben başsavcılık tarafından söz konusu suçun AsCK’nın 11. maddesi kapsamında askeri bir suç

³⁸⁷ ARTUKOĞLU, s. 57.

³⁸⁸ YAYLA Mehmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s.123.

oluşturup oluşturmadığı değerlendirilir. Suçun askeri suç olduğu tespit edilirse savcılık tarafından 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun'un 4. maddesi kapsamında acele toplanması gereken ve kaybolması riski bulunan deliller tespit edilerek ve başkaca bir işlem yapılmaksızın ihbar veya şikâyetle konu olan asker kişi hakkında AsCK Ek m.15'e göre soruşturma izni vermeye yetkili makama yazının bir örneği gönderilerek personel hakkında soruşturma izni talep edilir. Bu durumda bile Cumhuriyet savcısına kaybolma ihtimali olan delillerle sınırlı olsa dahi soruşturma imkânı tanındığı söylenilebilir.³⁸⁹

Soruşturması izne tabi askeri suçlarda zarar görenin yapmış olduğu şikâyet, ihbar mahiyetindedir.³⁹⁰ Askeri suçlar şikâyetle tabi suçlardan olmayıp re'sen yargı süreci yürütülür.³⁹¹ İşlenen müessir fiil/yaralama, soruşturma izni kapsamında değilse –askeri suç değilse- hazırlanan suç dosyası, askerî personelin görev yaptığı kıta, karargâh veya askeri kurum tarafından üst kurum veya birliğe veyahut verilecek emir talimatlara göre adli makamlara gönderilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eğer suç şikâyetle tabi ise ve bildirimde bulunan kişi suçtan zarar gören kişi ise söz konusu bildirim şikâyet hakkının kullanımı olarak kabul edilmelidir. Örneğin komando okulunda aynı dönemde kurs gören astsubay ve teğmen arasında çarşı izni sırasında yaşanan ve astsubayın dişinin kırıldığı olayda kavganın sebebi askeri hizmetle ilgisi olmamakla birlikte aralarındaki husumete dayanıyorsa söz konusu suç asta müessir fiil suçu olarak değil de ceza genel kanununa göre kasten yaralama suçu olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, AsCK'da, soruşturma izni safhası yaptırılacak ön inceleme dahil otuz gün olarak belirlemiştir. Zorunlu hallerin ortaya çıkması halinde bu süre 15 gün daha uzatılabilir. Ancak ilave süre verilmesi kararının, takdir yetkisinin kullanılması ve gerekçe ilkesi uyarınca gerekçelendirilmesinin yerinde olacağı değerlendirilmektedir. Gerekçe ilkesinden kastedilen idari işlemlerde bulunan sebep unsurunun objektif olarak ortaya koyulmasıyla ilişkilidir.³⁹²

³⁸⁹ ERTEM, Burcu, Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 155,156.

³⁹⁰ YILMAZ, s. 77.

³⁹¹ AsCK md.48/A - “Askeri suçların takibi şikâyetle bağlı değildir.”

³⁹² SEÇKİN, Sinan, ÜSTÜN, Gül, İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi, s.524.

Yetkili amir/komutanın ön inceleme sonuç raporu ile bağı olacağına yönelik bir husus gerek AsCK'da gerekse de 4483 sayılı Kanun'da belirtilmemiştir. Bu bakımdan ön inceleme raporu ile elde edilen bilgi, belge ve bulguları değerlendiren yetkili amir/komutan, sonuç raporunda yer alan kanaat dışında başka bir kanaate varabilir. Vereceği kararın gerekçeli olması yerinde olacaktır. Hangi delil, bilgi veya belgeye istinaden farklı bir suç değerlendirmesi yaptığıının ortaya koyulması gerekir.³⁹³

Soruşturma izni hakkındaki karar, asgari tugay komutanı/eşiti amiri tarafından, bunların yoklukları halinde vekilleri tarafından verilir. Görevleri başında iken bu yetkinin başkası tarafından kullanılması idare hukuku anlamında yetki gaspına yol açacaktır. Bu durumda verilen kararların hukuken sonuç doğurmayacağı ve yokluğa tabi olduğu söylenebilir. Kanun koyucu dikkat edilirse asli olarak yetkiyi kullanacak kişide belirli bir rütbeye haiz olunması şartını aramamıştır. Tugay komutanı görevine asli olarak atanan kişinin rütbesine bakılmaksızın maiyeti hakkında soruşturma izni verme yetkisi vardır. Yokluğu halinde yerinde vekil bıraktığı kişi makama tanınan yetkileri asil gibi kullanabilir.

6413 sayılı TSK Dis. K. hükümleri uyarınca disiplin cezaları disiplin amiri tarafından verilir. Vekaleten bir kadroda atamalı veya görevlendirme suretiyle çalışanlar söz konusu makamın sahip olduğu disiplin cezası aynen uygulama yetkisine sahiptir. Disiplin cezası tebliğ edilmeden önce disiplin amiri değişikliği olmuş ise disiplin cezası tecziye yetkisi ve sorumluluğu yeni amire geçer. Disiplin cezası verebilmek için asker kişiye sicil verme yetkisine de sahip olmak gerekmektedir. Ancak personel görevlendirme süresi belli süre aralığında ise askerî personele disiplin cezası vermek için sicil verme yetkisi aranmamaktadır. Bu bağlamda disiplin ve cezaya ilişkin uygulanacak kurallarının tespiti ve farklarının ortaya koyulması bakımından askeri suçlarda yetkili makamın tespiti önem arz etmektedir. Türk Silahlı Kuvvetleri'nde konuş yeri değişikliği doğuran hareketlara katılım ya da garnizon dışı görevlendirme halinde soruşturma izni verecek makam noktasında bazı tereddütler ortaya çıkabilir. Örneğin harp okulu öğrencisi olmakla birlikte hazırlık sınıfını harp okulunun İzmir Maltepe yerleşkesinde eğitim ve öğretim gören askerî öğrencilerin işlemiş oldukları müessir fiil suçlarında yetki yerleşke komutanına mı aittir yoksa Ankara'da konuşlu harp okulu komutanına mı aittir sorusu akıllara gelecektir.

³⁹³ “Ön incelemedeki değerlendirmeleri geçersiz kılacak ya da aksi gerekçeler ortaya konulmaksızın ilgililer hakkında soruşturma izni verildiği anlaşıldığından, itirazların kabulüyle” DİD, E.2017/1422, K. 2017/1785, T.17.10.2017, Danıştay Karar Arama, ET:02.10.2023.

Verilen örnekte, bir askeri kurumun birden fazla yerde kışla veya yerleşkesi bulunmaktadır. Ancak söz konusu askeri kurumun iki farklı kışlasının komutanı/amiri ortaktır. Okul komutanı karargâhının bulunmadığı İzmir’deki kışla açısından kışla/yerleşke komutanlığından söz edilebilir. Anılan kışla komutanı, okul komutanının vekili değildir. Bu bakımdan verilen örnekte; İzmir yerleşkesinde işlenen askerî suç bakımından soruşturma izni harp okulu komutanı tarafından verilmelidir.

Askerî hizmetin gerekliliği, kurs, eğitim, tatbikat gibi askerî personelin geçici yer değişikliği niteliğindeki görevlendirmelerinde asker tarafından işlenen asta müessir fiil suçunda soruşturma izni verme yetkisi görevlendirilen yerdeki soruşturma izni verme yetkisine sahip asgarî tugay komutanı veya kurum amirine aittir. Örneğin, görevlendirildiği yerde hakkında disiplin soruşturması yapılırken görevlendirme süresi dolarak atamalı olarak görev yaptığı askerî birliğe dönen ve araştırılan disiplinsizliğin askeri bir yararı ihlal ettiği, asta müessir fiil suçu işlendiği yönünde bilgi, belge veya bulguya rastlanan veyahut olay hakkında şikayet/ihbar bulunan hallerde soruşturma izni verme yetkisinin hangi askerî birliğe ait olduğunun tespiti noktasında uygulamada duraksama yaşanabileceği değerlendirilmektedir. AsCK’nın ek 15’inci maddesinde “*görevlerinin devamı süresince*” ifadesi, 4483 sayılı Kanunda “*memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi*” ifadesi³⁹⁴ yer almaktadır. İki hüküm birlikte değerlendirildiğinde kanaatimizce; soruşturma izni verme yetkisinin askerî suçun işlendiği yerdeki yetkili amir tarafından verilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu tarafından söz konusu ifadenin “*harekât komutası emri altında kaldığı sürede veya görevlendirme süresi içerisinde işlenen suçlar için*” şeklinde değiştirilmesi halinde amaçlanan ile kanun metninin uyumlu olacağı değerlendirilmektedir.

Yukarıda örnekte bahsedilen durumun askerî hizmet sırasında yaşanması halinde soruşturma izni hakkında kararın hangi makam tarafından alınması gerektiği noktasındaki belirsizliği ortadan kaldırmak için AsCK’nın ilgili maddesine; ön inceleme yaptırılması ve soruşturma izni hakkında karar alınması maksadıyla personelin atamalı olarak görev yaptığı komutanlık/askerî kurum tarafından personelin görevlendirmeli olarak bulunduğu yer veya harekât merkezi komutanlığına ihbar/şikâyetin iletileceği yönünde hüküm eklenebilir.

³⁹⁴ 4483 sayılı Kanun Madde 3 – “Yetkili mercilerin saptanmasında, memur veya kamu görevlisinin suç tarihindeki görevi esas alınır.”

AsCK'nın 15. ek maddesinde MSB teşkilatında yer alan ilgili kuvvet komutanlıkları ve MSÜ hariç başka yerlerde görevlendirilen personel yönünden, general ve amirler yönünden, yabancı asker kişiler yönünden ve kanun koyucu soruşturma izni vermeye yetkili makamı açıkça belirtmiştir. Ayrıca general ve amirler hakkında askeri suça ilişkin yapılacak soruşturmalarda yetkili savcı kanunda açıkça belirtilmiştir.

Siyasi bir makamı temsil eden bakan tarafından amiral ve generaller için re'sen soruşturma izni verme yetkisi; amiral ve generallerinin kamu görevlisi sıfatı taşıması nedeniyle yargılanmalarının izne tabi olduğu, söz konusu kuralın kamu görevlilerine anayasal olarak verilmesi gerekli olan güvenceleri sağlamadığı, bakan tarafından soruşturma izninin re'sen verilmesi halinde yüklenen suç isnadının isabetli olarak değerlendirilememesine, ordudaki hiyerarşik yapıyı olumsuz etkileyeceğine ve ordunun siyasallaşmasına neden olabileceğine, yetkinin sınırsız, mutlak ve keyfi olarak kullanılmasının mümkün olabileceği, bu durumun adi yargılanma, kanuni idare, eşitlik ilkesine aykırı olduğu, siyasi karar alınması ihtimalinin bulunduğu, bu durumda kamu hizmetine girişte ve devamında aranılan liyakat sistemine olumsuz etkisi olduğu gerekçeleriyle AYM'de iptal davası açılmıştır. AYM tarafından bakan tarafında kullanılan soruşturma izni yetkisinin Anayasa'nın 129'uncu maddesinde düzenlenen kuralı ihlal etmediğinden hareketle iptal davasının reddine karar verilmiştir.³⁹⁵ Bununla birlikte bazı tugay seviyesi birliklerde birlik komutanı general rütbesine haiz değildir. Kanun koyucu generaller için istisna hüküm belirlediğinden dolayı tugay komutanı olan albaylar yönünden soruşturma izni tugay komutanlığının bağlı olduğu makam/komutanlık tarafından alınmalıdır.³⁹⁶

Anayasa'nın 148. maddesine göre Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları görevleriyle ilgili suçları nedeniyle yüce divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi'nde yargılanırlar.³⁹⁷ Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanlarının işledikleri askerî suçlardan dolayı haklarında soruşturma yapılabilmesi için cumhurbaşkanından izin alınması gerekmektedir. Benzer düzenleme 2937 sayılı MİT Kanunu'nun 26. maddesinde yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeye göre MİT personel hakkında yapılacak soruşturma cumhurbaşkanının iznine tabidir.

³⁹⁵ AYM, E.2021/84, K.2022/117, T.13.10.2022, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:02.10.2023.

³⁹⁶ YILMAZ, s. 70.

³⁹⁷ Yayın Kurulu, Reform Serisi Anayasa Hukuku - Anayasa Yargısı, Ankara, Gazi Kitabevi, 2020, s. 144.

Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları hakkında suç işlendiği yönündeki iddia cumhurbaşkanı tarafından ilgililer hakkında ön inceleme yaptırılması kararı alınır. Ön incelemenin taşınması gereken özellikler ile yasal süreler diğer asker kişilere uygulanan ön inceleme prosedürü ile aynıdır. Ön inceleme sonucu alınan karar, şikâyet edene, ilgisine ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilir. Cumhurbaşkanının kararının tebliğ edilmesine müteakip on gün içerisinde Danıştay'ın Birinci Dairesi'ne itiraz edilmesi mümkündür. AsCK'ya göre anılan Daire yapılan itirazı en geç üç ay içerisinde karara bağlamalıdır ve vereceği karar kesin niteliktedir. İlgili suçun soruşturması Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığınca yapılır. Başsavcı tarafından iddianame hazırlanması halinde suçla ilgili kovuşturma Yüce Divan sıfatıyla AYM'de yapılacaktır.

MSB ve kuvvet komutanlıklarında görev yapan devlet memurlarının işledikleri iddia edilen suçlar hakkında soruşturma izni 4483 sayılı Kanun'a uygun olarak alınmalıdır. Ancak AsCK'nın 3. maddesinde yer alan ifade incelendiğinde devlet memurlarının bazı hallerde ceza sorumluluğu bakımından asker kişi sıfatına haiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu bakımdan atıf yapılan 211 sayılı Kanunu'nun 115. maddesi kapsamında amir-maiyet ilişkisi içerisinde işlenen suçlarda devlet memurları hakkında asker kişiler için izlenilen soruşturma usulü izlenmelidir.³⁹⁸

Yukarıda yer alan ifadelerde soruşturma izni yetkisinin asil veya vekil tarafından kullanılmasına ilişkin usul ve esaslar izah edilmeye çalışılmıştır. Soruşturma izni yetkisinin üçüncü bir kullanım şekli olarak söz konusu yetkinin devri mümkündür. Yetki devri, bir hukuk kuralı ile yetki verilen makam, kanunun cevaz vermesi halinde bu yetkisini başka bir makama devretmesidir.³⁹⁹ Yetki devrinin ayırıcı özelliği, icrai işlem yapma yetkisinin devredilmesinin sağlamasıdır.⁴⁰⁰ Gündelik nitelikteki basit işler için görev paylaşımı yapılması yetki devri niteliğinde değildir.⁴⁰¹ Yetki devri, idari teşkilatımızda genellikle aynı hiyerarşik yapı içerisinde, amir konumunda bulunan makam tarafından tek taraflı işlem ile ast makamlara bazı yetkilerin devredilmesi şeklinde yapılmaktadır. Yetkinin

³⁹⁸ Furkan Yıldız, "Türk Silahlı Kuvvetleri'nde Görevli Sivil Memurların Asker Kişi Sıfatıyla İşledikleri Suçlarda Soruşturma İzni Vermeye Yetkili Mercinin Belirlenmesi" *TBB Dergisi*, Yıl:2022, Sayı:160, s.122. Aksi yönde DEMİRTAŞ, Cengiz TSK Personeli Disiplin ve Ceza Hukuku, Ankara, Bilge Yayınevi, 2022, s.56.

³⁹⁹ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt I, Güncellenmiş 3. Bası, Bursa, Ekin Yayınları, 2019, s. 860.

⁴⁰⁰ ÜLKER, Gözde, İdari İşlemin Yetki Unsuru, Ankara, Adalet Yayınevi, 2022, s. 220.

⁴⁰¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 190.

tamamen devredilmesi hukuka aykırıdır.⁴⁰² Yetki devrinde açıkça belirtilmemişse işleme ait sorumluluk yetki devri yapılan makama geçecektir.⁴⁰³ Sonuç olarak yetki devrine istinaden yapılan işlemin gücü, yetkiyi devralan makamın hiyerarşik yapıdaki konumuna göre belirlenecektir.⁴⁰⁴ Örneğin vali tarafından birtakım mülki idare amirlerine belli konularda yapılan yetki devri sonucun yapılan idari işlemlerde işlem sahibi vali değil söz konusu mülki idare amiridir. Öğretide yer alan bir görüşte, yetki devrinin en yakın makama yapılmasının uygun olacağını belirtmiştir.⁴⁰⁵

Soruşturma izni kanunda gösterilen kişiler veyahut yetkili kılınmış vekiller tarafından kullanılmalıdır. Aksi halde yetkinin usulsüz olarak kullanılması halinde yetki tecavüzü, yetki gaspı gibi idari işlemi sakatlayan birtakım durumlara sebebiyet verilebilir.⁴⁰⁶

1982 T.C. Anayasası'na göre Genelkurmay Başkanı Türk Silahlı Kuvvetleri' nin komutanıdır.⁴⁰⁷ TSK, kuvvet komutanlıkları ile kanunda gösterilen diğer unsurların bir araya gelerek oluşturduğu Devletin silahlı gücüdür. Bu bağlamda, kuvvet komutanları ile general ve amirler hakkında soruşturma izni yetkisinin Cumhurbaşkanı ve Millî Savunma Bakanı tarafından kullanılması yerine bu yetkinin Genelkurmay Başkanına verilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

AsCK'nın md. 48/B maddesinde, askerî yargıya tabi olmakla birlikte TCK kapsamında kovuşturma yapılması için Adalet Bakanının iznine tabi suçlarda verilecek iznin Millî Savunma Bakanı tarafından verilmesi gerektiği hususu düzenlenmiştir. Örneğin TCK md. 301/4'de düzenlenen "*Türk Milletini, Türkiye Cumhuriyeti Devletini, Devletin kurum ve organlarını aşağılama*" suçunun soruşturması Adalet Bakanının iznine tabidir. Söz konusu suçun veya Adalet Bakanının iznine bağlı diğer suçların askeri hizmete müteallik işlenmesi halinde soruşturma izninin asgari tugay komutanı eşiti komutan veya amir tarafından değil doğrudan Millî Savunma Bakanı tarafından verilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁰² AYM, E.2012/27, K.2012/173, 08/11/2012, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:02.10.2023.

⁴⁰³ 1 sayılı CBK Madde 16 – "(3) Yetki devri, yetki devreden amirin sorumluluğunu kaldırmaz."

⁴⁰⁴ SANCAKTAR, Oğuz, ÖNÜT, Lale, Burcu, DOĞAN US, Eser, vd. İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 330.

⁴⁰⁵ SANCAKTAR/ÖNÜT/DOĞAN, s.328.

⁴⁰⁶ D8D, E. 2022/26, K. 2022/3966, T.09.06.2022, Danıştay Karar Arama, ET:03.10.2023.

⁴⁰⁷ Anayasa madde 117 – "Cumhurbaşkanınca atanan Genelkurmay Başkanı; Silahlı Kuvvetlerin komutanı olup, savaşta Başkomutanlık görevlerini Cumhurbaşkanlığı namına yerine getirir."

Genelkurmay Başkanlığı, kuvvet komutanlıkları ve Milli Savunma Üniversitesi'nde görev yapan subay astsubay haricinde kalan personel (yükümlü er/erbaş, sözleşmeli er/erbaş, uzman erbaş, askerî öğrenciler) hakkında verilen soruşturma izni yetkisi, hukuk hizmetleri başkanına veya birim amirine devredilebilmesi ancak bu kişilerin askerî hâkim ya hukuk sınıfı subay olması halinde mümkündür.

AsCK'da faillik/şeriklik durumunda soruşturma izninin hangi amir/makam tarafından verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Örneğin asta müessir fiil suçunun teğmen ve uzman çavuş tarafından birlikte işlenmesi halinde soruşturma izni ayrı ayrı mı alınmalıdır yoksa yetkili bir merci var mıdır sorusu gündeme gelebilir. İlgili örnekte soruşturma izni AsCK'da bulunan atıf nedeniyle 4483 sayılı Kanun'a göre belirlenecektir. 4483 sayılı Kanun'a göre bu durumda soruşturma izni verme yetkisi teğmen için soruşturma izni vermeye yetkili komutan/kurum amiridir.⁴⁰⁸

Soruşturma izni vermeye yetkili komutan/kurum amiri tarafından asta müessir fiili suçu isnadı hakkında en geç otuz gün içinde karar verilmelidir. Bu süre zorunlu hallerde on beş günü geçmemek üzere uzatılabilir. Zorunlu hallerden anlaşılması gereken harekât emri, operasyon, tatbikat gibi sarfı nazar edilemeyecek askerî hizmete ilişkin hususlardır. Zikredilen sürelerle komutan/amir tarafından yaptırılacak ön inceleme süreci dâhildir.

Burada tespiti yapılması gereken husus, sürenin hesaplanmasında hangi anın kabul edileceği hususudur. Sürenin başlangıcı soruşturma iznini vermeye yetkili amirinin olayı öğrendiği tarihtir. Komutan/amir, ihbar/şikâyet, savcılığın bildirimi ya da yaptırılan disiplin soruşturması neticesinde askerî suçun işlediğinden muttali olabilir. Askerî suç hakkında yapılan ihbar⁴⁰⁹ veya şikâyetin yetkili komutan/amirin karargâhının evrak birimine ulaşması veyahut konu hakkında yaptırılan disiplin soruşturması raporunun kendisine arz edildiğinde olayın suç vasfında olduğunun anlaşılması halinde kanunda bahsedilen otuz günlük sürenin başladığı kabul edilir. Sürelerle riayet edilmemesi halinde kişisel olarak ceza sorumluluğun gündeme gelebileceği unutulmamalıdır.

⁴⁰⁸ 4483 sayılı Kanun Madde 3/son – “Ast memur ile üst memurun aynı fiile iştiraki halinde izin, üst memurun bağlı olduğu merciden istenir.”

⁴⁰⁹ İhbar, suç işlendiğinden haberdar olan kimsenin yetkili makamlara suçu bildirmesidir. Aynı yönde; CENTEL, Nur, ZAFER, Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Beta Basım Yayınevi, 2015, s. 84.

Ön inceleme sonuç raporunun soruşturma izni vermeye yetkili makama arz edilmesi neticesinde bir karar verilmesi gerekmektedir. Bu bakımdan yetkili amir/komutan tarafından soruşturma izni verilmesi veya soruşturma izni verilmemesi kararı verilecektir. 4483 sayılı Kanun'a yapılan atıf nedeniyle verilecek karar gerekçeli olmak zorundadır.⁴¹⁰ Verilen kararda gerekçe bulunması zorunluluğu, askerî makam tarafından kullanılan takdir hakkının yasal olarak denetlemesi noktasında önem kazanmaktadır. Ayrıca verilen karar, haklarında karar verilenler, savcılık ile şikâyetçilere tebliğ edilmelidir.⁴¹¹

Savcılık tarafından yürütülen soruşturma sırasında suç vasfının başka bir suç olduğu anlaşılırsa 4483 sayılı Kanun gereği yeniden izin alınması gerekmektedir. Ancak suçun hukuki niteliğinde değişiklik olması ilgili kişi için yeniden ön inceleme yaptırılmasına sebebiyet vermez. Gerek ön inceleme raporunda gerekse de soruşturma izni kararında muhakemede zaman kaybına sebebiyet vermemek için somut olaya ilişkin fiillerin açıkça ve ayrı ayrı belirtilmesinde, somut olayda yer alan fiillerin kişileştirilmesinde fayda vardır.

Danıştay kararlarında ortaya çıkan yetki ve usulde paralellik ilkesi gereği bir idari işlemi yapmaya yetkili idari makam yine aynı idari işlemi geri almaya, kaldırmaya da yetkilidir.⁴¹² Yetkili komutan/kurum amiri tarafından soruşturma izni kapsamında verilen soruşturma izni kararının geri alınması, değiştirilmesi veya kaldırılmasına AsCK cevaz vermemektedir. AsCK'da hüküm bulunmayan hallerde 4483 sayılı Kanun'a yapılan yollama kapsamında; anılan Kanun'da da soruşturma iznine ilişkin kararın geri alınması, değiştirilmesi veya kaldırılmasına yönelik hüküm bulunmamaktadır. Ön inceleme emrinin verilmesi, ön inceleme raporunun hazırlanması, soruşturma izni hakkında verilen karar, verilen karara karşı itiraz edilmesi ve bu itirazın karara bağlanması Kanunun öngördüğü bir süreçtir. Memurlar hakkında CMK hükümlerinin ayrı olarak yürütülen soruşturma işlemleridir.⁴¹³ Bu bağlamda Kanuni İdare İlkesi gereği yetkili komutan/amir tarafından verilen soruşturma iznine dair karar, idari yolla ortadan kaldırılamaz. Verilen soruşturma iznine ilişkin kararların ancak yargı denetimi ile kaldırılması mümkündür.⁴¹⁴

⁴¹⁰ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.772.

⁴¹¹ D1D, E.2020/1784, K.2020/1942, T. 30.12.2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, ET:01.10.2023.

⁴¹² BOZ, s.108.

⁴¹³ PINAR/ÇALIŞKAN, s. 181.

⁴¹⁴ D2D, E. 2002/932, K. 2002/3581, T. 24.02.2002, Danıştay Karar Arama, ET:04.10.2023.

Soruşturma izni vermeye yetkili komutan/amir tarafından yaptırılan ön inceleme neticesinde araştırması yapılan fiilin askerî suç vasfında bulunmadığı, genel ceza kanunu kapsamına girmediği, özel hukuk alanına girdiği veyahut disiplin cezasını gerektirir bir fiil olduğu anlaşılırsa asker kişi hakkında soruşturma izni verilmez. Suçun askeri suç vasfında olmadığına anlaşılması halinde dosyanın Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesi, verilen kararın ilgililere bildirilmesi gerekmektedir.

Askeri makam tarafından Cumhuriyet başsavcılığına iletilen soruşturma iznini içeren talep hakkında soruşturma yapılmasına yer olmadığına dair karar (SYOK) verilip verilmeyeceği konusu açık olarak düzenlenmemiştir. Uygulama, talep halinde Cumhuriyet savcısının dava açması gerektiği yönünde olsa bile, öğretide yer alan suç şüphesinin bulunmaması halinde Cumhuriyet savcısının SYOK verebileceği görüşüne katılmaktayız.⁴¹⁵

Yukarıda ifade edildiği üzere, yetkili komutan/amir tarafından asta müessir fiili suç hakkında soruşturma iznine dair karar şikâyet edene, hakkında işlem yapılana soruşturma izni verilmişse veyahut bildirim savcılık tarafından yapılmışsa verilen karar cumhuriyet başsavcılığına bildirilir.⁴¹⁶ Bu bildirim, 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na göre yapılmalıdır.⁴¹⁷ İhbar edilene yapılan işlem ve neticesinin bildirilmesi yönünde gerek AsCK'da gerek 4483 sayılı Kanun'da hüküm bulunmamaktadır. Bildirim yapılacak başsavcılık, AsCK'nın 19. Ek Maddesine göre yetkili olan başsavcılıktır.

Yetkili amir tarafından tebligat/bildirim yapılmasıyla birlikte karara karşı itiraz için yasal süre başlayacaktır. Söz konusu karara karşı AsCK'da kimlerce itiraz edileceği açıkça gösterilmemiştir. 4483 sayılı Kanun'un “İtiraz” başlıklı 9. maddesine göre soruşturma izni verilmesine ilişkin karara karşı hakkında inceleme yapılan memur veya diğer kamu görevlisi; soruşturma izni verilmemesine ilişkin karara karşı ise Cumhuriyet başsavcılığı veya şikâyetçi, izin vermeye yetkili merciler tarafından verilen işleme koymama kararına karşı da şikâyetçi itiraz yoluna başvurabilir. Bu bakımdan müspet soruşturma izni kararına karşı tebligat yapılan ilgili askerî personel itiraz edebilecek iken işleme koymama ve menfi soruşturma izni kararına karşı tebligat yapılan şikâyet eden ile başsavcılık makamının itiraz

⁴¹⁵ EŞİTLİ AYGÜN, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar, s. 107.

⁴¹⁶ Gaziantep BİM 1. İDD, E. 2020/673, K. 2020/658, T. 31.12. 2020, Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, ET:04.10.2023.

⁴¹⁷ DİD, E. 2005/663, K. 2005/1026, T. 20.09 2005, Danıştay Karar Arama, ET:05.10.2023.

edebileceğini değerlendirmektedir. Kanun'da öngörülmediğinden dolayı ihbar edenin itiraz hakkının olmadığını düşünmekteyiz.⁴¹⁸

5271 sayılı CMK'nın 262. maddesinde düzenlenen hüküm ile şüpheli veya sanık yakınına kanun yollarına münferiden başvuru imkânı tanınmıştır. Soruşturma izni verilmesine müteakip askeri personel şüpheli sıfatını kazanacağından dolayı ilgili personelin yasal temsilcisi ve eşine de soruşturma izni verilmesi kararına itiraz hakkının tanınmasının yerinde olacağı görüşüne katılmaktayız.⁴¹⁹

Danıştay veya bölge idare mahkemeleri (BİM) tarafından itiraz üzerine verilen soruşturma izni kararını uygun bulma kararı, kesin niteliktedir. Bu karardan sonra dosya, AsCK'ya göre yetkili mahkemenin bulunduğu yer cumhuriyet başsavcılığına gönderilmelidir. Bölge idare mahkemelerince soruşturma izni verilmesi kararı hukuka uygun bulunmaz ise söz konusu karar kaldırılır ve konu hakkında yeni delil ortaya çıkmadığı sürece yeniden soruşturma izni talep edilemez.⁴²⁰

Danıştay veya ilgili BİM tarafından verilen karar idari yargıdaki iptal davası mahiyetinde olmamakla birlikte kamu görevlisinin soruşturulmasına ilişkin özel bir usulü prosedürdür. Soruşturma izni alınmadan hazırlanan iddianame iade edileceği gibi soruşturma izni almadan yapılan yargılama neticesinde verilen mahkûmiyet kararı da hukuka aykırı olacaktır.⁴²¹ Bu bağlamda, ceza takibatına ilişkin yerine getirilmesi gereken muhakeme şartı niteliğindeki izin prosedürüne ilişkin verilen kararların, idari mahkemelerce değil de ceza mahkemelerince denetlenmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz.⁴²²

Soruşturma izni sürecinde kanun koyucu tarafından sırf askerî suçlar bakımından özel bir düzenleme yapılmıştır.⁴²³ Yetkili amir tarafından sırf askerî suça ilişkin soruşturma

⁴¹⁸ “Yasa’da ihbarda bulunanın da itirazda bulunabileceği hususunda herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği anlaşıldığından, ihbarda bulunan ...’in 1 inci maddeden yaptığı itirazın incelenmeksizin reddine,” D2D, E.2003/98, K.2003/321, T.27.02.2003, Danıştay Karar Arama, ET:05.10.2023.

⁴¹⁹ GÖKCAN/ARTUÇ, s.403.

⁴²⁰ ASLAN, Zehreddin, ALTINDAĞ, Halil, Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 188.

⁴²¹ ŞAHİN Cumhur, GÖKTÜRK Neslihan, Ceza Muhakemesi Hukuku – I, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021, s. 66.

⁴²² Aynı yönde; ASLAN/ALTINDAĞ, s.189.

⁴²³ AsCK Ek Madde 15/10 – “Sırf askerî suçlara ilişkin verilen soruşturma iznine itiraz edilmesi, soruşturma işlemlerini engellemez.”

izni kararı verilmesi halinde tanzim edilen dosya cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Başsavcılık tarafından soruşturma işlemlerine devam edilir. İlgililer tarafından karara itiraz edilmesi hazırlık soruşturmasının devamına mâni olmaz. Askerlik mesleğinin kendine has zorunlulukları ile kaybolan disiplinin süratle yerine getirilmesi maksadıyla ilgili hükmün düzenlendiği değerlendirilmektedir. Tezimizin konusu asta müessir fiil suçu, sırf askeri suç olarak kanunda sayılmadığından dolayı anılan istisnai hüküm bu suç tipi açısından uygulanmayacaktır.

Askeri makam tarafından yapılan ön inceleme neticesinde soruşturma izni verilmemesi kararına karşı Cumhuriyet başsavcılığı tarafından itiraz edilmez ise söz konusu ihbar/şikâyet hakkında “kovuşturmaya yer olmadığı (KYOK)” kararı verilmelidir. Ancak Yargıtay’ın 4. Ceza Dairesi tarafından verilen bir kararda; verilecek kararın “inceleme/işlem yapılmasına yer olmadığı” yönünde olması gerektiği ifade edilmiştir. Bu karara itiraz edilmesi halinde ise itiraz merci tarafından da söz konusu kararın 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 172. ve 173. maddeleri kapsamında bir karar olmaması sebebiyle “incelemeye yer olmadığına” şeklinde karara bağlanması gerektiği belirtilmiştir.⁴²⁴

İhbar veya şikâyetin Cumhuriyet savcılığına yapılması ve ilgili askeri makamdaki soruşturma izni talep edilmesi durumunda; Cumhuriyet savcısı öncelikle bir suç şüphesi tespit etmeksizin soruşturma izni istemeyeceğinden ve basit suç şüphesi üzerine soruşturma başlamış olacağından şikâyete bağlı suçlarda olduğu gibi soruşturmanın başladığının ancak izin şartının asker kişiye suç isnadına yönelik işlem yapılmasına engel teşkil ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumda askeri makam tarafından soruşturma izni verilmez ise kovuşturma olanağı bulunmadığından dolayı KYOK verilmelidir.⁴²⁵

⁴²⁴ “4483 sayılı Kanun, kapsamı içindeki görevliler ve suçlar bakımından ceza soruşturması açılabilmesi için “izin koşulunu” kabul etmiştir. İzin süreci sonucunda, soruşturma izni alınamaması durumunda ceza soruşturması başlamadığı için, suç işlendiğine yönelik ihbar ve şikâyetler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığı “inceleme/işlem yapılmasına yer olmadığı” kararı verebilecektir. Ancak Başsavcılığın aldığı bu karar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 172. ve 173. maddeleri kapsamında bir karar olmadığından, bu karara yapılan itirazda, itiraz mercinin “incelemeye yer olmadığına” karar vermesi gerekir (Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 28/5/2006 tarih ve E.2006/4098, K.2006/13142 sayılı kararı). Bu kapsamda, idarenin soruşturma izni verilmemesine yönelik kararına yapılan itirazın Bölge İdare Mahkemesi tarafından reddedilmesi halinde Cumhuriyet Başsavcılığının vereceği karar, şikâyet veya ihbar ile başlayan sürecin bitirilmesine yönelik olup Bölge İdare Mahkemesinin kararına aykırılık içeremeyecektir.” AYM, 2B, Başvuru No: 2012/836, T.20.03.2014, AYM Kararlar Bilgi Bankası, ET:06.12.2023.

⁴²⁵ AYGÜN EŞİTLİ, Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar, s. 106.

Öte yandan, asta müessir fiil suçuna doğuran fiiller hakkında yetkili askeri makam tarafından soruşturma izni verilmez veyahut soruşturma izni verilmemesi kararına karşı yapılan itiraz reddedilirse Cumhuriyet savcılığı tarafından söz konusu fiiller hakkında TCK'da yer alan kasten yaralama suçu kapsamında soruşturma açılmayacağını değerlendirmekteyiz. Zira, burada verilmeyen soruşturma izni hukuki nitelemeye değil fiile ilişkindir. Sonuç olarak, izin verilmezse fiil hakkında şüpheli sıfatıyla personel aleyhine soruşturma işlemlerine devam edilemeyecektir.

Asta müessir fiil suçu bakımından soruşturmayı yürütecek makamın izah edilmesi gerekmektedir. Soruşturmanın kanunen yetkili kılınmış savcılık tarafından yürütülmesi halinde zaman açısından gecikme yaşanmayacak ve soruşturma dosyaları süratli olarak tamamlanacaktır. Bu bakımdan soruşturmanın ana sükelerinden birisi savcılık makamıdır.

Osmanlı'da savcılık görevini icra eden kadılar hem özel hukuk hem de ceza hukukuna bakmakla görevli tutulmuşlardır. Ceza yargısı⁴²⁶ İslam hukuku kurallarına göre yerine getirilmiştir. Ceza hukukunun kaynağı olarak Kur'an, sünnet, kıyas ve icmâ⁴²⁷ kullanılmıştır. Dönemin şer'i mahkemeleri tek hâkimle görev yapmaktaydılar. Tanzimat sonrası ilk ceza muhakemesi kanunu olan 25.06.1879 tarihli *Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye Kanunu* Fransız ceza muhakeme yasasının tercüme edilmesi suretiyle tanzim edilmiştir. Anılan Kanun, Cumhuriyet döneminde yürürlüğe giren 20.08.1929 tarih ve 1412 sayılı CMK'ya kadar mer'idir. 01.06.2005 yılında yürürlüğe giren 5271 sayılı CMK 1412 sayılı CMK'yı yürürlükten kaldırmıştır.

5235 sayılı adli yargı teşkilat kanuna göre Cumhuriyet savcıları, yetkili mahkemenin yargı çevresinde kalan suçların soruşturma işlerini yürütür. Bu bağlamda suçla ilgili araştırma yaparlar, adli kolluğa emir verirler, ilgili yerlerden bilgi ve belge (CMK md. 332) talebinde bulunabilirler.⁴²⁸ Genel yetki kuralları haricinde AsCK'nın 16. ve 19. ek maddelerinde özel düzenleme yer almaktadır. İlgili Kanun maddesinde askerî suçları soruşturma yetkisi; Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Yargıtay Cumhuriyet Başsavcı

⁴²⁶ Ukubat Hukukundaki suç ve cezalar için Bkz. ÜÇOK Coşkun, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 4, S: 1, 1947, s. 48-73.

⁴²⁷ İcmâ, İslam bilginlerinin bir konuda fikir birliğinde olmasıdır. Güncel Türkçe Sözlük, <https://sozluk.gov.tr>, ET:30.09.2023.

⁴²⁸ YENİSEY Feridun, NUHOĞLU Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2023, s. 167 vd.

Vekili, il cumhuriyet başsavcılıkları ile HSK tarafından yetki verilmesi halinde ilçe cumhuriyet başsavcılıkları yetkilidir.

Asta müessir fiili suçunda, AsCK'nın Ek md. 19/5 fıkrası hükmü gereği *suçun işlendiği yerin bağlı olduğu ilin adıyla anılan Cumhuriyet başsavcılığı* yetkilidir. Kanun maddesinin lafzi yorumuna göre getirilen söz konusu istisnai durum kişi bakımından değil yer bakımından yetki kuralının istisnasını oluşturmaktadır. İlde konuşlu olan askerî birliğin veyahut askerî kurumunun personel mevcudunun fazla olması ve il cumhuriyet başsavcılığının iş yükünün fazla olması halinde HSK tarafından yetki verilmesi halinde suçun işlendiği ilçenin cumhuriyet başsavcılığına soruşturma yapma yetkisi verilebilir. Kanun gerekçesinde söz konusu durumun doğal hâkim ilkesini ihlal etmediği belirtilmiştir. CMK'nın 171. maddesinde sayılan hallerin mevcudiyeti halinde cumhuriyet savcısına tanınan kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verme yetkisi, mezkûr maddeye 2019 yılında eklenen hüküm gereği askeri suçlar bakımından kullanılamaz.

Kanun gereği askerî suçların soruşturma işlemlerini yürütmek maksadıyla yetkili Cumhuriyet savcılıklarında askerî suçlar soruşturma büroları kurulması ve buralara yeteri kadar savcı görevlendirilmesi gerekmektedir. Soruşturma işlemlerin yetkili savcılık ve buna bağlı çalışan özel büro tarafından yürütülmesi askerî yargı yolunun kaldırılması nedeniyle ortaya çıkabilecek adlî yargı mensuplarının askerî suçlar bakımından tecrübesizliğini ortadan kaldırarak ihtisaslaşmanın sağlanmasını hedeflediği, amir, emir, askerî hizmet gibi kavramların iyi kavranarak ve bunlara bağlanan sonuçların sivil yargı mensuplarınca suç sistematığının değerlendirilmesini noktasında olumlu etkisinin olabileceği kıymetlendirilmektedir.⁴²⁹

Yetkili Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından suçun işlenmiş olduğu yerin cumhuriyet savcısından soruşturmanın bir kısmının veya tamamının icra edilmesi istenilebilir. Gecikmesi sakıncalı olan hallerde suçun işlendiği yerin cumhuriyet savcısı suç delillerinin toplayabilir ve hâkim kararı gereken hallerde bulunduğu yerin sulh ceza hâkimliğinden talepte bulunabilir.

⁴²⁹ ÖZTÜRK Cemal, ÇAKAN Anıl, "Askeri Ceza Yargılaması ve 7329 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", ODÜ Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi, 13 (2), s. 1669.

AsCK, general ve amiraller hakkında madde yönünden yetki ve yer yönünden yetki kurallarından farklı olarak kişinin taşıdığı rütbeye bağlı olarak diğer asker kişilerin soruşturma usulünden farklı bir usul öngörmüştür. General ve amirallere ilişkin askeri suçlardaki soruşturma sadece Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı veya Başsavcı vekili tarafından yürütülür. Soruşturma sırasında hâkim kararına ihtiyaç duyulan hallerde; talep hakkında soruşturulan suçların en ağır olanına bakmakla görevli Yargıtay'ın ceza dairesini numara itibarı ile izleyen ceza dairesi başkanı tarafından karar verilir. Asker kişinin Genelkurmay Başkanı veya kuvvet komutanı olması halinde soruşturma yetkisi yalnızca Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısına tanınmıştır. General ve amirallerin soruşturmasında da görüldüğü üzere kanun koyucu kişi bakımından yetki kuralını benimsediği görülmektedir.

II. Kovuşturma

A. Genel Olarak

Asta müessir fiil suçunu işleyen fail/failler hakkında yapılan ön inceleme, soruşturma izninin verilmesi ile yürütülen hazırlık soruşturması⁴³⁰ neticesinde failin yargılanması aşamasına geçilecektir. Bu aşamada iddianamenin kabulünden sonra söz konusu suça ilişkin kovuşturma işlemleri icra edilecektir.

AsCK'nın ek 19. maddesinde genel kurallardan farklı kovuşturma kurallarına yer verilmiş, genel yetkili ve görevli savcılık makamı ile mahkemeler kanunda gösterilmiş, ilave olarak bazı statü ve makamlar için istisna niteliğindeki görevli ve yetkili savcılık makamı ile mahkemeler düzenlenmiştir.

CMK'nın 3. maddesinde “*mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir.*” hükmü yer almaktadır. Görev kavramı⁴³¹, kanunda yer alan suçların türü ve ağırlığına göre yargılamanın hangi ceza hakiminin alanına girdiğinin tayin edilmesi meseledir.⁴³² 5235

⁴³⁰ ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan vd. Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 151.

⁴³¹ Ceza Muhakemesi Kanunu'nda madde yönünden yetki, görev kavramı ile ifade edilmektedir. Kunter, görev kavramının kullanılmasının yersiz olduğunu belirtmektedir. Kunter'e göre görev kavramı, muhakeme faaliyetinde görülen işi yani fonksiyonu ifade eder. Anayasa'nın 140. maddesinde de görülen iş anlamında kullanıldığını belirtir. Bu bağlamda, muhakeme faaliyetinin süje bakımından ifade edilirken görev kelimesi yerine başka kavram tercih edilmelidir. KUNTER, Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul, 1989, 9. Bası, Beta Yayıncılık s. 374.

⁴³² ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan vd. Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 135.

sayılı Kanun ile adli yargı teşkilatı ile bölge adliye mahkemelerinin madde yönünden yetkisi düzenlenmiştir. Bu bağlamda genel görevli mahkeme asliye ceza mahkemeleridir.⁴³³ Yazılı haller haricinde suçun üst sınırına bakılarak mahkemenin görev alanı tespit edilmektedir. Ağırlaştırıcı ve hafifletici sebepler üst sınırın hesabında dikkate alınmamaktadır.

Ceza muhakemesinde görev kamu düzenine ilişkin olup⁴³⁴ asta müessir fiil suçunun yargılanması bakımından görevli olmayan mahkemeler tarafından tesis edilen işlemler ancak yenilenmemesi mümkün olmaması halinde geçerlidir. Görevsizlik iddiası yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir.⁴³⁵ Bu bakımdan görev bir muhakeme şartıdır. Aynı zamanda Anayasa'nın 37. maddesinde yer alan hüküm gereği kişilerin kanuni hakiminden⁴³⁶ yoksun bırakılamayacağı teminat altına alınmıştır.

Yetkisiz hâkim tarafından davaya bakılması hususu CMK'nın 289. maddesinde mutlak bozma nedeni olarak düzenlenmiştir. Askeri suçlar açısından AsCK'da madde yönünden yetkiye ilişkin özel bir düzenlememe bulunmamaktadır. Madde yönünden yetki kamu düzenine ilişkin olup kanunla düzenlenmiş iken yer yönünden yetki kamu düzenine ilişkin olmayıp yer yönünden yetkili mahkemeler HSK kararı ile düzenlenmektedir.

Silahlı Kuvvetler, uluslararası barışı destekleme görevleri kapsamında dost ve müttefik ülkelerde hâlihazırda görevlerini icra etmektedir. Yurtdışında görev askerilerin işlemiş oldukları suçların yargılanması ile görevli ve yetkili mahkemenin tespit edilmesi gerekmektedir. AsCK'nın 5. maddesinde asker kişilerin yurtdışındaki Türk tabiiyetindeki askerî kıta, karargâh ve kurumlarda veya esaret altındayken işledikleri suçları Türkiye'de işlenmiş kabul edileceğini belirtmektedir. Ancak barış döneminde askeri hizmete müteallik kabul edilmeyen yurt dışında asker kişiler tarafından işlenen suçlar Türkiye'de işlenmiş kabul edilmez.⁴³⁷ Savaş halinde işgal edilen devletin egemenliği kaybedileceğinden dolayı egemenlik yetkisi işgal eden devlete geçer. Böyle bir durumda işlenen suç Türkiye'de

⁴³³ 5235 Say. K. md. 11.

⁴³⁴ ÇAĞLAYAN, Yılmaz, Açıklamalı – İçtihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2022, s. 49.

⁴³⁵ ÖZTÜRK, Bahri, TEZCAN, Durmuş, ERDEM, Mustafa Ruhan vd. Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 136.

⁴³⁶ TAŞ, Burak "Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi", *YÜHFD*, C.XVIII, 2021/2, s. 1783.

⁴³⁷ KANGAL, s. 59.

işlenmiş kabul edilir.⁴³⁸ Yukarıda izah edilen durumların ortaya çıkması halinde AsCK'nın 19/3 fıkra hükmü gereği Ankara mahkemeleri yetkilidir. Savcılık yurt dışında işlenen suçlarda adli kolluk tarafından yapılması gereken işleri, AsCK ek md. 14 hükmü gereği hukuk sınıfı subaylar tarafından yapılmasını isteyebilir. Tezimizin konusu asta müessir fiil suç yurt dışında işlenmesi halinde suçun soruşturma işlemleri Ankara Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından yürütülecek ve kamu davası Ankara mahkemelerinde açılacaktır.

Bazı durumlarda soruşturma ve kovuşturmanın hangi yargı merci tarafından yapılacağı hususunda şüpheli veyahut sanığın haiz olduğu sıfat önem kazanmaktadır. Ceza mevzuatımızda kişi yönünden yetkisiz hâkim tarafından yapılan işlemlerin akıbeti cihetinde göreceği muamele düzenlenmediğinden dolayı doktrinde söz konusu işlemler hakkında madde yönünden yetkiyi düzenleyen hükümlerin kıyasen tatbik edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁴³⁹ Asta müessir fiil suçunun failinin general/amiral, kuvvet komutanı veya Genelkurmay Başkanı olması halinde kişi yönünden yetki kuralları tatbik edilecektir.

AsCK'nın 155, 157, 158 ve 159. maddeleri yorumlandığında TSK içerisinde görev yapan yabancı asker ve sivil şahıslar hakkında da AsCK hükümlerinin uygulanacağı anlaşılmaktadır. Türkiye'nin de taraf olduğu 1957 tarihli Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre sırf askeri suçlarda suçlu iadesi mümkün değildir. Yine 6706 sayılı Cezaî Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu'nun 11/1-c alt bendi uyarınca sırf askeri suç niteliğinde kalan fiillerden dolayı yapılan iade talepleri reddedilecektir.

Yabancı asker kişilerin Türkiye'de işlemiş oldukları asta müessir fiil suçlarında mülkilik ilkesi geçerlidir. Bu durum genel ceza kanunumuz olan TCK'nın 8. maddesinin birinci fıkrasında ifade edilmiştir. Ancak bu ilkeye, 10.03.1974 tarih ve 6375 sayılı Kanun ile iç hukuk kuralı haline getirilen "*Kuzey Atlantik Antlaşmasına Taraf Devletler Arasında Kuvvetlerin Statüsüne Dair Sözleşmesi*" ile bazı suçlar bakımından istisnalar getirilmiştir. Sözleşme'nin 7. maddesinde söz konusu istisna düzenlemelerine yer verilmiştir. Maddenin içerisinde; gönderen devletin kabul eden devlet içerisinde yer alan askeri personeline yönelik kendi iç hukuklarının sağladığı yargı yetkisini kullanabileceği, mutlak yargı

⁴³⁸ KANGAL, s. 59.

⁴³⁹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 252.

yetkisinin kullanımına dair kurallar ve öncelikli yargı yetkisine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Mutlak yargı yetkisi, gönderen devletin askerinin kendi devletinin güvenliğine karşı işlemiş olduğu suçlar ile işlenen fiilin kabul eden devletin mevzuatında değil de gönderen devletin mevzuatında suç olarak düzenlenmesi halinde söz konusu olacaktır. İşlenen fiil iki devlet mevzuatında da suç olarak düzenlenmiş ise mutlak yargı yetkisi değil öncelikli yargı yetkisi gündeme gelebilecektir. Eğer işlenen fiil gönderen devlet mevzuatına göre suç olarak düzenlenmemekle birlikte kabul eden devletin mevzuatına göre suç oluştuyorsa kabul eden devletin mutlak yargı yetkisi söz konusu olacaktır.⁴⁴⁰

Yukarıda bahsedilen sözleşme haricinde Türkiye’de işlenen asta müessir fiil suçlarında mülkilik ilkesi uygulanacaktır. Ancak Türkiye ile yabancı askeri personeli gönderen devlet arasında yargılama hususunda sözleşme mevcut ise yargılama ve iade yetkisi bu sözleşme hükümlerine göre tatbik edilecektir.

5235 sayılı Kanun’da bölge adliye mahkemelerinde yer alan ceza dairelerinin hangi tür suçlara bakacağı hususu anılan Kanun’da düzenlenmemiştir. Daireler arasındaki iş bölümünü belirleme yetkisi, Kanun’un 35. maddesine göre HSK’ya verilmiştir. Daireler arasındaki iş bölümü uyuşmazlıklarını ise Başkanlar Kurulu karara bağlamaya yetkili kılınıştır. Askeri suçlarda mahkemeler arasındaki iş bölümü HSK kararı ile tespit edilmiştir.⁴⁴¹

B. Uyuşmazlıklar Arasında Bağlantı ve Askerî Suçun Birleştirilme Zorunluluğu

Asta müessir fiil suçu ve diğer askeri suçlarla ilgili açılan davalarda görevli ve yetkili mahkeme AsCK’nın 19. ek maddesine göre tayin ve tespit edilecektir. Anılan maddede askerî suçlardaki iş ve davaların, suçun işlendiği yerdeki ilin bağlı bulunduğu asliye ve ağır ceza mahkemelerinde ya da durumu göre şayet personel ya da askeri birliğin yoğunluğu zaruri kılıyorsa HSK tarafından tayin edilecek ilçelerde kurulu ceza mahkemelerinde görüleceği düzenlenmiştir.

⁴⁴⁰ DEĞİRMENCİ, Olgun, HAZAR, Erdal, “Mülkilik İlkesinin İstisnası Olarak Nato Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi”, *Ankara Barosu Dergisi*, 2013, S. 2, s. 51-54.

⁴⁴¹ HSK’nın 13 Temmuz 2021 tarihli 597 sayılı kararı, <https://www.hsk.gov.tr>, ET: 07.10.2023.

Soruşturma işlemlerinde general/amiral, Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları hakkında kişi yönünden getirilen istisnai durum görevli ve yetkili mahkemenin tespiti noktasında da korunmuştur. General ve amiraller hakkında askeri suçlar bakımından açılacak davalar Yargıtay'ın ilgili ceza dairesinde açılmalıdır. Genelkurmay Başkanı ve kuvvet komutanları hakkında görülecek davalarda görevli mahkeme Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesidir.

Asta müessir fiil suçunun temel cezası iki sene hapis cezası olarak belirlenmiştir. Adli yargının teşkilat kanununa göre mahkemelerin görevleri belirlenirken “*ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenler gözetilmeksizin kanunda yer alan suçun cezasının üst sınırı göz önünde bulundurulur.*”⁴⁴² Bu bağlamda asta müessir suçunda görevli ve yetkili mahkeme asliye ceza mahkemeleridir. Ancak AsCK'nın 117/4. fıkrasında düzenlenen müessir fiilin ölümü intaç etmesi halinde cezanın alt sınırı on yıl olarak belirtildiğinden dolayı işlenen bu fiiller kapsamında davalar ağır ceza mahkemesinde görülecektir.

1. Bağlantı

Asta müessir fiil suçu ile başka bir suçun işlenmesi halinde yetkili ve görevli mahkemenin tespit edilmesi önemlidir. Böyle bir durumun tespit edilmesi halinde ceza muhakemesindeki bağlantı kavramı gündeme gelecektir. Bağlantı, birden fazla uyuşmazlıkta objektif veya subjektif hususlarda ortak bir noktadan bahsedilebilmesi halidir.⁴⁴³ Doktrinde bağlantı çeşitleri; objektif – subjektif bağlantı, dar – geniş anlamda bağlantı, tek çeşit – karışık bağlantı olarak belirtilmektedir.⁴⁴⁴

Eğer sanık birden fazla suçun sanığı ise (bir kişi birden fazla suçtan sanık olursa, CMK md. 8/1) subjektif bağlantı, suçun eğer birden fazla sanığı varsa objektif bağlantıdan bahsedilir.⁴⁴⁵ Subjektif bağlantının en somut örneği zincirleme (TCK md. 43) suçtur. Suça iştirak hükümleri (TCK md. 37 vd.) objektif bağlantı niteliğindedir.⁴⁴⁶ Subjektif ve objektif bağlantı niteliği itibarıyla dar anlamda bağlantılıdır.⁴⁴⁷ CMK'nın md. 8/2. fıkrası ile

⁴⁴² DÜLGER, *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Mevzuatı*, s. 711.

⁴⁴³ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 395.

⁴⁴⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 397; CENTEL/ZAFER s.553; ÖZTÜRK v.d. s. 204.

⁴⁴⁵ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 236 vd.

⁴⁴⁶ ÖZTÜRK v.d. s. 204.

⁴⁴⁷ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 398.

CMK'nın 11. maddeleri geniş bağlantıyı düzenlemektedir.⁴⁴⁸ Bu bağlamda suç işlendikten sonra suç delillerini yok etme, değiştirme, gizleme, suçluyu kayırma ile mahkemede görülen davalar arasında bağlantı görülmesi halinde geniş bağlantıdan söz edilir. Uyuşmazlıkların tamamı ceza davası niteliğinde ve aralarında bağlantı varsa bu bağlantı tek çeşit bağlantıdır. Uyuşmazlıklardan birisi ceza davası niteliğinde diğeri/diğerleri idari, hukuki veya anayasal nitelikte ise karışık bağlantı olarak anılır.⁴⁴⁹

Davalar arasında bağlantı bulunması halinde davaların birleşmesi, bekletici mesele yapılması ve nisbi muhakeme durumları söz konusu olacaktır.⁴⁵⁰ Davalar arasında hukuki ve fiili ortak hususlar bulunması halinde davaların birleştirilmesine karar verilecektir. Sadece davalar birleşmemekte aynı zamanda muhakemelerin de birleşmesi sonucu ortaya çıkmaktadır. Birleştirme sonucunda madde yönünden yetki kuralları bağlantı nedeniyle etkilenmektedir. Bağlantılı davalar arasında birleştirme yetkisi bunlar arasındaki yüksek yetkili mahkemeye aittir. Davaların birleştirme işlemi yapılabilmesi için; bağlantı bulunması, olanak bulunması ve fayda ve gereklilik bulunması gerekmektedir.⁴⁵¹ Aynı zamanda uyuşmazlıklar hakkında birleştirme yasağı bulunmaması gerekir.⁴⁵² Birleştirme sayesinde işlem tekrarından kaçılmış olunur, çelişkili karar verilme ihtimali azalır.⁴⁵³ Birleştirme işlemi zorunlu olmayıp, ihtiyari bir durumdur.⁴⁵⁴ Birleştirilmiş davalar muhakemenin her aşamasında ayrılabilir. Birleştirme kararını veren mahkeme birleştirme sebeplerinin ortadan kalktığını tespit etmesi halinde işin esasına girmemişse davayı görevli mahkemeye göndermelidir.⁴⁵⁵ Esasa girmiş ise⁴⁵⁶ dosyaya birleşme kararı veren mahkemenin bakması gerekmektedir.

Ceza davasına bakan hâkim, ceza dışı bağlantılı dava hakkında önündeki uyuşmazlığı çözecek şekilde karar vermesine nisbi muhakeme denir.⁴⁵⁷ CMK'nın 218. maddesinde bu durum ifade edilmektedir. Ceza hâkimi, ceza davası dışında kalan tali

⁴⁴⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 237; YURTCAN, s. 270.

⁴⁴⁹ CENTEL/ZAHER, s.553; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 155.

⁴⁵⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 156.

⁴⁵¹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 399.

⁴⁵² İcra ve İflas Kanunu md. 346'ya göre icra mahkemelerinin görev alanına giren işler ceza mahkemelerinde görülen davalar ile birleştirilemez.

⁴⁵³ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 157.

⁴⁵⁴ ÖZBEK/DOĞAN/BACAŞIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 399.

⁴⁵⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 161.

⁴⁵⁶ Kovuşturma aşamasına iddianamenin kabulü ile geçileceğinden iddianamenin kabulü halinde işin esasına girilmiş olduğunun kabul edilmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

⁴⁵⁷ ÜNER, Yener, "Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız", *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl: 2006, Sayı: 2, s. 155.

uyuşmazlık hakkında kendi davası sınırları içinde kalacak şekilde karara bağlamasıdır. Nisbi muhakemede tali sorun hakkında tam bir yargılama yapılmamaktadır. Örneğin hırsızlık suçu “*hukuki alacağın tahsili amacıyla*” işlendiği iddiası söz konusu ise ceza hâkimi tarafından sadece kendisi dosyası kapsamında hukuki bir alacağın mevcudiyeti araştırılacaktır. Nisbi muhakeme usulü, görev bakımından yetki kurallarının istisnası niteliğindedir.⁴⁵⁸ Aynı zamanda anılan usul ihtiyari nitelikte olup⁴⁵⁹ görülen davada sürati⁴⁶⁰ sağlamaktadır. Nisbi muhakemenin de sınırları vardır. Kanun koyucu tarafından bazı durumlarda nisbi muhakeme usulü kısıtlamıştır. Örneğin Anayasaya aykırılık iddiası olan davalarda nisbi muhakeme yapılamaz, bekletici mesele yapılması zorunludur.

CMK’nın 218/ maddesi ceza hâkimine önündeki uyuşmazlıkta çözüm yolu başka bir mahkemenin karar vermesinden geçiyorsa bu mahkemenin karar vermesi için kendi dosyasında bekletici sorun kararı verebilir.⁴⁶¹ Kural olarak bekletici meselesi sayılması ihtiyari bir karardır. Bir sorunun bekletici sorun olarak kabul edilmesi için iki koşulu taşıması gerekir. Bunlar; davalar arası bağlantının bulunmaması ve fayda ve gerek olmasıdır.⁴⁶² Kanun koyucu tarafından bekletici mesele sayma ve saymama noktasında belirleyici kurallar ihdas edilmiştir. Bu bağlamda, sanığın küçük olması halinde bekleme kararı verilemeyecek Nüfus Kanunu’nda belirlenen usul esasa göre sorun çözülecektir (CMK md. 218/2). Yine görülen davada Anayasa’ya aykırılık iddiası mahkeme tarafından ciddi görülürse dosya hakkında bekleme kararı verilmesi gerekmektedir (Anayasa md. 152).

2. Askerî Suçların Birleştirilmesi Zorunluluğu

Kanun koyucu askerî suçlarla ilgili yapılan yargılamalarda üç halde davaların birleştirilmesini zorunlu kılmıştır.⁴⁶³ Birinci durum, diğer mahkemelerin görev alanında kalan suçlarla askerî suçun aralarındaki bağlantı nedeniyle birlikte muhakeme edilmesi mecburiyeti hâsıl olmuşsa söz konusu davalar askerî suçlara bakmakla görevli mahkemede birleştirilmesidir. Bu bakımdan asta müessir fiil suçunda davalar birleştirilecektir. İkinci durum, askerî suçlar ile Türk Ceza Kanunu’nun İkinci Kitap, Dördüncü Kısım altındaki

⁴⁵⁸ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 255.

⁴⁵⁹ ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 400.

⁴⁶⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 162.

⁴⁶¹ ŞAHİN/GÖKTÜRK, s. 257.

⁴⁶² ÖZTÜRK v.d. s. 209.

⁴⁶³ AsCK md. 19/2.

Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar ile Terörle Mücadele Kanunu kapsamına giren suçlar arasında birlikte muhakeme edilmesi mecburiyeti hâsıl olmuşsa söz konusu suçlara bakmakla görevli ve yetkili mahkemelerde davaların birleştirilmesidir. Üçüncü durum, 4483 sayılı Kanunu'nun 10. maddesi gereği ast – üst (general/kuvvet komutanı/Genelkurmay Başkanı) rütbedeki asker kişiler arasında suç işlemede iştiraklik durumları varsa dava üst rütbedeki personelin yargılamasından sorumlu görevli ve yetkili mahkemedir.

III. Yaptırım

Tezimizin birinci bölümünde detayları açıklandığı üzere askerî suçlara asli ve ferî nitelikte olmak üzere iki tür yaptırım uygulanmaktadır.⁴⁶⁴ Asli cezalar; hapis cezası ve adli para cezasıdır. Belirtmek gerekir ki AsCK'da adli para cezası bir suçun yaptırımı olarak doğrudan öngörülmemiş TCK'ya atıf yapmak suretiyle düzenlemiştir.⁴⁶⁵ AsCK'nın ek 8. maddesinde askeri suçlar için verilen kısa süreli hapis cezalarının birkaç istisnai durum haricinde TCK'da düzenlenen seçenek yaptırımlara çevrilebileceği hüküm altına alınmıştır.

AsCK'nın 117. maddesinde suçun temel şeklinin işleyen faile iki seneye kadar hapis cezası verileceği düzenlenmiştir. AsCK'nın 118. maddesinde asta müessir fiil suçunun neticesi sebebiyle ağırlaşmış halleri düzenlenmiştir. Bunlar; birinci maddesinde astın vücudunda tahribat varsa beş yıla kadar, daha ziyade vahim hal mevcut ise altı aydan beş yıla kadar, fiil taammüden işlenmişse on yıla kadar, fiil sonucu ölüm meydana gelmişse on yıldan az olmamak üzere failin cezalandırılacağı düzenlenmiştir. Bu bağlamda müessir fiil neticesinde ortaya çıkan neticeye göre ceza miktarları tayin edilmiştir.⁴⁶⁶ Dördüncü maddede tayin edilecek cezanın alt sınırının on yıl olduğu belirtilmiş olup genel kural gereği (TCK md. 49) cezanın yirmi yıldan fazla tayin edilemeyeceğini değerlendirmekteyiz.

Asta müessir fiil suçu sırf askeri suç olarak düzenlenmemiştir. Bu bağlamda sırf askeri suçlara bağlanan suçlar bu suç tipi için geçerli değildir. Cezanın ertelenmesinde genel kurallar uygulanır. Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasında (HAGB) AsCK'nın 17'nci ek maddesi uygulanır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin 01.06.2023 tarih ve

⁴⁶⁴ DEĞİRMENCİ, s. 237.

⁴⁶⁵ DEĞİRMENCİ, s. 242.

⁴⁶⁶ DEMİRAĞ, s. 374.

2022/120 E., 2023/107 K. sayılı kararında 01.08.2024 tarihinden geçerli olmak üzere HAGB kurumu ortadan kaldırılmıştır. Cezanın seçenek yaptırıma çevrilmesi noktasında kanun koyucu AsCK'nın ek 8. maddesinde muvazzaf personel ile yedek subay ve yükümlü askerleri kapsam yönünden farklı bir düzenleme öngörmüştür. Bu bağlamda muvazzaf personel hakkında şartlar oluşması halinde TCK'nın 50. maddesinin (a), (b) ve (d) fıkralarında düzenlenen seçenek yaptırımlara hükmedilebilir.⁴⁶⁷ Cezanın üst sınırı üç ayı geçtiğinden dolayı asta müessir suçlarında ön ödeme uygulanamaz.

CMK'nın 253'üncü maddesinde usul ve esasları düzenlenen uzlaştırmaya ilişkin hükümler asta müessir suçu bakımından işletilemez. Söz konusu suç, yukarıda zikredilen maddede uzlaştırma yapılması mümkün olan suçlardan sayılmamıştır. Ayrıca Asta müessir fiil suçu AsCK'da uzlaşmaya tabi olduğu açıkça düzenlenmediğinden dolayı CMK md. 253/2 fıkrası kapsamına girmemektedir.

AsCK'nın ek 8. maddesi göre asta müessir fiil suçu neticesinde, disiplin ağır surette ihlal edilmişse veya askeri kıtanın emniyeti tehlikeye düşmüşse ya da kıtanın harbe hazırlığını veya etkinliğinin zaafa uğratılmışsa veya önemli bir zarar gerçekleşmişse faile verilecek ceza seçenek yaptırımlara çevrilmez.

⁴⁶⁷ DEĞİRMENCİ, s. 241.

SONUÇ

Tarihin en eski mesleklerinden birisi olan ve çoğu zaman yaşam tarzı niteliğine bürünen askerlik mesleği ve bu mesleğe dair kurallar, ekseriyetle diğer meslek sınıflarına göre farklı birtakım özellikler taşımaktadır. Özellikle sahip olduğu silah, teçhizat ve konvansiyonel harp gücü bakımından silahlı güçlerini hukuk sınırları içerisinde tutmak için devletler askeri güç ve mesuliyet taşıyan kişi ve kurumları farklı kurallara tabi kılmaya zorunlu kalmaktadır. Örneğin, yükümlü asker ve askeri öğrencilerin oy hakkını kullanamaması, milletvekili olma kısıtı, Yüksek Askeri Şûranın birtakım kararlarının yargı denetimi dışında bırakılması, kanunsuz emirlere askeri hizmet yönünden getirilen istisnalar, Silahlı Kuvvetler' e bağlı okulların özel hükümlere tabi olması, Anayasa'nın 129. maddesinde TSK mensuplarına uygulanan disiplin kararlarının yargı denetimi dışında kalabilmesine cevaz verilmesi hususu asker kişi ve askerlik mesleğine dair getirilen anayasal ayırık hükümlerdir.

Özellikle kendisine tevdi edilen millî savunma ve harbe hazırlık faaliyetleri kapsamında verilen görevlerin icrası sırasında disiplinin sağlanması ve bozulan disiplinin süratle ve adalete uygun olarak yerine getirilmesi daimî ordu bulunduran devletler için hayati öneme sahiptir. Bu bakımdan askeri hizmetin gerekliliği ve kendisine has yapısı nedeniyle iç hukukumuzda hukukun farklı disiplinlerinde birtakım özel düzenlemeler karşımıza çıkmaktadır.

Askerlik mesleğine dair özel düzenlemeler, ceza hukukunda da yer bulmuştur. Ülkemizde, suç ve cezaların düzenlendiği temel kanun olan TCK'nın yanında genellikle asker kişiler tarafından işlenebilen suç tiplerinin yer aldığı ayrı bir askeri ceza yasası vardır. Bu bakımdan AsCK, TCK'ya göre özel kanun mahiyetindedir. Askerlik mesleği yönünden hukuk kuralları ülkelerin kendi ihtiyaçlarına göre çeşitlenmektedir. Çeşitliliğin yanında benzer düzenlemelere karşılaştırmalı hukukta rastlanılabilir. Tarihsel tecrübeler sonucu elde edilen birtakım değerler farklı ülkelerde aynı tür davranışları askeri suç olarak tanımlamaktadır. Asker kişiler bakımından benzer ya da farklı cezai düzenlemeler ayrı bir yargı yolu olan askeri yargı yolunda karşımıza çıkmakla birlikte ayrı bir yargı yolunun bulunması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Buna paralel olarak ülkemizde 2017 yılında askeri yargı yolu kaldırılmıştır. Fransa, Belçika, Almanya, Hollanda, Macaristan

gibi Avrupa ülkelerinde genel kurallardan farklı askeri cezai düzenlemeler bulunmakla birlikte ayrı bir askeri yargı yolu mevcut değildir. İspanya ve İtalya’da askeri mahkemeler görev yapmaktadır.

Ülkemizde hâlihazırda ayrı bir askeri yargı yolu bulunmamaktadır. Askeri suç ve cezalar AsCK’da yer almaktadır. Mezkûr Kanun’da 2021 yılında yapılan değişiklikle askeri suçların soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde yetkili makamların belirlenmesi ve buna ilişkin izlenecek usul ve kaideler düzenlenmiştir. Netice itibariyle AsCK hem ceza hem de usul kanunu özellikleri taşıyor hale gelmiştir. Tezimizin konusu olan asta müessir fiil suçu AsCK’nın 117. maddesinde düzenlenmiştir.

Türk Anayasası’nın 17. maddesinde kişilerin beden ve vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı temel hak ve hürriyet olarak koruma altına alınmıştır. Kişilerin sahip olduğu hak ve ödevlerin düzenlendiği ikinci kısmın ikinci bölümde söz konusu hakkın ilk sırada zikredilmesi, asli kurucu iktidarın kişi dokunulmazlığına, kişinin maddi ve manevi varlığının bütünlüğüne verdiği önemi göstermektedir. Bununla birlikte, insan hakları ile ilgili olan birçok uluslararası sözleşme ve bildiri metinleri temelde kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğünü koruyan hükümler içermektedir. Bu bakımdan ceza yasalarının aslı muhatabı olan insanın korunması temel amaçtır.

Gerek uluslararası gerekse de anayasal olarak koruma altına alınan vücut dokunulmazlığının ihlâli hali, 765 sayılı TCK’da “kişilere karşı işlenilen müessir fiil” suçları kapsamında, sonraki dönemde 5237 sayılı TCK’nın 86. vd. maddelerinde yaralama suçu olarak düzenlenmiştir. 765 sayılı TCK döneminde 1930 yılında yürürlüğe giren AsCK’da ise söz konusu müessir fiiller, askeri statüde üst konumunda olan birisi tarafından astına karşı işlenilmesi halinde genel ceza kanununda düzenlenen müessir fiil suçlarından ayrı olarak asta müessir fiil suçu olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, müessir fiil niteliğindeki eylemlerin askeri statüde ast konumunda olan kişi tarafından üstü konumundaki asker kişiye karşı işlenmesi hali ayrı bir suç olarak üste fiilen taarruz suçu olarak düzenlenmiştir.

Öte yandan günlük bir terim olan yaralama ifadesinin 5237 sayılı TCK’da müessir fiil ifadesi yerine kullanılması doğru olmamıştır. Yaralama kavramı yapılan hareket sonucunda ortaya çıkan bir neticedir. Bu suç tipinde cezalandırılan fiil, mağdurun vücut

dokunulmazlığına yönelmiş etkili eylemlerdir. Bu bakımdan anlaşılabilirlik ve korunan hukuki değerin izahı noktasında müessir fiil ifadesinin daha uygun olduğunu değerlendirmekteyiz.

Tezimizin birinci bölümünde askeri ceza hukukunun temel özellikleri, askerlik mesleğinde yer alan temel kavramlar, AsCK'da belirtilen asli ve tali yaptırımlar, özellikle askeri suç – sırf askeri suç ayrımı, sırf askeri suça bağlanan sonuçlar ele alınmıştır. Suç tipinde belirtilen ast, üst kavramları izah edilerek fail ve mağdur arasındaki statüsel ilişki ortaya konulmuştur. Tezimizin birinci bölümünün ikinci kısmında müessir fiil suçunun tarihsel süreci özellikle antik, Roma, Moğol ve Osmanlı devleti bakımından ele alınmış, tarihsel metinlerde rastlanılan müessir fiil suçları izah edilmiştir. Tezimizin birinci bölümünün üçüncü kısmında Kara Avrupası Hukuk Sisteminde yer alan devletler ile Amerika Birleşik Devleti'nde asta müessir fiil suçunun düzenlendiği kanunlar ile kanun maddeleri ile suça bağlanan yaptırımlar ortaya koyulmuştur. Müteakiben asta müessir fiil suçunun hukuki ve maddi konusu noktasında uluslararası metinlerde ve iç hukukumuzda kişinin maddi ve manevi vücut bütünlüğünü koruyan ilke ve yaptırımlar belirtilmiştir. Birinci bölümün son kısmında ise asta müessir fiil suçunun hukuki konusu ile TCK'da yer alan hukuki konusu benzer suç tipleri genel hatlarıyla izah edilerek benzer ve farklı yönleri ile fikri içtima durumları açıklanmıştır.

Tezimizin ikinci bölümünde suç tipinin genel esasları, kanunda gösterilen suç tipi, suçu etkileyen haller izah edilmiştir. Asta müessir fiil suçunda korunan hukuki değer, kişi dokunulmazlığı olup aynı zamanda TSK'daki disiplinin muhafazası korunmaktadır. Suçun maddi konusu ast konumunda olan kişinin maddi ve manevi bedenidir. Mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören kişidir. Aynı zamanda TSK disiplinin olumsuz etkilenmesi nedeniyle suçtan zarar gören durumundadır. Asta müessir fiil suçunun faili asta göre statü olarak üst konumunda olan asker kişidir. Suç tipi neticeli bir zarar suçudur. Fiil, hareket, netice ve nedensellik bağından oluşmaktadır. Kanunda suç tipinin hareketleri seçimlik olarak gösterilmiştir. Fail tarafından seçimlik hareketlerden birisinin yapılması yeterlidir. Suçun oluşması için mağdura müessir eylem yapılmasına ilave olarak astın hizmetinin güçleştirilmesi veyahut diğer askerler tarafından tazip edilmesi veyahut kötü muamelede bulunulmasına müsaade edilmesi halinde de bu suç tipi oluşacaktır. Bu bakımdan bu hareketin TCK'nın 88. maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın ihmal suretiyle işlenilmesine benzediği söylenilebilir. Suç tipinde genel hukuka uygunluk nedenleri somut

olaya göre uygulanabilir. Ayrıca AsCK'nın 119. maddesinde özel hukuka uygunluk sebebi düzenlenmiştir. Özellikle mübrem ve müstacel tehlike halinin varlığı halinde asta karşı orantılı bir müessir fiil ika edilmesi hukuka uygun kabul edilecektir. Somut olaya göre fail ile fiil arasındaki manevi bağı kaldıran nedenler ile hata, manevi cebir ve istenemezlik halinde kusurluluğun ortadan kalktığı söylenebilecektir. AsCK'nın 118. maddesinde düzenlenen hâllerin somut olayda mevcut olması halinde ortaya çıkan ağır netice nedeniyle faile verilecek ceza arttırılacaktır. Suçun neticeli ve kasten işlenebilir bir suç olması nedeniyle teşebbüsün cezalandırılması mümkündür. Suça iştirak mümkündür. Ancak iştirak eden asker kişi değilse suça azmettiren ya da yardım eden sıfatıyla yargılanacaktır. Birçok yönden kasten yaralama suçunun unsurlarını taşıması sebebiyle asta müessir fiil suçunda gerçek içtima hükümleri uygulanacaktır. AsCK'nın 44. maddesinde yapılan atıf nedeniyle haksız tahrike ilişkin genel hükümler asta müessir fiil suçu bakımından uygulanabilir.

Öte yandan AsCK'nın md. 117. maddesinde yer alan “*astını kasten itip kakan, döven veya sair suretlerle cismen eza verecek veya sıhhatini bozacak hallerde bulunan*” ifadesinin içerisinde yer alan seçimlik hareketler netice itibarıyla mağdur üzerinde cismen eza verici niteliktedir. Aynı zamanda madde metninde sair suretle ifadesi ile suçun seçimlik hareketle işleneceği gösterilmiştir. Bunun yerine, alternatif olarak maddede yer alan ifadenin “*maduna karşı kasten müessir fiil ile cismen eza veren veya sıhhatini bozacak hareketlerde bulunan*” şeklinde düzenlenmesinin suçun kanuniliği ve belirlilik ilkesi açısından daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

Asta müessir suçu ile kasten yaralama suçu arasında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmaktadır. İki suç tipinde de korunan hukuki yarar aynıdır. Şayet farklı normlar olduğu kabul edilse idi, tek bir fiil ile iki farklı suç normunun -iki farklı hukuki değerin- ihlal edilmesi söz konusu olacağından dolayı somut olaya göre fikri içtima hususunun değerlendirilmesi gerekecek ve fail en ağır suçtan cezalandırılacaktı.

Asta müessir fiil suçu, başka bir suçun unsuru veya ağırlaştırıcı nedeni olması halinde bileşik suçtan bahsedilecektir. Böyle bir durumda fail müessir fiilden dolayı cezalandırılmayacaktır. Örneğin, astına vermiş olduğu borcu tahsil etmek amacıyla üstün astını iteklemesi, tartaklaması olayında TCK'da düzenlenen yağma suçundan sorumluluğu doğacaktır.

Tezimizin üçüncü bölümünde asta müessir fiil suçunun muhakemesi ve yaptırımına ilişkin usul ve esaslar incelenmiştir. Asta müessir fiil suçu özgü ve askeri suç olması hasebiyle soruşturulması izne bağlıdır. Bu bağlamda, asgari tugay komutanı veya kurum amiri tarafından soruşturma izni verilmesi gerekmektedir. AsCK'da düzenleme bulunmayan hallerde 4483 sayılı Kanun hükümleri soruşturma izni noktasında uygulanacaktır. Öte yandan, etkin pişmanlık kurumu asta müessir fiil suçu bakımından düzenlenmediğinden dolayı uygulanma imkânı bulunmamaktadır. Çıkarılacak diğer bir sonuç ise asta müessir fiil suçu, sırf askeri suç olarak düzenlenmediğinden dolayı TCK'da yer alan infaza ilişkin kurallar asta müessir fiil suçunun faili bakımından uygulanacaktır.



KAYNAKÇA

- AKBULUT, İ. (2003). İslam Hukukunda Suçlar ve Cezalar. *AÜHFD*, 52(1), s. 167-181.
- AKYILMAZ, B., SEZGİNER, M., & KAYA, C. (2023). *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ALGAN, B. (2011). *İşkence ile Mücadelede Yargı Organlarının Tutumu Zabunoğlu Armağanı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi .
- ALINGE, C. (1967). *Moğol Kanunları*. (P. D. ÜÇÖK, Çev.) Ankara: Sevinç Matbaası.
- ARSLAN, H. (2013). Manı Kanunnamesi'nde Evlilik. *Milel ve Nihal İnanç, Kültür ve Mitoloji Araştırmaları Dergisi*, 10(1), s. 90-129.
- ARTUÇ, M. (2018). *Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınları.
- ARTUKOĞLU, Y. (2018). *İnceleme ve Soruşturma Rehberi: Memurlar ve Diğer Kamu Görevlileri İçin*. Ankara: Gazi Kitapevi.
- ASLAN, Z., & ALTINDAĞ, H. (2023). *Memurların Disiplin ve Ceza Soruşturması*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BAYTEMİR KONTACI, B., KILIÇ, Ş., & KILIÇPARLAR, Z. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. (C. ŞAHİN, Dü.) Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BOZ, S. (2014). *Memur Yargılanmasında İzin ve İtiraz Süreci*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BURUS, F. (2022). *Sırf Askeri Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- CENTEL, N., & ZAFER, H. (2015). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Beta Basım Yayınevi.
- ÇAĞLAYAN, M. (1984). *Açıklamalı, İctihatlı Türk Ceza Kanunu*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- ÇAĞLAYAN, Y. (2022). *Açıklamalı – İctihatlı Ceza Muhakemesi Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DEĞİRMENCİ, O. (2016). *Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DEĞİRMENCİ, O., & HAZAR, E. (2013). Mülkilik İlkesinin İstisnası Olarak NATO Kuvvetler Statüsüne Tabi Personel Üzerindeki Yargı Yetkisi ve Uluslararası Ceza Mahkemesinin Söz Konusu Yargı Yetkisine Etkisi. *Ankara Barosu Dergisi*(2), 19-71.
- DEMİR KOŞAR, C. (2019). *Yaşam Hakkı ile İşkence ve Kötü Muamele Yasağı Kapsamında Kamu Görevlileri Hakkında Soruşturma İzni İşlemleri*. Ankara: Seçkin Yayınevi.
- DEMİRAĞ, F. (2008). Anayasal Bir Kurum Olarak Askeri Yargı ve Anayasa Önerileri. *TBBD*(75), s. 210-266.

- DEMİRBAĞ, F. (2022). *Türk Ceza Kanununun Genel Hükümleri Işığında Askeri Ceza Kanunu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DEMİRBAŞ, T. (2023). *Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DEMİRTAŞ, C. (2022). *TSK Personeli Disiplin ve Ceza Hukuku*. Ankara: Bilge Yayınevi.
- DOĞAN, İ., & KAYA, M. (2010). *İstanbul Protokolü ve İşkencenin Önlenmesi*. Ankara: Adalet yayınevi.
- DOĞAN, K. (2014, Ocak). Tehlike Suçu ile Zarar Suçu Arasındaki Suçların İctimai Sorunu. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 5(16), s. 179-208.
- DÖNMEZER, S. (1974). *Ceza Hukuku Özel Kısım*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- DÖNMEZER, S. (2004). *Kişilere ve Mala Karşı Cürümler*. İstanbul: Beta Yayınları.
- DÖNMEZER, S., & ERMAN, S. (2016). *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku* (Cilt I). İstanbul: Der Yayınları.
- DURAN, G. (2014). Askerî Ceza Hukukunda Ast'a Müessir Fiil Suçu. *TBB Dergisi*, 113, s. 217-282.
- DURANOĞLU, Y. (2008). Askeri Ceza Kanunu'nda Ölümle Sonuçlanan Neticesi Sebebiyle Ağırlaşmış Suçlar. *Yüksek Lisans Tezi*. Marmara Üniversitesi.
- DÜLGER, M. (2022). *Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Mevzuatı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DÜLGER, M. (2023). *Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- DÜLGER, M., ÖZKAN, O., & BAKDUR, M. (2021). Ceza Hukukunda Hata ve Hataya Bağlanan Sonuçlar. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*(45), s. 227-264.
- EREM, F. (1984). *Genel Hükümler* (Cilt II). Ankara: AÜHFY.
- EREM, F. (1993). *Türk Ceza Kanunu Şerhi Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- EREM, F., & TOROSLU, N. (1987). *Özel Hükümler*. Ankara: Savaş Yayınları.
- ERMAN, S. (1983). *Askeri Ceza Kanunu*. İstanbul: Üçdal Neşriyat.
- ERTEM, B. (2007). Kamu Davasının Açılması ve İddianamenin İadesi. *Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi*. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- EŞİTLİ AYGÜN, E. (2012). İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları. *Yayınlanmış Doktora Tezi*. Ankara Üniversitesi.
- EŞİTLİ AYGÜN, E. (2022). *Soruşturma Yapılmasına Yer Olmadığına Dair Karar*. Ankara: Yetkin Yayınevi.
- GÖKCAN, H., & ARTUÇ, M. (2016). *Ceza Hukukunda Kamu Görevlisi ve Özel Soruşturma Usulleri*. Ankara: Adalet Yayınları.
- GÖKÇEN, A. (2005). Hürriyete Karşı Suçlar. *Legal Hukuk Dergisi*(32), s. 2767-2798.

- GÖKTÜRK, N. (2015). Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir. *Ceza Hukuku Dergisi*, 10(27), s. 7-28.
- GÖZLER, K. (2019). *İdare Hukuku* (3 b., Cilt I). Bursa: Ekin Yayınları.
- GÜLSEREN, F. (1990). Askeri Ceza Hukukunda Müessir Fiil Suçları. *Yayınlanmış Doktora Tezi*. İstanbul Üniversitesi.
- GÜNDÜZ, H. (2020). Askeri Suçların Soruşturulmasına ve Kovuşturulmasına İlişkin İstisnai Düzenlemeler. *Türkiye Adalet Akademisi*(44), s. 239-267.
- HAFIZOĞULLARI, Z. (1987). *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- HAFIZOĞULLARI, Z., & KETİZMEN, M. (2009). *İşkence ve Eziyet Suçları Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- HAFIZOĞULLARI, Z., & ÖZEN, M. (2015). *Kişilere Karşı Suçlar*. Ankara: Us-a Yayıncılık.
- HAFIZOĞULLARI, Z., & ÖZEN, M. (2022). *Genel Hükümler*. Ankara: Us-a Yayıncılık.
- İÇEL, K. (1972). *Suçların İctimai*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- İPEKSÜMEROĞLU, N. (1951). Askeri Kaza Sistemine Bir Bakış. *AÜHFD*, 8(1), s. 466-494.
- KAMIŞLI, G., & TANERİ, G. (2018). *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KAN, C. (2021). Türk Hukukunda Mükerrirlere Özgü İnfaz Rejimi. *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 26(45), s. 305-338.
- KANGAL, Z. (2012). *Askeri Ceza Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KARAKURUMER, A. (2018). Osmanlı İmparatorluğunda Askeri Ceza ve Disiplin Hukuku. *Doktora Tezi*. Çankırı Karatekin Üniversitesi.
- KARAKURUMER, A. (2021). Askeri Ceza ve Disiplin Hukukunun Tarihsel Temelleri. *Çankırı Karatekin Üniversitesi Karatekin Edebiyat Fakültesi Dergisi*, 9(2), s. 220-237.
- KİTAPÇIOĞLU YÜKSEL, T. (2021). *Özgü Suç*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KOCA, M., & ÜZÜLMEZ, İ. (2015). *Özel Hükümler* (2 b.). Ankara: Adalet Yayınevi.
- KOCA, M., & ÜZÜLMEZ, İ. (2023). *Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KOCALAR, S., & BİÇEN, Y. (2019). *Kasten Yaralama Suçu Örneğinde Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KOÇ, C. (2023). *Notlu İctihatlı Açıklamalı Örnekli Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği Askeri Ceza Kanunu Disiplin Mahkemeleri Kanunu Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu ve İlgili Mevzuat*. Ankara: Sözkesen Matbaası.
- KOÇ, Y., & TUĞLUCA, M. (2006). Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı. *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*(2), s. 7-24.

- KÖPRÜ, O. (1994). Türkiye’de Askeri Yargının Doğuşu ve Gelişimi. *Askeri Adalet Dergisi*, s. 1-13.
- KUNTER, N. (1989). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KÜÇÜKTAŞDEMİR, Ö. (2012). *Türk Ceza Hukukunda Maddi ve Manevi Cebir*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KIZILYEL, S. (2006, Haziran). 4483 sayılı Yasa Uygulamasında Verilen İşleme Konulmama Kararı Ve Hukuki Denetim. *Türk İdare Dergisi*(51), s. 119-137.
- MEŞİNCİ, M. (2023). Emre İtaatsizlikte Israr. *Yüksek Lisans Tezi*. Başkent Üniversitesi.
- NASKALİ GÜRSOY, E., & KOÇ, A. (2009). *İğdiş, Sünnet, Bedene Şiddet*. İstanbul: Bayrak Matbaası.
- ÖNDER, A. (1992). *Genel Hükümler* (Cilt II, III). İstanbul: Beta Basım.
- ÖZBAKAN, H. (1987). *Açıklamalı Askerî Ceza Kanunu*. Ankara.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN, K., & BACAKSIZ, P. (2022). *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZBEK, V. Ö., DOĞAN, K., & BACAKSIZ, P. (2022). *Özel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZBEK, V., DOĞAN, K., & BACAKSIZ, P. (2023). *Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZEN, M. (1995). *Türk Ceza Hukukunda Meşru Müdafaa*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZEN, M. (1998). *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*. Ankara: Us-a Yayıncılık.
- ÖZGENÇ, İ. (2022). *Türk Ceza Hukuku Mevzuatı* (Cilt I). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGENÇ, İ. (2023). *Genel Hükümler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZGENÇ, İ., KOCA, M., & ÜZÜLMEZ, İ. (2020). *Prof. Dr. Mehmet Emin Artuk'a Armağan*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, B., TEZCAN, D., & ERDEM, M. (2022). *Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, B., TEZCAN, D., & ERDEM, M. (2022). *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÖZTÜRK, C., & ÇAKAN, A. (2022). Askeri Ceza Yargılaması ve 7329 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi. *ODÜ Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 13(2), s. 1659-1680.
- PARLAR, A. (2015). *Türk Ceza Kanunu Şerhi* (Cilt I). Ankara: Bilge Yayınevi.
- PINAR, İ., & ÇALIŞKAN, Ö. (2020). *Kamu Personeli Ceza Soruşturma Usulü*. Ankara: Seçkin Yayınevi.

- POLATCAN, İ. (2002). *Notlu, Açıklamalı, İçtihatlı TSK İç Hizmet Kanunu ve Yönetmeliği, Askeri Ceza Kanunu, Disiplin Mahkemeleri Kanunu, Personel Kanunu*. Ankara.
- POLYBIUS. (1979). *The Histories III.*, London, Harvard University Press.
- SANCAKTAR, O., ÖNÜT, L. B., & US DOĞAN, E. (2022). *İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- SCHENCK, E. (1972). *Military Law and Law of War Review*, 11(2), s. 439-458.
- SEÇKİN, S., & ÜSTÜN, G. (2015). İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 21(2), s. 509-534.
- SEVİĞ, V. (1952). Askeri Adalet. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları*, 9(1), s. 236-299.
- SEVİĞ, V. (1956). *Askeri Adalet*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- SHERMAN, C. P. (1919). Modernness of Roman Military Law. *Illinois Law Review*, 13(1).
- SİNA, A. (2016). Eski Yunan Yargı Sistemi: MÖ IV. Yüzyılda Atina'da Yargıçlar ve Mahkemeler. *TBB D*, 123, s. 419-450.
- SOYER GÜLEÇ, S. (2008). Türk Ceza Kanununda Haksızlık Yanılgısı (M. 30/4). *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10(1), s. 59-91.
- ŞAHİN, C., & GÖKTÜRK, N. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Cilt I). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ŞEN, E. (2006). *Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu* (Cilt I). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ŞİMŞEK, M. (2011). *Karşılaştırmalı Hukukta Askeri Yargı*. İzmir: Kazancı Hukuk Yayınevi.
- TANÖR, B. (2020). *Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeler* (33 b.). İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- TARHAN, A. (2019). Roma Hukuku'nda İnuria. *Yüksek Lisans Tezi*. Ankara Üniversitesi.
- TAŞ, B. (2021). Hukukun Genel Bir İlkesi Olarak Tabii Hakim İlkesi. *YÜHFD*, 18, s. 1763-1791.
- TAŞKIN, M. (2009). Fransa'da Askeri Yargı. *TBB Dergisi*(84), s. 121-159.
- TAŞKIN, R. (1946). *Askeri Ceza Kanunu Şerhi* (8 b.). Ankara: Harp Okulu Basımevi.
- TEZCAN, D., ERDEM, M., & ÖNOK, M. R. (2022). *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku* (20 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TİFTİK, L. (2004). Türk Askeri Ceza Hukukunda Emre İtaatsizlik Suçları. *Yayımlanmış Yüksek Lisans Tezi*. Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- TOPUZ, İ. (2001). *Açıklamalı-İçtihatlı Memur Yargılama Hukuku*. Ankara: Mahalli İdareler Derneği Yayınları.

TOROSLU, N., & TOROSLU, H. (2018). *Ceza Hukuku Genel Kısım*. Ankara: Savaş Yayıncılık.

UÇARYILMAZ, T., & EMİROĞLU, H. (2020). Roma Hukukunda Haksız Fiil ve Suç İlişkisi Işığında Tazminatın Cezalandırıcı Fonksiyonu. *AÜHFD*, 69(2), s. 835-868.

ÜÇÖK, C. (1947). Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4(1), s. 48-73.

ÜLKER, G. (2021, Kasım). 4483 Sayılı Kanun ve 2547 Sayılı Kanun Kapsamındaki Ceza Yargılamalarında Ön İnceleme Görevlisi ile Soruşturmacının Yetkilerine İlişkin Bir Değerlendirme. *Terazi Hukuk Dergisi*, 16(183), s. 2186-2201.

ÜLKER, G. (2022). *İdari İşlemin Yetki Unsuru*. Ankara: Adalet Yayınevi.

ÜNVER, Y. (2006). Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız. *Ceza Hukuku Dergisi*(2), s. 103-205.

ÜZÜLMEZ, İ. (2007). *Tehdit, Şantaj ve Cebir Kullanma Suçları*. Ankara: Turhan Kitabevi.

WINTHROP, W. (1886). Military Law. *W. H. Morrison*, s. 4-16.

Yayın Kurulu. (2020). *Reform Serisi Anayasa Hukuku - Anayasa Yargısı*. Ankara: Gazi Kitabevi.

YAYLA, M. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YENİSEY, F., & NUHOĞLU, A. (2023). *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YILDIZ, F. (2022). Türk Silahlı Kuvvetleri'nde Görevli Sivil Memurların Asker Kişi Sıfatıyla İşledikleri Suçlarda Soruşturma İzni Vermeye Yetkili Mercinin Belirlenmesi. *TBB Dergisi*(160), s. 107-124.

YILMAZ, N. (2023). Askeri Suçlarda Soruşturma İzni. *Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi*. İstanbul Üniversitesi .

YOLYAPAN, A. (2000). Osmanlı Devletinde Askeri Yargı. *Çağdaş Türkiye Araştırmaları Dergisi*, 3(10).

YURTCAN, E. (2012). *Hürriyete Karşı Suçlar*. Ankara: Adalet Yayınevi.

YURTCAN, E. (2019). *Ceza Yargılaması Hukuku* (16 b.). Ankara: Seçkin Yayıncılık.

ZAFER, H. (2009). Kötü Muamele Suçu. *MÜHFD*, 8(1), s. 119-175.

<https://www.anayasa.gov.tr>

<https://ryanfb.xyz>

<https://heinonline.org>

<https://www.global-regulation.com>

<https://www.senato.it>
<http://www.somalilandlaw.com>
<https://www.legifrance.gouv.fr>
<https://codes.droit.org>
<https://ucmj.us>
<https://sozluk.gov.tr>
<https://www.kazanci.com.tr>
<https://hudoc.echr.coe.int>
<https://www.etimolojiturkce.com>
<https://cdn.tbmm.gov.tr>
<https://www.hsk.gov.tr>
<https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr>
<https://www.corpus.com.tr>